

UNIVERSITE PANTHEON-SORBONNE (PARIS 1)
École de droit de la Sorbonne

LE DROIT À L'INTEROPÉRABILITÉ
ETUDE DE DROIT DE LA CONSOMMATION

*Thèse en vue de l'obtention du grade de Docteur en Droit privé,
présentée et soutenue publiquement par :*

Marie DUPONCHELLE

le 9 avril 2015

Sous la direction de :

Madame Judith ROCHFELD
Professeur à l'École de droit de la Sorbonne
Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)

JURY

Madame Valérie-Laure BENABOU
Professeur à l'Université de Versailles-Saint-Quentin

Monsieur Jean-Michel BRUGUIERE, Rapporteur
Professeur à l'Université de Grenoble

Monsieur Pierre SIRINELLI
Professeur à l'École de droit la Sorbonne, Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)

Madame Judith ROCHFELD
Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)

Madame Célia ZOLYNSKI, Rapporteur
Professeur à l'Université de Versailles-Saint-Quentin

L'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

REMERCIEMENTS

Le travail de rédaction d'une thèse est présenté comme difficile et solitaire. Au moment d'écrire ces lignes, je ne peux indéniablement renier la difficulté entourant cet exercice. En revanche, la réputation de tâche solitaire s'avère inexacte. En effet, la solitude n'est qu'apparente. Jamais ce travail n'aurait pu voir le jour sans l'appui de mon entourage. Aussi, je tiens à remercier l'ensemble des personnes qui m'ont aidée et accompagnée pendant ces quatre années.

Madame le Professeur Judith Rochfeld pour son suivi, son exigence et ses conseils.

Me Anne Bolliet et Me Géraldine Melin pour leur patience ainsi que leur précieux et indéfectible soutien.

Les bénévoles et permanents des associations April et VideoLan pour leur travail de veille et de suivi de l'actualité.

Ma famille et mes amis pour leur soutien moral.

Anne-Lise Saunier pour son aide pendant de longues heures de recherches dans les sous-sols de la bibliothèque CUJAS.

Enfin toutes les personnes qui m'ont apportée leurs compétences, en particulier Margot Lemoine pour son travail de relecture, Julien Duponchelle pour son analyse technique ainsi que Stéphanie Molinard et Toni Valero pour la traduction.

RÉSUMÉ

Résumé

L'interopérabilité devrait être officiellement reconnue comme un droit du consommateur : elle répond à ses besoins de maîtriser ses données, ainsi que d'interconnecter ses outils numériques. Ce droit devrait être opposable aux sujets passifs que sont les éditeurs de logiciels et de contenus numériques.

Cependant, le corpus juridique actuel, comprenant essentiellement une obligation d'information précontractuelle et une obligation de ne pas faire obstacle à l'interopérabilité, ne permet pas la mise en œuvre effective de ce droit. Il semble donc nécessaire de formuler des propositions de révision des textes existants, dans la préservation d'un équilibre entre la protection du droit d'auteur et des droits voisins et celle du droit à l'interopérabilité.

En premier lieu, s'agissant de l'obligation d'information, les modifications devraient tendre à la systématisation de l'information précontractuelle relativement à l'interopérabilité logicielle, à la charge des sujets passifs de ce droit.

En second lieu, s'agissant de l'obligation de ne pas faire obstacle à l'interopérabilité, les propositions devraient avoir pour objet l'instauration d'une réelle obligation de faire, relativement à la mise en œuvre de l'interopérabilité, ce selon deux axes : une obligation de recourir à un format ouvert et non protégé de données ; l'établissement d'une responsabilité de plein droit concernant cette obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité.

Summary

Today, interoperability should be formally recognized as a consumers' right: it meets their needs to control their data, and to interconnect their digital tools. This right should be enforceable against publishers of software and digital contents, considered as passive subjects.

However, the current legal corpus, which actually only comprises a pre-contractual information requirement and an obligation not to obstruct interoperability, does not allow for an effective implementation of this right. It therefore seems necessary to make proposals for the revision of existing texts, which would preserve a balance with the protection of copyright and related rights.

First, with regard to the information requirement, the changes should be aimed at a systematization of pre-contractual information regarding software interoperability, implemented by the passive subjects of law.

Second, with regard to the obligation not to obstruct interoperability, proposals must aim at the establishment of a real obligation to act, with respect to the implementation of interoperability, in two ways: a requirement to use open and unprotected data formats; the establishment of a strict liability to ensure an effective implementation of interoperability.

SOMMAIRE

PARTIE I - LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE DU DROIT A L'INTEROPERABILITE

Titre I - La définition du droit à l'interopérabilité

Chapitre I - L'objet du droit à l'interopérabilité

Chapitre II - La qualification du droit à l'interopérabilité

Titre II - Les sujets du droit à l'interopérabilité

Chapitre I - Le sujet actif du droit à l'interopérabilité

Chapitre II - Les sujets passifs du droit à l'interopérabilité

PARTIE II - LE REGIME JURIDIQUE DU DROIT A L'INTEROPERABILITE

Titre I - L'obligation d'information relative à l'interopérabilité lors de la formation du contrat de consommation

Chapitre I - L'objet de l'obligation d'information relative à l'interopérabilité

Chapitre II – Le champ d'application de l'obligation d'information relative à l'interopérabilité

Titre II - L'obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité lors de l'exécution du contrat de consommation

Chapitre I – La mise en œuvre effective par l'absence d'obstacle à l'interopérabilité

Chapitre II – La mise en œuvre effective par la sanction du défaut d'interopérabilité

LISTES DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

A

- Aff. : affaire
- AJDA : l'Actualité juridique : Droit Administratif
- ANSSI : agence nationale pour la sécurité des systèmes d'information
- April : Association pour la promotion et la recherche en informatique libre
- Art. : Article
- art. préc. : article précité
- ARMT : Autorité de Régulation des Mesures Techniques

C

- CA : Cour d'appel
- Cass. : Cour de cassation
- CC : *Creative commons*
- C. civ. : Code civil
- CCC : Contrats Concurrence Consommation
- CE : Communauté Européenne
- CE : Conseil d'État
- CEE : Communauté Economique Européenne
- Cf : Confer
- Chap. : Chapitre
- Chron. : Chronique
- CNIL : Commission Nationale Informatique et Libertés
- CNNum : Conseil national du numérique
- Comm. Com. Electr. : Revue communication commerce électronique
- Cons. : Considérant
- Cons. Conc. : Conseil de la concurrence
- Cons. Const. : Conseil constitutionnel
- Corp. : Corporation
- CPI : Code de la Propriété intellectuelle
- CR : Compte-rendu
- CREDOC : Centre de recherche pour l'étude et l'observation des conditions de vie
- CSA : Conseil supérieur de l'audiovisuel

- CSPLA : Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique

D

- D. : Dalloz
- DADVSI : loi n° 2006- 961 relative au Droit d'Auteur et aux Droits Voisins dans la Société de l'Information
- DCSSI : Direction centrale de la sécurité des systèmes d'information
- DRM : *Digital Right Management*

E

- éd. : Edition
- EUCD : *European Union Copyright Directive*

F

- Fasc. : Fascicule

H

- HADOPI : Haute Autorité pour la Diffusion des Oeuvres et la Protection des droits sur Internet

I

- *ibid.* : ibidem
- IDABC : *Interoperable Delivery of European eGovernment Services to public Administrations, Businesses and Citizens*
- IFOP : Institut français d'opinion publique
- INSEE : Institut Nationale de la Statistique et des Études Économiques

J

- JO : Journal Officiel
- JCI : Jurisclasseur

- JCP E : la Semaine juridique- Entreprise et affaires
- JOCE : Journal Officiel de la Communauté européenne
- JORF : Journal Officiel de la République française
- JOUE : Journal Officiel de l'Union européenne

L

- LPA : Les Petites Affiches

M

- MTP : Mesure Technique de Protection

N

- n° : Numéro
- NTIC : Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication

O

- Obs : observations
- OCDE : Organisation de Coopération et de Développement Economiques
- OMPI : Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle
- *op. cit.* : *Opus citatum*

P

- p. : page
- *Préc.* : précité
- *Préf.* : préface
- PUF : Presses Universitaires de France

R

- RDC : Revue des contrats
- RIDA : Revue Internationale du Droit d'Auteur
- RLC: Revue Lamy de la Concurrence
- RLDI : Revue Lamy Droit de l'Immatériel
- RTD Com. : Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique

S

- sect. : Section

T

- TIC : Technologies de l'Information et de la Communication
- TGI : Tribunal de grande instance
- trad. : Traduction
- TUE : Tribunal de l'Union européenne

U

- UCITA : *uniform Computer Information Transaction Act*
- UE : Union européenne
- UIT : Union Internationale des Télécommunications
- UNESCO : *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*

W, X, Y, Z

- WCT : *WIPO Copyright Treaty*
- WPPT : *WIPO Performances and Phonograms Treaty*

INTRODUCTION

1. Le contexte de l'émergence d'un droit nouveau à l'interopérabilité. « J'ai le droit à ... », voilà une expression des plus courantes mais dont la signification juridique tend à se préciser. Droit à la santé, droit au logement, droit à l'éducation... Une impression étrange d'accumulation, sans cohérence, aux accents de « chacun pour soi », se dessine à l'évocation de tous ces « droits ». Il semble en effet que chaque sujet d'actualité ait son « droit » associé car, « politiquement porteuse, la défense des droits individuels est (...) un thème exploité, qui pousse le législateur et le juge à la reconnaissance incessante de nouvelles catégories de droits et à leur garantie plus ou moins effective »¹.

Le développement des technologies de l'information et de la communication n'échappe pas à ce mouvement et s'accompagne de son lot de revendications quant à l'émergence de nouveaux droits. En témoigne la controverse sur la reconnaissance d'un « droit d'accès à Internet »². On constate donc sans mal que « les problématiques liées aux nouvelles technologies sont aujourd'hui au cœur d'un large débat qui a notamment pour but de déterminer si ces dernières sont génératrices de nouveaux droits fondamentaux ou, à l'inverse, un facteur fragilisant à l'égard de ceux qui existent déjà »³.

Pourtant, il peut paraître paradoxal d'associer les nouvelles technologies et le terme de « droit » tant ce dernier renvoie à une qualification classique appréhendée par les juristes. Des œuvres antiques aux études contemporaines, on ne compte ainsi plus les écrits sur la définition des droits des individus, c'est-à-dire des prérogatives juridiques reconnues aux sujets de droit : les « droits subjectifs »⁴.

Or, la force de cette notion de « droit subjectif » est précisément sa capacité à la reconnaissance de toutes les prérogatives impliquées par les évolutions de la société. C'est pourquoi la qualification classique de « droit » se trouve associée à de nouveaux termes parmi lesquels les notions technologiques occupent une place croissante. La présente étude s'attache à l'une de ces associations : celle de la qualification juridique classique de « droit » et de l'interopérabilité, dont on avance qu'elle « [...] détient certainement la palme d'or de la

1 J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, collection THEMIS, édition PUF, 1^{ère} éd., 2011, p. 149.

2 M. Bardin, « Le droit d'accès à Internet : entre choix de société et protection des droits existants », *RLDI*, n° 91, mars 2013, p. 79-87.

3 M. Bardin, art. préc., p. 79.

4 cf. *infra*, p. 65 et s. On se limite, pour l'heure, à une définition sommaire.

notion la plus complexe du droit d'auteur »⁵.

2. La notion d'interopérabilité. Au premier abord, l'association de ces deux termes n'est pas évidente car l'interopérabilité est, avant tout, une notion purement technique, longtemps réservée aux seuls initiés des technologies de l'information et de la communication (TIC), les technologies utilisées dans le traitement et la transmission des informations numériques.

Elle désigne en effet, dans une première approche, la « capacité de matériels, de logiciels⁶ ou de protocoles⁷ différents à fonctionner ensemble et à partager des informations »⁸. Plus précisément, il est proposé de définir l'interopérabilité comme la capacité d'éléments matériels ou immatériels à échanger des données et à utiliser mutuellement les données échangées, par le recours à des standards ouverts de communication⁹. L'interopérabilité constitue donc la condition *sine qua non* d'un fonctionnement coordonné et efficace des technologies et outils numériques, par une compréhension mutuelle des informations échangées et une aptitude à réutiliser lesdites informations.

3. Une évolution de la perception de l'interopérabilité. La notion d'interopérabilité n'est pas apparue avec l'émergence des technologies de l'information et de la communication¹⁰. Toutefois, la seule approche technique de la notion d'interopérabilité a aujourd'hui été dépassée pour devenir une préoccupation majeure de notre société occidentale : celle-ci, gagnée par le « tout connecté », axe son fonctionnement autour de la

5 C. Caron, « L'interopérabilité au service de la libre concurrence », *Comm. Com. Electr.*, janv. 2012, comm. 2.

6 Arrêté du 22 décembre 1981 Enrichissement du vocabulaire de l'informatique, *JORF* 17 janv. 1982, p. 625, cf. Logiciel : « ensemble des programmes, procédés et règles et éventuellement de la documentation, relatifs au fonctionnement d'un ensemble de traitement de données ».

7 H. Lilen, *Dictionnaire informatique et numérique*, 2^e éd. FirstInteractive, 2014, cf. Protocole, p. 178 : « séquence à appliquer ou démarche à respecter pour aboutir au résultat désiré ».

8 I. Jeuge-Maynard, C. Girac-Marinier et C. Nimmo (dir.), *Le Grand Larousse illustré*, nouv. éd. mise à jour, Larousse 2015, cf. Interopérabilité, p. 628.

9 cf. *infra*, p. 42.

Art. 4, loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN), *JORF* n° 0143 du 22 juin 2004, p. 11168, texte 2 : « 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 ».

10 P. Sirinelli, « Numérique et interopérabilité : une nouvelle donne ? », in « Interopérabilité aspects juridiques, économiques et techniques », *RLDI*, supplément au n° 23, janv. 2007 : (...) l'inadéquation entre le support contenant une œuvre et un appareil de lecture n'est pas une difficulté nouvelle. L'industrie de la musique a déjà connu pareil phénomène avec les K7 tandis que celle du cinéma se souvient des différents systèmes offerts par les magnétoscopes. Personne n'a songé à cette époque à imposer une interopérabilité entre lecteurs et supports des œuvres. Un standard de fait s'est peu à peu imposé et chacun a dû s'y plier. L'approche devrait-elle être nouvelle en ce que le numérique changerait la donne ? (...) Les raisons d'une évolution de la perception de la question sont sans doute multiples. Les aspirations sociales sont davantage entendues et l'interopérabilité, présentée comme un " besoin " du corps social et perçue par le législateur comme un " acte de fraternité ", s'inscrit dans un mouvement progressif où les intérêts des utilisateurs viennent tempérer les droits de ceux qui bénéficient de la propriété intellectuelle ».

communication efficace de données. Or, un acteur se trouve au cœur de cette évolution : le consommateur, en sa qualité d'utilisateur final d'objets interconnectés.

L'interopérabilité est donc au centre « d'un subtil mélange de droits patrimoniaux et de droit de la concurrence, sans oublier l'incidence du droit de la consommation »¹¹. Ainsi, comme différents auteurs, cette préoccupation de l'interopérabilité s'articule autour de trois axes ou enjeux : « concurrence, consommation, droit d'auteur »¹².

4. La concurrence, enjeu de l'interopérabilité. D'après Monsieur le sénateur Gaillard, « l'interopérabilité est véritablement, dans les technologies de l'information et de la communication, le fondement de la concurrence, donc celui de la liberté. Aussi, l'interopérabilité est absolument essentielle »¹³. Il faut effectivement que des matériels et logiciels différents puissent interopérer pour qu'il y ait une réelle concurrence sur le marché des technologies de l'information et de la communication. De par cette importance, l'interopérabilité fait l'objet d'une attention particulière¹⁴.

Elle concerne ainsi des acteurs tels que les fabricants de matériel informatique et les éditeurs de logiciels ou de contenus numériques car, sans interopérabilité, les produits et services qu'ils proposent ne peuvent techniquement fonctionner avec ceux de leurs concurrents¹⁵. De ce fait, ces industriels ont tout intérêt à la garantie de l'interopérabilité, gage du développement de leur activité¹⁶. *A contrario*, l'acteur majeur d'un marché peut être incité à ne pas assurer l'interopérabilité de ses propres biens et services, afin de préserver sa position dominante sur le marché en question¹⁷.

11 C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3^e éd., Litec, 2013, p. 271.

12 J.-M. Bruguière, « Le droit à l'interopérabilité », *Comm. Com. Electr.*, fév. 2007, étude 3 ; P. Tréfigny, « La propriété intellectuelle et le droit de la concurrence, le droit de la consommation et autres droits... Un regard croisé », *in La propriété intellectuelle entre autres droits*, coll. « Thèmes et commentaires », série « La propriété intellectuelle autrement », D. 2009 ; A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., Lexisnexis, 2012, p. 790.

13 M.-Y. Gaillard, Compte rendu intégral des débats, discussions art. 7 projet de loi Droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information (DADVISI), *Sénat*, séance du 9 mai 2006, JO Sénat, 9 mai 2006.

14 C. Caron, art. préc. : « le titulaire d'un droit d'auteur peut-il exercer ses prérogatives pour éliminer ses concurrents ou obliger les consommateurs à utiliser ses produits ? Par exemple, l'éditeur d'un logiciel peut-il le paramétrer afin de n'être compatible qu'avec certaines imprimantes ? De même, le fabricant d'un « iPod » peut-il arguer du droit d'auteur pour ne permettre le téléchargement de morceaux musicaux que sur un site bien déterminé ? »

15 cf. *infra*, p. 118 et s.

16 Conseil National du Numérique, Consultation, « Loyauté entre les acteurs économiques », contribution Syndicat National de l'Édition, <<http://contribuez.cnnumerique.fr/debat/loyauté-entre-les-acteurs-économiques>>, 14 janv. 2015 : « Le respect d'un cadre de saine concurrence implique notamment que l'interopérabilité soit promue pour une diffusion simplifiée des contenus culturels numériques et que l'offre légale soit mise en avant. Afin de favoriser le respect du libre jeu de la concurrence au niveau de la distribution des contenus en ligne, il convient d'encourager l'interopérabilité comme facteur d'accès à un ensemble d'offres et donc à une diversité de contenus ».

17 C. Caron, *op. cit.*, p. 271.

Cette éventualité a été mise en lumière par la « bataille » juridique entre *Microsoft*, acteur majeur des systèmes d'exploitation, et la Commission européenne, au sujet d'un abus de position dominante à raison d'un défaut d'interopérabilité. Le 24 mars 2004¹⁸, en effet, la Commission européenne a condamné l'entreprise américaine au paiement d'une amende de 497 millions d'euros pour ne pas avoir communiqué à ses concurrents, à un prix raisonnable, les informations permettant le développement d'outils interopérables avec les systèmes d'exploitation *Windows*¹⁹. Cette décision a été confirmée, sur l'abus de position dominante, par le Tribunal de l'Union européenne, le 17 septembre 2007²⁰. Par décision en date du 27 février 2008, la Commission a alors fixé le montant définitif de l'astreinte infligée à la société *Microsoft* à un montant de 899 millions d'euros, pour la période du 21 juin 2006 au 21 octobre 2007²¹, décision confirmée par le Tribunal de l'Union européenne le 27 juin 2012, pour un montant final de 860 millions d'euros²².

Le défaut d'interopérabilité peut donc être sanctionné sur le terrain du droit de la concurrence, s'il constitue, comme ce fut le cas dans l'affaire *Microsoft*, un abus de position dominante²³. L'analyse de l'articulation de l'interopérabilité et du droit de la concurrence ne sera cependant pas développée davantage dans le cadre de la présente étude, volontairement axée sur le droit de la consommation²⁴. Notons néanmoins que l'interopérabilité est un élément essentiel pour la libre concurrence sur le marché des technologies de l'information et de la communication²⁵. Aucun obstacle ne devrait donc logiquement exister quant à la mise

18 Commission européenne, Décision du 24 mai 2004, 2007/53/CE, aff. COMP/C-3/37.792 *Microsoft*, JOUE 2007, L32, p. 23.

19 Commission européenne, Décision du 12 juillet 2006, C(2006) 3143 final, aff. COMP/C-3/37.792- *Microsoft*, JOUE 2008, C 138, p. 10 : la Commission européenne, considérant que l'entreprise Microsoft ne s'était pas conformée à la décision de 2004, lui a imposé une astreinte d'un montant de 280,5 millions d'euros.

20 TUE, 17 septembre 2007, *Microsoft corp. / Commission*, aff. T-201/04, Communiqué de presse n° 63/07, JCP E 2007. 2304, note Debroux, *Propri. intell.* 2008, n° 26, p. 122, obs. V.-L. Benabou ; *Comm. Com. Electr.* 2008, étude 6, M. Behar-Touchais ; *Propri. ind.* 2008, comm. 25, J. Schmidt-Szalewski . JCP E 2009, 1108, obs. F. Sardain.

21 Commission européenne, Décision du 27 février 2008, C(2008) 764 final, aff. COMP/C-3/37.792 *Microsoft*, JOUE 2009, C166, p. 20. JCP E 2007. 2304, note Debroux ; E. Treppoz, « Aux confins du droit de la concurrence et du droit de la propriété intellectuelle : l'affaire Microsoft », *RLC* 2008, p. 163.

22 TUE, 27 juin 2012, *Microsoft corp. / Commission*, aff. T-167/08, Communiqué de presse n° 89/12.

23 Il est à noter que le Conseil de la concurrence, dans les secteurs du téléchargement de musique sur l'Internet et des baladeurs numériques, n'a pas retenu, en 2004, l'abus de position dominante pour le cas de l'entreprise *Apple Computers*. cf. Cons. Conc., déc. n° 04-D-54, 9 novembre 2004, relative à des pratiques mises en œuvre par la société *Apple Computer, Inc.* dans les secteurs du téléchargement de musique sur Internet et des baladeurs numériques, *RTD com.* 2006. 779. spéc. 812, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Comm. Com. Electr.* janv. 2005, n° 15, obs. G. Decocq ; *CCC* janv. 2005, n° 7, obs. M. Malaurie-Vignal.

24 Pour une étude sur le droit du marché : N. David-Warcholak, *Interopérabilité et droit du marché*, Thèse Nantes, dir. J.-P. Clavier, 2011.

25 J. Dourgnon, « L'impact de l'interopérabilité pour les consommateurs », in « Interopérabilité aspects juridiques, économiques et techniques », *RLDI*, supplément au n° 23, janv. 2007 : « (...) l'interopérabilité - ou plutôt l'absence d'interopérabilité - peut permettre à des industries, plutôt dominantes, d'activer des effets de levier. Une industrie disposant d'une position dominante à un endroit de la filière va chercher à étendre sa position dominante à un autre endroit de celle-ci (...) En somme, pour une firme, rendre son matériel non-intéropérable avec les autres matériels peut lui permettre de mettre en œuvre des pratiques anticoncurrentielles. (...) plus inattendu, l'absence d'interopérabilité peut favoriser la formation de champs clos et d'alliances entre les éditeurs de contenus et les fabricants de matériels ou les intermédiaires techniques ».

en œuvre de l'interopérabilité sur ce marché. Ce n'est pourtant pas le cas, en raison notamment de la difficulté d'appréhension de la garantie du droit d'auteur dans un contexte d'interopérabilité.

5. Le droit d'auteur, enjeu de l'interopérabilité²⁶. Détracteurs et promoteurs de l'interopérabilité s'opposent en effet, non pas sur la nécessité même de l'interopérabilité, reconnue par tous, mais plutôt sur l'étendue de sa garantie et sur le contenu du cadre juridique à lui apporter. Au cœur de cette controverse se trouve la garantie du droit d'auteur²⁷ et des droits voisins²⁸. De manière concise, le droit d'auteur peut être défini comme l'ensemble des attributs dont dispose l'auteur sur son œuvre, attributs répartis selon deux catégories : les droits intellectuels et moraux (paternité, respect de l'intégrité de l'œuvre...) d'une part²⁹, et les droits patrimoniaux (monopole d'exploitation économique de l'œuvre), d'autre part³⁰.

La mise en œuvre de l'interopérabilité serait en effet, en l'absence d'un mécanisme de contrôle de son étendue, un facteur de violation de ces droits. La crainte est celle que « l'interopérabilité soit la couverture noble d'un acte de contrefaçon »³¹. Les raisons de cette inquiétude sont que la mise en œuvre de l'interopérabilité implique, notamment, l'accès à des informations dites « essentielles »³² et qu'un tel accès peut porter à la connaissance de tous le fonctionnement technique des moyens de garantie du droit d'auteur et des droits voisins et, par voie de conséquence, les modalités de leur contournement.

26 Sur la définition du droit d'auteur, cf. N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, 3^e éd. LGDJ, 2014, p. 103 et s. ; A. R. Bertrand, *Droit d'auteur*, 3^e éd., Dalloz action, 2010, p. 101 et s. ; C. Alleaume et N. Craipeau, *Propriété intellectuelle Cours et travaux dirigés*, Lextenso, 2009 ; J.-M. Bruguière et M. Vivant, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Précis Dalloz, 2013 ; J.-M. Bruiguière, *Droit des propriétés intellectuelles*, 2^e éd., Ellipses, juin 2011 ; C. Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Précis Dalloz, 9^e éd., 1999 ; C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3^e éd., Manuel Litec, 2013 ; B. Edelman, *Droits d'auteur, droits voisins*, Dalloz, 1997 ; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 8^e éd. PUF, coll. Droit fondamental, 2012 ; A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Lexisnexus, 2012 ; F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Economica, 2^e éd. 2014 ; P. Sirinelli, *Propriété littéraire et artistique*, mémento Dalloz, 2^e éd., janv. 2004 ; V.-L. Benabou, « Panser à la source du droit d'auteur », *RIDA*, avril 2002, n° 192, p. 3.

27 Art. L. 111-1, al. 1, CPI : « L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous ».

Sur le régime juridique du droit d'auteur, cf. première Partie, Livre I^{er} CPI.

28 Cf. deuxième Partie, Livre II CPI. Les droits voisins sont composés des droits des artistes-interprètes, des droits des producteurs de phonogrammes, des droits des producteurs de vidéogrammes, des droits des entreprises de communication audiovisuelle.

29 Les droits moraux sont énumérés aux articles L. 121-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

30 Les droits patrimoniaux sont énumérés aux articles L. 122-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

31 C. Caron, *op. cit.*, p. 272 ; Y. Gaubiac, « Interopérabilité et droit de propriété intellectuelle », *RIDA* 2007, n° 211, p. 93 : « l'entrée des œuvres dans l'univers numérique a été fracassante et brutale. Le clonage, phénomène connu dans l'univers numérique, ne l'était pas dans celui de la reproduction des œuvres qui connaissait la nécessité d'un master pour la confection de copies de qualité et qui savait que la copie privée était limitée car il fallait toujours avoir à sa disposition un support d'origine du producteur pour avoir une copie de qualité, la copie d'une copie devenant vite de peu d'intérêt, perdant rapidement sa qualité d'origine ».

32 L. 331-32, al. 2, CPI : « On entend par informations essentielles à l'interopérabilité la documentation technique et les interfaces de programmation nécessaires pour permettre à un dispositif technique d'accéder, y compris dans un standard ouvert au sens de l'article 4 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, à une œuvre ou à un objet protégé par une mesure technique et aux informations sous forme électronique jointes, dans le respect des conditions d'utilisation de l'œuvre ou de l'objet protégé qui ont été définies à l'origine ».

D'ailleurs, cette méfiance face au risque de violation du droit d'auteur et des droits voisins, que permettrait la mise en œuvre de l'interopérabilité, a conduit au développement de divers systèmes visant à contrôler l'usage des contenus numériques, en particulier des contenus culturels numériques³³. En témoigne la multiplication des mesures techniques de protection (MTP), celles-ci étant définies comme des technologies, dispositifs ou composants contrôlant, par la technique, les actions possibles sur les œuvres ou objets protégés par le droit d'auteur ou des droits voisins³⁴.

En pratique, de tels systèmes peuvent constituer des obstacles techniques à la mise en œuvre de l'interopérabilité, en limitant par exemple les possibilités de lecture du contenu qu'ils protègent à un logiciel donné, ou encore en bloquant la copie à titre privée³⁵. Les utilisateurs de contenus numériques sont donc concernés, au premier chef, par de tels obstacles techniques à l'interopérabilité, au nom du respect du droit d'auteur et des droits voisins³⁶.

Pourtant, la mise en œuvre de l'interopérabilité ne doit pas être assimilée à un acte de contrefaçon. L'objet de l'interopérabilité est de garantir le bon fonctionnement des outils numériques et des technologies de l'information et de la communication, ainsi que le contrôle par l'utilisateur de ses données. Le fait que les informations essentielles à l'interopérabilité soient parfois utilisées à des fins de violation d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin ne doit pas conduire à bannir toute interopérabilité dans un secteur numérique dont la vitalité en dépend indéniablement.

33 P. Lescure (dir.), Rapport « *Acte II de l'exception culturelle : contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique* », dit « Rapport Lescure », remis au Président de la République et au ministre de la Culture le 13 mai 2013.

En s'inspirant de la définition d'un bien culturel posée par l'article 1^{er} de la Convention de l' UNESCO du 14 novembre 1970 (concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exploitation et le transfert de propriété illicite des biens culturels) et l'article 2 du Chapitre 1^{er} de la Convention d'Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés du 24 juin 1995, les « contenus culturels numériques » peuvent être définis comme les contenus numériques qui, « à titre religieux ou profane, revêtent une importance pour l'archéologie, la préhistoire, l'histoire, la littérature, l'art ou la science (...) ».

34 Art. 6.3, directive 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, dite directive EUCD (*European Union Copyright Directive*), JOUE n° L167 du 22 juin 2001, p. 0010-0019 : « toute technologie, dispositif ou composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, est destiné à empêcher ou à limiter, en ce qui concerne les œuvres ou autres objets protégées, les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur prévu par la loi, ou du droit *sui generis* prévu au chapitre III de la directive 96/9/CE [concernant la protection juridique des bases de données] ».

Le Professeur Sirinelli identifie quatre axes pour assurer la garantie du droit d'auteur et des droits voisins : la limitation de la liberté contractuelle, l'attribution de tâches à des organisations de défense et les sociétés de perception, le recours aux mesures techniques de protection, les saisies, cf. P. Sirinelli, *Propriété littéraire et artistique*, memento Dalloz, 2^e éd., janv. 2004, p. 133 et s.

35 cf. *infra*, p. 139.

36 Sur l'adaptation du droit d'auteur aux nouvelles pratiques culturelles, cf. J.-M. Bruguière, J.-R. Alcaras, V.-L. Benabou et S. Choisy, *Droit d'auteur et culture*, Dalloz, juin 2007.

Un parallèle avec la conduite automobile permet d'illustrer parfaitement ce propos : ce n'est pas parce qu'un véhicule dispose des capacités de dépassement de la vitesse autorisée que ce dépassement est automatique. Il est de la responsabilité du conducteur de se conformer aux règles de conduite. Il en va de même pour le cas du droit d'auteur et des droits voisins : l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité peut aboutir à une violation des droits sur l'œuvre ou l'objet protégé mais cela n'est pas automatique et il est de la responsabilité de celui qui dispose de cet accès de s'assurer du respect des conditions établies par les titulaires de droits.

Le législateur lui-même s'est préoccupé de garantir l'articulation du droit d'auteur et de l'interopérabilité³⁷. Cependant, cette préoccupation n'a été qu'indirecte jusqu'à présent, noyée dans un corpus juridique consacré aux mesures techniques de protection, en particulier 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, dite loi DADVSI³⁸.

A cet égard, l'article L. 331-5 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « les mesures techniques ne doivent pas avoir pour effet d'empêcher la mise en œuvre de l'interopérabilité, dans le respect du droit d'auteur ». Une Haute Autorité, l'Autorité de Régulation des Mesures Techniques de protection (ARMT), aujourd'hui fusionnée avec la Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des droits sur Internet (HADOPI), s'est même vue confier la mission « de garantir l'interopérabilité des systèmes et des services existants, dans le respect des droits des parties, et d'obtenir du titulaire des droits sur la mesure technique les informations essentielles à cette interopérabilité »³⁹.

37 Très tôt, la notion d'interopérabilité fut appréhendée par le législateur, mais uniquement pour le cas du logiciel, cf. Directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, *JOCE* n° L 122 du 17 mai 1991, p. 0042-0046 ; Loi n° 94-361 du 10 mai 1994 portant mise en œuvre de la directive (CEE) 91/250 du Conseil des communautés européennes du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur et modifiant le code de la propriété intellectuelle, *JORF* n° 109 du 11 mai 1994, p. 6863.

38 Le *corpus* juridique des mesures techniques de protection comporte trois niveaux :

- Un niveau international : Traité WCT, *WIPO Copyright Treaty* – traité de l'Organisation Mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) sur le droit d'auteur ; Traité WPPT, traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes du 20 décembre 1996.

- Un niveau européen : Directive 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, dite directive EUCD (*European Union Copyright Directive*), *JOCE* n° L167 du 22 juin 2001, p. 0010-0019.

- Un niveau national : Loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (DADVSI), *JORF* n° 178 du 3 août 2006, p. 11529.

P. Sirinelli, « Introduction au dossier relatif au droit d'auteur au lendemain de la loi du 1^{er} août 2006 », *D.* 2006, p. 2154 : « La loi, dans une construction complexe, tente de maintenir un équilibre entre intérêts antagonistes. L'autorité des mesures techniques sera chargée de veiller tant à la garantie du bénéfice de certaines exceptions qu'à la possibilité d'une interopérabilité entre systèmes de lecture des œuvres protégées par des MTP (ou DRM) ».

39 Art. L. 331-31, al.1, CPI.

Cependant, à la lecture du *corpus* juridique relatif à l'articulation des mesures techniques de protection et de l'interopérabilité, un constat s'impose : celui de l'absence de prise en considération de l'intérêt de l'utilisateur, que l'on définira par la suite juridiquement comme le consommateur, et qui se trouve au cœur du développement des technologies et outils numériques. En effet, les portes de l'Autorité de régulation ne sont pas ouvertes au consommateur, sa saisine étant limitée aux seuls « éditeurs de logiciels, aux fabricants de systèmes techniques et aux exploitants de services », par application des dispositions de l'article L. 331-32 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle⁴⁰. L'utilisation de ces outils et technologies numériques est pourtant un enjeu, souvent oublié, de l'interopérabilité. Il s'avère donc nécessaire de la réintégrer dans une analyse sous l'angle du droit de la consommation.

6. La consommation, enjeu de l'interopérabilité. Si la doctrine s'est ainsi très tôt attelée à la définition de la notion de consommateur⁴¹, il n'en a pas été de même du législateur français. En effet, jusqu'à la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation⁴², il n'existait pas de définition du consommateur dans les textes nationaux. Aujourd'hui, le consommateur est défini, dans une première approche juridique, comme la personne physique qui « agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »⁴³.

Le consommateur est incontestablement l'utilisateur final de nombre de technologies et d'outils numériques. Pourtant ce statut ne lui confère pas, jusqu'à présent, une place de choix dans les études relatives à l'interopérabilité. La consommation apparaît ainsi comme un enjeu oublié, délaissé du débat relatif à l'interopérabilité alors même que le rôle du consommateur dans le développement des outils et technologies numériques se révèle déterminant.

⁴⁰ Art. L. 331-32, al.1, CPI : « tout éditeur de logiciel, tout fabricant de système technique et tout exploitant de service peut, en cas de refus d'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité, demander à la Haute Autorité de garantir l'interopérabilité des systèmes et des services existants, dans le respect des droits des parties, et d'obtenir du titulaire des droits sur la mesure technique les informations essentielles à cette interopérabilité (...) ».

⁴¹ Pour une première approche de la notion de consommateur, cf. C. Dubern, « Fasc. 925 : Protection de la personnalité du consommateur- Droit à l'intégrité morale », *JCI Concurrence-Consommation* : « Selon la terminologie juridique, le consommateur est : 1. celui que protège le droit de la consommation (parce qu'il est profane) ; 2. celui que défendent les associations de consommateurs (parce qu'il est isolé) : protection ou défense dont peuvent bénéficier, selon les cas, trois catégories de personnes (...); 3. (sens strict) tout acquéreur non professionnel de biens de consommation destinés à son usage personnel ; 4. plus largement tout prestataire non professionnel de services fournis par des professionnels (...); 5. (...) dans un sens extensif, les épargnants et accédants à la propriété (*ibid*) » ; cf. également : G. Cornu et *alii*, *Vocabulaire juridique*, in Ass. Capitant, 8^e éd., PUF, 2000, cf. Consommateur et *supra* p.

⁴² Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (1), *JORF* n° 0065 du 18 mars 2014, p. 5400, texte n° 1.

⁴³ Art. préliminaire, C. conso., tel qu'issu de la loi du 17 mars 2014. cf. *infra*, p. 99.

On constate cependant une prise de conscience récente des difficultés auxquelles est confronté le consommateur en raison d'un défaut d'interopérabilité de ses outils⁴⁴. Ainsi, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), abordant essentiellement des sujets relatifs aux droits des consommateurs s'est emparée de ce sujet, étudié auparavant exclusivement sous l'angle du droit de la propriété intellectuelle. Elle a organisé, en 2012, une table ronde « Atelier sur la protection des consommateurs et l'autonomisation dans l'achat de contenus numériques »⁴⁵.

Les mesures techniques de protection (MTP) et la notion d'interopérabilité⁴⁶ ont été au cœur des discussions. Partant du constat que certains produits numériques sont vendus avec des mesures techniques visant à en contrôler les usages (copie, transfert aux tiers, limitation du nombre de téléchargement...), associations de consommateurs, e-commerçants, titulaires de droits sur les œuvres et objets protégés, ainsi que développeurs de mesures techniques ont exprimé leur position sur les difficultés pratiques pour le consommateur que soulèvent leurs utilisations, en particulier en matière d'interopérabilité⁴⁷.

Cet intérêt pour l'interopérabilité et les mesures techniques de protection est en lien avec l'évolution des habitudes de consommation des contenus numériques. Le consommateur émet en effet désormais une exigence : celle de pouvoir accéder à ses différents contenus numériques, de manière indifférenciée, sur l'un ou l'autre de ses outils. Il faut souligner que le temps de l'ordinateur comme unique porte d'accès au monde numérique est révolu⁴⁸. De nouvelles plates-formes de communication bousculent les habitudes de consommation de contenus numériques et la connexion devient nomade avec le développement des smartphones (« téléphones intelligents »)⁴⁹ ou des tablettes tactiles⁵⁰. Les téléphones, les téléviseurs, mais

44 J. Dourgnon, « L'impact de l'interopérabilité pour les consommateurs », in « Interopérabilité aspects juridiques, économiques et techniques », *RLDI*, supplément au n° 23, janv. 2007.

45 OCDE, *Committee on Consumer Policy*, « Workshop on consumer protection and empowerment in the purchase of digital content products », 23 avril 2012.

46 OCDE, *Committee on consumer policy*, *draf report*, « Interoperability and functionality », « privacy and security », 23 avril 2012, p. 18 et 24.

47 OCDE, *Committee on consumer policy*, « Consumer issues include the adequacy of information disclosure and the nature and extent of restrictions on interoperability and functionality » [les questions de consommation comprennent la pertinence de la divulgation d'informations et la nature et l'étendue des restrictions en matière d'interopérabilité et de fonctionnalités], in « protecting and empowering consumers in the purchase of digital content products » [la protection et l'autonomisation des consommateurs dans l'achat de contenus numériques], *op. cit.*, p. 18.

48 Art. 2, 11°, directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 oct. 2011, relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 99/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, *JOUE*, 22 nov. 2011 : « contenu numérique, des données produites et fournies sous forme numérique ».

49 Un *smartphone* ou « téléphone intelligent » est un téléphone mobile exécutant de multiples applications, autrefois réservées aux seuls ordinateurs ou assistants personnels, grâce à son système d'exploitation et à sa capacité de se connecter à Internet.

50 Vocabulaire de l'audiovisuel et de l'informatique, *JORF* n° 0043 du 20 fév. 2011, p. 3238, texte n° 41, cf. Tablette : « ordinateur portable et ultraplat, qui se présente comme un écran tactile et qui permet notamment d'accéder à des contenus multimédias ».

aussi les véhicules sont, de nos jours, connectés, voire interconnectés⁵¹.

Ainsi, l'interopérabilité accompagne l'évolution des technologies permettant au consommateur le partage d'informations : hier l'émergence du *web 2.0*⁵² ; aujourd'hui celle de l'informatique en nuage ou *Cloud Computing*⁵³, qui donne à chacun, en théorie, la capacité d'accéder où il le souhaite, quand il le souhaite, comme il le souhaite, à ses contenus numériques stockés sur un service disponible à distance. Un service en *Cloud Computing* ne sera, en toute logique, d'aucune utilité s'il n'est accessible que sur une plate-forme déterminée ou via un logiciel dont l'installation est prérequis. Tout l'intérêt du *Cloud Computing* repose donc sur la garantie de son interopérabilité, afin que les contenus stockés soient techniquement « ouvrables »⁵⁴, modifiables ou partageables sur le support choisi par leur détenteur⁵⁵. En d'autres termes, le développement de la consommation d'outils numériques ne peut se construire sans l'interopérabilité qui la sous-tend.

En outre, c'est le consommateur qui, en raison de son absence de connaissance technique, pâtit le plus d'un défaut d'interopérabilité. Il est incapable d'y remédier par ses propres moyens. En pratique, il est ainsi courant qu'un consommateur ne puisse pas, par exemple, utiliser son caméscope numérique sur son ordinateur au motif que son système d'exploitation ou son logiciel de lecture de vidéos ne permet pas l'échange d'informations. Il apparaît également particulièrement frustrant pour un consommateur de ne pas pouvoir lire, sur le support technique de son choix, une œuvre protégée qu'il a légalement acquise. C'est pourtant la désagréable expérience qu'ont vécue des milliers de consommateurs lors de la sortie sur support *Blu-ray*⁵⁶ du film *Avatar*⁵⁷ : l'interopérabilité de cette technologie avec l'ensemble des supports de lecture

51 Les différentes plates-formes d'accès sont dites « interconnectées » dès l'instant où elles partagent des informations communes.

52 L. Allard, « L'évolution d'internet, le web 2.0 », <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr>>, nov. 2011 : « plate forme de données partagées via le développement d'applications qui viennent architecturer les réseaux sociaux issus de la contribution essentielle des usagers à la création des contenus et des formats de publication ».

53 Commission européenne, *The future of Cloud computing, Opportunities for European Cloud Computing beyond 2010*, public version 1.0, 26 janv. 2010, p. 8 : « un environnement de ressources d'exécution élastique, qui implique des parties prenantes multiples, et qui fournit un service mesuré à des niveaux de finesse multiples pour un niveau de qualité de service spécifié ». Vocabulaire de l'informatique et de l'Internet, *JORF* n° 0129 du 6 juin 2010, p. 10453, cf. Informatique en nuage : « mode de traitement des données d'un client, dont l'exploitation s'effectue par l'Internet, sous la forme de services fournis par un prestataire ».

B. Fauvarque-Cosson et C. Zolynski, *Le cloud computing. L'informatique en nuage*, Société de législation comparée, juin 2014.

54 Nous utiliserons ce terme impropre.

55 M. Mossé, « Logiciels et propriété intellectuelle : des relations originales et enrichies de dynamiques croisées », *RLDI* 2009, n° 49, supplément de mai 2009 : « cette quête de l'interopérabilité va devenir de plus en plus vivace car à mesure que nous entrons dans un autre univers, celui du *cloud computing*, cette informatique dans les nuages, cette « diffraction » de la création logicielle, qui va bien au-delà du concept de l'infogérance ».

56 Le disque *Blu-ray* est un format de disque numérique, commercialisé par l'entreprise Sony, sur lequel les données sont gravées par un rayon laser de couleur bleue.

57 G. Champeau, « *Avatar* en *Blu-ray* illisible sur certains lecteurs à cause des DRM », *Numerama.com*, 23 avril 2010.

n'avait pas été assurée. Pareillement, un service de téléchargement de contenus numériques en ligne ne sera d'aucun intérêt pour le consommateur si lesdits contenus ne sont accessibles que sur le seul support technique ayant opéré le téléchargement⁵⁸.

L'interopérabilité s'impose ainsi, non seulement comme une nécessité pour le consommateur, mais également comme un enjeu de la consommation des contenus numériques. En effet, le défaut d'interopérabilité peut être un frein au développement de la demande en ce qu'il constitue une contrainte certaine et avérée pour le consommateur dans l'utilisation des contenus numériques. La demande de ces contenus dépend donc d'une offre adaptée à cette préoccupation. En définitive, tant les consommateurs que les éditeurs de contenus numériques ont intérêt à l'existence et à la mise en œuvre de l'interopérabilité. Se pose donc la question de la consécration d'un droit à l'interopérabilité.

7. Trois enjeux pour la reconnaissance d'un droit à l'interopérabilité. Quel est l'intérêt de la reconnaissance d'un droit subjectif à l'interopérabilité ? Elle est nécessaire pour l'opposabilité de l'interopérabilité aux sujets débiteurs de ce droit. Ainsi, ce n'est que par la consécration d'un droit que son titulaire pourra s'en prévaloir pour la garantie de l'interopérabilité des éléments matériels et immatériels numériques dont il a l'usage et sera à même d'exiger de sujets sa mise en œuvre. En d'autres termes, sans droit, il n'existerait pas de contrainte réelle à la garantie de l'interopérabilité.

La doctrine n'est cependant pas unanime sur la reconnaissance d'un droit à l'interopérabilité⁵⁹. Certains auteurs, à l'instar du Professeur Caron⁶⁰ et de Maître Caprioli⁶¹, rejettent cette notion, et arguent notamment d'un jugement du Tribunal de grande instance de Nanterre en date du 15 décembre 2006⁶², qui, de manière

58 C. Bernault, « La loi du 1^{er} août 2006 et l'interopérabilité : éléments pour décoder », *RLDI*, sept. 2006, p. 59 : « l'exemple d'*iTunes* est sans doute le plus parlant. Les titres vendus sur le site d'*Apple* sont protégés par une mesure technique, baptisée *FairPlay*. Elle permet notamment de limiter le nombre de copies réalisées par les consommateurs. Mais cela suppose aussi que le baladeur numérique dudit consommateur puisse " décoder " cette mesure technique pour " lire " les titres téléchargés. Or les seuls baladeurs équipés du logiciel de décodage adéquat sont ceux vendus par *Apple*... A l'inverse, le baladeur *Apple* ne peut lire que les fichiers codés par *FairPlay*, donc téléchargés sur *iTunes*, ou encore des fichiers MP3 non protégés par des *DRMs*. Les mesures techniques de protection sont donc de nature à faire obstacle à la lecture de l'œuvre sur l'appareil de son choix ».

59 On peut noter l'organisation d'une table ronde à ce sujet, cf. CUERPI, Colloque, *Que reste-t-il du droit d'auteur après la loi du 1^{er} août 2006 ?*, 24 nov. 2006.

60 C. Caron, *op.cit.*, p.272.

61 A. Caprioli, « Le jugement du TGI de Nanterre du 15 décembre 2006 et la question de l'interopérabilité », *Comm. Com. Electr.*, avril 2007, comm. 64.

62 TGI Nanterre, 15 déc. 2006, n° 05/03574, aff. *Union fédérale des consommateurs- Que choisir (UFC- QUE CHOISIR) c/ Société SONY FRANCE, société SONY UNITED KINGDOM LTD, Propr. intell.* 2007, n° 23, p. 222, obs. Bruguière ; *RLDI* 2007, n° 24, p. 30, note Pignateri : « Les sociétés défenderesses s'opposent aux demandes dirigées contre elles en observant que celles-ci tendent en réalité, sous couvert d'une meilleure information du consommateur, à obtenir en justice le respect d'une obligation d'interopérabilité entre les plate-formes musicales et les lecteurs de musique numérique de toutes marques ; elles soulignent que cette interopérabilité totale n'existe aujourd'hui ni en droit ni en fait et qu'il n'appartient pas à l'autorité judiciaire de se

indirecte, reconnaît qu'il n'existe pas d'obligation d'interopérabilité totale⁶³. Pour le Professeur Gaubiac, l'interopérabilité n'est pas un droit autonome mais est une composante du droit de la propriété intellectuelle dont le régime demeure à préciser⁶⁴.

Pour d'autres auteurs, à l'inverse, la notion est acquise. En effet, elle aurait été consacrée par petites touches, parmi lesquelles un arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 4 octobre 2002⁶⁵, enjoignant à un opérateur de téléphonie mobile de communiquer à l'abonné les codes de déverrouillage de son téléphone, afin de lui permettre d'accéder aux services d'autres opérateurs⁶⁶. Les Professeurs Bruguière et Vivant⁶⁷ s'avèrent être les auteurs les plus favorables à la reconnaissance de ce droit⁶⁸. D'après ces derniers, avec lesquels nous nous accordons, la loi DADVSI est indéniablement l'acte de naissance de cette prérogative⁶⁹, tandis que d'autres auteurs⁷⁰ le situent plutôt au jour de l'entrée en vigueur de la loi du 10 mai 1994⁷¹ transposant la directive européenne du 14 mai 1991 sur la protection juridique des programmes d'ordinateur⁷². Il s'agit pour ces auteurs d'un « droit subjectif »⁷³, défini classiquement et dans une première approche, comme un « intérêt juridiquement protégé »⁷⁴.

prononcer sur ce point ».

63 Cf. *infra*, p. 216.

64 Y. Gaubiac, « Interopérabilité et droit de propriété intellectuelle », *RIDA* 2007, n° 211, p. 103 : « la place de l'interopérabilité au sein du droit de la propriété intellectuelle est à trouver et son régime est à préciser ».

65 CA Versailles, 1^{ère} Ch., 2^e section, 4 octobre 2002, RG n° 00/08741.

66 C. Manara, « Téléchargement payant de musique : le droit de la consommation s'applique strictement ! », *D.* 2007, p. 219 : « (...) une telle autorisation judiciaire de déverrouillage montre qu'il peut exister en droit positif des fondements au "droit à l'interopérabilité" ».

67 J.-M. Bruguière, « Le droit à l'interopérabilité », *Comm. Com. Electr.*, fév. 2007, étude 3.

68 M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Précis Dalloz, 2^e éd., 2013, p. 794-804 ; J.-M. Bruguière, « Le droit à l'interopérabilité », *Comm. Com. Electr.*, fév. 2007, étude 3 ; on peut également citer : B. Beignier et S. Regourd, « Droit de la presse et des médias », *JCP G.*, 16 mai 2007, I 156 ; M.-A. Pichaud, « Fasc. 4540 : Droit de la concurrence et informatique », *JCI Communication*, 1^{er} oct. 2008.

69 J.-M. Bruguière, art. préc. : « la loi du 1^{er} août 2006 a créé le droit à l'interopérabilité afin de permettre à des interfaces logiques de programmes, comme par exemple des systèmes de lecture, de communiquer entre elles par le biais d'échanges d'informations et d'utilisation mutuelle des informations échangées ».

70 C. Rojinsky, « Hyperliens et droit à l'interopérabilité dans la société de l'information », *Comm. Com. Electr.*, juill. 2002, chron. 18 : « or l'hyperlien pourrait être considéré comme un outil permettant d'assurer une forme - certes assez peu orthodoxe - d'interopérabilité entre les ressources présentes sur l'Internet. Notre propos est donc ici de soumettre à la discussion et à l'analyse critique des uns et des autres l'idée selon laquelle la mise en place d'un lien hypertexte pourrait constituer, dans certaines hypothèses, une mise en œuvre du droit à l'interopérabilité reconnu par le Code de la propriété intellectuelle en matière de logiciels depuis la loi du 10 mai 1994 transposant la directive européenne du 14 mai 1991 sur la protection juridique des programmes d'ordinateur ».

71 Loi n° 94-361 du 10 mai 1994 portant mise en œuvre de la directive (CEE) 91/250 du Conseil des communautés européennes du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur et modifiant le code de la propriété intellectuelle, *JORF* n° 109 du 11 mai 1994, p. 6863.

72 Directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, *JOCE* n° L 122 du 17 mai 1991, p. 0042-0046.

73 cf. *infra* p. 65 et s.

74 R. von Ihering, *L'esprit du droit romain*, trad. O. de Meulenaere, 3^e éd., t. IV, 1888, § 70, p. 327 et 328, cf. *infra*, p. 71.

Néanmoins, malgré ces reconnaissances, on peut estimer que le droit à l'interopérabilité est noyé dans un océan de dispositions relatives aux mesures techniques de protection et que l'équilibre entre celui-ci et le droit d'auteur n'est pas assuré. Il faut donc, à notre sens, aller plus loin dans la garantie du droit à l'interopérabilité. D'ailleurs, de nombreux indices font pencher la balance en faveur de la reconnaissance du droit à l'interopérabilité au profit des consommateurs, à l'instar du Rapport Lescure⁷⁵. Aux termes de ce rapport, la faculté de saisir l'Autorité de régulation est présentée comme un « droit reconnu aux éditeurs de logiciels », qui devrait être étendu aux consommateurs⁷⁶. De là à y voir la reconnaissance implicite d'un droit à l'interopérabilité, il n'y a qu'un pas qui ne demande qu'à être franchi.

L'HADOPI elle-même, en charge de la régulation des mesures techniques de protection, a reconnu sans ambiguïté l'existence d'un droit à l'interopérabilité en ces termes : « il apparaît aujourd'hui nécessaire de consacrer un certain droit à l'interopérabilité au niveau européen, et de prévoir que les États membres prennent des mesures appropriées destinées à garantir la possibilité pour les consommateurs de lire les contenus acquis légalement sur le support de leur choix »⁷⁷. Ainsi, l'Autorité française en charge de la protection du droit d'auteur et des droits voisins sur Internet fait explicitement le lien entre consommateur et interopérabilité et s'exprime en faveur d'un droit à l'interopérabilité au bénéfice de ce dernier.

Aussi, à la question, posée en 2008 par Madame le Professeur Behar-Touchais, de savoir si, à la suite de l'affaire *Microsoft*, nous allions « vers la consécration d'un certain droit à l'interopérabilité »⁷⁸, il faut aujourd'hui répondre assurément de manière affirmative.

8. Démarche. Pour l'étayer, il faut néanmoins – et c'est le nœud central de la réflexion – pouvoir articuler le droit de la consommation et le droit d'auteur. En effet, la reconnaissance et la recherche d'une mise en œuvre effective du droit à l'interopérabilité, pour le consommateur, ne doivent pas s'opérer au détriment des autres droits. Pour autant, il faut avoir conscience que l'optique de protection des intérêts du consommateur ne pourra pas aboutir à une démarche consensuelle de réflexion sur les évolutions nécessaires du régime juridique du droit d'auteur.

75 P. Lescure, *Rapport « Acte II de l'exception culturelle : contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique », dit Rapport Lescure*, remis au Président de la République et au ministre de la Culture le 13 mai 2013.

76 Rapport Lescure, *op. cit.*, p. 200 : « (...) il serait légitime d'ouvrir aux consommateurs et aux associations qui les représentent la possibilité de saisir le régulateur de toute question relative à l'interopérabilité. En effet, avant d'être un droit reconnu aux éditeurs de logiciels, celle-ci est avant tout une garantie visant à protéger l'utilisateur final, qui ne doit pas voir ses usages entravés au-delà de ce qu'exige le strict respect des droits d'auteur et des droits voisins ».

77 HADOPI, « Contribution à la consultation européenne publique sur le droit d'auteur », <http://hadopi.fr/sites/default/files/hadopi_consultation.pdf>, 13 mars 2014, p. 5.

78 M. Behar-Touchais, « Être interopérable ou ne pas l'être : telle est la question ! », *Comm. Com. Electr.*, mars 2008, étude 6.

Aussi, compte tenu des attentes des consommateurs en matière de technologies de l'information et de la communication, ainsi que de l'équilibre recherché avec la protection du droit d'auteur et des droits voisins, faut-il consacrer un droit du consommateur à l'interopérabilité et quelles conséquences en seraient induites ?

9. Plan. Pour démontrer la pertinence de la reconnaissance de ce droit, on posera, en premier lieu, les éléments en faveur d'une telle reconnaissance et donc de la qualification juridique de droit à l'interopérabilité (**Partie I**). Cette étape de qualification juridique du droit à l'interopérabilité est un préalable nécessaire à l'établissement, en second lieu, d'un régime juridique équilibré entre la préservation des intérêts des consommateurs, d'une part, et la protection du droit d'auteur et des droits voisins, d'autre part (**Partie II**).

PARTIE I - LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE DU DROIT DU À L'INTEROPÉRABILITÉ

PARTIE II - LE REGIME JURIDIQUE DU DROIT A L'INTEROPÉRABILITÉ

PARTIE I - LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE DU DROIT A L'INTEROPÉRABILITÉ

10. **La difficulté de la définition du droit à l'interopérabilité.** Souvent inconnue, parfois confondue, l'interopérabilité est une notion dont la définition est difficilement compréhensible par tous. L'utilisation même du mot « interopérabilité » est généralement réservée à un cercle restreint de professionnels des technologies de l'information et de la communication. La raison de cette absence d'assimilation de la notion par le plus grand nombre est simple : l'interopérabilité est une notion technique et, comme toute notion technique, quelle que soit la matière, elle n'est comprise que par ceux disposant de compétences spécialisées.

De ce fait, peu d'analyses sur la question de l'interopérabilité sont, d'une part, élaborées sous un angle qui n'est pas celui de la seule technique et, d'autre part, accessibles à ce que l'on pourrait dénommer un « public non averti ». La compréhension de la notion constitue donc un obstacle pour le juriste et le législateur, traditionnellement peu versés dans l'assimilation de termes techniques. Aussi, dès l'instant où le droit s'est intéressé de près à la notion d'interopérabilité, principalement lors des débats portant sur le projet de loi DADVSI, la méconnaissance des parlementaires du volet technique des mesures de protection et de la notion d'interopérabilité est apparue au grand jour⁷⁹.

En outre, il doit être constaté que différents écrits traitant de ce sujet, se révèlent relativement inexacts à l'analyse juridique de l'interopérabilité, ce en raison d'une incompréhension de l'aspect technique de cette notion et d'une confusion avec d'autres concepts qui lui sont proches, tels que la compatibilité⁸⁰, ou les moyens techniques de sa mise en œuvre⁸¹. Une difficulté de compréhension de la notion d'interopérabilité existe donc indéniablement.

11. **Plan.** Aussi, la première étape de cette étude doit tendre en la définition, technique et juridique, de cette notion qui, dans la cadre de l'examen du droit à l'interopérabilité, est « l'objet » de ce droit. Cet « objet » est

79 cf. M. Ralite, *JO Sénat* CR, 30 juin 2006, p. 3668, cité par A. Lucas, H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^e éd. 2006, p. 610, n° 890-3 ; J.-M. Bruguière, « Le droit à l'interopérabilité », *Comm. Com. Electr.*, fév. 2007, étude 3 : « [nous] sommes devant une accumulation de mots machines qui rompent avec le français ordinaire et même avec la langue du droit, ce qui nous prive en définitive de nos réels droits de législateur ».

80 cf. *infra* p. 57.

81 C. Caron, « L'interopérabilité au service de la libre concurrence », *Comm. Com. Electr.*, janv. 2012, comm. 2 : « l'interopérabilité (également dénommée décompilation, voire *reverse engineering*) (...) ». cf. *infra* p. 122 et s.

une composante de la présentation classique de tout droit subjectif. Puis à partir de cette définition de l'objet du droit à l'interopérabilité, il sera possible d'établir la qualification juridique à retenir de ce droit (**Titre I**). Une fois cette étape franchie, la seconde phase de l'analyse de ce droit subjectif consistera en la détermination de ses autres composantes, à savoir le sujet actif titulaire du droit et le sujet passif soumis au droit⁸² (**Titre II**).

TITRE I - LA DEFINITION DU DROIT A L'INTEROPERABILITÉ

TITRE II - LES SUJETS DU DROIT A L'INTEROPERABILITÉ

82 J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 178-179 : « la doctrine, sans être unanime sur ce point, a ainsi présenté la structure nécessaire du droit subjectif comme la réunion de quatre éléments : un sujet actif, le titulaire ; un contenu, entendu comme « ce qui le délimite dans son mode et dans son étendue (...) » ou comme les prérogatives précises qu'il offre ; un objet déterminé, c'est-à-dire « ce sur quoi porte le droit ainsi délimité », que ce soit un « élément, corporel ou non », un bien matériel ou immatériel ; un sujet passif, à savoir l'objet ou la personne qui doit se soumettre à la prérogative, qui doit la respecter (...) ».

TITRE I - LA DEFINITION DU DROIT A L'INTEROPERABILITÉ

12. **Un droit à l'interopérabilité ayant pour objet...** Quelle est la substance du droit à l'interopérabilité ? Il pourrait paraître superflu de soutenir que le droit à l'interopérabilité porte précisément sur la notion d'interopérabilité. Il est pourtant bon d'affirmer ce qui relève de l'évidence, car le seul usage du mot « interopérabilité » ne permet pas d'en comprendre ses contours⁸³.

En outre, on ne peut se contenter de la définition juridique de l'interopérabilité comme « la capacité d'échanger des informations et d'utiliser mutuellement les informations échangées »⁸⁴. En effet, de prime abord, cette définition, si elle a le mérite de la généralité, ne permet pas d'appréhender la notion avec précision et rigueur.

13. **Plan.** Aussi, il convient de se pencher plus avant sur cette notion d'interopérabilité, dans ses aspects techniques et juridiques, ce dans le but de caractériser l'objet du droit à l'interopérabilité (**Chapitre I**). Toutefois, nous n'aurons parcouru que la moitié du chemin dans l'examen de la reconnaissance de ce droit. Devra être abordée par la suite sa classification juridique, qui ne sera pas aisée en raison de la difficulté d'identification de la notion d'interopérabilité. Il s'agira pourtant d'une étape indispensable à la démonstration du bien-fondé de la qualification juridique de droit à l'interopérabilité. Au terme de cette réflexion, le droit à l'interopérabilité sera ainsi qualifié de droit subjectif, avec toutes les conséquences qui s'y attachent (**Chapitre II**).

CHAPITRE I - L'OBJET DU DROIT A L'INTEROPÉRABILITÉ

CHAPITRE II - LA QUALIFICATION DU DROIT A L'INTEROPERABILITE

83 C. Rojinsky, « Quelle finalité pour l'interopérabilité », in « Rencontres Lamy droit de l'immatériel », *RLDI*, oct. 2006, supplément au n° 20, p. 11 : « c'est une question extraordinairement délicate... et si je devais être tout à fait honnête, mon intervention s'intitulerait " tout ce que je n'ai pas compris sur l'interopérabilité " (...) ».

84 Cons. 10 à 12, Directive 91/250/CEE du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, cf *infra*, p. 47 et s.

CHAPITRE I - L'OBJET DU DROIT A L'INTEROPÉRABILITÉ

14. L'interopérabilité : de la technique à la qualification juridique. Les relations entre individus ont été profondément modifiées par l'émergence d'Internet, que l'on peut définir comme un système d'interconnexion de machines « reliés entre eux par le tissage des réseaux téléphoniques (...) »⁸⁵. Ce système mondialisé repose donc sur une interconnexion de réseaux, ce qui induit nécessairement que ces réseaux doivent pouvoir communiquer entre eux afin qu'Internet puisse fonctionner.

Or, cette interconnexion est, d'un point de vue technique, difficile à mettre en œuvre, en raison de la multitude de matériels et de logiciels susceptibles d'être utilisés pour l'accès et l'utilisation d'Internet. Cette pléthore d'outils constitue la richesse de l'informatique mais également sa principale faiblesse. En effet, si ces outils ne peuvent communiquer entre eux, il est impossible de garantir une universalité du réseau. De ce fait, le seul moyen d'assurer l'universalité du réseau est précisément de mettre en œuvre l'interopérabilité.

En outre, ainsi qu'exposé précédemment⁸⁶, un défaut d'interopérabilité peut porter gravement préjudice au marché des technologies de l'information et de la communication car se mêlent des enjeux essentiels en matière de droit de la consommation et de droit de la concurrence. L'économie de ce marché est, en effet, influencée par la capacité des outils à interopérer. Moins cette capacité sera observée, plus le marché sera centré autour de quelques acteurs majeurs et moins il y aura d'outils proposés au consommateur. *A contrario*, plus il y aura d'outils disposant de la faculté d'interopérer, moins le marché sera appréhendé par les acteurs majeurs et plus le consommateur aura le choix de ses outils.

Tous ces enjeux ont rendu nécessaire l'établissement d'un cadre juridique de l'interopérabilité, ce qui explique que ce sujet ait gagné le cercle des juristes et que l'on se soit attaché à sa définition juridique.

15. Plan. Cependant le passage de la technique au juridique est ardu. Dans ces conditions, l'établissement d'une définition exige, tout d'abord, la détermination des éléments caractéristiques de l'interopérabilité (**Section I**). La définition de l'interopérabilité passe ensuite par l'étude de l'aspect protéiforme de cette notion et par sa nécessaire distinction des notions voisines, afin de délimiter précisément le champ

⁸⁵ H. Lilen, *Dictionnaire informatique et numérique*, 2^e éd. FirstInteractive, 2014, cf. Internet, p. 112.

⁸⁶ cf. *supra* p. 19.

d'application du droit à l'interopérabilité (**Section II**).

SECTION I - LA DEFINITION DE L'INTEROPÉRABILITÉ

SECTION II - LA DIVERSITÉ DE L'INTEROPÉRABILITÉ

SECTION I - LA DEFINITION DE L'INTEROPÉRABILITÉ

16. **La définition générale de l'interopérabilité.** La réflexion sur la définition de l'interopérabilité commence, sans surprise, par l'ouverture d'un dictionnaire. Elle se poursuit, avec étonnement, par l'absence de définition dans des éditions datant du début du XXI^e siècle⁸⁷. De même, aucune définition de l'interopérabilité n'était posée dans les dictionnaires juridiques de cette époque⁸⁸. Ce n'est, en effet, que récemment que le terme d'interopérabilité a gagné sa place dans les ouvrages dits « grand public » et dans les écrits juridiques⁸⁹.

L'explication de cette évolution est simple : l'interopérabilité, longtemps réservée exclusivement à un cercle restreint de spécialistes, est aujourd'hui une préoccupation concrète des sociétés numériques. Cette insertion récente constitue la preuve que parler d'interopérabilité aujourd'hui, pour le cas du consommateur, n'est pas chose surprenante.

L'interopérabilité est ainsi communément définie comme « la compatibilité des équipements, des procédures ou des organisations permettant à plusieurs systèmes, forces armées ou organismes d'agir ensemble »⁹⁰. A la lecture de cette première définition générale, on comprend que l'interopérabilité trouve à s'appliquer à de multiples activités.

17. **Plan.** Il existe donc différents types d'interopérabilité, ce qui n'est pas pour faciliter sa définition, pour le cas spécifique du consommateur de technologies de l'information et de la communication. Seule la détermination du critère technique distinctif de l'interopérabilité pourra apporter la précision nécessaire à sa définition (I), critère que l'on retrouve dans l'approche juridique de la notion (II).

87 J. Rey-Debove et A. Rey (dir.), *Le nouveau petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, nouv. éd. mise à jour, Dictionnaires le Robert, 2004.

M. Legrain et Y. Garnier (dir.), *Le Petit Larousse illustré*, nouv. éd. mise à jour, Larousse, 2001.

88 G. Cornu, De Lamberterie, P. Sirinelli et C. Wallaert (dir.), *Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright*, CNRS éd., 2003.

89 P. Sirinelli, « Numérique et interopérabilité : une nouvelle donne ? », in « Interopérabilité aspects juridiques, économiques et techniques », *RLDI*, supplément au n° 23, janv. 2007 : « s'il est un sujet passionnant, c'est bien celui de l'interopérabilité. D'abord parce que le terme, non défini par le législateur, est porteur interrogations, ensuite parce que la question est d'actualité, enfin parce qu'un texte nouveau tente d'apporter des réponses aux interrogations complexes émanant de personnes aux intérêts antagonistes. L'interopérabilité est un mot ignoré de bien des dictionnaires mais une aspiration communément répandue » ; C. Bernault et J.-P. Clavier, *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle*, Ellipses 2008, p. 229.

90 I. Jeuge-Maynard, C. Girac-Marinier et C. Nimmo (dir.), *Le Grand Larousse illustré*, nouv. éd. mise à jour, Larousse 2015.

I. La définition technique de l'interopérabilité

18. **L'élément caractéristique de l'interopérabilité : « agir ensemble ».** A raison de l'analyse de la définition générale de l'interopérabilité, il est possible de distinguer l'élément caractéristique de cette notion. Ainsi, c'est l'idée « d'agir ensemble », qui constitue l'élément déterminant permettant d'identifier l'interopérabilité, élément qu'il convient, aux fins de précision de la définition, d'articuler avec l'environnement du consommateur de technologies de l'information et de la communication.

Comme le souligne Madame David-Warcholak, on retrouve cette spécificité de l'interopérabilité dans la composition étymologique de la notion⁹¹. En effet, « (...) le terme se construit autour de deux mots latins : *inter*, qui exprime notamment une relation de réciprocité, et opérabilité, issue du latin *operari*, qui signifie travailler. L'interopérabilité évoque donc l'idée de ce qui, étant en relation, peut travailler ensemble »⁹².

Plus précisément, l'interopérabilité renvoie, en raison de la conception de mise en relation qui émerge de l'analyse étymologique du mot, à l'idée d'une interaction, d'une réciprocité des échanges. Pour le Professeur Sirinelli, « pris à la lettre, le verbe " interopérer " renverrait à l'idée d'une possibilité, pour des personnes ou des éléments, de travailler ensemble »⁹³. Cette notion de réciprocité, désigne donc, de manière évidente, ce qui est réciproque est caractérisé par un échange équivalent entre deux personnes. On peut en déduire que l'interopérabilité n'est pas la seule réception d'informations et qu'elle induit un partage entre les éléments mis en relation.

Cette nécessité d'un échange se retrouve dans la définition spécifique de l'interopérabilité en matière informatique. Dans un dictionnaire « grand public », on la trouve ainsi présentée, comme la « capacité de matériels⁹⁴, de logiciels⁹⁵ ou de protocoles⁹⁶ différents à fonctionner ensemble et à partager des informations »⁹⁷.

91 F. Duflot, « L'interopérabilité dans tous ses états », <www.interoperabilite.net>, p. 7 : « étymologiquement, " interopérer " signifie " *travailler ensemble* ". Placé au sein d'un contexte technique, cela signifie qu'il existe un fonctionnement concomitant de deux éléments qui interopèrent, auquel s'ajoute une communication technique entre ces deux éléments. D'une manière très générale, l'interopérabilité serait donc la capacité de plusieurs éléments à effectuer une forme de communication entre eux ».

92 N. David - Warcholak, *op. cit.*, p. 10.

93 P. Sirinelli, « Numérique et interopérabilité : une nouvelle donne ? », in « Interopérabilité aspects juridiques, économiques et techniques », *RLDI*, supplément au n° 23, janv. 2007.

94 cf. *infra*, p. 54.

95 cf. *infra*, p. 55.

96 cf. *supra*, p. 18.

97 I. Jeuge-Maynard, C. Girac-Marinier et C. Nimmo (dir.), *Le Grand Larousse illustré*, nouv. éd. mise à jour, Larousse 2015, cf. Interopérabilité, p. 628 ; *Dictionary of Computer and Internet Terms*, 6^e éd., Montréal, Barron's Business Guides, 1998 in M.-C. Roques-Bonnet, *Le Droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon Editions, 2010, p. 598 : « la capacité des machines ou

19. **Plan.** Cette définition a le mérite de « vulgariser » l'aspect technique de l'interopérabilité mais manque quelque peu de rigueur, au sens où les précisions fonctionnelles impliquées, à savoir les notions de « donnée » (A), de « format » (B), de « documentation technique ou d'« interface de programmation » (C) ne sont pas mentionnées.

A. La donnée

20. **L'interopérabilité : un échange de données.** La définition précédemment exposée fait référence à la notion d'« informations ». Ce terme générique doit être expliqué pour l'appréhension de la notion d'interopérabilité en matière de technologies de l'information et de la communication. Ainsi, une information est, plus exactement, une donnée, une représentation sous forme codée d'un élément dans le but de permettre son traitement informatique.

L'interopérabilité trouve alors à s'appliquer à l'échange d'une multitude de données (textes, images, films, etc.) par le biais de réseaux informatiques⁹⁸. Ces données peuvent être catégorisées. Ainsi, il convient de rappeler que les données « produites et fournies sous forme numérique »⁹⁹ sont qualifiées de « contenus numériques » par les dispositions de l'article 2, 11) de la directive 2011/83/UE.

Une diversité des informations, des données, c'est donc ce que permet la réciprocité des échanges caractérisant l'interopérabilité mais une condition est posée pour que cette diversité ne soit pas un obstacle à sa mise en œuvre : le « format » adopté doit nécessairement intégrer cette exigence d'interopérabilité.

B. Le format

21. **L'interopérabilité : un échange de données dans un format ouvert.** Les données sont échangées dans ce qui est dénommé un « format ». Dans une approche simplifiée de la notion, le format peut se définir comme le mode de stockage des données informatiques, représentées sous forme de nombres binaires¹⁰⁰.

[des] programmes de travailler ensemble. Deux ordinateurs sont interopérables s'ils peuvent être utilisés ensemble efficacement, pour travailler sur les mêmes dossiers ou partager des données à travers un réseau électronique ».

⁹⁸ cf. *infra*, p. 54.

⁹⁹ Art. 2, 11), directive 2011/83/UE.

¹⁰⁰ H. Lilen, *Dictionnaire informatique et numérique*, 2^e éd. FirstInteractive, 2014, cf. Bit, p. 27 : « unité d'information binaire traduisant la présence ou l'absence d'une impulsion électrique, ce que l'on représente par les chiffres 1 et 0 ».

Il existe différents formats de données. Ainsi, si les spécifications du format sont sous le seul contrôle d'une entité déterminée et ne peuvent être librement utilisées, le format est dit fermé¹⁰¹. En revanche, si le mode de stockage est rendu public et qu'il est librement utilisable, ce format est dit ouvert¹⁰².

Un format peut être un standard de communication, ce qui signifie qu'il a fait l'objet d'une normalisation par un organisme tel que l'Organisation Internationale de Normalisation (*International Organisation for Standardization- ISO*)¹⁰³. Ce standard peut être ouvert. Il est alors défini comme « 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 »¹⁰⁴. L'interopérabilité est permise s'il y a recours à un standard ouvert de communication¹⁰⁵.

En effet, nul besoin d'un logiciel spécifique ou d'autorisation particulière pour pouvoir utiliser ce type de format, ce qui supprime tout obstacle à la compréhension mutuelle de deux logiciels et est donc favorable à l'interopérabilité. L'utilisation d'un standard ouvert et interopérable de communication serait également facteur de sécurité des données et systèmes, de par la connaissance de l'ensemble des informations s'y rapportant¹⁰⁶. L'usage d'un standard ouvert permettrait enfin d'assurer la pérennité des données, par la possibilité de développer de nouveaux moyens pour pallier l'obsolescence ou la disparition des outils existants¹⁰⁷.

101 Le format .doc pour les textes ou .wma pour les fichiers audio sont des exemples de formats fermés.

102 A titre d'illustration, le format .odt est un format ouvert pour les textes.

103 Les organisations officielles mondiales de normalisation sont : ISO (Organisation internationale de normalisation), CEI (Commission électrotechnique internationale), UIT (Union internationale des télécommunications), UN/CEFACT (*United Nations Centre for Trade Facilitation and Electronic Business* -Centre de facilitation du commerce et des transactions électroniques), ETSI (*European Telecommunications Standards Institute*- Institut européen des normes de télécommunication)

104 Art. 4, Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN), *JORF* n° 0143 du 22 juin 2004, p. 11168, texte 2.

105 IDABC (*Interoperable Delivery of European eGovernment Services to public Administrations, Businesses and Citizens*), <<http://ec.europa.eu/idabc/en/document/3473/5585.html>> : « le standard est adopté et sera maintenu par une organisation sans but lucratif et ses évolutions se font sur la base d'un processus de décision ouvert accessible à toutes les parties intéressées (décision par consensus ou majorité) ; le standard a été publié et le document de spécification est disponible, soit gratuitement soit au coût nominal. Chacun a le droit de le copier, de le distribuer et de l'utiliser, soit gratuitement, soit au coût nominal ; La propriété intellectuelle, les brevets éventuels- sur la totalité ou une partie du standard est mise à disposition irrévocablement et sans redevance ; il n'y a pas de restriction à la réutilisation du standard ».

106 Direction centrale de la sécurité des systèmes d'information - DCSSI [aujourd'hui Agence Nationale pour la Sécurité des Systèmes d'Information - ANSSI] Rapport public, « Orientation des travaux de recherche et de développement en matière de sécurité des systèmes d'information », n° 757 /SGDN/DCSSI/SDC du 10/04/2008, édition 2008 : « De façon générale, tous ces protocoles sont des structurations de l'information numérique, et leur bonne interprétation est cruciale en matière de sécurité informatique, tout autant que d'interopérabilité. La réalisation d'implantations de référence validées formellement est un facteur de sécurité et de confiance à développer ».

107 N. Kroes, vice-présidente de la Commission européenne à la stratégie numérique, discours sur les standards ouverts et l'interopérabilité, *Open Forum Europe* 2010, 10 juin 2010, <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-300_en.htm?locale=en> : « de nombreuses autorités se sont retrouvées enfermées intentionnellement dans des technologies propriétaires pendant des décennies. Passé un certain point, ce choix de départ est tellement intégré que toute alternative risque d'être

Le choix du format de données influence donc la mise en œuvre de l'interopérabilité : plus on pourra accéder aux spécifications techniques d'un format déterminé, plus l'interopérabilité pourra être garantie. De même, la portabilité des données, c'est-à-dire la capacité à transférer les données d'un système informatique à un autre, est facilitée par l'adoption d'un format ouvert et donc par la mise en œuvre de l'interopérabilité. La mise à disposition de la documentation technique et des informations relatives à l'interface de programmation est également facteur d'interopérabilité.

C. La documentation technique et l'interface de programmation

22. L'interopérabilité : un échange de données avec accès à la documentation technique. La notion d'interopérabilité est également intimement liée à deux éléments techniques, eux-mêmes interdépendants, à savoir la documentation technique et l'interface de programmation.

La documentation technique est un texte écrit, intégré dans le code source, qui accompagne un logiciel et qui indique comment l'utiliser. En effet, le code source est insuffisant à lui seul pour le développement d'un logiciel¹⁰⁸. En d'autres termes, la documentation technique peut être définie comme l'ensemble des informations écrites relatives au fonctionnement du logiciel. Il s'applique principalement à la description des interfaces de programmation.

23. L'interopérabilité : un échange de données par le biais d'interfaces. Le terme « interface » désigne la « jonction entre deux matériels ou logiciels leur permettant d'échanger des informations par l'adoption de règles communes, physiques ou logiques »¹⁰⁹.

A l'instar de la présentation des formats de données, il existe différents types d'interface. Les éléments mis en relation sont en effet d'une grande diversité¹¹⁰. Cela va du logiciel à l'utilisateur, en passant par le matériel.

systématiquement ignorée, quels que soient les bénéfices potentiels. C'est un gâchis d'argent public que nous ne pouvons plus nous permettre ».

108 P. Roussel, « La maîtrise d'un langage de programmation s'acquiert par la pratique », *Comm. Com. Electr.*, avril 2005, étude 15 : « Procédé de composition et de mise en forme de suite d'instructions de programmation à base de langages de programmation [...] ».

109 Arrêté portant enrichissement du vocabulaire informatique du 22 décembre 1981, *JORF*, 17 janv. 1982, p. 625, cf. Interface : « Jonction entre deux matériels ou logiciels leur permettant d'échanger des informations par l'adoption de règles communes, physiques ou logiques ».

110 H. Lilen, *Dictionnaire informatique et numérique*, 2^e éd. FirstInteractive, 2014, cf. Interface, p. 112 : « élément logiciel ou matériel assurant la jonction entre deux composants ou entre un opérateur et un composant tel qu'un ordinateur ».

Ainsi, l'« interface utilisateur » est celle entre l'humain et son ordinateur, tandis que l'« interface logicielle » désigne celle entre plusieurs composants logiciels.

Cette interface logicielle est notamment mise en œuvre par le biais d'une interface de programmation (Application Programming Interface ou API), un dispositif qui permet l'interaction des programmes les uns avec les autres. Les interfaces de programmation sont donc les moyens techniques permettant aux parties d'un programme d'assurer l'interconnexion et l'interaction « entre les éléments des logiciels et des matériels », « dans le but de permettre le plein fonctionnement de tous les éléments du logiciel et du matériel avec d'autres logiciels et matériels ainsi qu'avec les utilisateurs »¹¹¹.

Interopérabilité et mise à disposition des interfaces vont donc de pair. De fait, « pour que l'interopérabilité puisse prospérer, il est nécessaire que ceux qui se disposent à mettre sur le marché un produit interopérable détiennent un certain nombre d'informations : les interfaces (" place " réservée dans les programmes aux renseignements sur les interruptions, entrées-sorties, appel aux primitives d'un logiciel d'environnement, signaux vidéo pour les moniteurs, etc.) »¹¹².

24. L'exclusion de la notion d'interface de la définition technique de l'interopérabilité. Cependant, cette notion d'« interface » est particulièrement complexe, ce qui explique que certains auteurs, à l'instar de Monsieur Duflot, l'évade volontairement de la définition qu'il propose de l'interopérabilité¹¹³. Ce dernier définit en effet l'interopérabilité comme « l'aptitude, pour plusieurs systèmes hétérogènes, à pouvoir communiquer/échanger une information mécanique, électronique ou logique dans un environnement prédéterminé »¹¹⁴.

111 Directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur.

112 Pour une analyse complète de la notion d'interface : X. Linant de Bellefonds, « Le droit de décompilation des logiciels : une aubaine pour les cloneurs ? », *JCP G.*, 1998, I, 6.

113 F. Duflot, art. préc., note 34, p. 12 : « de manière totalement volontaire cette définition n'utilise pas la notion d'interface. En effet, il est aisé de définir l'interopérabilité en précisant que ce n'est " que " le fait d'utiliser des interfaces fonctionnelles uniques nées d'une concertation préalable. Toutefois, il serait alors nécessaire de définir la notion d'interface, elle-même aussi vaste que celle d'interopérabilité ».

114 F. Duflot, art. préc., p. 12. ; On peut également citer la définition du Professeur Gautier, pour qui l'interopérabilité est une « interaction nécessaire entre des programmes informatiques de nature et à fonction différentes, mais complémentaires », cf. P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 8^e éd. PUF, coll. Droit fondamental, 2012, p. 355.

D'autres auteurs ou organismes de normalisation¹¹⁵ ont choisi, quant à eux, de construire leur définition de l'interopérabilité sur le fondement de cette notion d'interface. A titre d'illustration, pour le Professeur Bruguière, l'interopérabilité consiste à « permettre aux interfaces logiques de programmes, comme par exemple des systèmes de lecture, de communiquer entre elles par le biais d'échanges d'informations et d'utilisation mutuelle des informations échangées »¹¹⁶.

Madame David-Warcholak reprend également la notion d'interface, mais aussi celle de standard ouvert, pour définir l'interopérabilité en ces termes : « l'interopérabilité serait la capacité de plusieurs éléments hétérogènes matériels ou immatériels, complémentaires ou substituables, à fonctionner ensemble grâce à l'adoption de caractéristiques techniques communes, impliquant le recours à une ou plusieurs normes ou standards techniques, généralement ouverts, afin d'aboutir à un résultat parfait. Cette interopérabilité peut impliquer le recours à des interfaces physiques ou logiques »¹¹⁷. A titre de précision sur cette approche, un élément matériel peut être défini comme un élément physique, que l'on peut toucher. A contrario, un élément immatériel est un élément qui n'a pas de substance physique palpable ; l'exemple le plus parlant en est le logiciel.

25. La définition technique retenue de l'interopérabilité. Pour notre part, nous nous accordons avec Monsieur Duflot pour écarter la notion d'« interface », d'une complexité technique extrême et dont l'insertion n'aurait pour effet que de nuire à la clarté de la définition de l'interopérabilité. La définition retenue va donc être axée sur le critère déterminant de la réciprocité des échanges de données ainsi que sur l'usage d'un standard ouvert de communication, essentiel à la mise en œuvre de l'interopérabilité.

Aussi, il est proposé de définir techniquement l'interopérabilité comme la capacité d'éléments matériels ou immatériels à échanger des données et à utiliser mutuellement les données échangées, par le recours à des standards ouverts de communication.

Le cœur de cette définition, l'échange et l'utilisation mutuelle des données, va s'avérer constituer également le fondement de la définition juridique.

115 ISO/ IEC Directive 5th Edition, version 3.0, Annexe I JTC 1 Policy on Interoperability (Comité technique des technologies de l'information de l'Organisation Internationale de Normalisation [*International Organization for Standardization- ISO*], p. 147, <<http://www.jtc1sc34.org/repository/0856rev.pdf>> : « interoperability is understood to be the ability of two or more IT systems to exchange information at one or more standardised interfaces and to make mutual use of the information that has been exchanged ».

116 J.-M. Bruguière, « Le droit à l'interopérabilité », *Comm. Com. Electr.*, fév. 2007, étude 3.

117 N. David - Warcholak, *op. cit.*, p. 49.

II. La définition juridique de l'interopérabilité

26. **De la définition technique à la définition juridique.** La définition technique étant posée, l'approche juridique de la notion d'interopérabilité peut maintenant être exposée. L'une n'est bien évidemment pas exclusive de l'autre. Plus précisément, le juridique découle de la technique. Aussi, la définition juridique de l'interopérabilité comprend nécessairement un aspect technique, dès lors qu'elle intervient postérieurement à l'établissement de la notion par les ingénieurs, informaticiens, développeurs et autres professionnels des technologies de l'information et de la communication.

Une bonne approche juridique passe donc par la compréhension technique du sujet. Ainsi, pour légiférer sur le sujet de l'interopérabilité, il est indispensable de savoir si les obligations ou restrictions imposées sont réalistes d'un point de vue technique. De même, aucune proposition visant à garantir le droit à l'interopérabilité du consommateur ne pourra être avancée de manière constructive s'il est impossible de la mettre en œuvre en pratique, d'où la nécessité de la présentation technique.

27. **Plan.** Or, il faut reconnaître que le travail de compréhension de l'aspect technique de l'interopérabilité, en matière de technologies de l'information et de la communication, est des plus ardues, comme le démontre l'approche exposée précédemment. Cela explique la difficulté de l'établissement d'une définition juridique qui puisse faire l'unanimité et qui corresponde à la réalité technique. A ce jour, il n'existe qu'une définition européenne de l'interopérabilité (A) car ni la France, ni les autres États européens n'ont posé de définition juridique de l'interopérabilité (B).

A. La définition juridique européenne de l'interopérabilité

28. **Les multiples références des textes européens à la notion d'interopérabilité.** Divers textes européens mentionnent la notion d'interopérabilité, principalement dans le secteur ferroviaire¹¹⁸. L'interopérabilité y est par exemple définie comme « l'aptitude du système ferroviaire transeuropéen à grande vitesse à permettre la

118 Pour exemple, peuvent être citées, la directive 96/48/CE du Conseil du 23 juillet 1996 relative à l'interopérabilité du système ferroviaire transeuropéen à grande vitesse, la directive 2001/16/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2001 relative à l'interopérabilité du système ferroviaire transeuropéen conventionnel, la directive 2004/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 concernant la sécurité des chemins de fer communautaires et modifiant la directive 95/18/CE du Conseil concernant les licences des entreprises ferroviaires, ainsi que la directive 2001/14/CE concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité (directive sur la sécurité ferroviaire), la directive 2004/50/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 modifiant la directive 96/48/CE du Conseil relative à l'interopérabilité du système ferroviaire transeuropéen à grande vitesse et la directive 2001/16/CE du Parlement européen et du Conseil relative à l'interopérabilité du système ferroviaire transeuropéen conventionnel.

circulation sûre et sans rupture de trains à grande vitesse en accomplissant les performances spécifiées. Cette aptitude repose sur l'ensemble des conditions réglementaires, techniques et opérationnelles qui doivent être remplies pour satisfaire aux exigences essentielles »¹¹⁹.

29. La définition de l'interopérabilité par la directive 91/250/CEE. Très tôt, cette notion fut également appréhendée par les textes relatifs aux programmes d'ordinateur. Ainsi, la directive 91/250/CEE du 14 mai 1991¹²⁰, intègre l'interopérabilité comme une notion clairement identifiée. Selon ce texte, « un programme d'ordinateur est appelé à communiquer et à opérer avec d'autres éléments d'un système informatique et avec des utilisateurs ; qu'à cet effet, un lien logique et, le cas échéant, physique d'interconnexion et d'interaction est nécessaire dans le but de permettre le plein fonctionnement de tous les éléments du logiciel et du matériel avec d'autres logiciels et matériels ainsi qu'avec les utilisateurs ; [...] les parties du programme qui assurent cette interconnexion et cette interaction entre les éléments des logiciels et des matériels sont communément appelées " interfaces " [...] cette interconnexion et interaction fonctionnelle sont communément appelées " interopérabilité " ; que cette interopérabilité peut être définie comme la capacité d'échanger des informations et d'utiliser mutuellement les informations échangées »¹²¹.

Dans cette approche européenne, il est donc fait expressément référence à la notion d'« interface », entre les seuls matériels et programmes d'ordinateur. En outre, il convient de noter que « le terme programme d'ordinateur vise les programmes sous quelle que forme que ce soit, y compris ceux qui sont incorporés au matériel ; que ce terme comprend également les travaux préparatoires de conception aboutissant au développement d'un programme, à condition qu'ils soient de nature à permettre la réalisation d'un programme d'ordinateur à un stade ultérieur »¹²².

Toutefois, l'apport majeur de la directive 91/250/CEE se situe au considérant 12. En effet, la définition juridique européenne de l'interopérabilité y est clairement posée. Il s'agit bien de « la capacité d'échanger des informations et d'utiliser mutuellement les informations échangées »¹²³. En d'autres termes, « l'interopérabilité

119 Art. 2, b), directive 96/48/CE.

Art 2, b), directive 2001/16/CE : « l'aptitude du système ferroviaire transeuropéen conventionnel à permettre la circulation sûre et sans rupture de trains en accomplissant les performances requises pour ces lignes. Cette aptitude repose sur l'ensemble des conditions réglementaires, techniques et opérationnelles qui doivent être remplies pour satisfaire aux exigences essentielles ».

120 Directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, *JOCE* n° L 122 du 17 mai 1991, p. 0042-0046.

121 Cons. 10 à 12, directive 91/250/CEE, *préc.*

122 Cons. 7, directive 91/250/CEE, *préc.*

123 Cons. 10 à 12, directive 91/250/CEE, *préc.* ; cons. 10 Directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, codifiant la directive 91/250/CEE, *JOUE* n° L 111 du 5 mai 2009, p. 0016-0022.

est définie avant tout comme une faculté de communication, d'échange, pour ainsi dire de compréhension entre des programmes informatiques et plus largement entre des technologies différentes »¹²⁴.

Cette définition est semblable à celle posée au paragraphe 1201 du *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA) aux Etats-Unis¹²⁵ : « la capacité de programmes d'ordinateur d'échanger des informations, et d'utiliser mutuellement les informations échangées »¹²⁶.

30. La comparaison de la définition de l'interopérabilité de la directive 91/250/CEE et de la définition technique. Cette définition juridique est-elle en adéquation avec l'approche technique de la notion d'interopérabilité ? Il semble que oui car, dans cette courte phrase, nous retrouvons le critère déterminant de la réciprocité des échanges d'« informations ».

Comme le souligne Madame David-Warcholak, il faut reconnaître à cette définition plusieurs mérites : « tout d'abord, celui d'exister, mais aussi celui de la simplicité, de l'efficacité, et de l'unicité »¹²⁷. En effet, poser une définition juridique de l'interopérabilité est essentielle ; cette notion d'interopérabilité est mentionnée à cinq reprises à l'article 6 du texte posant les conditions d'une exception importante à l'autorisation du titulaire de droits sur un programme d'ordinateur. Ainsi, la licéité de la mise en œuvre de ce qui va être appelée l'exception de « décompilation »¹²⁸ va dépendre d'une bonne compréhension de cette définition de l'interopérabilité.

En tout état de cause, la directive du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur a respecté la logique de la réflexion juridique, à savoir de placer la définition des termes utilisés avant l'exposition d'un nouveau régime juridique. Toutefois, l'erreur a été commise de proposer la définition de l'interopérabilité dans un considérant de la directive, sans l'inclure explicitement dans un article. Le risque de la mention de la définition dans un considérant et non dans un article de la directive est une absence de

124 H. Bitan, « La loi DADVSI ou la nécessité de clarifier les notions d'interopérabilité et de mesure technique », *RLDI* 2007, n° 29.

125 Il s'agit d'un ajout au *Copyright Act* de 1976. L'article 1201 porte sur l'interdiction du contournement des mesures techniques de protection.

126 § 1201 (f), (4), *Digital Millennium Copyright Act*, Pub. L. No. 105-304, 105th Cong., 2d Sess. § 103(a), 112 Stat. 2860, 2867 (Oct. 28, 1998) : « (...) " interoperability " means the ability of computer programs to exchange information, and of such programs mutually to use the information which has been exchanged ».

Il est à noter qu'une définition similaire est également posée à la section 118(a) de l' *Uniform Computer Information Transaction Act* (UCITA) : « (...) interoperability means the ability of computer programs to exchange information and of such programs mutually to use the information that has been exchanged ».

127 N. David - Warcholak, *op. cit.*, p. 32.

128 cf. *infra* p. 128 et s.

transposition par les États membres.

De ce fait, se pose la question de savoir si les transpositions dans les différents États membres, y compris la France, ont comblé cette lacune des articles de la directive, notamment par la reprise de la définition juridique européenne de l'interopérabilité.

B. Les carences des définitions juridiques nationales de l'interopérabilité

31. **Plan.** L'approfondissement de la définition juridique de l'interopérabilité passe à présent par l'étude des transpositions de la directive 91/250/CEE dans les divers États membres de l'Union européenne. Or, ni la France (2), ni les autres États membres (1) n'ont repris la définition juridique européenne précédemment exposée, malgré de multiples références à la notion d'interopérabilité.

1. La carence des États membres dans la définition juridique de l'interopérabilité

32. **L'absence de transposition de la définition de l'interopérabilité par les États membres.** Pour le cas de la transposition de la directive 91/250/CEE, la Commission européenne estime que « l'application par les États membres est globalement satisfaisante mais pas toujours aussi bonne qu'escomptée »¹²⁹. Plus particulièrement, sur le sujet de l'interopérabilité, l'article 6 de la directive 91/250/CEE est « l'article que les États membres ont appliqué de la façon la plus stricte »¹³⁰.

Cet article a donc été repris, majoritairement, sans aucune modification par les États membres, au détriment, hélas, d'une intégration de la définition de l'interopérabilité dans les textes législatifs des États membres. Ainsi, ni en Belgique¹³¹, ni au Luxembourg¹³², ni au Royaume-Uni¹³³, n'a été reprise la définition européenne de l'interopérabilité lors de la transposition de la directive 91/250/CEE.

La transposition de la directive EUCD n'a pas non plus permis de pallier la lacune des législations

129 Commission des Communautés européennes, Rapport de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social sur la mise en œuvre et les effets de la directive 91/250/CEE concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, COM (2000) 199 final, 10 avril 2000, p. 21.

130 Commission des Communautés européennes, *op. cit.*, p. 14.

131 Loi du 30 juin 1994, *Moniteur belge* 27 juill. 1994, p. 19315, entrée en vigueur le 1^{er} août 1994.

132 Loi du 24 avril 1995 modifiant la loi du 29 mars 1972 sur le droit d'auteur en ce qui concerne la protection juridique des programmes d'ordinateur, *Mémorial*, p. 944, entrée en vigueur le 24 avril 1995, <<http://www.legilux.public.lu/leg/a/archives/1995/0033/a033.pdf>>.

133 Statutory Instrument 1992 No 3233, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1993, <<http://www.legislation.gov.uk/ukSI/1992/3233/contents/made>>.

européennes quant à la définition de l'interopérabilité. Il semble, en effet, selon une étude menée à l'initiative de l'Union européenne¹³⁴, que la France soit le seul État à avoir intégré des dispositions relatives à l'interopérabilité en lien avec le régime des mesures techniques de protection, sans pour autant poser de définition de la notion à l'occasion de cette transposition¹³⁵.

2. La carence française dans la définition juridique de l'interopérabilité

33. La mention de la notion d'interopérabilité dans les textes nationaux en l'absence de définition juridique. En France, la directive 91/250/CEE a été transposée par la loi n° 94-361 du 10 mai 1994¹³⁶ et le terme interopérabilité, mentionné à l'article L. 122-6-1 du Code de la propriété intellectuelle¹³⁷. La notion d'interopérabilité est donc présente dans les textes français. Cependant, il est à regretter que le législateur

134 G. Westkamp, « Étude sur la transposition et l'effet dans les législations des États Membres de la Directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, Partie II Transposition de la Directive 2001/29/CE dans les États membres », *ETD/2005/IM/D1/91*, fév. 2007, p. 60.
<http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/infosoc-study-annex_en.pdf>

135 J.-E. Schoetti, « La propriété intellectuelle est-elle constitutionnellement soluble dans l'univers numérique ? », *LPA*, 14 août 2006 n° 161, p. 4 : « Il est par exemple significatif, en l'espèce, que seule la loi de transposition française prétende traiter de la question de l'« interopérabilité ». Or il s'agit là d'une question difficile, que l'examen du texte en urgence et dans un climat conflictuel ne permettait pas de régler correctement par voie d'amendements. La discussion parlementaire en a été perturbée et retardée, produisant un dispositif peu clair et potentiellement générateur de frustrations et de difficultés contentieuses aux plans national, communautaire et international » ; C. Bernault, « L'interopérabilité, invité surprise » *RLDI* 2007, mars, suppl. sur la loi DADVSI, p. 6.

Certains auteurs ont douté de ce fait de la conformité de la solution adoptée par la France aux textes européens, cf. C. Rojinsky, « Quelle finalité pour l'interopérabilité », in « Rencontres Lamy droit de l'immatériel », *RLDI*, oct. 2006, supplément au n° 20, p. 11 : « (...) j'aimerais attirer votre attention sur un texte que l'on a tendance à oublier, et qui est la directive européenne du 22 juin 1998, prévoyant une procédure d'information dans les domaines des normes, des réglementations techniques et des règles relatives au service de la société de l'information. Traduction de la chose : en matière de projet de réglementation relatifs à la société de l'information (...) dès lors que le texte national n'est pas la transposition exacte d'une directive communautaire, il doit être notifié à la Commission de Bruxelles. (...) Ce texte de 1998 est essentiel : à partir du moment où les dispositions relatives à l'interopérabilité ne sont pas la reprise de la directive de 2001, n'ont pas été notifiées à Bruxelles et où la période de *statu quo* de 3 mois n'a pas été respectée, ces textes deviendraient alors, selon la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, inapplicable par le juge national (...) ».

136 Loi n° 94-361 du 10 mai 1994 portant mise en œuvre de la directive (CEE) 91/250 du Conseil des communautés européennes du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur et modifiant le code de la propriété intellectuelle, *JORF* n° 109 du 11 mai 1994, p. 6863.

137 Le terme « interopérabilité » est cité à cinq reprises à l'article L.122-6-1, IV, CPI :

« IV. La reproduction du code du logiciel ou la traduction de la forme de ce code n'est pas soumise à l'autorisation de l'auteur lorsque la reproduction ou la traduction au sens du 1° ou du 2° de l'article L. 122-6 est indispensable pour obtenir les informations nécessaires à l'interopérabilité d'un logiciel créé de façon indépendante avec d'autres logiciels, sous réserve que soient réunies les conditions suivantes :

1° Ces actes sont accomplis par la personne ayant le droit d'utiliser un exemplaire du logiciel ou pour son compte par une personne habilitée à cette fin ;

2° Les informations nécessaires à l'interopérabilité n'ont pas déjà été rendues facilement et rapidement accessibles aux personnes mentionnées au 1° ci-dessus ;

3° Et ces actes sont limités aux parties du logiciel d'origine nécessaires à cette interopérabilité.

Les informations ainsi obtenues ne peuvent être :

1° Ni utilisées à des fins autres que la réalisation de l'interopérabilité du logiciel créé de façon indépendante ;

2° Ni communiquées à des tiers sauf si cela est nécessaire à l'interopérabilité du logiciel créé de façon indépendante ;

3° Ni utilisées pour la mise au point, la production ou la commercialisation d'un logiciel dont l'expression est substantiellement similaire ou pour tout autre acte portant atteinte au droit d'auteur ».

n'ait pas posé de définition de la notion dans ce domaine et pallié ainsi la carence des articles de la directive 91/250/CEE.

Pourtant de multiples textes, dans divers domaines, font mention de la notion d'interopérabilité. Peuvent ainsi être cités le décret du 19 octobre 2006 relatif à la sécurité des circulations ferroviaires et à l'interopérabilité du système ferroviaire¹³⁸ ou encore l'article L. 32, 12°, du Code des postes et des communications électroniques où « l'interopérabilité des équipements terminaux » est définie comme « l'aptitude de ces équipements à fonctionner, d'une part, avec le réseau et, d'autre part, avec les autres équipements terminaux ».

Dans le domaine des technologies de l'information et de la communication plus précisément, on note également de multiples références à la notion d'interopérabilité. C'est le cas, par exemple, de la définition d'un standard ouvert¹³⁹, du Référentiel Général d'Interopérabilité¹⁴⁰, ou encore de l'article L. 331-5 du Code de la propriété intellectuelle¹⁴¹. Mais aucun de ces textes ne pose de définition juridique de l'interopérabilité.

Nous pouvons toutefois appréhender une certaine unité dans ces dispositions. Monsieur Duflot a ainsi déterminé les points communs de la législation et de la réglementation française relative à l'interopérabilité :

- « - ces dispositions ont pour but de favoriser et de provoquer, et non pas d'interdire ;
- elles touchent des domaines essentiellement techniques ;
- elles visent à permettre une meilleure circulation de l'information quelle que soit la forme de cette information ;
- l'interopérabilité est étroitement liée à d'autres notions comme celles de standards, de formats, d'échange ou encore d'interface »¹⁴².

34. La carence de la loi DADVSI dans la définition juridique de l'interopérabilité. Les textes français

¹³⁸ Art. 31, I, 3°, Décret n° 2006-1279 du 19 octobre 2006 relatif à la sécurité des circulations ferroviaires et à l'interopérabilité du système ferroviaire : « l'aptitude d'un système ferroviaire à permettre la circulation sûre et sans rupture de trains sur les lignes qu'il comporte en accomplissant les performances requises pour ces lignes ; cette aptitude repose sur l'ensemble des conditions réglementaires, techniques et opérationnelles qui doivent être remplies pour satisfaire aux exigences essentielles ».

¹³⁹ Art. 4 Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN), *JORF* n° 0143 du 22 juin 2004, p. 11168, texte 2 : « 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 ».

¹⁴⁰ cf. *infra*, p. 244.

¹⁴¹ Art. L. 331-5, al. 4, CPI : « 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 (...) ».

¹⁴² F. Duflot, art. préc., p. 6 - 7.

semblent donc établir un cadre favorable à l'interopérabilité mais ne posent aucune définition, ce que l'on peut regretter¹⁴³. Cette absence est en effet préjudiciable à leur bonne mise en œuvre. Et ce n'est pas les occasions qui ont manquées au législateur français pour parer cette lacune. La principale occasion a été l'adoption de la loi DADVSI, transposant la directive 2001/29/CE, dite directive EUCD¹⁴⁴. Ce texte porte notamment sur le régime juridique des mesures techniques¹⁴⁵, initialement instauré par les traités WCT¹⁴⁶ et WPPT¹⁴⁷, élaborés sous l'égide de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)¹⁴⁸.

Malgré la forte mobilisation autour du projet de loi DADVSI, et des amendements¹⁴⁹ en ce sens, le législateur français n'a cependant pas posé de définition de l'interopérabilité, alors que la notion fait partie intégrante du régime juridique des mesures techniques de protection. D'après les Professeurs Vivant et Bruguière, cette absence de définition de l'interopérabilité dans la DADVSI n'est nullement un oubli du législateur car « les raisons avancées en commission mixte paritaire, pour justifier cette abstention, étaient assez simples et relativement convaincantes : une définition trop précise, a-t-on jugé, ferait courir au texte le danger d'être vite dépassé, avec le risque que cela implique quant à la portée de la disposition »¹⁵⁰.

Ainsi, par application des dispositions de l'alinéa 4 de l'article L. 331-5 du Code de la propriété intellectuelle, « 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 ». L'interopérabilité apparaît donc comme une limite au recours aux mesures techniques de protection.

Elle était même, dans la première version du texte adoptée, une cause d'exonération pénale en cas de contournement des mesures techniques de protection à cette fin. La sanction de l'absence de définition ne s'est alors pas faite attendre.

143 A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., Lexisnexus, 2012, p. 795 : (...) on ne pouvait que regretter le refus réitéré de définir l'interopérabilité. Que la loi laisse une autorité administrative indépendante tracer le chemin, c'est une chose. Au moins devait-elle la munir d'une boussole. Lorsque le législateur prétend faire œuvre de " pionnier ", il lui appartient de bien délimiter le périmètre du chantier nouveau ».

144 Directive 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 dite directive EUCD (*European Union Copyright Directive*).

145 cf. *infra*, p. 141 et s.

146 *WIPO Copyright Treaty* – Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, adopté à Genève le 20 décembre 1996.

147 *WIPO Performances and Phonograms Treaty* – Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, adopté à Genève le 20 décembre 1996.

148 *World Intellectual Property Organisation- WIPO*.

149 Amendement 341 projet de la loi DADVSI : « On entend par compatibilité la capacité de deux systèmes à communiquer sans ambiguïté (...). On entend par interopérabilité la capacité à rendre compatibles deux systèmes quelconques. L'interopérabilité nécessite que les informations nécessaires à sa mise en œuvre soient disponibles sous la forme de standards ouverts ».

150 M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Précis Dalloz, 2^e éd., 2013, p. 794. *Contra*. A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., Lexisnexus, 2012, p. 795.

Cette carence dans la définition de l'interopérabilité a en effet entraîné la censure du Conseil constitutionnel, pour atteinte au principe de légalité des délits et des peines, par une décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, des dispositions des articles 22 et 23 de la loi DADVSI, instaurant une exonération pénale pour le contournement des mesures techniques de protection à des fins d'interopérabilité : « Considérant que le législateur a fait de l'interopérabilité un élément qui conditionne le champ d'application de la loi pénale ; qu'il devait en conséquence définir en des termes clairs et précis le sens qu'il attribuait à cette notion dans ce contexte particulier ; qu'en s'abstenant de le faire il a porté atteinte au principe de légalité des délits et des peines ; Considérant qu'il y a lieu, en conséquence, de déclarer contraires à la Constitution les mots : " d'interopérabilité ou " figurant au huitième alinéa de l'article 22 ainsi qu'au huitième et au dernier alinéas de l'article 23, et les mots : " d'interopérabilité " figurant au dernier alinéa de l'article 22 »¹⁵¹.

La censure du Conseil constitutionnel n'a toutefois pas conduit à une évolution de la législation dans le sens de l'établissement d'une définition de l'interopérabilité.

35. La loi du 17 mars 2014 relative à la consommation, la dernière occasion manquée pour l'établissement d'une définition juridique de l'interopérabilité. Le dernier texte à faire mention de la notion d'interopérabilité est la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation¹⁵². Ce texte était donc une nouvelle occasion pour le législateur d'établir une définition juridique de l'interopérabilité. L'article L. 111-1 4° du Code de la consommation est ainsi rédigé : « avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes : (...) 4° Les informations relatives à son identité, à ses coordonnées postales, téléphoniques et électroniques et à ses activités, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte, ainsi que, s'il y a lieu, celles relatives aux garanties légales, aux fonctionnalités du contenu numérique et, le cas échéant, à son interopérabilité, à l'existence et aux modalités de mise en œuvre des garanties et aux autres conditions contractuelles. La liste et le contenu précis de ces informations sont

151 Cons. 60 et 61, Cons. const., décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, *JORF* n° 178 du 3 août 2006, p. 11541. Pour une explication de la décision, cf. C. Bernault, « La loi du 1^{er} août 2006 et l'interopérabilité : éléments pour décoder », *RLDI*, sept. 2006, p. 59-65 ; V.-L. Benabou, « Patatras ! A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 », *Prop. intell.* n° 20, p. 240 : « le 27 juillet 2006, la température déjà caniculaire a encore augmenté d'un degré lorsque les sages du Conseil constitutionnel ont rendu leur avis sur la fameuse loi DADVSI. Loin de rafraîchir les esprits échaudés par un rodéo procédural inénarrable, la censure partielle du Conseil alimente l'orage de la contestation qui gronde autour du droit d'auteur, provoquant tonnerre d'indignations, agitation politique saisonnière, échanges aigres et renvois de responsabilité. (...) Au final, les censures du Conseil constitutionnel retoquent l'ensemble des dispositifs d'ouverture que la loi avait souhaité instaurer : (...) " droit à l'interopérabilité ».

152 Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (1), *JORF* n° 0065 du 18 mars 2014, p. 5400, texte n° 1.

fixés par décret en Conseil d'État ».

Est donc établie une obligation précontractuelle d'information du consommateur quant à l'interopérabilité d'un contenu numérique, que nous exposerons dans les développements à venir¹⁵³. Une nouvelle fois, pourtant, aucune définition de la notion d'interopérabilité n'a donc été posée par le législateur, alors même qu'une information sur cette notion doit être portée à la connaissance du consommateur. Dans ce contexte, en l'absence de définition de l'interopérabilité, on identifie immédiatement une limite à cette obligation d'information, à laquelle il doit être remédié¹⁵⁴.

36. La proposition de définition du Conseil National du Numérique. Une proposition de définition a toutefois été formulée par le Conseil National du Numérique aux termes de son rapport du mois de mai 2014 portant sur la neutralité des plateformes¹⁵⁵. L'interopérabilité y est définie comme « la capacité d'un produit ou un système, dont les interfaces sont intégralement connues, à fonctionner avec d'autres produits ou systèmes existants ou futurs et ce sans restriction d'accès ou de mise en œuvre. La standardisation constitue souvent un élément de l'interopérabilité »¹⁵⁶.

Le Conseil National du Numérique reprend la structure de la définition posée par la directive 91/250/CEE ainsi que la notion d'interface. Cependant, n'est pas reprise l'idée d'échange mutuel de données. C'est pourquoi nous n'adopterons pas cette définition pour les développements à venir.

37. La référence jurisprudentielle à la définition européenne de l'interopérabilité. La jurisprudence est venue partiellement pallier la carence des textes français. Elle a ainsi pu faire application de la définition de l'interopérabilité du Considérant 12 de la directive de 1991, en particulier par un arrêt de la 1^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation en date du 20 octobre 2011¹⁵⁷. Cette référence à la définition européenne de l'interopérabilité est logique en l'état du droit positif mais insatisfaisante compte tenu de son défaut de précision.

153 cf. *infra*, p. 174 et s.

154 cf. *infra*, p. 183 et s.

155 Conseil National du Numérique, Rapport sur « La neutralité des plateformes », <http://www.cnnumerique.fr/wp-content/uploads/2014/06/CNNum_Rapport_Neutralite_des_plateformes.pdf>, mai 2014.

156 Conseil National du Numérique, Rapport sur « La neutralité des plateformes », *op. cit.*, p. 43.

157 Civ. 1^{ère}, 20 oct. 2011, n° 10-14.069, Fiducial informatique c/ SARL Développement professionnel spécialisé informatique (DPSI) *RLDI* 2011/76, n° 2506, obs. L. Costes ; *Comm. Com. Electr.* 2012, comm. 2, C. Caron ; *Comm. Com. Electr.* 2012, étude 6, N. Binctin ; *LPA* 19 mars 2012, n° 56, p. 6, Chron. X. Daverat ; C. Caron, « L'interopérabilité au service de la libre concurrence », *Comm. Com. Electr.*, janv. 2012, comm. 2.

38. Conclusion de la Section. Définir l'interopérabilité est une mission complexe. En effet, il s'agit d'une notion technique longtemps utilisée par les seuls initiés aux technologies de l'information et de la communication. La définition fait appel essentiellement à quatre éléments techniques : la donnée, le format, la documentation technique et l'interface de programmation.

L'ensemble de ces éléments n'a pas été repris dans la seule définition juridique de l'interopérabilité posée à ce jour par la directive 91/250/CEE. L'interopérabilité est ainsi juridiquement définie comme la « capacité d'échanger des informations et d'utiliser mutuellement les informations échangées »¹⁵⁸. Cette définition, si elle a le mérite de la simplicité, ne permet pas une bonne appréhension de la notion d'interopérabilité. En tout état de cause, on ne peut que constater la carence du législateur français dans l'établissement d'une définition de l'interopérabilité, carence que le Conseil constitutionnel n'a pas manqué de souligner, sans pour autant qu'une évolution ait pu être constatée sur ce point¹⁵⁹.

En définitive, nous ne pouvons que constater que les dispositions françaises actuelles relatives à l'interopérabilité pâtissent gravement de l'absence de définition de l'interopérabilité.

Ne pouvant pas nous limiter à la seule définition de la directive 91/250/CEE pour les développements à venir, nous retenons la définition suivante : **capacité d'éléments matériels ou immatériels à échanger des données et à utiliser mutuellement les données échangées, par le recours à des standards ouverts de communication**. Pour autant, l'établissement de cette seule définition s'avère insuffisant pour la définition de l'interopérabilité, cela en raison de l'aspect protéiforme de la notion.

¹⁵⁸ Cons. 10 à 12, directive 91/250/CEE, *préc.*

¹⁵⁹ cf. *supra*, p. 50.

SECTION II - LA DIVERSITE DE L'INTEROPERABILITE

39. **Plan.** La parfaite compréhension de la définition de l'interopérabilité nécessite sa confrontation avec d'autres notions qui paraissent relativement proches, voire similaires de prime abord. La distinction par la comparaison se trouve être en l'occurrence un outil de définition des plus efficaces (II). Toutefois, cette seule démarche de comparaison s'avère insuffisante dans la détermination de l'objet du droit à l'interopérabilité car « l'environnement de l'interopérabilité est étonnement dual. En effet, il est à la fois unique parce qu'il s'inscrit toujours dans un contexte de communicabilité technique et multiple car cette communicabilité est appliquée à des objets de nature très différente : organisation, outils industriels, logiciels, base de données, services, etc »¹⁶⁰. Cette multiplicité de l'interopérabilité s'analyse de différentes façons. Aussi, au delà de la définition générale et de la distinction par comparaison, il convient de distinguer les différents types d'interopérabilité (I), aux fins de précision du champ d'application de la notion.

I. Les types d'interopérabilité

40. **Les niveaux d'interopérabilité.** Le Référentiel Général d'Interopérabilité (RGI), le document de référence fixant « les normes et les standards qui doivent être utilisés par les autorités administratives »¹⁶¹ distingue six niveaux d'interopérabilité, répartis de la manière suivante¹⁶² :

« - niveau politique : des visions partagées et des stratégies convergentes favorisent les échanges entre les parties prenantes.

- niveau juridique : les échanges doivent se conformer : au cadre légal dont dépendent les parties prenantes (...) [et] aux accords contractuels établis entre parties prenantes.

- niveau organisationnel : l'interopérabilité organisationnelle est liée aux organisations et aux moyens mis en œuvre pour favoriser les échanges (...)

- niveau sémantique : la sémantique recouvre à la fois la signification des mots et le rapport entre le sens des mots (homonymie, synonymie, etc.). Le sens des mots varie selon les organisations, les métiers, les acteurs et les contextes. Toute collaboration entre entités demande une communication, au sens échanges d'informations. Pour cela, ces entités s'entendent sur la signification des données qu'elles échangent.

160 F. Dufлот, art. préc., p. 2.

161 Art. 11, Ordonnance n° 2005-1516 du 8 décembre 2005 relative aux échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives et entre les autorités administratives, *JORF* n° 286, 9 déc. 2005.

162 Annexe, RGI version 1.0 arrêté du 9 novembre 2009 portant approbation du référentiel général d'interopérabilité, *JORF* n° 0262 du 11 nov. 2009, p. 19593, texte n° 32, p. 17 et 18.

- niveau syntaxique : la syntaxe traduit le sens en symboles. Il y a entre la sémantique et la syntaxe le même rapport qu'entre le fond et la forme.
- niveau technique : le niveau technique véhicule les informations définies au niveau sémantique et mise en forme au niveau syntaxique ».

41. **Plan.** S'agissant des technologies de l'information et de la communication, il peut être distingué principalement deux types d'interopérabilité, à savoir l'interopérabilité matérielle (A) et l'interopérabilité logicielle (B). Cependant, si cette catégorisation s'avère nécessaire à la compréhension de la présente étude, elle n'est que purement théorique, l'interopérabilité matérielle et l'interopérabilité logicielle fonctionnant inévitablement de concert.

A. L'interopérabilité matérielle

42. **La définition de l'interopérabilité matérielle.** Les termes d'« interopérabilité matérielle » désignent l'interopérabilité entre des éléments physiques. Plus particulièrement, dans le domaine des technologies de l'information et de la communication, cette expression renvoie à l'interopérabilité entre équipements informatiques et techniques différents. Au quotidien, c'est par exemple la mise en relation d'un ordinateur personnel¹⁶³ et d'un *smartphone*. Il y aura dans ce cas interopérabilité dès lors que l'ordinateur transmet des données au *smartphone*, données que ce dernier peut utiliser, et inversement.

43. **Le réseau informatique, support de l'interopérabilité matérielle.** D'un point de vue plus technique, l'interopérabilité matérielle suppose, principalement, la conception de réseaux informatiques, un ensemble d'équipements reliés entre eux pour échanger des informations.

Ainsi, pour qu'un réseau informatique puisse fonctionner, la circulation fluide des données¹⁶⁴ est indispensable. Il faut nécessairement pour cela que les équipements mis en réseau puissent échanger et utiliser différentes données et qu'ils soient donc, par voie de conséquence, interopérables. La viabilité d'un réseau informatique repose donc sur l'interopérabilité matérielle, tout autant que sur l'interopérabilité logicielle.

¹⁶³ H. Lilen, *Dictionnaire informatique et numérique*, 2^e éd. FirstInteractive, 2014, cf. Ordinateur, p. 160 : « machine de traitement numérique de l'information fonctionnant sous la commande d'un programme enregistré ».

¹⁶⁴ cf. *supra*, p. 38.

B. L'interopérabilité logicielle

44. La définition de l'interopérabilité logicielle. L'interopérabilité logicielle est, comme son nom l'indique, l'échange d'informations entre logiciels, c'est-à-dire la capacité de logiciels à fonctionner ensemble et à utiliser les informations échangées. A titre d'illustration, il s'agit de la capacité d'un système d'exploitation à interopérer avec un logiciel de lecture multimédia ou une suite bureautique.

Un « logiciel » est juridiquement défini comme l'« ensemble des programmes, procédés et règles et éventuellement de la documentation, relatifs au fonctionnement d'un ensemble de traitement de données »¹⁶⁵.

Si un logiciel est constitué pour partie d'un « ensemble de programmes », il doit donc être distingué du « programme », une séquence d'instructions et de données traitée par un ordinateur. Il est donc erroné d'utiliser, comme cela peut être fait dans le cas de la directive 91/250/CEE, de manière indifférenciée les termes « logiciel » et « programme » et « on peut dire que le logiciel intègre toujours un ou des programmes plus... autre chose (le matériel de conception préparatoire, mais aussi les fameux effets extérieurs). Mais, il faut reconnaître qu'il est difficile d'aller plus loin, l'une et l'autre notions étant assez floues »¹⁶⁶.

45. Le lien avec l'interopérabilité matérielle. Le logiciel est immatériel, il n'a pas de substance physique. Il ne peut donc fonctionner que par sa mise en relation avec un matériel, d'où le parallèle généralement effectué avec la musique : les équipements informatiques sont les musiciens et les instruments, tandis que le logiciel est la musique. Ils ne peuvent fonctionner les uns sans les autres. L'utilisation d'un logiciel s'inscrit donc dans un contexte global de recours aux équipements informatiques¹⁶⁷.

165 Arrêté du 22 décembre 1981 Enrichissement du vocabulaire informatique, *JORF* 17 janv. 1982, p. 625, cf. Logiciel.

166 V. Varet, « Fasc. 6050 : Protection des œuvres multimédias », *JCI Communication*, mai 2008.

167 P. Le Tourneur, « Pot pourri (réflexions incongrues autour de l'informatique et de l'Internet) », *Comm. Com. Electr.*, janv. 2004, chron. 1 : « l'informatique résulte principalement de la conjonction de deux découvertes. D'abord, de l'invention de calculateurs automatiques, les premiers ordinateurs, pendant la seconde guerre mondiale, simultanément en Allemagne par Konrad Zuse (mais dont, du fait des événements, les demandes de brevets ne furent pas examinées à temps) et aux États-Unis par Howard Aiken avec l'aide d'IBM (son premier appareil mesurait 2,5 mètres de long et 18 de large ; aujourd'hui la miniaturisation est si avancée que les scientifiques songent à implanter un processeur dans le corps de certains infirmes). Ensuite, de la démonstration effectuée par C. Shannon (1916-2001) que toute information peut être exprimée sous une forme numérique binaire de 1 et 0 (qui a été désignée en anglais par le mot bit, contraction de binary digil, nombre binaire ; 8 bits = 1 octet ; 1 KiloOctets = 1.024 octets ; 1 MégaOctets = 1.024 KiloOctets. Attention au piège des abréviations anglaises : Le b minuscule désigne un bit, et le B majuscule un octet). Le "bit" est l'unité de quantité d'information, tandis que le bit par seconde est l'unité de débit d'information ».

Dès lors, la distinction matériel / logiciel ne doit pas occulter le lien étroit existant entre ces deux types d'éléments caractéristiques de l'informatique. Or, si matériels et logiciels ne peuvent fonctionner l'un sans l'autre, nous pouvons constater une particularité quant à l'interopérabilité. En effet, en informatique, l'interopérabilité matérielle est impossible sans l'interopérabilité logicielle ; le recours à un logiciel est nécessaire pour signifier aux matériels qu'ils peuvent interopérer¹⁶⁸. Au contraire, l'interopérabilité de deux logiciels peut se réaliser sur un seul et même matériel¹⁶⁹.

46. Les moyens de l'interopérabilité logicielle. Comment parvient-on, techniquement, à l'interopérabilité logicielle ? De manière évidente, pour que deux logiciels interopèrent, il faut qu'ils puissent se comprendre, et donc, en quelque sorte, qu'ils parlent la même langue. Or, tout comme il existe une multitude de langues pour communiquer entre humains, il existe différents langages informatiques¹⁷⁰. Parmi ces langages informatiques, doit être mentionnée la catégorie des langages de programmation¹⁷¹, que nous pouvons définir comme les langages permettant de décrire au logiciel les séquences d'instructions à exécuter.

Il existe pléthore de langages informatiques et de langages de programmation, construits globalement sur la même structure que les langages humains avec un alphabet, une grammaire, une sémantique, un vocabulaire. Aussi, la mise en œuvre de l'interopérabilité logicielle passe nécessairement par le partage de la « traduction » du langage utilisé. Dans ces conditions, si un acteur des technologies de l'information et de la communication utilise un langage de programmation qui n'est compréhensible que par lui seul, la mise en œuvre de l'interopérabilité serait impossible, d'où la nécessité, précédemment exposée, de l'utilisation d'un standard ouvert de communication¹⁷².

Dans cet examen de la notion de langage de programmation, reviennent ainsi les exigences de partage et de compréhension mutuelle, propres à l'interopérabilité. Il apparaît alors inenvisageable de se détacher de ces éléments centraux dans la détermination de l'interopérabilité. Aussi, ces spécificités devraient permettre d'identifier avec certitude l'interopérabilité. Cependant, il s'avère qu'elle est souvent confondue avec d'autres notions, certes voisines, mais bien distinctes.

168 C'est l'exemple du caméscope numérique qui, par le biais de son logiciel d'installation, interopère avec l'ordinateur.

169 A titre d'illustration, un logiciel de lecture multimédia interopère avec un système d'exploitation sur un seul matériel comme un ordinateur ou un *smartphone*.

170 Un langage informatique est souvent utilisé pour définir le type de documents d'un système d'information. Il en va ainsi du langage HTML pour l'écriture de pages web ou du LaTeX pour la structuration de documents à vocation scientifique.

171 A titre d'illustration, nous pouvons citer les langages Python ou C.

172 cf. *supra* p. 38 et s.

II. La distinction de l'interopérabilité et des notions voisines

47. **Plan.** L'usage de termes divers entretient la confusion sur la notion d'interopérabilité. La méconnaissance technique explique les difficultés à différencier l'interopérabilité de notions voisines. Cependant, de par les critères d'échange et d'utilisation mutuelle des données, la distinction d'autres termes semblant assez proches doit nécessairement être opérée. Parmi ces notions, celles de compatibilité (A) et de complémentarité (B) sont les plus couramment utilisées à mauvais escient. Doivent également être distinguées de l'interopérabilité les notions de connexion (C) et d'accessibilité (D), afin d'achever la présentation de l'objet du droit à l'interopérabilité.

A. La compatibilité

48. **La définition de la compatibilité.** La compatibilité est définie comme la « faculté, pour un programme, de pouvoir fonctionner dans des conditions différentes de celles pour lesquelles il a été initialement prévu »¹⁷³. Plus précisément, la compatibilité est dite descendante lorsque qu'un système ou une technologie fonctionne avec des versions qui lui sont antérieures. Elle est dite ascendante lorsque, *a contrario*, un système ou une technologie pourra fonctionner avec des versions postérieures, à venir.

La compatibilité induit donc que l'un des éléments mis en relation s'adapte forcément à l'autre. En d'autres termes, qu'elle soit ascendante ou descendante, la compatibilité se construit sur le fait que l'un des éléments doit incorporer, dès son élaboration, les instructions techniques nécessaires à son fonctionnement avec l'autre. De ce fait, l'un des éléments mis en relation ne dispose donc pas des instructions indispensables à la récupération des données de l'autre. Il est alors évident que le seul transfert de données est permis par la compatibilité, à l'exclusion de la capacité mutuelle à la réutilisation des données, comme c'est le cas pour l'interopérabilité.

49. **La distinction de la compatibilité et de l'interopérabilité.** La compatibilité est une expression souvent employée en lieu et place de celle d'interopérabilité. Pourtant, interopérabilité et compatibilité constituent bien des concepts techniques différents. Ainsi, il est désormais acquis que l'interopérabilité se compose de deux éléments au fondement même de la notion, à savoir l'échange de données, d'une part, et la capacité à utiliser mutuellement les données échangées, d'autre part. Cette construction bipartite fait défaut à la notion de compatibilité. En effet, la seule circulation de données suffit à caractériser la compatibilité.

¹⁷³ H. Lilen, *Dictionnaire informatique et numérique*, 2^e éd. FirstInteractive, 2014, cf. Compatibilité, p. 48.

En outre, à la différence de l'interopérabilité, qui s'établit par l'insertion d'un standard ouvert de communication sur un marché donné, la compatibilité nécessite, quant à elle, la démarche préalable d'incorporation des instructions pour chaque système ou technologie existant ou à venir. Madame David-Warcholak résume parfaitement cette caractéristique de la compatibilité, qui la différencie de l'interopérabilité, de la manière suivante : « l'interopérabilité se construit par référence à une norme ou un standard adopté par plusieurs constructeurs ou éditeurs, quand la compatibilité implique seulement l'adaptation d'une technologie aux caractéristiques d'une autre »¹⁷⁴.

En conséquence, la seule compatibilité est insuffisante au consommateur de technologies de l'information et de la communication car il doit, pour chaque nouvel outil ou technologie, s'interroger sur son possible fonctionnement avec les autres éléments déjà en sa possession, ce qui n'est pas le cas de l'interopérabilité, où le recours à un standard ouvert de communication suffit à s'assurer du bon fonctionnement des éléments ensemble. La compatibilité ne peut donc pas se substituer à l'interopérabilité. Qu'en est-il de la complémentarité ?

B. La complémentarité

50. La définition de la complémentarité. La complémentarité désigne l'état d'éléments qui ajoutent des fonctionnalités aux autres. La complémentarité est une notion souvent utilisée simultanément avec celle d'interopérabilité.

51. La distinction de la complémentarité et de l'interopérabilité. Or, « la notion d'interopérabilité est très insuffisamment définie si l'on se contente de la tautologie que les systèmes doivent pouvoir fonctionner entre eux ; l'interopérabilité entre les systèmes fait nécessairement appel à l'idée de complémentarité : sur un plan matériel, il s'agit de faire fonctionner un périphérique (écran, mémoire de masse, dispositif de sauvegarde,

¹⁷⁴ N. David - Warcholak, *op. cit.*, p. 14 : « la compatibilité renvoie généralement à une relation asymétrique entre les technologies. Cela signifie que seule l'une des deux entités ou technologies fait l'effort de s'adapter aux caractéristiques de l'autre. La compatibilité a aussi, en général, une dimension rétroactive puisqu'elle implique qu'une technologie s'adapte à une autre technologie déjà existante. Inversement, l'interopérabilité se caractérise plutôt par sa symétrie. Aucune des entités ou technologies parties à la relation ne fait l'effort de s'adapter particulièrement aux autres. Par contre, toutes les entités ou technologies s'adaptent à une technologie qui va servir de référence technique, c'est-à-dire une norme ou un standard technique. En d'autres termes, il n'y a pas une multiplicité de relations binaires, mais l'adoption par toutes les entités d'un certain nombre de caractéristiques techniques communes qui vont leur permettre de travailler ensemble. L'interopérabilité implique généralement que les constructeurs s'accordent sur la norme à suivre, en amont de la mise de leur produit sur le marché ; une anticipation qui n'est ordinairement pas présente dans le cas de la compatibilité ».

modem, etc.) avec une unité centrale ; sur un plan logiciel, il s'agit soit de permettre à un deuxième logiciel la greffe sur un logiciel existant de certains raccourcis, facilités, menus supplémentaires, soit de permettre le passage de données du premier au second, pour des actions différentes, etc. Un logiciel de gestion de fichiers qui viendrait ajouter des fonctionnalités au logiciel standard livré avec un certain environnement ajoute et ne remplace pas »¹⁷⁵.

Ainsi, la complémentarité n'exclut pas l'interopérabilité ou la compatibilité. La complémentarité désigne en effet le fait d'ajouter une fonctionnalité supplémentaire à un autre élément, cet ajout se réalisant soit par la mise en œuvre de l'interopérabilité, soit par celle de la compatibilité. De même, la notion de connexion s'associe à celle d'interopérabilité.

C. La connexion

52. La définition de la connexion. Le terme « connexion » a pour racine étymologique l'expression latine *connexio*, du verbe *connectere* qui signifie « lier ». Littéralement, la « connexion » désigne donc le lien entre deux éléments. En informatique, la connexion est la liaison établie entre des éléments physiques. Le terme interconnexion est quant à lui utilisé pour désigner la mise en relation de plusieurs éléments distincts.

53. La distinction de la connexion et de l'interopérabilité. La connexion est donc à différencier de l'interopérabilité dans le sens où la connexion désigne le lien entre deux outils alors que l'interopérabilité renvoie, quant à elle, non pas à la relation physique de deux éléments mais plutôt à la capacité de ces éléments à partager et à réutiliser les données échangées. Connexion et interopérabilité sont indissociables car il ne peut y avoir interopérabilité sans l'établissement d'une connexion. Cependant, le raisonnement inverse n'est pas valable car une connexion peut exister sans interopérabilité, en présence d'une compatibilité par exemple. La distinction de la connexion et de l'interopérabilité étant accomplie, il convient à présent d'aborder la dernière notion parfois confondue avec l'interopérabilité, celle d'accessibilité.

175 X. Linant de Bellefonds, « Le droit de décompilation des logiciels : une aubaine pour les cloneurs ? », *JCP G.*, n° 12, I, 18 mars 1998.

D. L'accessibilité

54. La définition de l'accessibilité. Dans le domaine informatique, l'accessibilité est la démarche de rendre utilisable, par des personnes souffrant d'un handicap, un outil ou un logiciel.

55. La distinction de l'accessibilité et de l'interopérabilité. L'accessibilité trouve donc à s'appliquer à la seule recherche de solutions techniques pour permettre l'utilisation par tous des technologies de l'information et de la communication. L'accessibilité n'est donc pas à assimiler à l'interopérabilité. Cette comparaison de l'interopérabilité et de l'accessibilité conclut la démarche de distinction de l'interopérabilité des notions voisines.

56. Conclusion de la Section. Il existe différents types d'interopérabilité : l'interopérabilité logicielle et l'interopérabilité matérielle. Pour autant, l'interopérabilité matérielle ne peut se concevoir sans interopérabilité logicielle, le recours à différents logiciels pour la mise en relation de matériels étant inévitable.

Ces différents types d'interopérabilité doivent être distingués des notions voisines, principalement la compatibilité, la complémentarité, la connexion et l'accessibilité. On constate cependant que la difficulté d'appréhension de la notion d'interopérabilité rend problématique sa différenciation d'avec les notions précédemment exposées, en particulier celle de compatibilité¹⁷⁶. L'effort de distinction de l'interopérabilité des notions voisines est néanmoins nécessaire car la mise en œuvre du droit à l'interopérabilité ne pourra s'effectuer que par l'adoption de dispositions législatives et réglementaires relatives à la fois à l'échange de données ainsi qu'à la capacité à utiliser mutuellement les données échangées, et non limitées à la seule circulation des données.

57. Conclusion du Chapitre. Ainsi, un premier pas a été franchi sur le chemin de l'examen du droit à l'interopérabilité, celui de la circonscription de son objet, par la définition de la notion d'interopérabilité et la différenciation de cet élément des notions voisines. Il est rappelé que la définition retenue de l'interopérabilité sera la suivante : **capacité d'éléments matériels ou immatériels à échanger des données et à utiliser mutuellement les données échangées, par le recours à des standards ouverts de**

¹⁷⁶ cf. *supra*, p. 57.

communication.

Compte tenu des développements précédents quant à l'établissement de cette définition, il est démontré que l'interopérabilité va bien au-delà du fait de faciliter le fonctionnement des outils, systèmes et technologies de l'information et de la communication. Elle s'avère être une nécessité dans ce domaine. « Plus encore, cette nécessité est généralisée jusqu'à devenir, parfois, absolue : l'interopérabilité devient un but en soi, existant par lui-même et pour lui-même de manière autonome »¹⁷⁷.

L'interopérabilité constitue ainsi une condition *sine qua non* du libre choix du consommateur de ses outils et technologies de l'information et de la communication. Plus encore, l'interopérabilité s'impose comme un élément nécessaire à la pérennité et à l'utilisation, par le consommateur, de ses données numériques. De ce fait, l'interopérabilité apparaît d'une importance capitale pour le consommateur. Ce constat pose dès lors de nombreuses interrogations et pousse à la reconnaissance du droit à l'interopérabilité.

177 F. Duflot, art. préc., p. 3.

CHAPITRE II - LA QUALIFICATION DU DROIT A L'INTEROPERABILITÉ

58. La définition juridique de la notion de « droit ». Pour les Professeurs Vivant et Bruguière, il existe de manière indéniable un droit à l'interopérabilité¹⁷⁸. Or, nous ne pouvons que constater que l'étude de la reconnaissance d'un droit à l'interopérabilité s'inscrit dans le contexte actuel de multiplication de la reconnaissance de différents droits aux individus¹⁷⁹. De ce fait, on ne peut nier le risque, dans les développements à venir, de soutenir une politique de revendication de « droits » avec des considérations partisans en lieu et place de l'analyse juridique qui s'impose.

Afin d'éviter cet écueil, il importe donc de ne pas s'exonérer de la rigueur de la démonstration juridique qui doit être appliquée au droit à l'interopérabilité. Aussi, le préalable indispensable tient précisément en la définition à donner à cette notion, somme toute banale, mais au combien complexe juridiquement qu'est celle de « droit ».

Au sens juridique, il convient d'opérer différentes distinctions. Doivent être appréhendées les notions de « droit objectif », d'une part, et de « droit subjectif », d'autre part. S'agissant du « droit objectif », il est défini comme l'« ensemble de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées, qui s'imposent aux membres de la société »¹⁸⁰. Quant à la notion de « droit subjectif », sa définition est plus complexe¹⁸¹.

59. La première approche de la notion de « droit subjectif ». Selon une première approche communément admise, les droits subjectifs peuvent être définis comme des « prérogatives individuelles de l'homme (le sujet) »¹⁸². Un droit subjectif est donc attaché à l'individu, à la personne¹⁸³. Les droits subjectifs se trouveraient

178 M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Précis Dalloz, 2^e éd. 2013, p. 794-804.

179 cf. *supra*, p. 17.

180 G. Cornu et alii, *Vocabulaire juridique*, in Ass. Capitant, 8^e éd., PUF, 2000, cf. Droit.

181 Sur la définition de la notion de droit subjectif : J. Ghestin et G. Goubeaux avec le concours de M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, 1994 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, PUF, Quadrige Manuels, 2004 ; J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, rééd. 2007 ; M. Fabre-Magnan, *Introduction au droit*, PUF, Que-sais-je ?, 1^{ère} éd., 2010 ; P. Malinvaud, *Introduction à l'étude du Droit*, Lexisnexis, 14^e éd., 2013 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil, introduction à l'étude du droit*, 12^e éd., Montchrestien, 2000 ; J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, collection THEMIS éd. PUF, 1^{ère} éd. 2011 ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 9^e éd., 2012 ; P. Voirin et G. Goubeaux, *Droit civil tome 1*, 34^e éd., LGDJ, 2013.

182 J. Ghestin et G. Goubeaux avec le concours de M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, 1994, p. 127 : « sans doute, est-il admis que l'idée de droit subjectif correspond à celle de prérogatives individuelles de l'homme (le sujet). Mais cette conception est bien vague et appelle un effort de précision ».

183 Certains auteurs soutiennent que les droits subjectifs sont inhérents à la nature humaine, cf. T. Hobbes, *Leviathan ou la Matière, la Forme et la Puissance d'un État ecclésiastique et civil, Tome 1^{er} de l'Homme*, Marcel Giard & C^{ie}, 1921, p. 212-214, gallica.bnf.fr :

alors au cœur du système juridique et la vie en société ne serait rendue possible que parce que les individus cèdent, par le biais d'un pacte ou d'un contrat social¹⁸⁴, leurs droits à l'État qui les garantit et les sanctionnent. Critiquée pour son abstraction, cette théorie du caractère social de l'individu et de ses droits¹⁸⁵ est concurrencée par celle de la primauté du droit objectif.

60. La théorie de la primauté du droit objectif. Selon cette théorie, défendue notamment par le Doyen Carbonnier, les individus disposent de droits qui n'existent qu'en raison de leur détermination, de leur délimitation par le droit objectif. Ainsi, « si le droit (objectif) nous permet de faire quelque chose, nous avons le droit (subjectif) de le faire. Suivant la conception la plus classique, le droit objectif est l'ensemble des règles de droit ; le droit subjectif est le pouvoir d'agir reconnu à l'individu, au sujet de droit, par ces règles »¹⁸⁶. Un droit subjectif ne devrait donc son existence que par sa reconnaissance par le droit objectif¹⁸⁷.

61. Postulat. Sans entrer dans toutes les subtilités de ces deux approches de la notion de droit subjectif, nous opterons pour la théorie dominante de la primauté du droit objectif. Il sera donc admis que le système juridique est marqué par la prééminence du droit objectif et les droits subjectifs constituent les moyens de mise en œuvre de ce système au niveau de l'individu¹⁸⁸.

« chaque homme a par nature droit sur toute chose.- Et ce que la condition humaine est une condition de Guerre de chacun contre chacun, où chacun est gouverné par sa propre Raison, et, de ce que, pour préserver sa vie contre ses ennemis, il n'est aucun moyen qui ne puisse être de quelque utilité, il s'ensuit que dans une telle condition, chacun a Droit sur toutes choses, même sur le corps des autres. Tant donc que persiste ce Droit, il ne peut exister pour personne de sécurité. La Loi Fondamentale de Nature (...) c'est donc un précepte ou une règle générale de Raison que chacun doit chercher la Paix par tous ses efforts tant qu'il a l'espoir de l'obtenir (...). De cette Loi Fondamentale de Nature dérive cette seconde Loi qu'on consente, quand les autres sont aussi consentants, et cela aussi loin que l'on pense que c'est nécessaire à la paix et à sa propre défense, à renoncer à ce droit sur toutes choses et à se contenter de la même liberté à l'égard des autres que celle que l'on accorde aux autres à l'égard de soi ».

184 J.-J. Rousseau, *Du Contrat social ou principes du Droit politique*, 1762.

185 En effet, l'individu vit nécessairement en communauté et ce n'est que fiction juridique que de lui attribuer des droits de par sa nature humaine, qu'il cède par la suite aux fins de pouvoir vivre en société. La vie en communauté est ainsi un fait acquis que l'on ne peut occulter dans la théorisation des droits subjectifs.

186 J. Carbonnier, *Droit civil 1- Introduction. Les personnes*, 10^e éd., collection Thémis, PUF, 1974, p. 107.

187 J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, rééd. 2007, p. 2 : « dans le langage communément admis aujourd'hui, aussi bien par les techniciens du droit positif que par les théoriciens de la science du droit, l'expression droit subjectif est prise par antithèse à celle de droit objectif. Le droit objectif, en ce sens, désigne la règle de droit (*Recht im objektiven Sinne*), tandis que le droit subjectif (*Recht im subjektiven Sinne*) signifie une certaine prérogative établie ou reconnue par le droit objectif au profit d'un individu (ou d'une collectivité) et qui le fait sujet de droit (subjectif) ». J. Dabin, *op. cit.*, p. 51 : « sous quelque perspective qu'on l'envisage, en soi et en dehors du droit objectif, le droit subjectif est une notion non seulement défendable mais indispensable. Il est impossible de construire le droit sans elle, parce qu'elle est la traduction immédiate, sans voile ni détour, de cette réalité élémentaire que, si les hommes sont soumis à une règle sociale, qui est d'ailleurs là pour eux et pour leur bien, ils sont néanmoins des être individuels. La société existe et par conséquent la règle sociale ; mais l'individu aussi. La société et la règle sociale ne suppriment pas le droit subjectif. (...) On n'a pas affaire seulement à des individus qui vont bénéficier du jeu d'une règle ; on a affaire à des individus investis par cette règle de prérogatives à eux propres et dont ils sont reconnus les maîtres. Du droit objectif sort un droit subjectif ».

188 J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 139 : « cette conception [la primauté du droit objectif], loin d'éliminer le droit subjectif l'intègre donc dans le système juridique dont il ne constitue pas la source mais à la fois un des buts et un des moyens ».

Il est toutefois à noter, dès à présent, que cette étude n'a ni la vocation, ni la prétention, d'ajouter une énième pierre à l'édifice de la définition de la notion de droit subjectif. L'objet des développements à venir n'est donc pas de s'attarder sur une étude approfondie de la notion de droit subjectif¹⁸⁹ mais bien de déterminer si, sur la base des différents écrits sur le sujet, la qualification juridique de droit subjectif à l'interopérabilité, au bénéfice du consommateur, doit être retenue.

De plus, un postulat sera posé : celui de l'existence de droits subjectifs. En effet, l'existence même de droits subjectifs a pu être remise en cause par une partie de la doctrine¹⁹⁰. Pour autant, il n'est nullement question ici de trancher cette controverse doctrinale et nous nous accordons avec la conception dominante sur ce point¹⁹¹, à savoir qu'il convient de reconnaître l'existence de droits subjectifs dans notre système juridique¹⁹².

62. Plan. Compte tenu des développements précédents, si droit à l'interopérabilité il y a, il est évident qu'il doit prendre la forme d'une prérogative individuelle, donc être qualifié, dans un premier temps, de droit subjectif (**Section I**). Puis, dans un second temps, sera abordée la classification du droit à l'interopérabilité, pour retenir, en définitive, la qualification de droit personnel (**Section II**).

SECTION I - LE DROIT À L'INTEROPÉRABILITÉ : UN DROIT SUBJECTIF

SECTION II - LE DROIT À L'INTEROPÉRABILITÉ : UN DROIT PERSONNEL

189 J. Ghestin et G. Goubeaux avec le concours de M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, 1994, p. 126 à 191 ; J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, rééd. 2007 ; M. Fabre-Magnan, *Introduction au droit*, PUF, Que-sais-je ?, 1^{ère} éd., 2010 ; H. L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil, introduction à l'étude du droit*, 12^e éd., Montchrestien, 2000 ; P. Voirin et G. Goubeaux, *Droit civil tome 1*, 34^e éd., LGDJ, 2013 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Droit civil*, 18^e éd., Sirey, 2013 ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 9^e éd., 2012, p. 170 et s.

190 L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel, La règle de droit- le problème de l'État*, Tome I, 3^e éd., 1927, préface p.XVI, gallica.bnf.fr : « Je persiste à penser que dans le domaine du droit on ne peut arriver à des solutions à la fois pratiques et justes qu'en écartant tous les concepts *a priori* et toute la vaine dialectique que l'on prétend y rattacher. Je persiste à penser notamment que toutes les constructions qu'on s'est efforcé d'édifier en droit public et en droit privé sur les concepts *a priori* de droit subjectif et de sujet de droit sont ruinées. J'ai un profond respect pour les croyances religieuses sincères ; j'admire les rêveries métaphysiques traduites en beau langage ; mais les unes et les autres n'ont que faire pour la découverte de la vérité positive ».
H. Kelsen, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *Rev. du droit public et de la science politique*, t. XLIII, 1926.

191 J. Ghestin et G. Goubeaux, *op.cit.*, p. 131 : « la notion est d'utilisation quotidienne ; elle n'a nullement pâti des critiques qui lui ont été adressées. A tel point qu'il serait extrêmement difficile, pour ne pas dire impossible, de se faire simplement comprendre si l'on tentait d'exposer l'état actuel de notre droit privé sans recourir à l'idée de droit subjectif. De telle sorte que s'il s'agissait d'un mythe, on devrait convenir qu'il est singulièrement vigoureux ! ».

192 J. Dabin, *op. cit.*, p. 31 : « en définitive, nous aboutissons à cette conclusion que, dans quelque perspective ou hypothèse qu'on se place (...) il est impossible d'éviter le droit subjectif ».

SECTION I - LE DROIT À L'INTEROPÉRABILITÉ : UN DROIT SUBJECTIF

63. **Plan.** L'étude de la notion de droit subjectif débute nécessairement par sa définition (I), avant de poursuivre par son application au cas de l'interopérabilité (II).

I. la définition de la notion de droit subjectif

64. **Plan.** Les droits subjectifs constituent des prérogatives reconnues aux individus par notre système juridique fondé sur la théorie de la primauté du droit objectif. Cette précision étant posée, une question se pose nécessairement : comment faire la part des choses entre ce qui doit être reconnu à l'individu comme droit subjectif de ce qui ne l'est pas ? La réponse à cette question nécessite la présentation des éléments de caractérisation des droits subjectifs.

Cependant la doctrine n'est pas unanime sur le sujet et un travail de présentation des différentes thèses s'avère nécessaire pour exposer les principaux éléments caractéristiques d'un droit subjectif. Le but n'est évidemment pas d'établir une nouvelle théorie ou de prendre parti dans la controverse doctrinale, mais simplement de s'appuyer sur les principales théories sur le sujet. En premier lieu, nous effectuerons donc une présentation des principales théories et expliquerons le choix de la théorie de l'« intérêt juridiquement protégé » d'Ihering (A). En second lieu, nous procéderons à la distinction des « droits de » et « droits à » (B).

A. Un droit subjectif, un « intérêt juridiquement protégé »

65. **Plan.** Pour les uns, un droit subjectif est un « pouvoir de volonté »¹⁹³ de l'individu. Pour d'autres, à l'instar du doyen Carbonnier, un droit subjectif est bien un « pouvoir », mais pas un pouvoir dépendant de la volonté de l'individu. Il s'agit plutôt d'un « pouvoir garanti par l'État, parce qu'il est conforme au droit objectif »¹⁹⁴. Dès lors, tout pouvoir qui n'est pas conforme au droit objectif ne peut être qualifié juridiquement de « droit subjectif »¹⁹⁵.

193 Pour une présentation de la théorie de Windscheid, J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 140-141.

Pour une critique de cette théorie : J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 154-155 : « en définitive, la volonté individuelle ne constituerait ni la seule expression de la détention d'un droit, d'une part, ni sa justification ou le facteur de sa reconnaissance juridique, d'autre part ».

194 J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 181.

195 J. Carbonnier cite notamment, comme exemple de pouvoir non conforme au droit objectif, les pouvoirs de fait telle que la possession.

Cependant, la notion de droit subjectif n'a eu de cesse d'éveiller la verve doctrinale quant à ses éléments caractéristiques et l'analyse du doyen Carbonnier n'est pas isolée sur le sujet. Aussi, nous procéderons à une synthèse des courants doctrinaux majeurs, constitués des propositions de Dabin de l'« appartenance-maîtrise » (1), du Doyen Paul Roubier de la « prérogative appropriée » (2) et de Messieurs Ghestin et Goubeaux de la « relation sociale inégalitaire » (3). Sera également présentée, en complément de ces analyses, la conception récente du « droit - désir » (4).

Ces diverses conceptions ne recueillent toutefois pas le consensus recherché comme base de démonstration du droit du consommateur à l'interopérabilité. Seule la théorie de l'« intérêt juridiquement protégé » d'Ihering, dont l'assise juridique n'est plus à démontrer, parvient à concentrer un relatif consensus, à tout le moins comme socle de réflexion. Le choix se portera donc sur cette théorie, sans pour autant dénier les apports des autres conceptions dans l'appréhension de la notion de droit subjectif (5).

1. La théorie de l'« appartenance-maîtrise » de Dabin

66. La présentation de la théorie. Dabin a développé la théorie de l'« appartenance-maîtrise »¹⁹⁶, selon deux phases de réflexion. D'après la première phase, un droit subjectif est attaché à une personne par un lien d'appartenance. « Ainsi, le droit subjectif se présente d'emblée comme une relation d'appartenance entre le sujet et une chose : d'une part, l'idée de droit ne naît qu'avec cette appartenance ; d'autre part, cette appartenance est au principe de tout ce qui constitue et caractérise le droit »¹⁹⁷.

Il est à noter que par l'utilisation du terme « chose », Dabin ne se limite pas aux biens matériels mais élargit le champ de l'appartenance à tout ce qui peut être rattaché au sujet de droit, y compris donc les biens immatériels ou les prestations qu'il a pu réaliser¹⁹⁸. Suivant cette analyse de la « chose », il ne peut être établi de liste limitative « des biens ou valeurs susceptibles d'appartenance »¹⁹⁹, ce qui permet d'adapter la notion de

196 J. Dabin, *op. cit.*, p. 80 : « l'appartenance causant et déterminant la maîtrise ».

197 J. Dabin, *op. cit.*, p. 81.

198 J. Dabin, *op. cit.*, p. 83 : « variées sont en effet les " choses " susceptibles d'appartenance, ainsi que les modes de cette appartenance. D'une part, les biens ou valeurs que l'on peut " avoir comme sien " ne se limitent pas aux choses extérieures telles les choses matérielles, meubles ou immeubles, qui existent indépendamment du sujet, et dont celui-ci aurait acquis le droit de tirer parti sous forme de propriété ou d'usage. Ils englobent aussi, et de manière plus proche, les biens ou valeurs inhérents à la personne, physique ou morale, du sujet (vie, intégrité du corps, libertés...) ; en outre, les choses matérielles ou immatérielles, devenues extérieures au sujet, mais dont celui-ci serait l'auteur : par droit d'auteur, ces choses appartiennent à leur créateur ou producteur. D'autre part, l'avoir constitutif du droit peut consister en des prestations-quelconques : positives ou négatives, pécuniaires ou extra-pécuniaires- auxquelles une personne serait tenue vis-à-vis d'une autre. L'appartenance est alors indirecte, en ce sens que la prestation due au créancier ne lui parviendra que par l'intermédiaire de l'obligation du débiteur. (...) l'appartenance ne peut prendre, dans ces conditions, que la forme de la dette exigible (...) ».

199 J. Dabin, *op. cit.*, p. 86.

droit subjectif aux évolutions sociétales et aux nouvelles analyses juridiques. Ainsi, « les progrès de la civilisation matérielle ont fait apparaître de nouvelles espèces de biens et, par conséquent, de nouvelles espèces de droits (...) »²⁰⁰.

D'après la seconde phase de la théorie de l'« appartenance-maîtrise » développée par Dabin, l'appartenance de la « chose » s'accompagne nécessairement de sa maîtrise, c'est-à-dire du « pouvoir sur elle »²⁰¹. Cette maîtrise ne doit pas être confondue avec l'exercice du droit sur la chose mais doit être interprétée comme « un pouvoir de libre disposition de la chose, objet du droit »²⁰². De plus, nul besoin d'être en capacité d'exercer son pouvoir de disposition pour caractériser la maîtrise ; ce pouvoir existe même en cas d'impossibilité d'exercer la maîtrise. Par voie de conséquence, il n'est pas nécessaire de démontrer la volonté du sujet à disposer de la « chose » pour caractériser un droit subjectif²⁰³.

Dabin complète son analyse par la condition d'« altérité »²⁰⁴, se manifestant par « l'opposabilité du droit aux tiers. Cette opposabilité se traduit par les deux idées d'inviolabilité et d'exigibilité : la non-violation du droit s'impose à autrui et le sujet peut exiger le respect de son droit »²⁰⁵. Enfin, en conclusion de son analyse de la notion de droit subjectif, Dabin pose la nécessité de sa protection juridique et donc d'un droit d'action du sujet pour le respect de son droit²⁰⁶.

Dès lors, d'après Dabin, un droit subjectif est caractérisé par l'« appartenance-maîtrise » du sujet sur une « chose », une opposabilité aux tiers, ainsi qu'une protection juridique conférant au sujet un droit d'action pour le respect de ce droit.

67. La critique de la théorie. Une partie de la doctrine, à l'instar du Doyen Roubier²⁰⁷, a reproché à cette théorie une conception trop extensive de la notion de droit subjectif, dans le sens où toute situation de

200 *Ibid.*

201 J. Dabin, *op. cit.*, p. 87 : « parce que la chose appartient au sujet, il a pouvoir sur elle, il en est le maître. L'aspect subjectif succède à l'aspect objectif. L'appartenance était attribut de la chose, reliée au sujet par le lien d'appartenance ; la maîtrise est l'attribut du sujet relativement à la chose « appartenante » et, à ce titre, assujettie. Le droit subjectif, qui débute par l'appartenance, s'achève dans une maîtrise, d'ailleurs inséparable de l'appartenance ; ainsi du moins selon l'ordre logique, car, chronologiquement, la maîtrise est contemporaine de l'appartenance ».

202 J. Dabin, *op. cit.*, p. 89. Dabin illustre son propos par l'exemple du tuteur qui peut exercer les droits du mineur sur un bien mais qui ne peut en disposer.

203 J. Dabin, *op. cit.*, p. 93.

204 J. Dabin, *op. cit.*, p. 93 - 97.

205 J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 143.

206 J. Dabin, *op. cit.*, p. 97 - 103.

207 P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, rééd. 2005.

maîtrise d'une chose ne devrait pas donner lieu à la caractérisation d'un droit subjectif. Cette critique explique le développement d'autres théories telle que celle de la « prérogative appropriée ».

2. La théorie de la « prérogative appropriée » du Doyen Roubier

68. Présentation de la théorie. D'après le Doyen Roubier, toutes les situations juridiques conférant au sujet un droit d'action en justice ne sont pas des droits subjectifs. Seules les situations juridiques où existe « une prérogative appropriée à la manière d'un bien »²⁰⁸, pour laquelle son titulaire dispose de la capacité de la transmettre, d'y renoncer et qui est juridiquement protégée, pourraient être qualifiées de droits subjectifs.

Ainsi, « à la base, il y a donc un avantage auquel le bénéficiaire peut prétendre. Cet avantage constitue un bien dont le titulaire peut disposer. Cette disposition s'entend au sens juridique : possibilité d'aliéner et de renoncer. Toutes les fois que ces caractéristiques sont réunies, il y a garantie d'une action en justice. Tels sont les éléments des véritables droits " privatifs " ou " subjectifs ". Ils se rencontrent dans le droit de propriété, le droit de créance, le droit de l'auteur ou de l'artiste sur son œuvre, mais non dans les prétendus droits à la vie, à l'intégrité physique, aux libertés (...). En effet, on ne peut renoncer à ces valeurs (...) »²⁰⁹. Celles-ci peuvent être protégées par le biais d'une action en justice mais en vertu de mécanismes différents des droits subjectifs.

D'après le Doyen Roubier, l'individu dispose donc de droits subjectifs, caractérisés par la faculté de leur titulaire à y renoncer, d'une part, et de « prérogatives » dont le titulaire ne peut librement disposer, d'autre part.

69. La critique de la théorie. Là encore, cette analyse de la notion de droit subjectif ne fait pas l'unanimité. La principale critique qui en fut faite tient à l'exclusion du champ des droits subjectifs de ce que l'on nomme les « droits de la personnalité »²¹⁰, d'où le développement par Messieurs Ghestin et Goubeaux de la conception de la « relation sociale inégalitaire ».

208 Pour une analyse de la théorie de P. Roubier, cf. J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 144-146.

209 J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 145.

210 J.-M. Bruguière, « Dans la famille des droits de la personnalité, je voudrais (1) ... », *D.*, 2011, chron. p. 28 : « Cette famille a pour sujet la personne et non l'homme ou l'espèce humaine et, plus précisément, une personne détachée de toute activité. L'objet du droit (...) est la personnalité définie comme l'identité sociale de l'individu, une personnalité qui ne touche que les droits à l'intégrité morale. Ainsi construit autour de cette structure, le droit à la personnalité révèle mieux sa nature : un droit civil et non fondamental, un droit subjectif et non objectif (...) ».

3. La théorie de la « relation sociale inégalitaire » de Messieurs Ghestin et Goubeaux

70. La présentation de la théorie. Messieurs Ghestin et Goubeaux proposent quant à eux une synthèse « des idées maintes fois exprimées »²¹¹ pour aboutir à une définition de la notion de droit subjectif sous l'angle des « relations sociales »²¹². Ces auteurs partent du principe que « les droits n'ont de signification que par rapport à autrui. Un hypothétique Robinson, seul sur son île et absolument coupé de toute relation avec ses semblables n'a pas de droits »²¹³. En effet, se prévaloir d'un droit n'a de logique que s'il peut être opposé à autrui.

Dès lors, à l'instar de ce qui a été exposé par le Doyen Roubier, « (...) le droit subjectif est d'abord et essentiellement un mode de définition de la situation juridique du sujet à l'égard d'autrui »²¹⁴ et, donc, un élément d'organisation de la vie en société. A ce titre, les normes juridiques « aménagent la situation des individus les uns par rapport aux autres. Une des méthodes utilisées consiste à distribuer des droits subjectifs. Tel est le schéma logique correspondant à la prééminence du droit objectif (...). Il en résulte une conséquence importante (...) : les droits subjectifs, mode de relations sociales, ne peuvent être totalement étrangers à la recherche de l'intérêt général ou, si l'on préfère, du bien commun »²¹⁵.

Toutefois, la recherche du bien commun ne se fait pas, comme exposé plus haut, sans opposition du droit à autrui, donc sans prédominance de la prérogative d'un sujet sur celle d'un autre. De ce constat, Messieurs Ghestin et Goubeaux tirent la conclusion qu'il existe une relation sociale inégalitaire²¹⁶, en faveur d'un sujet par rapport à un autre, et cela conformément aux intérêts de la société.

Ainsi, la caractéristique fondamentale des droits subjectifs est cette « inégalité légitime »²¹⁷, à savoir, une distribution inégalitaire au profit du titulaire et au détriment d'autrui, résultant de l'application de règles juridiques. Cette caractéristique permet de distinguer les droits subjectifs des libertés, dont chacun bénéficie

211 J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 147 : « il ne s'agit pas à proprement parler de présenter une théorie de plus sur la définition des droits subjectifs. Le mot serait beaucoup trop fort pour désigner le simple exposé de la façon dont nous appréhendons la question. Notre ambition se limite à insister sur certains aspects des droits subjectifs qui nous semblent assez importants pour conduire, sinon à la définition, du moins à une définition de la notion. Du reste, nous n'avons pas la prétention de faire œuvre originale et l'on reconnaîtra dans cette conception des idées maintes fois exprimées ».

212 J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 147-155.

213 J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 147.

214 J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 148.

215 *Ibid.*

216 J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 149-153.

217 *Ibid.*

de manière égalitaire.

Cette analyse renvoie à la notion de « justice distributive » selon laquelle « la fonction de l'ordre juridique est d'attribuer à chacun la part qui lui revient (...). Parce que la situation sociale de chaque individu est différente, cette distribution, pour être juste, est inégale »²¹⁸. En outre, de cette caractéristique d'une « inégalité légitime » découle deux éléments du droit subjectif : d'une part, « l'émolument »²¹⁹, c'est-à-dire l'avantage réservé au titulaire de droit, et, d'autre part, le « titre »²²⁰, le fondement juridique sur lequel repose l'avantage conféré au titulaire de droit.

71. La critique de la théorie. Pour Messieurs Ghestin et Goubeaux, un droit subjectif réserve donc un avantage certain à son titulaire, en vertu d'un fondement juridique. Cet avantage ne bénéficie pas à autrui et sa distribution est nécessairement inégalitaire, en fonction de ce qui revient à chacun. Or, les conditions de cette distribution inégalitaire demeurent floues, ce qui explique que cette conception, elle aussi, ne recueille pas l'unanimité. Elle demeure toutefois, avec les théories précédemment exposées, parmi les courants doctrinaux majeurs sur la notion de droit subjectif.

Cependant, ce socle doctrinal est aujourd'hui bousculé, voire malmené, par une évolution de la perception du droit, et plus particulièrement du droit subjectif, en lien direct avec les « répercussions importantes qu'emporte la tendance individualiste, voire hyper - individualiste, des sociétés occidentales contemporaines »²²¹.

4. La théorie du « droit - désir »

72. Présentation de la théorie. De nos jours, émerge l'idée que, pour garantir le bonheur de l'individu, ses désirs doivent être reconnus et protégés, d'où la conceptualisation de la notion de « droit - désir ». Ainsi, la conception individualiste de la société, qui s'impose désormais, aurait pour conséquence une multiplication des revendications de droits individuels, traduction de la recherche du « bonheur » menée par chacun²²².

218 J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 152.

219 *Ibid.*

220 *Ibid.* : « ce titre a toujours pour origine, en dernière analyse, la norme objective. Il résulte parfois directement de la règle juridique (ainsi en est-il pour les droits de la personnalité) ; il requiert en d'autres cas une activité du sujet (ainsi en va-t-il pour le droit d'auteur, pour l'acquisition de la propriété par prescription...) ; il procède souvent d'une transmission de sujet à sujet opérée suivant des conditions légales. Quelle qu'en soit la modalité, l'attribution du droit se fait donc conformément à la loi ».

221 J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 157.

222 F. Terré, « Le droit et le bonheur », *D.*, 2010, chron., p. 26 : « le droit s'est quand même rapproché du but évoqué [le bonheur] lorsque de nouvelles garanties, d'ordre social ou économique, ont été reconnues, non sans interférence avec le droit de propriété.

Certains voient dans cette évolution « la reconnaissance juridique d'un intérêt (d'un avantage matériel ou moral) mais également d'un désir (...) », d'une part, et la reconnaissance que « la protection juridique intervient comme la manifestation de la légitimité sociale de ce désir »²²³, d'autre part, alors que d'autres y voient les « dérives d'un système de droit »²²⁴, gangrené par une « diarrhée législative »²²⁵.

73. La critique de la théorie. Si, par certains aspects, notamment quant à son appréhension de l'évolution de la société, cette conception peut séduire, elle n'est pourtant pas exempte de critiques, principalement sur le rôle prépondérant, voire exclusif, que joue le désir individuel dans la reconnaissance d'un droit. Plus particulièrement, le passage du désir à la caractérisation d'une prérogative précise et juridiquement protégée n'est pas expliquée, pas plus d'ailleurs que les moyens de distinguer ce qui reste de l'ordre du simple désir de ce qui doit être juridiquement reconnu²²⁶. Loin de faire l'unanimité, cette conception ne sera pas retenue pour les développements à venir.

Pour autant, la recherche de l'unanimité quant la caractérisation de la notion de droit subjectif est une quête sans fin. Plutôt que l'approbation de tous, il convient donc plutôt de s'attacher à trouver un relatif consensus ou, à tout le moins, une conception dont on ne peut dénier l'apport essentiel dans la construction de la réflexion sur la notion de droit subjectif, ce qui explique le choix de retenir la théorie de « l'intérêt juridiquement protégé » d'Ihering.

5. La théorie de l'« intérêt juridiquement protégé » d'Ihering

74. Présentation de la théorie. La théorie de l'« intérêt juridiquement protégé » d'Ihering²²⁷ est sans nul doute la base de réflexion commune à l'ensemble des auteurs sur la notion de droit subjectif. Dans son analyse, Ihering n'accorde qu'une place minimale à la volonté de l'individu dans la caractérisation d'un droit subjectif. Pour lui, le « principe du droit » est constitué plutôt de deux éléments : « l'un substantiel dans lequel réside le but pratique du droit et qui est l'utilité, l'avantage, le gain assuré par le droit ; l'autre formel

Après quoi le mouvement s'est amplement prolongé pour satisfaire des aspirations multiples et contradictoires : à la protection des consommateurs, de l'environnement, et surtout à une meilleure qualité de la vie, à l'enfant mais aussi à l'avortement, au soleil et à la pluie, à la vie et à la mort. La diarrhée législative s'est accrue ».

223 J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 157.

224 F. Terré, art. préc.

225 *Ibid.*

226 J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 158.

227 J. Dabin, *op. cit.*, p. 65-72 ; J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 141-142 ; J. Rochfeld, *op. cit.* p. 155-156.

qui se rapporte à ce but uniquement comme moyen, à savoir la protection du droit, l'action en justice »²²⁸. Ainsi, Ihering distingue comme caractéristique de ce que l'on va nommer un « droit subjectif », un « intérêt », d'une part, et une « action en justice », d'autre part.

S'agissant du critère de l'« intérêt », l'auteur renvoie à l'idée que « tout droit quelconque existe pour le service, pour l'utilité de l'homme ; toujours il a pour contenu un bien, de nature morale ou économique qui, objectivement, représente une valeur et, subjectivement, au regard de l'individu bénéficiaire, un intérêt ». L'« intérêt » est donc le but du droit, « la jouissance procurée au sujet, un avantage matériel ou moral »²²⁹. L'« action en justice » est, quant à elle, la protection juridique de cet avantage.

75. La critique de la théorie. L'analyse d'Ihering n'est cependant pas non plus exempte de critiques. Certains, comme Dabin lui ont reproché de « livrer le droit subjectif à la puissance arbitraire de l'État »²³⁰, la qualification juridique de « droit subjectif » dépendant nécessairement d'une protection par la voie judiciaire. En effet, « l'intérêt n'est pas un droit parce qu'il est protégé ; il est, au contraire, protégé parce qu'il est reconnu être un droit, méritant comme droit cette protection »²³¹.

76. Le choix de la théorie d'Ihering. Toutefois, même si cette théorie ne résout pas l'ensemble des difficultés soulevées par la caractérisation des droits subjectifs, elle a le mérite de poser les fondements des courants doctrinaux majeurs. Son influence sur les théories postérieures est partant indéniable et il est difficile de s'en exonérer dans la construction de tout raisonnement juridique sur la notion.

Dès lors, forte de cette influence sur la conception de la notion de droit subjectif, cette théorie sera retenue, sans pour autant dénier l'apport des courants doctrinaux précédemment exposés, permettant de mieux comprendre les contours et écueils de la notion de droit subjectif, et cela, dans la perspective de la démonstration à venir du bien-fondé de la qualification juridique de droit du consommateur à l'interopérabilité. La phase de définition de la notion de droit subjectif n'est cependant pas achevée par le choix de la théorie d'Ihering et se poursuit par la distinction des « droits de » et des « droits à ».

228 R. von Ihering, *L'esprit du droit romain*, trad. O. de Meulenaere, 3^e éd., t. IV, 1888, § 70, p. 327 et 328.

229 J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 141.

230 J. Dabin, *op. cit.*, p. 67.

231 J. Dabin, *op. cit.*, p. 69.

B. La distinction des « droits de » et des « droits à »

77. **Les « droits de ».** L'« intérêt » caractérisant un droit subjectif est classiquement défini comme une prérogative précise. Cette précision induit, d'après une partie de la doctrine, la réunion de quatre éléments : « un sujet actif, le titulaire ; un contenu, (...) ; un objet déterminé (...) ; un sujet passif, à savoir l'objet ou la personne qui doit se soumettre à la prérogative, qui doit la respecter (...) »²³². Ainsi, si ces quatre éléments (objet, contenu, sujet actif, sujet passif) sont réunis, et que la protection juridique est caractérisée, le droit subjectif est qualifié de « prérogative précise et juridiquement sanctionnée »²³³, de « droit de ».

A titre d'illustration, pour le cas du droit de propriété, le sujet actif, le propriétaire, dispose sur un bien déterminé du pouvoir, opposable aux tiers, « d'en jouir et d'en user comme bon lui semble »²³⁴. S'agissant du droit d'auteur, par application des dispositions de l'article L. 111-1, alinéa 1^{er}, du Code de la propriété intellectuelle, « l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous ». En d'autres termes, le sujet actif, le titulaire du droit, dispose sur son œuvre de droits moraux²³⁵ et patrimoniaux²³⁶ opposables aux tiers.

78. **Les « droits à ».** Toutefois, la multiplication aujourd'hui constatée des « droits » s'accompagne d'une évolution de l'appréhension de leur effectivité. Ainsi, pour certains droits, il n'est pas possible de caractériser les quatre éléments précités. De ce fait, c'est leur effectivité qui est remise en cause, d'où l'approche de la notion de droit subjectif, non comme une prérogative précise, mais comme une « prérogative d'effectivité variable »²³⁷.

Certains auteurs, à l'instar de Monsieur Pichard, regroupent ces prérogatives « d'effectivité variable » sous la notion de « droit à »²³⁸. Un « droit à » peut être défini comme une prérogative imprécise, s'agissant de son débiteur et de sa substance, et non juridiquement sanctionnée lors de sa proclamation²³⁹. La consécration

²³² J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 178-179.

²³³ *Ibid.*

²³⁴ J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 178.

²³⁵ Art. L. 121-1 à L. 121-9, CPI.

²³⁶ Art. L. 122-1 à L. 122-12, CPI.

²³⁷ J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 181 : « (...) on peut actuellement dresser le constat que certains droits proclamés n'octroient pas un véritable pouvoir à leur titulaire et ne lui permettent pas de bénéficier d'un avantage réel. les droits se trouvent aujourd'hui consacrés selon une palette d'effectivité variée, que ce soit parce que leur proclamation ne s'accompagne pas des précisions nécessaires à la définition de leur titulaire et de leur contenu, plus généralement des éléments permettant de les rendre effectifs, et/ou de la possibilité d'être sanctionnés juridiquement ».

²³⁸ M. Pichard, *op. cit.*

²³⁹ J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 181-186.

d'un droit anticipe donc, dans ce cas, sa caractérisation, qui peut intervenir ou non par la suite, par le biais des évolutions législatives et réglementaires ou de la jurisprudence. Pouvait ainsi être cité, dans la catégorie des « droits à », le droit au logement opposable ; les pouvoirs octroyés à son titulaire ainsi que les sujets passifs de ce droit n'ayant pas été posés avec précision avant la loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 dite loi DALO²⁴⁰.

Il faut reconnaître à la conception des « droits à » un bénéfice indéniable : celui, sans doute, de contribuer à l'évolution du droit par l'identification du besoin de renforcer les fondements juridiques des droits catégorisés comme tels pour leur assurer, à terme, une mise en application concrète. Toutefois, ils souffrent de l'imprécision qui les caractérise. En effet, leur exposé tient davantage de la présentation d'une évolution politique ou sociologique que de la démonstration juridique. Les droits d'effectivité variable sont ainsi un parfait reflet des mutations de la société mais leur assise juridique n'est pas satisfaisante.

Cette présentation faite, il doit ensuite être procédé à l'application de la définition de la notion de droit subjectif à l'interopérabilité au bénéfice du consommateur.

II. L'application de la notion de droit subjectif à l'interopérabilité

79. **Plan.** La notion de droit subjectif trouve à s'appliquer à l'interopérabilité. En effet, il s'agit d'un « intérêt juridiquement protégé (A) et plus particulièrement d'un « droit de », une « prérogative précise et juridiquement sanctionnée » (B).

A. L'interopérabilité, un intérêt juridiquement protégé

80. **Plan.** La démonstration du bien fondé de la qualification de l'interopérabilité de droit subjectif s'articule en toute logique selon deux axes : elle constitue un « intérêt » (1) « juridiquement protégé » (2).

1. L'interopérabilité, un « intérêt »

81. **L'interopérabilité, un « intérêt » du professionnel.** Il doit être noté, qu'il existe deux versants de l'intérêt que constitue l'interopérabilité, et cela en fonction des acteurs considérés, à savoir les professionnels,

²⁴⁰ Loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, *JORF* n° 55 du 6 mars 2007, p. 4190. Depuis l'entrée en vigueur de la loi DALO, le droit au logement opposable a rejoint la catégorie des « droits de ».

d'une part, et les consommateurs, d'autre part.

S'agissant des professionnels, d'après le Professeur Bruguière, l'interopérabilité constitue bien un « intérêt » car elle est nécessaire à l'accès des « opérateurs »²⁴¹ au marché des technologies de l'information et de la communication et à la préservation d'un contexte concurrentiel sur ce marché. Le droit à l'interopérabilité est ainsi un « droit à pouvoir faire concurrence et doit être ici rattaché à la liberté du commerce et de l'industrie »²⁴². Selon une analyse similaire, livrée par Maître Pichaud, le droit à l'interopérabilité peut se définir « comme un droit à communication sur des éléments indispensables »²⁴³ et, s'agissant de sa finalité, a « vocation à faire primer les impératifs concurrentiels et à permettre le verrouillage de marché interdisant cet échange d'informations »²⁴⁴.

L'interopérabilité est donc indéniablement un « intérêt » pour les professionnels du marché des technologies de l'information et de la communication car elle garantit qu'aucun acteur économique majeur ne puisse contrôler l'accès à ce marché en étant le seul à choisir les outils et technologies pouvant fonctionner avec les siens.

82. L'interopérabilité, un intérêt du consommateur. S'agissant du consommateur, l'interopérabilité est également un « intérêt » dans la mesure où elle lui permet de ne pas se retrouver bloqué dans l'usage d'outils et technologies déterminés. L'interopérabilité donne par conséquent le pouvoir au consommateur de choisir son mode d'utilisation des technologies de l'information et de la communication. L'interconnexion des outils numériques, qu'exige aujourd'hui tout consommateur, dépend en effet de la mise en œuvre de l'interopérabilité dès l'instant où lesdits outils ne peuvent « se comprendre » qu'en utilisant des formats de données ouverts²⁴⁵. De même, la libre disposition, par le consommateur, de ses données numériques n'est effective que dans un contexte d'interopérabilité dès lors qu'il peut en disposer dans un format accepté par tout support, quelque soit son fabricant et les logiciels qu'il contient. Compte tenu de ces éléments, on peut soutenir que l'interopérabilité constitue un « intérêt » à la fois pour les professionnels et pour les consommateurs sur le marché des outils et technologies de l'information et de la communication.

241 J.-M. Bruguière, « Le droit à l'interopérabilité », *Comm. Com. Electr.*, fév. 2007, étude 3.

242 *Ibid.*

243 M.-A. Pichaud, « Fasc. 4540 : droit de la concurrence et informatique », *JCI Communication*, 1^{er} oct. 2008.

244 *Ibid.*

245 cf. *supra*, p. 38.

2. L'interopérabilité, un « intérêt juridiquement protégé »

83. Une protection juridique par la procédure d'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité. L'interopérabilité bénéficie d'une protection juridique, par l'instauration de l'Autorité de Régulation des Mesures Techniques de protection (ARMT), fusionnée aujourd'hui dans l'HADOPI²⁴⁶. Elle peut être saisie pour le règlement des litiges relatifs à l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité des mesures techniques de protection. L'objet de cette Autorité est en effet de « garantir l'interopérabilité des systèmes et des services existants, dans le respect des droits des parties, et d'obtenir du titulaire des droits sur la mesure technique les informations essentielles à cette interopérabilité »²⁴⁷.

Une Autorité a donc été spécifiquement créée par le législateur français pour la garantie de l'interopérabilité, dans un contexte de recours aux mesures techniques de protection²⁴⁸. Ses fonctions ne se limitent pas, du fait de son pouvoir de sanction²⁴⁹, à la seule recherche d'une solution de conciliation. Aussi, grâce à l'existence d'une telle Autorité, il est établi que l'interopérabilité dispose d'une protection juridique spécifique et donc que cet « intérêt » est « juridiquement protégé ».

Cependant, par application des dispositions de l'article L. 331-32, alinéa 1er, du Code de la propriété intellectuelle, la saisine de cette autorité de régulation est réservée, nous le verrons, aux éditeurs de logiciels, aux fabricants de systèmes techniques et aux exploitants de services²⁵⁰, à l'exclusion donc des consommateurs. Dès lors, il n'est pas possible de qualifier l'interopérabilité d'« intérêt juridiquement protégé » pour le consommateur sur le fondement de cette saisine. Mais cela ne signifie pas pour autant renoncer au bénéfice du droit à l'interopérabilité pour le consommateur.

²⁴⁶ cf. *supra*, p. 23.

²⁴⁷ Art. L. 331-31, al. 1, CPI.

²⁴⁸ cf. *infra*, p. 247 et s.

²⁴⁹ Art. L. 331-32, al. 5, CPI : « la Haute Autorité a le pouvoir d'infliger une sanction pécuniaire applicable soit en cas d'inexécution de ses injonctions, soit en cas de non-respect des engagements qu'elle a acceptés. Chaque sanction pécuniaire est proportionnée à l'importance du dommage causé aux intéressés, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné et à l'éventuelle réitération des pratiques contraires à l'interopérabilité. Elle est déterminée individuellement et de façon motivée. Son montant maximum s'élève à 5 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques contraires à l'interopérabilité ont été mises en œuvre dans le cas d'une entreprise et à 1, 5 million d'euros dans les autres cas ».

Art. L. 331-35, al. 2, CPI : « à défaut de conciliation dans un délai de deux mois à compter de sa saisine, la Haute Autorité, après avoir mis les intéressés à même de présenter leurs observations, rend une décision motivée de rejet de la demande ou émet une injonction prescrivante, au besoin sous astreinte, les mesures propres à assurer le bénéfice effectif de l'exception. L'astreinte prononcée par la Haute Autorité est liquidée par cette dernière ».

²⁵⁰ Art. L. 331-32, al. 1, CPI : « Tout éditeur de logiciel, tout fabricant de système technique et tout exploitant de service peut, en cas de refus d'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité, demander à la Haute Autorité de garantir l'interopérabilité des systèmes et des services existants, dans le respect des droits des parties, et d'obtenir du titulaire des droits sur la mesure technique les informations essentielles à cette interopérabilité (...) ».

84. **Une protection juridique par la procédure de droit commun.** En effet, la protection juridique de l'interopérabilité ne se limite pas à la seule faculté de saisine de l'Autorité de régulation. Ainsi, il sera démontré par la suite²⁵¹, sur le fondement notamment de la décision du Conseil constitutionnel relative à la loi DADVSI²⁵², que la protection juridique de l'interopérabilité va bien au-delà de la procédure de communication des informations essentielles à l'interopérabilité devant l'HADOPI. L'interopérabilité constitue donc également un « intérêt juridiquement protégé » pour le consommateur.

Par conséquent, la présence des éléments caractéristiques retenus par Ihering étant établie, la qualification de droit subjectif peut, à notre sens, être retenue pour l'interopérabilité, que ce soit pour les professionnels ou pour les consommateurs, et ce droit sera qualifié de « droit de ».

B. L'interopérabilité, une prérogative précise et juridiquement sanctionnée

85. **Une prérogative précise.** Comme exposé précédemment, selon la théorie d'Ihering, l'« intérêt », le but du droit, est attaché à l'individu et lui confère un avantage certain. Pour qu'il y ait droit subjectif, il faut donc que l'individu trouve, « dans l'exercice d'une prérogative, un avantage matériel ou moral »²⁵³. Traditionnellement, cette prérogative doit être « précise »²⁵⁴ pour qu'un droit subjectif puisse être identifié. Cependant, cette exigence, spécifique aux « droits de » tend à s'atténuer avec l'émergence d'une nouvelle catégorie de droits d'effectivité variable, regroupés sous le terme de « droit à »²⁵⁵. Le droit à l'interopérabilité relève de la première catégorie des « droits de », et non de la seconde regroupant les prérogative d'effectivité variable, les « droits à », car il s'agit d'une « prérogative précise » et « juridiquement sanctionnée »²⁵⁶.

En effet, l'interopérabilité est, en premier lieu, une prérogative précise en raison de la réunion des quatre éléments précédemment listés, à savoir un objet, un contenu, un sujet actif et un sujet passif. Il a déjà été

251 cf. *infra*, p. 115.

252 Cons. Const., décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, *JORF* n°178 du 3 août 2006, p. 11541 : « considérant, en second lieu, que les dispositions contestées ne portent pas atteinte au droit au recours des consommateurs, des associations qui les représentent ou des titulaires de droits de propriété intellectuelle ; qu'ils pourront en effet exercer les actions nécessaires à la défense de leurs intérêts devant les juridictions compétentes ».

253 J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 155.

254 J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 177.

255 M. Pichard, *Le droit à, Etude de législation française*, préf. M. Gobert, Economica, collection recherches juridiques, 2006.

256 *Contra.*, cf. J.-M. Bruguière et M. Vivant, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Précis Dalloz, 2013, p. 792 : « les mesures techniques de protection, qui devraient respecter les exceptions du droit d'auteur, ne doivent pas non plus menacer le nouveau " droit à " l'interopérabilité tel que l'a consacré le législateur en 2006 ».

démontré que l'objet de ce droit, l'interopérabilité, est parfaitement identifié²⁵⁷ ; les développements à venir, sur les trois autres éléments²⁵⁸, ne feront que confirmer cette analyse.

86. Une prérogative juridiquement sanctionnée. En second lieu, l'interopérabilité est une prérogative juridiquement sanctionnée. Il a été précédemment exposé qu'il existe une Autorité, l'HADOPI, dont l'une des fonctions est la garantie de l'interopérabilité, dans un contexte de recours aux mesures techniques de protection. En outre, il va être démontré, par la suite, que la protection juridique de l'interopérabilité ne se limite pas à la seule saisine de cette Autorité²⁵⁹. Dès lors, il ne peut être nié que l'interopérabilité bénéficie d'un régime juridique visant à son effectivité, ce qui induit que l'on ne puisse que constater qu'elle est « juridiquement sanctionnée ».

87. Conclusion de la Section. Les conceptions de la notion de droit subjectif sont multiples. Parmi les principales théories sur ce sujet, nous avons exclu les conceptions de l'« appartenance-maîtrise », de la « prérogative appropriée », de la « relation sociale inégalitaire » et du « droit-désir » pour retenir la définition du droit subjectif d'Ihering comme un « intérêt juridiquement protégé ». Un droit subjectif se définit également soit comme une prérogative précise et juridiquement sanctionnée, un « droit de », soit comme un droit d'effectivité variable, un « droit à ».

Appliqué au droit à l'interopérabilité, nous pouvons affirmer que, à notre sens, il s'agit effectivement d'un droit subjectif. De par cette qualification juridique, le droit à l'interopérabilité peut être opposé, par son titulaire à un sujet passif déterminé. Là est tout l'intérêt de la reconnaissance d'un droit : pouvoir ainsi opposer l'interopérabilité à autrui. En outre, le droit à l'interopérabilité n'est pas un « droit à » mais un « droit de », à savoir une prérogative précise et juridiquement sanctionnée, caractérisée par l'identification d'un objet, d'un sujet actif, d'un sujet passif et d'un contenu. Toutefois, la seule qualification de droit subjectif s'avère insuffisante pour déterminer comment il peut être opposé par le sujet actif au sujet passif. Il est donc nécessaire de procéder à présent à sa catégorisation en tant que droit personnel.

257 cf. *supra*, p. 34 et s.

258 cf. *infra*, p. 94 et s.

259 cf. *infra*, p. 115.

SECTION II - LE DROIT À L'INTEROPÉRABILITÉ : UN DROIT PERSONNEL

88. **La diversité des catégorisations.** Démontrer la réunion des éléments caractéristiques d'un droit subjectif n'est qu'une étape sur le chemin de la qualification juridique d'un droit car « les droits subjectifs peuvent être envisagés sous des angles divers »²⁶⁰. Dès lors qu'il existe de multiples catégories des droits subjectifs, il est nécessaire de rechercher à laquelle se rattache le droit à l'interopérabilité.

89. **L'exclusion de la catégorisation des droits patrimoniaux et extra-patrimoniaux.** Parmi les catégorisations possibles, on trouve tout d'abord celle qui s'effectue en fonction du patrimoine, défini comme l'ensemble des droits (l'actif) et des charges (le passif) formant un tout indivisible et rattaché à une personne²⁶¹. Cette classification comporte deux catégories avec, d'une part, les droits patrimoniaux, ayant une valeur pécuniaire et, d'autre part, les droits extra-patrimoniaux, présentant un « intérêt moral »²⁶². Cette classification ne sera pas retenue car, « si l'idée peut paraître séduisante, il faut constater qu'elle manque beaucoup trop de nuances. En réalité, la distinction des droits patrimoniaux et extra-patrimoniaux est loin d'avoir la netteté que l'énoncé du critère de classement pourrait laisser supposer »²⁶³.

90. **L'exclusion de la classification des droits ordinaires et des droits fondamentaux.** De même, ne sera pas davantage examinée la classification des droits fondamentaux et des droits subjectifs ordinaires²⁶⁴. Le droit à l'interopérabilité ne dispose pas de l'assise juridique de droits reconnus de nos jours comme fondamentaux. En effet, ce droit, dont la qualification même est controversée, ne dispose ni de l'ancienneté ni d'une reconnaissance par des textes juridiques de valeur supérieure. Aussi, il n'est pas possible d'appliquer au droit à l'interopérabilité la qualification de droit fondamental et il convient alors de s'attarder sur une autre classification des droits subjectifs.

91. **Le choix de la catégorisation en fonction de l'objet du droit.** La catégorisation traditionnelle des droits subjectifs est celle qui s'effectue en fonction de leur objet ou mode de réalisation. L'assise juridique de cette

260 J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 156.

261 J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 157 : « un ensemble de droits et de charges, actuels et futurs, dans lequel les droits répondent des charges ».

262 J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 169. Le droit de propriété ou le droit de créance sont des droits patrimoniaux. Le droit au nom est un droit extra-patrimonial.

263 J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 170.

264 J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 168 : « une classe spéciale de droits subjectifs, à laquelle on attache une valeur et une force supérieures à ceux ordinaires. Des conséquences en découlent quant au régime à leur appliquer : ils reçoivent une protection accrue, selon des critères spécifiques en cas d'atteintes ; leur titulaire ne pourrait les aliéner ou ne le pourrait que difficilement (...) ».

classification permet de la retenir pour les développements à venir. Pourtant, la doctrine n'est pas unanime sur les catégories des droits subjectifs à établir en fonction de ce mode de classification. Classiquement, c'est une conception dualiste qui a les faveurs des auteurs avec, d'un côté, les droits réels et de l'autre, les droits personnels²⁶⁵. Cette conception ne permet cependant pas de prendre en considération l'ensemble des spécificités des droits subjectifs²⁶⁶. De ce fait, nous nous accorderons avec les présentations de Dabin²⁶⁷ ou de Messieurs Ghestin et Goubeaux, pour lesquels la classification des droits subjectifs doit être réalisée selon quatre catégories d'objet : les deux droits issus de la conception dualiste, les droits réels et les droits personnels, ainsi que les droits intermédiaires, les droits intellectuels et les droits de la personnalité²⁶⁸.

92. La difficulté de la classification du droit à l'interopérabilité en fonction de l'objet. Afin de déterminer de quelle catégorie relève le droit à l'interopérabilité, concentrons-nous, une nouvelle fois, sur la définition de l'interopérabilité comme la capacité d'éléments matériels ou immatériels à échanger des données et à utiliser mutuellement les données échangées, par le recours à des standards ouverts de communication.

A la faveur de cette définition, on comprend toute la difficulté de la catégorisation du droit à l'interopérabilité. En effet, au premier abord, il est difficile de déterminer si ce droit s'applique à un bien matériel, immatériel ou à une personne, et donc s'il relève de la catégorie des droits réels, intellectuels, personnels ou de la personnalité. Une série de questions se pose alors et leurs réponses viennent nécessairement préciser l'objet du droit à l'interopérabilité : devons-nous considérer que l'interopérabilité est attachée à la donnée échangée, aux éléments matériels ou immatériels permettant l'échange et l'utilisation des données, ou aux personnes mises en relation par ce droit ? En d'autres termes, le droit à l'interopérabilité est-il un droit réel dès lors qu'il s'applique au support matériel permettant l'échange de données ? Ou est-il

265 J. Carbonnier *Droit civil*, PUF, Quadrige, 2004, p. 318-319 : « la distinction d'où il faut partir est celle du droit réel (*jus in re*) et du droit personnel selon que la personne a un droit sur une chose ou à l'égard d'une autre personne, selon que, dans le rapport de droit, elle se trouve placée en face d'une chose ou d'une autre personne ».

J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 160.

266 J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 162 : « à partir de la fin du XIX^e siècle, la présentation dualiste s'est trouvée contestée par des auteurs qui l'ont dénoncée comme trop tranchée. (...) la distinction entre les droits réels et personnels, présentée comme une *summa divisio*, n'embrasserait pas en réalité tous les types de droits. Certains droits, intermédiaires, ne seraient ni personnels, ni réels (ou le seraient au prix d'une importante déformation) ».

267 J. Dabin, *op. cit.*, p. 169 - 196.

268 Sur la présentation de la classification en fonction de l'objet : J. Ghestin et G. Goubeaux avec le concours de M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, 1994 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, PUF, Quadrige Manuels, 2004 ; J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, rééd. 2007 ; M. Fabre-Magnan, *Introduction au droit*, PUF, Que-sais-je ?, 1^{ère} éd., 2010 ; P. Malinvaud, *Introduction à l'étude du Droit*, Lexisnexus, 14^e éd., 2013 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil, introduction à l'étude du droit*, 12^e éd., Montchrestien, 2000 ; J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, collection THEMIS éd. PUF, 1^{ère} éd. 2011 ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 9^e éd., 2012 ; P. Voirin et G. Goubeaux, *Droit civil tome 1*, 34^e éd., LGDJ, 2013.

un droit intellectuel s'attachant soit aux données échangées soit aux éléments immatériels permettant l'échange et donc à des biens incorporels ? Ou encore, constitue-t-il un droit personnel en raison de l'établissement d'une obligation d'assurer l'interopérabilité à la charge d'un sujet passif déterminé ?

93. **Plan.** Beaucoup d'interrogations s'élèvent donc, pour finalement aboutir à retenir la qualification de droit personnel (II), à l'exclusion donc de celles de droit réel, de droit de la personnalité et de droit intellectuel (I).

I. Les qualifications à exclure du droit à l'interopérabilité

94. **Plan.** Ne sera pas retenue la qualification du droit à l'interopérabilité comme un droit réel, issue de la conception dualiste (A). Ne seront pas plus retenues les droits dits intermédiaires, comprenant les droits intellectuels et les droits de la personnalité (B).

A. L'exclusion de la qualification de droit réel

95. **La définition des droits réels.** Le mot « réel » a pour origine l'expression latine *realis* de *res*, la chose. Dans une première approche, un droit réel est donc un droit qui porte sur une chose et non sur une personne²⁶⁹. Juridiquement, la chose est un bien et, plus précisément, et pour beaucoup, un « bien matériel »²⁷⁰, c'est-à-dire un élément ayant une existence physique²⁷¹. Ainsi, « selon la théorie classique, les droits qui portent sur des biens matériels (choses) sont appelés droits réels (...) »²⁷².

Le doyen Carbonnier a eu une analyse différente de la notion de chose, objet du droit réel. Pour ce dernier, le droit réel est « le pouvoir juridique exercé directement sur une chose et permettant d'en retirer tout ou partie de ses utilités économiques ». Pour cet auteur, la notion de chose renvoie à celle de biens, divisés en deux grandes catégories : les immeubles et les meubles, ceux-ci étant eux-mêmes subdivisés en deux catégories, à savoir les meubles corporels, d'une part, et les meubles incorporels, d'autre part²⁷³. En d'autres termes, d'après le doyen Carbonnier, un droit réel porte sur des immeubles, des meubles corporels et des meubles

269 G. Cornu et *alii*, *Vocabulaire juridique*, in Ass. Capitant, 8^e éd., PUF, 2000, cf. Réel : « droit qui porte directement sur une chose (*jus in re*) et procure à son titulaire tout ou partie de l'utilité économique de cette chose (...) ».

270 J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 174.

271 J. Dabin, *op. cit.*, p. 177 : « les choses les plus faciles à définir, en raison de leur nature essentiellement finie, sont les choses matérielles, meubles et immeubles. La plupart d'entre elles ont un corps solide ; d'autres sont de matière plus fluide, tels le gaz, l'électricité, les ondes radiophoniques, mais néanmoins sensibles et susceptibles de possession privative ».

272 P. Voirin et G. Goubeaux, *Droit civil*, tome 1, 34^e éd., LGDJ 2013, p. 39.

273 J. Carbonnier, *Droit civil*, PUF, Quadrige, 2004, p. 318 -319.

incorporels. Dès lors, compte tenu de cette analyse, il n'y aurait pas lieu de limiter le champ d'application de la qualification de droit réel aux seuls biens matériels puisque sont inclus, dans la définition juridique d'un bien, les meubles incorporels.

Néanmoins, dans les développements à venir sur le droit à l'interopérabilité, nous ne nous joindrons pas à cette analyse et préférons nous accorder avec la présentation quadripartite déjà exposée, aux fins de distinction des biens matériels et des biens immatériels. Nous classerons donc les biens immatériels dans la catégories des droits intellectuels et non dans celle des droits réels.

Ainsi, un droit réel, sous réserve de la controverse quant à l'étendue de la définition de la chose, sera défini comme un droit portant sur une chose, bien matériel. L'objet du droit est donc précisément la chose. L'exemple ordinairement présenté est celui du droit de propriété²⁷⁴. En effet, le titulaire du droit, le propriétaire, a le droit, dans la limite de la légalité, de disposer librement de son bien²⁷⁵. En outre, un droit réel est dit absolu, ce qui signifie que le titulaire du droit « peut retirer toutes les utilités de la chose »²⁷⁶. Un tel droit est également opposable à tous, sans qu'un sujet passif puisse être déterminé²⁷⁷. En résumé, un droit réel est établi par le lien entre une personne et une chose.

96. L'exclusion de la qualification du droit à l'interopérabilité de droit réel. Compte-tenu de la définition des droits réels précédemment exposée, on doit déterminer si l'objet du droit à l'interopérabilité porte sur un bien matériel, afin d'apprécier si la qualification de droit réel lui est applicable.

Or, ce n'est visiblement pas le cas. En effet, comme il a été vu précédemment, il faut distinguer l'interopérabilité matérielle²⁷⁸, entre deux éléments physiques, de l'interopérabilité logicielle²⁷⁹, entre deux

274 J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 160 ; J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 174.

275 Il est établi l'existence d'un droit de suite, de la possibilité de l'exercice du droit à l'égard de la chose même si celle-ci a changé de main, et d'un droit de préférence au bénéfice du titulaire, correspondant au fait que ce dernier sera privilégié dans le versement des fruits de la vente de la chose. L'autonomie d'un droit de préférence et d'un droit de suite est remis en cause par Dabin, *op. cit.*, p. 180 : « quant au droit de suite d'abord, il se confond avec la notion de droit réel, à laquelle il n'ajoute rien. (...) si son droit est contesté, il agira en revendication ; et ce n'est pas là « suivre » la chose mais seulement affirmer son droit vis-à-vis d'autrui. (...) Quant au droit de préférence, il est non seulement inutile, mais contradictoire : le titulaire de droit réel, quand celui-ci est principal, ne saurait avoir ni préférence ni priorité pour cette raison qu'il n'entre et n'a à entrer en concours avec personne (...) ».

276 J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 160.

277 *Contra*. Pour Planiol, tout droit est un rapport entre deux personnes, un sujet actif et un sujet passif, et tout droit réel est un droit personnel car il constitue une « obligation passive universelle ». A titre d'illustration, pour le droit de propriété, le sujet passif est l'ensemble de la société devant respecter la propriété du sujet actif, cf. M. Planiol, G. Ripert et J. Boulanger, *Traité élémentaire de Droit civil*, Tome 1^{er}, 1901.

278 cf. *supra*, p. 54.

279 cf. *supra*, p. 55.

logiciels. Pour le cas de l'interopérabilité logicielle, il ne peut s'agir d'un droit réel, un logiciel n'ayant pas de consistance physique. Quant à l'interopérabilité matérielle, il doit être rappelé qu'elle est impossible sans interopérabilité logicielle, le recours à un logiciel étant nécessaire pour signifier aux matériels qu'ils peuvent interopérer. Dès lors, l'interopérabilité matérielle dépendant également de la programmation de logiciels entrant en communication, il ne peut être soutenu que l'objet du droit à l'interopérabilité porte sur un bien matériel.

De ce fait, la qualification de droit réel, strictement entendue, ne peut être retenue pour le cas du droit à l'interopérabilité. Si le droit à l'interopérabilité ne porte pas sur un matériel matériel se pose en revanche la question de savoir si ce droit a pour objet un bien immatériel, et plus particulièrement un logiciel. Si tel était le cas la qualification de droit intellectuel serait retenue.

B. L'exclusion des qualifications de droit de la personnalité et de droit intellectuel

97. **Plan.** Dabin et Messieurs Ghestin et Goubeaux, notamment, ont adopté une présentation quadripartite des droits subjectifs, en ajoutant aux catégories issues de la conception dualiste (droits réels et droits personnels) les droits de la personnalité et les droits intellectuels²⁸⁰. Cette présentation est aujourd'hui exposée comme celle des droits dits intermédiaires. La structuration de l'analyse autour de quatre catégories permet une meilleure précision dans la classification des droits subjectifs. On exclura cependant la qualification du droit à l'interopérabilité comme droit de la personnalité (1) ou comme droit intellectuel (2).

1. L'exclusion de la qualification de droit de la personnalité

98. **La définition des droits de la personnalité.** La catégorie des droits de la personnalité regroupe les « droits inhérents à la personne humaine qui appartiennent de droit à toute personne physique (innés et inaliénables) pour la protection de ses intérêts patrimoniaux »²⁸¹. Ils portent sur la personne même du sujet actif, du titulaire du droit. Feraient partie de cette catégorie le droit au respect de la vie privée²⁸², à l'image, à l'intégrité physique, à l'honneur, à la réputation, à la présomption d'innocence, etc.²⁸³

280 J. Dabin, *op. cit.*, p. 169 - 196 ; J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 174 - 180.

281 G. Cornu et alii, *Vocabulaire juridique*, in Ass. Capitant, 8^e éd., PUF, 2000, cf. Personnalité.

282 Art. 9, Code civil.

283 J. Dabin, *op. cit.*, p. 170-172 : « en premier lieu, l'être du sujet : son corps et ses membres, mais aussi ses convictions et ses affections, sa pudeur et son sens esthétique, son intimité, son honneur (sa « consistance en autrui »), les traits de son « personnage » physique et moral. Autant de valeurs strictement personnelles en ce qu'elles tiennent au sujet lui-même, sans pouvoir être détachées de sa personne à moins de mutilation ou de diminution. Mais vivre, pour l'homme, ce n'est pas seulement conserver intact son être : c'est aussi déployer les puissances et satisfaire les aspirations de son être, bref agir, et, puisque l'homme est un être raisonnable, agir de façon autonome. Ici se profile le champ illimité des libertés externes (...) Cependant, la

99. **La controverse relative à la catégorie des droits de la personnalité.** Bien que très controversée, l'existence de cette catégorie de droits est incontestable²⁸⁴. En revanche, pour d'autres auteurs, elle est mal fondée, en raison d'un défaut d'homogénéité du régime des droits précédemment exposés, les uns pouvant faire l'objet d'une exploitation financière, les autres n'étant finalement que la sanction d'une atteinte morale²⁸⁵.

Malgré cette absence d'homogénéité, on peut néanmoins considérer que ce n'est pas un obstacle à la reconnaissance de cette catégorie²⁸⁶, ces droits pouvant difficilement être intégrés aux catégories des droits réels ou des droits personnels. En effet, ils ne constituent ni un droit sur un bien matériel, ni un droit résultant d'une obligation dont un tiers serait tenu. Dès lors, évoquer l'existence d'une telle catégorie ne paraît nullement constituer une hérésie juridique.

100. **L'exclusion de la qualification de droit de la personnalité.** De manière flagrante néanmoins, le droit à l'interopérabilité ne peut être qualifié de droit de la personnalité. En effet, l'interopérabilité n'est pas un attribut de son titulaire, qui porte sur sa personne même. L'exclusion de la qualification de droit intellectuel s'avère, quant à elle, moins évidente.

2. L'exclusion de la qualification de droit intellectuel

101. **La définition des droits intellectuels.** « Les droits intellectuels ne sont ni des droits réels, ni des droits personnels. Les droits intellectuels ne s'exercent ni contre une personne, ni sur une chose, tout au moins une chose matérielle »²⁸⁷. L'expression « droit intellectuel » est le « nom parfois donné aux propriétés incorporelles dont l'objet est purement intellectuel, immatériel (...) »²⁸⁸. Les droits intellectuels sont donc les

personnalité du sujet ne se limite pas aux attributs de la nature humaine commune à tous les hommes. Elle englobe les éléments composants des personnalités « secondes », qui situent le sujet sur le plan social (...) ».

Ces droits, contrairement aux droits réels, sont, en principe, incessibles et insaisissables. Ils ne s'agit pourtant pas uniquement de droits de protection pour lesquels le titulaire ne peut agir qu'en cas de violation. En effet, ce dernier peut tirer un bénéfice de l'utilisation de certains objets de sa personnalité tels que son image ou la diffusion d'informations relatives à sa vie privée.

284 J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 179-180.

285 J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 164-165.

286 J. Dabin, *op. cit.*, p. 174 : « il va de soi d'ailleurs que le rapprochement sous une même rubrique des droits divers qui ont pour objet la personne elle-même, ne doit pas nécessairement conduire à leur appliquer à tous le même régime, qu'il importe au contraire de les traiter chacun selon son espèce particulière, en fonction non de la catégorie abstraite, mais des exigences de justice et d'utilité qui dominent l'interprétation juridique ».

287 H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil, introduction à l'étude du droit*, 12^e éd., Montchrestien, 2000, p. 281.

288 G. Cornu et *alii*, *Vocabulaire juridique*, in Ass. Capitant, 8^e éd., PUF, 2000, cf. Intellectuel.

droits ayant pour objet des biens immatériels ou incorporels²⁸⁹.

Selon Dabin, il s'agit d'une catégorie bien distincte des autres : « aux droits de la personnalité (...) s'opposent les droits portant sur les choses extérieures au sujet et, en soi, séparés de sa personne. Ces choses extérieures sont de trois sortes. Elles peuvent consister soit dans des choses matérielles, soit dans des choses immatérielles, soit dans l'acte ou l'opération d'autrui. A la première catégorie correspondent ce qu'on est convenu d'appeler les droits réels ; à la seconde, les droits que l'on dénomme souvent aujourd'hui droits intellectuels ; à la troisième, les droits dits de créance (...) »²⁹⁰.

102. L'objet des droits intellectuels. L'objet d'un droit intellectuel est bien la chose incorporelle, sans que ce droit puisse être opposable à une personne déterminée²⁹¹. Il se distingue des droits réels, tout simplement parce que le régime des biens immatériels n'est pas celui des biens matériels.

Un bien immatériel peut être, en premier lieu, un bien, fruit d'un travail personnel de son auteur, créateur, inventeur ou concepteur mais également un bien dit non rival car sa transmission à un tiers ne dépossède pas son détenteur. Ces spécificités expliquent l'élaboration de diverses dispositions propres à ce type de biens visant, d'une part, à préserver la volonté de celui qui en a la paternité ou de celui qui a contribué à sa conception et, d'autre part, à récompenser les efforts fournis pour l'élaboration du bien.

A titre d'illustration, l'auteur dispose d'un droit moral sur son œuvre, « perpétuel, inaliénable et imprescriptible »²⁹². Il en va de même pour le cas de l'artiste-interprète²⁹³. L'auteur dispose également d'un monopole d'exploitation de son œuvre²⁹⁴, tandis que les titulaires d'un droit voisin du droit d'auteur

289 J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 177-178 ; J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 162.

290 J. Dabin, *op. cit.*, p. 177.

291 J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 177-178 ; J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 162. ; J. Dabin, *op. cit.*, p. 177 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *op. cit.*, p. 63 : « les droits intellectuels sont ceux qui se rapprochent le plus du droit de propriété, ce qui les a fait parfois qualifier de propriété : littéraire, artistique ou industrielle, selon l'objet sur lequel ils portent. En effet, il n'y a pas ici de sujet passif déterminé donc ce ne sont pas des droits personnels ou de créance. En même temps, l'objet sur lequel ils portent est incorporel ; il n'y a pas d'appréhension matérielle possible et pas de droit de propriété classique. Ce sont des droits spécifiques, qui, en définitive " matérialisent " ou concrétisent l'objet (...) ».

292 Art. L. 121-1, CPI : « l'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre. Ce droit est attaché à sa personne. Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible. Il est transmissible à cause de mort aux héritiers de l'auteur. L'exercice peut être conféré à un tiers en vertu de dispositions testamentaires ». Aussi l'auteur est libre de décider de la divulgation (art. L. 121-2 CPI) ou du retrait de son œuvre (art. L. 121-4 CPI), dispose d'un droit de paternité ou encore d'un droit au respect de l'intégrité de celle-ci (art. L. 121-1 CPI).

293 Art. L. 212-2, CPI : « l'artiste-interprète a le droit au respect de son nom, de sa qualité et de son interprétation. Ce droit inaliénable et imprescriptible est attaché à sa personne. Il est transmissible à ses héritiers pour la protection de l'interprétation et de la mémoire du défunt ».

294 Art. L. 123-1, CPI : « l'auteur jouit, sa vie durant, du droit exclusif d'exploiter son œuvre sous quelque forme que ce soit et d'en

disposent d'une durée de protection de cinquante années de leurs droits patrimoniaux²⁹⁵. Ces dispositions n'ont pas d'équivalent dans le régime juridique des biens matériels. Composent ainsi principalement la catégorie des droits intellectuels les droits mentionnés dans le Code de la propriété intellectuelle.

Un bien immatériel n'est pas seulement une création personnel. Il peut être, en second lieu, un bien qui n'est pas issu d'un effort de création de leur titulaire mais porte également sur une chose incorporelle. Ainsi, la catégorie des droits intellectuels ne se limite pas aux seules créations, inventions, marques. En effet, y sont inclus, par exemple, les quotas, les licences de taxis ou encore la clientèle, et plus précisément, le « rassemblement d'une clientèle »²⁹⁶.

Il convient de préciser que l'objet d'un droit subjectif intellectuel n'est pas le support du bien immatériel mais plutôt son contenu²⁹⁷. Un sujet peut donc être propriétaire du bien matériel qu'est le support, comme par un exemple un livre, et disposer, sur ce support, d'un droit réel en sa qualité de propriétaire. En revanche, il ne détient pas de droits intellectuels sur l'œuvre qui constitue le contenu de ce livre, droits réservés à son auteur.

tirer un profit pécuniaire. Au décès de l'auteur, ce droit persiste au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les soixante-dix années qui suivent ».

295 Art. L. 211-4, CPI : « la durée des droits patrimoniaux objets du présent titre est de cinquante années à compter du 1^{er} janvier de l'année civile suivant celle :

1° De l'interprétation pour les artistes-interprètes. Toutefois, si une fixation de l'interprétation fait l'objet d'une mise à disposition du public, par des exemplaires matériels, ou d'une communication au public pendant la période définie au premier alinéa, les droits patrimoniaux de l'artiste-interprète n'expirent que cinquante ans après le 1^{er} janvier de l'année civile suivant le premier de ces faits ;

2° De la première fixation d'une séquence de son pour les producteurs de phonogrammes. Toutefois, si un phonogramme fait l'objet, par des exemplaires matériels, d'une mise à disposition du public pendant la période définie au premier alinéa, les droits patrimoniaux du producteur du phonogramme n'expirent que cinquante ans après le 1^{er} janvier de l'année civile suivant ce fait. En l'absence de mise à disposition du public, ses droits expirent cinquante ans après le 1^{er} janvier de l'année civile suivant la première communication au public ;

3° De la première fixation d'une séquence d'images sonorisées ou non pour les producteurs de vidéogrammes. Toutefois, si un vidéogramme fait l'objet, par des exemplaires matériels, d'une mise à disposition du public ou d'une communication au public pendant la période définie au premier alinéa, les droits patrimoniaux du producteur du vidéogramme n'expirent que cinquante ans après le 1^{er} janvier de l'année civile suivant le premier de ces faits ;

4° De la première communication au public des programmes mentionnés à l'article L. 216-1 pour des entreprises de communication audiovisuelle ».

296 J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 177-178 : « ce n'est pas à proprement parler la clientèle elle-même qui est l'objet du droit (le sujet n'a aucun pouvoir contre les clients pris individuellement ou dans leur ensemble), mais le rassemblement de clientèle. Ce rassemblement, résultat de nombreux facteurs parmi lesquels figure spécialement l'activité du professionnel, est la « chose incorporelle » sur laquelle porte le droit. (...) Le monopole d'exploitation est protégé contre les initiatives des tiers et le titulaire peut en disposer en cédant différents droits particuliers inclus dans son « droit de clientèle » (droit sur les signes de ralliement du public, comme les marques de fabrique, droit réel sur le matériel, etc.) et en présentant un successeur à ses clients ».

297 *Ibid.* : « (...) indépendamment de l'objet matériel qui peut leur servir de support- tels le manuscrit, le livre, le tableau, le dessin, le plan, l'appareil dans lequel prend corps l'invention, le vocable ou l'image qui touche l'oreille ou les yeux, supports d'ailleurs nécessaires,- c'est sur ces choses mêmes, en tant qu'incorporelles, sur l'œuvre, sur l'invention, sur le vocable ou l'image revêtus de leur valeur de signe, qu'est assis le droit dit intellectuel ».

De plus, il est important de noter que les contours de cette catégorie ne sont pas immuables en raison de l'évolution permanente que connaissent les biens incorporels. De nouveaux droits peuvent en effet apparaître du fait de la mutation des technologies de l'information et de la communication. Dès lors, « parce qu'ils font un bien de l'activité humaine, les droits intellectuels vont en se multipliant »²⁹⁸. Aussi, ni Dabin dans les années 1950, ni Messieurs Ghestin et Goubeaux au début des années 1990, ne pouvaient anticiper l'arrivée au XXI^e siècle de la révolution numérique engendrée par Internet et par l'interconnexion des outils technologiques.

103. L'exclusion de la qualification de droit intellectuel. L'interopérabilité intervenant dans le cadre de l'utilisation de biens immatériels tels que les logiciels, il est tentant de conclure à la qualification de droit intellectuel. Toutefois, ce serait un raisonnement hâtif et incomplet que de s'en tenir à relier l'usage d'un bien immatériel et l'interopérabilité.

Ainsi, outre la condition de l'identification d'un bien immatériel objet du droit, il est rappelé que la qualification de droit intellectuel est également caractérisée par l'absence d'opposabilité du droit à un tiers déterminé. De plus, pour une partie des droits intellectuels, l'idée centrale est celle d'un effort « créatif » du titulaire du droit.

Or, le droit à l'interopérabilité ne peut être catégorisé dans les droits intellectuels avec « effort créatif » de son titulaire. En effet, pour le cas de l'interopérabilité, nous ne retrouvons pas cette condition d'une initiative de conception pour le consommateur, utilisant par exemple un logiciel de traitement de texte et, par voie de conséquence, l'identification d'un bien immatériel comme objet de ce droit. Le bien immatériel, qu'est le logiciel de traitement de texte, n'est en effet pas le fruit d'une création du consommateur.

Pouvons-nous en revanche soutenir que les données créées par le consommateur, par le biais de son logiciel de traitement de texte, sont le support de l'interopérabilité ? Cela signifierait que le consommateur aurait le droit d'opposer à toute personne l'interopérabilité sur les données dont il est le créateur. Ce raisonnement ne résiste pas à l'analyse de la logique de l'interopérabilité. En effet, ce n'est pas le consommateur qui, en pratique, décide de l'interopérabilité de la donnée qu'il crée et ce n'est donc pas lui qui se trouve en capacité de l'opposer à toute personne en contact avec ladite donnée. Au contraire, c'est le logiciel utilisé qui garantit l'interopérabilité, ce qui induit que la volonté d'un tiers, l'éditeur du logiciel, est déterminante dans la mise

²⁹⁸ J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 178.

en œuvre du droit à l'interopérabilité.

En raison de la nécessité de l'intervention d'un tiers, le droit à l'interopérabilité ne peut être catégorisé ni dans les droits intellectuels avec « effort créatif » de leur titulaire, ni dans ceux ne faisant pas l'objet d'un effort de création.

En tout état de cause, il est manifeste que l'objet du droit à l'interopérabilité ne peut être la donnée créée par le consommateur dès lors que l'interopérabilité est définie comme « la capacité d'éléments matériels ou immatériels à échanger des données et à utiliser mutuellement les données échangées, par le recours à des standards ouverts de communication »²⁹⁹.

Dans ces conditions, il est donc exclu que l'objet du droit à l'interopérabilité, au bénéfice du consommateur, soit un bien immatériel puisque ce dernier n'est pas en mesure, à la création ou à l'acquisition de ce bien, de lui appliquer l'interopérabilité. En conséquence, à défaut de création ou d'acquisition d'un bien immatériel comme objet du droit à l'interopérabilité, la qualification de droit intellectuel ne peut être retenue. Reste donc l'examen de la catégorie que nous n'avons pas encore étudiée, celle des droits personnels.

II. La qualification à retenir du droit à l'interopérabilité

104. **Plan.** Aussi étrange que cela puisse paraître au premier abord, les biens technologiques, qu'ils soient matériels ou immatériels, n'ont aucune influence sur la catégorisation du droit subjectif à l'interopérabilité car il s'agit d'un rapport d'obligations entre deux sujets de droit (**B**), ce qui correspond à la définition des droits personnels (**A**).

A. La définition des droits personnels

105. **La définition des droits personnels.** Un droit personnel offre à son titulaire, le créancier, le pouvoir d'exiger d'une personne déterminée, le débiteur, l'exécution d'une obligation, ce qui explique qu'il soit également qualifié de « droit de créance ». L'objet d'un droit personnel est l'obligation du débiteur. Ce peut être le versement d'une somme d'argent ou encore l'exécution d'une prestation, d'un service³⁰⁰. « Ainsi, tandis que le droit réel est un rapport de droit entre la personne et la chose, le droit de créance apparaît comme un

²⁹⁹ cf. *supra*, p. 42.

³⁰⁰ G. Cornu et *alii*, *Vocabulaire juridique*, in Ass. Capitant, 8^e éd., PUF, 2000, cf. Personnel : « relatif à un droit de créance, à une obligation ; caractérise le droit pour le créancier d'exiger du débiteur (*jus ad personam*) l'exécution de son engagement ».

rapport de droit entre deux personnes. La réciproque est l'obligation (ou dette), qui peut se définir comme un lien de droit (*vinculum juris*), en vertu duquel le débiteur se trouve assujéti envers le créancier, sous la contrainte étatique, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose »³⁰¹.

Cette énumération du doyen Carbonnier fait notamment référence à la définition légale du contrat, posée par les dispositions de l'article 1101 du Code civil³⁰². Et pour cause : un droit personnel repose notamment sur un rapport d'obligations. Aussi, un droit personnel peut également reposer sur un engagement unilatéral ou sur un rapport de responsabilités, délictuelle ou quasi-délictuelle, tel que celui établi par les dispositions de l'article 1382 du Code civil³⁰³. Certains auteurs regroupent l'ensemble des droits personnels sous le seul terme d'« obligations »³⁰⁴.

106. Les pouvoirs octroyés au titulaire d'un droit personnel. A la différence du droit réel, un droit personnel ne s'exerce pas de manière absolue, le créancier ne disposant pas des pleins pouvoirs sur la personne du débiteur. De plus, un tel droit n'est opposable qu'au débiteur, engagé envers le créancier en cas d'inexécution de l'obligation. En résumé, le sujet actif, ou créancier, d'un droit personnel dispose d'un droit de solliciter du sujet passif, ou débiteur, l'exécution d'une obligation. Or, c'est bien ce schéma juridique que l'on retrouve pour le cas du droit du consommateur à l'interopérabilité.

B. La qualification de droit personnel

107. Plan. Le sujet actif du droit à l'interopérabilité peut donc opposer une obligation au sujet passif (1). Il reste à déterminer la nature de cette obligation pour clore l'analyse de la qualification de ce droit (2).

1. L'opposabilité de l'obligation

108. L'opposabilité à l'éditeur de logiciels ou de contenus numériques. A la lecture des développements précédents, un constat s'impose : le consommateur n'est pas le créateur de l'interopérabilité, qui dépend

³⁰¹ J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 183

³⁰² Art. 1101, c. civ. : « le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ».

³⁰³ Art. 1382, c. civ. : « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

³⁰⁴ Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Droit civil*, 18^e éd., Sirey, 2013, p. 62 : « alors que les droits réels sont limitativement énumérés par la loi, les droits personnels ou obligations sont innombrables (originellement on appelait obligation la prestation du débiteur, la dette qui s'opposait à la créance, représentant le droit du créancier, mais aujourd'hui, on tend à confondre obligation et droit personnel). Les obligations se forment à chaque instant à la suite de cinq sources traditionnelles : les contrats, les quasi-contrats, les délits, les quasi-délits et la loi (...) ».

nécessairement de l'intervention technique d'un autre acteur. Cet acteur est, de manière évidente, l'éditeur du logiciel³⁰⁵, car c'est lui qui permet au consommateur de créer, d'utiliser et de partager ses données. Il n'est cependant pas le seul acteur pouvant garantir l'interopérabilité au bénéfice du consommateur. En effet, l'interopérabilité des contenus numériques requiert l'intervention d'un autre tiers, à savoir l'éditeur de contenus numériques³⁰⁶.

109. L'établissement d'un rapport de droit. C'est donc à un éditeur de logiciels ou de contenus numériques, que le consommateur doit s'adresser pour l'effectivité de son droit à l'interopérabilité. L'interopérabilité n'est alors pas, pour le consommateur, un droit sur une chose matérielle ou immatérielle mais bien un rapport de droit entre lui et un éditeur de logiciels ou de contenus numériques.

Ainsi, la seule qualification possible est celle de droit personnel : le consommateur dispose de la faculté d'exiger d'un sujet déterminé l'exécution d'une obligation pour le respect de son droit à l'interopérabilité. L'objet du droit à l'interopérabilité est donc cette obligation à la charge du sujet.

2. La nature de l'obligation

110. L'exclusion d'une obligation de donner. Quelle est précisément cette obligation à la charge de l'éditeur de logiciels ou de contenus numériques ? Une obligation peut être de trois ordres : de donner, de faire ou ne pas faire quelque chose³⁰⁷.

L'obligation de donner porte, d'après les dispositions des articles 1136 et suivants du Code civil, nécessairement sur une chose, qu'elle soit corporelle ou incorporelle. L'interopérabilité n'étant pas une chose en elle-même, il ne peut s'agir d'une obligation de donner à la charge de l'éditeur de logiciels ou de contenus numériques.

111. Une obligation de faire ou de ne pas faire. Est-ce alors une obligation de faire ou de ne pas faire ? S'il s'agit d'une obligation de faire, cela signifie que le tiers a une obligation positive de mise en œuvre de l'interopérabilité ; qu'il doit contribuer à l'interopérabilité. En revanche, s'il s'agit d'une obligation de ne pas faire, cela signifie que l'éditeur de logiciels ou de contenus numériques a une obligation négative, que l'on

³⁰⁵ cf. *infra*, p. 119 et s.

³⁰⁶ cf. *infra*, p. 138 et s.

³⁰⁷ Art. 1134 et s., c. civ.

pourrait traduire comme une interdiction de faire obstacle à l'interopérabilité. Or, le débiteur de l'obligation doit-il mettre en œuvre l'interopérabilité ou se contenter de ne pas y faire obstacle ?

La réponse à cette question est à rechercher dans les textes relatifs à la mise en œuvre de l'interopérabilité. Ainsi, par application des dispositions de l'article L. 331-5, alinéa 4 du Code de la propriété intellectuelle, « 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 (...) ». Actuellement, les dispositions de loi DADVSI, ont donc instaurées une obligation de ne pas faire obstacle à l'interopérabilité dans un contexte de recours aux mesures techniques de protection³⁰⁸. Il s'agit donc d'une obligation de ne pas faire, combinée à une simple obligation d'information³⁰⁹.

Se limiter à une obligation de ne pas faire n'est cependant pas satisfaisant pour l'effectivité du droit à l'interopérabilité. C'est pourquoi, nous préconiserons, dans les développements à venir, en droit prospectif, une évolution de la législation vers la consécration d'une obligation de faire, centrée sur l'utilisation de formats de données non protégés, ouverts et interopérables³¹⁰.

112. Conclusion de la Section. Par application de la catégorisation des droits subjectifs en fonction de l'objet, les qualifications de droit réel, droit de la personnalité et droit intellectuel ont été exclues s'agissant du droit à l'interopérabilité. Nous avons, en revanche, retenu la qualification de droit personnel, en raison de l'opposabilité de la prérogative reconnue à un tiers déterminé, qui dispose des moyens de mettre en œuvre l'interopérabilité.

En l'état du droit positif, ce qui peut précisément être opposé au tiers déterminé, c'est une obligation de ne pas faire obstacle à la mise en œuvre de l'interopérabilité par le recours aux mesures techniques de protection, combinée à une obligation d'information sur l'interopérabilité d'un contenu numérique³¹¹. Cette analyse de la nature de l'obligation à la charge des sujets passifs permet d'identifier, après l'objet du droit à

³⁰⁸ cf. *infra*, p. 218 et s.

³⁰⁹ Art. L. 111-1, Code de la consommation : « avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes : (...) 4° Les informations relatives à son identité, à ses coordonnées postales, téléphoniques et électroniques et à ses activités, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte, ainsi que, s'il y a lieu, celles relatives aux garanties légales, aux fonctionnalités du contenu numérique et, le cas échéant, à son interopérabilité, à l'existence et aux modalités de mise en œuvre des garanties et aux autres conditions contractuelles. La liste et le contenu précis de ces informations sont fixés par décret en Conseil d'État ». cf. *infra*, p. 174 et s.

³¹⁰ cf. *infra*, p. 268 et s.

³¹¹ cf. *infra*, p. 174 et s.

l'interopérabilité, le deuxième élément d'un « droit de », entendu comme une prérogative précise et juridiquement sanctionnée. Ainsi, le contenu du droit à l'interopérabilité est actuellement délimité, dans son mode et dans son étendue, par cette obligation de ne pas faire obstacle à l'interopérabilité dans un contexte de recours aux mesures techniques de protection et par l'obligation d'information du consommateur.

113. Conclusion du Chapitre. La démarche de qualification juridique se conclut par l'examen de la catégorisation du droit à l'interopérabilité. Ainsi, le droit à l'interopérabilité est un droit subjectif, entendu selon la théorie d'Ihering comme un « intérêt juridiquement protégé », et plus précisément une prérogative précise et juridiquement sanctionnée avec un objet, un contenu, un sujet actif et un sujet passif.

Ce droit relève de la catégorie des droits personnels, définis comme les droits offrant au titulaire, le créancier, la capacité d'exiger d'une personne déterminée, le débiteur, l'exécution d'une obligation. En effet, ce n'est pas le consommateur qui est le créateur de l'interopérabilité mais bien un acteur du secteur du numérique, qui lui fournit les éléments matériels ou immatériels permettant l'échange de données interopérables. Cet acteur est, en premier lieu, l'éditeur de logiciels et, en second lieu, l'éditeur de contenus numériques. Dès lors, le consommateur doit solliciter de ces derniers l'exécution de leur obligation de mettre en œuvre de l'interopérabilité et c'est en ce sens qu'il existe un rapport de droit entre deux sujets, caractéristique d'un droit personnel.

114. Conclusion du Titre. L'interopérabilité est une notion restée longtemps inconnue des juristes et réservée aux seuls initiés des technologies de l'information et de la communication. De ce fait, la notion d'interopérabilité, bien que mentionnée à de multiples reprises dans divers textes réglementaires et législatifs, est mal appréhendée par le droit. L'interopérabilité est ainsi juridiquement mais insuffisamment définie par la directive 91/250/CEE comme « la capacité d'échanger des informations et d'utiliser mutuellement les informations échangées »³¹².

On préférera alors définir l'interopérabilité de manière plus précise, sans pour autant retenir l'ensemble des éléments techniques utiles à la compréhension de la notion d'interopérabilité, comme la capacité d'éléments matériels ou immatériels à échanger des données et à utiliser mutuellement les données échangées, par le recours à des standards ouverts de communication.

³¹² Cons. 10 à 12, directive 91/250/CEE, *préc.*

Cependant, la place croissante des technologies de l'information et de la communication dans la société a fait émerger de nouveaux besoins du consommateur, parmi lesquels celui de l'interconnexion de ses outils numériques et la pleine maîtrise de ses données, besoins qui ne peuvent se concevoir sans interopérabilité. De ce fait, l'interopérabilité est bien plus qu'une simple exigence technique sur le marché des technologies de l'information et de la communication, ce qui nécessite une évolution du droit vers une meilleure appréhension de la notion, afin de la distinguer de celles voisines telles que la compatibilité, la complémentarité, la connexion et l'accessibilité.

Or, dans la mesure où la société connaît une évolution majeure vers le tout numérique, l'appréhension de la définition, mais également de la qualification juridique, est amenée à évoluer. Ainsi, l'interopérabilité constitue un droit subjectif personnel, opposable à l'éditeur de logiciels ou de contenus numériques, en mesure de la garantir, précis et juridiquement sanctionné. Dès lors, il convient de poursuivre l'étude par la présentation des sujets de ce droit, à savoir le sujet actif, d'une part, et les sujets passifs, d'autre part.

TITRE II - LES SUJETS DU DROIT A L'INTEROPERABILITE

115. **La définition du sujet.** Le sujet est « la personne (physique ou morale) considérée comme support d'un droit subjectif ; titulaire du droit (sujet actif) ou débiteur de l'obligation (sujet passif) »³¹³. D'après Dabin, sont exclues « comme sujets de droit, les choses, inanimées ou animées »³¹⁴. Le sujet de droit est donc nécessairement une personne physique³¹⁵ ou une personne morale³¹⁶. Or, à la lecture des développements sur la qualification de droit personnel, il apparaît que différents sujets, consommateurs et éditeurs de logiciels ou de contenus numériques, interviennent dans la mise en œuvre du droit à l'interopérabilité. Reste à déterminer le rôle de chacun.

116. **Plan.** Sachant que le consommateur a été désigné comme le créancier d'une obligation à la charge de l'éditeur de logiciels ou de contenus numériques, il est possible de déterminer le sujet actif d'un côté et le sujet, ou plutôt, les sujets passifs de l'autre. Ainsi, le consommateur est le sujet actif, titulaire du droit à l'interopérabilité (**Chapitre I**), et, en toute logique, l'éditeur de logiciels et l'éditeur de contenus numériques seront désignés comme les sujets passifs du droit à l'interopérabilité. (**Chapitre II**)

CHAPITRE I - LE SUJET ACTIF DU DROIT A L'INTEROPERABILITE

CHAPITRE II - LES SUJETS PASSIFS DU DROIT A L'INTEROPERABILITE

313 G. Cornu et alii, *Vocabulaire juridique*, in Ass. Capitant, 8^e éd., PUF, 2000, cf. Sujet.

314 J. Dabin, *op. cit.*, p. 111.

315 J. Dabin, *op. cit.*, p. 115 : « (...) parmi les êtres physiques du monde visible, seul l'homme, l'individu humain a titre pour être reconnu sujet de droit. (...) En réalité, l'homme est sujet de droit parce qu'il a des droits ; et il a des droits parce qu'il est une personne (...) ».

316 J. Dabin, *op. cit.*, p. 123 : « (...) si la personnalité est reconnue aux fous, elle doit l'être à plus forte raison aux associations et aux fondations ».

CHAPITRE I - LE SUJET ACTIF DU DROIT A L'INTEROPERABILITE

117. **La nécessité de l'identification du sujet actif du droit à l'interopérabilité.** Qui est le titulaire du droit à l'interopérabilité ? La réponse à cette question est à rechercher dans les enjeux de l'interopérabilité, qui sont principalement de deux ordres : la concurrence sur le marché des technologies de l'information et de la communication, d'une part ; la consommation sur ce même marché, d'autre part.

S'agissant de la concurrence, l'interopérabilité entre logiciels constitue un élément essentiel à sa garantie sur le marché des technologies de l'information et de la communication. En effet, sur ce marché, l'interopérabilité est une composante indispensable à l'interaction des logiciels et donc à l'échange et à la réutilisation des données. Par exemple, l'éditeur d'un système d'exploitation peut se trouver en situation de monopole sur le marché de l'informatique grand public s'il ne rend pas son système interopérable avec les logiciels qu'il n'a pas développés³¹⁷. Le défaut d'interopérabilité est ainsi un moyen technique pour un éditeur de logiciels d'appréhender un marché donné.

Quant à la consommation, l'interopérabilité est un élément nécessaire au choix de ses outils technologiques par le consommateur. En effet, elle garantit que les outils proposés sur le marché puissent interagir entre eux. Le consommateur peut donc, si l'interopérabilité est garantie, choisir ses outils informatiques en fonction de leurs caractéristiques techniques et/ou esthétiques et non selon les outils dont il est déjà en possession. Dans ces conditions, un éditeur de logiciel et/ou un producteur de matériel n'est pas en mesure d'imposer au consommateur le recours à ses seuls outils, ce qui fait écho à la garantie de la concurrence sur le marché des technologies de l'information et de la communication.

Partant de ce constat, tant au niveau de la concurrence que de la consommation, les législateurs européen et français se sont attachés à mettre à la disposition des acteurs économiques de ce marché des moyens juridiques visant à garantir l'interopérabilité, soit par la légalisation de moyens techniques utilisés pour pallier un défaut d'interopérabilité d'un logiciel, telles que la décompilation et l'ingénierie inverse³¹⁸, soit par l'instauration d'une autorité spécifique comme l'ARMT³¹⁹, auprès de qui peut être sollicitée la communication

³¹⁷ Pour rappel, la société *Microsoft* a pu être condamnée pour abus de position dominante, cf. affaire *Microsoft*, *supra*, p. 20.

³¹⁸ cf. *infra*, p. 122 et s.

³¹⁹ cf. *supra*, p. 247 et s.

des informations essentielles à l'interopérabilité d'une mesure technique de protection par les seuls industriels, éditeurs de logiciels, fabricants de systèmes techniques ou exploitants de services³²⁰.

118. L'identification des professionnels comme sujets actifs du droit à l'interopérabilité. Les Professeurs Vivant et Bruguière ont ainsi conclu à l'existence d'un droit à l'interopérabilité au bénéfice de ces derniers. Pour ces auteurs, « les fondements du droit sont plutôt à rechercher du côté du droit de la concurrence. Il ne faut pas oublier que le droit à l'interopérabilité a surtout vocation à jouer dans un contexte concurrentiel. Le dernier alinéa de l'article L. 331-7 : "Le président de l'Autorité de régulation des mesures techniques saisit le Conseil de la concurrence des abus de position dominante et des pratiques entravant le libre exercice de la concurrence dont il pourrait avoir connaissance dans le secteur des mesures techniques" (...) ». L'accès « aux " informations essentielles à l'interopérabilité" évoque inévitablement la théorie des facilités essentielles. Le droit à l'interopérabilité est donc un droit à pouvoir faire concurrence et doit être ici rattaché à la liberté du commerce et de l'industrie »³²¹. Les professionnels du secteur des technologies de l'information et de la communication seraient donc, d'après les Professeurs Vivant et Bruguière, des sujets actifs du droit à l'interopérabilité.

119. L'identification du consommateur comme sujet actif du droit à l'interopérabilité. Les Professeur Bruguière et Vivant réfutent en outre l'extension de la qualification de sujet actif au consommateur, au motif que la possibilité de saisine de l'Autorité de régulation, l'HADOPI, a été limitée aux seuls industriels du marché des technologies de l'information et de la communication³²². De même, pour les Professeurs Lucas et Lucas-Schloetter, depuis la loi DADVSI, « même si l'interopérabilité est affirmée comme un principe, les précautions prises pour l'encadrer montrent que le législateur s'est inscrit davantage dans une logique concurrentielle que dans une logique consumériste, et laissent ouverte la question d'un véritable " droit à l'interopérabilité »³²³.

Pour autant, nous ne souscrivons pas à cette analyse et tenons à démontrer l'existence d'un intérêt juridiquement protégé du consommateur à l'interopérabilité et donc que la qualification de ce dernier en tant que sujet actif du droit à l'interopérabilité se trouve bien fondée.

320 Art. L. 331-7, al. 1, CPI.

321 M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Précis Dalloz, 2^e éd., 2013, p. 794-804 ; J.-M. Bruguière, « Le droit à l'interopérabilité », *Comm. Com. Electr.*, fév. 2007, étude 3.

322 cf. *infra*, p. 110.

323 A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., Lexisnexus, 2012, p. 793.

120. **Plan.** Dans ces conditions, ce n'est pas un, mais deux droits à l'interopérabilité, qui peuvent être identifiés, en fonction du titulaire du droit à l'interopérabilité avec, d'un côté, le professionnel des technologies de l'information et de la communication et, de l'autre, le consommateur (**Section II**), qu'il convient au préalable de définir (**Section I**).

SECTION I - LA DEFINITION DU CONSOMMATEUR, SUJET ACTIF DU DROIT A L'INTEROPERABILITE

SECTION II - LA QUALIFICATION DU CONSOMMATEUR EN TANT QUE SUJET ACTIF DU DROIT A L'INTEROPERABILITE

SECTION I - LA DÉFINITION DU CONSOMMATEUR, SUJET ACTIF DU DROIT A L'INTEROPERABILITE

121. **Aux origines économiques de la notion de consommateur**³²⁴.. A titre liminaire, il doit être précisé que, à l'instar de la présentation précédente de la notion de droit, les développements à venir sur la définition du consommateur, essentiels à la compréhension du droit à l'interopérabilité, ne représentent pas le cœur de l'étude et seront donc synthétiques.

La notion de consommateur est originellement apparue en économie, dans le processus d'utilisation des biens et services³²⁵. Le consommateur, d'un point de vue économique, est l'acteur qui intervient au terme du processus de production. Il peut être défini comme « l'agent économique qui achève le circuit économique. C'est d'ailleurs l'origine étymologique latine du terme : *consummo* (-are) signifiant accomplir, achever. Dès lors, le consommateur est celui qui contracte pour satisfaire des besoins extra-professionnels, et non dans le but de réintroduire postérieurement une valeur sur le marché »³²⁶.

122. **La qualification juridique de consommateur.** En droit, le consommateur est demeuré longtemps un sujet mystérieux³²⁷. Même si cette notion fut régulièrement utilisée dans des dispositions législatives et réglementaires, et même si nous pourrions légitimement nous attendre à l'établissement d'une définition légale du consommateur, tel n'a pas été le cas en droit français.

123. **Plan.** Depuis, le législateur a comblé ce vide juridique pour poser une définition générale du consommateur (I), définition qui trouve à s'appliquer au cas du consommateur d'outils et de technologies de l'information et de la communication (II).

324 Sur la définition du consommateur, cf. N. Sauphanor-Brouillaud, E. Poillot, C. Aubert et G. Brunaux, *Les contrats de consommation – Règles communes*, LGDJ, coll. Traité de droit civil (dir. J. Ghestin), 2012, p. 101 et s. ; J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 8^e éd., 2010, p. 7 ; G. Raymond, « Fasc.800 : Contrats de consommation », *JCI Concurrence-Consommation* ; S. Piedelièvre, *Droit de la consommation*, Economica, 2014, p. 18 et s. ; Y Picod et H. Davo, *Droit de la consommation*, 2^e éd., Sirey Université, 2010, § 31 ; J. Beauchard, *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, 1996, p. 22.

325 Y Picod et H. Davo, *Droit de la consommation*, 2^e éd., Sirey Université, 2010, § 31 : « Il faut dire qu'à l'origine, la notion de consommateur n'avait rien de juridique, l'acte de consommation incarnant le dernier stade du processus économique et se distinguant des stades de production et de distribution. Kennedy avait ouvert le débat avec sa fameuse proclamation : " les consommateurs, nous tous, par définition ". Mais le consommateur ne peut être confondu avec le citoyen et il est impossible de se satisfaire d'une définition aussi générique. A partir du moment où la notion est utilisée dans un texte de loi qui semble déterminer son domaine d'application, elle devient juridique et normative ».

326 J.-P. Chazal, « De la cohérence de la notion de consommateur : de l'unicité de la définition à la multiplicité des régimes », *D.* 1999, chron., p. 249.

327 J.-P. Chazal, « Le consommateur existe-t-il ? », *D.* 1997, chron., p. 260.

I. La définition générale du consommateur, sujet actif du droit à l'interopérabilité

124. **La fin d'un vide juridique quant à la définition du consommateur.** Définir juridiquement le consommateur est essentiel car, de sa qualification, découle l'application d'un régime protecteur³²⁸. Cependant, il a longtemps existé un régime juridique du consommateur sans définition de ce sujet de droit.

Cette absence de définition était d'autant plus étrange que les textes législatifs³²⁹ et réglementaires³³⁰ relatifs à la protection des consommateurs étaient nombreux. Beaucoup ont même été codifiés et, alors que « l'avènement du code de la consommation aurait dû être l'occasion, comme le suggérait la commission de refonte³³¹, de définir la notion de consommateur »³³², il n'a abouti qu'à « (...) un simple recueil de textes compilés, à droit constant, ne permettant pas d'aborder à titre préliminaire une quelconque définition »³³³. Le fait qu'il s'agisse d'une codification à droit constant expliquait en partie cette lacune du Code de la consommation.

La doctrine, sans être unanime, est venue pallier l'absence de définition juridique³³⁴. Puis les textes européens³³⁵, et en particulier la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011, ont désigné juridiquement le consommateur comme « toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit

328 S. Piedelièvre, *Droit de la consommation*, Economica, 2014 : « le recours à une notion unitaire du consommateur nécessite qu'elle soit véritablement utile, c'est-à-dire qu'elle conditionne l'application du droit de la consommation. Certains en ont douté. On a par exemple affirmé que si l'on veut bien admettre que la question du champ d'application du droit de la consommation ne relève pas de considérations de technique juridique mais s'inscrit dans une perspective de politique juridique, et que, par conséquent, sa solution ne peut dépendre de concepts abstraits, telle la notion de consommateur, il convient de changer de paradigme, sauf à se satisfaire d'une protection sélective et discriminatoire. On a même parfois considéré que les règles protectrices devaient s'appliquer à tous les contractants économiquement faibles » ; J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 8^e éd., 2010, p. 4 : « " consommation, consommateur ", ces mots, venus de la science économique, font aujourd'hui partie de la langue juridique ».

329 Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au Code de la consommation (partie Législative), *JORF* n° 171 du 27 juill. 1993, p. 10538.

330 Décret n° 97-298 du 27 mars 1997 relatif au Code de la consommation (partie Réglementaire), *JORF* n° 78 du 3 avril 1997, p. 5123.

331 Calais-Auloy, *Propositions pour un Code de la consommation*, La Documentation française, 1990.

332 Code de la consommation, éd. 2009, Première partie : Législative, commentaire, p. 7.

333 *Ibid.*

334 G. Raymond, « Fasc. 800 : Contrats de consommation », *JCI Concurrence-Consommation*, 15 mai 2009 : « deux conceptions s'affrontent : une conception extensive, une conception restrictive. La première est plus liée à l'idée de protection et le consommateur deviendrait celui qu'il faut protéger parce qu'il est la partie faible du contrat et qu'il convient de défendre le faible contre le fort. À l'opposé la conception restrictive refuse d'élargir au-delà du raisonnable le champ d'application du droit de la consommation ».

335 Art. 2, b), Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOCE* n° L 095 du 21 avril 1993, p. 0029 - 0034 : « toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ».

à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »³³⁶.

Aujourd'hui, le vide juridique a été comblé par la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation³³⁷, qui a inséré, avant le Livre Ier du Code de la consommation, un article préliminaire rédigé comme suit : « au sens du présent code, est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »³³⁸.

125. **Plan.** Pour autant, cette seule définition ne permet pas d'appréhender avec exactitude la notion de consommateur. Aussi, afin de préciser ce terme, le critère de l'absence d'action dans un champ professionnel (A), ainsi que celui de la circonscription de la qualification juridique aux seules personnes physiques (B) doivent être exposés.

A. Le critère de l'activité non professionnelle

126. **La définition juridique du consommateur par l'énumération des activités professionnelles.** Le consommateur se définit par opposition au professionnel. Ce dernier est « la personne physique ou morale qui agit dans le cadre d'une activité habituelle et organisée de production, de distribution ou de prestation de service »³³⁹. D'après la définition de l'article 2.1 de la directive 2011/83/UE et l'article préliminaire du Code de la consommation, le consommateur est lui caractérisé par l'absence d'exercice d'une activité « commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »³⁴⁰. Les rédacteurs de la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 et le législateur ont ainsi apporté une précision importante, quant à la notion d'activité non professionnelle³⁴¹.

336 Art. 2.1, Directive 2011/83/UE ; A. Boujeka, « L'influence du droit communautaire sur la distinction entre professionnel et consommateur », *LPA* 2004, n° 168, p. 6 et s.

337 Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (1), *JORF* n° 0065 du 18 mars 2014, p. 5400, texte n° 1.

338 Art. 3, Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (1), *op. cit.*

339 Sur la définition du professionnel : J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 8^e éd., 2010, p. 7 ; N. Sauphanor-Brouillaud, E. Poillot, C. Aubert et G. Brunaux, *Les contrats de consommation – Règles communes*, LGDJ, coll. Traité de droit civil (dir. J. Ghestin), 2012, p. 103 ; G. Raymond, « Fasc.800 : Contrats de consommation », *JCI Concurrence-Consommation* ; S. Piedelièvre, *Droit de la consommation*, Economica, 2014, p. 18 et s. ; Y. Picod et H. Davo, *Droit de la consommation*, 2^e éd., Sirey Université, 2010, § 31 ; J. Beauchard, *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, 1996.

340 Art. 2.1, Directive 2011/83/UE.

Plus précisément, « (...) en cas de contrats à double finalité, lorsque le contrat est conclu à des fins qui n'entrent qu'en partie dans le cadre de l'activité professionnelle de l'intéressé et lorsque la finalité professionnelle est si limitée qu'elle n'est pas prédominante dans le contexte global du contrat, cette personne devrait également être considérée comme un consommateur. » (Cons. 17, Directive 2011/83/UE).

341 Art. 2, b), Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOCE* n° L 095 du 21 avril 1993, p. 0029 - 0034. Dès la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993, ce terme désigne « toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ». Le consommateur est alors défini de manière négative comme la personne physique qui n'agit pas en qualité de professionnel. Cependant, cette seule approche du consommateur comme celui qui n'agit pas à titre professionnel est insuffisante. En effet, le lien direct avec l'activité professionnelle est parfois difficile à établir. À titre d'illustration,

127. Les difficultés d'application de la définition juridique du consommateur. Cependant cette approche revient à définir le consommateur de manière négative et son application s'avère des plus délicates³⁴². Ainsi « (...) la méthode de l'énumération retenue par cette définition recèle des risques potentiels de raisonnement *a contrario*, par exemple pour l'activité agricole (...) et peut laisser à la jurisprudence une marge importante d'interprétation »³⁴³. Toutefois, malgré les dangers inhérents à cette définition, il est difficile de caractériser le consommateur autrement que par une opposition avec l'exercice d'une activité professionnelle.

128. L'analyse jurisprudentielle des activités non professionnelles. La Cour de cassation, dès 1992, a fait le choix d'une conception extensive de la notion de consommateur³⁴⁴. D'après la Cour de cassation, les dispositions du droit de la consommation ne peuvent pas s'appliquer aux contrats ayant « un rapport direct avec l'activité professionnelle »³⁴⁵ des cocontractants, ce qui signifie *a contrario* que ces dispositions peuvent s'appliquer dans le cas d'un contrat n'ayant pas de rapport direct avec l'activité professionnelle de l'un des cocontractants, y compris donc d'une personne morale³⁴⁶.

Plus précisément, La 1^{ère} Chambre civile se montre favorable, sous conditions, et par le biais de la qualification alternative de « non-professionnel », à l'application de certaines dispositions du régime de protection du consommateur au « non-professionnel ». Ainsi, pour la Cour de cassation, si le législateur a pris la peine de distinguer, pour certaines dispositions, telle que l'article L. 132-1 du Code de la consommation³⁴⁷, le « non-professionnel » du « consommateur », c'est qu'il s'agit bien de deux notions différentes³⁴⁸.

un artisan qui achète des boissons ou de la nourriture pour ses repas sur un chantier doit-il être considéré comme un professionnel dans ce cas ? De même, lorsque cet artisan fait l'acquisition de matériaux pour la construction de son logement personnel, est-il dans la situation de consommateur ou de professionnel ?

³⁴² G. Paisant, « La directive du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs », *JCP G*, 16 janv. 2012, p. 62.

³⁴³ Avis n° 792 (2012-2013) de Mme Nicole Bonnefoy, *op. cit.*, p. 53 ; *ibid.*, p. 54 : « (...), au-delà de la définition retenue par la directive précitée du 25 octobre 2011 et transposée dans le Code de la consommation, il appartiendra au juge d'en apprécier l'application aux différents cas qui lui seront soumis, quitte à en donner une interprétation extensive, sans préjudice des cas dans lesquels le Code de la consommation ajoute la notion de non-professionnel à celle de consommateur, permettant une approche bien plus extensive. Dans ces conditions, il convient de ne pas exagérer la portée comme les effets de la mention de cette définition du consommateur, personne physique, dans un article préliminaire du Code de la consommation »

³⁴⁴ Civ. 1^{ère}, 25 mai 1992, n° 89-15.860, *Bull. civ. I*, n° 162, p. 111.

³⁴⁵ Pour exemple : Civ. 1^{ère}, 5 novembre 1996, n° 94-18.667, *Bull. Civ. I*, 1996, n° 377, p. 264.

³⁴⁶ Cette position de la Cour de cassation n'est manifestement pas en accord avec celle de la CJUE exposée ci-après, cf. *infra*, p. 102. Civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, n° 02-13285, *Bull. Civ. I*, n° 135 ; *D.* 2005, AJ, p. 887, obs C.R. et J., p. 1948, note A. Boujeka ; *CCC* 2005, comm. 100, obs. G. Raymond ; *JCP G* 2005, II, 10114, note G. Paisant ; *JCP E* 2005, 679, note D. Bakouche ; *RDC* 2005, p. 740 note Fenouillet ; *RTD civ.* 2005, p. 393, obs. J. Mestre et B. Fages ; *LPA* 12 mai 2005, n° 95, p. 12, note D. Bert.

³⁴⁷ Art. L. 132-1, al. 1, Code de la consommation : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat ».

³⁴⁸ A. Boujeka, « Le consommateur personne morale entre droit communautaire et droit français », *D.* 2005, p. 1948 : « Cependant,

Néanmoins, cette différenciation du « non-professionnel » et du « consommateur » apparaît davantage comme un artifice que comme une réelle distinction juridique³⁴⁹. Dès lors, on ne peut que laisser à la jurisprudence le soin de fixer le champ d'application de la qualification de consommateur selon le critère de l'activité non professionnelle mais également selon celui de la qualification de personne physique.

B. Le critère de la qualification de personne physique

129. **La limitation légale aux seules personnes physiques**³⁵⁰. L'article préliminaire du Code de la consommation et la directive n° 2011/83/UE du 25 octobre 2011 s'inscrivent dans la lignée des directives précédentes quant à l'application de la qualité de consommateur aux seules personnes physiques³⁵¹. Par une interprétation littérale de la définition juridique du consommateur, nous devrions donc conclure, à l'instar de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE), à une exclusion des personnes morales du champ d'application du régime spécifique du consommateur³⁵².

Cependant, cette interprétation ne semble pas faire l'unanimité. En effet, la personne morale peut se trouver dans la « même position de faiblesse »³⁵³ qu'une personne physique vis-à-vis du cocontractant professionnel, ce qui peut laisser à penser que la définition juridique n'est pas en adéquation avec la réalité de la relation contractuelle. Ainsi, « la définition adoptée reste cependant assez loin de la conception beaucoup plus extensive que souhaitaient pouvoir adopter ou conserver certains États, en y incluant, par exemple, les

elle [la Cour de cassation] se démarque immédiatement du juge communautaire en relevant que l'article L. 132-1 du Code de la consommation dans la version issue de la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 (transposant justement la Dir. du 5 avril 1993) vise deux catégories de victimes de clauses abusives : le non-professionnel et le consommateur. Pour la Cour de cassation, il existe donc en droit interne une distinction entre le consommateur et le non-professionnel, celui-ci incluant la personne morale [...] ».

349 J.-P. Pizzio, « Le consommateur est une personne physique », *D.* 2002, p. 2929.

350 N. Sauphanor-Brouillaud, E. Poillot, C. Aubert et G. Brunaux, *Les contrats de consommation – Règles communes*, LGDJ, coll. Traité de droit civil (dir. J. Ghestin), 2012, p. 103 : « (...) la distinction entre le professionnel et le consommateur s'opère suivant un critère personnel : le consommateur est toujours une personne physique, mais le professionnel peut être indifféremment une personne physique ou morale ».

351 Directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *JOCE* n° L 144 du 4 juin 1997, p. 0019-0027 ; Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales, *JOCE* n° L 149, p. 0022 - 0039.

352 Aujourd'hui, Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). CJCE, affaires jointes C-541/99 *Cape Snc / Idealservice Srl* et C-542/99 *Idealservice MN RE Sas / OMAI Srl*, 22 nov. 2001, *CCC* 2002, n° 18, obs. G. Raymond ; *JCP G.* 2002 II.10047, note G. Paisant : « une personne autre qu'une personne physique, qui conclut un contrat avec un professionnel, ne saurait être regardée comme un consommateur au sens de ladite disposition [art. 2.b directive 93/13/CEE] ».

353 Avis n° 792 (2012-2013) de Mme Nicole Bonnefoy, *op. cit.*, p.53 : « la définition retenue soulève deux questions : d'une part, celle des professionnels personnes physiques, qui n'exercent pas leur activité sous forme de société et peuvent se trouver, à l'égard d'autres professionnels, de fait dans la même position de faiblesse qu'un consommateur – c'est le cas par exemple pour un artisan ou un exploitant agricole à l'égard d'un opérateur de téléphonie mobile –, et, d'autre part, celle des personnes morales qui n'ont pas d'activité commerciale, à l'instar de certaines associations ou syndicats de copropriétaires, qui peuvent également se trouver dans la même position qu'un consommateur personne physique à l'égard de professionnels ».

personnes morales »³⁵⁴.

L'opposition n'est pourtant pas aussi tranchée qu'elle y paraît. En effet, aux termes de la directive 2011/83/UE³⁵⁵, les législations nationales peuvent faire bénéficier aux personnes morales du régime de protection du consommateur de cette directive, dès lors que lesdites personnes morales ne sont pas qualifiées de « consommateurs ». Les personnes morales « non-professionnelles » et les personnes physiques « consommateurs » pourraient donc bénéficier du même régime juridique³⁵⁶.

Plus précisément, deux arrêts de la 1^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation ont fixé le champ d'application de la notion de « non-professionnel ». Par un arrêt du 15 mars 2005, elle a explicitement exclu de la catégorie des « consommateurs » les personnes morales et a considéré qu'un syndicat professionnel n'était pas éligible à la protection contre les clauses abusives³⁵⁷. De plus, d'après la Cour, les personnes morales n'exerçant pas d'activité professionnelle, tel qu'un syndicat de copropriétaires, les syndicats ou les associations, sont assimilés à des « non-professionnels » et ne relèvent pas de la catégorie des « consommateurs »³⁵⁸.

130. Le choix de la définition légale du consommateur. Malgré les critiques qui peuvent être formulées à son égard, la définition, posée par l'article 2.1 de la directive 2011/83/UE et par l'article préliminaire du Code de la consommation, demeure la référence. Aussi, il convient de retenir, pour les développements à venir et sous les réserves exprimées quant aux personnes morales agissant hors de leur activité professionnelle, que le

354 A. Debet, « La directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 : de nouvelles règles européennes encadrant les contrats à distance », *Comm. Com. Electr.*, avril 2012, étude 8.

355 Cons. 13 de la directive 2011/83/UE

356 A. Debet, « La directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 : de nouvelles règles européennes encadrant les contrats à distance », *Comm. Com. Electr.*, avril 2012, étude 8 : « les États membres peuvent étendre le bénéfice de la directive à des contrats qui ne relèvent pas du champ d'application de celle-ci, notamment à des personnes morales ou physiques qui ne sont pas des consommateurs, pourvu, sans doute, que le droit interne ne les qualifie pas comme tels ». Sur la notion de non-professionnel, cf. N. Sauphanor-Brouillaud, E. Poillot, C. Aubert et G. Brunaux, *Les contrats de consommation – Règles communes*, LGDJ, coll. *Traité de droit civil* (dir. J. Ghestin), 2012, p. 145 : « il ressort de la jurisprudence interne que sont créanciers des obligations communes aux contrats de consommation, d'une part le consommateur, catégorie réservée aux personnes physiques agissant pour leurs besoins personnels et d'autre part, les personnes morales qui n'exerçant pas une activité professionnelle, sont assimilés à des non-professionnels. Sont exclus du bénéfice de la protection, les personnes morales exerçant une activité professionnelle, sans qu'il soit nécessaire de s'interroger sur le point de savoir si le contrat qu'elles ont conclu présente ou non un rapport direct avec leur activité ».

357 Civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, n° 02-13285, *Bull. Civ. I*, n° 135 ; *D.* 2005, AJ, p. 887, obs. C.R. et J., p. 1948, note A. Boujeka ; *CCC* 2005, comm. 100, obs. G. Raymond ; *JCP G* 2005, II, 10114, note G. Paisant ; *JCP E* 2005, 679, note D. Bakouche ; *RDC* 2005, p. 740 note Fenouillet ; *RTD civ.* 2005, p. 393, obs. J. Mestre et B. Fages ; *LPA* 12 mai 2005, n° 95, p. 12, note D. Bert.

358 Civ. 1^{ère}, 23 juin 2011, n° 10-30645, *Bull. Civ. I* n° 122 ; *LEDC* 2011, comm. 123 et *RDC* 2011, p. 1246, notes N. Sauphanor-Brouillaud ; *CCC* 2011, comm. 224, obs. G. Raymond ; *JCP G*, 2011, 1080, note G. Paisant ; *JCP E* 2011, 1660, note P. Lemay ; *D.* 2011, p. 2245, note S. Tisseyre ; *Rev. Loyers*, 2011/919, n° 1328, p. 325, note D. Bert ; *D.* 2012, pan. Droit de la consommation, p. 844, obs. E. Poillot C. Rouquette-Térouanne, « Le syndicat des copropriétaires est un non-professionnel au sens de l'article L. 136-1 du Code de la consommation », *Loyers et copr.* 2011, Etude 11, p. 13.

consommateur est défini, de manière générale, comme « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ».

Que dire alors de l'application de cette définition au droit à l'interopérabilité ? Plus précisément, devons-nous, sur ce sujet, faire application de la définition générale du consommateur ou nous référer à une définition spécifique du consommateur en matière de technologies de l'information et de la communication ?

II. L'absence de définition spéciale du consommateur, sujet actif du droit à l'interopérabilité

131. La question d'une définition spéciale du consommateur. L'interopérabilité est intégrée aux technologies de l'information et de la communication. Or, se pose la question de la pertinence d'une définition spéciale du consommateur en cette matière.

En effet, il existe par exemple un régime spécifique de protection du consommateur en matière de contrats conclus à distance³⁵⁹, comprenant, comme disposition phare, un droit de rétractation³⁶⁰. Dès lors, il est légitime de se poser la question de savoir s'il est nécessaire de disposer d'une définition spécifique du consommateur en matière de commerce électronique³⁶¹ et plus largement, pour le cas des technologies de l'information et de la communication, et pour le droit à l'interopérabilité.

132. Plan. Nous verrons pourtant qu'aucune spécificité ne justifie une définition spéciale du consommateur s'agissant du droit à l'interopérabilité **(A)**. L'analyse de la jurisprudence relative à la qualification du consommateur en matière de technologies de l'information et de la communication montre d'ailleurs bien qu'elle exclut toute catégorisation de cet acteur en fonction de ses connaissances et de ses compétences, et il sera fait application de la conception du consommateur moyen **(B)**.

359 J. Passa, « Commerce électronique et protection du consommateur », *D.* 2002, p. 555.

360 Art. L. 121-16 et suivants, Code de la consommation.

361 Art. 14, Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, *op. cit.* : « le commerce électronique est l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services. Entrent également dans le champ du commerce électronique les services tels que ceux consistant à fournir des informations en ligne, des communications commerciales et des outils de recherche, d'accès et de récupération de données, d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement d'informations, y compris lorsqu'ils ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent (...) ».

A. L'application de la définition générale du consommateur au droit à l'interopérabilité

133. L'application de la définition générale du consommateur au niveau européen. Aux fins d'établissement de la définition du consommateur pour le cas du droit à l'interopérabilité, il convient d'examiner l'appréhension de ce sujet par les textes en matière de technologies de l'information et de la communication, en particulier par les derniers textes européens et nationaux en matière de contrats conclus à distance.

En droit européen, la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs comporte des dispositions relatives aux contrats à distance, défini comme « tout contrat conclu entre le professionnel et le consommateur, dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de service à distance, sans la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance, jusqu'au moment, et y compris au moment, où le contrat est conclu »³⁶². Sont inclus dans les contrats à distance³⁶³ les contrats conclus par Internet et relevant donc du commerce électronique³⁶⁴.

Dans ce domaine, le consommateur est défini comme la personne qui « agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »³⁶⁵. Il est donc fait application de la définition juridique générale, précédemment exposée. De même, dans la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative au commerce électronique³⁶⁶, le consommateur est défini comme « toute personne physique agissant

³⁶² Art. 2.7, directive 2011/83/UE.

³⁶³ Cons. 20, directive 2011/83/UE : « La définition du contrat à distance devrait couvrir tous les cas dans lesquels un contrat est conclu entre le professionnel et le consommateur dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de service à distance par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance (vente par correspondance, Internet, téléphone ou fax), jusqu'au moment, et y compris au moment, où le contrat est conclu. Cette définition devrait également couvrir les situations où le consommateur visite l'établissement commercial uniquement afin de collecter des informations sur les biens ou les services, puis négocie et conclut le contrat à distance. En revanche, un contrat qui est négocié dans l'établissement commercial du professionnel et qui est finalement conclu en recourant à une technique de communication à distance ne devrait pas être considéré comme un contrat à distance. Un contrat qui est ébauché en recourant à une technique de communication à distance, mais qui est finalement conclu dans l'établissement commercial du professionnel, ne devrait pas non plus être considéré comme un contrat à distance. Dans le même ordre d'idées, la notion de contrat à distance ne devrait pas englober les réservations faites par un consommateur à l'aide d'une technique de communication à distance pour demander la prestation d'un service à un professionnel, par exemple lorsqu'un consommateur téléphone à un coiffeur pour prendre un rendez-vous. La notion de système organisé de vente ou de prestation de service à distance devrait inclure les systèmes proposés par un tiers autre que le professionnel mais utilisés par ce dernier, par exemple une plateforme en ligne. Elle ne devrait pas couvrir, cependant, les cas où des sites Internet offrent uniquement des informations sur le professionnel, ses biens et/ou ses services ainsi que ses coordonnées ».

³⁶⁴ cf. *supra*, p. 104.

³⁶⁵ Art. 2.1, directive 2011/83/UE.

³⁶⁶ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la

à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale »³⁶⁷. Dès lors, il est constant que le droit européen fait application de la définition juridique classique du consommateur dans le domaine du commerce électronique³⁶⁸.

134. L'application de la définition générale du consommateur au niveau national. En droit français, on rappellera qu'il n'existait pas de définition juridique du consommateur jusqu'à la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation. Les dispositions de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, relatives au commerce électronique n'incluaient pas, quant à elles, de définition du consommateur³⁶⁹. Tout porte donc à conclure, à ce niveau également, à l'application de la définition juridique générale en la matière.

Cette analyse est renforcée par les dispositions de la loi de 2014. En effet, même si cette loi porte, de manière générale, sur le droit de la consommation, elle comporte des dispositions relatives aux contrats conclus à distance, et notamment aux contrats conclus par la voie électronique. Or, il est rappelé que la définition retenue par le législateur français dans ce texte est précisément celle de la directive 2011/83/UE et que la définition du consommateur se trouve désormais dans l'article préliminaire du Code de la consommation. Elle a donc vocation à s'appliquer à l'ensemble des dispositions de ce Code. Dans ces conditions, le sujet actif du droit à l'interopérabilité sera donc défini conformément à la définition juridique générale posée par les textes européens et nationaux.

B. L'application de la conception du consommateur moyen au droit à l'interopérabilité

135. La conception jurisprudentielle européenne du consommateur « moyen ». Une dernière question est à aborder s'agissant de la détermination du sujet actif du droit à l'interopérabilité : devons-nous exclure du bénéfice du droit à l'interopérabilité les consommateurs disposant de connaissances techniques suffisantes pour pallier un défaut d'interopérabilité ? Cette question mérite d'être posée car, depuis l'adoption de la directive 84/450/CEE du 10 septembre 1984 en matière de publicité trompeuse³⁷⁰, et plus particulièrement depuis la position de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE)³⁷¹, la conception de

société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), *JOCE* n° L178 du 17 juill. 2000, p. 0001-0016.

367 Art. 2.e, directive 2000/31/CE.

368 Sur la définition du commerce électronique, cf. P. Le Tourneau (P.), *Contrats informatiques et électroniques*, Dalloz référence, 8^e éd. 2013, p. 393 et s.

369 Art. 14 et suivants, Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

370 Directive 84/450/CEE du Conseil du 10 septembre 1984 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse, *JOCEE* n° L 250 du 19 sept. 1984, p. 0017-0020.

371 cf. notamment CJCE, 28 janvier 1999, aff. C-303/97, *RTD Com.* 1999 p. 553, obs. M. Luby ; CJCE, 12 octobre 2000, aff. C-3/99.

consommateur « moyen » a été consacrée.

Ainsi, dans un arrêt du 16 juillet 1998³⁷², la CJCE, saisie de l'applicabilité des dispositions de la directive sur la publicité trompeuse, devait répondre à la question préjudicielle suivante, posée par le *Bundesverwaltungsgericht*, la Cour administrative fédérale allemande : « est-ce la conception du consommateur moyen informé qui compte ou celle du consommateur superficiel ? » La CJCE a adopté une position claire sur ce point, à savoir qu'il convient de se reporter aux attentes « d'un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé » pour apprécier l'applicabilité des dispositions de cette directive.

Cette position est désormais la référence quant à l'appréciation du champ d'application des différents textes visant à la protection du consommateur. A titre d'illustration, d'après la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales, « il convient de protéger tous les consommateurs des pratiques commerciales déloyales (...)»³⁷³ et donc de se référer aux effets d'une pratique commerciale « pour un consommateur typique fictif (..) »³⁷⁴ et de retenir « comme critère d'évaluation le consommateur moyen qui est normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, compte tenu des facteurs sociaux, culturels et linguistiques, selon l'interprétation donnée par la Cour de justice »³⁷⁵.

136. La conception jurisprudentielle nationale du consommateur « moyen ». Sur ce fondement, la Cour de cassation, dans un arrêt du 22 janvier 2014³⁷⁶, a confirmé que l'appréciation d'une pratique telle que

372 CJCE, 16 juillet 1998, aff. C-210/96, Recueil de jurisprudence 1998, p. I-04657, *RTD Com.* 1998 p. 995, obs. M. Luby.

373 Cons. 18, directive 2005/29/CE.

374 *Ibid.*

375 *Ibid.*

376 Civ. 1^{ère}, 22 janvier 2014, Laurent G. / DARTY, n° 12-20.982, *CCC* 2014, n° 145, obs. Raymond; *CCE* 2014, n° 37, obs. Loiseau : « Attendu, selon le jugement attaqué, rendu sur renvoi après cassation (1er civ, 15 novembre 2010, pourvoi n°08-20.227), que M. G. a acquis le 6 juin 2006 auprès de la société Darty et fils (la société), un ordinateur portable équipé de logiciels préinstallés tout en refusant de souscrire aux contrats de licence lors de la mise en service de l'ordinateur ; qu'ayant vainement sollicité le remboursement du prix de ces logiciels auprès de la société, M. G. a assigné celle-ci en paiement ; (...) Vu l'article 7 de la Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 ; Attendu qu'interprétant à la lumière de la Directive précitée l'article L. 122-1 du code de la consommation dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, le jugement retient que M. G. est membre actif d'une association ayant pour but de lutter contre les ventes liées de logiciels et gérant d'une société dont l'activité est directement liée aux systèmes et produits informatiques, matériel, logiciel et réseau, en sorte qu'il n'est pas un consommateur moyen au sens de l'article 7 de la Directive, lequel dispose que l'omission trompeuse est constituée notamment lorsqu'un professionnel omet une information substantielle dont le consommateur moyen a besoin, compte tenu du contexte, pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause et, par conséquent, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement ; Qu'en statuant ainsi, alors que l'existence d'une omission trompeuse au sens de l'article 7 de la Directive doit être appréciée au regard d'un consommateur moyen, sans avoir égard aux qualités propres du consommateur ayant conclu le contrat litigieux, la juridiction de proximité a violé, par fausse application, le texte susvisé ; Par ces motifs : Casse et annule ».

l'omission trompeuse, en matière de technologies de l'information et de la communication, devait s'opérer au regard du consommateur moyen et non par rapport aux connaissances techniques d'un consommateur que l'on pourrait qualifier d'averti. Il est donc exclu d'apprécier les connaissances techniques d'un consommateur, s'agissant de l'examen de la réalité d'une pratique commerciale déloyale en matière de technologies de l'information et de la communication.

Par cet arrêt du 22 janvier 2014, la Cour de cassation opère manifestement une utilisation peu ordinaire de la conception du consommateur moyen. En effet, de manière habituelle, la conception du consommateur moyen est évoquer pour écarter l'examen de l'applicabilité des textes par rapport au consommateur le moins averti. Or, en l'espèce, c'est l'inverse : il s'agit d'écarter la possibilité d'un examen de l'applicabilité des textes par rapport au consommateur le plus averti, le plus compétent en matière de technologies de l'information et de la communication.

137. L'extension de la conception du consommateur « moyen » au droit à l'interopérabilité. Par une interprétation extensive de la position de la Cour de cassation, nous pouvons aussi conclure que les connaissances techniques d'un sujet ne sont pas à prendre en considération s'agissant de l'application d'un régime protecteur du consommateur en matière de technologies de l'information et de la communication. Le consommateur moyen est donc la référence en la matière, y compris s'agissant du droit à l'interopérabilité.

Dès lors, les consommateurs ayant des connaissances techniques leur permettant de pallier un défaut d'interopérabilité ne devraient pas être exclus du champ d'application du droit à l'interopérabilité. La qualité de sujet actif du droit à l'interopérabilité s'apprécie en fonction de l'activité, professionnelle ou non-professionnelle, du sujet au moment de la mise de œuvre du droit à l'interopérabilité et non en fonction de ses compétences.

138. Conclusion de la Section. Longtemps, aucune définition juridique du consommateur n'a été posée. La doctrine, sans être unanime, est venue pallier l'absence de définition juridique, avant l'établissement d'une définition européenne, en particulier par la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011, aux termes de laquelle le consommateur est défini de manière générale comme « toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »³⁷⁷.

³⁷⁷ Art. 2.1, Directive 2011/83/UE.

En France, il a fallu attendre la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation pour poser une définition légale du consommateur identique à celle de la directive précitée et placée à l'article préliminaire du Code de la consommation.

Malgré les critiques qui peuvent être formulées à l'encontre de cette définition procédant à la caractérisation du consommateur par opposition au professionnel, c'est bien cette définition juridique générale du consommateur qui trouve à s'appliquer au droit à l'interopérabilité. On exclut par ailleurs la nécessité d'une définition spécifique du consommateur en matière d'outils et de technologies de l'information et de la communication et donc plus spécifiquement en matière d'interopérabilité.

Enfin, il est fait application de la définition générale du consommateur sans catégorisation de différents types de consommateurs. En définitive, tout consommateur, « personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale » serait potentiellement un sujet actif du droit à l'interopérabilité, peu importe les connaissances techniques dont chacun peut disposer et permettant de pallier un défaut d'interopérabilité. Ainsi, la démonstration se poursuit par l'examen du bien fondé de la qualification du consommateur en tant que sujet actif du droit à l'interopérabilité.

SECTION II - LA QUALIFICATION DU CONSOMMATEUR EN TANT QUE SUJET ACTIF DU DROIT A L'INTEROPERABILITE

139. **Plan.** Les Professeurs Vivant et Bruguière, ainsi que les Professeurs Lucas et Lucas-Schloetter, même favorables à la reconnaissance d'un droit à l'interopérabilité, qui, selon eux, aurait été reconnu par la loi DADVSI³⁷⁸, nuancent cette reconnaissance en y posant une limite majeure. En raison du régime juridique de l'interopérabilité instauré par la loi DADVSI, il serait exclu que le consommateur ait la qualification de sujet actif du droit à l'interopérabilité, cette qualification étant octroyée aux seuls « industriels »³⁷⁹ (I).

Cependant, nous ne nous accordons pas avec cette présentation proposons de dépasser l'analyse de la seule loi DADVSI : le régime juridique de l'interopérabilité est en effet plus vaste que les dispositions de cette loi, ce qui nous pousse à octroyer au consommateur la qualité de sujet actif du droit à l'interopérabilité (II).

I. Les éléments en défaveur de la qualification du consommateur en tant que sujet actif du droit à l'interopérabilité

140. **Plan.** Pour exclure la qualification du consommateur de sujet actif du droit à l'interopérabilité, les Professeurs Vivant et Bruguière se fondent, d'une part, sur les dispositions relatives à la saisine de l'HADOPI (A), et, d'autre part, sur la décision du Conseil constitutionnel en date du 27 juillet 2006 relative à la loi DADVSI³⁸⁰ (B).

A. L'exclusion du consommateur des demandeurs à la saisine de l'HADOPI par le législateur

141. **L'inclusion initiale du consommateur dans les demandeurs à la saisine.** Dans la première version du projet de loi DADVSI, votée par l'Assemblée nationale le 21 mars 2006, était instaurée une capacité générale de saisine de l'Autorité judiciaire pour la communication des informations essentielles à l'interopérabilité, rédigée en ces termes : « Tout intéressé peut demander au président du tribunal de grande instance statuant en référé d'enjoindre sous astreinte à un fournisseur de mesures techniques de fournir les informations

378 J.-M. Bruguière, « Le droit à l'interopérabilité », *Comm. Com. Electr.*, fév. 2007, étude 3 : « La loi du 1^{er} août 2006 a créé le droit à l'interopérabilité afin de permettre à des interfaces logiques de programmes, comme par exemple des systèmes de lecture, de communiquer entre elles par le biais d'échanges d'informations et d'utilisation mutuelle des informations échangées » ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Précis Dalloz, 2^e éd. 2013, p. 794-804 ; A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., Lexisnexus, 2012, p. 793.

379 J.-M. Bruguière, *op. cit.*

380 Cons. Const., décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *JORF* 3 août 2006.

essentielles à l'interopérabilité (...) »³⁸¹.

Initialement, aucune Autorité spécifique n'était donc instaurée ; la demande de fourniture des informations essentielles à l'interopérabilité étant de la compétence du tribunal de grande instance. La possibilité de saisine, au cours des discussions du projet de loi, a ainsi été reconnue à toute personne, y compris donc au consommateur, mais le législateur a adopté une position volontairement plus restrictive sur le sujet³⁸².

142. L'exclusion finale du consommateur des demandeurs à la saisine. La capacité générale de saisine a néanmoins été supprimée de la version définitive de la loi DADVSI du 1^{er} août 2006, avec la limitation aux « éditeurs de logiciels, aux fabricants de systèmes techniques et aux exploitants de services »³⁸³, professionnels ou non. Ainsi, par application des dispositions de l'article L. 331-32, alinéa 1, du Code de la propriété intellectuelle, « tout éditeur de logiciel, tout fabricant de système technique et tout exploitant de service peut, en cas de refus d'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité, demander à la Haute Autorité de garantir l'interopérabilité des systèmes et des services existants, dans le respect des droits des parties, et d'obtenir du titulaire des droits sur la mesure technique les informations essentielles à cette interopérabilité. (...) ».

Cette limitation a été formulée par la Commission de la culture, de l'éducation et de la communication du Sénat qui considérait que la possibilité laissée à toute personne intéressée « (...) pouvait paraître un peu large, au regard d'une décision susceptible de déboucher sur l'obligation de fournir des informations essentielles qui peuvent être industriellement sensibles, et ce d'autant plus que cette disposition n'était assortie, en contrepartie, d'aucune garantie »³⁸⁴.

Cette même Commission a expressément exclu d'étendre la possibilité de saisine aux consommateurs car, « ces informations essentielles étant d'une nature très technique, il n'est pas sûr qu'elles seraient nécessairement d'une grande utilité pour mettre en œuvre eux-mêmes l'interopérabilité, à moins de disposer de capacités dont on peut penser qu'elles ne sont sans doute pas si répandues. En outre, une trop grande

381 Art. 7, projet de loi adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence relatif aux droits d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, annexe au procès-verbal de la séance du 22 mars 2006, *JO Sénat*, n° 269, session ordinaire 2005 - 2006.

382 M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Précis Dalloz, 2^e éd. 2013, p. 797 : « la définition des bénéficiaires du droit à l'interopérabilité a fortement évolué selon les versions proposées de ce qui allait devenir le texte définitif ».

383 Art. L. 331-32, al.1, CPI.

384 Sénat, Commission de la culture, de l'éducation et de la communication, rapport législatif n° 308, déposé le 12 avril 2006 par M. Thiollière.

diffusion dans le public de ces informations essentielles, ne pourrait conduire qu'à menacer certains secrets industriels, à fragiliser la protection offerte par les mesures techniques et à réduire leur efficacité »³⁸⁵. Pour les Professeurs Lucas et Sirinelli, cette position est logique car « la satisfaction d'un " droit à " l'interopérabilité ne peut être obtenue par l'obligation de fournir les informations essentielles qui la permettraient, sous la menace d'une injonction judiciaire »³⁸⁶.

En raison de cette limitation aux seuls acteurs précités, on pourrait donc conclure que le consommateur se trouve exclu des sujets du droit à l'interopérabilité. Cette analyse serait étayée, selon les tenants de cette orientation, par la position du Conseil constitutionnel sur ce texte.

B. L'exclusion du consommateur des demandeurs à la saisine de l'HADOPI par le Conseil constitutionnel

143. La validation de l'exclusion du consommateur des demandeurs à la saisine de l'Autorité de régulation par le Conseil constitutionnel. Dans sa décision en date du 27 juillet 2006 relative à la loi DADVSI, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution l'exclusion du consommateur des demandeurs à la saisine de l'Autorité de régulation³⁸⁷.

En effet, d'après le Conseil constitutionnel, la limitation de la saisine de l'ARMT aux éditeurs de logiciel, aux fabricants de système technique et aux exploitants de service s'explique par le fait qu'ils sont les seuls à pouvoir, d'un point de vue technique, bénéficier de la réutilisation des dites informations par leur intégration dans les systèmes qu'ils développent. D'après les Professeurs Vivant et Bruguière, le Conseil constitutionnel a ainsi opéré une « analyse finaliste du texte » qui « doit certainement recevoir approbation » dès l'instant où il s'agit d'un droit réservé aux professionnels, s'inscrivant dans une « logique concurrentielle »³⁸⁸.

385 Sénat, Commission de la culture, de l'éducation et de la communication, *op. cit.*

386 A. Lucas et P. Sirinelli, « Droit d'auteur et droits voisins », *Propriété intellectuelle*, juill. 2006, p. 296 et s.

387 Cons. 42 à 44, Cons. Const., décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *JORF* 3 août 2006, p. 11541 ; *D.* 2006, 2157, obs. Castets-Renard ; *RTD civ.* 2006. 791, obs. T. Revet ; *Légipresse* 2006, p. 129, note L. Thoumyre ; A. Lucas et P. Sirinelli, *op. cit.* : « schématiquement, il était reproché au nouvel article L. 331-7 CPI de limiter la saisine de la nouvelle Autorité de régulation des mesures techniques aux seuls éditeurs de logiciels, aux fabricants de systèmes techniques et aux exploitants de services. Mais dans la mesure où cette approche législative paraissait en rapport direct avec l'enjeu de la saisine de l'Autorité, c'est-à-dire l'accès à des informations sensibles et des informations techniquement complexes et pouvant relever du secret industriel, le Conseil n'a pas vu de discrimination contraire au principe d'égalité. L'infléchissement apporté par la loi au droit de propriété incorporelle ne peut être demandé que par des personnes susceptibles de tirer profit utilement parti de ces informations (argument de finalité) en vue de favoriser la réalisation de systèmes compatibles (considérant 43). Les autres personnes (associations de consommateurs ou simples particuliers) disposeront des voies de recours juridictionnelles ouvertes en pareille matière (considérant 44) ».

388 M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Précis Dalloz, 2^e éd. 2013, p. 798.

Cette décision est ainsi rédigée :

« 42. Considérant que les requérants soutiennent qu'en limitant la possibilité de saisir l'Autorité de régulation des mesures techniques aux éditeurs de logiciels, aux fabricants de systèmes techniques et aux exploitants de services, le législateur a méconnu le principe d'égalité et privé les titulaires de droits de propriété intellectuelle et les consommateurs de leur droit à un recours effectif ; 43. Considérant, en premier lieu, que la saisine de l'autorité de régulation a pour objet l'obtention d'informations techniquement complexes et pouvant relever du secret industriel ; que le législateur a entendu limiter cette saisine aux seules personnes susceptibles de tirer utilement parti de ces informations en vue de favoriser la réalisation de systèmes compatibles ; que la différence de traitement qui en résulte, en rapport direct avec la finalité poursuivie, n'est pas, dès lors, contraire à la Constitution ».

144. L'insuffisance de la seule analyse des demandeurs à la saisine de l'Autorité de régulation quant à l'identification des sujets du droit à l'interopérabilité. Pour autant, on peut penser que l'identification des sujets du droit à l'interopérabilité ne s'opère pas par l'unique examen des demandeurs à la saisine de l'Autorité de régulation. Aux dires même du Conseil constitutionnel, on ne peut se focaliser uniquement sur ce seul élément de la saisine de l'ARMT pour déterminer les sujets du droit à l'interopérabilité.

En effet, il convient de s'attarder sur l'incidence du considérant 44 de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 ainsi rédigé : « 44. Considérant, en second lieu, que les dispositions contestées ne portent pas atteinte au droit au recours des consommateurs, des associations qui les représentent ou des titulaires de droits de propriété intellectuelle ; qu'ils pourront en effet exercer les actions nécessaires à la défense de leurs intérêts devant les juridictions compétentes ».

Selon le Conseil, les consommateurs peuvent donc saisir des « juridictions compétentes » pour la défense de leurs intérêts. Du fait de cette capacité, la saisine de l'Autorité de régulation, aux dires du Conseil constitutionnel, n'est donc pas l'unique voie pour statuer sur une question relative à l'interopérabilité. Dès lors, on ne peut associer le droit à l'interopérabilité à la seule saisine de cette Autorité en charge de la régulation des mesures techniques de protection. Par voie de conséquence, il n'est pas possible de se limiter aux seules dispositions de l'article L. 331-32 du Code de la propriété intellectuelle pour conclure à l'exclusion du consommateur des sujets du droit à l'interopérabilité et il faut aller plus loin dans l'analyse par l'examen des éléments en faveur de la qualification du consommateur en tant que sujet actif du droit à l'interopérabilité.

II. Les éléments en faveur de la qualification du consommateur en tant que sujet actif du droit à l'interopérabilité

145. **Plan.** En raison du considérant 44 de la décision du Conseil constitutionnel, on ne peut se contenter de l'analyse des seules dispositions relatives à l'Autorité de régulation et de veille dans le domaine des mesures techniques de protection pour l'identification des sujets du droit à l'interopérabilité. Ainsi, d'autres éléments plaident en faveur d'une extension du droit à l'interopérabilité au consommateur. L'interopérabilité en effet être, pour ce sujet, un « intérêt » (A) qui est juridiquement protégé (B), conformément à la conception d'Ihering de la notion de droit subjectif.

A. L'interopérabilité, un « intérêt » du consommateur

146. **Un intérêt d'interconnexion, de maîtrise des outils numériques et de contrôle des données.** La transformation de la société vers le « tout connecté » a modifié le rapport du consommateur à l'interopérabilité. Celle-ci devient une nécessité du quotidien pour le choix des outils numériques, leur fonctionnement interconnecté et le contrôle des données. Ainsi, l'exigence du consommateur n'est pas seulement d'être informé³⁸⁹ d'un défaut d'interopérabilité, comme cela peut être soutenu³⁹⁰, mais bien d'en bénéficier, en pratique, pour l'interconnexion de ses outils et l'utilisation de ses contenus. En outre, le contrôle de ses données numériques par le consommateur nécessite la mise en œuvre de l'interopérabilité des logiciels qu'il utilise principalement pour leur création et leur accès, sur le support de son choix.

147. **Un intérêt en évolution.** En raison de cette attente, la perception de l'interopérabilité n'est nécessairement plus la même que lors de l'adoption de la loi DADVSI. Ce bouleversement doit être pris en considération du point de vue de l'« intérêt » à l'interopérabilité. Dans ce contexte, à supposer même que le droit à l'interopérabilité n'ait pas trouvé à s'appliquer au consommateur lors de l'entrée en vigueur de la loi DADVSI, il ne peut être passé outre le constat d'une évolution de l'appréhension des technologies de l'information et de la communication, et donc de la vision de l'interopérabilité³⁹¹.

389 cf. *infra*, p. 173 et s.

390 J.-M. Bruguière, art. préc.

391 J. Dourgnon, « L'impact de l'interopérabilité pour les consommateurs », in « Interopérabilité aspects juridiques, économiques et techniques », *RLDI*, supplément au n° 23, janv. 2007 : « l'interopérabilité est un sujet éminemment consumériste (...). A un niveau individuel, tout d'abord. L'interopérabilité impacte la capacité du consommateur à utiliser des matériels, des logiciels, etc. Plus en amont, elle codétermine sa liberté de choix vis-à-vis de ces matériels et de ces logiciels, car le consommateur doit s'assurer que ceux-ci pourront être utilisés les uns avec les autres ».

Les conclusions des Professeurs Bruguière et Vivant, ainsi que des Professeurs Lucas et Lucas-Schloetter, relatives à l'exclusion de la qualification de sujet du droit à l'interopérabilité pour le cas des consommateurs, se justifiaient par le contexte d'adoption de la loi DADVSI, où l'interconnexion n'était pas encore une préoccupation majeure de ces derniers³⁹². Elles doivent être rediscutées aujourd'hui. Il est en effet permis de penser que si la perception de l'interopérabilité a évolué, son analyse en tant que droit doit également s'en trouver modifiée, pour appréhender le nouveau sujet qu'est le consommateur.

B. L'interopérabilité, un « intérêt juridiquement protégé » du consommateur

148. **L'étendue de la protection juridique de l'interopérabilité.** Aux dires mêmes du Conseil constitutionnel, il ne faut pas se focaliser sur la procédure relative à l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité pour appréhender la protection juridique de l'interopérabilité au bénéfice du consommateur. La demande du consommateur, contrairement aux éditeurs de logiciels, fabricants de systèmes techniques et exploitants de services, n'est en effet pas celle d'un tel accès mais plutôt celle d'une mise en œuvre effective de l'interopérabilité des outils et systèmes qu'il peut utiliser. Cette demande est à formuler devant les « juridictions compétentes »³⁹³.

Quelles sont les Juridictions que le Conseil constitutionnel vise ? La décision portant sur les moyens juridiques à la disposition du consommateur pour la défense de son « intérêt » à l'interopérabilité, il s'agit à l'évidence de juridictions compétentes pour statuer sur des litiges en matière de droit de la consommation et de droit des contrats. Ces dernières seront évoquées par la suite dans les développements relatifs à la mise en œuvre du droit à l'interopérabilité³⁹⁴.

La protection juridique de l'interopérabilité comporte donc deux aspects bien distincts. D'un côté, elle peut prendre la forme d'une saisine d'une Autorité spécifique sur la question de l'accès aux informations essentielles, réservée actuellement aux seuls éditeurs de logiciels, fabricants de systèmes techniques et exploitants de services, professionnels ou non. D'un autre côté, la protection juridique de l'interopérabilité pour les consommateurs doit relever de la compétence des juridictions statuant en matière de droit de la consommation et de droit des contrats. Seul ce second régime juridique de l'interopérabilité est potentiellement accessible au consommateur, en l'état du droit positif et constitue la protection juridique

392 A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., Lexisnexis, 2012, p. 793.

393 cf. *supra*, p. 113.

394 cf. *infra*, p. 291 et s.

actuelle au sens de la définition du droit subjectif d'Ihering.

149. L'évolution de l'étendue de la protection juridique de l'interopérabilité. Quant à la protection juridique du droit à l'interopérabilité par une autorité spécifique, des voix s'élèvent, aujourd'hui, pour supprimer la distinction entre acteurs des technologies de l'information et de la communication, d'une part, et consommateurs, d'autre part : le consommateur devrait pouvoir saisir l'Autorité en charge de l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité. L'HADOPI elle-même préconise l'ouverture de la saisine aux associations agréées de consommateurs³⁹⁵, recommandation reprise dans le Rapport Lescure³⁹⁶. Un certain consensus sur la protection juridique de l'interopérabilité, au profit du consommateur, est donc établi et ne demande qu'à être mis en application.

150. Conclusion de la Section. Pour retenir la qualification juridique de sujet actif du droit à l'interopérabilité pour le cas du consommateur, nous avons démontré, pour ce sujet, la réunion des deux éléments caractéristiques d'un droit identifiés par Ihering, à savoir un intérêt et une protection juridique.

L'intérêt du consommateur est identifié comme celui d'une interconnexion et d'une maîtrise des outils numériques ainsi que d'un contrôle de ses données. S'agissant de la protection juridique, en l'état du droit positif, elle n'est pas garantie par l'HADOPI, pour le cas du consommateur. En effet, nous l'avons vu, la saisine de cette autorité est réservée, par application des dispositions de l'article L. 331-32 du Code de la propriété intellectuelle, aux éditeurs de logiciels, fabricants de systèmes techniques et exploitants de services.

Cela ne signifie cependant pas que l'intérêt d'interopérabilité du consommateur ne soit pas juridiquement protégé. A suivre le Conseil constitutionnel, cette protection juridique relève non pas de la compétence de l'HADOPI mais de celle des juridictions statuant en matière de droit de la consommation. Il existe donc bel et bien une protection juridique de l'intérêt du consommateur à l'interopérabilité. Dès lors, la preuve de la réunion des éléments caractéristiques d'un droit subjectif étant rapportée, le consommateur est qualifié de

³⁹⁵ Avis n° 2013-2 de l'HADOPI, rendu sur saisine de l'association VideoLAN, 8 avril 2013 : « afin de mieux réaliser l'objectif d'interopérabilité poursuivi par le législateur lors de l'adoption de la loi DADSVI de 2006, la Haute autorité recommande une modification des dispositions de l'article L.331-36 du Code de propriété intellectuelle, consistant à étendre aux associations agréées de consommateurs la possibilité de saisir la Haute autorité pour toute demande d'avis relative à l'interopérabilité ».

³⁹⁶ Rapport Lescure, *op. cit.*, p. 200 : « (...) il serait légitime d'ouvrir aux consommateurs et aux associations qui les représentent la possibilité de saisir le régulateur de toute question relative à l'interopérabilité. En effet, avant d'être un droit reconnu aux éditeurs de logiciels, celle-ci est avant tout une garantie visant à protéger l'utilisateur final, qui ne doit pas voir ses usages entravés au-delà de ce qu'exige le strict respect des droits d'auteur et des droits voisins ».

Dans ce rapport, il est rappelé qu'est utilisé le terme « droit reconnu » s'agissant de l'interopérabilité au profit des professionnels, confirmant ainsi le rejet de la thèse selon laquelle il n'existe pas de droit à l'interopérabilité.

sujet actif du droit à l'interopérabilité.

151. Conclusion du Chapitre. Le consommateur est défini de manière générale, par application des dispositions de l'article préliminaire du Code de la consommation, comme « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ». Tout consommateur est potentiellement un sujet actif du droit à l'interopérabilité puisque la conception du consommateur moyen, sans prise en considération des connaissances techniques d'une personne déterminée, lui est appliquée.

Or, initialement exclu du cercle des sujets actifs du droit à l'interopérabilité, par certains auteurs tels que les Professeurs Bruguière et Vivant, ainsi que les Professeurs Lucas et Lucas-Schloetter, le consommateur acquiert cette qualification aujourd'hui en raison de l'évolution de l'usage des outils et technologies de l'information et de la communication.

On note cependant que cette évolution sociale ne s'est pas encore accompagnée d'une modification des dispositions législatives et réglementaires relatives au droit à l'interopérabilité, ce qui est à regretter. Le régime juridique actuel n'a ainsi pas été réformé depuis 2006 alors que s'est imposée partout l'interconnexion des outils numériques. Le cadre juridique n'est donc plus adapté à la société et ne prend en particulier pas en considération les besoins des consommateurs. Aussi, cette démonstration de la qualification juridique du consommateur de sujet actif du droit à l'interopérabilité n'est que le préalable indispensable à une proposition d'évolution du régime juridique du droit à l'interopérabilité pour une prise en considération des besoins et attentes de ce dernier. Une dernière étape est essentielle, avant l'examen plus avant du régime juridique du droit à l'interopérabilité : l'identification des sujets passifs de ce droit.

CHAPITRE II - LES SUJETS PASSIFS DU DROIT A L'INTEROPERABILITE

152. **La définition du sujet passif**³⁹⁷. Le sujet passif d'un droit subjectif est « l'objet ou la personne qui doit se soumettre à la prérogative, qui doit la respecter »³⁹⁸. L'objet des développements qui suivent est donc de déterminer la personne obligée par le droit à l'interopérabilité. Plus précisément, compte tenu de la qualification de droit personnel du droit à l'interopérabilité, il s'agit de désigner la personne tenue à une obligation de faire ou de ne pas faire³⁹⁹ à l'égard du consommateur, sujet actif.

153. **L'identification des sujets passifs du droit à l'interopérabilité.** Or, l'analyse de l'usage, par le consommateur, titulaire du droit à l'interopérabilité, des technologies de l'information et de la communication, permet d'identifier deux pratiques distinctes, selon que ce dernier est l'« émetteur » ou le « récepteur » de données numériques, et, par voie de conséquence, deux sujets passifs du droit à l'interopérabilité.

154. **Plan.** Ainsi, lorsque le consommateur est « émetteur de données », il est amené à utiliser les logiciels installés sur son outil numérique pour créer ses données (textes, photos, vidéos...). De ce fait, l'interopérabilité des données qu'il va générer dépend essentiellement des acteurs ayant mis à sa disposition les logiciels qu'il utilise : les éditeurs de logiciels (**Section I**). En revanche, lorsque le consommateur est « récepteur de données », l'interopérabilité des données qu'il reçoit dépend non seulement des éditeurs des logiciels qu'il utilise pour leur réception, mais également du diffuseur de celles-ci, les éditeurs de contenus numériques. (**Section II**)

SECTION I - L'ÉDITEUR DE LOGICIELS

SECTION II - L'ÉDITEUR DE CONTENUS NUMÉRIQUES

³⁹⁷ Dabin, *op. cit.*, p. 107 : « (...) s'il est exact que tout droit subjectif implique obligation de le respecter, mieux vaut éviter l'expression " sujet de droit passif ". Car le droit, en lui-même est avoir, avoir opposable et inviolable, et dès lors le sujet de droit est essentiellement actif. Quant au " sujet de droit passif " ou, plus exactement, le sujet passif du droit, appelons-le selon ce qu'il est en réalité : sujet d'obligation ».

³⁹⁸ J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 178 - 179.

³⁹⁹ Il est rappelé que nous avons précédemment écarté l'éventualité d'une obligation de donner pour le cas du droit à l'interopérabilité. cf. *supra*, p. 90.

SECTION I - L'ÉDITEUR DE LOGICIELS

155. La définition de l'éditeur de logiciels. Qu'est ce qu'un éditeur de logiciels ? La notion d'éditeur n'est pas clairement définie dans les textes. « On ne peut donc tenter d'apprécier ce qu'est un éditeur qu'au travers des textes qui ne le définissent qu'incidemment, soit par rapport à un contrat (le contrat d'édition), soit par rapport aux obligations qui s'imposent aux prestataires techniques (détention de données permettant l'identification des créateurs de contenus), soit par rapport à un service de communication au public en ligne particulier (service de presse en ligne ou de média audiovisuel à la demande)⁴⁰⁰ ». Une partie de la doctrine définit l'éditeur comme celui qui est à l'origine de la publication, analyse qui semble être un bon compromis entre la jurisprudence et le flou des textes⁴⁰¹. Un éditeur de logiciel est donc celui qui est à l'origine de la publication du logiciel et qui est garant de son contenu.

Il est en outre important de préciser qu'un éditeur de logiciels peut être une personne physique ou une personne morale et qu'il ne dispose pas forcément de la qualité de professionnel. A titre d'illustration, un particulier ou une association peuvent ainsi assurer la gestion d'un logiciel.

Quant au logiciel, il est défini, rappelons-le, comme l'« ensemble des programmes, procédés et règles et éventuellement de la documentation, relatifs au fonctionnement d'un ensemble de traitement de données »⁴⁰². Les logiciels constituent en quelque sorte les organes d'un outil numérique, sans lesquels ce dernier ne pourrait fonctionner et sans lesquels l'interopérabilité ne pourrait être mise en œuvre.

156. Plan. Compte tenu du caractère déterminant de la programmation des logiciels du consommateur dans la garantie de l'interopérabilité de ses données, nous allons établir que la personne ayant la qualité d'éditeur de logiciels est qualifiée de sujet passif du droit à l'interopérabilité **(I)**. Or, cette qualification n'est pas symbolique dans la mesure où l'éditeur de logiciels dispose de moyens techniques légaux pour la garantie de l'interopérabilité **(II)**.

⁴⁰⁰ L. Thoumyre, « la notion d'éditeur confronté à l'Internet », Master II DCEEN – 2009-2010, 7 oct. 2009.

⁴⁰¹ L. Thoumyre, *op. cit.*

⁴⁰² Enrichissement du vocabulaire informatique, *JORF* 17 janv. 1982, p. 625, cf. Logiciel.

I. La qualification de l'éditeur de logiciels en tant que sujet passif du droit à l'interopérabilité

157. **Plan.** Le consommateur est dépendant des éditeurs des logiciels qu'il utilise pour l'interopérabilité de ses données. De ce fait, c'est à ces acteurs qu'incombe la charge de la mise en œuvre technique de l'interopérabilité (A). Or, l'interopérabilité des données du consommateur ne peut être garantie par le seul développement des fonctionnalités du logiciel et nécessite une démarche active des éditeurs à cette fin (B).

A. L'éditeur de logiciels, garant de l'interopérabilité des données du consommateur

158. **La carence technique du consommateur.** Le consommateur crée ses propres données, à l'aide de son matériel et de divers logiciels. Dans la majorité des cas, le consommateur ne choisit pas les logiciels qu'il va utiliser. Les licences de ces derniers sont en effet le plus souvent vendues en même temps que le matériel, sans que le consommateur n'en ait véritablement conscience⁴⁰³. L'absence de préoccupation du consommateur quant aux conditions d'utilisation de ses logiciels s'explique essentiellement par sa méconnaissance technique. Peu de consommateurs sont en effet à même de comprendre le fonctionnement des outils numériques qu'ils utilisent et ont les compétences techniques leur permettant de pallier le défaut d'un logiciel. Ainsi, le consommateur ne dispose généralement pas des connaissances techniques lui permettant de remédier à un défaut d'interopérabilité du logiciel qu'il a utilisé pour la création de ses données.

Il n'en demeure pas moins que le consommateur, même en l'absence des compétences techniques nécessaires, doit pouvoir jouir d'une interopérabilité absolue de ses données. En effet, que ce soit des données au format texte, vidéo ou encore audio, il doit être en mesure de les utiliser, de les modifier et de les partager sur le support de son choix. Il dépend donc de l'éditeur de logiciels, qui doit lui garantir

⁴⁰³ La jurisprudence a pu écarter la qualification de pratique commerciale déloyale pour le cas de la « vente liée » ou « vente conjointe », dès lors que le consommateur pouvait s'orienter sur le site dédié aux professionnels et trouver des ordinateurs « nus ». Civ. 1^{ère}, 12 juillet 2012, n° 11-18.807, *Bull. civ. I*, n° 170 ; *D.* 2012. Chron. C. cass. 2051, obs. Creton ; *ibid.* Pan. 2354, obs. Le Stanc ; *ibid.* Actu. 1951, obs. Delpech ; *RTD com.* 2012. 835, obs. Boulloc ; *JCP E* 2012, n° 1531, note Bazin ; *CCC* 2012, n° 268, obs. Raymond ; *CCE* 2012, n° 111, obs. Loiseau ; *LPA* 15-17 août 2012, note Legrand ; *Gaz. Pal.* 2012. 2155, avis Petit, note Poissonnier ; *ibid.* 2799, obs. Piedelièvre ; *RJDA* 2012, n° 903 ; *RLDA* nov. 2012. 34, note Bascoulergue. L'information du consommateur sur la vente d'un ordinateur prééquipé et le fait qu'il est notoire que les achats par un particuliers se font dans ces conditions ne sont pas de nature à caractériser l'absence de vente subordonnée constitutive d'une pratique commerciale déloyale. Civ. 1^{ère}, 4 juin 2014, *RTD com.* 2014. 679, obs. Boulloc ; *CCC* 2014, no 234, obs. Raymond. A tout le moins, le consommateur doit être informé des conditions d'utilisation des logiciels préinstallés. Civ. 1^{ère}, 6 octobre 2011, n° 10-10.800, *Bull. civ. I*, n° 160 ; *D.* 2011. Pan. 2968, obs. Picod ; *JCP E* 2011, n° 1787, note Bazin ; *CCC* 2012, n° 31, obs. Raymond ; *Gaz. Pal.* 2012. 458, obs. Piedelièvre ; *RJDA* 2012, n° 438 ; *Dr. et proc.* févr. 2012, suppl. Dr. de la consommation, p. 3, obs. Picod ; *RDC* 2012. 941, obs. Ollard.

l'interopérabilité des données qu'il crée.

159. La dépendance technique du consommateur. Cet éditeur est généralement l'auteur du logiciel, ou plutôt des logiciels qui ont permis au consommateur de générer ses données. Mais la démarche de mise à disposition du logiciel n'est parfois pas de son initiative. Le logiciel peut ainsi avoir été diffusé par un intermédiaire, qui sera alors l'éditeur du logiciel. Comme vu précédemment⁴⁰⁴, l'éditeur est alors le garant du contenu du logiciel publié. Dès lors, c'est bien cet acteur qui est garant, vis-à-vis du consommateur, de l'interopérabilité des logiciels qu'il utilise. Le premier sujet passif du droit à l'interopérabilité est donc l'éditeur des logiciels qui ont permis au consommateur de créer ses données.

B. L'éditeur de logiciels, acteur de l'interopérabilité des données du consommateur

160. La nécessité d'une démarche technique de garantie de l'interopérabilité par l'éditeur de logiciels.

La garantie de l'interopérabilité ne peut se concevoir sans démarche technique positive de l'éditeur de logiciels, en garantie de l'interopérabilité. En effet, le logiciel est l'outil générateur ou récepteur de données. De ce fait, la mise en œuvre de l'interopérabilité au bénéfice du consommateur dépend des capacités en la matière des logiciels qu'il utilise. Ainsi, techniquement, comment un éditeur parvient-il à assurer l'interopérabilité des données générées ou reçues par son logiciel ? Deux aspects de l'analyse sont à distinguer : l'interopérabilité peut provenir de l'utilisation du logiciel lui-même ; elle peut émaner de l'interaction avec d'autres logiciels.

En premier lieu, s'agissant de l'interopérabilité quant à la seule utilisation du logiciel de l'éditeur, celle-ci est garantie par le format des données. En effet, comme il a été exposé précédemment⁴⁰⁵, l'interopérabilité n'est permise que par le recours à un standard ouvert de communication⁴⁰⁶. Ainsi, pour que les données créées grâce à son logiciel soient interopérables, l'éditeur doit permettre leur édition dans un format ouvert.

En second lieu, l'interopérabilité ne pourra être garantie que par la possibilité donnée au consommateur d'utiliser son logiciel permettant l'édition de données dans un format ouvert avec d'autres logiciels, en particulier avec le système d'exploitation de l'outil informatique utilisé. En effet, il est inutile de mettre à

⁴⁰⁴ cf. *supra*, p. 119.

⁴⁰⁵ cf. *supra*, p. 38.

⁴⁰⁶ Art. 4, loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) : « 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 ».

disposition du consommateur un logiciel si celui-ci n'est pas interopérable avec les autres logiciels indispensables au bon fonctionnement de l'outil. Pour cela, l'éditeur d'un logiciel doit disposer des informations permettant la mise en œuvre de l'interopérabilité. Dans ce contexte, bien évidemment, le plus simple est de demander l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité à l'autre éditeur de logiciels ou de procéder, avec son autorisation, directement à sa mise en œuvre technique.

161. L'obstacle à la démarche technique de garantie de l'interopérabilité par l'éditeur de logiciels.

Cependant, la demande systématique de l'autorisation de l'éditeur d'un logiciel pour l'accomplissement de démarches techniques peut constituer un obstacle à la mise en œuvre de l'interopérabilité. En effet, si l'éditeur n'a pas, de sa propre initiative, publié les informations essentielles à l'interopérabilité, il sera peu enclin à autoriser des démarches techniques dans cette perspective, au nom du droit d'auteur qu'il détient sur le logiciel. Le droit d'auteur pourrait donc bloquer la mise en œuvre de l'interopérabilité.

162. La reconnaissance juridique de deux démarches techniques de garantie de l'interopérabilité par l'éditeur de logiciels. Conscient de cet obstacle que pourrait représenter le droit d'auteur, le législateur européen, par la directive 91/250/CEE, a posé les bases du régime de protection juridique des programmes d'ordinateur et a répondu à cette problématique. Le législateur français⁴⁰⁷ a procédé à la transposition de cette directive par une loi du 10 mai 1994⁴⁰⁸.

Ainsi, au sein de l'article L. 122-6-1 du Code de la propriété intellectuelle, « extraordinairement technique et complexe »⁴⁰⁹, sont posées, non sans difficulté, les limites aux droits des auteurs en matière de logiciels⁴¹⁰, ce, par deux démarches techniques qu'il nous faut désormais analyser.

II. Les moyens techniques de mise en œuvre de l'interopérabilité à la disposition de l'éditeur de logiciels : l'ingénierie inverse et la décompilation

163. Plan. Les deux démarches techniques sont la décompilation et l'ingénierie inverse. Les juristes opèrent souvent une confusion⁴¹¹ entre celles-ci mais, même si elles sont intimement liées, il convient de les

⁴⁰⁷ M. Vivant, « Logiciel 94 : tout un programme ? - Loi n° 94-361 du mai 1994 », *JCP G*, 12 oct. 1994, I, p. 3792.

⁴⁰⁸ Loi n° 94-361 du 10 mai 1994 portant mise en œuvre de la directive (CEE) 91-250 du Conseil des communautés européennes en date du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur et modifiant le Code de la propriété intellectuelle, *JORF* n° 109 du 11 mai 1994, p. 6863.

⁴⁰⁹ Code de la propriété intellectuelle, *Dalloz*, 2012, p. 175.

⁴¹⁰ M. Vivant, « Ingénierie inverse, ingénierie perverse ? », *JCI entreprise et affaires*, n° 23, 6 juin 1991, 56.

⁴¹¹ G. Blanc-Jouvan, « Fasc. 2440 : fourniture d'un logiciel ou d'un progiciel », *JCI Contrats- Distribution*, II., E., 2°.

distinguer⁴¹² car, pour les éditeurs de logiciels, le recours à l'une ou l'autre de ces démarches n'est pas indifférent⁴¹³. Selon les éléments dont ils disposent, tels que la complexité du logiciel ou encore son intégration dans un système global, ils adopteront l'une ou l'autre des techniques. Ils peuvent également avoir recours à l'une puis l'autre, si la première démarche s'avère infructueuse ou insatisfaisante par exemple.

Pour preuve supplémentaire que la distinction doit être opérée, les deux démarches sont distinguées dans la directive 91/250/CCE et dans les dispositions du Code de propriété intellectuelle. Ainsi, l'article L. 122-6-1 du Code de la propriété intellectuelle opère une distinction entre, d'une part, l'ingénierie inverse (A), et, d'autre part, la décompilation (B).

A. La technique de l'ingénierie inverse à des fins d'interopérabilité

164. **Plan.** Par application de l'article L. 122-6-1, III, du Code de la propriété intellectuelle, « la personne ayant le droit d'utiliser le logiciel peut sans l'autorisation de l'auteur observer, étudier ou tester le fonctionnement de ce logiciel afin de déterminer les idées et principes qui sont à la base de n'importe quel élément du logiciel lorsqu'elle effectue toute opération de chargement, d'affichage, d'exécution, de transmission ou de stockage du logiciel qu'elle est en droit d'effectuer ». Cette disposition est la traduction juridique de la technique de l'ingénierie inverse ou rétro-ingénierie (*reverse engineering*) (1) et fixe les conditions de mise en œuvre de celle-ci (2).

1. La définition de l'ingénierie inverse

165. **Plan.** La définition technique de l'ingénierie inverse, particulièrement complexe (a), a conduit à l'établissement d'une définition juridique simple et relativement succincte (b).

a. La définition technique de l'ingénierie inverse

166. **Le principe de l'ingénierie inverse.** « Si la perversité est loin d'être ignorée des juristes et l'ingénierie connue par certains (...), l'ingénierie inverse est certainement étrangère au plus grand nombre, qu'on la baptise ainsi d'un vocable de forme sinon d'esprit français ou qu'on lui conserve son appellation originaire de

⁴¹² Ces démarches techniques ont pour objectif la mise en œuvre de l'interopérabilité, elles ne peuvent donc pas être assimilées à cette notion. Certains auteurs opèrent une confusion qui n'a pas lieu d'être. Pour exemple, voir : G. Blanc-Jouvan, *op. cit.*

⁴¹³ *Contra*, cf. X. Linant de Bellefonds, « Le droit de décompilation des logiciels : une aubaine pour les cloneurs ? », *JCP G*, n° 12, I 118, 18 mars 1998.

reverse engineering »⁴¹⁴.

Cette technique est pourtant une pratique courante des secteurs de l'industrie⁴¹⁵ et de l'informatique. Dans ce dernier secteur, cette technique consiste à étudier le fonctionnement d'un logiciel en observant les éléments en entrée et les éléments en sortie, après la mise en œuvre du logiciel. Elle implique plus précisément de voir quelle est l'incidence d'une modification en entrée sur le résultat en sortie. A force d'étude des modifications en entrée et des résultats en sortie, les développeurs parviennent à déterminer le fonctionnement du logiciel⁴¹⁶.

167. La spécificité de l'ingénierie inverse. Cette technique consiste donc à ne pas accéder au cœur du logiciel et à étudier uniquement ses effets. Elle n'est ainsi pas « agressive », dans le sens où le logiciel ne subit aucune modification substantielle et elle est naturellement réalisée par tout développeur qui désire comprendre le fonctionnement d'un logiciel. Cependant, s'il est dans l'ordre naturel des choses d'étudier, par cette technique de l'ingénierie inverse, le fonctionnement d'un logiciel, il faut considérer les obstacles juridiques légitimes à son usage et avant toute chose sa définition juridique.

b. La définition juridique de l'ingénierie inverse

168. La difficulté de la définition juridique de l'ingénierie inverse. Définir juridiquement l'ingénierie inverse s'avère aussi complexe que d'établir une définition juridique de l'interopérabilité. L'explication de cette complexité est identique, à savoir que le passage d'une approche technique à une approche juridique s'effectue avec difficulté en raison d'une méconnaissance par les juristes des termes techniques. De ce fait, la traduction juridique de la définition technique de l'ingénierie inverse s'avère pour le moins succincte.

169. La définition juridique de l'ingénierie inverse. Elle est en effet définie de la manière suivante : « analyse d'un système destinée à rechercher ses principes de conception »⁴¹⁷. Il faut reconnaître un mérite à cette définition, celui de la simplicité. La compréhension de la technique de l'ingénierie inverse elle-même s'en trouve facilitée mais la complexité demeure s'agissant de son régime juridique.

⁴¹⁴ M. Vivant, *op. cit.*

⁴¹⁵ Dans l'industrie, un fabricant, par exemple, peut se procurer dans le commerce le produit de son concurrent afin de déterminer son fonctionnement par l'étude des effets des modifications qu'il peut y apporter.

⁴¹⁶ L'image de la machine à pâtes est fréquemment utilisée pour illustrer cette technique. J'ai une machine à pâtes, je regarde son fonctionnement normal et observe la pâte en entrée puis les formes qui en sortent en sortie. Je modifie la grille. J'observe l'effet de ma modification en sortie de machine : les pâtes n'ont plus la même forme. A force de modifications, je parviens à déterminer le fonctionnement de la machine.

⁴¹⁷ Arrêté du 19 février 1993 relatif à la terminologie de l'informatique, *JORF*, 7 mars 1993, p. 3603, cf. Ingénierie inverse.

2. Le régime juridique de l'ingénierie inverse

170. **Plan.** A la lecture des dispositions relatives à l'ingénierie inverse, on comprend qu'il s'agit d'une exception au droit d'auteur **(a)** soumise à des conditions strictes de légalité **(b)**, applicables au droit à l'interopérabilité **(c)**.

a. L'ingénierie inverse : une exception au droit d'auteur

171. **La qualification d'exception au droit d'auteur.** De manière évidente, on ne peut se contenter de la seule définition de l'ingénierie inverse pour en déduire des conséquences juridiques. C'est pourquoi il convient d'aborder plus en avant le régime juridique de l'ingénierie inverse. Or, ce régime présente une spécificité : il n'a pas été clairement posé comme tel, le terme « ingénierie inverse » étant absent des textes. Ce n'est qu'après analyse des dispositions que l'on comprend qu'il s'agit d'un encadrement de la démarche technique de l'ingénierie inverse.

Ainsi, par application des dispositions de l'article 5.3 de la directive 91/250, « la personne habilitée à utiliser une copie d'un programme d'ordinateur peut, sans l'autorisation du titulaire du droit, observer, étudier ou tester le fonctionnement de ce programme afin de déterminer les idées et les principes qui sont à la base de n'importe quel élément du programme, lorsqu'elle effectue toute opération de chargement, d'affichage, de passage, de transmission, ou de stockage du programme d'ordinateur qu'elle est en droit d'effectuer ».

La transposition de cette disposition de la directive, relative à la technique de l'ingénierie inverse, par le législateur français est sensiblement identique ; les différences constatées peuvent être assimilées à des traductions divergentes. L'article L. 122-6-1, III, du Code de la propriété intellectuelle est donc rédigé de la manière suivante : « la personne ayant le droit d'utiliser le logiciel peut sans l'autorisation de l'auteur⁴¹⁸ observer, étudier ou tester le fonctionnement de ce logiciel afin de déterminer les idées et principes qui sont à la base de n'importe quel élément du logiciel lorsqu'elle effectue toute opération de chargement, d'affichage, d'exécution, de transmission ou de stockage du logiciel qu'elle est en droit d'effectuer ».

⁴¹⁸ L'auteur d'un logiciel est à distinguer de l'éditeur de logiciel, le premier étant le « créateur » du logiciel, le second étant le « diffuseur » du logiciel. L'auteur peut être l'éditeur du logiciel mais cela n'est pas systématique.

En d'autres termes, une personne ayant le droit d'utiliser le logiciel peut l'étudier ou tester son fonctionnement « afin d'en déterminer les idées et principes de base »⁴¹⁹. Il est donc bien question de la démarche technique de l'ingénierie inverse. Plus précisément, toute personne qui met en œuvre cette technique pour comprendre le fonctionnement d'un logiciel n'a pas à demander l'autorisation de son auteur pour l'accomplissement de cette démarche. Est donc posée une exception au droit d'auteur.

172. Les conséquences de la qualification d'exception au droit d'auteur⁴²⁰. S'agissant d'une exception au droit d'auteur, la technique de l'ingénierie inverse doit remplir le « test en trois étapes » posé par la Convention de Berne⁴²¹, les accords ADPIC de l'Organisation mondiale du commerce⁴²² et la directive EUCD du 22 mai 2001. Ainsi, elle doit être limitée, ne doit pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'objet protégé et ne pas causer de préjudice injustifié aux ayants-droits.

En outre, si l'autorisation de l'auteur n'est pas requise, l'interdiction n'est pas permise⁴²³. Dès lors, l'auteur d'un logiciel ne peut pas interdire le recours à la démarche technique de l'ingénierie inverse pour la compréhension de son fonctionnement, à la condition toutefois que la démarche utilisée respecte les conditions de légalité pour le moins complexes, posées par l'article L. 122-6-1, III, du Code de la propriété intellectuelle⁴²⁴.

b. Les conditions de légalité de l'exception au droit d'auteur de l'ingénierie inverse

173. Le droit d'utiliser le logiciel. Selon la première condition, la personne qui a recours à la technique de l'ingénierie inverse doit avoir « le droit d'utiliser le logiciel ». La personne doit donc accomplir cette démarche technique sur une version du logiciel qu'elle a légalement le droit de détenir.

⁴¹⁹ Code de la propriété intellectuelle, *Dalloz*, 2012, p. 176.

⁴²⁰ Avis n° 2013-2 de l'HADOPI, rendu sur saisine de l'association VideoLAN, p. 5.

⁴²¹ Art. 9.2, Convention de Berne.

⁴²² Art. 13, Accords ADPIC.

⁴²³ CJUE, 2 mai 2012, SAS Institute, aff. C-406/10, *D.* 2012. 1186 ; *RLDI* 2012/82, n° 2741, obs. L. Costes ; *RLDI* 2012/83, n° 2768, comm. C. Castets-Renard ; *Prop. Ind.* 2012, comm. 61, N. Bouche ; *Comm. Com. Electr.* 2012, comm. 105, C. Caron ; *D.* 2012, 2344, obs. C. Le Stanc ; *Prop. Intell.* 2012, n° 45, p. 423, obs. V.-L. Benabou ; *RTD com.* 2012. 536, obs. F. Pollaud-Dulian ; *D.* 2012. 2836, obs. Sirinelli.

⁴²⁴ P. Sirinelli, « Le droit d'auteur à l'aube du 3^e millénaire », *JCP G.*, janv. 2000, I 194 : « (...) L'inquiétude, en réalité, concerne, pour l'heure, davantage la forme que le fond. Sur le plan de la technique de rédaction des textes, la Commission de Bruxelles comme l'OMPI ont basculé dans l'approche analytique, décomposant les prérogatives et multipliant les précisions. À titre d'illustration de ce phénomène, il suffit de lire les articles L. 122-6 ou L. 122-6-1 du Code français de la propriété intellectuelle qui traitent des logiciels et qui sont la transposition, pratiquement mot à mot, de dispositions de la directive du 10 mai 1991. L'article L. 122-6-1 contient plus de quatre cents mots alors qu'il en suffisait d'une vingtaine à l'article L. 122-3 du Code de la propriété intellectuelle pour définir le concept clé de reproduction. Certains s'en réjouiront en disant que l'on y gagne en précision, en prévisibilité et donc en sécurité. D'autres le regretteront en montrant, à juste titre, que l'on perd énormément en souplesse. Il est sûr, en tout cas, que l'utilisateur moyen de logiciels ne percevra pas tout de suite ce qui lui est permis ou interdit de faire. Qu'on en juge ».

Ainsi, la démarche d'ingénierie inverse réalisée sur un logiciel acquis illégalement ne respecte pas la condition posée par l'article L. 122-6-1, III, du Code de la propriété intellectuelle et constitue une atteinte au droit de l'auteur du logiciel.

174. La limitation à l'observation, l'étude ou le test de fonctionnement du logiciel. Selon la deuxième condition, la personne qui a recours à la technique de l'ingénierie inverse doit se contenter d'« observer, étudier ou tester le fonctionnement » du logiciel et cela dans le seul but de « déterminer les idées et principes qui sont à la base de n'importe quel élément du logiciel »⁴²⁵. C'est ce qui va être dénommé le droit d'observation du fonctionnement du logiciel.

Dès lors, toute autre action, telle que la modification du fonctionnement du logiciel, n'entre pas dans le cadre de l'article L. 122-6-1, III, du Code de la propriété intellectuelle. De même, le fait d'accomplir la démarche technique de l'ingénierie inverse avec un objectif autre que celui de déterminer les « principes et idées » qui régissent le fonctionnement du logiciel ne peut bénéficier de l'exception au droit d'auteur posée par cet article.

175. La limitation un type d'opération déterminé. Selon la troisième et dernière condition, l'autorisation de l'auteur du logiciel n'est pas requise si la démarche d'ingénierie inverse est réalisée lors de « toute opération de chargement, d'affichage, d'exécution, de transmission ou de stockage du logiciel ». Le législateur précise également que la personne doit avoir le « droit d'effectuer » ce type d'opération. Ainsi, si la transmission du logiciel n'est pas autorisée par son auteur, nul ne pourra se soustraire à son accord pour la réalisation de la démarche technique d'ingénierie inverse lors de cette opération.

En conséquence, si la démarche technique d'ingénierie inverse réalisée sur un logiciel respecte les trois conditions cumulatives posées par l'article L. 122-6-1, III, du Code de la propriété intellectuelle, alors l'autorisation de l'auteur n'est pas requise pour la réalisation de cette démarche.

c. L'exception au droit d'auteur de l'ingénierie inverse et le droit à l'interopérabilité

176. L'ingénierie inverse, facteur d'interopérabilité. Un constat s'impose : les conditions de mise en œuvre

⁴²⁵ Art. L. 122-6-1, III, CPI.

de la démarche d'ingénierie inverse sur un logiciel ne sont pas très contraignantes. Ainsi, il n'apparaît pas insurmontable de réaliser cette démarche technique sur un logiciel que l'on a le droit d'utiliser, à des fins uniquement de compréhension de son fonctionnement et lors d'opérations techniques autorisées par son auteur. Le recours à cette démarche, dans ces conditions, présente alors un intérêt indéniable pour la mise en œuvre de l'interopérabilité de deux logiciels par exemple. En effet, si l'éditeur du logiciel comprend, suite à la réalisation de la démarche de l'ingénierie inverse, comment fonctionne l'autre logiciel, il lui sera d'autant plus facile de développer les outils adaptés à la mise en œuvre technique de l'interopérabilité. Dès lors, autoriser la démarche technique de l'ingénierie inverse est facteur d'interopérabilité.

177. L'absence d'obstacle juridique à l'ingénierie inverse. Le contexte juridique est donc favorable à la réalisation d'une telle démarche par le sujet passif du droit à l'interopérabilité qu'est l'éditeur de logiciels, qui ne peut alors arguer d'une impossibilité de compréhension technique de l'autre logiciel pour faire obstacle à la mise en œuvre de l'interopérabilité. En revanche, la mise en œuvre de l'autre démarche technique, la décompilation, n'est pas chose si évidente.

B. La technique de la décompilation à des fins d'interopérabilité

178. Le lien entre décompilation et interopérabilité. La démarche technique de la décompilation est juridiquement liée à celle de l'interopérabilité, au point que ce terme est mentionné à cinq reprises à l'article L. 122-6-1, IV, du Code de la propriété intellectuelle rédigé comme suit : « IV. La reproduction du code du logiciel ou la traduction de la forme de ce code n'est pas soumise à l'autorisation de l'auteur lorsque la reproduction ou la traduction au sens du 1° ou du 2° de l'article L. 122-6 est indispensable pour obtenir les informations nécessaires à l'interopérabilité d'un logiciel créé de façon indépendante avec d'autres logiciels, sous réserve que soient réunies les conditions suivantes : 1° Ces actes sont accomplis par la personne ayant le droit d'utiliser un exemplaire du logiciel ou pour son compte par une personne habilitée à cette fin ; 2° Les informations nécessaires à l'interopérabilité n'ont pas déjà été rendues facilement et rapidement accessibles aux personnes mentionnées au 1° ci-dessus ; 3° Et ces actes sont limités aux parties du logiciel d'origine nécessaires à cette interopérabilité.

Les informations ainsi obtenues ne peuvent être : 1° Ni utilisées à des fins autres que la réalisation de l'interopérabilité du logiciel créé de façon indépendante ; 2° Ni communiquées à des tiers sauf si cela est nécessaire à l'interopérabilité du logiciel créé de façon indépendante ; 3° Ni utilisées pour la mise au point, la

production ou la commercialisation d'un logiciel dont l'expression est substantiellement similaire ou pour tout autre acte portant atteinte au droit d'auteur ».

179. **Plan.** Au regard de la seule substance de cet article, il est évident que la démarche de décompilation est davantage encadrée juridiquement que celle de l'ingénierie inverse (2). Cela s'explique aisément par le fait que la démarche technique utilisée, qui dépasse le stade de la simple observation du fonctionnement d'un logiciel, apparaît plus « intrusive » que celle de l'ingénierie inverse (1).

1. La définition de la décompilation

180. **Plan.** La décompilation comporte également une définition technique (a) et une définition juridique (b).

a. La définition technique de la décompilation

181. **Le principe de la décompilation.** D'un point de vue purement technique, la décompilation est le « retour du code objet au code source »⁴²⁶. La démarche de la décompilation consiste en la transformation du code machine d'un logiciel, le code objet, (sous forme binaire compréhensible par la seule machine) en code source, langage utilisé pour la programmation. En d'autres termes, la décompilation est une forme de traduction du langage de la machine en langage compréhensible par un individu averti.

182. **La spécificité de la décompilation.** A la différence de la technique de l'ingénierie inverse, celle de la décompilation implique un acte positif de son auteur, d'extraction du code du logiciel. C'est en cela que la démarche technique de la décompilation apparaît davantage « intrusive » car on ne se contente pas d'observer les effets du logiciel pour en déduire son fonctionnement.

b. La définition juridique de la décompilation

183. **L'absence de définition juridique européenne de la décompilation.** La directive 91/250/CEE consacre un article spécifique, l'article 6, aux conditions juridiques de mise en œuvre de l'exception au droit d'auteur qu'est la décompilation⁴²⁷. Cependant, si le terme de « décompilation » est expressément mentionné dans la

⁴²⁶ Code de la propriété intellectuelle, *Dalloz*, 2012, p. 176.

⁴²⁷ La doctrine n'est pas unanime quant au régime juridique de la décompilation. Deux thèses majeures s'opposent à ce sujet. Selon la première thèse, le « droit de décompiler » ou « droit de décompilation » ne peut s'analyser comme une exception au droit d'auteur constitue un droit « *sui generis* » qui doit être interprété de manière très restrictive afin de préserver le régime de protection des logiciels. cf. M.-A. Pichaud, « Fasc. 4540 : droit de la concurrence et informatique », *JCI Communication*, 1^{er} oct.

directive, il n'est pas pour autant défini.

184. La définition juridique nationale de la décompilation. Il a été remédié à ce vide juridique lors de la transposition de cette disposition à l'article L. 122-6-1, IV, du Code de la propriété intellectuelle. Ainsi, la décompilation est définie comme « la reproduction⁴²⁸ du code du logiciel ou la traduction de la forme de ce code ». La définition juridique est donc très proche de la définition technique en se rattachant à la notion de « code du logiciel », et est incluse dans les dispositions fixant le régime juridique de cette démarche technique.

2. Le régime juridique de la décompilation

185. La décompilation : une exception au droit d'auteur. La décompilation est également une exception au droit d'auteur aux termes de l'article L. 122-6-1, IV du code de la propriété intellectuelle⁴²⁹. La décompilation, tout comme l'ingénierie inverse⁴³⁰, doit donc être limitée, ne doit pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'objet protégé et ne pas causer de préjudice injustifié aux ayants droits. Le respect de ce « test en trois étapes » explique en partie les raisons pour lesquelles les dispositions relatives à l'exception de décompilation sont aussi développées et complexes quant aux conditions de sa mise en œuvre.

Une série de conditions est ainsi posée à l'article L. 122-6-1, IV, du Code de la propriété intellectuelle et l'acte de décompilation doit s'y conformer strictement. A défaut, la démarche sera constitutive d'une contrefaçon au sens de l'article L. 335-3, alinéa 2, du Code de la propriété intellectuelle⁴³¹.

2008 ; X. Linant de Bellefonds, *op. cit.*

D'après la seconde thèse, celle que nous adoptons, la démarche de la décompilation, telle qu'encadrée par les dispositions de l'article L.122-6-1, IV, est une exception au droit de l'auteur du logiciel dans un but exclusif d'interopérabilité. Ainsi, aux termes de la directive 91/250 du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, « l'un des objectifs de cette exception est de permettre l'interconnexion de tous les éléments d'un système informatique, y compris ceux de fabricants différents, afin qu'ils puissent fonctionner ensemble ».

⁴²⁸ Par application de l'article L. 122-6, 1°, CPI, la reproduction d'un logiciel est « permanente ou provisoire [...] en tout ou partie par tout moyen et sous toute forme ».

⁴²⁹ Commentaire sous art. L. 122-6-1, CPI, *Dalloz*, 2012, p. 176 : « cette limite [au droit d'auteur] part du postulat qu'un logiciel est une œuvre qui, à la différence d'autres, ne peut vivre en autarcie. Il faut donc organiser l'interopérabilité des programmes entre eux en permettant aux interfaces logiques de se reconnaître et "communiquer". Pour cela, l'accès au code source est nécessaire. Or, ce dernier est hors d'atteinte d'un utilisateur légitime, techniquement par l'opération de compilation qui a eu lieu en amont et, juridiquement, par l'interdiction de copie, même privée. L'exception est donc justifiée par le but de permettre le retour aux sources par l'intermédiaire d'actes de reproduction que le législateur encadre. L'exception est limitée à l'hypothèse expressément envisagée par le Code (interopérabilité) en sorte que le donné légal ne peut permettre de légitimer des décompilations ayant pour but de réaliser une maintenance corrective ou évolutive ».

⁴³⁰ cf. *supra*, p. 123.

⁴³¹ Art. L. 335-3, al. 2, CPI : « Est également un délit de contrefaçon la violation de l'un des droits de l'auteur d'un logiciel définis à l'article L. 122-6 », cf. *infra*, p. 281.

186. **Plan.** Ainsi, le recours à la démarche technique de la décompilation d'un logiciel n'est pas soumis à l'autorisation de l'éditeur du logiciel, si la reproduction ou la traduction du code est nécessaire à l'interopérabilité du logiciel (a), si elle respecte les conditions posées quant à la technique de la décompilation elle-même (b) et quant à l'usage des informations obtenues par le biais de cette technique (c).

a. La condition relative à la finalité d'interopérabilité des logiciels

187. **La limitation de la décompilation à la finalité d'interopérabilité**⁴³². Par application des dispositions de l'article L. 122-6-1, IV, du Code de la propriété intellectuelle, la reproduction ou la traduction du code du logiciel n'est pas soumise à l'autorisation de son auteur dès lors que ces démarches sont indispensables « pour obtenir les informations nécessaires à l'interopérabilité d'un logiciel créé de façon indépendante avec d'autres logiciels »⁴³³. C'est ce qu'une partie de la doctrine nomme « l'interopérabilité autoprocuree »⁴³⁴. La décompilation ne peut cependant servir à l'accomplissement d'actes non autorisés, pour « porter atteinte à l'exploitation normale du logiciel » ou encore pour « causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur »⁴³⁵.

188. **Le motif de la limitation de la décompilation à la finalité d'interopérabilité.** Manifestement, c'est la peur d'une atteinte aux droits des auteurs de logiciels qui a justifié la limitation de l'usage de la technique de la décompilation à la seule finalité d'interopérabilité. Ainsi, il ne doit pas être opéré d'amalgame entre mise en

⁴³² P. Sirinelli, « Propriété littéraire et artistique », *D.* 2012, p. 2836 : « (...) l'interopérabilité n'est pas, par elle-même, une exception au droit d'auteur. Ni un cas d'ouverture large justifiant toute initiative pouvant y conduire. La directive européenne 91/250/CE du 14 mai 1991 prévoit seulement une faculté (conditionnée) de décompilation du code objet d'un programme d'ordinateur afin de remonter au code source de ce programme dans le but de permettre l'interopérabilité avec un autre programme. C'est dire que l'interopérabilité n'est que la fin poursuivie permettant de justifier, sous certaines conditions, certains actes accomplis par un utilisateur légitime. Sans cette exception expressément prévue par la directive européenne et les législations nationales, les actes de reproduction de séries d'instructions composant le programme seraient analysés comme des actes de contrefaçon puisque est seule autorisée - indépendamment des actes accomplis avec une autorisation de l'ayant droit - la copie de sauvegarde du programme. Appréhender de façon précise la notion d'interopérabilité est donc fondamental puisque cette dernière marque les limites de l'exception au droit d'auteur : elle est la justification aux actes de décompilation et, plus précisément, la seule justification ».

⁴³³ Il est à noter qu'est utilisé dans cet article le terme de « logiciel », non de « programme d'ordinateur » comme dans la directive 91/250/CEE. La loi de transposition du 10 mai 1994 n'est pas en contradiction sur ce point avec la directive, le terme de « logiciel » étant d'application plus large que celui de « programme ».

M. Vivant, « Logiciel 94 : tout un programme ? – Loi n° 94-361 du mai 1994 », *JCP G*, n° 41, I 3792, 12 oct. 1994 : « Il ne s'agit, de fait, que d'une simple application de la théorie des ensembles, car s'il est indiscutable que la notion de logiciel inclut celle de programme, légiférer sur le logiciel revient à légiférer sur le programme et assurer un alignement de la norme française relative au logiciel sur la norme européenne relative au programme revient bien à réaliser l'harmonisation communautaire souhaitée en matière de programme. »

⁴³⁴ S. Leriche et R. Ferla, « Tous les chemins mènent à l'interopérabilité – Des divers moyens juridiques d'accéder (ou non) à l'interopérabilité des mesures techniques de protection », *Legipresse*, 2008 II, p. 61.

⁴³⁵ Art. L. 122-6-1, V, CPI.

œuvre de l'interopérabilité et atteintes aux droits de l'auteur d'un logiciel. En effet, la mise en œuvre de l'interopérabilité vise à l'interaction et à la compréhension mutuelle de deux logiciels. Cet objectif n'est donc pas motivé par une violation des droits de l'auteur de l'un des logiciels mais par une vision pratique de l'informatique où il n'existe pas d'obstacle au fonctionnement combiné de l'ensemble des outils⁴³⁶. Le recours à la technique de la décompilation s'inscrit ce faisant dans cette réflexion pratique et non dans celle d'un schéma de violation des droits des auteurs.

Dès lors, si le recours à la décompilation n'a pour seul objet que l'interopérabilité de logiciels et non la violation de droits, les titulaires de droits sur lesdits logiciels ne peuvent s'y opposer, par quelque moyen que ce soit. A titre d'illustration, la licence d'un logiciel ne peut inclure une disposition interdisant le recours à la démarche technique de la décompilation respectant les conditions posées par les dispositions de l'article L. 122-6-1, IV du Code de la propriété intellectuelle, parmi lesquelles il reste à évoquer celles relatives à la démarche elle-même, puis celles relatives aux informations obtenues par ce biais.

b. Les conditions relatives à la décompilation elle-même

189. La condition de la légalité de l'utilisation du logiciel. La démarche de la décompilation ne peut être accomplie sur tous les logiciels. Trois conditions cumulatives doivent être respectées, la première étant que les actes techniques soient « accomplis par la personne ayant le droit d'utiliser un exemplaire du logiciel ou pour son compte par une personne habilitée à cette fin »⁴³⁷. En d'autres termes, la démarche de décompilation d'un logiciel doit donc être réalisée sur un exemplaire que la personne est en droit d'utiliser. Ce droit lui est accordé, soit à titre personnel, soit par un tiers disposant lui-même de ce droit⁴³⁸.

190. La condition de l'absence d'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité. La deuxième condition est que « les informations nécessaires à l'interopérabilité » n'aient pas « déjà été rendues facilement et rapidement accessibles »⁴³⁹ aux personnes ayant le droit d'utiliser le logiciel ou habilitées à cette fin. Ainsi, si le titulaire de droits sur un logiciel a mis à disposition les informations essentielles à son interopérabilité, alors la démarche technique de la décompilation ne peut être mise en œuvre sur ledit logiciel. Il est à noter

⁴³⁶ A titre d'illustration, le logiciel multimédia *VLC Media Player* a pour objet de permettre la lecture de l'ensemble des formats (audio, vidéo...) sur l'ensemble des supports (ordinateur, tablette...) et systèmes d'exploitation. Cet objectif d'interopérabilité, dans son principe, ne vise pas à porter atteinte aux droits des tiers, <<http://www.videolan.org/>>.

⁴³⁷ Art. L. 122-6-1, IV, al. 1, 1°, CPI.

⁴³⁸ S. Leriche et R. Ferla, *op. cit.* : « il est clair que l'utilisateur final du logiciel est visé en priorité et que sont exclus du bénéfice de l'exception de décompilation les simples concurrents ou autres acteurs du marché désireux de combiner leurs propres produits avec le logiciel concerné, dès lors que ces derniers ne sont pas titulaires d'une licence en bonne et due forme ».

⁴³⁹ Art. L. 122-6-1, IV, al. 1, 2°, CPI.

que le législateur a pris la précaution de préciser que ces informations devaient être « rendues facilement et rapidement accessibles », ce qui signifie que seule une mise à disposition, dans un format ouvert et par le biais d'un moyen technique disponible pour tous sans inscription préalable, répond à cette exigence. En d'autres termes, si la mise à disposition ne respecte pas ces impératifs, il peut être procédé à la technique de la décompilation pour permettre la mise en œuvre de l'interopérabilité de deux logiciels.

191. La condition de limitation aux seuls éléments nécessaires à la mise en œuvre de l'interopérabilité.

La troisième et dernière condition tient en ce que les actes de reproduction ou de traduction du code du logiciel soient « limités aux parties du logiciel d'origine nécessaires à cette interopérabilité »⁴⁴⁰. Un logiciel ne peut donc pas être décompilé dans son intégralité. Cette démarche technique doit se limiter strictement aux éléments du logiciel dont la connaissance est nécessaire à la mise en œuvre de l'interopérabilité. Afin de déterminer les parties du logiciel pouvant être décompilées, il convient de se reporter à la caractérisation des informations essentielles à l'interopérabilité. Ainsi, la documentation technique et les interfaces de programmation sont *a minima* les parties du logiciel pouvant faire l'objet d'une décompilation⁴⁴¹.

En définitive, tout acte de décompilation de parties d'un logiciel non nécessaires à l'interopérabilité, sans l'autorisation du titulaire de droits sur le logiciel, est illégal. Il en va de même pour les actes accomplis dans un but étranger à la mise en œuvre de l'interopérabilité ou pour ceux réalisés alors que les informations nécessaires à l'interopérabilité ont été rendues disponibles. Toutefois, l'encadrement légal de la décompilation ne s'arrête pas à cette conclusion. En effet, l'usage des informations essentielles à l'interopérabilité du logiciel, obtenues par le biais de la démarche de la décompilation, est lui-même strictement encadré par une série de conditions fixées par l'article L. 122-6-1, IV, du Code de la propriété intellectuelle.

c. Les conditions relatives à l'usage des informations obtenues par décompilation

192. Le principe de l'encadrement de l'usage des informations obtenues par décompilation. La conformité au « test des trois étapes »⁴⁴² de l'exception de décompilation explique les règles quant à l'usage des informations essentielles à l'interopérabilité. Ces règles sont les suivantes : la limitation à la réalisation de l'interopérabilité, la restriction de la communication aux tiers et l'absence d'atteinte au droit d'auteur.

⁴⁴⁰ Art. L. 122-6-1, IV, al. 1, 3°, CPI.

⁴⁴¹ cf. *supra*, p. 128 et s.

⁴⁴² Pour rappel, l'exception est limitée : elle ne doit pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'objet protégé et ne doit pas causer de préjudice injustifié aux ayants droits.

193. La condition de l'usage des informations aux seules fins d'interopérabilité. Premièrement, les informations obtenues ne peuvent être « utilisées à des fins autres que la réalisation de l'interopérabilité du logiciel créé de façon indépendante »⁴⁴³. Une nouvelle fois, la notion d'interopérabilité encadre donc la démarche technique de la décompilation.

Cela ne signifie bien évidemment pas que le logiciel doit avoir pour seule fonction l'interopérabilité avec un autre logiciel. En effet, les informations obtenues par décompilation sont nécessairement intégrées dans le logiciel, qui va être utilisé selon les fonctionnalités pour lesquelles il a été élaboré⁴⁴⁴. Toutefois, conformément aux dispositions de l'article L. 122-6-1 précitées, les informations ainsi intégrées servent bien à la seule mise en œuvre de l'interopérabilité des logiciels et pas spécifiquement à la réalisation des fonctionnalités en elles-mêmes.

194. La condition de l'absence de communication des informations aux tiers. Deuxièmement, par application des dispositions de l'article L. 122-6-1, IV, du Code de la propriété intellectuelle, les informations ne peuvent être « communiquées à des tiers sauf si cela est nécessaire à l'interopérabilité du logiciel créé de façon indépendante »⁴⁴⁵. Le principe est tel que les informations obtenues par décompilation ne peuvent pas être communiquées aux tiers, l'exception étant que la transmission est permise aux seules fins d'interopérabilité du logiciel.

S'agissant du principe tout d'abord, il est donc fait interdiction à la personne obtenant les informations nécessaires à la mise œuvre de l'interopérabilité de deux logiciels par la technique de la décompilation de les transmettre à un tiers. L'acte de mise à disposition aux tiers des informations obtenues par décompilation, dans un but étranger à l'interopérabilité, est lui constitutif d'une contrefaçon⁴⁴⁶.

S'il s'agit de la mise en œuvre de l'interopérabilité de deux logiciels dits « propriétaires » ou « privés »,

⁴⁴³ Art. L. 122-6-1 IV, al. 2, 1°, CPI.

⁴⁴⁴ A titre d'illustration, les informations obtenues par décompilation peuvent être intégrées dans un logiciel permettant la lecture de fichiers musicaux ou encore la conception de montages vidéos.

⁴⁴⁵ Art. L. 122-6-1 IV, al. 2, 2°, CPI.

⁴⁴⁶ CA Paris, Ch. Correctionnelle 13, sect. A, 21 février 2006, n° 05/03075, 05/6557, *JurisData* : 2006-311713 : « La pratique du désassemblage d'un logiciel n'est licite que dans les strictes hypothèses prévues par l'article L. 122-6-1, IV, du Code de la propriété intellectuelle mais constitue une contrefaçon dès lors que, comme en l'espèce, l'auteur de la manipulation, non titulaire des droits d'utilisation, n'agit pas à des fins d'interopérabilité et met à la disposition de tiers (les internautes) les informations obtenues ».

cette condition de partage des informations obtenues par décompilation ne pose pas de difficulté. Un logiciel dit « propriétaire » ou « privé »⁴⁴⁷ est un logiciel dont l'auteur conserve le contrôle sur les droits du logiciel par des moyens légaux et matériels. Principalement, le code source n'est pas rendu disponible et cela afin de garantir à l'auteur du logiciel le contrôle de son utilisation, de sa diffusion ou encore de sa modification. Le partage des informations du logiciel n'est donc pas la philosophie des logiciels « propriétaires » ou « privés ». Dès lors, la condition d'interdiction de la communication aux tiers des informations nécessaires à l'interopérabilité de logiciels, obtenues par décompilation, est remplie en pratique par l'absence d'accès au code source du logiciel où les informations en question sont présentes et par la licence du logiciel.

La situation s'avère différente pour le cas des logiciels dits « libres ». En effet, la philosophie de partage est aux fondements de ces logiciels. Ainsi, un logiciel peut être défini comme libre dès lors que sont réunies quatre libertés⁴⁴⁸ : utilisation, étude, diffusion, modification. Afin de garantir ces quatre libertés, le code source du logiciel est rendu nécessairement disponible à tous. De ce fait, toutes les informations du logiciel, y compris celles obtenues par décompilation, sont communiquées aux tiers. Dès lors, la question du respect de la condition, posée par l'article L. 122-6-1, IV, du Code de la propriété intellectuelle, se pose pour la décompilation des informations nécessaires à l'interopérabilité intégrées dans un logiciel libre. En effet, le code source d'un logiciel libre étant disponible pour tous, la communication aux tiers des informations obtenues par décompilation et intégrées dans le logiciel est inévitable. Toute démarche de décompilation pour l'interopérabilité d'un logiciel libre avec un autre logiciel serait donc illégale car ne respectant pas la condition de restriction de diffusion des informations aux tiers.

Cependant, cette conclusion est quelque peu hâtive. Il ne faut en effet pas omettre l'exception au principe d'interdiction de diffusion aux tiers. Pour rappel, par application des dispositions de l'article L. 122-6-1, IV, du Code de la propriété intellectuelle, les informations, obtenues par décompilation, ne peuvent être « communiquées à des tiers sauf si cela est nécessaire à l'interopérabilité du logiciel créé de façon indépendante ». En d'autres termes, si la communication aux tiers des informations obtenues par décompilation est nécessaire à l'interopérabilité d'un logiciel avec d'autres logiciels, alors celle-ci est

⁴⁴⁷ La notion de logiciel « propriétaire » ou « privé » se définit par opposition à celle de logiciel libre. La notion de logiciel propriétaire se rapporte au fait que l'auteur conserve l'entière propriété du logiciel. Quant à la notion de logiciel « privé », elle est établie par opposition à la notion de logiciel « libre » dans le sens où l'utilisateur est privé de ses libertés quant à l'utilisation du logiciel.

⁴⁴⁸ Selon la conceptualisation de Richard Stallman, un informaticien américain, à l'origine de la notion de « logiciel libre », cf. D. Leloup, « Richard Stallman : l'utilisateur doit contrôler le programme, pas l'inverse », lemonde.fr, 14 mars 2012.

autorisée. A notre sens, le fait qu'un logiciel libre rende accessible son code source n'est donc pas un obstacle à l'obtention des informations essentielles à l'interopérabilité, par la démarche technique de la décompilation, dès l'instant où l'accès à ces informations est nécessaire à son interopérabilité avec d'autres logiciels.

195. La condition de l'absence d'usage des informations à des fins de violation du droit d'auteur.

Troisièmement, les informations nécessaires à l'interopérabilité ne peuvent être « utilisées pour la mise au point, la production ou la commercialisation d'un logiciel dont l'expression est substantiellement similaire ou pour tout autre acte portant atteinte au droit d'auteur »⁴⁴⁹. Cette disposition vise clairement à ne pas faire de l'exception de décompilation un moyen pour porter atteinte aux droits de l'auteur du logiciel décompilé et inclut l'ensemble du processus de mise à disposition d'un logiciel, de son élaboration à sa communication au public.

Le terme « logiciel dont l'expression est substantiellement similaire » manque toutefois de précision juridique, ce qui est à regretter⁴⁵⁰. En effet, d'après cette disposition, s'il n'est pas nécessaire de constater une parfaite similitude entre le logiciel original et celui conçu grâce aux informations obtenues par décompilation pour constater une violation des dispositions de l'article L. 122-6-1, IV du Code de la propriété intellectuelle, il est toutefois impossible d'établir de manière certaine ce que constitue un logiciel « dont l'expression est substantiellement similaire » au logiciel décompilé de celui qui ne l'est pas. En outre, le législateur distingue le fait de mettre au point, produire et commercialiser un logiciel « dont l'expression est substantiellement similaire » au logiciel décompilé, relevant d'un acte de contrefaçon, de l'« acte portant atteinte au droit d'auteur », constituant une violation d'un droit de propriété intellectuelle.

196. Les conséquences du régime juridique de la décompilation sur le droit à l'interopérabilité. Force est de constater que les dispositions présentées ci-dessus sont clairement destinées aux éditeurs de logiciels car peu de consommateurs disposent des connaissances techniques nécessaires pour procéder à la démarche de l'ingénierie inverse ou de la décompilation⁴⁵¹. La décompilation est donc bien un moyen technique à disposition des éditeurs de logiciels pour la mise en œuvre de l'interopérabilité. Cependant, le manque de

⁴⁴⁹ Art. L. 122-6-1 IV, al. 2, 3°, CPI.

⁴⁵⁰ HADOPI, synthèse des contributions reçues, « Chantier exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins », position de l'Association française des éditeurs de logiciels, 23 nov. 2011, p. 24.

⁴⁵¹ S. Leriche et R. Ferla, *op. cit.* : « (...) le droit de décompilation est réservé non aux acteurs de l'industrie ou du marché concerné mais, de manière beaucoup plus limitative, à l'utilisateur, ce dernier sera le plus souvent dépourvu des moyens de procéder aux opérations visées à l'article L.122-6-1 (iv) ou, plus prosaïquement, n'en verra pas l'intérêt s'il n'est pas lui-même un acteur économique souhaitant développer un service ou produit complémentaire ou compatible ».

précision juridique des dispositions, ainsi que leur complexité, peuvent potentiellement constituer un frein à la garantie de l'interopérabilité par le recours à cette démarche technique.

197. Conclusion de la Section. L'éditeur de logiciels, professionnel ou non, est celui qui est à l'origine de la publication d'un logiciel et qui est garant de son contenu. Or, les logiciels, définis comme l'« ensemble des programmes, procédés et règles et éventuellement de la documentation, relatifs au fonctionnement d'un ensemble de traitement de données »⁴⁵², constituent l'instrument indispensable à l'utilisation des outils et technologies de l'information et de la communication. Les données numériques ne peuvent ainsi être produites et partagées que par le recours à différents logiciels. De ce fait, le consommateur est dépendant des éditeurs des logiciels qu'il utilise pour le contrôle de ses données.

Or, lui seul dispose de moyens techniques légaux pour garantir l'interopérabilité au bénéfice du consommateur. En effet, ce sujet dispose de deux démarches techniques légalement reconnues aux termes de l'article L. 122-6-1 du Code de la propriété intellectuelle, pour la mise en œuvre de l'interopérabilité : l'ingénierie inverse et la décompilation. C'est pourquoi la qualification de cet acteur de sujet passif du droit à l'interopérabilité est retenue. Reste à voir comment le second sujet passif de ce droit, l'éditeur de contenus numériques, peut lui aussi mettre en œuvre l'interopérabilité.

⁴⁵² Enrichissement du vocabulaire informatique, *JORF* 17 janv. 1982, p. 625, cf. Logiciel.

SECTION II - L'ÉDITEUR DE CONTENUS NUMÉRIQUES

198. **La définition de l'éditeur de contenus numériques.** *L'éditeur de contenus numériques est la personne, physique ou morale, à l'origine de la publication de données « produites et fournies sous forme numérique »⁴⁵³.* A titre d'illustration, l'éditeur de vidéos, de musique ou encore de livres mis à la disposition du consommateur sous forme numérique est qualifié d'éditeur de contenus numériques.

199. **Plan.** C'est de ce sujet que va dépendre essentiellement l'interopérabilité des données reçues par le consommateur. La qualification de sujet passif du droit à l'interopérabilité s'impose donc à l'égard de l'éditeur de contenus numériques (I), d'autant plus que ce dernier, à l'instar de l'éditeur de logiciels, dispose de moyens techniques légaux pour garantir l'interopérabilité des données au bénéfice du consommateur (II).

I. La qualification de l'éditeur de contenus numériques en tant que sujet passif du droit à l'interopérabilité

200. **Plan.** En matière de contenus numériques, leur interopérabilité dépend de celui qui est à l'origine de leur publication, à savoir l'éditeur de contenus numériques (A). En outre, s'agissant des données reçues par le consommateur, l'éditeur de contenus numériques est le garant de l'exception de la copie à titre privé, dépendant de la mise en œuvre de l'interopérabilité (B).

A. L'éditeur de contenus numériques, garant de l'interopérabilité des données reçues par le consommateur

201. **Le consommateur « récepteur » de données.** Le consommateur peut recevoir des données que lui a envoyées un autre consommateur. Il peut également être destinataire de données qualifiées de contenus culturels numériques⁴⁵⁴, obtenues via des plates-formes de téléchargements en ligne, auprès de tiers professionnels⁴⁵⁵. C'est l'exemple du morceau de musique, du film ou du livre numérique téléchargé sur une plate-forme dédiée et gérée soit directement par l'éditeur du contenu numérique, soit par un professionnel assurant l'administration du service en ligne.

⁴⁵³ Art. 2, 11), directive 2011/83/UE.

⁴⁵⁴ cf. *supra*, p. 22.

⁴⁵⁵ Pour une étude du téléchargement de biens culturels : HADOPI, Rapport « Hadopi, biens culturels et usages d'Internet : pratiques et perceptions des internautes français », 23 janv. 2011, <<http://www.hadopi.fr/download/hadopiT0.pdf>>, p. 38 - 57.

202. La dépendance technique du consommateur. Pour ce type de contenus, l'interopérabilité dépend essentiellement du format, qui est déterminé, non pas par le gestionnaire de la plate-forme de téléchargement, mais par l'éditeur du contenu numérique. C'est donc à ce dernier que revient la charge de la garantie de l'interopérabilité des contenus numériques téléchargés par le consommateur.

Ce dernier ne dispose pas des connaissances techniques pour pallier un défaut d'interopérabilité des contenus numériques. Il n'est donc pas en capacité de s'assurer un accès indifférencié à ses contenus numériques sur les supports de son choix. L'éditeur de contenus numériques joue donc un rôle central dans l'échange de données, et plus spécifiquement dans la copie de ses données par le consommateur pour son usage privé.

B. L'éditeur de contenus numériques, garant de l'interopérabilité des données copiées à titre privé par le consommateur

203. La définition de la copie à titre privé⁴⁵⁶. Quand un consommateur veut accéder à des données numériques sur un autre support que celui qui les a créées ou téléchargées, il doit nécessairement en faire une copie. Si cette copie est réalisée pour un usage personnel, elle est dite à titre privé. La copie à titre privé peut ainsi être définie comme la reproduction, pour un usage personnel et non public, d'une œuvre objet d'un droit d'auteur ou de droits voisins.

204. Le régime juridique de la copie à titre privé. Par principe, l'auteur d'une œuvre est seul à autoriser les reproductions de son œuvre. Si l'on s'en tient strictement à ce principe, la copie à titre privé serait illégale. Or, une telle rigueur n'apparaît pas dans l'intérêt du consommateur. En effet, ce dernier se trouverait contraint à l'utilisation d'un seul et unique support pour l'accès à l'œuvre.

C'est pourquoi l'auteur d'une œuvre ne peut, par application des dispositions de l'article L. 122-5, 2° du Code de la propriété intellectuelle, interdire « les copies ou reproductions réalisées à partir d'une source licite et strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective, à l'exception des copies des œuvres d'art destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'œuvre originale a été créée (...) »⁴⁵⁷. Il s'agit donc d'une exception au droit de l'auteur d'autoriser les reproductions

⁴⁵⁶ Sur la notion de copie à titre privée, cf. A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., Lexisnexus, 2012, p. 354 et s. ; J.-M. Bruguière et M. Vivant, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Précis Dalloz, 2013, p. 486 et s. ; A. R. Bertrand, *Droit d'auteur*, 3^e éd., Dalloz action, 2010, p. 331 et s. ; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 8^e éd. PUF, coll. Droit fondamental, 2012, p. 342 et s.

⁴⁵⁷ De même, le bénéficiaire d'un droit voisin du droit d'auteur ne peut, par application des dispositions de l'article L. 211-3, 2° du

de son œuvre⁴⁵⁸.

205. La nécessité de l'interopérabilité pour la garantie de la copie à titre privé. Le consommateur est donc légalement autorisé à réaliser des copies, pour son usage strictement personnel, des œuvres numériques dont il dispose légalement⁴⁵⁹. Or, cette faculté ne sera effective que si le consommateur ne se trouve pas confronté à l'obstacle technique d'un défaut d'interopérabilité. L'exception de copie privée est donc dépendante de la garantie de l'interopérabilité et, par voie de conséquence, des moyens techniques utilisés par l'éditeur pour la mise à disposition des contenus numériques⁴⁶⁰.

Code de la propriété intellectuelle, interdire « les reproductions réalisées à partir d'une source licite, strictement réservées à l'usage privé de la personne qui les réalise et non destinées à une utilisation collective ».

458 F. Pollaud-Dulian, « Exception de copie privée en France », in *Les exceptions au droit d'auteur, État des lieux et perspectives dans l'Union européenne*, Dalloz, août 2012. Pour certains, il s'agit plutôt d'un droit. Au terme de la célèbre affaire *Mulholland Drive*, la Cour de cassation a elle maintenu la qualification d'exception au droit d'auteur. Civ. 1^{ère}, 28 févr. 2006, n° 05 -15.824., *JCP* 2006. 10084, note Lucas ; 2006.I.162, § 12, obs. Caron ; *JCP E* 2006. 2178, § 8, obs. Pignatari, et § 11, obs. H.J. Lucas ; *D.* 2006. AJ. 784, obs. Daleau ; *D.* 2006. Pan. 2996, obs. Sirinelli ; *Prop. intell.* 2006, n° 19, p. 179, obs. Lucas ; n° 24, p. 364, obs. Vivant ; *RLDI* 2006, mars, n° 405, p. 35, obs. Costes ; *RIDA* 2006, 209, p. 323, obs. Kéréver ; *CCF* 2006, comm. 56, obs. Caron ; *RTD com.* 2006. 370, obs. Pollaud-Dulian ; 400, obs. Gaudrat ; *JurisData* n° 2006-032368. Et sur renvoi Paris, 4^e ch., 4 avr. 2007, *Prop. intell.* 2007, n° 24, p. 320, obs. Lucas ; *CCF* 2007, comm. 68, note Caron. ; V.-L. Benabou, « Les routes vertigineuses de la copie privée au pays des protections techniques... A propos de l'arrêt *Mulholland Drive* », visible sur le site : *juriscom.net*, mai 2005.

A. R. Bertrand, *Droit d'auteur*, Dalloz action 2010, Chapitre 111, section 1, § 3 : « En réalité le statut légal de la copie privée est aujourd'hui très complexe, et dans plusieurs situations, on est effectivement en présence non pas d'une exception mais bien d'un droit. En effet, en matière d'ouvrages et de revues sur supports papier, indépendamment du fait qu'il est matériellement impossible d'interdire leur reproduction par photocopie notamment à titre de l'exception pour copie privée, la loi du 3 janvier 1995 a créé un droit de reprographie (CPI, art. L. 122-10), qui est géré par une société de perception et de répartition des droits agréée à cet effet, et qui est une sorte de licence légale, à laquelle l'auteur, qui reçoit en principe une rémunération à ce titre, ne peut s'opposer. Dans la pratique, comme dans les faits, nous sommes bien ici en présence d'un droit à la copie privée, alors que l'auteur est quant à lui effectivement dépossédé de l'exercice de son droit de reprographie ! Enfin la loi du 3 juillet 1985 a instauré le principe d'une rémunération pour copie privée, dont le principe figure actuellement sous l'article L. 311-1 du CPI ».

P.-Y. Gautier, « La copie privée et le droit d'auteur en général depuis la loi du 1er août 2006 », *D.* 2006, p. 2155 : « (...) étant donné que la loi réaffirme à plusieurs reprises la faculté pour l'usager de copier les œuvres à titre privé et que l'ARMT est en charge d'une police qui sera sans doute stricte des mesures techniques de protection, on n'est tout de même pas loin d'un véritable droit subjectif du public (notion stimulante). On atteint ici les limites du vocabulaire juridique ».

459 Sur la question de la licéité de la source, cf. J.-M. Bruguière et M. Vivant, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Précis Dalloz, 2013, p. 787.

460 CSPLA, J. Martin, « Rémunération pour copie privée et mesures de gestion électronique des droits », oct. 2006 : « Les MTP constituent, dans certains cas, des obstacles mis – délibérément ou non – à l'interopérabilité technologique entre les fabricants de lecteurs et les producteurs et titulaires des droits des contenus. Ainsi, un nombre non négligeable de lecteur au format MP3, aujourd'hui commercialisés en France, ne permettent pas de lire des fichiers musicaux téléchargés, y compris licitement contre rémunération, sur des sites musicaux Internet détenus par des producteurs ou des diffuseurs n'utilisant pas la même norme de protection. Le rapporteur à l'Assemblée nationale du projet de loi soulignait ainsi que *Universal Music*, en France, s'est jusqu'à présent refusé à protéger ses CD, notamment au motif que, dans l'état de l'art, la protection peut gêner voire empêcher l'usage normal de l'œuvre licitement acquise. Cette question constitue l'une des principales sources de préoccupation des consommateurs, (...) les entraves mises aux pratiques de copie privée sont susceptibles de nourrir, à terme, la désaffection du public pour les matériels et les supports d'enregistrement. On observera que la nouvelle loi répond en partie à ces craintes, avec notamment l'obligation d'information des consommateurs sur les restrictions à l'utilisation ou à la copie (L. 331-12 CPI) et la garantie de la mise en œuvre effective de l'interopérabilité (L. 331-5 à L. 331-6 CPI) » ; M. Dieng, *Exceptions au droit d'auteur et mesures techniques de protection*, Thèse Université Panthéon- Assas, 2012 ; V.-L. Benabou, « De l'efficacité de l'exception en elle-même à sa confrontation aux mesures techniques », *Prop. intell.* 2007, n° 25, p. 423.

II. Les moyens techniques de mise en œuvre de l'interopérabilité par l'éditeur de contenus numériques : la mise à disposition dans un format ouvert et non protégé

206. **La mise à disposition de contenus numériques dans un format ouvert et non protégé.** Comme pour le cas de l'éditeur de logiciels, l'éditeur de contenus numériques dispose d'un moyen technique efficace pour la mise en œuvre de l'interopérabilité des données qu'il met à la disposition du consommateur : la diffusion des contenus dans un format ouvert. En effet, comme il a été rappelé précédemment, seul le recours à un format ouvert garantit au consommateur le libre choix de ses outils numériques ainsi que la pérennité de ses données. Pour le cas des contenus numériques qu'il télécharge, l'utilisation d'un format ouvert fournit au consommateur l'assurance de leur interopérabilité et donc celle de pouvoir en faire usage sur le support de son choix.

207. **Plan.** Toutefois, la garantie de l'interopérabilité par l'éditeur de contenus numériques ne peut se concevoir avec le recours à des mesures techniques de protection **(B)**, définies sommairement comme un système technique qui permet aux détenteurs de droits, sur un objet soumis à un droit de propriété intellectuelle de spécifier, voire de contrôler ce qu'un utilisateur peut en faire **(A)**⁴⁶¹.

A. La définition des mesures techniques de protection

208. **Le développement des mesures techniques de protection.** Au début des années 2000, les mesures techniques de protection ont connu un fort développement, en raison de la « convergence d'intérêts économiques »⁴⁶² des acteurs de l'industrie et de la culture⁴⁶³. En effet, les fournisseurs des supports techniques d'accès aux œuvres ou objets protégés, comme les éditeurs de contenus culturels, ont eu pour volonté commune de contrôler leur mode de rémunération par l'appropriabilité du support de diffusion. Or, le recours aux mesures techniques de protection s'est avéré être l'une des méthodes les plus efficaces de contrôle de la diffusion des contenus numériques⁴⁶⁴.

Madame Dussolier a parfaitement résumé la conception entourant le recours aux mesures techniques de protection : « s'empoisonner dans la mesure même où l'on souhaite lire... Le procédé imaginé par Umberto Eco et son personnage de papier, le moine aveugle Jorge, est particulièrement machiavélique. Il protège le

⁴⁶¹ C'est pourquoi nous proposerons par la suite l'abrogation du régime des mesures techniques de protection, cf. *infra*, p. 270.

⁴⁶² P. Chantepie, « Mesures techniques de protection des œuvres & DRMS : un état des lieux », rapport 2003-02-(I), ministère de la Culture et de la Communication, *La Documentation française*, janv. 2003, (Rapport Chantepie), p. 7.

⁴⁶³ Pour une présentation globale des acteurs des mesures techniques de protection : Rapport Chantepie, *op. cit.*, p. 18 à 46.

⁴⁶⁴ S. Dussolier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Larcier, 2005, n° 47.

livre inconnu d'Aristote de telle manière que sa consultation, sa lecture devient punissable de mort. Le moyen n'est pas trop faible pour le vieux moine en charge de la bibliothèque, qui redoute l'effet que pourraient avoir, sur ses condisciples, ces écrits sur le rire. Contre toute attente, Guillaume de Baskerville, le héros du livre, déjoue le piège. Muni de simples gants, il tourne les pages et accède, bien qu'imparfaitement, aux réflexions du philosophe sur la comédie. Des gants contre un poison mortel ; une technique en défait une autre. Une telle histoire est désormais connue en droit d'auteur. Les titulaires de droits déploient maintes techniques et astuces pour contrôler l'usage qui sera fait de leurs œuvres. Et des utilisateurs neutralisent la protection en recourant à d'autres techniques. Mais la comparaison s'arrête là. Car les moyens et les fins du « poison » diffèrent. Il va de soi que les aménagements techniques s'apposant de nos jours sur les œuvres ne sont pas si mortifères ; et l'objectif de la protection n'est ni la sauvegarde de l'orthodoxie religieuse ni la censure. Il ne s'agit que de préserver l'œuvre et les droits des auteurs dans un environnement où ceux-ci sont menacés et où l'auteur perd une part de la maîtrise de l'exploitation de sa création »⁴⁶⁵.

209. **Postulat.** La définition de ces mesures techniques de protection n'étant pas le cœur du sujet mais une composante nécessaire aux développements relatifs au droit du consommateur à l'interopérabilité, son étude ne sera volontairement pas exhaustive et se limitera aux éléments indispensables à la compréhension du sujet⁴⁶⁶.

210. **Plan.** Cependant, définir les mesures techniques de protection⁴⁶⁷ ne peut se faire en quelques lignes, et cela pour deux raisons. En premier lieu, il est impossible de poser une définition de ces mesures sans s'attarder quelques instants sur leur fonctionnement car ce détour par le monde de la technique permet de

⁴⁶⁵ S. Dussolier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Larcier, 2005, n° 47, p. 7.

⁴⁶⁶ Pour une présentation des mesures techniques de protection : T. Maillard, *La réception des mesures techniques de protection et d'information en droit français*, Thèse Université Paris-Sud XI, sous la direction de A. Latreille, 2009 ; M. Dieng, *Exceptions au droit d'auteur et mesures techniques de protection*, Thèse Université Panthéon-Assas, 2012 ; L. Badiane, *Les mesures techniques de protection*, Mémoire DESS Université Panthéon-Assas, 2004 ; S. Dussolier, « L'introuvable interface entre exceptions au droit d'auteur et mesures techniques de protection », *Comm. Com. Electr.*, nov. 2006, étude 29 ; P. Tafforeau et C. Monnerie, *Droit de la propriété intellectuelle*, Gualino, 3^e éd. 2012, p. 206-206 ; C. Castets-Renard (C.), *Droit de l'internet : droit français et européen*, Montchrestien, 2012, p. 232-235 ; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 8^e éd. PUF, coll. Droit fondamental, 2012, p. 350 et s. ; S. Dussolier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Larcier, 2005, n° 47 ; A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., Lexisnexis, 2012, p. 773 et s. ; J.-M. Bruguière et M. Vivant, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Précis Dalloz, 2013, p. 769 et s. ; A. R. Bertrand, *Droit d'auteur*, 3^e éd., Dalloz action, 2010, p. 284 et s. ; E. A. Caprioli, « Mesures techniques de protection et d'information des droits d'auteur », *Comm. Com. Electr.*, nov. 2006, étude 30 ; J. De Werra, « Le régime juridique des mesures techniques de protection des œuvres selon les traités de l'OMPI, le Digital Millennium Copyright Act, les directives européennes et d'autres législations (Japon, Australie) », *RIDA* 2001, n° 189, p. 67 et s.

⁴⁶⁷ L'idée d'une protection par la technique des droits sur les œuvres et objets numériques remonte au début des années 1980. Pour un historique complet : P. Tatsos, *Utilisation d'une ontologie différentielle pour l'élaboration de licences d'exploitation de contenus numériques : du formalisme à la transparence cognitive*, Thèse Université Reims Champagne-Ardenne, sous la direction de F. Rousseaux, 2007, p. 36 à 40.

comprendre précisément les effets de ces mesures sur l'interopérabilité (1). En second lieu, il conviendra de s'attarder sur les définitions juridiques des mesures techniques de protection : celles-ci ne faisant pas l'objet d'une seule et unique définition de cet ordre, en raison des difficultés du législateur à appréhender juridiquement un système technique existant (2).

1. La définition technique des mesures techniques de protection

211. La diversité des techniques de protection. Les mesures techniques de protection ne sont pas toutes identiques. En réalité, il s'agit d'une catégorisation d'un ensemble de mesures ayant un objectif commun mais des modalités différentes pour l'atteindre. Une seule définition ne pourrait donc pas correspondre à l'ensemble des mesures élaborées. Il convient donc de catégoriser les différentes mesures techniques de protection, afin d'en comprendre les spécificités techniques et de bien identifier leurs effets sur le consommateur. Les diverses techniques utilisées sont basées sur la science de la cryptographie⁴⁶⁸. Deux d'entre elles peuvent être principalement distinguées, à savoir les techniques de chiffrement (a) et celles de tatouage (b). Doit également être relevé l'essor de mesures techniques de protection combinant le chiffrement et l'informatique en nuage⁴⁶⁹ (c).

a. Les mesures techniques de protection de chiffrement

212. Le fonctionnement des mesures techniques de protection de chiffrement⁴⁷⁰. La technique du chiffrement repose sur un système de clés variables, par exemple dans le temps et selon les utilisateurs. Le système peut reposer sur un algorithme⁴⁷¹ symétrique, où la clé de chiffrement et celle de déchiffrement sont identiques. Il peut également reposer sur un algorithme asymétrique, où la clé de chiffrement et celle de déchiffrement sont différentes mais associées. C'est la combinaison « clé publique-clé privée » utilisée

⁴⁶⁸ Agence Nationale de la Sécurité des Systèmes d'Information (ANSSI), Référentiel Général de Sécurité version 1.0, annexe B1, version 1.20 du 26 janv. 2010 : la cryptographie est une science regroupant, pour les concepteurs de systèmes d'information « des outils permettant d'assurer, ou de contribuer à assurer, des fonctions de sécurité telles que la confidentialité, l'intégrité, l'authenticité et la non-répudiation ».

⁴⁶⁹ Vocabulaire de l'Informatique et de l'Internet, *JORF*, 6 juin 2010, n° 129, p. 10453, cf. Informatique en nuage : « Mode de traitement des données d'un client, dont l'exploitation s'effectue par l'Internet, sous la forme de services fournis par un prestataire. L'informatique en nuage est une forme particulière de gérance de l'informatique, dans laquelle l'emplacement et le fonctionnement du nuage ne sont pas portés à la connaissance des clients ».

⁴⁷⁰ Rapport Chantepie, *op. cit.*, p. 48 : « La cryptographie consiste à chiffrer un message "M" avec un algorithme de chiffrement secret "C", pour aboutir à un message codé "M'" apparemment vide de sens. L'algorithme de chiffrement "C" doit être suffisamment compliqué pour que seul un utilisateur disposant de l'algorithme de déchiffrement également secret "C'" associé à "C" puisse alors déchiffrer le message "M'" pour retrouver le message initial "M". Le message "M'" est donc sans intérêt pour un utilisateur ne disposant pas de l'algorithme "C'". Il peut donc être librement diffusé sans risques »

⁴⁷¹ H. Lilen, *Dictionnaire informatique et numérique*, 2^e éd. FirstInteractive, 2014, cf. Algorithme, p. 12 : « ensemble fini de règles déterminées servant à résoudre un problème au moyen d'un nombre fini d'opérations ».

particulièrement pour la signature électronique⁴⁷².

213. L'intérêt des mesures techniques de protection de chiffrement. Le chiffrement, à clés asymétriques principalement, permet une sécurisation des échanges et un conditionnement de l'accès aux œuvres et objets protégés. Le contrôle d'accès peut être désactivé « [...] soit par paiement, soit lorsque les autres conditions de la licence conclue avec les titulaires de droit auront été remplies »⁴⁷³ (mot de passe, usage d'un support physique spécifique, procédure d'authentification...) ⁴⁷⁴. Les mesures techniques de protection basées sur le chiffrement sont d'usage courant. Elles permettent également de contrôler, non pas le seul accès, mais l'usage de l'œuvre ou objet protégé⁴⁷⁵.

b. Les mesures techniques de protection de tatouage

214. Le fonctionnement des mesures techniques de protection de tatouage. « Les techniques de tatouage, principalement le *watermarking*⁴⁷⁶, mais encore le *fingerprinting*⁴⁷⁷, ont pour objet d'insérer de manière imperceptible des informations (texte, code, etc.) parmi des données numérisées, sous la forme d'un tatouage, d'un filigrane ou d'une empreinte »⁴⁷⁸. Ces techniques de tatouage permettent une traçabilité de l'œuvre ou objet protégé et de remonter à la source originelle de sa diffusion. Ainsi, par le recours aux mesures techniques de protection basées sur les techniques de tatouage, les titulaires de droits peuvent localiser l'auteur d'un acte de contrefaçon par exemple.

215. L'intérêt des mesures techniques de protection de tatouage. Les mesures techniques de protection basées sur les techniques du tatouage peuvent être utilisées à des fins de contrôle de l'usage d'une œuvre ou d'un objet protégé. À titre d'illustration, si un tatouage est détecté, l'enregistrement d'une œuvre peut être automatiquement bloqué si l'utilisateur ne dispose pas des droits suffisants pour accomplir cet acte. Cependant, cette technique du tatouage est peu utilisée comme mesure technique de protection.

⁴⁷² Art. L. 1316-4, Code civil : « Elle [la signature électronique] consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache ».

⁴⁷³ E. A. Caprioli, « Dispositifs techniques et droit d'auteur dans la société de l'information », in *Mélanges offertes à J.-P. Sortais*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2002, <www.caprioli-avocats.com>.

⁴⁷⁴ L. Badiane, *Les mesures techniques de protection*, Mémoire DESS Université Panthéon-Assas, 2004, p. 13.

⁴⁷⁵ À titre d'illustration, la machine virtuelle *BD+*, l'une des mesures techniques de protection du *Blu-ray*, est un système de chiffrement complexe basé sur un renouvellement constant des clés qui contrôle l'accès et l'usage de l'œuvre protégée.

⁴⁷⁶ Art. annexe technique n° 3, Arrêté du 3 août 2007 portant définition des normes techniques des systèmes de vidéosurveillance : « technique permettant d'ajouter des informations destinées à sécuriser une image, une vidéo ou tout autre type de documents numériques, en les intégrant dans le fichier sans le modifier ni le détériorer ».

⁴⁷⁷ Rapport Chantepie, *op.cit.*, p. 64 : « Le *fingerprinting* consiste à superposer plusieurs tatouages sur une même œuvre, apposés à chaque traitement ou copie de l'œuvre ».

⁴⁷⁸ *Ibid.*, p. 64.

En effet, elle nécessite en parallèle l'élaboration d'un système technique de remontée des informations vers un prestataire ou l'ayant-droit aux fins de contrôle de l'usage de l'œuvre ou objet protégé. Elle est donc employée davantage comme mesure technique d'information, définie comme une mesure permettant de marquer sur l'œuvre ou objet protégé les informations s'y rapportant⁴⁷⁹. De ce fait, les mesures basées sur cette technique sont souvent combinées à des mesures techniques de protection de chiffrement.

c. Les mesures techniques de protection basées sur la technologie de l'informatique en nuage

216. L'émergence des mesures techniques de protection basées sur la technologie de l'informatique en nuage. En raison des évolutions technologiques, la catégorisation des mesures techniques de protection n'est pas intangible. Ainsi, la dernière mesure technique de protection en date est « UltraViolet »⁴⁸⁰, qui fonctionne par le biais de l'informatique en nuage ou *cloud computing*⁴⁸¹.

217. Le fonctionnement des mesures techniques de protection basées sur la technologie de l'informatique en nuage. Ce système reprend la technique de chiffrement mais cette technique est combinée avec un système d'identification préalable sur un service de l'informatique en nuage. L'utilisateur doit ainsi créer un compte sur un service de l'informatique en nuage pour pouvoir accéder aux œuvres protégées⁴⁸².

2. Les définitions juridiques des mesures techniques de protection

218. Plan. Les définitions des mesures techniques de protection⁴⁸³ sont issues d'un *corpus* juridique constitué

⁴⁷⁹ Cf. *infra*, p. 282.

⁴⁸⁰ Pour une présentation de cette technologie : <<http://www.uvu.com/>>.

⁴⁸¹ Vocabulaire de l'informatique et de l'Internet, *JORF* n° 0129 du 6 juin 2010, p. 10453, cf. Informatique en nuage : « mode de traitement des données d'un client, dont l'exploitation s'effectue par l'Internet, sous la forme de services fournis par un prestataire ».

⁴⁸² Les problèmes spécifiques à l'informatique en nuage se retrouvent alors transposées à cette mesure technique de protection, particulièrement l'absence de recul sur la sécurité, la perte de contrôle des données à caractère personnel et la dépendance technologique des utilisateurs vis-à-vis des prestataires de service. L'usage de mesures dites de protection n'est donc pas neutre dans ce cas.

⁴⁸³ L'analyse est quelque peu différente quant aux mesures techniques dites d'information. Les mesures techniques d'information, telles que définies par les traités WCT (art. 12.2) et WPPT (art.19.2), sont celles « permettant d'identifier l'œuvre, l'auteur de l'œuvre, le titulaire de tout droit sur l'œuvre ou des informations sur les conditions et modalités d'utilisation de l'œuvre, et de tout numéro ou code représentant ces informations, lorsque l'un quelconque de ces éléments d'information est joint à l'exemplaire d'une œuvre ou apparaît en relation avec la communication d'une œuvre au public ». D'après les termes de la directive EUCD, l'« information sur le régime des droits » désigne « toute information fournie par des titulaires de droits qui permet d'identifier l'œuvre ou autre objet protégé visé » par la directive ou couvert par le droit *sui generis* relatif aux bases de données de la directive 96/9/CE. Les informations concernant le régime des droits sont également définies à l'article L.331-11

de traités internationaux élaborés sous l'égide de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle⁴⁸⁴, les traités WCT⁴⁸⁵ et WPPT⁴⁸⁶ (a), de la directive 2001/29/CE, dite directive EUCD⁴⁸⁷ (b) et de la loi du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (DADVSI) (c)⁴⁸⁸.

a. L'absence de définition juridique des mesures techniques de protection dans les traités WCT et WPPT

219. Le contexte d'élaboration des traités WCT et WPPT. Ces traités sont apparus comme une nécessité pour l'évolution du droit de la propriété intellectuelle⁴⁸⁹ dans un contexte d'internationalisation du droit de la propriété intellectuelle⁴⁹⁰ et d'essor des technologies de l'information et de la communication. Les « Traités Internet »⁴⁹¹ ont ainsi été adoptés en 1996, à une époque où les magnétoscopes, lecteur-enregistreur de cassettes et autres appareils électroniques, aujourd'hui objets du passé, étaient toujours plus performants dans l'accès et l'enregistrement des œuvres protégées⁴⁹². La fin du XX^e siècle marqua cependant le point de départ d'une véritable révolution dans les foyers qui allait rendre obsolète les dispositions adoptées : l'informatique grand public. Les bases du droit de la propriété intellectuelle, posées au cours de la seconde moitié du XIX^e siècle, n'ont alors plus suffi pour répondre « aux questions soulevées par l'évolution constatée

alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle comme « toute information fournie par un titulaire de droits qui permet d'identifier une œuvre, une interprétation, un phonogramme, un vidéogramme, un programme ou un titulaire de droit, toute information sur les conditions et modalités d'utilisation d'une œuvre, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme, ainsi que tout numéro ou code représentant tout ou partie de ces informations ». Les mesures techniques d'information sont donc utilisées à des fins d'information sur le régime des droits afférents à l'œuvre ou objet protégé. Elles se rapportent en conséquence à la partie non-contraignante de la prévention de la violation des restrictions d'accès ou d'usage de l'œuvre déterminées par les titulaires de droits ou la loi.

484 OMPI - *World Intellectual Property Organisation* WIPO.

485 *WIPO Copyright Treaty* – traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, adopté à Genève le 20 décembre 1996.

486 *WIPO Performances and Phonograms Treaty* – traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, adopté à Genève le 20 décembre 1996.

487 *European Union Copyright Directive*.

488 Pour une présentation du *corpus* juridique des mesures techniques de protection, cf. J. De Werra, « Le régime juridique des mesures techniques de protection des œuvres selon les traités de l'OMPI, le Digital Millennium Copyright Act, les directives européennes et d'autres législations (Japon, Australie) », *RIDA* 2001, n° 189, p. 67 et s. ; A. Latreille et T. Maillard, « Le cadre légal des mesures techniques de protection et d'information », *D.* 2006, 2171 et s.

489 Pour un historique complet : J. Larrieu, Fasc. 568-10 : Propriété industrielle – Droit unioniste – Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, *JCI Droit international*, <<http://www.wipo.int/portal/index.html.fr>>.

490 L'internationalisation du droit de la propriété intellectuelle se traduit par un mouvement massif d'adhésion des États à l'OMPI en raison du mouvement de décolonisation de la seconde moitié du XX^e siècle et de la multiplication des échanges internationaux.

491 OMPI – droit d'auteur et droits connexes – sujets actuels : « Ces Traités doivent être considérés comme des mises à jour et compléments de la protection donnée par la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (Convention de Berne) et la Convention internationale pour la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion (Convention de Rome). Ils traitent des défis posés par les avancées des technologies numériques, et tout particulièrement la diffusion de matériel protégé par le biais de réseaux numériques tel que l'Internet. » <http://www.wipo.int/copyright/fr/activities/wct_wppt/wct_wppt.html>.

492 WCT et WPPT – description détaillée des Traités Internet de l'OMPI, Secrétariat de l'OMPI : <http://www.wipo.int/copyright/fr/activities/wct_wppt/wct_wppt.html> : « au cours des années 1970 et 1980, un nombre considérable de progrès techniques importants ont été réalisés (reprographie, techniques vidéos, systèmes faisant appel à des cassettes compactes et permettant un "enregistrement à domicile" plus facile, radiodiffusion par satellite, télévision par câble, importance accrue des programmes d'ordinateur, des œuvres créées par ordinateur et des bases de données électroniques, etc.) ».

dans les domaines économique, social, culturel et technique »⁴⁹³.

220. La reconnaissance juridique des mesures techniques de protection⁴⁹⁴. Pour certains auteurs, « la légitimité des dispositifs de protection » a justifié l'adoption d'un *corpus* juridique⁴⁹⁵. Pour répondre aux évolutions précitées, le choix a donc été celui de la reconnaissance juridique des systèmes visant à la garantie des droits de propriété intellectuelle⁴⁹⁶. Ainsi, ces traités instaurent une obligation⁴⁹⁷ pour les États signataires d'élaboration d'un régime de protection juridique des mesures techniques de protection contre leur « neutralisation »⁴⁹⁸. Les sanctions juridiques mises en place par les États devaient donc porter sur les seuls

⁴⁹³ Préambule traité WCT. Pendant un temps, plutôt que d'élaborer de nouvelles normes internationales, l'OMPI a formulé des recommandations ou des pistes de réflexion pour les États membres de l'organisation. Cependant, à la fin des années 1980, ces recommandations de l'OMPI se sont avérées insuffisantes pour adapter le droit à la technique, d'où l'idée de l'adoption de traités établissant de nouvelles normes internationales fixant en particulier le cadre juridique du recours aux mesures techniques de protection. WCT et WPPT – description détaillée des Traités Internet de l'OMPI, Secrétariat de l'OMPI : <http://www.wipo.int/copyright/fr/activities/wct_wppt/wct_wppt.html> : Le traité WCT a eu pour objectifs « d'apporter des précisions concernant les normes existantes, et, le cas échéant, de créer de nouvelles normes pour répondre aux problèmes posés par les techniques numériques, et en particulier par l'Internet ».

⁴⁹⁴ Certains auteurs ont pu évoquer la consécration d'un droit d'accès à l'œuvre par la reconnaissance juridique des mesures techniques de protection, cf. C. Colin, *Droit d'utilisation des œuvres*, Larcier, 2011 ; Ouvrage collectif, *Le droit d'auteur, un contrôle de l'accès aux œuvres*, Bruylant, 2000. *Contra*. cf. J.-M. Bruguère, *Droit des propriétés intellectuelles*, 2^e éd., Ellipses, juin 2011, p. 17 : « peut-on parler d'un nouveau droit d'accès ? Nous ne le pensons pas ».

On a pu évoquer avec le développement des mesures techniques de protection, l'illustration d'une « tendance régressive » du droit de la propriété intellectuelle, cf. J.-M. Bruguère, *Droit des propriétés intellectuelles*, 2^e éd., Ellipses, juin 2011, p. 18 : « un célèbre auteur, Oppetit, a montré combien notre droit était aujourd'hui exposé à des tendances régressives. Ce qui est présenté comme un progrès de notre droit, l'objectivation de la responsabilité civile par exemple, nous ramène à un système archaïque. Les contrats se spécialisent de plus en plus, transformant le droit commun en un droit mort. Les techniques les plus rudimentaires se révèlent les plus efficaces (que l'on songe, dans un droit des sûretés sans cesse intellectualisé, au simple droit de rétention). La propriété intellectuelle connaît selon nous les mêmes tendances régressives. Les mesures techniques de protection ne sont pas sans rappeler le droit de rétention. Ces mesures primitives relativisent fortement l'intérêt de mécanismes juridiques trop sophistiqués » ; J.-M. Bruguère, « Propriété intellectuelle : tendances régressives et pratiques progressives », in « Les pratiques contemporaines de la propriété intellectuelle », *RLDI* 2011, n° 77, p. 5.

⁴⁹⁵ J.-M. Bruguère, *Droit des propriétés intellectuelles*, 2^e éd., Ellipses, juin 2011, p. 139 : « les dispositifs techniques de protection qui visent à s'affranchir des protections juridiques suscitent souvent le droit. Il n'existe pas en effet de légitime défense des biens à même de justifier tous ces dispositifs. A supposer que ce soit le cas, il faudrait alors s'interroger sur le respect du principe de proportionnalité (que penser d'une riposte technique trop agressive ?) (...) Certaines thèses américaines suggèrent radicalement que ces dispositifs techniques de protection se substituent purement et simplement à la propriété intellectuelle ».

⁴⁹⁶ G. Vercken, « La consécration des mesures techniques, un combat d'arrière garde ? », *Propri. intell.* 2007, n° 25, p. 413.

⁴⁹⁷ Art. 11 traité WCT et art. 18 traité WPPT : « les Parties contractantes doivent prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en œuvre par les auteurs dans le cadre de l'exercice de leurs droits en vertu du présent traité ou de la Convention de Berne et qui restreignent l'accomplissement, à l'égard de leurs œuvres, d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi ». Les insertions de l'article 11 dans le traité WCT et de l'article 18 dans le traité WPPT légalisent le recours déjà massif des titulaires de droits aux mesures techniques de protection.

⁴⁹⁸ J. Rey-Debove et A. Rey (dir.), *Le nouveau petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, nouv. éd. mise à jour, Dictionnaires le Robert, 2015, cf. Neutraliser, p. 1687 : « empêcher d'agir, par une action contraire qui tend à annuler les efforts ou les effets ; rendre inoffensif ». La neutralisation d'une mesure technique de protection peut être définie comme un acte visant à annuler l'effet de ladite mesure, à l'empêcher d'agir par la mise en œuvre de moyens spécifiques. La neutralisation vise principalement les actes de contournement des mesures techniques de protection.

Art. 11, Traité WCT, Art. 18 Traité WPPT. Le corpus juridique doit inclure des sanctions juridiques « appropriées » contre la neutralisation des mesures techniques de protection. En d'autres termes, comme pour toute sanction juridique, les mesures prévues doivent être adaptées et proportionnées à l'acte de neutralisation. Reste aux États parties à déterminer ce que sont les sanctions juridiques « appropriées » contre la neutralisation de mesures techniques de protection.

actes matériels de neutralisation de la mesure technique de protection⁴⁹⁹. Malgré le silence des traités, doit être considéré comme un tel acte le fait d'utiliser un outil ayant pour finalité la neutralisation des mesures techniques de protection mais également l'élaboration et la mise à disposition d'un tel outil⁵⁰⁰.

221. **Plan.** Cependant, lesdites mesures n'ont pas été juridiquement définies, ce qui est source d'incertitude juridique. La seule précision fut que le régime de protection ne doit s'appliquer qu'aux seules « mesures techniques efficaces » (i), dans la limite de leur champ d'application (ii).

i. L'application du régime juridique aux seules « mesures techniques efficaces »

222. **La notion de « mesure technique efficace ».** Une mesure « efficace » pourrait être définie comme celle produisant « l'effet qu'on en attend »⁵⁰¹. Par une interprétation littérale de ces dispositions, cela signifierait que les mesures techniques inefficaces ne bénéficieraient d'aucune protection juridique⁵⁰².

Pour Monsieur Maillard, cette interprétation est erronée⁵⁰³. En effet, s'agissant de la protection juridique des mesures techniques de protection, il ne faudrait pas se fonder sur leurs performances, leur capacité à lutter contre leur neutralisation mais plutôt sur leur objectif de restriction et de contrôle des actes sur les œuvres protégées. Dès lors, le critère d'efficacité devrait être interprété seulement comme une exigence d'intentionnalité⁵⁰⁴.

A. Latreille et T. Maillard, « Fasc. 1660 : Mesures techniques de protection et d'information », *JCI Propriété littéraire et artistique*.

499 Peut-on imaginer des cas de modification d'une mesure technique et non de neutralisation, qui n'entreraient en conséquence pas dans le champ d'application des sanctions juridiques en la matière ? En pratique, dès lors qu'il existe une mesure technique de protection sur un contenu protégé par un droit d'auteur et/ou des droits voisins, l'objectif des développeurs de logiciels est soit d'« implémenter » la mesure technique, soit de la contourner afin de permettre l'accès au contenu. Il n'y a donc pas, en pratique, de modification d'une mesure technique de protection.

Vocabulaire de l'informatique, *JORF* n° 93 du 20 avril 2007 p. 7078, texte n° 84, cf. Implémenter : « Effectuer l'ensemble des opérations qui permettent de définir un projet et de le réaliser, de l'analyse du besoin à l'installation et la mise en service du système ou du produit ».

500 Ce que l'on pourrait qualifier d'« activités préparatoires ».

501 J. Rey-Debove et A. Rey (dir.), *Le nouveau petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, nouv. éd. mise à jour, Dictionnaires le Robert, 2015, cf. Efficace, p. 824.

502 La technique induisant la technique, cette interprétation conduirait inévitablement à l'inefficacité du régime juridique de protection des mesures techniques de protection. En effet, toutes les mesures de protection, comme tout système technique par ailleurs, est par nature inefficace car contournable à terme. Les développeurs des mesures techniques de protection n'ayant pas le monopole de la créativité en matière de logiciels, ces dernières peuvent être, avec plus ou moins de facilité, neutralisées techniquement par un l'usage d'un autre logiciel.

503 T. Maillard, *La réception des mesures techniques de protection et d'information en droit français*, Thèse, *op. cit.*, p. 28 : « l'impression en vérité vient d'une confusion dans l'analyse entre les notions d'efficacité et de robustesse. La capacité à empêcher les actes d'utilisation non autorisés est une chose ; celle de résister aux atteintes en est une autre ».

504 *Ibid.*, p. 33.

Il existait donc une incertitude quant à la signification de ce terme, repris dans la directive 2001/29/CE et à l'article L. 331-5 alinéa 1^{er} du Code de propriété intellectuelle, ce qui a donné lieu à une interprétation jurisprudentielle et un positionnement de l'Autorité de régulation des mesures techniques (ARMT).

223. L'interprétation de la notion de « mesures technique efficace ». Ainsi, à ce sujet, une décision du tribunal de première instance d'Helsinki, du 25 mai 2007 a suscité de nombreuses réactions⁵⁰⁵. Les juges finlandais avaient en effet décidé que les protections du DVD n'étaient pas efficaces en raison de l'existence sur le web d'outils de neutralisation, ce qui avait pour conséquence d'exclure toute protection juridique pour les mesures techniques d'un DVD et de légaliser les techniques de contournement. Cependant, par un arrêt du 22 mai 2008, la Cour d'appel d'Helsinki⁵⁰⁶ a infirmé ce jugement en affirmant que l'efficacité d'une mesure technique ne peut pas être réfutée du seul fait de l'existence d'outils de neutralisation.

En France, d'après l'ancienne Autorité de régulation des mesures techniques (ARMT), doit être considérée comme efficace « toute mesure technique de protection qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, c'est-à-dire hors de tout usage détourné ou manœuvre visant à en neutraliser l'action, restreint l'accomplissement d'actes non autorisés par les ayants droit »⁵⁰⁷. Même si dans l'Hexagone il n'y a pas de jurisprudence à ce sujet, il semble que, en pratique, la question de l'efficacité de la mesure technique de protection soit marginale car il est difficile de reconnaître l'inefficacité d'une mesure technique qui a précisément pour objectif d'empêcher les accès non autorisés même si elle ne parvient pas à remplir cet objectif⁵⁰⁸.

ii. Le champ d'application du régime juridique international des mesures techniques de protection

224. L'application aux œuvres et objets par un droit de propriété littéraire et artistique. S'agissant des œuvres, l'usage d'une mesure technique de protection est encadrée. Elle ne peut en effet s'appliquer qu'à une œuvre ou un objet protégé par un droit de propriété littéraire et artistique. En application des traités

505 Helsingin käräjäoikeus, aff R 07/1004, 25 mai 2007.

506 Helsingin hovioikeus, 22 mai 2008, Diaarinumero R 07/2622.

507 ARMT, Rapport annuel 2008, p. 27.

508 Le *corpus* juridique de protection des mesures techniques doit comporter des sanctions efficaces. De même que pour les mesures techniques « efficaces », il est difficile de déterminer la signification de ce terme. En la matière, les États parties sont donc libres d'adopter des sanctions dans les cas de neutralisation de mesures techniques de protection, à la condition que celles-ci soient considérées comme « efficaces ». Cette notion d'« efficacité » de la sanction pourraient regrouper à la fois sa capacité de dissuasion à commettre l'acte, son application à l'acte et son effet dans la prévention de la réitération de l'acte. C'est ce qui ressort des articles 14 du traité WCT et 23 du traité WPPT où il est prévu que les États parties doivent adopter, pour la mise en œuvre des dispositions de ces traités, « des mesures propres à prévenir rapidement toute atteinte et des mesures propres à éviter toute atteinte ultérieure ».

WCT et WPPT, les mesures techniques de protection ne peuvent être mises en œuvre que sur les œuvres protégées par le droit d'auteur et, s'agissant des droits voisins, sur les interprétations, exécutions et les phonogrammes⁵⁰⁹.

225. L'application par les titulaires de droits. S'agissant des personnes pouvant avoir recours aux mesures techniques de protection, il s'agit des seuls auteurs, artistes-interprètes, exécutants ou producteurs de phonogrammes et dans le strict exercice de leurs droits en application des traités WCT, WPPT et de la Convention de Berne⁵¹⁰.

Ainsi, les droits d'accès, de reproduction, de communication au public, à la paternité, ou encore au respect de l'intégrité de l'œuvre, en application de l'article 11 du traité WCT et de l'article 18 du traité WPPT, permettent à leur titulaire de restreindre « l'accomplissement » d'actes qu'ils n'autorisent pas sur les œuvres protégées ou qui sont légalement prohibés. Il s'agit ici des deux seules situations où une mesure technique est protégée⁵¹¹. Ce cadre international des traités WCT et WPPT a donc posé les premières pierres d'une définition juridique des mesures techniques de protection⁵¹². L'étape suivante s'est déroulée au niveau européen.

509 T. Maillard, *op. cit.*, p. 36 : « les mesures techniques mises en œuvre par un producteur de vidéogramme ou par le producteur d'une base de données sont hors du champ d'application [...] » du traité WPPT.

510 Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886.

511 En dehors de ce cadre exposé précédemment, le recours aux mesures techniques n'est pas autorisé et lesdites mesures ne sont pas protégées. En conséquence, les mesures techniques de protection visant une exception au droit d'auteur, qui ne respectent pas le cadre établi par les traités WCT et WPPT, ne sont donc pas protégées. Ainsi, les mesures techniques de protection qui visent à faire obstacle à la mise en œuvre de l'exception de copie privée, ne peuvent bénéficier du régime juridique de protection contre leur contournement. Ce constat a une incidence indéniable sur l'analyse à venir de l'articulation des mesures techniques de protection et des droits du consommateur.

512 J. De Werra, « Le régime juridique des mesures techniques de protection des œuvres selon les traités de l'OMPI, le Digital Millennium Copyright Act, les directives européennes et d'autres législations (Japon, Australie) », *RIDA* 2001, n° 189, p. 159 et s. : « Le système japonais de protection contre la neutralisation des mesures techniques est double. Il a été réalisé par des modifications introduites d'une part dans la loi japonaise sur le droit d'auteur (LJDA), d'autre part dans la loi japonaise sur la concurrence déloyale (LJCD) (...) L'article 2 LJDA définit les mesures techniques de protection comme les " mesures destinées à empêcher ou à décourager les actes constituant une violation des droits moraux et des droits d'auteurs mentionnés à l'article 17, paragraphe (1) ou des droits voisins" (...) L'Australie a récemment adopté le Digital Agenda Act (DAA) qui modifie le Copyright Act de 1968. La sous-section 10 définit les mesures techniques de protection comme un dispositif, un produit ou un élément faisant partie d'une procédure, qui est destiné, dans le cadre ordinaire de son fonctionnement, à empêcher ou à prévenir la violation du droit d'auteur sur une œuvre ou un autre objet (...) L'analyse de ces différentes législations mettant en œuvre l'art. 11 WCT démontre qu'il y a autant de solutions que d'États concernés. La complexité de (tout au moins certaines de) ces législations confirme en outre les difficultés liées à une réglementation efficace des domaines technologiques ».

b. La définition juridique des mesures techniques de protection de la directive EUCD

226. **Le contexte d'élaboration de la directive EUCD**⁵¹³. Au sein de l'Union européenne, les dispositions des traités WCT et WPPT ont été transposées par la directive 2001/29/CE, dite directive EUCD (*European Union Copyright Directive*)⁵¹⁴, du 22 mai 2001 « sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information »⁵¹⁵. La directive 2001/29/CE⁵¹⁶ consacre un chapitre entier à la « protection des mesures techniques » et à l'« information sur le régime des droits ». L'article 6 de la directive reprend le titre de l'article 11 du traité WCT et de l'article 18 du traité WPPT : « obligations relatives aux mesures techniques ». Cependant, la directive EUCD n'est pas une reprise littérale des dispositions des traités WCT et WPPT.

227. **Plan.** La différence majeure est la consécration d'une définition des mesures techniques de protection (i) et son champ d'application est plus précis (ii).

1. La définition européenne des mesures techniques de protection

228. **Une définition à des fins d'harmonisation.** En effet, à la différence des traités WCT et WPPT, une définition des mesures techniques y est insérée. Il faut dire que cette définition était nécessaire dans l'objectif d'harmonisation des régimes juridiques des États membres⁵¹⁷. Il a cependant fallu éviter que la rédaction

513 La directive EUCD n'est pas le premier jet d'une réglementation relative aux mesures techniques de protection au sein de l'Union européenne. La directive 91/250/CE sur les logiciels et la directive 98/84/CE sur les services à accès conditionnel contiennent des dispositions se rapportant aux dispositifs de mesures techniques de protection. Si la directive 91/250/CE porte essentiellement sur l'exception d'interopérabilité et les mesures techniques de protection, la directive 98/84/CE a, quant à elle, un champ d'application beaucoup plus large et embrasse les services fondés sur un accès conditionnel. Il a fallu concilier le champ d'application de cette directive avec celle sur le droit d'auteur et les droits voisins.

514 Directive 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* n° L167 du 22 juin 2001, p. 0010-0019.

515 Sur le choix de la transposition des textes internationaux et l'acquis communautaire, cf. V.-L. Benabou, « La directive droit d'auteur, droits voisins et société de l'information : valse à trois temps avec l'acquis communautaire », *Comm. Com. Electr.*, oct. 2001, chron. 23 ; V.-L. Benabou, « La directive " société de l'information " et l'acquis communautaire : une anamorphose ? », *Propri. intell.*, janv. 2002, p. 58.

Cette directive a nécessité un long processus d'adoption. La question complexe de l'équilibre des droits des utilisateurs des œuvres ou objets protégés et des détenteurs de droits de propriété intellectuelle a occupé le devant de la scène. La mobilisation d'acteurs tels que les bibliothécaires ou les communautés du Logiciel Libre n'a pas bloqué l'adoption de dispositions instaurant un régime de protection des mesures techniques.

516 Cons. 13, Directive 2001/29/CE : « Une recherche commune et une utilisation cohérente, à l'échelle européenne, de mesures techniques visant à protéger les œuvres et autres objets protégés, et à assurer l'information nécessaire sur les droits en la matière revêtent une importance fondamentale ».

517 Cons. 47, Directive 2001/29/CE : « L'évolution technologique permettra aux titulaires de droits de recourir à des mesures techniques destinées à empêcher ou à limiter les actes non-autorisés par les titulaires d'un droit d'auteur, de droits voisins ou du droit sui generis sur une base de données. Le risque existe, toutefois, de voir se développer des activités illicites visant à permettre ou à faciliter le contournement de la protection technique fournie par ces mesures. Afin d'éviter des approches juridiques

d'une telle définition ne conduise à des interprétations déviant de l'objectif initial des traités WCT et WPPT⁵¹⁸.

Dans la directive, les « mesures techniques » sont ainsi définies comme « toute technologie, dispositif ou composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, est destiné à empêcher ou à limiter, en ce qui concerne les œuvres ou autres objets protégés, les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur prévu par la loi, ou du droit *sui generis* prévu au chapitre III de la directive 96/9/CE »⁵¹⁹.

229. Une définition techniquement neutre. En premier lieu, on peut donc relever qu'une mesure technique de protection est nécessairement une « technologie »⁵²⁰, un « dispositif »⁵²¹ ou un « composant »⁵²². Il est à noter dès lors que la définition de la directive EUCD est techniquement neutre⁵²³. En effet, l'usage des termes « technologie », « dispositif » et « composant » ne fait pas référence à des éléments techniques existants et cela à des fins d'adaptabilité et de pérennité de la définition⁵²⁴.

fragmentées susceptibles d'entraver le fonctionnement du marché intérieur, il est nécessaire de prévoir une protection juridique harmonisée contre le contournement des mesures techniques efficaces et contre le recours à des dispositifs et à des produits ou services à cet effet ».

518 T. Maillard, *op. cit.*, p. 135 : « Il fallait éviter notamment que l'on puisse contester le bénéfice de la protection à une mesure technique intégrée à un appareil, au motif que ce dernier ne serait pas globalement destiné à empêcher un acte non autorisé par un titulaire de droits ; et inversement, que l'atteinte à un élément nécessaire au fonctionnement d'un dispositif technique échappe à la sanction au prétexte que l'élément neutralisé ou modifié, pris isolément, n'assurerait aucune fonction de protection. ».

la définition s'applique, de nouveau, aux seules mesures techniques de protection « efficaces » et proportionnelles. De plus, les modalités de contournement des mesures techniques de protection sont énumérées. En effet, l'acte de contournement doit être différencié de l'acte de mise à disposition des moyens permettant ce contournement. Sont également prévues dans la directive des dispositions relatives à la problématique de l'articulation des mesures techniques de protection avec les exceptions aux droits exclusifs ainsi que les sanctions et voies de recours que les États membres doivent garantir aux titulaires de droits dont les intérêts sont lésés par le contournement d'une mesure technique de protection.

519 Art. 6.3, Directive 2001/29/CE.

520 J. Rey-Debove et A. Rey (dir.), *Le nouveau petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, nouv. éd. mise à jour, Dictionnaires le Robert, 2015, cf. Technologie, p. 2516 : « technique moderne et complexe ». Ce terme peut avoir une interprétation très large, permettant, selon toute vraisemblance, d'étendre au maximum le champ d'application du régime juridique des mesures techniques de protection.

521 *Ibid.*, cf. Dispositif : « manière dont sont disposés les pièces, les organes d'un appareil ». Ce terme sous-entend une notion d'organisation, de déploiement de fonctionnalités, pour un objectif donné.

522 *Ibid.*, cf. Composant : « élément [...] qui remplit une fonction particulière ». Un composant est obligatoirement intégré à un objet tiers.

523 En définitive, les rédacteurs de la directive, par l'usage de ces trois termes ont eu clairement l'objectif d'inclure un maximum d'éléments ayant pour objectif la limitation ou le blocage de l'accès à une œuvre ou un objet protégé dans le champ d'application du régime de protection. Peu d'éléments en sont exclus. À titre d'illustration, on pourrait envisager qu'un formulaire d'inscription, avant tout accès à une œuvre ou un objet protégé, qui n'est ni une technologie, ni un dispositif, ni un composant ayant pour finalité de limiter ou empêcher l'accès à une œuvre ou un objet protégé, ne soit pas considéré comme une mesure technique bénéficiant du régime de protection instauré par la directive EUCD.

524 A. Latreille et T. Maillard, « Fasc. 1660 : Mesures techniques de protection et d'information », *JCI Propriété littéraire et artistique* : « le vecteur de diffusion de l'objet protégé (réseau, support matériel) ou son implantation matérielle (sur le matériel de lecture ou de reproduction, sur le support de l'œuvre, dans l'œuvre elle-même) sont indifférents ».

230. **Une définition par la fonction.** En second lieu, selon l'article 6.3 de la directive EUCD, la mesure technique de protection doit avoir pour objectif d'« empêcher »⁵²⁵ ou de « limiter »⁵²⁶ les actes non-autorisés par les titulaires de droits sur les œuvres et objets protégés par un droit de propriété littéraire et artistique. *A contrario*, un élément, qui en raison d'une anomalie technique ou d'un incident, aurait pour effet une limitation ou un blocage des actes sur les œuvres ou objets protégés, ne bénéficie pas du régime juridique de protection des mesures techniques.

ii. La définition du champ d'application du régime juridique européen des mesures techniques de protection

231. **Le recours aux mesures techniques des seuls titulaires de droits.** Seul le titulaire « d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur prévu par la loi, ou du droit *sui generis* prévu au chapitre III de la directive 96/9/CE »⁵²⁷ peut avoir recours à des mesures techniques de protection dans le but de limiter ou de bloquer les actes qu'il n'a pas autorisés sur l'œuvre ou l'objet protégé. En conséquence, les personnes qui ne sont pas titulaires de tels droits ne peuvent avoir recours aux mesures techniques de protection pour contrôler l'accès à une œuvre ou un objet. *A fortiori*, seuls les œuvres et objets protégés par les droits mentionnés ci-dessus peuvent se voir appliquer une mesure technique de protection.

Le titulaire d'un droit voisin peut donc également avoir recours aux mesures techniques de protection. Le droit voisin est, « comme son nom l'indique, une prérogative qui existe dans le voisinage et le sillage du droit d'auteur »⁵²⁸. Les droits voisins du droit d'auteur sont ceux des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes, ou encore des producteurs de bases de données⁵²⁹.

232. **L'application du régime juridique aux mesures techniques de protection « efficaces ».** La notion de « mesure technique efficace » des traités WCT et WPPT est quant à elle reprise à l'article 6.1 de la directive EUCD. L'article 6.3 de cette même directive pose une présomption d'efficacité en cas d'utilisation d'un code d'accès ou d'un procédé de protection ayant pour seul objectif la limitation ou le blocage des actes non-

525 Interdire, bloquer.

526 Cantonner, restreindre.

527 Art. 6.3, Directive 2001/29/CE.

528 C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e ed. Litec 2009, p. 477. Sur la notion de droit voisin, cf. N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, 3^e éd. 2014, LGDJ, p. 137 et s.

529 Art. 7.1, Directive 96/9/CE du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, *JOCE* n° L 077 du 27 mars 1996, p. 0020-0028 : Le droit *sui generis* en question est celui donnant au fabricant d'une base de données « le droit d'interdire l'extraction et/ou la réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle, évaluée de façon qualitative ou quantitative, du contenu de celle-ci, lorsque l'obtention, la vérification ou la présentation de ce contenu attestent un investissement substantiel du point de vue qualitatif ou quantitatif ».

autorisés par les titulaires de droits sur les œuvres protégées⁵³⁰.

S'agissant du « procédé de protection »⁵³¹, il n'est pas défini dans la directive EUCD. Cependant, une liste est établie, non limitative et technologiquement neutre des procédés de protection faisant présumer l'efficacité des mesures techniques de protection. Ainsi, l'utilisation d'un procédé « tel que le cryptage⁵³², le brouillage⁵³³ ou toute autre transformation de l'œuvre ou de l'objet protégé ou d'un mécanisme de contrôle de copie⁵³⁴ qui atteint » l'objectif de protection contre les actes non-autorisés par les titulaires de droits, fait présumer l'efficacité de la mesure technique⁵³⁵.

233. L'application du régime juridique aux mesures techniques de protection proportionnées au but recherché. D'après le considérant n° 48 de la directive EUCD, le recours aux mesures techniques de protection doit être proportionné au but recherché, à savoir la limitation ou le blocage des actes non-autorisés. Il est précisé que le recours à de telles mesures « doit respecter le principe de proportionnalité et ne doit pas interdire les dispositifs ou activités qui ont, sur le plan commercial⁵³⁶, un objet ou une utilisation autre que le contournement de la protection technique »⁵³⁷. Cette obligation ne fait pas l'objet d'une disposition spécifique à l'article 6.

530 L'utilisation d'un format particulier pour l'œuvre protégée par exemple, en l'absence de mécanisme de contrôle, ne peut être considéré comme une mesure technique de protection bénéficiant de la présomption d'efficacité instaurée par l'article 6.3 de la directive EUCD.

531 Art. 6.3, Directive 2001/29/CE.

532 J. Rey-Debove et A. Rey (dir.), *Le nouveau petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, nouv. éd. mise à jour, Dictionnaires le Robert, 2015, cf. Cryptage, p. 597 : « opération par laquelle un message est rendu inintelligible à quiconque ne possède pas la clé permettant de retrouver la forme initiale ».

533 *Ibid.*, cf. Brouillage. Le « brouillage » est une action visant à provoquer un « trouble » dans la réception non-autorisée de l'œuvre ou objet protégé.

534 Avec l'utilisation de l'expression « toute autre transformation de l'œuvre ou de l'objet protégé », les rédacteurs de la disposition ont eu la volonté, sans nul doute possible, d'étendre au maximum le champ d'application de la présomption d'efficacité de la mesure technique de protection. Il en va de même pour le « mécanisme de contrôle de copie ». La copie des œuvres et objets protégés étant la référence que tout à chacun a en tête dès lors que sont évoqués des risques d'atteintes aux droits sur les œuvres et objets numériques, il était évident que serait également visé le « mécanisme de contrôle de copie », avec un champ d'application le plus large possible. Il est cependant difficile de distinguer un « mécanisme de contrôle de copie » du « cryptage » ou du « brouillage » puisqu'il s'agit souvent des procédés techniques utilisés pour le contrôle de la copie.

535 T. Maillard, *La réception des mesures techniques de protection et d'information en droit français*, Thèse, *op. cit.*, p. 144.

536 Dès lors, *quid* des dispositifs ou activités qui n'ont pas d'objet commercial ? Si l'on considère littéralement la disposition, il peut être affirmé que les mesures techniques de protection peuvent interdire les dispositifs ou activités qui ont, sur un plan non-commercial, un objet ou une utilisation autre que leur contournement. Une activité bénévole pourrait donc être interdite par exemple. Il est regrettable qu'une distinction entre ce qui relève du commercial et ce qui n'en relève pas soit effectuée. En effet, ce critère de distinction fausse le débat sur la conciliation des mesures techniques de protection avec les activités qui n'ont pas pour finalité leur contournement mais qui peuvent y contribuer. Ce critère ne devrait tout simplement pas être mentionné, ce qui reviendrait à affirmer que le recours à une mesure technique de protection ne doit pas interdire « les dispositifs ou activités » qui ont « un objet ou une utilisation autre que le contournement de la protection technique ».

537 Cons. 48, Directive 2001/29/CE.

En outre, les mesures techniques doivent avoir pour seul et unique effet le blocage ou la limitation des actes non autorisés par les titulaires de droits. Elles ne peuvent « empêcher le fonctionnement normal des équipements électroniques et leur développement technique »⁵³⁸. Dès lors, aucune obligation de mise en conformité avec les mesures techniques de protection n'est imposée⁵³⁹, à la condition de respecter les dispositions de l'article 6 de la directive EUCD. La définition européenne de la mesure technique de protection posée, il convient de voir à présent son appréhension par le législateur national⁵⁴⁰.

c. La définition juridique des mesures techniques de protection dans la loi DADVSI

234. **Le contexte d'élaboration de la loi DADVSI**⁵⁴¹. Les États disposaient d'une certaine marge de manœuvre dans la transposition de la directive EUCD et pouvaient l'adapter à condition de ne pas entraver le bon fonctionnement du marché intérieur et d'assurer un niveau de protection élevé du droit d'auteur et des droits voisins. C'est la raison pour laquelle le texte français, la loi DADVSI, n'est pas la reproduction identique des dispositions de la directive EUCD. Mais faute de position claire du gouvernement sur le sujet, le texte, dans sa version finale, est « une construction normative complexe, parsemée de chausse-trappes et dont la mise en œuvre est des plus délicates »⁵⁴².

235. **Plan.** Il doit cependant être noté une reprise de la définition des mesures techniques de la directive EUCD (i) ainsi qu'un approfondissement du champ d'application de leur régime juridique (ii).

i. La définition nationale des mesures techniques de protection

236. **La reprise de la définition de la directive EUCD.** La définition retenue par le législateur français est

⁵³⁸ *Ibid.*

⁵³⁹ *Ibid.* : « Une telle protection juridique n'implique aucune obligation de mise en conformité des dispositifs, produits, composants ou services avec ces mesures techniques, pour autant que lesdits dispositifs, produits, composants ou services ne tombent pas, par ailleurs, sous le coup de l'interdiction prévue à l'article 6. ».

⁵⁴⁰ Sur le mode de transposition des directives, cf. V.-L. Benabou, « La transposition des directives en droit interne : l'exemple du droit d'auteur », *Legicom* n° 30, 2004/1, p. 23.

⁵⁴¹ Loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (DADVSI), *JORF* n° 178 du 3 août 2006, p. 11529 ; P. Sirinelli, « Loi du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information », *Propriété Intell.* 2006, n° 20, p. 328 ; B. Gleize, « La culture à l'épreuve de la loi du 1^{er} août 2006 (et vice versa) », *in Droit d'auteur et culture*, coll. « Thèmes et commentaires », série « La propriété intellectuelle autrement », Dalloz 2007.

⁵⁴² A. Latreille et T. Maillard, *op. cit.*, p. 6. : « Soit les pouvoirs publics nationaux ont saisi l'occasion pour revoir en profondeur les règles de la propriété littéraire et artistique ; soit ces derniers ont sous-estimé la mobilisation des différents protagonistes et notamment des utilisateurs et ont dû revoir leur copie à plusieurs reprises » ; La directive EUCD imposait une transposition avant le 22 décembre 2002. Dans le cas de la France, outre l'élaboration de nouvelles dispositions en matière de propriété littéraire et artistique, le projet de loi, élaboré sous l'égide du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA), a pris du retard en raison d'une forte mobilisation d'acteurs tels que les bibliothécaires ou les communautés du Logiciel Libre ; T. Maillard, *op. cit.*, p. 341.

donc celle de la directive EUCD mais assortie de quelques modifications. Elle se trouve à l'article L. 331-5 du Code de la propriété intellectuelle et se compose de deux parties avec, d'une part, la fonction des mesures techniques à l'alinéa 1^{er} et, d'autre part, la technique utilisée à l'alinéa 2.

237. La conservation de la neutralité technologique. S'agissant de la technique utilisée, la liste de la directive EUCD est reprise, à savoir qu'une mesure technique de protection doit obligatoirement être une « technologie », un « dispositif » ou un « composant ».

238. La confirmation de la définition par la fonction. Quant à l'objectif de la mesure technique de protection, il est similaire à celui de la directive EUCD, à savoir que toute mesure doit viser à la limitation ou au blocage des « utilisations » non-autorisées par les titulaires de droits d'une œuvre ou d'un objet protégé. Cependant, il est à noter que le terme utilisé dans le texte français est celui d'« utilisations non-autorisées » et non d'« actes non-autorisés » comme dans la directive.

ii. La définition du champ d'application du régime juridique national des mesures techniques de protection

239. Le recours des seuls titulaires de droits aux mesures techniques. La structure des dispositions relatives aux mesures techniques est globalement identique à celle de la directive EUCD⁵⁴³. Ainsi, il est repris que seuls les titulaires d'un « droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur d'une œuvre, autre qu'un logiciel, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme » peuvent recourir aux mesures techniques de protection. Les logiciels sont donc explicitement exclus du champ du recours aux mesures techniques de protection. Ce n'est que la stricte application des dispositions⁵⁴⁴ de la directive EUCD⁵⁴⁵.

Quant aux objets protégés, les mesures techniques de protection ne peuvent porter limitativement que sur une œuvre, une interprétation, un phonogramme, un vidéogramme ou un programme. Ce champ d'application des mesures techniques de protection est plus étendu que celui des traités WCT et WPPT puisque qu'il inclut les vidéogrammes ainsi que les programmes. Est reprise cependant des traités la notion

⁵⁴³ G. Vercken, « Quel est le nouveau rôle des mesures techniques ? », *RLDI* oct. 2006, p. 15-20.

⁵⁴⁴ Art. 1.2, a, Directive 2001/29/CE : « Sauf dans les cas visés à l'article 11, la présente directive laisse intactes et n'affecte en aucune façon les dispositions communautaires existantes concernant : la protection juridique des programmes d'ordinateur [...] ».

⁵⁴⁵ Assemblée nationale, Rapport n° 2349 fait au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de la Législation et de l'Administration générale de la République sur le projet de loi n° 1206 relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information par M. Christian Vanneste (Rapport Vanneste), p. 85.

de mesure technique « efficace ».

240. L'application du régime juridique aux mesures techniques de protection « efficaces ». Une mesure technique de protection, « efficace », est également définie comme « toute technologie, dispositif, composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement » est destinée « à empêcher ou à limiter les utilisations non-autorisées par les titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur d'une œuvre, autre qu'un logiciel, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme ».

En définitive, les mesures techniques de protection ont un champ d'application relativement large auquel les éditeurs de contenus numériques doivent renoncer pour la garantie de l'exception de copie privée.

B. La renonciation aux mesures techniques de protection

241. Le recours à format non protégé, le moyen technique à la disposition des éditeurs de contenus numériques. Tout comme l'éditeur de logiciels, l'éditeur de contenus numériques disposent de moyens techniques garantissant interopérabilité. Son principal moyen est celui de l'adoption, pour les contenus qu'il diffuse, d'un format ouvert et non protégé, ce qui induit à la renonciation aux mesures techniques précédemment définies. Cette renonciation est d'autant plus important qu'elle est le gage de la garantie de l'exception de copie privée.

242. Les mesures techniques de protection, obstacle à l'exception de copie privée. La faculté de copier un contenu numérique culturel sur un autre support que celui sur lequel a été réalisé le téléchargement dépend de son interopérabilité. Or, du fait de leur visée de contrôle de la diffusion des contenus numériques, les mesures techniques de protection constituent un obstacle à l'interopérabilité et donc à la *copie privée*.

En effet, « (...) pour empêcher tout risque de contrefaçon potentiel, les mesures techniques se doivent d'empêcher toute copie de la forme de l'œuvre, qui pourrait être réalisée par le public (non par le consommateur)⁵⁴⁶. Par ailleurs, certaines mesures de protection, techniques, peuvent entraver le bon

⁵⁴⁶ F. Sardain, « Le public, le consommateur et les mesures techniques de protection des œuvres », *Comm. Com. Electr.*, mai 2004, étude 12 : « Le Code de la propriété intellectuelle ignore la notion de consommateur. Il ne connaît que la notion de public, même s'il ne la définit pas. On peut toutefois tenter de circonscrire le public aux personnes qui accèdent à la forme de l'œuvre, alors que les consommateurs doivent être ramenés aux personnes qui achètent le support, ou plutôt le vecteur de l'œuvre. La plupart du temps, une même personne incarne un consommateur puis un membre du public. Sa qualité varie en considération des fonctions qu'accomplit cette personne. Dans sa fonction de consommateur, elle achète un vecteur de l'œuvre (un livre, un CD, un accès à des acteurs ou à un film par le biais d'un ticket de théâtre ou de cinéma) ; dans sa fonction de public elle reçoit communication de

fonctionnement de certains supports (CD, DVD, etc.) acquis par les consommateurs (non par le public) avec certains appareils de lecture. L'antagonisme entre mesures techniques de protection et revendications du public et des consommateurs semble alors évident car, pour atteindre leur but réel - lutter contre l'exploitation contrefaisante des oeuvres -, les mesures techniques de protection (autorisées par la loi) en viennent parfois à supprimer toute possibilité de copie privée (pourtant également prévue par la loi), voire à empêcher le fonctionnement des supports, en rendant impossible la lecture de certains CD notamment »⁵⁴⁷.

Compte tenu de ce constat, certains parlementaires ont très tôt proposé l'interdiction des mesures techniques de protection faisant obstacle à l'exception de copie privée, au motif que « facilement contournables par les professionnels du piratage, ces systèmes de verrouillage portent donc directement et uniquement atteinte au droit des consommateurs à la copie familiale et privée sans but lucratif »⁵⁴⁸. Cette proposition n'a certes pas abouti en l'état lors de l'adoption de la loi DADVSI mais a néanmoins été formalisée en une obligation d'information quant aux limitations apportées à l'exception de copie privée aux termes des dispositions de l'article L. 331-10 du Code de la propriété intellectuelle⁵⁴⁹, ainsi que, paradoxalement, en une possibilité de limitation des copies dans le respect de l'exception de copie privée⁵⁵⁰.

l'œuvre reproduite ou représentée par le vecteur. A contrario, une même personne peut acheter un livre (fonction de consommateur), et l'offrir à un tiers qui va le lire (fonction de public). Autrement dit, les deux fonctions peuvent également être assumées par des personnes différentes, même si dans la majorité des cas elles sont regroupées sur la tête d'un individu unique ».

⁵⁴⁷ F. Sardain, art. préc.

⁵⁴⁸ Proposition de loi n° 1173 visant à interdire le recours à des mesures de protection du CD et DVD ayant pour effet de priver les utilisateurs du droit à la copie privée, 12^e législature, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 4 novembre 2003, dite proposition de loi « Mathus », < <http://www.assemblee-nationale.fr/12/propositions/pion1173.asp> > : « Après l'article L. 122-5 du code de la propriété intellectuelle, il est inséré un article L. 122-5-1 ainsi rédigé : "Art. L. 122-5-1. - Lorsque l'auteur d'une œuvre autre qu'un logiciel, l'artiste interprète ou le producteur de phonogrammes ou de vidéogrammes mettent en place des mesures techniques de protection des droits qui leur sont reconnus par les livres I et II, ces mesures ne peuvent avoir pour conséquence d'interdire les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage du copiste visées au 2° de l'article L. 122-5" ».

⁵⁴⁹ Art. L. 331-10, CPI : « 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 ».

⁵⁵⁰ Art. L. 331-6, CPI : « le bénéfice de l'exception pour copie privée et des exceptions mentionnées au 2° de l'article L. 331-31 est garanti par les dispositions des articles L. 331-7 à L. 331-10, L. 331-33 à L. 331-35 et L. 331-37 ». Sur l'exception de copie privée et de qualité de la copie, cf. J.-M. Bruguière et M. Vivant, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Précis Dalloz, 2013, p. 786 - 787 : « ensuite et surtout, l'article L. 331-7 impose au titulaires de prendre " les dispositions utiles" pour que les mesures techniques ne privent pas les utilisateurs de " l'exercice effectif " de l'exception de copie privée. Que signifie cet " exercice effectif " ? La question s'est posée lorsque la copie réalisée était d'une qualité inférieure à l'original. Peut-on considérer dans ces conditions que l'utilisateur ne bénéficie pas d'un exercice effectif de l'exception ? Nous ne le pensons pas. Le consommateur qui peut effectuer une reproduction analogique d'une œuvre insérée dans un format numérique accomplit bien l'acte nécessaire à l'exception. Le reste semble participer du " confort d'utilisation " et l'on ne voit pas pourquoi l'on devrait imposer ce coût aux titulaires du droit ».

Art. L. 331-7, CPI : « 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 au 2° de l'article L. 331-31 de leur exercice effectif. Ils s'efforcent de définir ces mesures en concertation avec les associations agréées de consommateurs et les autres parties intéressées. Les dispositions du présent article peuvent, dans la mesure où la technique le permet, subordonner le bénéfice effectif de ces exceptions à un accès licite à une œuvre ou à un phonogramme, à un vidéogramme ou à un programme et veiller à ce qu'elles

Cependant, ce n'est pas la législation relative à l'articulation de l'exception de copie privée et des mesures techniques de protection qui a fait évoluer les pratiques de contrôle des éditeurs de contenus numériques mais plutôt le comportement adopté par les consommateurs pour remédier aux contraintes qui leur sont imposées.

243. Les mesures techniques de protection, obstacle au développement de l'offre légale de contenus numériques culturels. En effet, le recours aux mesures techniques de protection pousse les consommateurs à se tourner vers des contenus souvent illégaux mais plus faciles d'accès⁵⁵¹. Dans ce contexte, « le secteur de la musique est à la fois celui qui est le plus touché par le téléchargement illicite de masse et celui pour lequel les attentes des consommateurs en matière d'interopérabilité sont les plus fortes. La mise en œuvre de systèmes de protection contraignants et non interopérables a constitué un obstacle manifeste au développement de l'offre légale, directement concurrencée par les réseaux de pair-à-pair sur lesquels circulent illégalement les mêmes contenus sans DRM »⁵⁵².

Favorisant exclusivement, dans un premier temps, la lutte contre la violation des droits de propriété littéraire et artistique⁵⁵³, les réflexions des acteurs du secteur de la musique se sont donc progressivement portées sur l'impact négatif des mesures techniques sur le comportement des consommateurs. Les contraintes relatives au transfert de fichiers et à la perte de données liées à l'utilisation de mesures techniques de protection ont ainsi été identifiées comme des causes de recours au téléchargement illégal par le consommateur⁵⁵⁴. Ce dernier n'accepte pas, par exemple, de ne pouvoir lire son fichier que sur son seul ordinateur, sans possibilité de transfert vers son baladeur numérique.

n'aient pas pour effet de porter atteinte à son exploitation normale ni de causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire de droits sur l'œuvre ou l'objet protégé ».

551 A l'appui de cette démonstration : C. Paul, Assemblée nationale, compte rendu intégral, troisième séance du jeudi 22 décembre 2005, 112^e séance de la session ordinaire 2005-2006, droit d'auteur dans la société de l'information : « j'ai choisi d'offrir à un être qui m'est cher un baladeur numérique. Ce faisant, j'ai pu constater que l'interopérabilité n'était pas de ce monde. Car quel que soit le type d'appareil, aucun ne permettait d'accéder à l'ensemble de l'offre musicale offerte par les plateformes commerciales chères au ministre de la culture, ou par Internet et les réseaux *peer-to-peer* » ; P. Bloche, Assemblée nationale, compte rendu intégral, troisième séance du jeudi 22 décembre 2005, 112^e séance de la session ordinaire 2005-2006, droit d'auteur dans la société de l'information : « les consommateurs sont aujourd'hui confrontés à une offre complexe. L'incertitude quant à la capacité de lire une œuvre légalement acquise et dont l'usage est contrôlé par une mesure technique les dissuade d'acheter et freine donc considérablement le développement commercial des sites de vente en ligne- ce n'est défendre aucun intérêt particulier que de faire ce constat ».

552 ARMT, Rapport annuel 2008, *op. cit.*, p. 23.

553 Charte d'engagements pour le développement de l'offre légale de musique en ligne, le respect de la propriété intellectuelle et la lutte contre la piraterie numérique, 28 juill. 2004.

554 A. Hodges, « New research from Rice and Duke challenges conventional wisdom that removal of restrictions would increase piracy levels », <www.rice.edu>, 7 oct. 2011 : Une étude américaine menée par les universités de Rice et de Duke tend à démontrer que seuls les utilisateurs légaux souffrent des restrictions des mesures techniques de protection, ce qui les poussent au piratage.

244. **Plan.** Ainsi, même si la tendance est à l'extension du champ du recours aux mesures techniques de protection⁵⁵⁵, des évolutions sont à noter, notamment dans le domaine de la musique (1) et celui des livres numériques (2).

1. La renonciation aux mesures techniques de protection dans le secteur musical

245. **La renonciation progressive aux mesures techniques de protection restrictives.** En réponse à l'impact négatif des mesures techniques de protection, a été préconisée, aux termes du rapport de Monsieur Oliiviennes remis au Ministre de la Culture et de la Communication en novembre 2007⁵⁵⁶, la suspension du recours à celles-ci tant que l'interopérabilité n'était pas garantie⁵⁵⁷. Cette préconisation a été adoptée lors de la signature des accords « Elysée » du 23 novembre 2007, prémices à la création de la Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des droits sur Internet (HADOPI)⁵⁵⁸.

Depuis, la plupart des éditeurs de musique semblent renoncer à la mise en œuvre des mesures techniques de protection essentiellement restrictives⁵⁵⁹. « Le format MP3, libre de toute restriction, est de plus en plus utilisé comme format de diffusion »⁵⁶⁰. Plutôt que de faire évoluer les mesures techniques vers l'interopérabilité, c'est donc un abandon des mesures restrictives qui semble être privilégié dans le secteur de la musique.

Cependant, certaines mesures techniques de protection persistent, en particulier celles limitant le nombre de copies d'un fichier. A titre d'illustration, à la lecture des conditions générales de la plate-forme *iTunes Store*, il

555 Même les véhicules automobiles seraient aujourd'hui équipés de mesures techniques de protection, cf. <<https://www.techdirt.com/articles/20131108/09350825182/renault-introduces-drm-cars.shtml>>.

556 Ministère de la Culture et de la Communication, D. Oliiviennes, Rapport « Le développement et la protection des œuvres culturelles sur les nouveaux réseaux », nov. 2007 (Rapport Oliiviennes).

557 Rapport Oliiviennes, p. 10 : « ainsi, si les mesures techniques de protection peuvent être des outils pertinents de gestion des droits si, comme c'est le cas dans le domaine du cinéma, un standard existe, elles deviennent des obstacles lorsque divers modèles propriétaires se développent. La mission considère que tant que ne sera pas mis en place un standard de mesure technique assurant l'interopérabilité des fichiers musicaux, il faut permettre l'offre au détail de tous les fichiers musicaux en ligne sans mesures techniques ».

558 Accord pour le développement et la protection des œuvres et programmes culturels sur les nouveaux réseaux. Aux termes de cet accord, les ayants droit se sont engagés « à rendre disponible, dans un délai maximal d'un an à compter du fonctionnement effectif du mécanisme d'avertissement et de sanction, les catalogues de productions musicales françaises pour l'achat au titre en ligne sans mesures techniques de protection, tant que celles-ci ne permettent pas l'interopérabilité et dans le respect des droits et exclusivités reconnus ».

559 ARMT, Rapport annuel 2008, *op. cit.*, p. 35 : « L'ampleur prise par le phénomène du téléchargement illégal au cours des années 2007 et 2008 explique que, dans les secteurs où l'absence d'interopérabilité soulevait le plus de difficultés, les ayants droit aient préféré suspendre l'utilisation des mesures techniques de protection plutôt que de développer et mettre en place des systèmes interopérables. Du fait de cette absence de dispositif de protection, les fichiers sont nativement interopérables ».

560 ARMT, Rapport annuel 2008, *op. cit.*, p. 23.

est clairement mentionné que le nombre de copies est limité en raison d'un « dispositif de sécurité ». De plus, les utilisateurs acceptent « de ne pas violer, contourner, modifier, faire de l'ingénierie inverse, décompiler⁵⁶¹, désassembler ou altérer de quelque manière que ce soit toute partie du Dispositif de Sécurité, ni tenter, ou assister une personne à le faire »⁵⁶².

246. Le développement des mesures techniques d'information⁵⁶³. La renonciation aux mesures techniques de protection s'est parallèlement accompagnée d'un développement des mesures techniques d'information. Chaque fichier téléchargé conserve ainsi en mémoire les informations relatives au compte de l'utilisateur. Ces informations permettent d'identifier la personne à l'origine du téléchargement du fichier et de sa mise en ligne par la suite, par exemple sur les réseaux de pair à pair⁵⁶⁴. Ces mesures d'information sont depuis l'un des moyens de lutte contre la contrefaçon privilégiés dans le secteur de la musique. Renoncer aux mesures techniques de protection ne signifie donc pas renoncer aux poursuites relatives aux actes de contrefaçon et s'avère même être un argument à la fois économique et marketing⁵⁶⁵.

Les mesures techniques de protection tendent donc à disparaître dans le secteur de la musique. Cependant, il n'est pas constaté de renonciation à ces mesures dans l'ensemble des secteurs culturels. D'autres secteurs, tels que celui du livre numérique, ont connu, quant à eux, une recrudescence du recours aux mesures techniques de protection mais il semble qu'une évolution y soit également perceptible.

2. La renonciation aux mesures techniques de protection dans le secteur du livre numérique

247. La définition du livre numérique. Les secteurs en pleine évolution, tels que ceux du livre numérique ou du film haute définition sont particulièrement concernés par le recours aux mesures techniques de

⁵⁶¹ Il semblerait, à la lecture de ces conditions générales de vente, que la garantie des démarches techniques, que sont l'ingénierie inverse et la décompilation à des fins d'interopérabilité, ne soit pas effective.

⁵⁶² Conditions générales de vente sur *iTunes Store*, *Mac App Store* et *Ibookstore*, 14 janv. 2013.

⁵⁶³ Art. L. 331-11, CPI : « Les informations sous forme électronique concernant le régime des droits afférents à une œuvre, autre qu'un logiciel, une interprétation, un phonogramme, un vidéogramme ou un programme, sont protégées dans les conditions prévues au présent titre, lorsque l'un des éléments d'information, numéros ou codes est joint à la reproduction ou apparaît en relation avec la communication au public de l'œuvre, de l'interprétation, du phonogramme, du vidéogramme ou du programme qu'il concerne.

On entend par information sous forme électronique toute information fournie par un titulaire de droits qui permet d'identifier une œuvre, une interprétation, un phonogramme, un vidéogramme, un programme ou un titulaire de droit, toute information sur les conditions et modalités d'utilisation d'une œuvre, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme, ainsi que tout numéro ou code représentant tout ou partie de ces informations ».

⁵⁶⁴ cf. peer-to-peer P2P, Vocabulaire de l'informatique, *JORF* n°111 du 13 mai 2006, p. 7072, texte n° 130 : « se dit du mode d'utilisation d'un réseau dans lequel chaque utilisateur est en mesure de mettre certaines ressources de son ordinateur à la disposition des autres ».

⁵⁶⁵ En 2009, la société Apple a lancé le service *iTunes plus* pour le téléchargement de fichiers sans mesures techniques de protection.

protection. Un livre électronique ou numérique, en anglais *e-book*, est un « ouvrage édité et diffusé sous forme numérique, destiné à être lu sur un écran »⁵⁶⁶. Cet écran peut être un ordinateur, une tablette, un téléphone ou encore une liseuse⁵⁶⁷, spécifiquement conçue pour cet usage.

De nombreuses plate-formes proposent des livres électroniques au téléchargement mais ces livres sont généralement associés à un support de lecture unique ou à quelques supports proposés à la vente. A titre d'illustration, de nombreux livres électroniques proposés au téléchargement sur le site Internet de l'entreprise *Amazon.com*⁵⁶⁸ ne sont accessibles que sur la liseuse de cette entreprise, le *Kindle*⁵⁶⁹. Le fichier est alors associé au support de lecture, par le recours à des mesures techniques de protection et à un format de fichiers propriétaire, au détriment de la mise en œuvre de l'interopérabilité dans ce domaine⁵⁷⁰.

248. Le défaut d'interopérabilité du livre numérique. Le manque d'interopérabilité dans le secteur du livre numérique est l'une des causes du développement relativement lent que connaît ce type de bien culturel⁵⁷¹. « L'impossibilité de partager certains livres, de les porter sur d'autres appareils, de les transférer, a incontestablement généré une déception chez les utilisateurs. En fait, le monde de l'édition est dans la situation du secteur de la musique au début des années 2000 »⁵⁷². La situation encore récente du secteur du livre numérique était donc la conséquence de l'impact négatif d'un point de vue économique de l'absence d'interopérabilité. Le comportement du consommateur est clairement influencé par l'obstacle à l'interopérabilité que représentent les mesures techniques de protection.

566 Vocabulaire de l'édition et du livre (liste de termes, expressions et définitions adoptés) *JORF* n° 0081 du 4 avril 2012 p. 6130, texte n° 118, cf. Livre électronique.

567 Vocabulaire de l'édition et du livre (liste de termes, expressions et définitions adoptés) *JORF* n° 0081 du 4 avril 2012 p. 6130, texte n° 118, cf. Liseuse : « Appareil portable doté d'un écran et destiné au stockage et à la lecture des livres numériques ou des périodiques ».

568 L'entreprise *Amazon.com, Inc.* est une entreprise américaine de commerce électronique spécialisée dans la vente de livres. En France, la vente en ligne s'effectue par le biais du site <www.amazon.fr>.

569 Le *Kindle* est une liseuse commercialisée par l'entreprise *Amazon.com*. Les contenus téléchargés sur le site de cette entreprise par le biais de cet outil sont assortis de mesures techniques de protection. Le *Kindle* supporte différents formats pour les fichiers de l'utilisateur mais n'est pas interopérable avec l'ensemble des formats de fichiers.

570 Il est à noter que le défaut d'interopérabilité peut être causé par un éditeur de logiciels et non par l'éditeur de livres numériques comme l'illustre les pratiques de mise à jour de ses outils par la société *Adobe*, cf. <<https://www.actualitte.com/usages/drm-adobe-des-pratiques-autocratiques-deplorables-gallimard-47955.htm>>.

571 Pour une analyse du marché du livre numérique : Rüdiger Wischenbart, S. Kaldonek, « The Global Ebook Market : Current Conditions & Future projections », 2011 ; En 2014, 20 % des consommateurs de livres numériques déclarent y accéder de manière illicite en raison des verrous numériques qui empêchent de faire des sauvegardes ou d'en profiter sur d'autres appareils. cf. HADOPI, « Etude sur les perceptions et usages du livre numérique – synthèse des résultats qualitatifs et quantitatifs », 23 oct. 2014, p. 40.

572 O. Chicheportiche, « Les DRM plombent le marché des livres électroniques », <www.zdnet.fr>, 20 juill. 2011.

C'est pourquoi, la première proposition du Centre d'analyse stratégique, rattaché au Premier Ministre, a été celle d'une réunion des éditeurs et distributeurs de livres numériques « afin de créer une réelle interopérabilité des fichiers entre les différents modèles de tablettes et de liseuses »⁵⁷³.

249. Un premier pas vers l'interopérabilité du livre numérique. Le 1^{er} décembre 2014, un accord entre le Conseil permanent des écrivains et le Syndicat national de l'édition sur le contrat d'édition dans le secteur du livre marque, contre toute attente, un tournant dans l'appréhension de l'interopérabilité du livre numérique.

En effet, aux termes de l'article 4.2 de cet accord, annexé à l'arrêté en date du 10 décembre 2014, l'éditeur de l'œuvre doit « (...) 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 » ainsi que « 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 »⁵⁷⁴.

En d'autres termes, le recours à un format non propriétaire est rendu obligatoire pour la mise à disposition de livres numériques. Cette évolution est à saluer mais ne présente qu'une première étape vers l'interopérabilité, dès l'instant où il n'est question que du seul format, à l'exclusion de la renonciation au recours aux mesures techniques de protection. La pratique dans le secteur du livre numérique n'est donc pas encore celle de l'abandon des mesures techniques de protection et il est à regretter que de nombreux livres ne soient encore accessibles sur un unique outil numérique. Malgré tout cette démarche des éditeurs de livres numériques s'inscrit dans le mouvement constaté de renonciation aux restrictions d'accès aux contenus numériques.

250. Conclusion de la Section. Un second sujet passif du droit à l'interopérabilité est à présent identifié, l'éditeur de contenus numériques. Il peut être défini comme la personne physique ou morale à l'origine de la

⁵⁷³ Centre d'analyse stratégique, Premier Ministre, note d'analyse n°270, « les acteurs de la chaîne du livre à l'ère du numérique- les auteurs et les éditeurs », mars 2012.

⁵⁷⁴ Art. 4.2, annexe, arrêté du 10 décembre 2014 pris en application de l'article L. 132-17-8 du code de la propriété intellectuelle et portant extension de l'accord du 1er décembre 2014 entre le Conseil permanent des écrivains et le Syndicat national de l'édition sur le contrat d'édition dans le secteur du livre, *JORF* n° 0300 du 28 décembre 2014, p. 22758, texte n° 66 : « Exploiter l'œuvre dans sa totalité sous une forme numérique. La présenter à son catalogue numérique. 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. 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'auteur reprend les droits d'exploitation numérique de la dernière version de l'œuvre approuvée par lui sans qu'il soit besoin de nouvelle mise en demeure. Les apports d'autres auteurs distincts de l'œuvre (illustrations, préface, appareil critique...) restent la propriété de ces auteurs ou de l'éditeur cessionnaire ».

publication de données produites et fournies sous forme numérique. Le consommateur est dépendant de ce sujet, s'agissant en particulier de l'interopérabilité des données numériques qu'il peut recevoir. Plus précisément, le consommateur ne pourra procéder à la copie à titre privée des données réceptionnées que si leur interopérabilité est garantie par l'éditeur de contenus numériques.

Ce dernier dispose des moyens techniques pour la mise en œuvre de l'interopérabilité des contenus numériques, à savoir l'adoption d'un format ouvert pour les données émises, d'une part, et la renonciation aux mesures techniques de protection, d'autre part. Ainsi, aucun obstacle technique n'existe, du côté des éditeurs de contenus numériques, pour la mise en œuvre de l'interopérabilité.

251. Conclusion du Chapitre. Le dernier élément d'un « droit de » est à présent caractérisé. Nous sommes donc en présence, non pas d'un, mais de deux sujets passifs du droit à l'interopérabilité : l'éditeur de logiciels et l'éditeur de contenus numériques. D'un point de vue technique, l'idéal serait que ceux-ci garantissent d'eux-mêmes l'interopérabilité au consommateur, *a minima* par le choix d'un format de données ouvert de la part des éditeurs de contenus numériques et par l'intégration des formats ouverts dans les outils mis à la disposition par les éditeurs de logiciels. Manifestement l'interopérabilité d'un contenu numérique ne dépend pas de la volonté d'un seul sujet passif. Elle dépend en effet non seulement de la volonté de son éditeur mais également de celle des éditeurs de logiciels qui permettent au consommateur d'y accéder.

En résumé, il sera parfaitement inutile de favoriser les formats ouverts de données numériques si, de leur côté, les éditeurs de logiciels n'intègrent pas ces formats dans leurs logiciels. L'évolution du régime juridique du droit à l'interopérabilité doit donc prendre en considération cette interdépendance des sujets passifs.

252. Conclusion du Titre. L'interopérabilité est un intérêt juridiquement protégé, et donc un droit, pour les professionnels des technologies de l'information et de la communication. Mais c'est également un droit pour le consommateur, juridiquement défini comme « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale », et cela indépendamment de ses connaissances techniques. En effet, l'intérêt du consommateur est constitué de deux éléments, à savoir le contrôle de ses données et l'interconnexion de ses outils numériques. Cet intérêt est juridiquement protégé, non pas par la procédure confiée à l'Autorité de régulation et de veille dans le domaine des mesures techniques de protection, mais bien par les juridictions de droit commun compétentes pour les litiges en matière de droit de la consommation.

253. En outre, il apparaît que l'intérêt juridiquement protégé que constitue l'interopérabilité pour le consommateur dépend de deux sujets passifs du droit à l'interopérabilité, l'éditeur de logiciels, d'une part, et l'éditeur de contenus numériques, d'autre part. Ces deux sujets n'interviennent pas pour les mêmes finalités d'interopérabilité. L'éditeur de logiciels doit lui garantir principalement l'interopérabilité des données « émises » par le consommateur alors qu'il incombe à l'éditeur de contenus numériques de s'assurer de l'interopérabilité des données « réceptionnées » par ce dernier. Ils doivent pour cela de moyens techniques, dans un contexte juridique favorable. L'éditeur de logiciels a ainsi accès aux démarches techniques que sont l'ingénierie inverse et la décompilation tandis que l'éditeur de contenus numériques a le moyen de diffuser lesdits contenus dans un format ouvert et non protégé.

254. **Conclusion de la Partie.** Ainsi, A l'issue de cette première partie de l'analyse, le droit à l'interopérabilité est caractérisé comme un droit subjectif personnel. Ce droit se définit comme l'intérêt juridiquement protégé du consommateur, sujet actif, à solliciter, de l'éditeur de logiciels ou de contenus numériques, sujets passifs, la garantie de la capacité d'éléments matériels ou immatériels à échanger des données et à utiliser mutuellement les données échangées, par le recours à des standards ouverts de communication.

Ce droit récent est issu de l'évolution de l'appréhension des outils et technologies de l'information et de la communication par le consommateur. L'interopérabilité n'est plus uniquement une nécessité pour le développement d'outils numériques par ceux disposant de compétences techniques. Elle est indispensable de nos jours au contrôle, par le consommateur, de ses données ainsi qu'à l'interconnexion et à la maîtrise de ses outils.

Pourtant, nous allons voir à présent que cette évolution ne s'est pas accompagnée des modifications nécessaires du régime juridique du droit à l'interopérabilité, qui apparaît aujourd'hui en inadéquation avec les besoins du consommateur. Des propositions vont donc être formulées pour mettre un terme à cette situation et assurer une mise en œuvre effective du droit à l'interopérabilité au bénéfice du consommateur.

PARTIE II - LE REGIME JURIDIQUE DU DROIT À L'INTEROPÉRABILITÉ

255. De la définition du droit à l'interopérabilité à sa mise en œuvre. La caractérisation du droit à l'interopérabilité n'est que la première étape de la reconnaissance de ce droit. En effet, il manque encore l'examen de son régime juridique qui va en déterminer l'effectivité. Or, la mise en œuvre du droit à l'interopérabilité comporte une difficulté majeure : celle de la conciliation avec la garantie du droit d'auteur et des droits voisins. Or, « la mise en œuvre de l'interopérabilité est placée sous le signe des droits et libertés fondamentaux : le respect du droit de propriété, le droit au procès équitable »⁵⁷⁵.

256. De la difficulté de la garantie de l'effectivité du droit à l'interopérabilité. D'ailleurs, pour cette raison, un constat s'impose : l'interopérabilité fait peur car « (...) favoriser ou imposer l'interopérabilité revient nécessairement à faire prédominer des intérêts privés sur d'autres, un intérêt public sur un intérêt privé ou inversement, une conception de la diffusion de la connaissance sur une autre »⁵⁷⁶. Il est en effet indéniable que l'interopérabilité facilite le contournement des mesures techniques de protection visant au contrôle de la diffusion de contenus culturels numériques. De ce fait, l'interopérabilité représente « l'arme absolue » d'atteinte au droit d'auteur et droits voisins par les consommateurs ou par les professionnels du secteur des technologies de l'information et de la communication⁵⁷⁷.

Pour autant, si la crainte d'une atteinte au droit d'auteur et/ou aux droits voisins est fondée, elle ne peut justifier de faire obstacle à la mise en œuvre du droit à l'interopérabilité. Ces différents droits sont essentiels, chacun dans leur domaine, au développement numérique de la société. Dès lors, plutôt que de combattre

575 J.-M. Bruguière et M. Vivant, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Précis Dalloz, 2013, p. 799 ; J.-M. Bruguière, « L'interopérabilité et les droits et libertés fondamentaux », in *Que reste-t-il du droit d'auteur après la loi du 1^{er} août 2006 ?*, Colloque CUERPI, Transactive, 2008, p. 87.

576 F. Duflot, « L'interopérabilité dans tous ses états », <www.interoperabilite.net>, p. 2.

577 Y. Gaubiac, « Doctrine et opinions- Mesures techniques et interopérabilité en droit d'auteur et droits voisins », UNESCO, e-bulletin du droit d'auteur, avril-juin 2007, p. 7 : « En effet, toute entreprise qui communique légalement des œuvres est titulaire d'un droit de propriété intellectuelle - droit d'auteur ou droit voisin - en vertu du contrat lui transférant les droits nécessaires à son activité. Le propriétaire d'une plateforme de téléchargement légal est titulaire d'un droit pour diffuser l'œuvre ou la prestation protégée. Souvent, une telle entreprise ne sera pas titulaire d'un droit exclusif et, dans ce cas, d'autres entreprises pourront exercer la même activité conduisant à augmenter les circuits de communication des œuvres et autres prestations protégées. Dans ces conditions, comment décider l'interopérabilité de systèmes et donc imposer à une entreprise de communiquer à un tiers les données essentielles à l'interopérabilité qu'elle détient sur une mesure technique, si cette entreprise détient des droits de propriété intellectuelle pour diffuser des œuvres à partir d'une plateforme qu'elle a mise en place ? L'interopérabilité aurait nécessairement pour conséquence de porter atteinte aux droits de propriété intellectuelle de cette entreprise en affectant les mesures techniques ».

l'un de ces droits, c'est vers la recherche d'un équilibre de leurs protections respectives que l'on doit tendre⁵⁷⁸. C'est ce que le législateur français, avec plus ou moins de succès, a appréhendé lors de l'adoption de la loi DADVSI.

Ainsi, la législation nationale s'avère être, semble-t-il⁵⁷⁹, la seule à s'atteler à la tâche de la conciliation du droit d'auteur et du droit à l'interopérabilité, en fixant, en particulier, l'interopérabilité comme limite au recours aux mesures techniques de protection, en ces termes : « 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 »⁵⁸⁰.

Toutefois, ainsi que le souligne le Professeur « le Code de la propriété intellectuelle "relooké" par le processus de transposition n'apporte que des solutions partielles à la question de l'interface entre mesures techniques et exceptions au droit d'auteur, solutions dont la lisibilité et la cohérence ont souffert en outre des remous politiques et médiatiques ayant entouré l'adoption des nouvelles dispositions (...) »⁵⁸¹. En effet, « (...) si certains ont pu écrire, à propos des dispositions de la directive européenne sur les mesures techniques, qu'un peu de clarté était désespérément recherchée, il n'est pas sûr que leur vœu ait été exaucé par la transposition de la directive »⁵⁸². Aussi, si les intentions de conciliation du législateur sont réelles, elles s'avèrent être insuffisantes, car, actuellement, la garantie effective du droit à l'interopérabilité au bénéfice du consommateur n'est pas assurée. Une évolution du régime juridique apparaît donc nécessaire.

257. Le contrat de consommation comme cadre à l'évolution du régime juridique du droit à l'interopérabilité. Il convient alors d'axer l'analyse sur l'interaction entre le sujet actif et les sujets passifs du droit à l'interopérabilité par le biais du contrat de consommation⁵⁸³. En effet, c'est par le biais du contrat de consommation que le consommateur est mis en possession des outils et technologies de l'information et de la communication. L'évolution du régime juridique du droit à l'interopérabilité doit donc s'inscrire dans le cadre des dispositions législatives et réglementaires relatives au contrat de consommation.

578 Y. Gaubiac, art. préc., p. 8 : « Un nouveau droit est peut-être en gestation qui sera confronté à la dimension mondiale de la communication des œuvres, selon les marchés en émergence et les modèles économiques qui se mettront en place ».

579 Y. Gaubiac, art. préc., p. 5 : « A notre connaissance, seule la loi française contient des dispositions détaillées sur cette question ».

580 Art. L. 331-5, al. 4, CPI.

581 S. Dusollier, « L'introuvable interface entre exceptions au droit d'auteur et mesures techniques de protection », *Comm. Com. Electr.*, nov. 2006, étude 29.

582 *Ibid.*

583 Pour une présentation de la notion de contrat de consommation, cf. N. Sauphanor-Brouillaud, E. Poillot, C. Aubert et G. Brunaux, *Les contrats de consommation – Règles communes*, LGDJ, coll. Traité de droit civil (dir. J. Ghestin), 2012.

258. **Plan.** D'ailleurs, c'est précisément par le contrat de consommation qu'émergent les deux obligations majeures des sujets passifs du droit à l'interopérabilité : l'obligation d'information relative à l'interopérabilité lors la formation du contrat de consommation⁵⁸⁴ (**Titre I**) et l'obligation de mise en œuvre de l'interopérabilité lors de l'exécution du contrat de consommation⁵⁸⁵ (**Titre II**).

TITRE I – L'OBLIGATION D'INFORMATION RELATIVE A L'INTEROPERABILITE LORS DE LA FORMATION DU CONTRAT DE CONSOMMATION

TITRE II – L'OBLIGATION DE MISE EN OEUVRE DE L'INTEROPERABILITE LORS DE L'EXECUTION DU CONTRAT DE CONSOMMATION

584 Sur les règles générales relatives à la formation du contrat de consommation, cf. J. Beauchard, *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, 1996, p. 325 et s. ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat tome 1 Le contrat -le consentement*, 4^e éd. LGDJ, 2013 ; N. Sauphanor-Brouillaud, E. Poillot, C. Aubert et G. Brunaux, *Les contrats de consommation – Règles communes*, LGDJ, coll. Traité de droit civil (dir. J. Ghestin), 2012, p. 85 et s.

585 Sur les règles générales relatives à l'exécution du contrat de consommation, Beauchard (J.), *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, 1996, p. 328 et s. ; N. Sauphanor-Brouillaud, E. Poillot, C. Aubert et G. Brunaux, *Les contrats de consommation – Règles communes*, LGDJ, coll. Traité de droit civil (dir. J. Ghestin), 2012, p. 157 et s.

TITRE I – L'OBLIGATION D'INFORMATION RELATIVE A L'INTEROPERABILITE LORS DE LA FORMATION DU CONTRAT DE CONSOMMATION

259. La distinction des moyens techniques et des obligations juridiques. Les moyens actuels de mise en œuvre du droit à l'interopérabilité sont de deux sortes : on trouve des moyens techniques, d'une part, et des obligations juridiques, d'autre part.

Les principaux moyens techniques, nous l'avons vu, sont les recours aux démarches de l'ingénierie inverse et de la décompilation ainsi que l'adoption d'un format ouvert et non protégé. Ces moyens sont essentiellement à la disposition des professionnels du secteur des technologies de l'information et de la communication et ne concernent qu'indirectement le consommateur, même si les développements des logiciels à des fins d'interopérabilité se réalisent à son bénéfice, en qualité d'utilisateur final des produits et services mis à sa disposition. Il s'agit de moyens techniques ayant fait l'objet d'une reconnaissance juridique et non d'obligations juridiques. Aussi, cette partie ne portant que sur les obligations juridiques, ne seront pas évoqués ici les moyens techniques à la disposition des éditeurs de logiciels ou de contenus numériques.

260. L'établissement de l'obligation d'information relative à l'interopérabilité. Or, à ce titre, Au stade de la formation du contrat de consommation, on trouve une première obligation juridique, celle de l'information du consommateur⁵⁸⁶. C'est la jurisprudence qui a progressivement consacré une obligation générale d'information entre cocontractants⁵⁸⁷, pour le cas d'une information « pertinente » que son destinataire pouvait légitimement ignorer⁵⁸⁸. Il existe, de manière autonome, une obligation générale de révéler au cocontractant les informations nécessaires à éclairer son consentement lors de la conclusion du contrat,

586 J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 8^e éd., 2010, p. 55 et s. ; D. et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, Litec, 2014, p. 192 et s.

587 F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil – Les obligations*, 11^e éd., Précis Dalloz, 2013, p. 284 : « Longtemps on a enseigné que, sauf obligation légale précise, nul n'était tenu de renseigner son cocontractant. Dans une société libérale composée d'hommes libres et responsables, la règle est le devoir de s'informer soi-même. Mais, prenant conscience de ce que l'inégalité dans l'information peut, tout autant que l'inégalité économique, nuire à l'équilibre du contrat, sensible aussi à l'idée qu'il vaut mieux prévenir que guérir, la jurisprudence a progressivement imposé à certains contractants l'obligation d'informer leur partenaire. A cet effet, elle a pris appui sur la notion de bonne foi. Bien que l'article 1134 alinéa 3 du Code civil vise la seule exécution du contrat, la bonne foi irrigue également la formation de celui-ci (...) ».

588 F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit.*, p. 286 : « En premier lieu, une personne ne pourra être tenue de renseigner son partenaire que si elle détient une information " pertinente ". On entend par là une information dont la connaissance par le partenaire est de nature à conduire celui-ci à modifier son comportement, soit qu'il renonce à son projet de conclure le contrat, soit qu'il persévère dans celui-ci en réexaminant les conditions. (...) En second lieu, l'obligation d'information n'existera que si celui qui se prétend créancier de cette obligation a lui-même ignoré le fait recelé et si cette ignorance est légitime (...) ».

accessoire de l'obligation principale⁵⁸⁹.

Le législateur est alors intervenu pour préciser l'obligation d'information dans le cas de relations contractuelles spécifiques et plus particulièrement celles des professionnels et des consommateurs. Cette obligation d'information du consommateur en est venue à porter sur l'interopérabilité⁵⁹⁰.

En effet, le consommateur moyen ne dispose pas des connaissances techniques nécessaires à la mise en œuvre de l'interopérabilité. Il est donc un sujet du droit à l'interopérabilité qui dépend de la volonté des éditeurs de logiciels et des éditeurs de contenus numériques. Afin de lui laisser le choix de se soumettre, ou pas, aux contraintes techniques qui pourraient ensuite lui être imposées, il est donc nécessaire de l'informer des conditions d'interopérabilité des contenus numériques et des logiciels auxquels il souhaite avoir accès.

261. Le cadre juridique de l'obligation d'information relative à l'interopérabilité. La préoccupation d'information du consommateur est cependant récente. Elle s'inscrit en effet à partir des dispositions du Code de la propriété intellectuelle issues de la loi DADVSI. Par application des dispositions de l'article L. 331-10 du Code de la propriété intellectuelle⁵⁹¹, l'utilisateur doit être informé, des « conditions d'accès à la lecture d'une œuvre, d'un vidéogramme, d'un programme ou d'un phonogramme » et des « limitations susceptibles d'être apportées au bénéfice de l'exception pour copie privée »⁵⁹² par la mise en œuvre d'une mesure technique de protection.

Cette obligation légale d'information s'avère toutefois extrêmement limitée, dans le sens où ne sont

589 Sur l'obligation générale d'information : A. Benabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9^e éd., Montchrestien, 2011, p. 137 et s. ; Grimaldi, J. Huet, H. Lécuyer (dir. Ghestin), *Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., LGDJ, 2012, § 11264 et s. ; P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 7^e éd., LGDJ, 2014, p. 194 et s.

590 D'après les Professeurs Bruguière et Vivant, faute de droit à l'interopérabilité au bénéfice du consommateur, l'information de ce dernier sur l'interopérabilité n'est pas une composante du régime juridique de ce droit. cf. J.-M. Bruguière et M. Vivant, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Précis Dalloz, 2013, p. 796 : « aujourd'hui, le consommateur (et l'on s'éloigne beaucoup du droit d'auteur), à défaut de bénéficier d'un droit à l'interopérabilité, a toutefois un droit à savoir que le matériel qu'il achète n'est pas compatible avec tel ou tel autre matériel : une information sur l'impossibilité de mettre en œuvre l'interopérabilité ».

591 Art. L. 331-10, CPI : « 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^o de l'article L. 122-5 et au 2^o 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 ».

592 Il s'agit, comme le mentionne l'article L. 331-10 précité, de l'exception pour copie privée du 2^o de l'article L. 122-5, CPI : « Les copies ou reproductions réalisées à partir d'une source licite et strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective, à l'exception des copies des œuvres d'art destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'œuvre originale a été créée et des copies d'un logiciel autres que la copie de sauvegarde établie dans les conditions prévues au II de l'article L. 122-6-1 ainsi que des copies ou des reproductions d'une base de données électronique » ; Elle est également mentionnée au 2^o de l'article L. 211-3, CPI : « Les reproductions réalisées à partir d'une source licite, strictement réservées à l'usage privé de la personne qui les réalise et non destinées à une utilisation collective ».

concernés que les seuls cas de lecture et de limitations de l'exception pour copie privée. Elle ne porte donc pas directement sur la question de l'interopérabilité, appliquée aux mesures techniques de protection, et ne peut, dans ces conditions, être qualifiée d'obligation générale d'information du consommateur sur l'interopérabilité. Néanmoins, une évolution de la législation sur ce sujet est survenue, par le biais de la transposition d'une directive européenne.

La directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs⁵⁹³, dont l'objectif est « de contribuer, en atteignant un niveau élevé de protection du consommateur, au bon fonctionnement du marché intérieur en rapprochant certains aspects des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives aux contrats conclus entre les consommateurs et les professionnels »⁵⁹⁴, a consacré en effet, sans ambiguïté, une obligation d'information du consommateur quant aux fonctionnalités et à l'interopérabilité du « contenu numérique ».

Ces éléments font partie intégrante de l'obligation générale d'information du consommateur à la charge du professionnel et sont rédigés comme suit : « s'il y a lieu, les fonctionnalités du contenu numérique, y compris les mesures de protection technique applicables (...) toute interopérabilité pertinente du contenu numérique avec certains matériels ou logiciels dont le professionnel a ou devrait raisonnablement avoir connaissance »⁵⁹⁵.

Le législateur français a procédé à la transposition de la directive du 25 octobre 2011 par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation⁵⁹⁶. L'article L. 111-1 du Code de la consommation est désormais rédigé ainsi : « avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes : (...) 4° Les informations relatives à son identité, à ses coordonnées postales, téléphoniques et électroniques et à ses activités, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte, ainsi que, s'il y a lieu, celles relatives aux garanties légales, aux fonctionnalités du contenu numérique et, le cas échéant, à son interopérabilité, à l'existence et aux modalités de mise en œuvre des garanties et aux autres conditions

593 Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011, relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 99/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, *JOUE*, 22 nov. 2011.

594 Art. 1, directive 2011/83/UE.

595 Art. 5, g et h, art. 6, r et s., directive 2011/83/UE. Cette obligation d'information à la charge du professionnel inclut donc, outre les classiques identité du professionnel ou prix, de nouvelles exigences, notamment sur les fonctionnalités et l'interopérabilité des contenus numériques.

596 Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (1), *JORF* n° 0065 du 18 mars 2014, p. 5400, texte n° 1.

contractuelles. La liste et le contenu précis de ces informations sont fixés par décret en Conseil d'État ».

L'article R. 111-1 du Code de la consommation, issu du décret du 14 septembre 2014⁵⁹⁷, précise quant à lui cette obligation d'information en ces termes : « e) s'il y a lieu, toute interopérabilité pertinente du contenu numérique avec certains matériels ou logiciels dont le professionnel a ou devrait raisonnablement avoir connaissance ainsi que les fonctionnalités du contenu numérique, y compris les mesures de protection technique applicables ».

En outre, hors du cadre précité de la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation, la garantie de l'information relative à l'interopérabilité peut se fonder sur la sanction des pratiques commerciales déloyales, posée par les dispositions des articles L. 120-1 et suivants du Code de la consommation. En effet, se prévaloir d'une interopérabilité qui n'existe pas en pratique ou, *a contrario*, taire un défaut d'interopérabilité pourrait être sanctionné sur ce fondement juridique⁵⁹⁸.

En l'état il existe donc, au moment de la formation du contrat de consommation, une obligation majeure : celle d'informer le consommateur sur l'interopérabilité. Le droit à l'interopérabilité n'est ainsi pas une pure fiction juridique dès lors qu'il existe d'ores et déjà une obligation d'information ayant pour objet l'interopérabilité. Toutefois, l'obligation actuelle s'avère insuffisante dans un contexte où prédomine la protection du droit d'auteur et des droits voisins au détriment du droit à l'interopérabilité. Il est donc nécessaire de la faire évoluer, par des propositions concrètes, dans la perspective de la mise en œuvre du droit à l'interopérabilité lors de la formation du contrat de consommation.

Plan. Cette évolution doit porter, d'une part, sur l'objet de l'obligation d'information relative à l'interopérabilité (**Chapitre I**) et, d'autre part, sur son champ d'application (**Chapitre II**).

CHAPITRE I – L'OBJET DE L'OBLIGATION D'INFORMATION RELATIVE A L'INTEROPERABILITE

CHAPITRE II – LE CHAMP D'APPLICATION DE L'OBLIGATION D'INFORMATION RELATIVE A L'INTEROPERABILITE

⁵⁹⁷ Décret n° 2014-1061 du 17 septembre 2014 relatif aux obligations d'information précontractuelle et contractuelle des consommateurs et au droit de rétractation :

⁵⁹⁸ cf. *infra*, p. 195 et s.

CHAPITRE I – L'OBJET DE L'OBLIGATION D'INFORMATION RELATIVE A L'INTEROPERABILITE

262. **La détermination de l'objet de l'obligation d'information relative à l'interopérabilité.** L'objet de l'obligation d'information est posé par les dispositions combinées des articles L. 111-1 et R. 111-1 du Code de la consommation. L'information doit porter sur l'interopérabilité d'un « contenu numérique »⁵⁹⁹, et plus précisément sur « toute interopérabilité pertinente du contenu numérique avec certains matériels ou logiciels dont le professionnel a ou devrait raisonnablement avoir connaissance »⁶⁰⁰.

263. **Les difficultés d'appréhension de l'objet de l'obligation d'information relative à l'interopérabilité.** Ces formulations ne permettent pas, néanmoins, d'appréhender avec précision l'objet de l'obligation d'information relative à l'interopérabilité. En effet, que faut-il comprendre par « interopérabilité d'un contenu numérique », à défaut de définition juridique de l'interopérabilité et en présence, dans les mêmes dispositions précitées, d'une référence à la notion de « fonctionnalités » du contenu numérique, distincte donc de son interopérabilité ?

264. **Plan.** Le décret du 17 septembre 2014 n'a pas permis de clarifier l'obligation d'information relative à l'interopérabilité en droit positif (**section I**). Aussi, il faut proposer des modifications à des fins de précision de l'objet de cette obligation (**section II**).

SECTION I – L'OBJET DE L'OBLIGATION D'INFORMATION RELATIVE A L'INTEROPERABILITE EN DROIT POSITIF

SECTION II – L'OBJET DE L'OBLIGATION D'INFORMATION RELATIVE A L'INTEROPERABILITE EN DROIT PROSPECTIF

599 Art. L.111-1, Code de la consommation.

600 Art. R.111-1, Code de la consommation.

SECTION I – L'OBJET DE L'OBLIGATION D'INFORMATION RELATIVE A L'INTEROPERABILITE EN DROIT POSITIF

265. **La distinction de l'information quant aux fonctionnalités et quant à l'interopérabilité.** Dans la directive, il est opéré une distinction entre information sur les fonctionnalités du contenu numérique, d'une part, et information sur son interopérabilité, d'autre part. Cette distinction est exacte mais superflue. En effet, les fonctionnalités peuvent être définies, dans une première approche, comme les moyens d'utilisation d'un contenu numérique. Or, il apparaît évident que ces moyens sont influencés par la mise en œuvre, ou pas, de l'interopérabilité. Fonctionnalités et interopérabilité sont donc intimement liées dans l'usage d'un contenu numérique. Ces deux éléments auraient donc pu faire l'objet d'une information commune mais tel n'a pas été le choix des rédacteurs de la directive.

266. **Plan.** C'est, en revanche, l'approche qu'a adoptée le législateur français, à l'article L.111-1 du Code de la consommation, par lequel il est fait obligation de transmettre les informations relatives « aux fonctionnalités du contenu numérique et, le cas échéant, à son interopérabilité ». Aussi on ne peut comprendre l'obligation d'information sur l'interopérabilité (II) sans présenter celle quant aux fonctionnalités du contenu numérique (I).

I. L'obligation d'information relative aux fonctionnalités du contenu numérique

267. **Plan.** Que ce soit dans la directive 2011/83/UE ou dans le Code de la consommation, il est fait mention des « fonctionnalités » d'un contenu numérique aux côtés de son interopérabilité. Il apparaît donc que ce terme ne semble pas recouvrir l'interopérabilité. Néanmoins, afin de préciser l'objet de l'obligation d'information quant à l'interopérabilité d'un contenu numérique, il convient de la distinguer de l'obligation d'information relative aux fonctionnalités de ce type de contenu au sens européen (A) puis national de la notion (B).

A. L'obligation européenne d'information relative aux fonctionnalités du contenu numérique

268. **La définition européenne de la notion de « fonctionnalité ».** Par application des dispositions des articles 5, g) et 6, r) de la directive 2011/83/UE, le professionnel doit fournir au consommateur les informations sur « les fonctionnalités du contenu numérique, y compris les mesures de protection technique

applicables ».

Les fonctionnalités sont juridiquement définies de la manière suivante : « par fonctionnalités, on devrait entendre les différentes façons d'utiliser le contenu numérique, par exemple l'observation du comportement des consommateurs ; par fonctionnalités, on devrait entendre également l'absence ou la présence de restrictions techniques, telles que la protection au moyen de la gestion des droits numériques ou l'encodage régional »⁶⁰¹. Selon les termes de la directive, toute utilisation d'un contenu numérique ou tout moyen de contrôle de cette utilisation est donc une fonctionnalité dont le consommateur doit être informé par le professionnel.

269. L'intégration des « mesures de protection technique ». Plus précisément, parmi les « fonctionnalités du contenu numérique », il est explicitement fait référence aux « mesures de protection technique applicables ». Il est à noter que, si le considérant 19 de la directive fait mention de la « gestion des droits numériques »⁶⁰² et de « l'encodage régional »⁶⁰³, il est bien ici question d'une information sur les mesures techniques de protection au sens des dispositions de l'article 6.3 de la directive EUCD⁶⁰⁴.

Cette information du consommateur sur les mesures techniques de protection d'un contenu numérique n'était pas prévue initialement dans la proposition de directive du 8 octobre 2008⁶⁰⁵. De multiples

601 Cons. 19, Directive 2011/83/UE.

602 Le terme de « mesure technique de protection » (MTP) est d'usage en droit positif. Il n'est pas la traduction exacte de *Digital Right Management* (DRM). Certains préfèrent donc l'utilisation du terme de « Gestion Numérique des Droits » (GDN). Cependant, il existe un désaccord sur le contenu exact de ce terme. L'avantage de l'expression « gestion numérique des droits » est qu'elle ne renvoie pas à la notion de « protection » comme pour le cas des MTP. La protection suppose en effet l'identification d'un risque particulier et il existe une divergence certaine quant à la réalité d'un risque tel sur les œuvres et objets protégés qu'il exige le recours à la technique aux fins de limitation et de contrôle de leur usage. Cependant, le terme de « gestion numérique des droits » paraît davantage économique que juridique et il ne sera pas utilisé par la suite. De plus, des voix s'élèvent pour distinguer la gestion numérique des droits des mesures techniques. La gestion numérique des droits correspondrait en effet « à la gestion des données relatives à l'information sur le régime des droits », qui va être étudiée par la suite, et non aux mesures techniques de protection elles-mêmes. Les mesures techniques de protection sont également à distinguer des « systèmes numériques de gestion des droits » (*Digital Right Managements Systems* – DRMS), même s'ils ont tendance à se combiner. Ces derniers peuvent être définis comme « l'architecture du commerce électronique des contenus numériques », à savoir l'ensemble des moyens d'exercice des droits sur les œuvres et objets protégés. Les systèmes numériques de gestion des droits comprennent donc le recours aux mesures techniques de protection mais également d'autres pratiques visant à la préservation des droits sur une œuvre ou un objet protégé telles les licences d'utilisation ou encore les contrats de distribution. La distinction des mesures techniques de protection des autres termes utilisés illustre la diversité des systèmes pouvant être mis en place par les détenteurs de droits sur une œuvre ou un objet protégé. De même, la pluralité des techniques pouvant être utilisées démontre qu'une définition unique de ces mesures, par la seule technique, est impossible.

603 L'encodage régional est un système de chiffrement selon la zone géographique d'utilisation du contenu numérique.

604 Art. 6.3, Directive 2001/29/CE : « (...) on entend par « mesures techniques », toute technologie, dispositif ou composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, est destiné à empêcher ou à limiter, en ce qui concerne les œuvres ou autres objets protégés, les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur prévu par la loi, ou du droit *sui generis* prévu au chapitre III de la directive 96/9/CE ».

605 Art. 5, proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs, 2008/0196 (COD), 8

amendements en Commission du Marché intérieur et de la protection des consommateurs ont spécifiquement portés sur ce sujet⁶⁰⁶ et ont abouti à la version de la disposition en vigueur. Cette disposition n'a toutefois pas été reprise dans son intégralité par le législateur français lors de l'adoption de la loi relative à la consommation.

B. L'obligation interne d'information relative aux fonctionnalités du contenu numérique

270. L'absence de mention des « mesures de protection technique » dans le projet de loi. Le projet de loi de transposition de la directive 2011/83/UE, relatif à la consommation⁶⁰⁷, n'avait pas repris les dispositions relatives aux mesures techniques de protection. Par voie d'amendements, une modification du texte avait été proposée pour insérer l'obligation d'information sur les mesures techniques de protection dans la loi, en renvoyant explicitement à la directive 2011/83/UE⁶⁰⁸. L'exigence d'harmonisation maximale de la directive semblait en effet plaider pour un alignement européen et une modification du texte⁶⁰⁹.

271. L'absence de mention des « mesures de protection technique » dans le texte adopté. Ces amendements ont tous, cependant, été rejetés⁶¹⁰. Ainsi, aux termes de l'article L. 111-1, 4°, du Code de la

octobre 2008.

606 A titre d'illustration :

Amendement 573 R. Gräfin von Thun und Hohenstein : Art. 5 - §1- point a bis (nouveau) « a bis) dans le cas de produits numérisés, les mesures techniques de protection, le cas échéant, et l'interopérabilité avec les matériels et logiciels communément utilisés, ainsi que les défauts connus d'interopérabilité » ;

Amendement 652 E. Gebhart : Art. 5 - §1- point i quater (nouveau) : « i quater) l'application de mesures techniques de protection pour les produits numériques, s'il y a lieu » ;

Amendement 656 Z. Roithova : Art. 5 - §1- point i bis (nouveau) : « i bis) l'application de mesures techniques de protection pour les produits numériques, s'il y a lieu » ;

Amendement 658 E.- R. Korhola : Art. 5 - §1- point i bis (nouveau) : « i bis) l'application de mesures techniques de protection pour les produits numériques, s'il y a lieu » ; Justification : « ceci ne concerne que les produits numérisés. Les consommateurs ont besoin de recevoir une information claire et suffisante sur les restrictions d'usage pour les produits numérisés qu'ils acquièrent, qu'elles soient prescrites par contrat ou résultent d'un dispositif technique, car elles influent sur l'utilisation du bien, à l'encontre des consommateurs ».

607 Projet de loi relatif à la consommation n° 1015 du 2 mai 2013.

En effet, aux termes du projet de loi, l'article L. 111-1, 4° du Code de la consommation devait être rédigé de la façon suivante : « Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente ou de fourniture de services, le professionnel communique, de manière lisible et compréhensible, au consommateur les informations suivantes : (...) 4° les informations relatives à son identité et ses activités, aux garanties, aux fonctionnalités du contenu numérique et le cas échéant à son interopérabilité, à l'existence et aux modalités de mise en œuvre des garanties et aux autres conditions contractuelles, dont la liste et le contenu sont fixés par décret en Conseil d'État ».

608 Assemblée nationale, Commission affaires économiques et sociales, amendement n° CE 160, L. Tardy : « à l'alinéa 8 après le mot « numérique », insérer les mots : « y compris les mesures de protection techniques applicables ».

609 Art. 4., Directive 2011/83/UE : « les États s'abstiennent de maintenir ou d'introduire, dans leur droit national, des dispositions s'écarter de celles fixées par la présente directive, notamment des dispositions plus strictes ou plus souples visant à assurer un niveau différent de protection des consommateurs, sauf si la présente directive en dispose autrement ».

610 Amendement n° 271, L. Tardy : « le renforcement de l'information du consommateur sur la gestion des droits numériques est prévu par la directive 2011/83/UE, ici transposée. Conformément à l'esprit de la directive, cet amendement vise à préciser les informations fournies aux consommateurs sur les restrictions d'usage des contenus numériques, ainsi qu'aux possibilités d'actions

consommation, une distinction est aujourd'hui opérée entre « fonctionnalités du contenu numérique » et « interopérabilité », mais sans que ne soit reprise la référence de la directive européenne aux mesures techniques de protection.

272. La mention des mesures techniques de protection dans le décret. Les modalités d'application de cette obligation d'information, laissées à la voie réglementaire, ont permis de se conformer aux dispositions européennes. En effet, aux termes de l'article R.111-1 du Code de la consommation, issu du décret du 17 septembre 2014⁶¹¹, le professionnel doit communiquer au consommateur les informations sur : « e) s'il y a lieu, toute interopérabilité pertinente du contenu numérique avec certains matériels ou logiciels dont le professionnel a ou devrait raisonnablement avoir connaissance ainsi que les fonctionnalités du contenu numérique, y compris les mesures de protection technique applicables ».

Hormis une inversion dans la mention de l'« interopérabilité » avant celle des « fonctionnalités », cette disposition réglementaire est l'exacte reprise de la directive. L'obligation d'information du consommateur quant aux « fonctionnalités du contenu numérique » est donc, à ce jour, conforme aux textes européens, s'il on se contente de sa valeur réglementaire. Il en va de même de l'obligation d'information relative à l'interopérabilité.

II. L'obligation d'information relative à l'interopérabilité du contenu numérique

273. Plan. A l'instar de la présentation de la notion de « fonctionnalités » du contenu numérique, il convient de distinguer le contenu de l'obligation européenne (A) du contenu de l'obligation nationale d'information relative à l'interopérabilité d'un contenu numérique (B).

qui leur sont offertes. L'absence d'interopérabilité tout comme les restrictions d'usage imposées par les mesures techniques de protection bloquent souvent les usages légitimes des consommateurs, voire les empêchent totalement de pouvoir accéder au contenu numérique dans certains cas (par absence d'interopérabilité). Il est donc primordial de préciser que le consommateur doit avoir accès à ces informations avant tout achat ».

Amendement n° 418, L. Tardy : « Après l'alinéa 8, insérer les quatre alinéas suivants : 5° S'il y a lieu, les informations relatives à : a) L'application de mesures de protection technique pour le contenu numérique ; b) Toute interopérabilité du contenu numérique avec certains matériels ou logiciels dont le professionnel a ou devrait raisonnablement avoir connaissance, y compris en cas d'incompatibilité ; c) La possibilité de recourir à une procédure extrajudiciaire de réclamation et de recours à laquelle le professionnel est soumis et les conditions d'accès à celle-ci. ».

Il est à noter que cette question de l'information du consommateur n'a pas été soumise au Conseil constitutionnel. cf. Cons. Const., décision 2014-690 DC du 13 mars 2014, *JORF* n° 0065 du 18 mars 2014, p. 5450, texte n° 2, *AJDA* 2014. 589 ; *RTD com.* 2014. 163, obs. D. Legeais.

⁶¹¹ Art. 1, décret n° 2014-1061 du 17 septembre 2014 relatif aux obligations d'information précontractuelle et contractuelle des consommateurs et au droit de rétractation ; G. Loiseau, « Obligations d'information précontractuelle et contractuelle des consommateurs et au droit de rétractation », *Comm. Com. Electr.*, nov. 2014, comm. 86.

A. L'obligation européenne d'information relative à l'interopérabilité d'un contenu numérique

274. Le contenu de l'obligation européenne d'information relative à l'interopérabilité d'un contenu numérique. Au niveau européen, tout d'abord, aucune obligation d'information du consommateur sur l'interopérabilité n'était prévue dans la proposition de directive du 8 octobre 2008⁶¹². C'est donc par voie d'amendement qu'elle a également été insérée. Ainsi, par application des dispositions des article 5, h) et de 6, s) de la directive 2011/83/UE, doivent être fournies au consommateur « s'il y a lieu », les informations relatives à « toute interopérabilité pertinente du contenu numérique avec certains matériels ou logiciels dont le professionnel a ou devrait raisonnablement avoir connaissance ».

Cette obligation d'information du consommateur sur l'interopérabilité du contenu numérique porte plus précisément sur « les informations relatives au matériel standard et à l'environnement logiciel avec lesquels le contenu numérique est compatible, par exemple le système d'exploitation, la version nécessaire et certaines caractéristiques de matériel »⁶¹³.

275. Les carences de l'obligation européenne d'information relative à l'interopérabilité d'un contenu numérique. A la lecture de ce texte, deux choses sont à regretter. En premier lieu, il doit être constaté que les rédacteurs de la directive n'ont posé aucune définition juridique de l'interopérabilité. N'est pas même reprise la définition de la notion directive 91/250/CEE du 14 mai 1991, à savoir la « capacité d'échanger des informations et d'utiliser mutuellement les informations échangées »⁶¹⁴. De ce fait, on ne peut se satisfaire de l'établissement d'une obligation d'information sur une notion qui demeure relativement obscure dans son approche juridique. En second lieu, il est regrettable qu'une confusion soit opérée entre la notion d'interopérabilité et celle de compatibilité, qui, on l'a vu, sont à distinguer d'un point de vue technique⁶¹⁵. L'obligation nationale d'information relative à l'interopérabilité n'est cependant pas venue pallier les carences de la directive européenne.

612 En outre, dans sa version du 24 mars 2011, la proposition de directive relative aux droits des consommateurs était rédigée, sur ce point, de manière à ce que l'information du consommateur porte sur : « i ter) toute interopérabilité du contenu numérique avec certains matériels ou logiciels dont le professionnel a ou devrait raisonnablement avoir connaissance, y compris tout cas d'incompatibilité, le cas échéant ». La mention de l' « incompatibilité », a aujourd'hui disparu et l'information du consommateur doit donc porter sur la seule « interopérabilité » au sens de la directive 91/250/CEE.

613 Cons. 19, Directive 2011/83/UE.

614 Cons. 10 à 12, Directive 91/250/CEE, *préc.*

615 cf. *supra*, p. 57.

B. L'obligation interne d'information relative à l'interopérabilité d'un contenu numérique

276. Le contenu de l'obligation nationale d'information relative à l'interopérabilité d'un contenu numérique. Est posée, aux termes de l'article L. 111-1, 4°, du Code de la consommation, une obligation d'information sur les « fonctionnalités du contenu numérique et, le cas échéant, à son interopérabilité ». Le législateur s'est donc contenté de la seule mention d'une information relative à l'interopérabilité, à l'exclusion de la référence à la notion d'« interopérabilité pertinente du contenu numérique avec certains matériels ou logiciels dont le professionnel a ou devrait raisonnablement avoir connaissance » de la directive 2011/83/UE⁶¹⁶. Cette précision est reprise à l'article R. 111-1 du Code de la consommation. C'est donc vers le décret d'application qu'il a fallu se tourner pour se conformer aux dispositions de la directive, sans pour autant que l'on puisse se satisfaire des dispositions actuelles quant à l'objet de l'obligation d'information relative à l'interopérabilité⁶¹⁷.

277. Les carences de l'obligation nationale d'information relative à l'interopérabilité d'un contenu numérique. En effet, compte tenu de la transposition exacte, par le législateur français, des dispositions européennes, on ne peut que constater la persistance des carences quant à la définition de l'objet de l'obligation d'information relative à l'interopérabilité, précédemment identifiées, en particulier s'agissant de l'absence de définition de l'interopérabilité. En conséquence, une évolution de l'objet actuel de l'obligation d'information relative à l'interopérabilité est nécessaire.

278. Conclusion de la Section. L'obligation d'informer le consommateur sur l'interopérabilité est très récente. Elle est issue de la directive 2011/83/UE, de la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation et du décret du 17 septembre 2014. Ainsi, aux termes de l'article L. 111-1 du Code de la consommation : « avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes : (...) 4° Les informations relatives à son identité, à ses coordonnées postales, téléphoniques et électroniques et à ses activités, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte, ainsi que, s'il y a lieu, celles relatives aux garanties légales, aux fonctionnalités du contenu numérique et, le cas échéant, à son

⁶¹⁶ Aucun amendement visant à la transposition exacte de la directive n'a été adopté. cf. amendement n° 418, *op. cit.*, note 610.

⁶¹⁷ On peut se féliciter tout de même d'une information sur l'interopérabilité d'un contenu numérique. G. Brunaux, « État des lieux de la réglementation des contenus numériques : ne faudrait-il pas légiférer ? », *CCC*, sept. 2012, étude 16 : « La nécessité de l'information est impérieuse : par exemple, un fichier audio compressé au format OGG ne saurait fonctionner sur un lecteur qui ne décode que le MP3... Il importe donc que le consommateur connaisse le format du contenu numérique qui lui est proposé ! »

interopérabilité, à l'existence et aux modalités de mise en œuvre des garanties et aux autres conditions contractuelles. La liste et le contenu précis de ces informations sont fixés par décret en Conseil d'État ». De plus, d'après les dispositions de l'article R.111-1 du Code de la consommation : « (...) le professionnel communique au consommateur les informations suivantes : (...) e) S'il y a lieu, toute interopérabilité pertinente du contenu numérique avec certains matériels ou logiciels dont le professionnel a ou devrait raisonnablement avoir connaissance ainsi que les fonctionnalités du contenu numérique, y compris les mesures de protection technique applicables ».

On ne dispose pas encore du recul nécessaire pour évaluer l'efficacité de ces dispositions en pratique. Toutefois, cette obligation d'information soulève déjà différentes difficultés. En effet, à ce jour, la mention des mesures techniques de protection a été volontairement omise de la loi et n'a que valeur réglementaire. Ensuite, l'information se cantonne à l'interopérabilité d'un contenu numérique à l'exclusion de celle d'un logiciel. On peut donc d'ores et déjà affirmer que, compte tenu de ces difficultés liées à la rédaction des articles L. 111-1 et R. 111-1 du Code de la consommation, l'obligation d'information relative à l'interopérabilité ne va pas remplir son objectif de communication au consommateur des informations nécessaires au libre choix de ses outils et technologies numériques. C'est en raison de ce constat, que nous proposons une évolution de l'objet de l'obligation d'information relative à l'interopérabilité.

SECTION II – L'OBJET DE L'OBLIGATION D'INFORMATION RELATIVE A L'INTEROPERABILITE EN DROIT PROSPECTIF

279. **Plan.** S'agissant de l'objet de l'obligation d'information, deux modifications majeures sont à apporter aux dispositions de l'article L.111-1 du Code de la consommation. La première de ces modifications devrait venir réintégrer la mention d'une information spécifique sur les mesures techniques de protection dans la loi **(I)**. La seconde de ces modifications devrait porter sur l'information quant à l'interopérabilité au-delà du « contenu numérique » **(II)**.

I. La modification de l'information sur les mesures techniques de protection

280. **Plan.** La mention d'une information sur les mesures techniques de protection existe. Elle n'a cependant que valeur réglementaire, ce qui est insuffisant quant à la mise en œuvre du droit à l'interopérabilité **(A)**. Il est donc nécessaire de procéder à une modification des textes, et plus particulièrement de l'article L. 111-1 du Code de la consommation **(B)**.

A. L'insuffisance de la valeur réglementaire de la mention des mesures techniques de protection

281. **L'absence d'information relative aux mesures techniques de protection dans la loi.** Aux termes des articles 5 et 6 de la directive 2011/83/UE, le consommateur doit être informé « s'il y a lieu » des « fonctionnalités du contenu numérique, y compris les mesures de protection technique applicables ». Le texte européen pose donc clairement une obligation d'information quant aux mesures techniques de protection appliquées à un contenu.

Cette obligation pourrait paraître superflue. En effet, compte tenu de la définition de la « fonctionnalité »⁶¹⁸, qui inclut « l'absence ou la présence de restrictions techniques, telles que la protection au moyen de la gestion des droits numériques ou l'encodage régional », on peut déduire que le fait d'imposer une information sur les « fonctionnalités » d'un contenu numérique inclut nécessairement une information sur les mesures techniques de protection. Cependant, afin d'éviter toute difficulté d'interprétation de cette obligation, le choix a été fait de mentionner clairement les mesures techniques de protection.

⁶¹⁸ Cons. 19, Directive 2011/83/UE : « Par fonctionnalités, on devrait entendre les différentes façons d'utiliser le contenu numérique, par exemple l'observation du comportement des consommateurs ; par fonctionnalités, on devrait entendre également l'absence ou la présence de restrictions techniques, telles que la protection au moyen de la gestion des droits numériques ou l'encodage régional ».

282. **L'information relative aux mesures techniques de protection dans le décret.** Cette obligation est reprise à l'article R.111-1 du Code de la consommation et non à l'article L. 111-1 de ce même code. Elle n'a donc pas valeur législative mais réglementaire. Or, compte tenu de l'obstacle que constitue les mesures techniques de protection à la mise en œuvre de l'interopérabilité et des vives discussions à ce sujet, il doit être conféré à l'obligation d'information sur ces mesures une valeur législative⁶¹⁹.

B. L'intégration d'une information relative aux mesures techniques de protection dans la loi

283. **La modification de l'article L. 111-1 du Code de la consommation.** Avec l'objectif de se conformer à l'exigence d'harmonisation maximale de la directive 2011/83/UE⁶²⁰, une évolution de l'article L. 111-1 du Code de la consommation permettrait sa clarification, dans l'hypothèse où le régime des mesures techniques de protection ne serait pas abrogé⁶²¹. Afin de ne pas complexifier la compréhension de l'alinéa 4 de l'article L. 111-1 du Code de la consommation à raison de cette modification, il faudrait créer un alinéa 5 consacré à l'information sur les fonctionnalités et sur l'interopérabilité d'un contenu numérique.

284. **La rédaction de l'alinéa 5 de l'article L. 111-1 du Code de la consommation.** Aussi, nous proposons de modifier, sur ce point, le texte de la manière suivante : « avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes : (...) 5° Les informations relatives aux fonctionnalités du contenu numérique, y compris les mesures techniques de protection applicables, le cas échéant, à son interopérabilité (...) ». Une autre modification doit porter sur cette notion de « contenu numérique ».

619 Ass. Nationale, XIV^e législature, session ordinaire de 2012 – 2013, 2^e séance du 26 juin 2013, M. L. Tardy : « si vous le permettez, monsieur le président, je défendrai également l'amendement n° 418, car ces deux amendements concernent les DRM, en français mesures techniques de protection. Il s'agit, je le rappelle, de dispositifs techniques qui consistent à contrôler l'accès à du contenu numérique, notamment en en restreignant la copie. La gestion des droits numériques est un sujet très large, mais si on se limite aux droits du consommateur, il paraît normal que celui-ci soit informé de toute restriction d'usage et d'absence d'interopérabilité. La directive européenne transposée ici dresse une liste d'informations précontractuelles à communiquer au consommateur. Parmi elles, figurent précisément les mesures de protection techniques applicables et toute interopérabilité dont le consommateur devrait avoir connaissance. Le projet de loi préfère renvoyer une partie de cette liste à un décret. Par conséquent cette notion disparaît du texte. Je crains pour ma part qu'elle disparaisse tout court, car le renvoi à un décret me paraît incertain. Ces amendements visent donc à exclure ces éléments du décret et à les inclure explicitement dans le projet de loi ».

620 Art. 4, Directive 2011/83/UE : « les États s'abstiennent de maintenir ou d'introduire, dans leur droit national, des dispositions s'écarter de celles fixées par la présente directive, notamment des dispositions plus strictes ou plus souples visant à assurer un niveau différent de protection des consommateurs, sauf si la présente directive en dispose autrement ».

621 cf. *infra*, p. 270 et s.

II. La modification de la limitation de l'information au « contenu numérique »

285. **Plan.** Par une interprétation littérale des dispositions L. 111-1 et R. 111-1 du Code de la consommation, l'information doit porter sur la seule interopérabilité d'un « contenu numérique », à l'exclusion de l'interopérabilité d'un logiciel. Cette interprétation littérale ne semble toutefois pas être celle retenue par les rédacteurs de la directive (A). Aussi, afin de lever toute ambiguïté sur le champ d'application de l'obligation d'information relative à l'interopérabilité, il conviendrait de l'appliquer, sans doute possible, à l'interopérabilité logicielle (B).

A. L'apparente exclusion d'une information sur l'interopérabilité logicielle

286. **L'insuffisance de l'information sur l'interopérabilité d'un contenu numérique.** La fourniture des informations relatives aux fonctionnalités et à l'interopérabilité devrait aujourd'hui intervenir dès lors qu'il est question d'un contrat ayant pour objet un contenu numérique, et seulement un contenu numérique. Celui-ci est défini comme « des données produites et fournies sous forme numérique »⁶²². Est donc *a priori* exclue l'information relative à l'interopérabilité d'un logiciel.

Cette limitation apparaît préjudiciable au consommateur qui a, certes, un besoin d'information sur les contenus numériques, mais également pour l'ensemble des outils et technologies de l'information et de la communication qu'il peut être amené à utiliser, et qui fonctionnent grâce au recours à différents logiciels⁶²³.

287. **Le doute sur l'information quant à l'interopérabilité logicielle.** L'exclusion d'une information relative à l'interopérabilité logicielle n'est cependant pas évidente. En effet, pour les rédacteurs de la directive, les contenus numériques sont par exemple « les programmes informatiques, les applications, les jeux, la musique, les vidéos ou les textes, que l'accès à ces données ait lieu au moyen du téléchargement ou du

⁶²² Art. 2, 11), Directive 2011/83/UE.

⁶²³ *Contra*, cf. G. Brunaux, « État des lieux de la réglementation des contenus numériques : ne faudrait-il pas légiférer ? », CCC, sept. 2012, étude 16 : « la nature même des contenus numériques nous amène également à nous interroger sur l'identité des personnes à protéger. Raisonner par rapport à un simple consommateur occulterait le caractère technique de la prestation fournie : la bonne appréhension des contenus numériques suppose en effet d'avoir des connaissances préalables en la matière, ce qui est souvent un acquis pour les jeunes générations, et l'est moins, si ce n'est pas du tout, pour les plus anciennes. Quand on parle de fichiers audio WMA, MP3, de films diffusés en streaming ou téléchargeables en AVI ou MPEG, il n'est pas rare que ce soient les grands-parents qui demandent des conseils à leurs petits-enfants, même mineurs ! Dans la même veine, certains ignorent encore que l'utilisation d'un smartphone, voire même sa simple mise en service, suppose d'avoir un ordinateur ! Même si les ordinateurs se sont considérablement répandus dans les foyers, tous n'en sont pas équipés. C'est ce que Mme Rochfeld a visé en parlant de contrats spéciaux technicae, parce qu'impliquant des connaissances techniques particulières pour la bonne compréhension du contrat. Une telle approche n'existe pas encore en droit positif français. Et pourtant, le constat est sans appel : s'en limiter à la seule notion de consommateur ne correspond pas à la nature de la prestation fournie ».

*streaming*⁶²⁴, depuis un support matériel ou par tout autre moyen »⁶²⁵. Par la mention des « programmes informatiques », les rédacteurs ont-ils voulu inclure les « logiciels » ? Cela est parfaitement possible car l'amalgame est souvent opéré entre la notion de « programme informatique » et celle de « logiciel »⁶²⁶.

En outre, la formulation des articles 5 et 6 de la Directive, a apporté une précision importante, à savoir qu'il s'agit de « toute interopérabilité pertinente du contenu numérique avec certains matériels ou logiciels (...) », précision reprise à l'article R.111-1 du Code de la consommation, ce qui entretient la confusion quant à la détermination de l'objet exact de l'obligation d'information relative à l'interopérabilité. De plus, malgré une nouvelle référence à la notion d'interopérabilité, il est à regretter que le législateur français n'ait toujours pas posé de définition juridique de ce terme.

B. L'intégration d'une information sur l'interopérabilité logicielle

288. Les moyens de l'intégration d'une information sur l'interopérabilité logicielle. Aussi, une clarification des dispositions de l'article L.111-1 du Code de la consommation s'avère nécessaire par l'intégration, en premier lieu, d'une modification afin que l'information ne soit pas limitée à la seule interopérabilité d'un contenu numérique. En second lieu, une définition de l'interopérabilité doit être posée, pour pallier la carence précédemment constatée de l'objet de l'obligation d'information relative à l'interopérabilité⁶²⁷.

289. La rédaction de l'alinéa 5 de l'article L. 111-1 du Code de la consommation. A la suite des propositions faites quant aux mesures techniques de protection, la rédaction de l'article L.111-1 du Code de la consommation peut donc encore évoluer de la manière suivante : « avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes : (...) 5° Les informations relatives aux fonctionnalités du contenu numérique ou du logiciel, y compris les mesures techniques de protection applicables, le cas échéant, à l'interopérabilité du contenu numérique ou du logiciel avec d'autres matériels, logiciels ou technologies. On entend par interopérabilité la capacité d'éléments matériels ou immatériels à échanger des données et à utiliser mutuellement les données échangées.

624 Vocabulaire de l'audiovisuel (liste de termes, expression et définition adoptés), *JORF* n° 14 du 18 janv. 2005, p. 845, texte n° 89, cf. *streaming* ou diffusion : « procédé permettant de diffuser un programme par l'Internet avant son téléchargement complet ».

625 Cons. 19, Directive 2011/83/UE.

626 cf. *supra*, p. 55.

627 cf. *supra*, p. 179 et s.

par le recours à des standards ouverts de communication ». Ces modifications de l'article L. 111-1 du Code de la consommation ne seraient toutefois pas pertinentes sans une évolution du champ d'application de l'obligation d'information relative à l'interopérabilité.

290. Conclusion de la Section. L'objet de l'obligation d'information relative à l'interopérabilité n'étant pas satisfaisant en l'état du droit positif, il est proposé de le modifier selon deux axes : la mention des mesures techniques de protection et l'extension à l'interopérabilité logicielle.

S'agissant de la mention des mesures techniques de protection, celle-ci n'est pas absente des textes nationaux puisqu'elle figure à l'article R. 111-1 du Code de la consommation, dans les formes prescrites par la directive 2011/83/UE. Cependant, la valeur réglementaire de cette information s'avère insuffisante pour la mise en œuvre du droit à l'interopérabilité et il convient de l'insérer dans les dispositions de l'article L. 111-1 de ce même code.

S'agissant de l'extension de l'information à l'interopérabilité logicielle, celle-ci est la conséquence du constat d'une limitation des textes à la seule interopérabilité des contenus numériques. Or, il est incontestable que l'information relative à l'interopérabilité ne peut se limiter aux seuls contenus numériques et il convient de l'étendre, sans ambiguïté, à l'interopérabilité logicielle.

291. Conclusion du Chapitre. C'est pourquoi, nous proposons de modifier l'article L. 111-1 du Code de la consommation pour aboutir à la version suivante : « avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes : (...) 5° Les informations relatives aux fonctionnalités du contenu numérique ou du logiciel, y compris les mesures techniques de protection applicables, le cas échéant, à l'interopérabilité du contenu numérique ou du logiciel avec d'autres matériels, logiciels ou technologies. On entend par interopérabilité la capacité d'éléments matériels ou immatériels à échanger des données et à utiliser mutuellement les données échangées, par le recours à des standards ouverts de communication ».

Cette nouvelle rédaction de l'article L. 111-1 du Code de la consommation permettra de pallier l'ensemble des carences identifiées quant à l'objet de l'obligation d'information relative à l'interopérabilité, en particulier s'agissant des fonctionnalités et de l'interopérabilité, de l'intégration des mesures techniques de protection, de l'extension à l'interopérabilité logicielle et de la définition de l'interopérabilité.

Pour autant, malgré les difficultés actuelles d'appréhension de l'objet de l'obligation d'information relative à l'interopérabilité, il faut reconnaître l'avancé opérée récemment quant à la mise en œuvre du droit à l'interopérabilité par cette évolution législative de la loi du 17 mars 2014.

CHAPITRE II – LE CHAMP D'APPLICATION DE L'OBLIGATION D'INFORMATION RELATIVE A L'INTEROPERABILITE

292. **La détermination du champ d'application de l'obligation d'information relative à l'interopérabilité.** Contrairement aux autres États européens⁶²⁸, la France n'a pas procédé à une transposition exacte, par la voie législative, de la directive 2011/83/UE. La mention de l'interopérabilité à l'article L. 111-1 du Code de la consommation consacre cependant une obligation d'information relative à l'interopérabilité en faisant mention d'une information, « le cas échéant » sur l'interopérabilité d'un contenu numérique pour l'ensemble des contrats de consommation, et cela « avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services ».

293. **Les difficultés d'appréhension du champ d'application de l'obligation d'information relative à l'interopérabilité.** Par application combinée des articles L. 111-1 et R. 111-1 du Code de la consommation l'information du consommateur ne doit porter, « le cas échéant » que sur l'interopérabilité « pertinente » du contenu numérique avec « certains logiciels ou matériels ». Clairement, les termes utilisés ne permettent pas de déterminer avec précision le champ d'application de l'obligation d'information relative à l'interopérabilité.

294. **Plan.** Les dispositions actuelles en matière d'information quant à l'interopérabilité, bien que marquant un pas significatif sur le chemin de la mise en œuvre du droit à l'interopérabilité, sont insatisfaisantes (**Section I**). Aussi, nous proposerons différentes modifications pour aboutir à une version des textes qui assure la communication au consommateur d'une information qui lui permette réellement de choisir ses outils et technologies numériques en connaissance de l'étendue de leur interopérabilité (**Section II**).

628 On peut citer :

Art. L. 113-1, 1° Code de la consommation Luxembourg. Loi du 2 avril 2014, *Mémorial A* n° 64, p. 660 : « avant que le consommateur ne soit lié par un contrat autre qu'un contrat à distance ou hors établissement, ou par une offre du même type, le professionnel, qu'il soit public ou privé, doit fournir, de façon claire et compréhensible, au consommateur les informations suivantes, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte : g) s'il y a lieu, les fonctionnalités du contenu numérique, y compris les mesures techniques de protection applicables ; h) s'il y a lieu, toute interopérabilité pertinente du contenu numérique avec certains matériels ou logiciels dont le professionnel a ou devrait avoir raisonnablement avoir connaissance ».

Art. VI.2, Code de droit économique. Art. 3 loi du 21 décembre 2013 portant insertion du titre VI « Pratiques du marché et protection du consommateur » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre VI, et des dispositions d'application de la loi propres au livre VI, dans les Livres Ier et XV du Code de droit économique, *Moniteur belge*, 30 déc. 2013 éd. 3, p. 103510 : « avant que le consommateur ne soit lié par un contrat autre qu'un contrat à distance ou hors établissement, ou par un contrat visé à l'article VI.66, l'entreprise fournit au consommateur les informations suivantes, d'une manière claire et compréhensible, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte: 8° le cas échéant, les fonctionnalités du contenu numérique, y compris les mesures de protection technique applicables ; 9° le cas échéant, toute interopérabilité pertinente du contenu numérique avec certains matériels ou logiciels et autres services dont l'entreprise a ou devrait raisonnablement avoir connaissance ».

**SECTION I – LE CHAMP D'APPLICATION DE L'OBLIGATION D'INFORMATION RELATIVE A
L'INTEROPERABILITE EN DROIT POSITIF**

**SECTION II – LE CHAMP D'APPLICATION DE L'OBLIGATION D'INFORMATION RELATIVE A
L'INTEROPERABILITE EN DROIT PROSPECTIF**

SECTION I – LE CHAMP D'APPLICATION DE L'OBLIGATION D'INFORMATION RELATIVE A L'INTEROPERABILITE EN DROIT POSITIF

295. **Plan.** En l'état du droit positif, l'obligation d'information relative à l'interopérabilité est applicable aux seuls contrats de consommation (I), doit intervenir avant leur conclusion (II), sous peine de sanction du professionnel (III).

I. Une obligation d'information pour les contrats de consommation

296. **Une obligation d'information pour les seuls contrats de consommation.** L'obligation d'information ne s'applique pas à tout contrat. Par application des dispositions de l'article 3 de la directive 2011/83/UE, son application se limite aux seuls contrats conclus « entre un professionnel et un consommateur »⁶²⁹. De même, l'article L. 111-1 du Code de la consommation spécifie que l'information relative à l'interopérabilité d'un contenu numérique doit être communiquée par le « professionnel » au « consommateur »⁶³⁰.

Aussi, par application des dispositions précitées, doit être clairement posé le constat que l'obligation d'information relative à l'interopérabilité ne s'impose pas au non-professionnel. Plus précisément, ne sont pas soumis à l'obligation d'information relative à l'interopérabilité les personnes physiques ou morales mettant à disposition du contenu numérique, mais dont ce n'est pas l'activité professionnelle.

Au sens de l'article 2 de la directive 2011/83/UE, le professionnel est « toute personne physique ou morale, qu'elle soit publique ou privée, qui agit, y compris par l'intermédiaire d'une autre personne agissant en son nom ou pour son compte, aux fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale en ce qui concerne des contrats ». Que recouvre ce terme de professionnel pour le cas de l'obligation d'information relative à l'interopérabilité ? Est-ce celui qui est en lien contractuel direct avec le consommateur ou bien l'éditeur du contenu numérique ?

629 Art. 3, Directive 2011/83/UE. Sont cependant exclus du champ d'application de la directive les contrats portant : sur les services sociaux, les soins de santé, les jeux d'argent, les services financiers, les biens immobiliers, les voyages, vacances et circuits à forfait ou encore la fourniture de denrées alimentaires.

630 Art. L. 111- 1 Code de la consommation : « Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes : 4° Les informations relatives (...) aux fonctionnalités du contenu numérique et, le cas échéant, à son interopérabilité (...) ».

La question n'est pas anodine et la réponse n'est pas évidente. En effet, le professionnel, partie au contrat de consommation, n'est pas nécessairement celui qui dispose des informations relatives à l'interopérabilité puisqu'il peut ne pas être l'éditeur du contenu numérique. Aussi, la problématique sera traitée dans les modifications nécessaires à opérer pour la mise en œuvre du droit à l'interopérabilité⁶³¹.

297. **Plan.** En l'état et au préalable, nous pouvons constater que l'obligation d'information s'applique aux seuls contrats de consommation mais à tous les contrats de consommation. Plus précisément, elle s'applique à tous les types de contrats de consommation (A), de vente ou de service (B).

A. Une obligation d'information pour les contrats à distance, hors établissement et autres

298. **Les différents types de contrat de consommation**⁶³². La directive 2011/83/UE posant l'obligation d'information relative à l'interopérabilité vise trois types de contrats de consommation : les contrats à distance, les contrats hors établissement et les contrats autres que les contrats à distance ou hors établissement. L'article 5 de cette directive porte sur l'obligation d'information concernant les contrats autres que les contrats à distance ou hors établissement, tandis que l'article 6 porte, quant à lui, sur l'information du consommateur dans les contrats à distance et les contrats hors établissement.

299. **La définition du contrat à distance**⁶³³. Un contrat à distance est défini comme « tout contrat conclu entre le professionnel et le consommateur, dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de service à distance, sans la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance, jusqu'au moment, et y compris au moment, où le contrat est conclu »⁶³⁴.

300. **La définition du contrat hors établissement.** Le contrat hors établissement est quant à lui défini, à l'article 2, 8° de la directive 2011/83/UE, comme un contrat entre professionnel et consommateur conclu selon quatre situations différentes :

« a) conclu en la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur, dans un lieu qui n'est pas l'établissement commercial du professionnel; ou »

631 cf. *infra*, p. 204.

632 Sur la classification des contrats, cf. B. Fages, *Droit des obligations*, 3^e éd. LGDJ.

633 J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 8^e éd., 2010, p. 105 et s. : G. Brunaux, *Le contrat à distance au XXI^e siècle*, LGDJ, 2010.

634 Art. 2, 7°, Directive 2011/83/UE.

« b) ayant fait l'objet d'une offre du consommateur dans les mêmes circonstances, comme indiqué au point a); ou »

« c) conclu dans l'établissement commercial du professionnel ou au moyen d'une technique de communication à distance immédiatement après que le consommateur a été sollicité personnellement et individuellement dans un lieu qui n'est pas l'établissement commercial du professionnel, en la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur; ou »

« d) conclu pendant une excursion organisée par le professionnel ayant pour but ou pour effet de promouvoir et de vendre des biens ou des services au consommateur; »

301. Il ressort des dispositions des articles 5 et 6 précités que l'obligation d'information sur les fonctionnalités et l'interopérabilité s'applique, dans les mêmes conditions, aux contrats de consommation portant sur un contenu numérique⁶³⁵, qu'ils soient conclus à distance ou hors établissement.

B. Une obligation d'information pour les contrats de vente ou de fourniture de services

302. **La catégorisation des contrats de vente et de fourniture de services**⁶³⁶. En France, la loi du 17 mars 2014 n'a pas repris cette distinction des contrats à distance, hors établissement ou autres. En revanche, elle a repris, à l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle, une autre catégorisation : celle des contrats de vente, d'une part, et des contrats de fourniture de services, d'autre part. Ainsi, l'obligation d'information, par application des dispositions de l'article L. 111-1 du Code de la consommation, s'applique à la fois aux contrats de vente et aux contrats de fourniture de services, sans distinction selon que les contrats aient été conclus à distance ou hors établissement. Dès lors, on peut affirmer que l'obligation d'information relative à l'interopérabilité d'un contenu numérique s'applique à tout contrat de vente et de fourniture de services au consommateur.

303. **Le cas des « contrats de licence »**. L'obligation d'information relative à l'interopérabilité s'applique-t-elle aux contrats dits de « licence » ? Certains sites Internet, en particulier dans le secteur du livre numérique et de la vidéo, ne fournissent pas, selon les termes de leurs conditions générales, un contenu numérique au

⁶³⁵ Cons. 19, Directive 2011/83/UE : « les contrats de fourniture de contenu numérique devraient relever du champ d'application de la présente directive. Si le contenu numérique est fourni sur un support matériel, tel qu'un CD ou un DVD, il devrait être considéré comme un bien au sens de la présente directive ».

Il est à préciser qu'un « bien », au sens de la directive 2011/83/UE, est défini comme « tout objet mobilier corporel, sauf les objets vendus sur saisie ou de quelque autre manière par autorité de justice (...) (art. 2, 3°, chap. 1).

⁶³⁶ Pour une présentation des contrats de vente et des contrats de prestations de services, cf. F. Collart Dutilleul et P. Delebecque *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 9^e éd., 2011 ; A. Seriaux, *Contrats civils*, PUF, 2001. p. 29 et s. et p. 263 et s. ; A. Benabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 10^e éd., LGDJ, 2013.

consommateur mais plutôt un droit d'utilisation encadré d'une œuvre protégée.

C'est le cas de la mise à disposition d'un livre ou d'une vidéo avec mesures techniques de protection. Certains désignent ce type de contrat par la dénomination de « licence de lecture » et ont proposé de ne pas leur appliquer le taux de TVA réduit pour les livres. Notre propos n'est pas, dans le cadre de la présente étude de déterminer si l'expression de « licence de lecture » est applicable ou non à ces contrats.

Quoi qu'il en soit, ce type de contrat, même s'il ne propose effectivement pas la mise en disposition d'une œuvre protégée sous format numérique dans des conditions similaires à celle sur un support physique, est nécessairement un contrat de fourniture de services d'un contenu numérique au consommateur. Aussi, eu égard à cette qualification, les contrats portant sur un droit d'utilisation d'un contenu numérique sont soumis à l'obligation d'information relative à l'interopérabilité.

304. **Le cas des contrats de fourniture d'un service de diffusion en « *streaming* ».** L'obligation d'information relative à l'interopérabilité s'applique-t-elle également aux contrats de mise à disposition d'un contenu numérique en « *streaming* »⁶³⁷, de lecture en continu ? Juridiquement, le « *streaming* » est indirectement et insuffisamment défini dans une annexe du décret relatif aux indicateurs de l'HADOPI comme la « diffusion en flux »⁶³⁸.

L'approche technique est plus précise. Ainsi, nous pouvons définir le « *streaming* » comme la « technique de diffusion en ligne et en continu de fichiers audios ou vidéos, par transfert de données en direct (ou en léger différé) »⁶³⁹. En d'autres termes, le principe du « *streaming* » est que le consommateur a accès à un système en ligne de lecture d'un contenu numérique sans pour autant disposer de ce contenu sur son outil électronique. Il n'y a donc pas de conservation du contenu numérique par le consommateur.

Pour autant, la diffusion en « *streaming* » doit être qualifiée de fourniture d'un service portant sur un contenu numérique. Aussi, par application des dispositions de l'article L. 111-1, 4° du Code de la consommation, le professionnel mettant à la disposition du consommateur un service de diffusion de contenus numériques en « *streaming* » doit l'informer de son interopérabilité, et ce avant la conclusion du contrat.

⁶³⁷ Le terme peut être traduit par les expressions « courant » ou « flux ».

⁶³⁸ Art. 1.3, b), Annexe, Décret n° 2011-386 du 11 avril 2011 relatif aux indicateurs de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet.

⁶³⁹ Cf. *supra*, p. 184.

II. Une obligation d'information précontractuelle

305. **Plan.** L'information relative à l'interopérabilité doit parvenir au consommateur avant la formation du contrat, si cette information s'avère « pertinente » (A) par des moyens qui diffèrent selon le type de contrat de consommation (B).

A. Les conditions de communication de l'information précontractuelle

306. **Le délais de communication de l'information relative à l'interopérabilité.** L'information du consommateur sur les fonctionnalités du contenu numérique et son interopérabilité doit intervenir, par application des dispositions des articles 5⁶⁴⁰ et 6⁶⁴¹ de la directive 2011/83/UE, avant la conclusion du contrat. Cette exigence est reprise en droit interne, au travers de l'intitulé du chapitre 1^{er} du Titre 1^{er} du Livre 1^{er} du Code de la consommation, « obligation générale d'information précontractuelle », ainsi que par la formulation de l'article L. 111-1 alinéa 1^{er} du Code de la consommation : « avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes : 4° Les informations relatives (...) s'il y a lieu, celles relatives aux garanties légales, aux fonctionnalités du contenu numérique et, le cas échéant, à son interopérabilité ».

307. **Le moment de la communication de l'information relative à l'interopérabilité.** La directive 2011/83/UE et l'article R. 111-1 du Code de la consommation ne posent pas d'obligation générale d'information du consommateur quant à l'interopérabilité. Au cas présent, l'information du consommateur ne doit porter que sur l'interopérabilité « pertinente » du contenu numérique avec « certains logiciels ou matériels ». Le consommateur ne doit donc pas être informé de l'interopérabilité des contenus sous forme numérique avec l'ensemble des logiciels ou matériels existant sur le marché mais seulement de ce qui est considéré comme « pertinent ». La question se pose, par conséquent, de savoir distinguer ce qui est

640 Art. 5, 1°, Directive 2011/83/UE : « 1. avant que le consommateur ne soit lié par un contrat autre qu'un contrat à distance ou hors établissement, ou par une offre du même type, le professionnel fournit au consommateur les informations suivantes, d'une manière claire et compréhensible, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte : (...) g) s'il y a lieu, les fonctionnalités du contenu numérique, y compris les mesures de protection technique applicables ; h) s'il y a lieu, toute interopérabilité pertinente du contenu numérique avec certains matériels ou logiciels dont le professionnel a ou devrait raisonnablement avoir connaissance ».

641 Art. 6, 1°, Directive 2011/83/UE : « 1. avant que le consommateur ne soit lié par un contrat à distance ou hors établissement ou par une offre du même type, le professionnel lui fournit, sous une forme claire et compréhensible, les informations suivantes : (...) r) s'il y a lieu, les fonctionnalités du contenu numérique, y compris les mesures de protection technique applicable ; s'il y a lieu, toute interopérabilité pertinente du contenu numérique avec certains matériels ou logiciels dont le professionnel a ou devrait raisonnablement avoir connaissance ».

« pertinent » de ce qui ne l'est pas. Or, compte tenu de la difficulté d'appréhension de cette notion, une proposition de modification va être formulée par la suite, mais il reste encore à examiner les moyens de communication de l'information précontractuelle.

B. Les moyens de communication de l'information précontractuelle

308. Le cas des contrats autres que les contrats à distance ou hors établissement. Comment transmettre au consommateur l'information relative à l'interopérabilité avant la conclusion du contrat ? Il faut ici distinguer entre les contrats à distance ou hors établissement et les autres.

D'après les dispositions de la directive 2011/83/UE, pour le cas des contrats autres que les contrats à distance ou hors établissement, l'information relative à l'interopérabilité doit être fournie « d'une manière claire et compréhensible »⁶⁴². Aucune obligation de forme n'est établie par les dispositions de la directive pour ces contrats.

309. Le cas des contrats à distance ou hors établissement. Le formalisme est plus strict pour les contrats à distance ou hors établissement. Pour ces deux types de contrat, d'après la directive, le professionnel doit fournir au consommateur les informations « sous une forme claire et compréhensible »⁶⁴³. L'article L. 121-17 du Code de la consommation impose, quant à lui, une communication de l'information « de manière lisible et compréhensible »⁶⁴⁴, et dans le respect d'obligations formelles précises.

S'agissant des contrats hors établissement, d'après la directive, les informations, « lisibles et rédigées dans un langage clair et compréhensible », doivent être portées à la connaissance du consommateur sur papier ou « sur un autre support durable »⁶⁴⁵, avec l'accord de ce dernier. Une copie du contrat doit de plus être communiquée au consommateur⁶⁴⁶. De même, aux termes de l'article L. 121-18 du Code de la consommation : « (...) le professionnel fournit au consommateur, sur papier ou, sous réserve de l'accord du consommateur, sur un autre support durable, les informations prévues au I de l'article L. 121-17. Ces informations sont rédigées de manière lisible et compréhensible ». Par un arrêt du 5 juillet 2012, la CJUE a

⁶⁴² Art. 5, 1^o, Directive 2011/83/UE.

⁶⁴³ Art. 6, 1^o, Directive 2011/83/UE.

⁶⁴⁴ Art. L. 121-17 Code de la consommation : « I.-Préalablement à la conclusion d'un contrat de vente ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes : 1^o Les informations prévues aux articles L. 111-1 et L. 111-2 ».

⁶⁴⁵ Art. 7, 1^o, Directive 2011/83/UE.

⁶⁴⁶ Art. 7, 2^o, Directive 2011/83/UE.

d'ailleurs considéré que ne pouvait être qualifié de « support durable » un hyperlien sur un site Internet du vendeur⁶⁴⁷.

S'agissant des contrats à distance, l'information du consommateur doit respecter une forme bien précise, sans préjudice des dispositions des articles 9 et 11 de la directive 2000/31/CE⁶⁴⁸. Ainsi, aux termes de l'article 8 de la directive 2011/83/UE, repris par l'article L. 121-19 du Code de la consommation⁶⁴⁹, les informations sur les fonctionnalités et l'interopérabilité du contenu numérique doivent être soit « fournies », soit mises à disposition du consommateur, « sous une forme adaptée à la technique de communication à distance utilisée dans un langage clair et compréhensible »⁶⁵⁰. A défaut, l'absence d'information relative à l'interopérabilité dans les formalités prescrites peut être sanctionnée.

III. La sanction du défaut d'information relative à l'interopérabilité

310. **Plan.** La sanction du défaut d'information relative à l'interopérabilité est de deux ordres. Il s'agit, en premier lieu, de la sanction administrative du non-respect des dispositions de l'article L. 111-1 du Code de la consommation **(A)**, et, en second lieu, possiblement, de la sanction des pratiques commerciales déloyales **(B)**.

⁶⁴⁷ CJUE, aff. C-49/11 *Content Services Ltd / Bundesarbeitskammer*, 5 juillet 2012, D. 2012. 1878 ; *RTD eur.* 2012. 666, obs. C. Aubert de Vincelles : « « l'article 5, paragraphe 1, de la directive 97/7 doit être interprété en ce sens qu'une pratique commerciale qui consiste à ne rendre accessibles les informations prévues à cette disposition que par un hyperlien sur un site Internet de l'entreprise concernée ne satisfait pas aux exigences de ladite disposition, dès lors que ces informations ne sont ni « fournies » par cette entreprise ni « reçues » par le consommateur, au sens de cette même disposition, et qu'un site Internet tel que celui en cause au principal ne peut être considéré comme un « support durable » au sens dudit article 5, paragraphe 1 ».

⁶⁴⁸ Directive 2000/31/CE, *op. cit.*

Art. 9, 1°, Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), *JOCE* n° L 178 du 17 juill. 2000, p. 0001-0016 : « les États membres veillent à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie électronique. Les États membres veillent notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique ».

Art. 11, Directive 2000/31/CE :

« 1. Les États membres veillent, sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, à ce que, dans les cas où un destinataire du service passe sa commande par des moyens technologiques, les principes suivants s'appliquent :

- le prestataire doit accuser réception de la commande du destinataire sans délai injustifié et par voie électronique,
- la commande et l'accusé de réception sont considérés comme étant reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès.

2. Les États membres veillent, sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, à ce que le prestataire mette à la disposition du destinataire du service des moyens techniques appropriés, efficaces et accessibles lui permettant d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger, et ce avant la passation de la commande.

3. Le paragraphe 1, premier tiret, et le paragraphe 2 ne sont pas applicables à des contrats conclus exclusivement au moyen d'un échange de courriers électroniques ou au moyen de communications individuelles équivalentes ».

⁶⁴⁹ Art. L. 121-19, Code de la consommation : « lorsque le contrat est conclu à distance, le professionnel fournit au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations prévues au I de l'article L. 121-17 ou les met à sa disposition par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée ».

⁶⁵⁰ Il est à noter que les informations sur les fonctionnalités et l'interopérabilité du contenu numérique ne sont pas de celles devant être prioritairement transmises au consommateur avant la passation d'une commande avec obligation de payer (art. 8, 2°, directive 2011/83/UE) ou en cas de décalage technique de présentation des informations (art. 8, 4°, directive 2011/83/UE).

A. La sanction administrative

311. **L'amende administrative comme sanction.** En l'état du droit positif, la sanction d'un manquement à l'obligation d'information précontractuelle, posée par l'article L. 111-1 du Code de la consommation, est une amende administrative, conformément aux dispositions de l'article L. 111-6 de ce même code : « tout manquement aux articles L. 111-1 à L. 111-3 et à l'article L. 111-5 est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 € pour une personne physique et 15 000 € pour une personne morale. L'amende est prononcée dans les conditions prévues à l'article L. 141-1-2 ».

312. **L'insuffisance de la seule sanction administrative**⁶⁵¹. Cette sanction paraît bien faible compte tenu de l'enjeu de l'interopérabilité pour le consommateur. En effet, il serait parfaitement inutile de modifier l'article L. 111-1 du Code de la consommation en l'absence de sanction réellement dissuasive pour le professionnel qui ne respecterait pas l'obligation d'information. Des modifications devront donc nécessairement être apportées sur ce point⁶⁵². Toutefois, la garantie de l'information relative à l'interopérabilité ne se fonde pas sur le seul respect des dispositions de l'article L. 111-1 du Code de la consommation et c'est du côté de la sanction des pratiques commerciales déloyales que nous devons à présent nous tourner pour apprécier l'étendue de cette obligation.

B. La sanction des pratiques commerciales déloyales

313. **La définition de la pratique commerciale déloyale.** Par application des dispositions de l'article L. 120-1 du Code de la consommation, une pratique commerciale est dite déloyale quand « elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère, ou est susceptible d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service ». Deux conditions sont donc nécessaires à la caractérisation d'une pratique commerciale déloyale : une pratique du professionnel contraire « aux exigences de la diligence professionnelle », pratique ayant un effet significatif sur le comportement économique du consommateur moyen⁶⁵³.

651 Sur un renforcement des sanction en matière de droit de la consommation, cf. C. Zolynski, « Le droit de la consommation, témoin de la rencontre entre responsabilité pénale et responsabilité civile », *Responsabilité civile et assurances*, mai 2013, dossier 31 : « L'effectivité du droit de la consommation est une question récurrente. Elle est désormais au cœur des préoccupations du législateur, tant au niveau national que de l'Union européenne. (...) Or, en l'état actuel du droit positif français, l'effectivité du droit de la consommation demeure pour le moins limitée ».

652 cf. *infra*, p. 208.

653 C. Ambroise- Castérot, « Consommation », *Rép. de droit pénal et de procédure pénale*, p. 35, mars 2014 : « L'appréciation de la pratique commerciale trompeuse s'effectue-t-elle *in concreto* ou *in abstracto* ? Selon la jurisprudence, l'interprétation est objective ».

Une pratique commerciale déloyale peut être trompeuse ou agressive⁶⁵⁴. En l'espèce, pour le cas de l'information relative à l'interopérabilité, nous écartons volontairement l'éventualité d'une pratique commerciale agressive, car il ne pourra vraisemblablement pas s'agir de sollicitations répétées ou de contraintes physiques, voire morales, altérant la liberté de choix du consommateur, viciant son consentement ou entravant ses droits contractuels⁶⁵⁵. Nous examinerons donc la seule application de la qualification de pratique commerciale trompeuse.

314. La définition de la pratique commerciale trompeuse. L'article L. 121-1 du Code de la consommation, particulièrement long et détaillé, définit les pratiques commerciales trompeuses⁶⁵⁶. En résumé, cet article

(*in abstracto*, selon la référence au bon père de famille). Donc il faut que la publicité soit susceptible de tromper un consommateur moyen potentiel ».

654 Art. L. 120-1, II, Code de la consommation : « II.-Constituent, en particulier, des pratiques commerciales déloyales les pratiques commerciales trompeuses définies aux articles L. 121-1 et L. 121-1-1 et les pratiques commerciales agressives définies aux articles L. 122-11 et L. 122-11-1 ».

Des pratiques commerciales déloyales pourraient également être sanctionnées de façon autonomes, dès lors qu'est caractérisé un défaut de diligence professionnelle et une altération du comportement du consommateur. Pour exemple, cf. la jurisprudence sur la vente subordonnée sous art. L. 120-1, Code de la consommation, cf. *supra*, p. 120.

655 Art. L. 122-11, Code de la consommation : « Une pratique commerciale est agressive lorsque du fait de sollicitations répétées et insistantes ou de l'usage d'une contrainte physique ou morale, et compte tenu des circonstances qui l'entourent : 1° Elle altère ou est de nature à altérer de manière significative la liberté de choix d'un consommateur ; 2° Elle vicie ou est de nature à vicier le consentement d'un consommateur ; 3° Elle entrave l'exercice des droits contractuels d'un consommateur.

II. - Afin de déterminer si une pratique commerciale recourt au harcèlement, à la contrainte, y compris la force physique, ou à une influence injustifiée, les éléments suivants sont pris en considération : 1° Le moment et l'endroit où la pratique est mise en œuvre, sa nature et sa persistance ; 2° Le recours à la menace physique ou verbale ; 3° L'exploitation, en connaissance de cause, par le professionnel, de tout malheur ou circonstance particulière d'une gravité propre à altérer le jugement du consommateur, dans le but d'influencer la décision du consommateur à l'égard du produit ; 4° Tout obstacle non contractuel important ou disproportionné imposé par le professionnel lorsque le consommateur souhaite faire valoir ses droits contractuels, et notamment celui de mettre fin au contrat ou de changer de produit ou de fournisseur ; 5° Toute menace d'action alors que cette action n'est pas légalement possible ».

656 Art. L. 121-1, Code de la consommation : « Une pratique commerciale est trompeuse si elle est commise dans l'une des circonstances suivantes :

1° Lorsqu'elle crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial, ou un autre signe distinctif d'un concurrent ;

2° Lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur l'un ou plusieurs des éléments suivants :

a) L'existence, la disponibilité ou la nature du bien ou du service ;

b) Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, à savoir : ses qualités substantielles, sa composition, ses accessoires, son origine, sa quantité, son mode et sa date de fabrication, les conditions de son utilisation et son aptitude à l'usage, ses propriétés et les résultats attendus de son utilisation, ainsi que les résultats et les principales caractéristiques des tests et contrôles effectués sur le bien ou le service ;

c) Le prix ou le mode de calcul du prix, le caractère promotionnel du prix et les conditions de vente, de paiement et de livraison du bien ou du service ;

d) Le service après-vente, la nécessité d'un service, d'une pièce détachée, d'un remplacement ou d'une réparation ;

e) La portée des engagements de l'annonceur, la nature, le procédé ou le motif de la vente ou de la prestation de services ;

f) L'identité, les qualités, les aptitudes et les droits du professionnel ;

g) Le traitement des réclamations et les droits du consommateur ;

3° Lorsque la personne pour le compte de laquelle elle est mise en œuvre n'est pas clairement identifiable.

II.-Une pratique commerciale est également trompeuse si, compte tenu des limites propres au moyen de communication utilisé et des circonstances qui l'entourent, elle omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps une information substantielle ou lorsqu'elle n'indique pas sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas

distingue deux grandes catégories : les pratiques commerciales trompeuses par action et celles par omission. La catégorie des pratiques commerciales trompeuses par action est, elle, subdivisée en trois sous-catégories, listées au I de cet article tandis que les pratiques commerciales trompeuses par omission sont énumérées au II : « (...) dans le paragraphe I, sont tout d'abord réprimées les pratiques conduisant à des confusions (...), ensuite, les allégations, indications, présentations fausses ou de nature à induire en erreur (...), et enfin les pratiques qui masquent le véritable contractant, opérateur ou professionnel (...). À ces trois pratiques du paragraphe I s'ajoute celle du paragraphe II, qui sanctionne les pratiques reposant sur des omissions ou des ambiguïtés (...) »⁶⁵⁷.

315. **Plan.** Aussi, pour le cas de l'interopérabilité, deux situations sont envisageables : un professionnel peut se prévaloir d'une interopérabilité qui n'existe pas ou ne pas transmettre l'information relative à un défaut d'interopérabilité. Plus précisément, aux termes de l'article L. 121-1 du Code de la consommation, il peut donc commettre soit une pratique commerciale trompeuse par action sur les caractéristiques essentielles d'un bien, relevant de la 2^e catégorie exposée précédemment, (1) soit une pratique commerciale trompeuse par omission d'une information substantielle (2). Ces deux pratiques peuvent être sanctionnées pénalement (3).

1. Une pratique commerciale trompeuse sur les caractéristiques essentielles d'un bien

316. **La définition de la caractéristique essentielle d'un bien**⁶⁵⁸. Aux termes de l'article L. 121-1, I, du Code de la consommation : « I.-Une pratique commerciale est trompeuse si elle est commise dans l'une des circonstances suivantes : (...) 2° Lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur l'un ou plusieurs des éléments suivants : (...) b) Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, à savoir : ses qualités substantielles, sa composition, ses

déjà du contexte.

Lorsque le moyen de communication utilisé impose des limites d'espace ou de temps, il y a lieu, pour apprécier si des informations substantielles ont été omises, de tenir compte de ces limites ainsi que de toute mesure prise par le professionnel pour mettre ces informations à la disposition du consommateur par d'autres moyens.

Dans toute communication commerciale constituant une invitation à l'achat et destinée au consommateur mentionnant le prix et les caractéristiques du bien ou du service proposé, sont considérées comme substantielles les informations suivantes :

1° Les caractéristiques principales du bien ou du service ;

2° L'adresse et l'identité du professionnel ;

3° Le prix toutes taxes comprises et les frais de livraison à la charge du consommateur, ou leur mode de calcul, s'ils ne peuvent être établis à l'avance ;

4° Les modalités de paiement, de livraison, d'exécution et de traitement des réclamations des consommateurs, dès lors qu'elles sont différentes de celles habituellement pratiquées dans le domaine d'activité professionnelle concerné ;

5° L'existence d'un droit de rétractation, si ce dernier est prévu par la loi.

III.-Le I est applicable aux pratiques qui visent les professionnels ».

⁶⁵⁷ C. Ambroise- Castérot, art. préc.

⁶⁵⁸ G. Raymond, « Fasc. 900 : pratiques commerciales déloyales et agressives », *JCI Concurrence- Consommation*, p. 29 et s.

accessoires, son origine, sa quantité, son mode et sa date de fabrication, les conditions de son utilisation et son aptitude à l'usage, ses propriétés et les résultats attendus de son utilisation, ainsi que les résultats et les principales caractéristiques des tests et contrôles effectués sur le bien ou le service (...) ».

Les allégations ou indications peuvent être définies « comme des données, des précisions, des informations, des caractéristiques prétendues, qui sont nécessaires au consommateur dans l'exercice de son choix »⁶⁵⁹.

317. L'application au cas de l'interopérabilité. L'interopérabilité d'un bien est, à l'évidence, un atout commercial que le professionnel peut mettre en avant auprès du consommateur. Or, l'interopérabilité est, à notre sens, une caractéristique essentielle d'un bien, car il s'agit d'une information déterminante quant à son fonctionnement. Dès lors, le fait de se prévaloir d'une interopérabilité qui n'est pas effective pourrait être une allégation fausse, de nature à induire en erreur le consommateur, sur l'interopérabilité d'un bien et, par voie de conséquence, être constitutive d'une pratique commerciale trompeuse.

Cependant, à la lecture de l'article L. 121- 1 du Code de la consommation, il est difficile de catégoriser la pratique commerciale trompeuse portant sur le défaut d'une interopérabilité alléguée. Il pourrait en effet s'agir potentiellement d'une tromperie sur les « qualités substantielles » du bien, sur les « conditions de son utilisation et son aptitude à l'usage », ou encore sur « ses propriétés et les résultats attendus de son utilisation »⁶⁶⁰.

En premier lieu, s'agissant des « qualités substantielles », il s'agit de catégorie la plus large portant sur l'ensemble des éléments essentiels d'un bien, à tel point que « (...) l'observation de la jurisprudence montre que les magistrats visent les qualités substantielles lorsqu'aucun autre élément de la liste ne rend compte avec davantage de précision des faits litigieux ; la notion de qualité substantielle jouant ainsi le rôle d'une catégorie balai »⁶⁶¹. Pour le cas de l'interopérabilité, cette catégorie large pourrait donc parfaitement trouver à s'appliquer.

En deuxième lieu, s'agissant des conditions d'utilisation et l'aptitude à l'usage d'un bien, « on peine à trouver

⁶⁵⁹ C. Ambroise- Castérot, art. préc.

⁶⁶⁰ N. Eréséo, « Fasc. 3480 : pratiques commerciales trompeuses », *JCI Communication*, p. 33 et s. : « L'article L. 121-1, I, 2, b), du Code de la consommation qui sanctionne les allégations fausses ou trompeuses portant sur "Les caractéristiques essentielles du bien ou du service" est de loin le plus fréquemment soulevé par les plaideurs. Les caractéristiques essentielles visées par le texte sont en effet très largement entendues et embrassent la plupart des éléments susceptibles d'influencer le choix du consommateur pour un produit déterminé (...) ».

⁶⁶¹ N. Eréséo, art. préc., p. 34.

des illustrations tant cette catégorie se confond avec d'autres, spécialement avec la catégorie des tromperies sur les résultats attendus de l'utilisation du bien ou du service (...). Il est cependant possible de citer le cas d'une publicité trompant le consommateur sur le nombre de programmes d'une machine à laver (CA Colmar, 16 sept. 1982) (...) »⁶⁶². Appliqué à l'interopérabilité, l'exemple typique d'une telle pratique tiendrait en l'affirmation fausse d'une interopérabilité avec l'ensemble des outils et technologies numériques.

En troisième et dernier lieu, s'agissant des propriétés et des résultats attendus de l'utilisation d'un bien, catégorie souvent confondue avec celle des conditions d'utilisation et l'aptitude à l'usage d'un bien, il convient de se focaliser sur le résultat présenté par le professionnel. Si ce dernier affirme que l'interopérabilité est garantie alors que tel n'est pas le cas, alors la pratique commerciale trompeuse par action pourrait à notre sens être caractérisée⁶⁶³.

Les catégories exposées ci-dessus peuvent donc trouver à s'appliquer à l'affirmation fausse de l'interopérabilité d'un bien. A ce jour, aucune jurisprudence n'est cependant à relever à ce sujet. Nul doute néanmoins que les dispositions précitées pourraient trouver à s'appliquer au cas de l'interopérabilité, tout comme la pratique commerciale trompeuse par omission d'une information substantielle.

2. Une pratique commerciale trompeuse par l'omission d'une information substantielle

318. La définition de l'information substantielle. Par application des dispositions de l'article L. 121-1, II, du Code de la consommation : « II.-Une pratique commerciale est également trompeuse si, compte tenu des limites propres au moyen de communication utilisé et des circonstances qui l'entourent, elle omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps une information substantielle (...). Lorsque le moyen de communication utilisé impose des limites d'espace ou de temps, il y a lieu, pour apprécier si des informations substantielles ont été omises, de tenir compte de ces limites ainsi que de toute mesure prise par le professionnel pour mettre ces informations à la disposition du consommateur par d'autres moyens. Dans toute communication commerciale constituant une invitation à l'achat et destinée au consommateur mentionnant le prix et les caractéristiques du bien ou du service proposé, sont considérées comme

⁶⁶² N. Eréséo, art. préc., p. 40. CA Colmar, 16 sept. 1982, *Cah. dr. entr.* 1983, n° 6, p. 2.

⁶⁶³ N. Eréséo, art. préc., p. 41 : « Les propriétés du bien ou du service et les résultats attendus de son utilisation, également visés par l'article L. 121-1, I, 2°, b), font l'objet, (...), d'une jurisprudence assez abondante. Certaines décisions font état de pratiques relevant de la caricature tant elles pourraient par ailleurs être qualifiées d'escroquerie : "marabout" promettant des miracles en cinq jours (CA Pau, 3 avr. 2008 : Jurisdata n° 2008-369964), lingettes ou désinfectants pour sols et surfaces présentés comme ayant la propriété "d'inactiver" le virus du sida (CA Paris, 1er mars 1993 : JurisData n° 1993-020411(...)), complément alimentaire présenté comme permettant de vaincre le cancer ou le sida (Cass. crim., 5 oct. 1997, n° 95-86.116 : BID 1998, n° 3, p. 24), (...) ».

substantielles les informations suivantes : 1° Les caractéristiques principales du bien ou du service (...) ».

Plus précisément, ainsi que le relève un auteur, « à la différence de ce qui est dit dans l'article 1110 du Code civil, c'est l'information qui doit être substantielle et non l'objet sur laquelle elle porte. Il faut donc que l'information ait été importante pour la décision qui devait être prise »⁶⁶⁴.

319. L'application au cas de l'information relative à l'interopérabilité. Comme exposé précédemment, l'interopérabilité est une caractéristique « essentielle » ou « principale » du bien acquis par le consommateur. De ce fait, l'information relative à l'interopérabilité du bien est une information « substantielle » au sens de l'article L. 121-1, II, du Code de la consommation, une information importante dans la prise de décision du consommateur. Dès lors, le professionnel qui « omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps » une information relative à l'interopérabilité se rendrait coupable de pratique commerciale trompeuse par omission.

3. La sanction des pratiques commerciales déloyales

320. Un délit. Si la qualification de pratique commerciale déloyale était retenue, les pratiques mentionnées pourraient constituer, à notre sens, un délit, nécessitant la preuve d'un élément matériel et d'un élément moral, sanctionnés d'une peine d'emprisonnement de deux ans et d'une amende de 300 000 €. L'amende peut être majorée en fonction du chiffre d'affaire moyen annuel, par application des dispositions de l'article L. 121-6 du Code de la consommation⁶⁶⁵. Cette sanction, particulièrement lourde, apparaît dissuasive des

⁶⁶⁴ G. Raymond, art. préc.

⁶⁶⁵ Art. L. 121-6, Code de la consommation : « Les pratiques commerciales trompeuses sont punies d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 300 000 €.

Le montant de l'amende peut être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits, ou à 50 % des dépenses engagées pour la réalisation de la publicité ou de la pratique constituant le délit.

Les personnes physiques déclarées coupables encourent également à titre de peines complémentaires l'interdiction, suivant les modalités prévues à l'article 131-27 du code pénal, soit d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, soit d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour leur propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale. Ces interdictions d'exercice ne peuvent excéder une durée de cinq ans. Elles peuvent être prononcées cumulativement.

Les personnes morales déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues à l'article 121-2 du même code, de l'infraction définie au présent article encourent, outre l'amende suivant les modalités prévues à l'article 131-38 dudit code, les peines prévues aux 2° à 9° de l'article 131-39 du même code. L'interdiction mentionnée au 2° du même article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise. Les peines prévues aux 2° à 7° dudit article ne peuvent être prononcées que pour une durée de cinq ans au plus ».

H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor – Brouillaud, « Droit de la consommation », *D.* 2014, p. 1297 : « Les sanctions des pratiques commerciales déloyales ont, quant à elles, été alourdies par la loi Hamon. Ainsi, les pratiques agressives (art. L. 122-12 nouv. c.

pratiques commerciales trompeuses.

En outre, une interdiction d'exercice peut être prononcée à l'encontre des personnes physiques à titre de peine complémentaire⁶⁶⁶. S'agissant des personnes morales, elles encourent également, en sus de l'amende, une peine de placement sous surveillance judiciaire, d'exclusion des marchés publics ou encore d'affichage de la décision par voie de presse écrite ou de communication par voie électronique⁶⁶⁷.

321. Conclusion de la Section. En droit positif, il existe une obligation d'information relative à l'interopérabilité. Cette obligation est à examiner selon deux angles : celui de l'obligation d'information précontractuelle posée par les dispositions de l'article L. 111-1 du Code de la consommation et celui de la sanction des pratiques commerciales trompeuses.

S'agissant de l'obligation d'information précontractuelle du consommateur, par application des dispositions des articles 5 et 6 de la directive 2011/83/UE et de l'article L. 111-1 du Code de la consommation, elle s'applique à l'ensemble des contrats de consommation, de vente ou de fourniture de service, qu'il soit conclu à distance, hors établissement ou pas. Elle doit donc être transmise par le professionnel au consommateur. Cette information est précontractuelle, ce qui signifie qu'elle doit intervenir, de manière loyale, avant la

consom.) et les pratiques trompeuses, désormais sanctionnées de manière autonome sans référence au délit de tromperie (art. L. 121-6 nouv. c. consom.), encourent un emprisonnement de deux ans et une amende de 300 000 € qui peut être proportionnée au chiffre d'affaires ».

666 Art. L. 121-6, al. 3, Code de la consommation : « Les personnes physiques déclarées coupables encourent également à titre de peines complémentaires l'interdiction, suivant les modalités prévues à l'article 131-27 du code pénal, soit d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, soit d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour leur propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale. Ces interdictions d'exercice ne peuvent excéder une durée de cinq ans. Elles peuvent être prononcées cumulativement ».

667 Art. L. 121-6, al. 4, Code de la consommation : « Les personnes morales déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues à l'article 121-2 du même code, de l'infraction définie au présent article encourent, outre l'amende suivant les modalités prévues à l'article 131-38 dudit code, les peines prévues aux 2° à 9° de l'article 131-39 du même code. L'interdiction mentionnée au 2° du même article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise. Les peines prévues aux 2° à 7° dudit article ne peuvent être prononcées que pour une durée de cinq ans au plus ».

Art. 131-39, Code pénal : « Lorsque la loi le prévoit à l'encontre d'une personne morale, un crime ou un délit peut être sanctionné d'une ou de plusieurs des peines suivantes : (...) 2° L'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales ; 3° Le placement, pour une durée de cinq ans au plus, sous surveillance judiciaire ; 4° La fermeture définitive ou pour une durée de cinq ans au plus des établissements ou de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés ; 5° L'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus ; 6° L'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de procéder à une offre au public de titres financiers ou de faire admettre ses titres financiers aux négociations sur un marché réglementé ; 7° L'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés ou d'utiliser des cartes de paiement ; 8° La peine de confiscation, dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article 131-21 ; 9° L'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique. (...) ».

conclusion du contrat, mais seulement si la communication d'une telle information s'avère pertinente et dans les formes prescrites selon le type de contrat de consommation.

S'agissant des pratiques commerciales trompeuses, il peut s'agir, dans un premier cas, d'une pratique commerciale déloyale par action, en cas d'affirmation fausse d'une interopérabilité effective, interopérabilité que l'on peut qualifier de caractéristique essentielle d'un bien. Dans un second cas, il peut s'agir d'une pratique commerciale par omission de l'information substantielle qu'est le défaut d'interopérabilité d'un bien.

Cette présentation étant faite, il apparaît très nettement deux difficultés majeures quant à la détermination du champ d'application de l'obligation d'information relative à l'interopérabilité, à savoir celle de l'appréhension de la notion de « professionnel » mais également de cette notion de « pertinence » de l'information. En effet, que faut-il comprendre par « l'interopérabilité pertinente » posée par les dispositions de l'article R. 111-1 du Code de la consommation ? Qui détermine l'information pertinente de celle qui ne l'est pas ? Autant de questions qui appellent une évolution des textes pour une clarification du champ d'application de l'obligation d'information.

SECTION II – LE CHAMP D'APPLICATION DE L'OBLIGATION D'INFORMATION RELATIVE A L'INTEROPERABILITE EN DROIT PROSPECTIF

322. **Plan.** S'agissant du champ d'application de l'obligation d'information relative à l'interopérabilité, là encore deux modifications seraient à apporter aux dispositions de l'article L. 111-1 du Code de la consommation : quant au sujet tenu à l'obligation d'information, d'une part **(I)** et quant au moment de la communication d'une telle information, d'autre part **(II)**.

I. La modification du sujet tenu à l'obligation d'information relative à l'interopérabilité

323. **Plan.** L'information relative à l'interopérabilité doit être portée à la connaissance du consommateur par le professionnel, avant la conclusion du contrat. L'obligation pèse donc sur le professionnel partie au contrat de consommation, qui n'est pas forcément éditeur de logiciels ou de contenus numériques. Seraient donc potentiellement exclus du champ d'application de l'obligation d'information les sujets passifs précédemment identifiés du droit à l'interopérabilité⁶⁶⁸ **(A)**, ce qui doit, à notre sens, être modifié **(B)**.

A. Le constat de l'exclusion des sujets passifs du droit à l'interopérabilité

324. **La limitation au professionnel, partie au contrat de consommation.** Il est rappelé que, par application des dispositions des articles 5 et 6 de la directive 2011/83/UE et de l'article L. 111-1 du Code de la consommation, le sujet de l'obligation d'information relative aux fonctionnalités et à l'interopérabilité d'un contenu numérique est le « professionnel » avant qu'il ne soit lié au consommateur par un contrat⁶⁶⁹. Par une interprétation littérale des textes, le « professionnel » tenu par l'obligation d'information est donc celui avec lequel le consommateur va contracter.

325. **L'exclusion potentielle des sujets passifs du droit à l'interopérabilité.** Cela semble signifier que celui qui est tenu de fournir l'information relative à l'interopérabilité est le gestionnaire du site Internet de téléchargement ou encore du site de vente en ligne, à l'exclusion donc, potentiellement, de l'éditeur de logiciels ou de contenus numériques si celui-ci n'est pas contractuellement lié au consommateur. Aucun des deux sujets passifs précédemment identifiés ne seraient alors tenu de l'obligation d'information relative à l'interopérabilité.

⁶⁶⁸ cf. *supra*, p. 118 et s.

⁶⁶⁹ cf. *supra*, p. 174 et s.

Or, une telle limitation au seul professionnel partie au contrat n'est pas satisfaisante. En effet, ce n'est généralement ni le site de téléchargement, ni le site de vente en ligne qui disposent des informations relatives à l'interopérabilité d'un contenu numérique mais plutôt son éditeur. Dès lors, la logique est de faire peser l'obligation d'information sur le détenteur effectif de ladite information.

B. L'extension de l'obligation d'information aux sujets passifs du droit à l'interopérabilité

326. L'intégration des sujets passifs du droit à l'interopérabilité dans les personnes tenues à l'obligation d'information. Une modification des dispositions semble nécessaire sur ce point, afin de faire peser l'obligation d'information d'interopérabilité sur la personne en mesure de la fournir. En outre, compte tenu de la modification proposée précédemment consistant à étendre explicitement l'obligation d'information au-delà de la seule interopérabilité d'un contenu numérique, il convient également de faire peser cette obligation d'information sur l'éditeur de logiciels, mieux à même de communiquer au consommateur les informations relatives à l'interopérabilité logicielle⁶⁷⁰.

Dans le prolongement des modifications proposées précédemment, l'article L. 111-1 du Code de la consommation devrait donc être ainsi complété : « avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel, partie au contrat ou, le cas échéant l'éditeur de logiciels ou de contenus numériques, communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes : (...) 5° Les informations relatives aux fonctionnalités du contenu numérique ou du logiciel, y compris les mesures techniques de protection applicables, le cas échéant, à l'interopérabilité du contenu numérique ou du logiciel avec d'autres matériels, logiciels ou technologies. On entend par interopérabilité la capacité d'éléments matériels ou immatériels à échanger des données et à utiliser mutuellement les données échangées, par le recours à des standards ouverts de communication ».

327. L'exclusion de l'éditeur de logiciels ou de contenus numériques non professionnel du champ d'application de l'obligation d'information. Cette proposition ne signifie pas une extension du champ d'application de l'obligation d'information à l'éditeur de logiciels ou de contenus numériques non professionnel. En effet, l'obligation d'information est établie préalablement à la conclusion d'un contrat de consommation. Or, un contrat n'est qualifié de consommation qu'en présence d'un professionnel et d'un consommateur. Dès lors, le sujet tenu à l'obligation d'information doit avoir la qualité de professionnel et

⁶⁷⁰ cf. *supra*, p. 55.

nous ne pouvons qu'exclure l'application de cette obligation à l'association ou au particulier éditeur de logiciels ou de contenus numériques. Une dernière modification doit cependant être apportée au moment de la communication de l'information relative à l'interopérabilité.

II. La modification de l'intensité de la communication de l'information relative à l'interopérabilité

328. **Plan.** L'utilisation de termes flous dans les dispositions législatives et réglementaires ne permet pas de déterminer avec certitude le moment de la communication de l'information relative à l'interopérabilité (A). Aussi, la solution proposée est celle de la consécration d'une obligation d'information systématique, dès lors que le contrat a pour objet un outil ou une technologie numérique (B).

A. Le constat d'une difficulté d'interprétation de la faculté de communication de l'information relative à l'interopérabilité

329. **La difficulté d'interprétation de la notion de « pertinence » de l'interopérabilité de la directive et du décret.** Par application des dispositions de la directive 2011/83/UE et de l'article R. 111-1 du Code de la consommation, l'information du consommateur ne doit porter que sur l'interopérabilité « pertinente » du contenu numérique avec « certains logiciels ou matériels ». Cette notion pose difficulté.

En effet, l'interprétation selon laquelle cette information ne devrait être transmise au consommateur que si le professionnel juge cette transmission pertinente doit être exclue car il ne saurait être laissée aucune marge de manœuvre ou incertitude quant au contenu de l'obligation d'information à la charge du professionnel.

La directive et l'article R.111-1 du Code de la consommation fixent quant à eux un critère de l'interopérabilité « dont le professionnel a ou devrait raisonnablement avoir connaissance ». Ce critère apparaît cependant critiquable également car il ne permet pas de déterminer avec précision les éléments relatifs à l'interopérabilité devant être portés à la connaissance du consommateur, de sorte qu'il est à craindre que les professionnels se retranchent derrière cette disposition pour s'affranchir de leur obligation d'information sur ce point. Par conséquent, il faut remédier à cette difficulté d'interprétation de la pertinence de l'obligation d'information du professionnel.

330. **La difficulté d'interprétation de l'expression « le cas échéant » de l'article L.111-1 du Code de la consommation.** Une autre difficulté d'interprétation est relative à la détermination des circonstances

donnant lieu à la communication de l'information relative à l'interopérabilité. En effet, le fait de mentionner que cette information doit « le cas échéant » être transmise au consommateur n'est très pas explicite. Une information, qui doit intervenir « le cas échéant », doit ainsi être transmise de manière éventuelle, en raison de la survenance d'un événement particulier. Or, il est difficile, en l'état des textes, de déterminer quelle pourrait être l'occasion donnant lieu à la communication, au consommateur, de l'information relative à l'interopérabilité du contenu numérique.

Il faut alors se tourner, une nouvelle fois, vers la directive 2011/83/UE qui donne une précision sur le moment de la communication d'une telle information. En effet, le législateur français n'a fait que se conformer aux dispositions de la directive en n'imposant pas une transmission systématique des informations relatives à l'interopérabilité. Ainsi, aux termes des articles 5 et 6 de la directive, le professionnel doit fournir au consommateur ces informations, « pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte »⁶⁷¹ et « s'il y a lieu »⁶⁷². Le consommateur doit donc être logiquement informé sur les fonctionnalités et l'interopérabilité d'un contenu numérique, pour autant que cela se justifie dans le contexte.

Cette interprétation trouve à s'appliquer aux dispositions de l'article L. 111-1 4° du Code de la consommation, ce qui revient à considérer que l'information relative à l'interopérabilité d'un contenu numérique doit être transmise au consommateur dès l'instant où la transmission de cette information se justifie compte tenu des circonstances d'accès à ce contenu. Ceci est d'autant plus logique que la mention transmission de certaines informations (identité, coordonnées postales, téléphoniques et électroniques et activités du professionnel) « pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte »⁶⁷³, est déjà exigée à l'article L. 111-1 4° du Code de la consommation et qu'il suffirait simplement de déplacer cette formulation pour se conformer aux dispositions de la directive.

En définitive, on ne peut que déplorer la formulation hasardeuse de l'article L. 111-1 4° du Code de la consommation. Une évolution de cette disposition doit donc intervenir pour l'établissement d'une

671 Art. 5, Directive 2011/83/UE : il est à noter que cette disposition n'est mentionnée pour les seules obligations d'information concernant les contrats autres que les contrats à distance ou hors établissement.

672 Art.5, g) et h), art. 6, r) et s), Directive 2011/83/UE.

673 Art. L. 111-1, Code de la consommation : « Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes : (...) 4° Les informations relatives à son identité, à ses coordonnées postales, téléphoniques et électroniques et à ses activités, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte, ainsi que, s'il y a lieu, celles relatives aux garanties légales, aux fonctionnalités du contenu numérique et, le cas échéant, à son interopérabilité, à l'existence et aux modalités de mise en œuvre des garanties et aux autres conditions contractuelles. La liste et le contenu précis de ces informations sont fixés par décret en Conseil d'État ».

information systématique sur l'interopérabilité, dès lors que le contrat a pour objet un outil ou une technologie de l'information ou de la communication.

B. La consécration d'une obligation systématique de transmission de l'information relative à l'interopérabilité

331. Les modifications à opérer. La première modification que l'on peut proposer devrait tendre au déplacement de la mention du « contexte » dans l'article L. 111-1 du Code de la consommation, afin de conserver la nécessité d'un objet numérique au contrat. La seconde modification porterait sur la suppression de la mention d'une information « le cas échéant ».

On aboutirait ainsi au texte suivant : « avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel, partie au contrat ou, le cas échéant l'éditeur de logiciels ou de contenus numériques, communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes : (...) 5° Pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte, les informations relatives aux fonctionnalités du contenu numérique ou du logiciel, y compris les mesures techniques de protection applicables, ainsi que les informations relatives à l'interopérabilité du contenu numérique ou du logiciel avec d'autres matériels, logiciels ou technologies. On entend par interopérabilité la capacité d'éléments matériels ou immatériels à échanger des données et à utiliser mutuellement les données échangées, par le recours à des standards ouverts de communication ».

Enfin, les dispositions de l'article R. 111-1, e) du Code de la consommation devraient être supprimées, la formulation proposée de l'article L. 111-1 du Code de la consommation étant suffisante quant à l'obligation d'information relative à l'interopérabilité. Il reste à modifier la sanction administrative posée par l'article L. 111-6 du Code de la consommation.

III. La modification de la sanction du défaut d'information

332. Le caractère dissuasif de la sanction de la pratique commerciale déloyale. Compte tenu de la sanction pénale particulièrement lourde de la pratique commerciale trompeuse et de l'applicabilité des textes au cas de l'interopérabilité, il n'y a pas lieu de modifier les dispositions sur ce point pour la mise en œuvre du droit à l'interopérabilité. Il n'en va pas de même de la sanction administrative du défaut d'information précontractuelle.

333. L'insuffisance de la sanction administrative. Le non-respect de l'obligation d'information posée par les dispositions de l'article L. 111-1 du Code de la consommation est sanctionné, rappelons-le, d'une amende administrative peu dissuasive. Aussi, afin d'inciter les professionnels à communiquer l'information relative à l'interopérabilité, cette sanction doit être renforcée, tout en rappelant que le prononcé d'une sanction administrative ne fait pas obstacle aux recours à la disposition du consommateur. *A minima*, il devrait donc être procédé à un alourdissement du montant de l'amende administrative.

De plus, il est rappelé qu'une information erronée sur l'interopérabilité pourrait être pénalement sanctionnée sur le fondement de la tromperie⁶⁷⁴. Cette analyse est confirmée par la jurisprudence qui a pu sanctionner des mentions ne faisant pas clairement état des restrictions engendrées par le recours à ces mesures⁶⁷⁵.

Pourrait-on également aller jusqu'à la nullité du contrat en cas de défaut d'information⁶⁷⁶ ? C'est d'ores et déjà le cas par la mise en œuvre des principes du droit commun des contrats. En effet, s'il est apporté la preuve que le défaut d'information sur l'interopérabilité a vicié le consentement du consommateur, alors le contrat est nul. Or, en l'absence de vice du consentement pour le consommateur, il apparaît sévère, et dangereux pour la sécurité juridique des relations contractuelles, de sanctionner systématiquement par la nullité du contrat, le défaut d'information sur l'interopérabilité. Aussi, sans aller jusqu'à l'insertion de la sanction d'une nullité automatique du contrat, il peut paraître judicieux de rappeler, aux termes de l'article L. 111-6 du Code de la consommation que le prononcé d'une sanction administrative s'effectue sans préjudice du droit au

674 Art. L. 213-1, Code de la consommation : « Sera puni d'un emprisonnement de deux ans au plus et d'une amende de 300 000 euros quiconque, qu'il soit ou non partie au contrat, aura trompé ou tenté de tromper le contractant, par quelque moyen ou procédé que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers : 1° Soit sur la nature, l'espèce, l'origine, les qualités substantielles, la composition ou la teneur en principes utiles de toutes marchandises ; 2° Soit sur la quantité des choses livrées ou sur leur identité par la livraison d'une marchandise autre que la chose déterminée qui a fait l'objet du contrat ; 3° Soit sur l'aptitude à l'emploi, les risques inhérents à l'utilisation du produit, les contrôles effectués, les modes d'emploi ou les précautions à prendre. Le montant de l'amende peut être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits ».

675 TGI Nanterre, 6e ch., 24 juin 2003, Assoc. CLCV c/ EMI Music France, <www.juriscom.net> : « (...) le consommateur en lisant la mention "ce CD contient un dispositif technique limitant les possibilités de copie" ne peut savoir que ce système anti-copie est susceptible de restreindre l'écoute de son disque sur un autoradio ou un lecteur. Si certes la société EMI Music France informe le consommateur de l'existence de ce système, elle garde le silence sur la restriction d'utilisation du CD sur certains supports. Ce silence est de nature à induire le consommateur en erreur. La société EMI Music France qui a pour activité principale l'édition phonographique, la distribution et la vente de phonogrammes est tenue de vérifier et contrôler la conformité et l'aptitude à l'emploi du produit qu'elle commercialise. En tant que professionnel averti, elle ne pouvait ignorer la possible inaptitude à l'emploi de certains CD de Liane Foly et devait effectuer les vérifications nécessaires. Ainsi en omettant d'informer les acheteurs des CD de Liane Foly "Au fur et à mesure", dotés d'un système anti-copie, des restrictions d'utilisation et particulièrement de l'impossibilité de lire ce CD sur certains autoradios ou lecteurs, la société EMI Music France s'est rendu coupable d'une tromperie sur l'aptitude à l'emploi de ces produits (...) ».

676 Sur la nullité du contrat, cf. A. Benabent, *Droit des obligations*, 13^e éd. Montchrestien, 2012, p. 157 et s.

recours des consommateurs devant les juridictions compétentes pour statuer sur la validité contrat.

334. La modification de l'article L. 111-6 du Code de la consommation. Nous proposons donc, pour conclure l'examen de l'obligation d'information relative à l'interopérabilité, de modifier l'article L. 111-6 du Code de la consommation en ce sens : « tout manquement aux articles L. 111-1 à L. 111-3 et à l'article L. 111-5 est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 9 000 € pour une personne physique et 45 000 € pour une personne morale. L'amende est prononcée dans les conditions prévues à l'article L. 141-1-2. Le prononcé d'une sanction administrative ne porte pas atteinte au droit au recours des consommateurs ou des associations qui les représentent devant les juridictions compétentes pour statuer sur la validité du contrat de consommation ».

335. Conclusion de la Section. Le champ d'application actuel de l'obligation d'information relative à l'interopérabilité ne permet pas une mise en œuvre effective du droit à l'interopérabilité. Des modifications doivent donc être apportées sur différents points. En premier lieu, l'obligation d'information doit être mise à la charge des sujets passifs du droit à l'interopérabilité, l'éditeur de logiciels ou l'éditeur de contenus numériques, qui ne sont pas forcément parties au contrat de consommation. En deuxième lieu, l'information doit être portée systématiquement à la connaissance du consommateur dès l'instant où le contrat a pour objet un outil ou une technologie numérique. Enfin, en troisième et dernier lieu, si la sanction de la pratique commerciale trompeuse ne doit pas être modifiée, la sanction administrative du défaut d'information doit, quant à elle, être significativement alourdie.

336. Conclusion du Chapitre. Par application des dispositions de la directive 2011/83/UE et de celles des articles L. 111-1 et R. 111-1 du Code de la consommation, le champ d'application de l'obligation d'information relative à l'interopérabilité est circonscrit à l'ensemble des contrats de consommation et donc à la charge du professionnel en contact avec un consommateur. De plus, seule l'information sur « l'interopérabilité pertinente du contenu numérique » doit être communiquée au consommateur avant la conclusion du contrat.

Ce champ d'application n'est pas assez précis. En effet, on ne peut se contenter de mentionner que l'obligation d'information relative à l'interopérabilité est à la charge du « professionnel » sans viser spécifiquement les sujets passifs du droit à l'interopérabilité : l'éditeur de logiciels et l'éditeur de contenus numériques. De plus, on ne peut se satisfaire de l'imprécision de notions telles que « l'interopérabilité

pertinente du contenu numérique avec certains matériels ou logiciels dont le professionnel a ou devrait raisonnablement avoir connaissance »⁶⁷⁷ et d'une sanction administrative peu dissuasive aux termes de l'article L. 111-6 du Code de la consommation. C'est pourquoi il est proposé de modifier la rédaction de l'article L. 111-1, afin d'imposer une information systématique sur l'interopérabilité pour tout contrat de consommation portant sur contenu numérique ou un logiciel, d'une part, et d'alourdir les sanctions administratives de l'article L.111-6 de ce même code, d'autre part.

Le champ d'application de l'obligation d'information relative à l'interopérabilité, outre, les dispositions de l'article L. 111-1 du Code de la consommation, comprend également le terrain des pratiques commerciales trompeuses. Peuvent ainsi être sanctionnées sur ce fondement soit la fausse information d'une interopérabilité effective, soit l'omission de l'information d'un défaut d'interopérabilité. Ces dispositions, parfaitement applicables au cas de l'information relative à l'interopérabilité, sans être modifiées, peuvent être utilisées pour la mise en œuvre du droit à l'interopérabilité.

337. Conclusion du Titre. Depuis la loi du 17 mars 2014 et son décret d'application en date du 14 septembre 2014, le professionnel a l'obligation d'informer le consommateur, avant la conclusion du contrat, de l'interopérabilité d'un contenu numérique. La rédaction actuelle des dispositions des articles L. 111-1, L. 111-6 et R. 111-1 du Code de la consommation n'est cependant pas satisfaisante pour la mise en œuvre du droit à l'interopérabilité. Des propositions de modification des dispositions du Code de la consommation sont donc formulées, afin que l'obligation d'information relative à l'interopérabilité constitue un moyen efficace de mise en œuvre du droit à l'interopérabilité.

Ainsi, l'article R.111-1, e) du Code de la consommation serait supprimé et les dispositions de l'article L. 111-1 du Code de la consommation seraient modifiées pour insérer un 5° rédigé en ces termes : « avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel, partie au contrat ou, le cas échéant l'éditeur de logiciels ou de contenus numériques, communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes : (...) 5° Pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte, les informations relatives aux fonctionnalités du contenu numérique ou du logiciel, y compris les mesures techniques de protection applicables, ainsi que les informations relatives à l'interopérabilité du contenu numérique ou du logiciel avec d'autres matériels, logiciels ou technologies. On entend par interopérabilité la capacité d'éléments matériels ou immatériels à échanger des données et à

⁶⁷⁷ Art. R. 111-1, e), Code de la consommation.

utiliser mutuellement les données échangées, par le recours à des standards ouverts de communication ».

La sanction du non-respect de l'obligation d'information relative à l'interopérabilité évoluerait également selon deux axes : le premier porterait sur un alourdissement du montant de l'amende administrative et le second sur l'intégration d'un renvoi aux sanctions civiles envisageables. L'article L. 111-6 du Code de la consommation serait donc le suivant : « tout manquement aux articles L. 111-1 à L. 111-3 et à l'article L. 111-5 est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 9 000 € pour une personne physique et 45 000 € pour une personne morale. L'amende est prononcée dans les conditions prévues à l'article L. 141-1-2. Le prononcé d'une sanction administrative ne porte pas atteinte au droit au recours des consommateurs ou des associations qui les représentent devant les juridictions compétentes pour statuer sur la validité du contrat de consommation ».

Il ne faut également pas oublier que la sanction d'une allégation fausse de l'interopérabilité d'un bien ou de l'omission de l'information d'un défaut d'interopérabilité peut être celle de la sanction des pratiques commerciales trompeuses, posée par les dispositions des articles L. 121-1 et suivants du Code de la consommation.

Cependant, se contenter des modifications précédemment exposées ne permet pas la mise en œuvre du droit à l'interopérabilité au bénéfice du consommateur. En effet, être informé de l'interopérabilité est une chose, en bénéficier en est une autre. Ainsi, cette seule information ne permet pas au consommateur de remédier à un défaut d'interopérabilité. L'obligation d'information marque donc seulement une première étape sur le chemin de l'examen du régime juridique du droit à l'interopérabilité. Dès lors, elle ne peut pas constituer, à elle seule, une réponse juridique adéquate et il convient, à présent, d'aborder la seconde obligation à la charge des professionnels : la mise en œuvre de l'interopérabilité lors de l'exécution du contrat de consommation.

TITRE II – L'OBLIGATION DE MISE EN OEUVRE EFFECTIVE DE L'INTEROPERABILITE LORS DE L'EXECUTION DU CONTRAT DE CONSOMMATION

338. L'insuffisance de la mise en œuvre du droit à l'interopérabilité au seul stade de la formation du contrat de consommation. Lors de la formation du contrat de consommation, la mise en œuvre de l'interopérabilité se traduit par le respect de l'obligation d'information précontractuelle.

Manifestement, cette obligation est insuffisante à la mise en œuvre de l'interopérabilité au bénéfice du consommateur. En effet, aucune des dispositions précédemment exposées ne permet d'avoir l'assurance que le consommateur bénéficiera réellement de l'interopérabilité dont il aura été informé, une fois le contrat conclu. Dès lors, la mise en œuvre du droit à l'interopérabilité ne doit pas se limiter à la seule phase de la formation du contrat de consommation et doit se poursuivre pendant toute la durée de son exécution.

339. L'absence d'obligation générale de mise en œuvre du droit à l'interopérabilité à la phase de formation du contrat de consommation. Actuellement, pourtant, il n'existe aucune obligation juridique générale de mise en œuvre de l'interopérabilité. En d'autres termes, les éditeurs de logiciels et/ou de contenus numériques n'ont pas l'obligation de respecter un droit à l'interopérabilité, au bénéfice du consommateur, lors de la formation du contrat.

Toutefois, constater qu'il n'y a pas d'obligation générale de mise en œuvre de l'interopérabilité ne signifie pas qu'il n'existe pas de droit à l'interopérabilité. En effet, comme exposé précédemment, l'interopérabilité s'avère être un intérêt juridiquement protégé pour le consommateur et le fait que les sujets passifs ne soient pas contraints légalement à sa mise en œuvre systématique ne modifie pas cette analyse. En outre, on peut plaider pour un renforcement significatif des obligations de ces sujets.

340. L'exigence d'une obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité au stade de l'exécution du contrat de consommation. Or, le seul moyen de s'assurer que le droit à l'interopérabilité soit bel et bien une réalité pour le consommateur, au stade de l'exécution du contrat de consommation, est la consécration d'une nouvelle obligation : celle de la mise en œuvre effective de l'interopérabilité.

En effet, s'assurer que les sujets passifs du droit à l'interopérabilité soient tenus à l'accomplissement d'actes positifs en faveur de l'interopérabilité lors de l'exécution du contrat de consommation induit la mise à leur charge d'une obligation d'une mise en œuvre effective de l'interopérabilité.

341. **Plan.** Cette obligation s'analyse selon deux angles principaux lors de l'exécution du contrat. En premier lieu, les sujets passifs ne doivent pas faire obstacle à la mise en œuvre de l'interopérabilité (**Chapitre I**). En second lieu, le défaut d'interopérabilité doit être sanctionné (**Chapitre II**).

CHAPITRE I – LA MISE EN OEUVRE EFFECTIVE PAR L'ABSENCE D'OBSTACLE A L'INTEROPERABILITE

CHAPITRE II – LA MISE EN OEUVRE EFFECTIVE PAR LA SANCTION DU DEFAUT D'INTEROPERABILITE

CHAPITRE I – LA MISE EN OEUVRE EFFECTIVE PAR L'ABSENCE D'OBSTACLE A L'INTEROPERABILITE

342. **L'obligation de mise en œuvre de l'interopérabilité *a minima* du droit positif.** L'obligation de mise en œuvre de l'interopérabilité, au sens d'une mise en œuvre permanente et en toutes circonstances de l'interopérabilité pour le consommateur, n'est pas consacrée en droit positif. Pour autant, cela ne signifie pas que cette obligation n'existe pas. Elle est en effet présente, mais dans une version *a minima* et « les solutions fournies par les articles L. 331-5 et suivants du Code de la propriété intellectuelle présentent une certaine originalité »⁶⁷⁸.

Ainsi, de nos jours, il est simplement fait obligation de ne pas faire obstacle à l'interopérabilité en cas de recours à des mesures techniques de protection, par application des dispositions de l'article L. 331-5 alinéa 4 du Code de la propriété intellectuelle, issue de la loi DADSI : « 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 ».

343. **Les fondements de l'obligation de ne pas faire obstacle à l'interopérabilité.** Cette obligation de ne pas faire obstacle à l'interopérabilité résulte du constat que le recours aux mesures techniques de protection développées à la fin des années 1990 et au début des années 2000, au nom de la protection du droit d'auteur et des droits voisins, a des répercussions sur la mise en œuvre de l'interopérabilité. Sans pouvoir interdire cette pratique en raison des obligations de transposition de la directive EUCD qui incombaient à la France, le législateur a posé une obligation de ne pas faire obstacle à l'interopérabilité, mais uniquement en cas de recours aux mesures techniques de protection⁶⁷⁹.

678 P. Sirinelli, « Numérique et interopérabilité : une nouvelle donne ? », in « Interopérabilité aspects juridiques, économiques et techniques », *RLDI*, supplément au n° 23, janv. 2007.

679 C. Bernault, « La loi du 1^{er} août 2006 et l'interopérabilité : éléments pour décoder », *RLDI*, sept. 2006, p. 61 : « voilà donc le " défi " que nos parlementaires ont eu à relever : trouver un moyen de garantir l'interopérabilité sans compromettre l'efficacité des mesures techniques. Or, sur ce point comme sur la loi en général, les appréciations divergent fortement. Alors que pour certains, la loi " a atteint un point d'équilibre, et sera une référence au-delà de nos frontières ", pour d'autres, ce texte est " bancal, anachronique, inintelligible " (...) ».

P. Sirinelli, « Numérique et interopérabilité : une nouvelle donne ? », in « Interopérabilité aspects juridiques, économiques et techniques », *RLDI*, supplément au n° 23, janv. 2007 : « il n'est pas étonnant qu'à l'ère de la " révolution numérique ", notamment du fait de la multiplication des mesures techniques, le législateur se soit préoccupé de la question. Le droit (posé tant par les traités de l'OMPI du 20 décembre 1996, que par la directive communautaire du 22 mai 2001 ou la loi du 1^{er} août 2006) à l'installation de mesures techniques, qui viennent matériellement réglementer l'accès ou les usages des œuvres de l'esprit, et l'interdiction des actes personnels ou préparatoires de contournement de ces mesures ont parfois pour conséquence d'empêcher la lecture, sur tous supports, des œuvres, pourtant licitement acquises. Les consommateurs, dépités, n'admettent pas pareille situation, tandis que certains producteurs sont loin d'y trouver un avantage. Seuls certains distributeurs, quelques producteurs et

Il ne s'agit donc pas d'une obligation générale de ne pas faire obstacle à l'interopérabilité. Cette obligation générale de mise en œuvre effective de l'interopérabilité n'existe pas en l'état du droit positif. Cette analyse semble confirmée, de manière indirecte, par un jugement du Tribunal de Grande instance de Nanterre en date du 15 décembre 2006⁶⁸⁰. Dans cette affaire, l'association de consommateurs UFC QUE CHOISIR avait assigné les sociétés SONY FRANCE et SONY UNITED KINGDOM aux fins de constat et de sanction de l'absence d'information quant à l'usage de mesures techniques de protection, sur les fichiers musicaux téléchargés, non interopérables avec les baladeurs numériques d'autres marques. Si l'élément matériel et l'élément intentionnel du délit de tromperie du consommateur ainsi que l'acte de subordination de vente sont établis pour la juridiction, il est mentionné que « cette interopérabilité totale n'existe aujourd'hui ni en droit ni en fait et qu'il n'appartient pas à l'autorité judiciaire de se prononcer sur ce point ».

Certains auteurs, à l'instar du Professeur Caron ou encore de Maître Caprioli, ont induit de cette décision qu'il y aurait un refus catégorique des juridictions de reconnaître une obligation générale de mise en œuvre effective de l'interopérabilité⁶⁸¹. Nous ne cautionnons cependant pas cette analyse. En effet, le Tribunal de Grande Instance se contente de faire état de l'argumentation des sociétés défenderesses et ne fait pas pleinement sienne cette analyse.

Pour autant, force est de constater que l'obligation de ne pas faire obstacle à l'interopérabilité se résume à l'article L. 331-5 alinéa 4 du Code de la propriété intellectuelle et donc au champ d'application des mesures techniques de protection.

344. La procédure de l'obligation de ne pas faire obstacle à l'interopérabilité. Cette obligation est accompagnée d'une procédure entièrement consacrée à sa mise en application. En effet, le législateur a

des concepteurs de dispositifs techniques en tirent profit. Le législateur s'en est ému et a adopté de nouvelles solutions, contraignant à la fourniture de certaines informations ».

680 TGI Nanterre, n° 05/03574, aff. *Union fédérale des consommateurs- Que choisir (UFC- QUE CHOISIR) c/ Société SONY FRANCE, société SONY UNITED KINGDOM LTD*, 15 décembre 2006, *Propriété intellectuelle* 2007, n° 23, p. 222, obs. Bruguière ; *RLDI* 2007, n° 24, p. 30, note Pignateri : « Les sociétés défenderesses s'opposent aux demandes dirigées contre elles en observant que celles-ci tendent en réalité, sous couvert d'une meilleure information du consommateur, à obtenir en justice le respect d'une obligation d'interopérabilité entre les plate-formes musicales et les lecteurs de musique numérique de toutes marques ; elles soulignent que cette interopérabilité totale n'existe aujourd'hui ni en droit ni en fait et qu'il n'appartient pas à l'autorité judiciaire de se prononcer sur ce point ».

J. Dourgnon, « L'impact de l'interopérabilité pour les consommateurs », in « Interopérabilité aspects juridiques, économiques et techniques », *RLDI*, supplément au n° 23, janv. 2007 : « L'UFC Que Choisir, à défaut de pouvoir s'appuyer sur " droit " à l'interopérabilité, s'appuie sur le droit de la consommation ».

681 A. Caprioli, « Le jugement du TGI de Nanterre du 15 décembre 2006 et la question de l'interopérabilité », *Comm. Com. Electr.*, avril 2007, comm. 64 ; C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Litec, 2009, p. 251.

adjoind à cette obligation une procédure spécifique, confiée à l'HADOPI, aux fins de règlement des litiges relatifs à l'absence de communication des informations essentielles à l'interopérabilité des mesures techniques de protection⁶⁸². Le cadre juridique paraît donc simple et propice à une application effective de cette obligation.

345. L'insuffisance de l'obligation de ne pas faire obstacle à l'interopérabilité pour la mise en œuvre du droit à l'interopérabilité. Pour autant, si la formulation de l'obligation de ne pas faire obstacle à l'interopérabilité semble claire, sa mise en application, compte tenu de la législation actuelle, s'avère complexe. Surtout, le consommateur apparaît totalement exclu des moyens érigés pour le respect de cette obligation.

De plus, se contenter de ne pas faire obstacle à l'interopérabilité n'est pas satisfaisant pour la mise en œuvre du droit à l'interopérabilité. En effet, cette obligation n'incite pas à l'accomplissement d'actes au bénéfice de l'interopérabilité. Les sujets passifs peuvent se contenter de ne pas agir contre l'interopérabilité, sans pour autant la favoriser. Il ne suffit donc pas d'associer le recours aux mesures techniques de protection et l'absence d'obstacle à l'interopérabilité.

346. Plan. La version actuelle de l'obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité, se limitant à une obligation de ne pas faire est donc minimaliste et insatisfaisante (**Section I**). Dès lors, on ne peut que plaider en faveur d'une révision du cadre juridique. Le fil conducteur de la réforme à envisager serait l'établissement d'une obligation de faire, à savoir de mise en œuvre d'actes positifs en faveur de l'interopérabilité (**Section II**).

SECTION I – LA MISE EN OEUVRE EFFECTIVE PAR L'ABSENCE D'OBSTACLE A L'INTEROPERABILITE EN DROIT POSITIF : UNE OBLIGATION DE NE PAS FAIRE

SECTION II – LA MISE EN OEUVRE EFFECTIVE PAR L'ABSENCE D'OBSTACLE A L'INTEROPERABILITE EN DROIT PROSPECTIF : UNE OBLIGATION DE FAIRE

⁶⁸² cf. *infra*, p. 239 et s.

SECTION I – LA MISE EN OEUVRE EFFECTIVE PAR L'ABSENCE D'OBSTACLE A L'INTEROPERABILITE EN DROIT POSITIF : UNE OBLIGATION DE NE PAS FAIRE

347. La limitation de la protection juridique des mesures techniques de protection, obstacle à la mise en œuvre de l'interopérabilité. A ce jour, les mesures techniques de protection constituent indéniablement, avec l'absence de recours à un format ouvert, l'obstacle majeur à la mise en œuvre de l'interopérabilité. De ce fait, les mesures techniques de protection ne peuvent bénéficier d'un régime juridique de protection absolue.

En effet, « (...) une application sans nuance des MTP [mesures techniques de protection] présenterait des risques importants au regard de l'accès aux œuvres de l'esprit, du respect de la vie privée et, plus généralement, de l'utilisation des réseaux numériques sur lesquels les œuvres ont vocation à circuler. (...) De manière générale, on doit penser que la protection à reconnaître aux MTP est conditionnée non seulement par la durée des droits, mais également par leur portée (une mesure technique ne saurait juridiquement interdire l'accès à une production non protégée par le droit d'auteur, par exemple en raison de son manque d'originalité) et, nécessairement aussi par les exceptions aux droits intellectuels que la loi admet, en particulier, la possibilité de la copie privée»⁶⁸³.

La protection juridique des mesures techniques de protection ne doit donc pas être établie au détriment de la garantie de l'effectivité des exceptions au droit d'auteur et droits voisins. Le risque n'est pas hypothétique car un contrôle complet de l'accès et de l'usage des œuvres et objets protégés, par le biais des mesures techniques de protection, aboutit nécessairement à un blocage des exceptions au droit d'auteur et de l'interopérabilité.

348. Plan. Conscient des difficultés que pourrait engendrer un régime juridique de protection absolue des

683 J. Huet, « Pour une réforme équilibrée du droit d'auteur (ou comment concilier mesures techniques de protection et peer-to-peer) », *Comm. Com. Electr.*, mars 2006, alerte 51.

P. Sirinelli et J. Farchy, « La licence légale n'est pas économiquement viable », *lemonde.fr*, 20 déc. 2005 : « L'interopérabilité est une exigence posée par la directive communautaire relative aux logiciels, c'est donc à ces firmes de se mettre en conformité avec les normes internationales. Qu'un consommateur puisse lire sur n'importe quel support la musique qu'il aura téléchargée légalement est un objectif inscrit dans les travaux de la commission. Que cela soit suivi d'effet ou pas... On verra ! Le DRM (Digital Rights Management, mesure technique de protection) pose un autre problème : celui des exceptions et de la copie privée. Le consommateur est techniquement et juridiquement coincé. Il ne peut ni "faire sauter" le DRM ni le contourner. La loi doit trouver une réponse à la situation qu'elle a provoquée. La loi prévoit de rendre obligatoire le bénéfice de certaines exceptions. Cependant, ce texte ne dit rien du bénéfice de l'exception de copie privée. Il laisse les Etats membres libres de garantir ou non le bénéfice de la copie privée en présence de DRM. Le législateur français s'est emparé de cette question. Il y a une batterie d'amendements dont certains veulent déclarer qu'il existe un droit à la copie privée du consommateur. Dès lors, il faudra trouver la solution par rapport au DRM ».

mesures techniques de protection, le législateur, aux termes de l'article L. 331-5 du Code de la propriété intellectuelle⁶⁸⁴, a posé quatre limites au recours aux mesures techniques de protection. Ainsi, elles ne doivent pas avoir pour effet : « d'empêcher l'interopérabilité des logiciels et d'autres systèmes informatiques ; d'empêcher le désassemblage des logiciels notamment à des fins de corrections ; d'empêcher le libre usage de l'œuvre ainsi que d'empêcher les bénéfices de certaines exceptions, et notamment du droit à la copie privée »⁶⁸⁵.

349. **Plan.** Est donc affirmé un principe d'absence d'obstacle à la mise en œuvre de l'interopérabilité (I)⁶⁸⁶. En outre, une obligation de communication des informations essentielles à l'interopérabilité des mesures techniques de protection est instaurée (II)⁶⁸⁷.

I. Le principe de l'absence d'obstacle à la mise en œuvre de l'interopérabilité par le recours aux mesures techniques de protection

350. **L'affirmation du principe.** Aux termes de l'article L. 331-5 alinéa 4 du Code de la propriété intellectuelle, « 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. ». Le législateur français a donc reconnu la nécessité de garantir l'interopérabilité dans un contexte de recours aux mesures techniques de protection, ce dans le respect du droit d'auteur. Toutefois, si lesdites mesures ne doivent pas être un obstacle, encore faut-il qu'elles puissent ne pas l'être.

684 Art. L. 331-5, CPI : « (...) 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. Les fournisseurs de mesures techniques donnent l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité dans les conditions définies au 1° de l'article L. 331-31 et à l'article L. 331-32.

Les dispositions du présent chapitre ne remettent pas en cause la protection juridique résultant des articles 79-1 à 79-6 et de l'article 95 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

Les mesures techniques 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.

Les dispositions du présent article s'appliquent sans préjudice des dispositions de l'article L. 122-6-1 du présent code ».

685 A. R. Bertrand (A. R.), *Droit d'auteur*, 3^e ed., Dalloz action, 2010, p. 289.

686 L. Pfister, « Fasc. 1110 : histoire du droit d'auteur », *JCI Propriété littéraire et artistique*, 1^{er} sept. 2010 : « le législateur français s'est voulu rassurant en cherchant à préserver l'interopérabilité (...) et le bénéfice effectif de certaines exceptions dont la copie privée » ; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 8^e éd. PUF, coll. Droit fondamental, 2012, p. 350 : « Des mesures techniques prises par les titulaires de droit, sont licites et encadrées par le CPI. Celui-ci y consacre un luxe de détails impressionnants ».

687 A. Lucas et P. Sirinelli, « Droit d'auteur et droits voisins », *Propri. intell.*, juill. 2006, p. 296 et s. : « le premier principe, on l'a vu, est 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 ". Il est l'acte fondateur de toute la construction. Le deuxième principe paraît plus novateur puisque il précise que l'interopérabilité passe par l'obligation, pour les industriels, de fournir les informations essentielles à cette interopérabilité ».

En outre, par application des dispositions de l'article L. 331-5 alinéa 6 du Code de la propriété intellectuelle, « les mesures techniques 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 ». Les mesures techniques de protection ne doivent donc ni faire obstacle à la mise en œuvre effective de l'interopérabilité, ni porter atteinte au libre usage de l'œuvre. Concentrons nous, sur l'absence d'obstacle à la mise en œuvre effective de l'interopérabilité.

351. Les difficultés d'application du principe. Si ce principe fut posé à l'issu du vote de la loi DADVSI, force est de constater que, en pratique, son application est délicate. Comme exposé précédemment⁶⁸⁸, la mise en œuvre de l'interopérabilité représente, pour certains, l'instrument d'atteinte au droit d'auteur et droits voisins. Cela explique le recours aux mesures techniques de protection. Or, ces mesures techniques font obstacle à l'interopérabilité.

Pour autant, l'interopérabilité et le droit d'auteur étant tous deux indispensables au développement du marché des outils et technologies de l'information et de la communication, il est nécessaire, et envisageable, que le cadre juridique établi puisse les faire coexister. Or, si droit d'auteur et interopérabilité peuvent parfaitement cohabiter, il n'est en revanche pas possible de combiner interopérabilité et mesures techniques de protection et d'aboutir à ce que certains dénomment « l'interopérabilité des mesures techniques »⁶⁸⁹.

352. Plan. Ainsi, de par sa rédaction, l'article L. 331-5 alinéa 4 du Code de la propriété intellectuelle ne permet pas de déterminer comment garantir l'équilibre entre préservation des droits d'auteur et droits voisins, d'une part, et mise en œuvre de l'interopérabilité, d'autre part. Cet article est révélateur de l'absence de clarté des dispositions s'agissant de la mise en œuvre de ce principe **(B)**, issu des discussions houleuses relatives au projet de loi DADVSI **(A)**.

A. L'adoption du principe

353. La rédaction initiale de l'article L. 331-5 du Code de la propriété intellectuelle. Dès la version initiale du projet de loi DADVSI, en effet, la problématique de l'interopérabilité avait été prise en considération. Néanmoins, elle le fut sous le seul angle des licences entre professionnels. Ainsi, il était énoncé que « (...) comme pour les systèmes d'accès conditionnel régis par l'article 95 de la loi n° 86-1067 du

⁶⁸⁸ cf. *supra*, p. 21.

⁶⁸⁹ ARMT, Rapport annuel 2008, *op. cit.*, p.28.

30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, il est nécessaire de permettre aux fabricants des systèmes techniques ou aux exploitants de services qui souhaitent l'interopérabilité de pouvoir négocier la mise à disposition, à des conditions non discriminatoires, des licences de développement des mesures techniques. Cette disposition, dont l'application doit être effectuée dans la mesure strictement nécessaire aux besoins d'interopérabilité avec d'autres mesures techniques de protection, ne déroge toutefois pas à l'article 6 de la directive 91/250/CE du 14 mai 1991 et à l'article L. 122-6-1 du code de la propriété intellectuelle qui déterminent les conditions d'accès aux informations nécessaires à l'interopérabilité d'un logiciel »⁶⁹⁰.

L'article L. 331-5, alinéa 3, du Code de la propriété intellectuelle fut alors proposé avec la rédaction suivante : « les licences de développement des mesures techniques de protection sont accordées aux fabricants de systèmes techniques ou aux exploitants de services qui veulent mettre en œuvre l'interopérabilité, dans des conditions équitables et non discriminatoires, lorsque ces fabricants ou exploitants s'engagent à respecter, dans leur domaine d'activité, les conditions garantissant la sécurité de fonctionnement des mesures techniques de protection qu'ils utilisent »⁶⁹¹. En l'état du texte, qui régissait les seules relations entre professionnels, il n'était donc pas question d'une quelconque considération de l'intérêt des consommateurs.

354. Le contexte de l'évolution de la rédaction de l'article L. 331-5 du Code de la propriété intellectuelle. Mais durant les discussions sur le projet de loi DADVSI, une décision du Conseil de la concurrence a été rendue le 9 novembre 2004 et a marqué les esprits⁶⁹². Elle concernait la société *VirginMega*, qui sollicitait la condamnation de la société *Apple* pour abus de position dominante sur le marché des baladeurs numériques. Les consommateurs téléchargeant des titres musicaux sur la plate-forme de la société *VirginMega* ne pouvaient en effet pas les transférer directement sur les baladeurs numériques de type *iPod* de la société *Apple*, en raison de mesures techniques de protection. La société *VirginMega* n'avait pas obtenu, en outre, de licence pour l'interopérabilité de sa plate-forme de téléchargement avec les baladeurs de la société *Apple*. En l'état des constatations opérées au moment de la saisine, le Conseil de la Concurrence n'a toutefois pas retenu l'abus de position dominante et n'a pas contraint la société *Apple* à accorder une licence à la société *VirginMega*⁶⁹³.

690 Projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, n° 1206, Douzième Législature, 12 nov. 2003.

691 Art. 7, Projet de loi n° 1206, *op. cit.*

692 Cons. Conc., décision n° 04-D-54 du 9 novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la société *Apple Computer, Inc.* Dans les secteurs du téléchargement de musique sur Internet et des baladeurs numériques, *RTD com.* 2006. 779. spéc. 812, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Comm. Com. Electr.* janv. 2005, n° 15, obs. G. Decocq ; *CCC* janv. 2005, n° 7, obs. M. Malaurie-Vignal.

693 P. Sirinelli, J.-A. Benazeraf, J. Farchy, « La distribution des contenus numériques en ligne », déc. 2005, p. 49 : le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA) relève pourtant que, dans le domaine des baladeurs numériques, « l'interopérabilité- ou à tout le moins à la compatibilité- est une finalité incontournable pour la filière ».

Cette décision, relevant d'un contentieux du droit de la concurrence, n'en a pas moins mis en lumière l'impact négatif d'un défaut d'interopérabilité pour les consommateurs, bloqués dans leur mode de consommation de contenus culturels numériques. Elle a été l'un des facteurs de la mobilisation en faveur de l'adoption du principe de l'absence d'obstacle à la mise en œuvre effective de l'interopérabilité, lors de la discussion du projet de loi DADVSI. Divers acteurs, particulièrement des associations de consommateurs et des communautés du Logiciel Libre, se sont ainsi élevés à l'encontre de l'obstacle que constituent les mesures techniques de protection pour l'interopérabilité. Leur forte mobilisation s'est traduite par une multiplication des amendements et sous-amendements relatifs à l'articulation de l'interopérabilité et des mesures techniques de protection⁶⁹⁴.

Cette mobilisation allait conduire à la nouvelle rédaction de l'article L. 331-5, alinéa 4, du Code de la propriété intellectuelle, devenue celle issue de l'amendement n° 2 à l'article 7 du projet de loi DADVSI⁶⁹⁵.

355. Les causes de l'évolution de l'article L. 331-5 du Code de la propriété intellectuelle. Pour les auteurs de cet amendement, la rédaction de l'article L. 331-5, alinéa 4, du Code de la propriété intellectuelle visait principalement à « apporter des précisions sur les questions d'interopérabilité, qui occupent une position centrale dans l'industrialisation de l'offre légale de musique et de vidéo en ligne »⁶⁹⁶. Il s'agissait de réintégrer le consommateur dans l'élaboration de cette disposition⁶⁹⁷.

Plus récemment, le 16 décembre 2014, la société *Apple* a été déclarée non coupable d'abus de position dominante s'agissant de l'utilisation de MTP sur les baladeurs *iPod* pour interdire la lecture de données autres que celles téléchargées sur la plate-forme *iTunes*. *United States District Court Northern District of California, The Apple iPod iTunes Antitrust Litigation, Case n° 05-CV-0037 YGR, dec 16 2014*.

694 Pour exemples :

Amendement n° 6 : « On ne peut pas interdire la publication du code source et de la documentation technique d'un logiciel indépendant interopérant pour des usages licites avec une mesure technique de protection d'une œuvre. »

Amendement n° 4 : « Toute personne désireuse de mettre en œuvre l'interopérabilité est autorisée à procéder aux travaux de décompilation qui lui seraient nécessaires pour disposer des informations essentielles. Cette disposition s'applique sans préjudice de celles prévues à l'article L. 122-6-1. »

Amendement n° 137 : « Il est accordé aux fabricants et exploitants l'ensemble des fournitures nécessaires à l'accomplissement de l'interopérabilité. Un décret en Conseil d'État précise les conditions d'application de l'alinéa précédent ».

695 Amendement n° 2 présenté par M. Cazenave, M. Carayon, M. Chatel, M. Vanneste et Mme Marland-Militello, 16 mars 2006.

696 Amendement n° 2, *préc.*

697 C. Vanneste, *JOAN CR*, 20 déc. 2005, p. 8547 : « protection enfin du consommateur qui doit être informé des limites d'utilisation et de copie et se voir garantir autant que faire se peut la compatibilité des formats et des matériels et leur interopérabilité ».

B. Carayon, *JOAN CR*, 16 mars 2006 : « grâce à cette disposition, l'interopérabilité ne restera pas un concept, mais pourra entrer dans les faits- ce à quoi le Parlement, comme le Gouvernement, est attaché- dans le souci de lutter contre les pratiques anticoncurrentielles et de protéger les consommateurs ».

Il fut affirmé à cet égard que, « sans garantie d'interopérabilité, nous prenons des risques majeurs de captation de clientèle et de situation anti-concurrentielle, avec pour conséquence la prise en otage des consommateurs »⁶⁹⁸. Monsieur Donnedieu de Vabres, Ministre de la culture et de la communication de l'époque, a lui-même soutenu l'importance de cette disposition pour le consommateur en ces termes : « L'interopérabilité est fondamentale pour les consommateurs comme pour les créateurs ; elle permettra une plus grande circulation des œuvres, dans le respect du droit d'auteur. Les fabricants de mesures techniques de protection auront l'obligation de fournir les informations essentielles à sa mise en œuvre effective, afin de favoriser l'innovation et la concurrence »⁶⁹⁹.

De même, les discussions sur l'amendement ont mis en exergue le lien entre l'absence de monopole sur un marché donné et la préservation de la liberté de choix des acteurs économiques que sont les consommateurs⁷⁰⁰. Ce raisonnement a été résumé de la manière suivante par les rédacteurs de l'amendement n° 2 au projet de loi DADVI : « en permettant à tous les auteurs de logiciels de mettre en œuvre l'interopérabilité qui ferait défaut à une mesure technique de protection, nous libérons donc la concurrence sur le marché des lecteurs de musique et de vidéo, et créons ainsi les conditions favorables au développement d'une offre diversifiée et d'un juste équilibre pour les auteurs, les ayants droit et les consommateurs »⁷⁰¹.

En outre, il fut rappelé, dans l'exposé des motifs de l'amendement adopté, que l'usage d'un standard ouvert et la normalisation des mesures techniques de protection étaient des éléments favorables à la garantie de l'interopérabilité⁷⁰². Il fut également réaffirmé l'exception de décompilation à des fins d'interopérabilité⁷⁰³. Ainsi l'article L. 331-5 du Code de la propriété intellectuelle, dans son dernier alinéa, est venu préciser que les dispositions s'appliquent « sans préjudice des dispositions de l'article L. 122-6-1 du présent code »⁷⁰⁴.

698 Amendement n° 2, préc.

699 M. R. Donnedieu de Vabres, *JOANCR*, 30 juin 2006, p. 4669.

700 C. Paul, *JOANCR*, 20 déc. 2005, p. 8563 : « l'interopérabilité nous permet, en résumé, d'utiliser les systèmes de notre choix pour accéder aux contenus. Elle nous permet de ne pas nous voir imposer l'utilisation de certains logiciels ou matériels, dont les détails de fonctionnement ne nous sont pas connus ».

701 Amendement n° 2, préc.

702 Amendement n° 2, préc. : « Ces mesures visent à inciter à l'instauration de normes et à l'utilisation préférentielle de mesures techniques reposant sur un standard ouvert, c'est-à-dire dont les spécifications sont connues afin de permettre la réalisation d'outils compatibles ».

703 Amendement n° 2, préc. : « La réaffirmation de l'exception de décompilation, qui n'est soumise à aucune condition, est une réelle garantie pour l'interopérabilité ».

704 A. Latreille et T. Maillard, « Le cadre légal des mesures techniques de protection et d'information », *D.* 2006, p. 2171 : « la précision peut sembler superfétatoire, dans la mesure où le premier alinéa du texte exclut déjà du champ de la protection les mesures techniques appliquées à un logiciel. Selon toute vraisemblance, la référence à l'article L. 122-6-1- siège, notamment, de l'exception de décompilation- doit être comprise comme une affirmation de l'applicabilité du texte aux mesures techniques elles-mêmes, lorsqu'elles sont composées en tout ou partie d'un logiciel. La décompilation d'une mesure technique dans le respect des conditions posées à l'article L. 122-6-1, IV, échappe en principe à la prohibition des actes de contournement ».

Décompilation et intérêt du consommateur ont donc été intimement liés dans l'exposé des motifs de l'amendement à l'origine de l'article L. 331-5 alinéa 4 du Code de la propriété intellectuelle, la décompilation d'une mesure technique de protection étant le moyen technique nécessaire aux fins de développement d'une offre diversifiée pour le consommateur, en l'absence de recours à un standard ouvert et interopérable.

Le but clairement affiché par les rédacteurs de l'article L. 331-5 du Code de la propriété intellectuelle fut donc d'instaurer une obligation de mise en œuvre de l'interopérabilité d'une mesure technique de protection et d'un logiciel, cela dans l'intérêt du consommateur. Conformément à ce texte, les éditeurs des mesures techniques de protection « ne pourront émettre aucune réserve ni s'opposer d'aucune manière à ce qu'un autre éditeur conçoive un lecteur interopérant avec leur format »⁷⁰⁵.

Le seul article L. 331-5, alinéa 4, du Code de la propriété intellectuelle serait ainsi, d'après ses rédacteurs, suffisant pour garantir l'interopérabilité dans un contexte de recours aux mesures techniques de protection, et par là même la liberté de choix du consommateur de ses outils et technologies. Cependant, le constat n'est pas si simple dans l'univers de l'interopérabilité et la complexité juridique réelle de cette disposition n'a pas contribué à une mise en œuvre efficace.

B. La mise en œuvre du principe

356. **Plan.** Le principe de l'article L. 331-5, aliéna 4, du Code de propriété intellectuelle se résume en une phrase : « 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. » Cette disposition, *a priori* simple, s'avère en réalité d'une rare complexité dans son approche juridique et cela en raison des termes utilisés et associés. En effet, cette seule affirmation est révélatrice du risque de conflit entre les deux objectifs de la loi DADVSI : la garantie de l'interopérabilité, d'une part, et la préservation des mesures techniques de protection, d'autre part⁷⁰⁶. Or, pour résoudre ce conflit, ses termes sont beaucoup trop flous pour proposer une analyse précise et unanime. Que faut-il par exemple comprendre par « mise en œuvre effective de l'interopérabilité » ? (1) Et comment concrétiser l'articulation proposée entre l'interopérabilité et le respect du droit d'auteur ? (2)

⁷⁰⁵ Amendement n° 2, préc.

⁷⁰⁶ Hadopi, C. Alleaume, « Interopérabilité et mesures techniques de protection : l'accès aux œuvres est-il garanti ? », *in* « au Fil des labs, écosystèmes. DRM et interopérabilité », Labs- Hadopi, 2012, p. 18.

1. La mise en œuvre « effective » de l'interopérabilité

357. **Plan.** L'analyse de la notion de mise en œuvre « effective » de l'interopérabilité s'effectue en deux temps. Dans un premier temps, il convient de déterminer la signification de cette notion d'« effectivité » pour aboutir à l'interprétation selon laquelle l'interopérabilité doit primer sur les mesures techniques de protection **(a)**. Dans un second temps, doit être exclue l'interprétation de l'article L. 331-5 du Code de la propriété intellectuelle selon laquelle serait reconnue une « interopérabilité des mesures techniques » **(b)**.

a. L'interprétation de l'interopérabilité comme un objectif supérieur à la protection des mesures techniques

358. **L'absence de définition de la notion d'effectivité de l'interopérabilité.** La notion de « mise en œuvre effective de l'interopérabilité » n'est pas définie. L'absence de détermination de cette notion est préjudiciable à la bonne application de l'article L. 331-5, alinéa 4, du Code de la propriété intellectuelle car elle crée une incertitude tant pour les fournisseurs des mesures techniques, que pour les éditeurs de logiciels devant être rendus interopérable avec ces mesures.

Pourtant, l'imprécision juridique de cette expression de « mise en œuvre effective de l'interopérabilité » ne semble pas être le fruit d'une inattention du législateur. A l'inverse, cette rédaction est apparue volontaire et trouvait son origine dans les vives discussions qui ont accompagné l'adoption du projet de loi DADVSI. L'objectif a ainsi été de réunir en une seule phrase l'ensemble des revendications des groupes d'intérêts, la conséquence étant logiquement une ambiguïté quant à l'interprétation à en donner, en lieu et place du consensus recherché. Aussi, il convient de s'attarder quelque peu sur cette notion de « mise en œuvre effective de l'interopérabilité » pour en déterminer non pas la portée exacte, en raison de l'incertitude entourant cette expression, mais à tout le moins, une interprétation satisfaisante pour les développements à venir.

359. **Le choix de l'instauration d'une hiérarchie entre interopérabilité et mesures techniques.** Dans une première approche, on peut affirmer que la « mise en œuvre effective de l'interopérabilité » doit s'analyser comme le fait de ne pas instaurer, de manière concrète et certaine, d'obstacle à cette interopérabilité. Ainsi, l'interopérabilité pourrait être analysée comme « une exception à la protection des mesures techniques contre leur contournement »⁷⁰⁷.

707 Y. Gaubiac, « Interopérabilité et droit de propriété intellectuelle », *RIDA* 2007, n° 211, p. 107.

Néanmoins, dans une seconde approche de cette disposition, on peut conclure à l'instauration d'une hiérarchie entre interopérabilité et mesures techniques de protection. Ainsi, « en cas de conflit entre interopérabilité et MTP, l'interopérabilité est proclamée comme un objectif supérieur (en effet les MTP ne doivent pas " empêcher la mise en œuvre effective de l'interopérabilité ") »⁷⁰⁸.

Cette dernière analyse est à retenir mais à préciser. En effet, à la lecture de l'article L. 331-5, alinéa 4 du Code de la propriété intellectuelle, on peut affirmer que, si une mesure technique de protection a pour effet « d'empêcher la mise en œuvre effective de l'interopérabilité », elle ne peut bénéficier du régime juridique de protection contre le contournement. Ainsi, la sanction de l'obstacle à l'interopérabilité est la non-application du régime juridique de protection des mesures techniques. Il n'est donc pas question d'une « interopérabilité des mesures techniques » mais bien d'une primauté de l'interopérabilité sur l'application du régime protecteur de ces mesures.

b. L'exclusion de l'interprétation de « l'interopérabilité des mesures techniques »

360. **La définition de « l'interopérabilité des mesures techniques ».** D'après l'ARMT, l'article L. 331-5, alinéa 4, a consacré ce qu'elle dénomme « l'interopérabilité des mesures techniques ». Cela renvoie à ce qui permet « l'échange entre systèmes hétérogènes de contenus protégés, dans le respect des droits des créateurs » et qui passe par « une interopérabilité des métadonnées⁷⁰⁹ associées au contenu et par un respect des conditions de protection et des niveaux de sécurisation établis par les titulaires de droits »⁷¹⁰.

On peut considérer cependant que cette expression est inexacte. En effet, si l'interopérabilité apparaît « comme le garde-fou d'une législation qui tend par ailleurs à favoriser l'appropriation des données et des systèmes. »⁷¹¹, elle n'est absolument pas favorisée par le recours aux mesures techniques de protection. Plus précisément, il n'y a pas de mesures techniques de protection qui, dans les faits, garantissent la mise en œuvre dite « effective » de l'interopérabilité. Au contraire, l'objet même des mesures techniques de protection est de contrôler le partage des données, et donc de porter atteinte à l'interopérabilité. L'usage de l'expression « interopérabilité des mesures techniques » est donc techniquement fausse à notre sens.

708 Hadopi, C. Alleaume, « Interopérabilité et mesures techniques de protection : l'accès aux œuvres est-il garanti ? », in « *au Fil des labs, écosystèmes. DRM et interopérabilité* », Labs- Hadopi, 2012, p. 18.

709 Données structurées qui décrivent et identifient le contenu auquel elles sont associées.

710 ARMT, *Rapport annuel 2008*, op. cit., p.28.

711 C. Le Stanc, « Du Hacking considéré comme un des beaux-arts et de l'opportun renforcement de sa répression », *Comm. Com. Electr.*, avril 2002, chron. 10, p. 9.

En revanche, ce qui apparaît exact, c'est que le titulaire de droits sur une mesure technique de protection a une obligation, non pas de faire, mais de ne pas faire. En effet, il a l'obligation de ne pas faire obstacle à la mise en œuvre « effective » de l'interopérabilité. Il n'a donc pas l'obligation de garantir de manière active cette interopérabilité.

Dès lors, force est de constater que la mise en œuvre de l'interopérabilité constitue une obligation qui prime sur la protection juridique d'une mesure technique mais qui ne contraint pas le titulaire de droits sur ladite mesure à adopter un comportement actif en faveur de cette interopérabilité. L'étendue de la mise en œuvre de l'interopérabilité n'est cependant pas clairement déterminée à ce stade de la réflexion. Sa limite est à rechercher « dans le respect du droit d'auteur »⁷¹².

2. La mise en œuvre de l'interopérabilité « dans le respect du droit d'auteur »

361. **L'objet du « droit d'auteur ».** Il est rappelé que les « mesures techniques de protection ne doivent pas avoir pour effet d'empêcher la mise en œuvre effective de l'interopérabilité, dans le respect du droit d'auteur ». Compte tenu de la rédaction de l'article L. 331-5 alinéa 4 du Code de la propriété intellectuelle, il est difficile de déterminer à quel objet du droit d'auteur il est fait référence et le « sens de la réserve du " respect du droit d'auteur " ne se laisse pas percer facilement »⁷¹³. Il faut en effet distinguer deux objets possibles du droit d'auteur, à savoir celui relatif à la mesure technique de protection et celui portant sur le contenu numérique auquel est appliquée une mesure technique.

362. **Le droit de l'auteur d'une mesure technique de protection.** Une mesure technique de protection est, rappelons-le, un logiciel. Elle est donc qualifiée juridiquement d'œuvre de l'esprit par application des dispositions de l'article L. 112-2, 13°, du Code de la propriété intellectuelle⁷¹⁴. En raison de cette qualification juridique d'œuvre de l'esprit, l'auteur d'une mesure technique de protection jouit sur celle-ci « d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous »⁷¹⁵. Les éditeurs mettant en œuvre l'interopérabilité d'un logiciel et d'une mesure technique de protection par les démarches techniques de la décompilation ou de

712 F. Pollaud-Dulian, « Loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information », *RTD Com.* 2006, p. 779.

713 A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., Lexisnexis, 2012, p. 795.

714 Art. L. 112-2, 13°, CPI : « Sont considérés notamment comme œuvres de l'esprit au sens du présent code : [...] 13° les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire ». Sur la protection des logiciels, cf. B. Edelman, *Droits d'auteur, droits voisins*, Dalloz, 1993, p. 279-334.

715 Art. L. 111-1, al. 1, CPI.

l'ingénierie inverse, conformément aux dispositions de l'article L. 122-6-1 du Code de la propriété intellectuelle, doivent donc respecter ce droit de l'auteur⁷¹⁶.

Dès lors, l'interopérabilité ne peut qu'aller de pair avec le respect du droit d'auteur puisqu'il s'agit d'une condition de légalité du recours à la technique de l'ingénierie inverse ou de la décompilation⁷¹⁷, d'où l'apparente inutilité de la mention du « respect du droit d'auteur », s'il est effectivement question du droit de l'auteur d'une mesure technique de protection.

363. Le droit de l'auteur d'un contenu numérique. A la lecture de l'exposé des motifs de l'amendement n° 2, il semble plutôt qu'il soit question du droit de l'auteur d'un contenu numérique dont l'usage est contrôlé par une mesure technique de protection. En effet, l'article L. 331-5, alinéa 4, du Code de la propriété intellectuelle vise à établir « un juste équilibre entre protection de la création littéraire et artistique, et préservation de la libre concurrence sur le marché du logiciel concerné directement par la directive européenne EUCD 2001/29 »⁷¹⁸. En outre, pour le Professeur Caron, la précision du respect du droit d'auteur « est importante car il ne faut pas que l'interopérabilité soit la couverture noble d'un acte de contrefaçon »⁷¹⁹. Dès lors, on peut effectivement conclure qu'il faut interpréter cette disposition comme une obligation, en cas de recours à une mesure technique de protection, de ne pas faire obstacle à l'interopérabilité. Celle-ci est mise en œuvre dans le respect du droit de l'auteur du contenu numérique.

Interopérabilité et droit d'auteur sont donc intimement liés dans une disposition législative. Toutefois, il convient de se garder de tout raccourci consistant à penser que la garantie de l'un s'effectue nécessairement au détriment de l'autre. Reste que la conciliation des deux n'est pas évidente, en raison des réticences des éditeurs de contenus numériques à favoriser l'interopérabilité et d'une législation pénale révélatrice du conflit entre droit d'auteur et droit à l'interopérabilité.

3. Le conflit entre droit d'auteur et droit à l'interopérabilité

364. Plan. Aux côtés des dispositions de l'article L. 331-5 du Code de la propriété intellectuelle dans lesquelles il est affiché la volonté de concilier droit d'auteur et droit à l'interopérabilité, plusieurs articles créent un

⁷¹⁶ cf. *supra*, p. 122 et s.

⁷¹⁷ *Ibid.*

⁷¹⁸ Amendement n° 2, préc.

Cons. constit., décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *préc.* : « [cette référence au " droit d'auteur "] doit s'entendre, compte tenu du contexte dans lequel elle s'insère, comme renvoyant également au respect des droits voisins du droit d'auteur ».

⁷¹⁹ C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, p. 250.

déséquilibre dans la protection de ces deux droits. Ainsi, certaines dispositions visant à la préservation des droits d'auteur et droits voisins font obstacle à l'interopérabilité et entraînent un risque réel pour le consommateur ou l'éditeur de logiciels : celui d'être sanctionné pénalement pour avoir mis en œuvre l'interopérabilité au mépris de la protection de ces mesures. En effet, le non-respect du régime juridique des mesures techniques de protection est sanctionné pénalement.

Or, vu la complexité des articles du Code de la propriété intellectuelle, particulièrement de l'article L. 122-6-1 et des articles L. 331-5 et suivants, la frontière entre mise en œuvre de l'interopérabilité et violation du régime des mesures techniques de protection est très floue et laisse paraître la persistance d'un conflit en droit d'auteur et droit à l'interopérabilité (a). Le législateur, puis le juge, ont donc tenté de réduire le fossé existant entre préservation du droit d'auteur par le recours aux mesures techniques et mise en œuvre du droit à l'interopérabilité. Le déséquilibre persiste pourtant en faveur du droit d'auteur (b).

a. Les sanctions pénales encourues pour atteinte à une mesure technique de protection

365. **L'identification des infractions d'atteinte à une mesure technique de protection**⁷²⁰. Conformément à l'article 8 de la directive EUCD⁷²¹, le législateur a élaboré un système répressif des atteintes aux mesures techniques de protection. Que ce soit pour des éléments protégés par un droit d'auteur⁷²² ou pour des contenus protégés par un droit voisin⁷²³, la loi distingue différentes infractions relatives à une violation du régime des mesures techniques de protection.

366. **Plan.** Ainsi, est sanctionnée l'atteinte à une mesure technique de protection (i), la mise à disposition de moyens permettant l'atteinte à une mesure technique de protection (ii) et l'utilisation, la détention ou le recours à un service pour porter atteinte à une mesure technique de protection (iii).

720 T. Maillard, « La réponse pénale graduée en matière d'atteintes aux mesures techniques de protection et d'information », *RLDI* 2007/23, p. 11 ; A. Latreille, « La protection des dispositifs techniques. Entre suspicion et sacralisation », in « La directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information », *Propri. intell.* 2002, n° 2, p. 35 ; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 8^e éd. PUF, coll. Droit fondamental, 2012, p. 350 J.-M. Bruguière et M. Vivant, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Précis Dalloz, 2013, p. 780 ; A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., Lexisnexus, 2012, p. 785.

721 Art. 8, 1, Directive 2001/29/CE : « les États membres prévoient des sanctions et des voies de recours appropriées contre les atteintes aux droits et obligations prévus par la présente directive et prennent toutes les mesures nécessaires pour en garantir l'application. Ces sanctions sont efficaces, proportionnées et dissuasives ».

722 Art. L. 335-3-1, CPI.

723 Art. L. 335-4-1, CPI.

i. L'infraction d'atteinte à une mesure technique de protection

367. **La sanction de l'atteinte à une mesure technique de protection.** Les articles L. 335-3-1, I, et L. 335-4-1, I, du Code de la propriété intellectuelle sanctionnent les actes personnels d'atteinte à une mesure technique de protection. Selon l'article L. 335-3-1, I, du Code de la propriété intellectuelle : « Est puni de 3 750 € d'amende le fait de porter atteinte sciemment, à des fins autres que la recherche, à une mesure technique de protection d'une œuvre par un décodage, un décryptage ou toute autre intervention personnelle destinée à contourner, neutraliser ou supprimer un mécanisme de protection ou de contrôle, (...) ». Aux termes de l'article L. 335-4-1, I, de ce même code, c'est l'atteinte à la « protection d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme » qui est sanctionnée.

368. **Les conditions de mise en œuvre de la sanction de l'atteinte à une mesure technique de protection.** En premier lieu, l'infraction n'est constituée que si l'atteinte à la mesure technique de protection est effectuée en connaissance de cause. Cette condition est tout à fait logique car elle correspond à la caractérisation de l'élément intentionnel de l'infraction. Dès lors, le fait, pour un consommateur, d'accéder à une œuvre ou un objet protégé par un droit d'auteur ou un droit voisin, tout en ignorant l'atteinte à une mesure technique, ne peut être sanctionné au visa de ces dispositions. Néanmoins, dans cette hypothèse, le consommateur pourra être poursuivi pour contrefaçon, s'il s'avère qu'il ne dispose pas des droits nécessaires pour l'accès à l'œuvre ou objet.

En deuxième lieu, l'infraction n'est constituée que si l'atteinte à la mesure technique est réalisée à des fins autres que la recherche. Une atteinte à une mesure technique de protection peut donc intervenir dans un but exclusif de recherche. Cette condition est à mettre en parallèle avec les dispositions de l'article L. 122-5, 3°, e), du Code de la propriété intellectuelle, relatives à l'exception au droit d'auteur en matière d'enseignement et de recherche⁷²⁴. Ainsi, cela suppose que l'atteinte ne doive aboutir à aucune exploitation commerciale et doive servir à l'illustration de travaux à destination d'un public d'élèves, d'étudiants, enseignants ou de chercheurs. La question d'une contrepartie financière n'est pas tranchée par cette disposition ou par la jurisprudence.

⁷²⁴ Art. L. 122-5, 3°, e), CPI : « Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire : (...) la représentation ou la reproduction d'extraits d'œuvres (...) à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche, à l'exclusion de toute activité ludique ou récréative, dès lors que le public auquel cette représentation ou cette reproduction est destinée est composé majoritairement d'élèves, d'étudiants, d'enseignants ou de chercheurs directement concernés, que l'utilisation de cette représentation ou cette reproduction ne donne lieu à aucune exploitation commerciale et qu'elle est compensée par une rémunération (...) ».

En troisième lieu, l'infraction n'est constituée que s'il est porté atteinte à une mesure technique dite « efficace ». Il convient cependant de ne pas partir du postulat que, dès lors qu'une mesure technique peut être contournée, elle n'est pas efficace. En effet, doit être considérée comme efficace⁷²⁵ « toute mesure technique de protection qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, c'est-à-dire hors de tout usage détourné ou manœuvre visant à en neutraliser l'action, restreint l'accomplissement d'actes non autorisés par les ayants droit »⁷²⁶.

En quatrième et dernier lieu, l'infraction n'est constituée que si la personne a pour objectif « d'altérer la protection ». Cette altération ne peut avoir lieu que par le biais d'un décodage, d'un décryptage « ou de toute autre intervention personnelle destinée à contourner, neutraliser ou supprimer un mécanisme de protection ou de contrôle (...) ». Par les termes utilisés, il est évident que le législateur a eu la volonté d'étendre au maximum le champ de cette infraction⁷²⁷. Difficile en effet qu'un acte volontaire ne soit pas inclus dans le champ de cette disposition, sachant que sont compris les moyens n'entrant pas dans le champ du II des articles L. 335-3-1 et L. 335-4-1 du Code de la propriété intellectuelle.

ii. La mise à disposition de moyens pour porter atteinte à une mesure technique de protection

369. La sanction de la mise à disposition de moyens pour porter atteinte à une mesure technique de protection. Est sanctionné beaucoup plus sévèrement, « le fait de procurer ou proposer sciemment à autrui, directement ou indirectement, des moyens conçus ou spécialement adaptés pour porter atteinte à une mesure technique efficace (...) »⁷²⁸.

725 Circulaire CRIM 2007-I/G3-030107 de présentation et de commentaire des dispositions pénales de 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 et d'action publique dans le domaine de la lutte contre les atteintes à la propriété intellectuelle au moyen des nouvelles technologies informatiques, 3 janv. 2007 : « ces mesures techniques de protection sont réputées efficaces, aux termes de ce même article, lorsque l'utilisation de l'œuvre ou de l'objet protégé est contrôlée par les titulaires de droits grâce à un code d'accès, un procédé de protection tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'objet de la protection ou d'un mécanisme de contrôle de la copie qui atteint cet objectif de protection ».

726 ARMT, *Rapport annuel 2008*, op. cit., p. 27.

727 J.-M. Bruguère et M. Vivant, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Précis Dalloz, 2013, p. 779 : (...) l'atteinte consiste à contourner, neutraliser ou supprimer la mesure technique en réalisant un décodage ou un décryptage ce qui représente une incrimination assez large » ; A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., Lexisnexis, 2012, p. 784 : l'incrimination a beau être très (trop?) générale, elle ne permettra pas, compte tenu du principe d'interprétation stricte de la loi pénale, d'atteindre tous les agissements des utilisateurs indélélicats ».

728 Art. L. 335-3-1, II et L. 335-4-1, II, CPI. La sanction encourue est de six mois d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende ; J.-M. Bruguère et M. Vivant, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Précis Dalloz, 2013, p. 780 ; A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., Lexisnexis, 2012, p. 785.

370. La mise en œuvre de la sanction de la mise à disposition de moyens pour porter atteinte à une mesure technique de protection. D'une part, le moyen fourni pour porter atteinte à une mesure de protection doit avoir été conçu ou adapté « spécialement » pour cette finalité. A par exemple été sanctionné d'une amende de 15.000 € avec sursis et de 27.000 € de dommages-intérêts le fait d'avoir conçu et diffusé un logiciel permettant le contournement des mesures techniques de protection mises en place par la plate-forme *Deezer.com*⁷²⁹. *A contrario*, un moyen qui n'est pas « spécialement » conçu ou adapté pour porter atteinte à une mesure technique de protection, mais qui a indirectement cet effet, n'entre pas dans le champ d'application de ces dispositions. A titre d'illustration, un logiciel multimédia, dont la finalité est l'interopérabilité par la lecture de l'ensemble des formats existants sur de multiples supports, et qui a indirectement pour effet de porter atteinte à des mesures techniques de protection, n'entre pas dans le champ d'application de ces dispositions.

D'autre part, est sanctionné le fait de procurer « sciemment à autrui » un tel moyen d'atteinte à une mesure technique. Dès lors, la mise à disposition d'un moyen permettant involontairement de porter atteinte à une mesure technique de protection n'est pas une infraction au sens des articles L. 335-3-1 et L. 335-4-1 du Code de la propriété intellectuelle.

Enfin, le législateur a également établi une liste des procédés de mise à disposition des moyens d'atteinte aux mesures techniques. Ainsi, est interdit le fait de fabriquer ou d'importer de tels moyens (« une application technologique, un dispositif ou un composant, à des fins autres que la recherche »)⁷³⁰, de les détenir en vue d'une vente, d'un prêt ou d'une location, ou encore simplement de les mettre à disposition du public⁷³¹. Est également sanctionné le fait de proposer un service permettant de proposer des moyens conçus pour porter atteinte à une mesure technique⁷³² ainsi que la « promotion » de ces moyens⁷³³.

iii. L'utilisation, la détention ou le recours à un service pour porter atteinte à une mesure technique de protection

371. La sanction de l'utilisation, de la détention ou du recours à un service pour porter atteinte à une mesure technique de protection. Cette infraction est celle qui concerne directement le consommateur. En

729 Trib. correctionnel de Nîmes, *Blogmusik, Sacem et autres / Jérôme G.*, n° 12339000153, 28 juin 2013, consultable à l'adresse suivante : <http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=4191>.

730 Art. L. 335-3-1, II, 1° et art. L. 335-4-1, II, 1°, CPI.

731 Art. L. 335-3-1, II, 2° et art. L. 335-4-1, II, 2°, CPI.

732 Art. L. 335-3-1, II, 3° et art. L. 335-4-1, II, 3°, CPI.

733 Art. L. 335-3-1, II, 4° et art. L. 335-4-1, II, 4°, CPI : « en incitant à l'usage ou en commandant, concevant, organisant, reproduisant, distribuant ou diffusant une publicité en faveur de l'un des procédés visés aux 1° à 3° ».

effet, par application des dispositions de l'article R. 335-3, 1°, du Code de la propriété intellectuelle, issu du décret n° 2006-1763 du 23 décembre 2006⁷³⁴, est puni d'une amende des contraventions de la quatrième classe le fait « de détenir en vue d'un usage personnel ou d'utiliser une application technologique, un dispositif ou un composant conçus ou spécialement adaptés pour porter atteinte à une mesure technique efficace mentionnée à l'article L. 331-5 du présent code qui protège une œuvre, une interprétation, un phonogramme, un vidéogramme, un programme ou une base de données ».

372. La mise en œuvre de la sanction de l'utilisation, de la détention ou du recours à un service pour porter atteinte à une mesure technique de protection. La détention, même sans utilisation, ainsi que l'usage d'un moyen d'atteinte à une mesure technique de protection, sont donc pénalement sanctionnés⁷³⁵. En outre, aux termes des dispositions de l'article R. 335-3, 2°, du Code de propriété intellectuelle, est sanctionné le fait de recourir à « un service conçu ou spécialement adapté » pour porter atteinte à une mesure technique de protection. Sont exclus du champ d'application de cette disposition les actes réalisés « à des fins de sécurité informatique ou à des fins de recherche scientifique en cryptographie », à la condition que ceux-ci ne portent pas préjudice aux titulaires de droits.

373. Le spectre flou des sanctions de l'atteinte à une mesure technique de protection. En définitive, de la conception à la promotion, tous les acteurs de la chaîne de mise à disposition de moyens permettant de porter atteinte à une mesure technique de protection peuvent donc être sanctionnés pénalement. L'usage de termes généraux et parfois imprécis démontre la volonté du législateur d'élargir au maximum le champ d'application de ces dispositions. Ces dernières, issues de la loi DADVSI et du décret du 23 décembre 2006, s'inscrivent dans un schéma global de répression des atteintes aux droits d'auteur et droits voisins par le biais des technologies d'information et de communication. L'idée est de sanctionner, non seulement les utilisateurs finaux des œuvres ou objets protégés, mais également ceux qui ont techniquement permis l'accès à ces œuvres ou objets protégés.

Cependant, la frontière entre le moyen technique conçu « sciemment » et « spécialement » pour porter

734 Décret n° 2006-1763 du 23 décembre 2006 relatif à la répression pénale de certaines atteintes portées au droit d'auteur et aux droits voisins, *JORF* n° 302 du 30 déc. 2006, p. 20161.

735 F. Pollaud-Dulian, « Protection juridique des mesures techniques de protection ou d'information. Échanges de " pair à pair ". Téléchargement illicite. Sanction pénales. Logiciels d'échanges. Autorité de régulation des mesures techniques », *RTD Com.* 2007, p. 346 : « le délit sanctionne l'individu qui " fracture " personnellement les dispositifs techniques sans utiliser des moyens préexistants, conçus ou spécialement adaptés à cette fin. La contravention vise, au contraire, spécialement celui qui détient en vue d'un usage personnel ou utilise un moyen ou un service conçu ou spécialement adapté pour porter atteinte à une mesure technique ou supprimer ou modifier une information et porter atteinte à un droit intellectuel ».

atteinte à une mesure technique et le moyen conçu pour la mise en œuvre de l'interopérabilité n'est pas clairement établie. Ce constat résulte de l'imprécision, et plus précisément de l'ambiguïté, des termes « sciemment » et « spécialement ».

Or, à vouloir embrasser tous les acteurs du processus d'accès illégal aux œuvres et objets protégés par des dispositions les plus générales possibles, le risque est d'inclure dans leur champ d'application des moyens techniques qui n'ont pas été conçus pour porter atteinte aux mesures techniques mais qui ont pour objectif la seule mise en œuvre de l'interopérabilité. Le besoin de clarification de l'articulation des sanctions pénales et de la mise en œuvre de l'interopérabilité était donc évident.

b. La difficile articulation des sanctions pénales et de la mise en œuvre de l'interopérabilité

374. Le refus de la mise en œuvre de l'interopérabilité comme cause d'exonération de responsabilité pénale. Les articles 22 et 23 de la loi DADVSI, insérant dans le Code de la propriété intellectuelle les sanctions des articles L. 335-3-1 et L. 335-4-1 décrites précédemment, contenaient également des causes d'exonération de responsabilité pénale. Les huitièmes et derniers alinéas de ces articles prévoyaient ainsi que ces dispositions n'étaient pas applicables aux actes réalisés à des fins d'« interopérabilité ». Le législateur a donc eu la volonté d'exclure explicitement le contournement des mesures techniques de protection réalisé pour la mise en œuvre de l'interopérabilité du champ d'application de ces dispositions.

La distinction entre moyen technique conçu « sciemment » et « spécialement » pour porter atteinte à une mesure technique, d'une part, et moyen conçu pour la mise en œuvre de l'interopérabilité, d'autre part, n'a cependant pas été clairement posée. La cause d'exonération de responsabilité pénale qui la comportait a en effet été censurée par le Conseil constitutionnel, pour atteinte au principe de légalité des délits et des peines. La notion d'« interopérabilité » ne se trouvait pas suffisamment définie⁷³⁶.

En conséquence de cette décision un doute a surgi quant à l'exclusion du champ d'application des articles L. 335-3-1, L. 335-4-1 et R. 335-3 du Code de la propriété intellectuelle des contournements des mesures techniques aux seules fins d'interopérabilité. En effet, si le législateur avait pris la peine de les exclure explicitement, c'est qu'il estimait que les dispositions de l'article L. 122-6-1 de ce même code étaient

⁷³⁶ Cons. constit., décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *préc.* : « considérant que le législateur a fait de l' " interopérabilité " un élément qui conditionne le champ d'application de la loi pénale ; qu'il devait en conséquence définir en des termes clairs et précis le sens qu'il attribuait à cette notion dans ce contexte particulier ; qu'en s'abstenant de le faire il a porté atteinte au principe de légalité des délits et des peines ».

insuffisantes à garantir la légalité du contournement à des fins d'interopérabilité⁷³⁷.

En l'état des textes, il existe un conflit de lois⁷³⁸. D'un côté, l'article L. 122-6-1 du Code de la propriété intellectuelle autorise la décompilation et l'ingénierie inverse d'un logiciel, donc d'une mesure technique de protection, à des fins d'interopérabilité. En d'autres termes, ces dispositions légalisent le contournement d'une mesure technique de protection par le biais de ces démarches, pour la mise en œuvre de l'interopérabilité. De l'autre, les articles L. 335-3-1, L. 335-4-1 et R. 335-3 interdisent toute atteinte à une mesure technique de protection, par son contournement, sa neutralisation ou sa suppression. Les éditeurs de logiciels procédant au contournement d'une mesure technique de protection à des fins d'interopérabilité se trouvent donc dans une situation d'insécurité juridique préjudiciable à la bonne application des dispositions en question et constituant un frein à l'innovation.

375. Le refus de la mise en œuvre de l'interopérabilité comme infraction au régime juridique des mesures techniques de protection. Partant de ce constat, l'April, une association de promotion et de défense des logiciels libres, a, le 21 février 2007, déposé une requête en annulation du décret du 23 décembre 2006 auprès du Conseil d'État. Dans cette requête, l'association soutenait que le décret devait être annulé en raison de l'absence d'exclusion du champ d'application de l'article R. 335-3 du Code de la propriété intellectuelle de la détention et de l'utilisation d'applications technologiques portant atteinte à une mesure technique mais conçues et distribuées dans le cadre de l'exercice des exceptions prévues à l'article L122-6-1. Le 16 juillet 2008, le Conseil d'État a rejeté la requête⁷³⁹. Néanmoins, la motivation de la décision

737 Le pouvoir exécutif rappelle cependant que les mesures techniques de protection ne doivent pas faire obstacle à l'interopérabilité et que les dispositions pénales ne peuvent trouver à s'appliquer dans ce cas, tout en mentionnant paradoxalement la décision du Conseil constitutionnel. Cf. circulaire CRIM 2007-1/G3-030107, *op. cit.* : « Pour la plupart des infractions délictuelles ou contraventionnelles, des exceptions valant excuses légales sont expressément prévues afin que l'interdiction du contournement n'entrave pas la recherche ou les actes réalisés à des fins de sécurité informatique. Ces dérogations doivent cependant être lues à la lumière des réserves d'interprétation exprimées par le Conseil constitutionnel au considérant 62 de sa décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006. (...) Il est ainsi prévu (articles L. 331-S et L. 342-3 du CPI) que les mesures techniques de protection ne peuvent faire obstacle : (...) — à l'interopérabilité ; (...) Il convient à cet égard de rappeler que le Conseil constitutionnel déclarait contraire à la Constitution une autre exception prévue par la loi, concernant "l'interopérabilité", qui devait être regardée comme contraire au principe de légalité des délits et des peines ».

738 T. Maillard, « Mesures techniques de protection, logiciel et acquis communautaire : interfaces et interférences des directives n° 91/250/CEE et 2001/29/CE », *RLDI*, 2005, p. 154 : « Deux régimes de protection des mesures techniques coexistent aujourd'hui dans l'ordre juridique communautaire : l'un général, applicable à l'ensemble de la propriété littéraire et artistique, l'autre spécial, limité au seul domaine des programmes d'ordinateur. Selon la qualification retenue — logiciel ou non — pour le contenu techniquement protégé, mais également pour la mesure technique mise en œuvre, ce sont deux systèmes normatifs fondamentalement différents et sous certains aspects contradictoires qui trouveront à s'appliquer. Les interfaces établies par le législateur pour assurer la cohésion de l'acquis communautaire ne feront sans doute pas illusion longtemps. Les interférences des textes sont telles qu'il faut s'attendre à voir se multiplier les incidents de frontière dans les années à venir, au détriment, sans doute, de la sécurité juridique et de la lisibilité du droit ».

739 Conseil d'État, 10^{ème} et 9^{ème} sous-sections réunies, 16 juillet 2008, n° 301843, inédit au Recueil Lebon, *Comm. Com. Electr.* 2008, comm. 111, note Caron ; *JCP E* 2008, II, 2377, note Zarka ; *Expertises* 2008, p. 357 ; *RIDA* 4/2008, p. 445, obs. Sirinelli ; *RTD com.*

mérite une attention toute particulière⁷⁴⁰ et doit être citée dans son intégralité sur ce point.

D'une part, selon le Conseil d'État, « il résulte des dispositions précitées du Code de la propriété intellectuelle que, si le décret du 23 décembre 2006 sanctionne la détention de dispositifs " conçus ou spécialement adaptés " pour porter atteinte à une mesure technique de protection, cette atteinte doit nécessairement intervenir en méconnaissance du droit d'auteur et des droits voisins, dès lors que ces mesures " ne doivent pas avoir pour effet d'empêcher la mise en œuvre effective de l'interopérabilité " ; qu'un dispositif mis en place par un exploitant aux fins de permettre l'interopérabilité de systèmes informatiques, dès lors qu'il est rendu possible par la diffusion d'informations par les fournisseurs de mesures techniques, ne constitue pas un dispositif portant atteinte aux mesures de protection au sens du décret attaqué ; que, par suite, les moyens tirés de ce que le décret attaqué interdirait les pratiques permettant l'interopérabilité en méconnaissance des dispositions de la directive du 22 mai 2001 et de la loi du 1^{er} août 2006 doivent être écartés ».

D'autre part, toujours selon le Conseil d'État, « considérant que ces dispositions [l'article L. 122-6-1, IV] instituent, sous certaines conditions, une exception de décompilation destinée à permettre le développement de logiciels libres ; qu'en prévoyant qu'est sanctionnée la détention de dispositifs conçus ou spécialement adaptés pour porter atteinte à une mesure technique de protection mentionnée à l'article L. 335-1 du Code de la propriété intellectuelle, lequel s'applique sans préjudice des dispositions de l'article L. 122-6-1 précité, le pouvoir réglementaire n'a pas entendu viser l'exception régie par ces dispositions, laquelle ne saurait dès lors relever du champ d'application de l'article R. 335-3 du Code de la propriété intellectuelle ; que, par suite, le moyen tiré que le décret attaqué, en remettant en cause cette exception, porte atteinte à la situation des éditeurs de logiciels libres, en méconnaissance du principe de sécurité juridique, ne peut qu'être écarté ».

En d'autres termes, d'après le Conseil d'État, un logiciel permettant la mise en œuvre de l'interopérabilité d'une mesure technique, soit par l'utilisation des informations diffusées par le fournisseur de la mesure, soit par le biais de l'exception de décompilation, n'est pas un dispositif conçu ou spécialement adapté pour porter atteinte à une mesure technique de protection⁷⁴¹. Cette décision est importante car elle clarifie l'articulation

2008, p. 750, obs. Pollaud-Dulian.

740 J.-C. Zarka, « Le Conseil d'État et l'usage des logiciels libres », *JCP E* n° 45, nov. 2008, 2377 : « mais si le Conseil d'État a rejeté la requête en annulation, il l'a fait toutefois en se livrant à une interprétation neutralisante du décret litigieux à l'égard des concepteurs et utilisateurs de logiciels libres. Sa décision, qui présente l'intérêt de venir clarifier l'interprétation juridique qui doit être faite du décret du 23 décembre 2006 relatif à la répression pénale de certaines atteintes portées au droit d'auteur et aux droits voisins, est susceptible de sécuriser juridiquement le développement et l'utilisation de logiciels libres ».

741 A. Zollinger et *alii*, équipe propriété intellectuelle, faculté de droit de POITIERS, Centre d'étude sur la coopération juridique

de la mise en œuvre de l'interopérabilité et des mesures techniques de protection. Ainsi, est légal tout logiciel mettant en œuvre l'interopérabilité d'une mesure technique de protection, que ce soit grâce aux informations communiquées par le fournisseur ou par les démarches techniques que sont la décompilation et l'ingénierie inverse, dans les conditions posées par l'article L. 122-6-1 du Code de la propriété intellectuelle⁷⁴².

376. La persistance d'un conflit de droits pour le cas du consommateur. La décision du Conseil d'État du 16 juillet 2008 ne règle toutefois qu'une partie du conflit entre droit d'auteur et droit à l'interopérabilité. En effet, la difficulté persiste, en cas de recours par un consommateur à un service portant atteinte à une mesure technique de protection, ou en cas de l'utilisation d'une application ou d'un dispositif à cette fin. Aux termes de l'article R. 335-3 du Code de la propriété intellectuelle, il s'agit d'une infraction. Cela signifie que si le consommateur se trouve bloqué dans l'utilisation d'une œuvre ou d'un objet protégé par des mesures techniques de protection, il ne peut pas, en principe, recourir à un système visant au contournement de ces mesures.

Plus précisément, selon la décision du Conseil d'État, l'interdiction posée par l'article R. 335-3 du Code de la propriété intellectuelle doit être interprétée de la manière suivante : le consommateur ne peut détenir aucune application ou dispositif visant au contournement de mesures techniques de protection ou recourir à

internationale, « Propriété littéraire et artistique », *JCP E*, n° 40, oct. 2009, 1918 : « (...) il est impossible pour un logiciel tiers de lire une MTP (et partant les œuvres qu'elle protège) sans connaître les informations relatives à son interopérabilité. Or, si le propriétaire de la MTP ne fournissait pas ces informations, le seul recours des exploitants souhaitant proposer des services interopérables résidait, jusqu'alors, dans l'article L. 331-7 du Code de la propriété intellectuelle. Celui-ci prévoyait la possibilité de solliciter de l'Autorité de régulation des mesures techniques (« ARMT ») qu'elle obtienne du titulaire des droits sur la MTP les informations nécessaires à l'interopérabilité ; étant entendu, précisait le texte, que l'ARMT disposait « d'un délai de deux mois pour rendre sa décision ». Face à la complexité et à l'inefficacité présumée d'un tel mécanisme, il était donc légitime de se demander, comme l'a fait l'APRIL, si le fait d'obtenir les informations relatives à l'interopérabilité d'une MTP par décompilation était licite ou, au contraire, sanctionné par le nouvel article R. 335-3 issu du décret contesté. Le doute était permis. Rappelons en effet que le « vieux » droit des logiciels prévoit, à l'article L. 122-6-1 IV du Code de la propriété intellectuelle, la possibilité (...) d'accéder aux informations nécessaires à l'interopérabilité d'un logiciel second avec un logiciel premier, par voie de décompilation (i.e. : passage du code objet au code source du logiciel premier). Mais le « nouveau » droit des MTP prévoit, notamment à l'article R. 335-3 du Code de la propriété intellectuelle, de sanctionner de façon très large le fait d'utiliser « une application technologique, un dispositif ou un composant conçus ou spécialement adaptés pour porter atteinte à une mesure technique efficace mentionnée à l'article L. 331-5 (...) ». Et il est possible de considérer que la décompilation d'une MTP « porte atteinte » à cette dernière. En décidant que « le pouvoir réglementaire n'a pas entendu viser l'exception régie par [l'article L. 122-6-1, IV], laquelle ne saurait dès lors relever du champ d'application de l'article R. 335-3 », le Conseil d'État rejette certes la requête de l'APRIL, mais affirme surtout que la décompilation d'une MTP à des fins d'interopérabilité avec un logiciel tiers est licite et ne peut être considérée comme un moyen « conçu ou spécialement adapté », au sens de R. 335-3, pour contourner ladite MTP. Bref, pour les magistrats du Palais Royal, la mesure technique de protection est un logiciel comme les autres ».

⁷⁴² A notre sens, compte tenu de la décision du Conseil d'État, on ne peut pas distinguer l'interopérabilité de l'article L. 122-6-1 de celle de la loi DADVSI. *Contra* Y. Gaubiac, « Interopérabilité et droit de propriété intellectuelle », *RIDA* 2007, n° 211, p. 111 : « toutefois, là où les deux interopérabilité se rapprochent intimement c'est que l'interopérabilité de la loi du 1^{er} août 2006 concerne en fait des logiciels. Si les objectifs sont différents, la nature similaire des objets en cause fait que l'interopérabilité des logiciels selon la loi du 1^{er} août 2006 devra remplir également les conditions posées par l'article L. 122-6-1, la loi du 1^{er} août 2006 réservant expressément l'application de cet article L. 122-6-1, alors qu'elle aurait pu y déroger pour justifier un régime distinct compte tenu des objectifs différents poursuivis par les textes ».

un service à cette fin, sauf si le logiciel permettant ce contournement a été élaboré grâce aux informations communiquées par le fournisseur des mesures ou par les démarches techniques que sont la décompilation et l'ingénierie inverse, dans les conditions posées par l'article L. 122-6-1 du Code de la propriété intellectuelle.

La limite technique de l'interdiction posée par l'article R. 335-3 du Code de la propriété intellectuelle est dès lors parfaitement visible : comment un consommateur fait-il pour opérer une distinction entre l'accès à un logiciel de contournement des mesures techniques à des fins d'interopérabilité licite, développé grâce aux informations communiquées par le fournisseur de la mesure technique ou en application des dispositions de l'article L. 122-6-1 du Code de la propriété intellectuelle, de celui-ci qui ne l'est pas ? C'est impossible pour celui qui ne dispose pas de connaissances techniques.

En outre, comme le note le Professeur Caron, il s'agit d'une infraction matérielle, ne nécessitant pas la preuve du caractère intentionnel de l'atteinte à la mesure technique de protection⁷⁴³. Aussi, il est envisageable qu'un consommateur puisse être pénalement sanctionné pour l'usage d'un logiciel ou l'utilisation d'un service contournant les mesures techniques de protection alors que sa seule volonté était de garantir l'interopérabilité de ses contenus numériques. Le conflit de droits est ici patent. Il l'est d'autant plus qu'aucune jurisprudence n'est venue clarifier cette question.

En définitive, un principe d'absence d'obstacle à l'interopérabilité a donc été consacré à l'article L. 331-5 alinéa 4 du Code de la propriété intellectuelle. Cependant, l'application de ce principe se heurte à un conflit de droits, illustré par les dispositions répressives de la loi DADVSI précitées. Il convient alors, en toute logique, de se tourner vers l'autorité en charge de la régulation des mesures techniques de protection, l'HADOPI, pour déterminer si la procédure qui vise au respect de ce principe est venue livrer une solution au conflit entre droit d'auteur et droit à l'interopérabilité. L'HADOPI est en particulier en charge de la garantie du respect de l'obligation de mise à disposition des informations essentielles à l'interopérabilité des mesures techniques de protection.

⁷⁴³ C. Caron, « Validité du décret sanctionnant l'atteinte aux mesures techniques de protection », *Comm. Com. Electr.*, oct. 2008, comm. 11 : « tout d'abord, le requérant reproche au décret d'avoir créé une contravention non intentionnelle. Mais, comme le précise le Conseil d'État, il est constant que les contraventions constituent des infractions matérielles qui ne comportent pas d'élément intentionnel ».

II. L'obligation de mise à disposition des informations essentielles à l'interopérabilité des mesures techniques de protection

377. **Les fondements de l'établissement de l'obligation.** Dans l'idéal, la mise en œuvre de l'interopérabilité nécessite l'utilisation d'un langage commun entre les systèmes informatiques ou logiciels. Ce langage commun est celui d'un standard ouvert de communication⁷⁴⁴. En l'absence de standard ouvert de communication, l'interopérabilité passe soit par le recours aux démarches techniques que sont l'ingénierie inverse et la décompilation, soit par l'accès aux informations permettant de traduire le langage utilisé par le logiciel. C'est donc l'absence d'accès à ces informations qui constitue l'obstacle majeur à la mise en œuvre effective de l'interopérabilité.

Or, les acteurs du secteur des technologies de l'information et de la communication sont le plus souvent hostiles à la divulgation des informations permettant la mise en œuvre de l'interopérabilité. Cela revient pour eux à rendre publics les moyens qu'ils ont utilisés pour innover. Ce constat est particulièrement vrai dans le cas des mesures techniques de protection. Pour les titulaires de droits sur les œuvres ou objets protégés et les détenteurs de droits sur lesdites mesures, transmettre les informations nécessaires à leur interopérabilité avec d'autres logiciels revient à céder les moyens techniques de lutte contre la contrefaçon qu'ils ont mis en place.

378. **Plan.** En conséquence, aucune mesure technique de protection n'est développée sur la base d'un format ouvert et interopérable. C'est dans ces circonstances que le législateur a posé, à l'article L. 331-5, alinéa 4, du Code de la propriété intellectuelle, une obligation de mise à disposition des informations essentielles à l'interopérabilité d'une mesure technique de protection : « (...) les fournisseurs de mesures techniques donnent l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité dans les conditions définies au 1° de l'article L. 331-31 et à l'article L. 331-32 » (A). Cette obligation, aux termes de l'article L. 331-32, alinéa 1^{er}, du Code de la propriété intellectuelle, est assortie d'une procédure spécifique, présentée comme suit : « tout éditeur de logiciel, tout fabricant de système technique et tout exploitant de service peut, en cas de refus d'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité, demander à la Haute Autorité de garantir l'interopérabilité des systèmes et des services existants, dans le respect des droits des parties, et d'obtenir du titulaire des droits sur la mesure technique les informations essentielles à cette interopérabilité » (B).

⁷⁴⁴ cf. *supra*, p. 38.

A. La définition de l'obligation de mise à disposition des informations essentielles à l'interopérabilité d'une mesure technique de protection

379. **Une obligation des « fournisseurs de mesures techniques ».** Il est à noter au préalable que seuls les fournisseurs de mesures techniques ont l'obligation de mise à disposition des informations essentielles à l'interopérabilité, par application des dispositions de L. 331-5, alinéa 4, du Code de la propriété intellectuelle. Est-ce à dire que cette obligation ne concerne pas les sujets passifs du droit à l'interopérabilité que sont les éditeurs de logiciels et les éditeurs de contenus numériques ? La réponse est non.

En effet, une mesure technique de protection est un logiciel, un « ensemble des programmes, procédés et règles et éventuellement de la documentation, relatifs au fonctionnement d'un ensemble de traitement de données »⁷⁴⁵. De ce fait, si celui qui fournit une mesure technique de protection en est également son éditeur, c'est-à-dire celui qui est à l'origine de sa publication, alors il relève de la catégorie des éditeurs de logiciels, sujet passif du droit à l'interopérabilité.

Il est également envisageable que le fournisseur d'une mesure technique ne soit pas son éditeur, si celui qui est à l'origine de la publication de la mesure n'est pas celui qui la diffuse. Cependant, il semble que le législateur ait entendu instaurer cette obligation, non pas à la charge des simples diffuseurs ou fournisseurs mais bien des éditeurs de mesures techniques de protection, car seul un éditeur dispose des informations essentielles à l'interopérabilité. On peut donc affirmer que l'obligation de mise à disposition des informations essentielles à l'interopérabilité pèse sur les éditeurs de logiciels spécifiques, les mesures techniques.

380. **Plan.** Afin de comprendre cette obligation posée par les articles L. 331-5, alinéa 3, et L. 331-32, alinéa 1^{er}, du Code de la propriété intellectuelle, doivent alors être définies les notions d'« information essentielle à l'interopérabilité » (1) et de « mise à disposition » (2).

1. La définition des informations essentielles à l'interopérabilité d'une mesure technique de protection

381. **Plan.** Les informations essentielles à l'interopérabilité sont définies, dans une approche à la fois technique (a) et fonctionnelle (b), à l'article L. 331-32, alinéa 2, du Code de propriété intellectuelle, issu de la loi DADVSI, comme « la documentation technique et les interfaces de programmation nécessaires pour permettre à un dispositif technique d'accéder, y compris dans un standard ouvert au sens de l'article 4 de la

⁷⁴⁵ Enrichissement du vocabulaire informatique, *JORF* 17 janv. 1982, p. 625, cf. Logiciel.

loi 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, à une œuvre ou à un objet protégé par une mesure technique et aux informations sous forme électronique jointes, dans le respect des conditions d'utilisation de l'œuvre ou de l'objet protégé qui ont été définies à l'origine ».

a. La définition technique des informations essentielles à l'interopérabilité d'une mesure technique de protection

382. Les lacunes de la définition technique des informations essentielles à l'interopérabilité d'une mesure technique de protection⁷⁴⁶. La définition des informations essentielles posée par l'article L. 331-32, alinéa 2, du Code de la propriété intellectuelle, apparaît particulièrement longue. Elle souffre cependant de deux lacunes majeures : celle d'une énumération, en lieu et place d'une définition, et celle du caractère incomplet de l'énumération⁷⁴⁷.

383. Une énumération en l'absence de définition des informations essentielles à l'interopérabilité d'une mesure technique de protection. Les informations essentielles ne sont pas définies par les textes. Cette absence de définition est à déplorer car elle est la source d'une incertitude juridique quant à la caractérisation des informations essentielles à l'interopérabilité. Cette lacune de la loi DADVSI, au sujet du régime des mesures techniques de protection, a d'ailleurs été relevée par le Conseil constitutionnel lors de l'examen du texte, notamment sur la notion d'interopérabilité⁷⁴⁸.

Aussi, au lieu d'une définition, l'article L. 331-32, alinéa 2, du Code de la propriété intellectuelle procède à l'énumération de deux informations essentielles à l'interopérabilité : la « documentation technique »⁷⁴⁹ et les « interfaces de programmation »⁷⁵⁰.

⁷⁴⁶ E. A. Caprioli, « Mesures techniques de protection et d'information des droits d'auteur », *Comm. Com. Electr.*, nov. 2006, étude 30.

⁷⁴⁷ A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., Lexisnexis, 2012, p. 797 : « la teneur des informations essentielles à l'interopérabilité et les modalités de leur communication constituent l'enjeu essentiel de la réforme. (...) Concrètement, il reviendra à l'HADOPI de déterminer la portée de l'obligation, en tâchant de prendre en compte, autant que faire se peut, les perspectives d'évolution, tant il est vrai que l'interopérabilité véritable doit être conçue " pour aujourd'hui et pour demain " ».

⁷⁴⁸ Conseil constitutionnel, décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, cons. 60, préc. : « le législateur a fait de l' « interopérabilité » un élément qui conditionne le champ d'application de la loi pénale ; qu'il devait en conséquence définir en des termes clairs et précis le sens qu'il attribuait à cette notion dans ce contexte particulier ; qu'en s'abstenant de le faire il a porté atteinte au principe de légalité des délits et des peines ».

⁷⁴⁹ cf. *supra*, p. 40.

⁷⁵⁰ cf. *supra*, p. 40.

Toutefois, les documentations techniques et interfaces de programmation ne sont pas les seules informations techniques dont ont besoin les éditeurs pour garantir l'interopérabilité de leurs logiciels avec une mesure technique de protection. L'énumération de l'article L. 331-32, alinéa 2, du Code de propriété intellectuelle est donc, par ailleurs, incomplète.

384. L'insuffisance de la seule communication de la documentation technique et des interfaces de programmation. Comme évoqué précédemment⁷⁵¹, ces mesures reposent sur un système de chiffrement, symétrique ou asymétrique, avec des clés. En l'absence de fourniture des clés, la mise en œuvre effective de l'interopérabilité est donc impossible.

A titre d'illustration, on pourrait dire qu'une mesure technique, avec sa documentation et ses interfaces de programmation, constitue la serrure mais que le seul accès à la serrure ne suffit pas à l'ouvrir. Une mesure technique de protection sans les clés de déchiffrement, c'est comme une serrure sans clé : il manque un élément essentiel à l'accès. En conséquence, la fourniture de la documentation technique et des interfaces de programmation, sans les clés, est parfaitement inutile d'un point de vue de la mise en œuvre de l'interopérabilité.

En définitive, il y a donc ici inadéquation entre l'énumération des informations essentielles à l'interopérabilité d'une mesure technique et d'un logiciel, et l'exigence posée par l'article L. 331-5, alinéa 4, du Code de la propriété intellectuelle. En effet, on ne peut s'assurer que les mesures techniques n'empêchent pas « la mise en œuvre effective de l'interopérabilité », si l'accès à l'intégralité des informations essentielles à cette interopérabilité n'est pas légalement garanti.

385. Le besoin de modification de l'énumération des informations essentielles à l'interopérabilité. Le législateur devrait donc intégrer les clés de déchiffrement à l'énumération opérée par l'article L. 331-32, alinéa 2, du Code de la propriété intellectuelle dans une perspective de garantie de « la mise en œuvre effective de l'interopérabilité ».

Cette analyse est confirmée par l'HADOPI, dans son avis du 30 janvier 2013⁷⁵². Dans une première analyse, l'institution avait bien identifié la lacune du texte : « cette définition des informations essentielles à

⁷⁵¹ cf. *supra*, p. 143.

⁷⁵² HADOPI, avis n° 2013-1, 30 janvier 2013 relatif à l'exception de dépôt légal.

l'interopérabilité ne semble pas permettre d'obtenir, s'agissant d'une mesure technique de protection sous forme d'un algorithme de chiffrement, la communication des clefs de déchiffrement du contenu protégé (et plus généralement les secrets nécessaires), qui semblent n'appartenir ni à la documentation technique, ni aux interfaces de programmation ». L'HADOPI a alors précisé la notion « d'informations essentielles à l'interopérabilité » en y rattachant les clés de chiffrement : « il ressort de la volonté du législateur, sauf à la priver de son effet utile, de permettre une interopérabilité effective, garantissant l'accès aux œuvres protégées par des mesures techniques, que l'association pourrait obtenir la communication - sous réserve de l'indemnisation appropriée - de toute information nécessaire à l'interopérabilité, y compris les secrets mis en œuvre par les mesures techniques de protection ».

b. La définition fonctionnelle des informations essentielles à l'interopérabilité d'une mesure technique de protection

386. L'exigence du respect des conditions d'utilisation de l'œuvre ou objet protégé. Par application des dispositions de l'article L. 331-32, alinéa 2, du Code de la propriété intellectuelle, sont qualifiées d'informations essentielles à l'interopérabilité d'une mesure technique de protection la documentation technique et les interfaces de programmation qui permettent « à un dispositif technique d'accéder [...] à une œuvre ou à un objet protégé par une mesure technique et aux informations sous forme électronique jointes ». Il est cependant posée une condition à cette qualification : l'accès doit avoir lieu « dans le respect des conditions d'utilisation de l'œuvre ou de l'objet protégé qui ont été définies à l'origine ». L'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité n'est donc possible que dans le respect des droits d'auteurs et droits voisins de l'œuvre ou de l'objet protégé par une mesure technique.

Cette condition du « respect des conditions d'utilisation de l'œuvre ou de l'objet protégé qui ont été définies à l'origine » est importante car elle peut constituer un obstacle à l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité d'une mesure technique de protection. En effet, par une interprétation littérale de cette disposition, il peut être déduit que, si cet accès permet d'accomplir un acte sur l'œuvre ou objet protégé contraire à ses conditions d'utilisation, il ne sera pas légalement autorisé. A titre d'illustration, si l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité permet la copie de l'œuvre protégée, alors que cet acte est interdit par ses conditions d'utilisation, alors ledit accès ne sera pas autorisé.

387. L'interprétation de l'exigence du respect des conditions d'utilisation de l'œuvre ou objet protégé.

Cette interprétation littérale de l'article L. 331-32, alinéa 2, du Code de propriété intellectuelle n'est pourtant pas correcte. En effet, en théorie, l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité d'une mesure technique de protection permet de ne pas respecter les conditions d'utilisation de l'œuvre ou objet protégé décidées par les titulaires de droits. Cependant, ce n'est pas parce que la violation des conditions d'utilisation d'une œuvre ou d'un objet protégé est envisageable, du fait de la transmission des informations essentielles à l'interopérabilité d'une mesure technique de protection, que cette violation est automatique.

L'article L. 331-32, alinéa 2, du Code de propriété intellectuelle doit donc être interprété de la manière suivante : les informations essentielles à l'interopérabilité, que sont la documentation technique et les interfaces de programmation, permettent à un dispositif technique d'accéder à une œuvre ou à un objet protégé par des mesures techniques de protection et d'information et celui qui dispose de ces informations doit les utiliser dans le respect des droits sur l'œuvre ou objet protégé.

Il est enfin précisé, aux termes de l'article L. 331-32, alinéa 2, du Code de propriété intellectuelle, que l'accès à une œuvre ou à un objet protégé peut avoir lieu dans un standard ouvert, tel que défini à l'article 4 de la loi 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique⁷⁵³. Cependant, comme vu précédemment, si en théorie le recours à un standard ouvert pour une mesure technique de protection est possible, en pratique ce mode de stockage et de diffusion de données n'est pas utilisé.

La définition de la notion d'information essentielle à l'interopérabilité d'une mesure technique de protection étant posée, il convient maintenant de se pencher sur la mise à disposition pratique de ladite information.

2. La définition de la mise à disposition des informations essentielles à l'interopérabilité d'une mesure technique de protection

388. **L'absence de définition de la « mise à disposition des informations essentielles à l'interopérabilité »**⁷⁵⁴. Les fournisseurs de mesures techniques de protection ont l'obligation légale, aux termes de l'article L. 331-5, alinéa 4, du Code de la propriété intellectuelle, de garantir un accès aux informations essentielles à l'interopérabilité. Encore faut-il que cet accès soit effectif. La question de la mise à disposition des informations essentielles à l'interopérabilité d'une mesure technique de protection est donc

⁷⁵³ Sur la loi du 21 juin 2004, cf. J. Huet et E. Dreyer, *Droit de la communication numérique*, LGDJ, 2011, p. 89 et s.

⁷⁵⁴ A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., Lexisnexus, 2012, p. 797.

cruciale.

Comment les fournisseurs doivent-ils donner l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité ? La question n'est pas tranchée par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, qui se limitent à l'affirmation de cette simple obligation. L'absence de référence à une technologie particulière de mise à disposition des informations essentielles à l'interopérabilité d'une mesure technique de protection est louable car cela permet de garantir la neutralité technologique de l'obligation. Cependant, aucune modalité générale de mise à disposition n'étant affirmée, cela laisse le champ libre à toutes les interprétations de cette notion par les fournisseurs de mesures techniques de protection.

Dès lors, afin d'établir quelles doivent être les modalités concrètes de mise à disposition des informations essentielles à l'interopérabilité d'une mesure technique de protection, il convient de se référer à un critère fonctionnel et de déterminer les besoins techniques des éditeurs de logiciels en ce domaine. Face aux pratiques des fournisseurs de mesures techniques, les exigences des éditeurs de logiciels interopérables avec les mesures techniques de protection doivent servir de référence pour appréhender ce qui pourrait être assimilé à un accès effectif aux informations essentielles à l'interopérabilité.

389. L'exemple de la mise à disposition des informations essentielles à l'interopérabilité de la technologie *Blu-ray*. Les questions qui ont entouré la technologie *Blu-ray* sont la parfaite illustration des pratiques des fournisseurs de mesures techniques de protection en matière de mise à disposition des informations essentielles à l'interopérabilité. La technologie *Blu-ray* consiste à graver, à l'aide d'un laser de couleur bleue⁷⁵⁵, des vidéogrammes dans un format haute définition. Ceux-ci seront stockés sur un disque. La technologie *Blu-ray* allie plusieurs mesures techniques de protection aux fins de contrôle de l'accès et de l'usage des œuvres et objets contenus sur le disque physique.

La première de ces mesures techniques de protection est appelée AACS (Advanced Access Content System) et est développée notamment par les entreprises Sony, Microsoft, IBM et Disney. Elle vise à restreindre la lecture et la copie de nouveaux disques. Elle utilise la cryptographie avec une technologie de chiffrement basée sur un système de clés et de centralisation par une autorité délivrant un jeu de clés pour les appareils habilités à lire le contenu d'un Blu-ray. Les clés se déchiffrent les unes en fonction des autres avec un algorithme de chiffrement, système renouvelé régulièrement avec chaque nouvelle génération de Blu-ray sur le marché.

⁷⁵⁵ D'où l'origine du nom.

S'agissant de cette mesure technique de protection AACCS, le fournisseur a mis à disposition les spécifications techniques de la mesure sur plusieurs centaines de pages disponibles sur son site Internet⁷⁵⁶. Les informations relatives à l'interopérabilité de cette mesure sont au format « .pdf » et accessibles sans installation d'un logiciel spécifique. En l'espèce, l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité de cette mesure technique de protection semble donc garanti par son fournisseur, à la condition que lesdites informations soient celles nécessaires aux programmeurs de logiciels.

La seconde des mesures techniques de protection de la technologie Blu-ray est une machine virtuelle appelée BD+. Elle est basée sur le concept de protection de son propre contenu numérique (Self-Protecting Digital Content), c'est-à-dire un programme examinant si le lecteur Blu-ray dispose de la bonne empreinte et de clés à jour. Elle décode le contenu du disque et peut mettre à jour le support technique de lecture. A la différence de la mesure technique AACCS, cette mesure ne s'accompagne pas d'un site Internet pour la mise à disposition des informations essentielles à son interopérabilité avec un autre logiciel.

En définitive, ces deux mesures techniques de protection de la technologie Blu-ray ne font donc pas l'objet d'un traitement équivalent quant à la mise à disposition des informations essentielles à leur interopérabilité avec un autre logiciel. Cet exemple démontre que les modalités de mise à disposition des informations essentielles à l'interopérabilité d'une mesure technique de protection peuvent être diverses et variées.

390. Les moyens nécessaires pour la « mise à disposition des informations essentielles à l'interopérabilité ». Dès lors, en appliquant le critère proposé d'une appréciation des besoins concrets des éditeurs qui souhaitent garantir l'interopérabilité de leur logiciel avec une mesure technique de protection, on pourra déterminer les exigences en matière de mise à disposition des informations essentielles à l'interopérabilité.

En premier lieu, la mise à disposition des informations essentielles à l'interopérabilité d'une mesure technique de protection doit avoir lieu par le biais d'un moyen technique accessible à tous. A l'instar de l'exemple de la mesure technique AACCS, la pratique de la mise à disposition de fichiers sur un site Internet, à l'accès non limité, est satisfaisante à certaines conditions. D'une part, les informations doivent être exactes⁷⁵⁷.

⁷⁵⁶ <<http://www.aacsla.com/specifications/>>.

⁷⁵⁷ Une erreur dans les informations fournies pourrait, selon sa gravité, rendre la documentation inexploitable et avoir pour conséquence directe un non-respect par le fournisseur de la mesure technique de son obligation de mise à disposition des

D'autre part, elles doivent être suffisantes au regard des exigences mentionnées précédemment. A contrario, si la mise à disposition a lieu sur un site à accès restreint ou à identification obligatoire préalable, elle n'est pas effective et l'obligation du fournisseur de la mesure technique de protection, au sens de l'article L. 331-5, alinéa 4, du Code de la propriété intellectuelle, n'est pas respectée.

En second lieu, la mise à disposition des informations essentielles à l'interopérabilité d'une mesure technique de protection doit s'effectuer dans un format de fichier ouvert⁷⁵⁸. Pour rappel, un format ouvert est juridiquement défini comme « tout format de données interopérable et dont les spécifications techniques sont publiques et sans restriction d'accès ni de mise en œuvre »⁷⁵⁹. Le recours à ce type de format permet, en effet, de ne pas contraindre à l'utilisation d'un logiciel particulier pour accéder aux informations et de pouvoir les réutiliser librement⁷⁶⁰.

Les modalités de mise à disposition des informations essentielles à l'interopérabilité d'une mesure technique de protection et d'un logiciel sont donc posées. Cependant, le fournisseur d'une mesure technique de protection peut utiliser d'autres moyens de mise à disposition que celui préconisé ou ne pas procéder à cette mise à disposition. Dans ces deux situations, le fournisseur ne se conforme pas à son obligation de garantir l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité d'une mesure technique de l'article L. 331-5, alinéa 4, du Code de propriété intellectuelle. Dès lors, si l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité d'une mesure technique n'est pas garanti par le fournisseur dans un format ouvert, les éditeurs de logiciels doivent recourir à des démarches techniques spécifiques, ou, si cela s'avère nécessaire, à la saisine d'une juridiction spécifique.

B. La procédure de mise à disposition des informations essentielles à l'interopérabilité des mesures techniques de protection

391. **Plan.** D'après les Professeurs Vivant et Bruguère, de par cette procédure spécifique confiée à l'HADOPI, le droit à l'interopérabilité est un « droit processuel (...) loin d'être sans mérite »⁷⁶¹. Cependant, il est rappelé que seuls les éditeurs de logiciels, les fabricants de systèmes techniques et les exploitants de services, ont qualité pour saisir l'HADOPI pour l'interopérabilité des mesures techniques, à l'exclusion donc du

informations essentielles à l'interopérabilité.

758 cf. *supra* p. 38.

759 Art. 4, Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

760 D'où la seconde partie de la définition légale : les spécifications techniques du format sont publiques et sans restriction d'accès ni de mise en œuvre, tels que les brevets ou le droit d'auteur.

761 M. Vivant et J.-M. Bruguère, *Droit d'auteur et droits voisins*, Précis Dalloz, 2^e éd. 2013, p. 802-803.

consommateur⁷⁶². Ils le font soit par la procédure contentieuse (1), soit par la procédure pour avis (2).

1. La procédure contentieuse devant l'HADOPI

392. **Plan.** La procédure se déroule devant une autorité spécifique, l'HADOPI (a)⁷⁶³. Cette procédure débute inévitablement par la saisine de cette autorité (b) et se poursuit selon des étapes décrites dans des dispositions nombreuses et complexes réparties dans les parties légale⁷⁶⁴ et réglementaire⁷⁶⁵ du Code de la propriété intellectuelle (c). Cependant, force est de constater qu'à ce jour, cette procédure n'a jamais été mise en œuvre. Il semble que la cause de cette absence soit à rechercher dans les dispositions elles-mêmes, qui rendent la procédure sans intérêt pour les éditeurs souhaitant avoir accès aux informations essentielles à l'interopérabilité (d).

a. Le rôle de l'HADOPI

393. **L'adoption d'une procédure spécifique d'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité d'une mesure technique de protection.** Poser une obligation d'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité sans disposer de moyens de contraindre les fournisseurs des mesures techniques de protection s'apparenterait à une simple déclaration d'intention. C'est la raison pour laquelle le législateur français a instauré, en allant au-delà des dispositions des traités de l'OMPI et de la directive EUCD, une instance ayant pour objet la « régulation » et la « veille » dans le domaine des mesures techniques de protection : l'Autorité de Régulation des Mesures Techniques (ARMT)⁷⁶⁶.

Toutefois, la création de cette instance n'était pas prévue dans la version initiale du projet de loi DADVSI. Il n'était envisagé qu'un « collège de médiateurs chargé du règlement des différends entre les titulaires de droits et les utilisateurs au cas où ceux-ci estimeraient qu'une mesure technique de protection les empêche de bénéficier de l'exception de copie privée ou de celle en faveur des handicapés »⁷⁶⁷. Il n'y avait donc pas, dans la première version du texte soumis au Parlement, d'autorité mais un collège de médiateurs pour les seules

762 Art. R. 331-59, I, 3°, CPI : « L-La Haute Autorité peut rejeter pour irrecevabilité une demande dont elle a été saisie lorsque : (...) 3° L'auteur de la saisine ne justifie pas d'une qualité ou d'un intérêt à agir ».

763 Sur la présentation de la procédure devant l'Autorité de régulation : A. Lucas et P. Sirinelli, « Droit d'auteur et droits voisins », *Propriété intell.*, juill. 2006, p. 296 et s. ; E. A. Caprioli, « L'ARMT nouvelle est arrivée ! », *Comm. Com. Electr.*, juin 2007, comm. 88.

764 Art. L. 331-31 et suivants, CPI.

765 Art. R. 331-55 et suivants, CPI.

766 Art. L. 331-31 et suivants, CPI. Pour une présentation de la procédure d'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité, cf. L. Rapp, « Nature et pouvoirs de l'Autorité de régulation des mesures techniques de protection », *RLDI*, janv. 2007, p. 64-67.

767 Exposé des motifs, art. 9 projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

exceptions de copie privée et en faveur des handicapés. Puis, par voie d'amendements⁷⁶⁸, le Gouvernement a substitué à ce collège de médiateurs une « Autorité de médiation et de protection de la propriété littéraire et artistique », dont l'objet était la lutte contre le téléchargement illicite⁷⁶⁹.

S'agissant de la mise en œuvre de l'interopérabilité précisément, aucune instance spécifique n'était prévue. En outre, en première délibération de l'Assemblée nationale, la mise en œuvre de l'interopérabilité était abordée uniquement sous l'angle du droit de la concurrence. Dans l'hypothèse où le Conseil de la concurrence constatait des situations anticoncurrentielles, il avait compétence pour ordonner l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité. Or, preuve une fois de plus que l'interopérabilité ne peut être envisagée exclusivement sous l'angle du droit de la concurrence, ce rôle, confié initialement au Conseil de la concurrence, a été critiqué, par les parlementaires eux-mêmes, comme ne laissant aucune place aux intérêts des consommateurs⁷⁷⁰.

Cette solution était donc insatisfaisante car limitée. Une autre solution a donc été trouvée dans le projet de loi DADVSI, adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 21 mars 2006⁷⁷¹. Il était prévu que tout intéressé puisse demander au Président du Tribunal de grande instance, statuant en référé, d'enjoindre sous astreinte à un fournisseur de mesures techniques de protection la communication des informations essentielles à l'interopérabilité.

Dans le projet de loi modifié en première lecture par le Sénat, le 10 mai 2006⁷⁷², l'Autorité de Régulation des Mesures Techniques (ARMT) est instaurée, sur proposition de la Commission de la culture, de l'éducation et de la communication. Celle-ci a préféré confier « une responsabilité générale de veiller à l'interopérabilité des mesures techniques » à une seule et même Autorité car, « de par sa spécialisation et son unité, cette autorité

768 Amendements 225 et 226 présentés par le Gouvernement, projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

769 Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet (1), *JORF* n° 0135 du 13 juin 2009, p. 9666, texte n° 2.

770 M. M. Thiollière, Rapport n° 308 (2005-2006), Projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, fait au nom de la Commission des affaires culturelles du Sénat, déposée le 12 avril 2006 : « Confier au Conseil de la concurrence le rôle de gardien de l'interopérabilité revenait en conséquence à envisager celle-ci sous l'angle exclusif des pratiques contraires à la concurrence et non sous celui de l'atteinte aux intérêts des consommateurs ».

771 Art. 7, Projet de loi adopté par l'Assemblée nationale en première lecture relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, texte adopté 554, 21 mars 2006 : « tout intéressé peut demander au président du tribunal de grande instance statuant en référé d'enjoindre sous astreinte à un fournisseur de mesures techniques de fournir les informations essentielles à l'interopérabilité. Seuls les frais de logistique sont exigibles en contrepartie par le fournisseur ».

772 Art. 7 *bis* A, Projet de loi adopté par le Sénat en première lecture relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, texte 88, 10 mai 2006.

indépendante saurait, plus qu'une autre, dégager une jurisprudence cohérente et bien adaptée »⁷⁷³. Pour certains auteurs, à l'instar du Professeur Bernault, cette modification de la capacité à agir pour la communication des informations essentielles à l'interopérabilité, pendant les débats parlementaires, a conduit à une évolution de la qualification de l'interopérabilité, d'un « droit à l'interopérabilité » à l'Assemblée nationale, à une « interopérabilité négociée » au Sénat, pour aboutir à une interopérabilité « chiffon de papier »⁷⁷⁴.

394. **De l'ARMT à l'HADOPI.** Aux termes des dispositions de l'article L. 331-17, ancien, du Code de la propriété intellectuelle, l'ARMT⁷⁷⁵ était une autorité administrative indépendante assurant « une mission générale de veille dans les domaines des mesures techniques de protection et d'identification des œuvres et des objets protégés par le droit d'auteur ou par les droits voisins ». Cependant, celle-ci n'ayant jamais été saisie, il est impossible d'en évaluer l'efficacité. L'ARMT a elle-même reconnu que le dispositif pouvait ne pas être adapté⁷⁷⁶.

L'ARMT a ensuite été fusionnée, par la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet, avec une nouvelle autorité administrative : la Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des droits sur Internet (HADOPI)⁷⁷⁷. Par application des dispositions des articles L. 331-31 à L. 331-37 du Code de la propriété intellectuelle, l'HADOPI s'est ainsi vue confier une « mission de régulation et de veille dans le domaine des mesures techniques de protection et d'identification des œuvres et objets protégés par un droit d'auteur ou un droit voisin ». Ce n'est que depuis l'entrée en vigueur du décret du 10 novembre 2010⁷⁷⁸ que l'HADOPI exerce effectivement cette mission.

773 Sénat, Commission de la culture, de l'éducation et de la communication, Rapport législatif 308, déposé le 12 avril 2006 par M. Thiollière.

774 C. Bernault, « La loi du 1^{er} août 2006 et l'interopérabilité : éléments pour décoder », *RLDI*, sept. 2006, p. 59 et s.

775 Décret n° 2007-510 du 4 avril 2007 relatif à l'Autorité de régulation des mesures techniques instituée par l'article L. 331-17 du Code de la propriété intellectuelle, *JORF* n°81 du 5 avril 2007, p. 6427, texte n° 45 ; F. Siirainen, « L'Autorité de régulation des mesures techniques : un objet juridique non identifié ? », in *La loi DADSI : des occasions manquées ?* (Colloque de Nantes, févr. 2007), *RLDI* 2007, mars, supplément au n° 25, p. 12.

776 ARMT, *Rapport annuel 2008*, *op. cit.*, p.3 : « (...) faute d'avoir été saisie par les personnes habilitées à le faire, l'ARMT n'a rendu de décision ni en matière d'interopérabilité ni en matière d'exceptions. Le rapport détaille le faisceau de raisons qui rendent compte de cette abstention (p. 31). Certaines sont directement liées au comportement des acteurs. Ainsi, la problématique des mesures techniques de protection qui avait occupé une place centrale dans les débats de la loi DADSI a perdu une part de son acuité depuis que, dans le secteur de la musique spécialement, apparaissent de nouvelles offres libres de MTP. D'autres résultent de difficultés inhérentes à l'application des textes, à la complexité de la procédure de saisine ou, encore, au risque pécuniaire que pourrait encourir le demandeur en cas de rejet de sa demande. Il incombait à l'ARMT d'identifier, à l'aune de son expérience pratique, ce qui dans le dispositif légal et réglementaire s'avère imparfaitement adapté aux objectifs du législateur en matière de régulation publique (...) ».

777 V.-L. Benabou, « Glose de la loi favorisant la création et la protection de la création (dite HADOPI) », visible sur le site : *juriscom.net*, août 2009.

778 Décret n° 2010- 1366 du 10 novembre 2010 relatif à la labellisation des offres des services de communication au public en ligne et à la régulation des mesures techniques de protection et d'identification des œuvres et des objets protégés par le droit d'auteur,

Toutefois, l'existence de cette autorité est régulièrement remise en cause. Le Rapport Lescure a ainsi préconisé de confier la mission de régulation et de veille dans le domaine des mesures techniques de protection au Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA)⁷⁷⁹, proposition soutenue par le gouvernement⁷⁸⁰ mais qui, au jour de la présente étude, n'a pas été formalisée.

395. Les missions de l'HADOPI. L'article L. 331-31 du Code de la propriété intellectuelle énumère les missions de l'HADOPI, que l'on peut répartir en deux grandes catégories. D'une part, elle est en charge de l'articulation de la mise en œuvre de l'interopérabilité et des mesures techniques de protection. D'autre part, elle doit garantir le bénéfice des exceptions au droit d'auteur et droits voisins dans un contexte de recours aux mesures techniques de protection. Dans un souci de clarté de l'étude, ne sera étudiée ici que la mission afférente à la mise en œuvre de l'interopérabilité.

A ce titre donc, l'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 de limitations supplémentaires et indépendantes de celles expressément décidées par le titulaire d'un droit d'auteur sur une œuvre autre qu'un logiciel ou par le titulaire d'un droit voisin sur une interprétation, un phonogramme, un vidéogramme ou un programme »⁷⁸¹.

Dans le cadre de l'articulation de la mise en œuvre de l'interopérabilité et des mesures techniques de protection, l'HADOPI a ainsi pour fonction principale de permettre l'obtention des informations essentielles à l'interopérabilité aux personnes en faisant la demande par saisine.

JORF 0263 du 13 nov. 2010, p. 20216, texte n° 43.

⁷⁷⁹ Rapport Lescure, *op. cit.*, p. 206 : « il serait logique de confier cette régulation au Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), en cohérence avec la compétence de régulation de l'offre légale que la mission propose de lui confier (...). Le CSA dispose déjà d'une compétence en la matière, puisqu'il est chargé de veiller à ce que les éditeurs et les distributeurs de services de télévision ne recourent pas à des mesures techniques qui auraient pour effet de priver le public du bénéfice de l'exception pour copie privée, y compris sur un support et dans un format numérique (art. L. 331-9 du CPI). Au surplus, compte tenu des enjeux de concurrence inhérents à la problématique de l'interopérabilité, le CSA pourra s'appuyer sur le dialogue qu'il entretient déjà avec l'Autorité de la concurrence ».

⁷⁸⁰ Ass. nat., 14^e législature, réponse question écrite n° 27264 de Mme I. Le Callennec, *JORF* du 28 janv. 2014, p. 834 : « (...) le rapport " Acte II " préconise par ailleurs de confier la régulation des mesures techniques de protection, aujourd'hui exercée par la Haute autorité pour la protection des œuvres et des droits sur Internet (HADOPI), au Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA). La ministre de la culture et de la communication prévoit un texte législatif dans les prochains mois, afin de mettre fin à l'existence de la HADOPI et de confier la réponse graduée et la régulation des mesures techniques de protection au CSA. Dans la perspective de ce transfert, le ministère de la culture et de la communication examine actuellement les modifications qui pourraient être apportées au dispositif de régulation des mesures techniques de protection, afin de mieux garantir l'objectif d'interopérabilité et le bénéfice des exceptions. De la même façon, des mesures sont envisagées afin de préserver le domaine public contre des phénomènes de réappropriation découlant de la mise en œuvre de mesures techniques de protection ».

⁷⁸¹ Art. L. 331-31, 1°, CPI.

b. La saisine de l'HADOPI

396. Les conditions de recevabilité de la saisine de l'HADOPI. La saisine de l'HADOPI n'est pas une procédure ordinaire. Elle est en effet soumise à des conditions de recevabilité spécifiques : la formalité préalable de la demande des informations essentielles aux fournisseurs de la mesure technique de protection ; le respect du formalisme imposé par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle ; la qualité à agir.

397. La condition de la demande préalable des informations essentielles au fournisseurs de la mesure technique. Préalablement à toute saisine de l'HADOPI, à l'exclusion de la saisine pour avis, toute personne souhaitant l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité doit solliciter du fournisseur de la mesure technique la communication de ces informations⁷⁸². Par application des dispositions de l'article L. 331-32, alinéa 1^{er}, du Code de la propriété intellectuelle, ce n'est qu'en cas de refus du fournisseur de la mesure technique, que l'Autorité administrative peut être saisie. Lors de la saisine, le demandeur doit pouvoir justifier de ce refus d'accès, sachant qu'« est assimilé à un refus le fait de ne pas proposer cet accès à des conditions et dans un délai raisonnable »⁷⁸³.

Au sujet de cette formalité préalable de demande au fournisseur de la mesure technique de protection, on peut vivement regretter l'absence de précisions quant aux conditions du refus. En effet, aucune disposition législative ou réglementaire ne prévoit, par exemple, de délai de réponse à la demande de communication des informations essentielles à l'interopérabilité. La loi se contente ainsi de la mention d'un « délai raisonnable »⁷⁸⁴. L'accomplissement de la formalité préalable de demande d'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité sera donc laissé à la libre appréciation de l'Autorité administrative, qui dispose du pouvoir de rejeter les saisines entachées d'irrecevabilité manifeste⁷⁸⁵.

398. La condition du respect du formalisme. Outre cette condition de demande préalable au fournisseur de la mesure technique d'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité, la saisine, pour être

782 D'où le principe de subsidiarité de l'intervention de l'HADOPI, cf. P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 8^e éd. PUF, coll. Droit fondamental, 2012, p. 352 ; J.-M. Bruguière et M. Vivant, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Précis Dalloz, 2013, p. 802.

783 Art. R. 331-56, III, CPI.

784 P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 8^e éd. PUF, coll. Droit fondamental, 2012, p. 352 : « au terme d'un " délai raisonnable " (...) probablement en cas d'échec des discussions ou si les associations d'utilisateurs estiment les mesures techniques excessives ou abusives (ou simples projets qui leur sont soumis avant tout début d'exécution?), va intervenir une autorité administrative indépendante ».

785 Art. R. 331-59, II, CPI.

recevable, doit également respecter les formalités prescrites par le Code de la propriété intellectuelle⁷⁸⁶. Parmi ces formalités, le demandeur doit permettre l'identification de la partie mise en cause, apporter la preuve que la demande préalable de communication des informations essentielles à l'interopérabilité d'une mesure technique est un échec, mais aussi qu'il « relève de l'une des catégories de personnes autorisées à saisir la Haute Autorité »⁷⁸⁷.

399. La condition de la qualité à la saisine. Les personnes ayant qualité à saisir l'HADOPI ont déjà été longuement présentées. Ainsi, il est rappelé qu'elles sont, par application des dispositions de l'article L. 331-32 du Code de la propriété intellectuelle, au nombre de trois : les éditeurs de logiciels, les fabricants de systèmes techniques et les exploitants de services⁷⁸⁸.

c. Le déroulement de la procédure contentieuse

400. La procédure devant l'HADOPI. Une fois l'HADOPI saisie, elle dispose d'un délai de deux mois⁷⁸⁹ pour rendre sa décision⁷⁹⁰. Elle « peut accepter des engagements proposés par les parties et de nature à mettre un terme aux pratiques contraires à l'interopérabilité »⁷⁹¹. Ce n'est qu'à défaut d'accord que la Haute Autorité doit rendre une décision motivée de rejet de la demande ou doit émettre « une injonction prescrivant, au besoin sous astreinte, les conditions dans lesquelles le demandeur peut obtenir l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité et les engagements qu'il doit respecter pour garantir l'efficacité et l'intégrité de la mesure technique, ainsi que les conditions d'accès et d'usage du contenu protégé »⁷⁹². La décision de l'HADOPI est rendue en premier ressort. Les parties peuvent introduire un recours devant la Cour d'appel de Paris⁷⁹³. Ce recours a un effet suspensif.

⁷⁸⁶ Art. R. 331-55 et s., CPI.

⁷⁸⁷ Art. R. 331-56 I, CPI.

⁷⁸⁸ P.-Y. Gautier, *op. cit.* ; p. 355 : « il n'y a pas que les consommateurs qui soient intéressés par les mesures techniques, mais aussi les professionnels qui gravitent dans l'industrie culturelle, spécialement les éditeurs de logiciels (libres ou payants) les fabricants de baladeurs, smartphones, d'ordinateurs, etc. Des mesures techniques trop strictes sont de nature à entraver leur propre activité économique auprès du public ».

⁷⁸⁹ Art. R. 331-56, V, CPI : « le délai de deux mois mentionné aux articles L. 331-32 et L. 331-35 court à compter de la réception du dossier complet par la Haute Autorité ». Sur les délais de procédure, cf. art. R. 331-67, CPI.

⁷⁹⁰ Art. L. 331-32, al. 1, CPI.

⁷⁹¹ Art. L. 331-32, al. 4, CPI.

⁷⁹² Art. L. 331-32, al. 4, CPI.

⁷⁹³ Art. L. 331-32, al. 6, CPI.

401. **Les moyens de l'HADOPI.** L'HADOPI a, dans les textes, des moyens de contraintes pour le respect de ses décisions. Outre la liquidation de l'astreinte⁷⁹⁴, qu'elle peut prononcer elle-même⁷⁹⁵, elle dispose du pouvoir « d'infliger une sanction pécuniaire applicable soit en cas d'inexécution de ses injonctions, soit en cas de non-respect des engagements qu'elle a acceptés »⁷⁹⁶. La sanction pécuniaire est précisément fixée par les dispositions de l'article L. 331-32, alinéa 5, du Code de la propriété intellectuelle : « son montant maximum s'élève à 5% du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques contraires à l'interopérabilité ont été mises en œuvre dans le cas d'une entreprise et à 1,5 million d'euros dans les autres cas »⁷⁹⁷.

En outre, le Président de l'HADOPI peut saisir l'Autorité de la concurrence s'il s'avère que l'obstacle à l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité peut être constitutif d'un abus de position dominante ou d'une entrave à la libre concurrence⁷⁹⁸. L'arsenal de mesures à la disposition de l'HADOPI paraît ainsi conséquent. Cependant, les conditions de leur mise en œuvre ne sont pas favorables à l'efficacité de la procédure⁷⁹⁹.

d. Les difficultés de la procédure contentieuse

402. **Les causes de l'absence de procédure contentieuse.** Les dispositions relatives à la procédure contentieuse posent une série de difficultés qui ont pour conséquence directe de rendre sans intérêt, pour les éditeurs de logiciels ou pour les autres personnes ayant qualité pour agir au sens de l'article L. 331-32, alinéa 1^{er}, du Code de la propriété intellectuelle, toute procédure.

794 Art. L. 331-68, II, CPI : « la Haute Autorité peut assortir cette injonction d'une astreinte dont elle fixe le montant et la date d'effet. Lorsque la Haute Autorité constate, à compter de cette date, d'office ou sur la saisine de toute partie intéressée que les mesures qu'elle avait prescrites n'ont pas été prises, elle procède à la liquidation de l'astreinte. Celle-ci est provisoire ou définitive. Elle doit être considérée comme provisoire, à moins que la Haute Autorité n'ait précisé son caractère définitif. La Haute Autorité peut modérer ou supprimer l'astreinte provisoire, même en cas d'inexécution constatée ».

795 Art. L. 331-32, al. 4, CPI.

796 Art. L. 331-32, al. 5, CPI.

797 Sur les modalités de fixation du montant de la sanction, cf. art. R. 331-70 et R. 331-71, CPI.

798 Art. L. 331-32, al. 7, CPI ; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 8^e éd. PUF, coll. Droit fondamental, 2012, p. 355-356 : (...) elle [l'HADOPI] dispose de larges pouvoirs de contrainte (...) : injonction sous astreinte, définissant les modalités d'accès aux informations – astreinte qu'elle peut elle-même liquider – sanctions pécuniaires (qui se cumulent avec l'astreinte ?) proportionnées au dommage et pouvant atteindre 5 % du chiffre d'affaires mondial, saisine de l'Autorité de la concurrence (avec un nouveau cumul de sanctions, fût-ce sur un fondement différent ?), etc. (...) Est-ce compatible avec la Conv. EDH ? (...) L'avenir le dira ».

799 C. Bernault, « La loi du 1^{er} août 2006 et l'interopérabilité : éléments pour décoder », *RLDI*, sept. 2006, p. 59 et s. : « qu'on le regrette ou que l'on s'en félicite, les obstacles à franchir seront nombreux pour accéder aux informations nécessaires à l'interopérabilité et pour pouvoir ensuite rendre public le code source du logiciel interopérant ».

403. **Plan.** Les inconvénients essentiels se rapportent à l'indemnisation du titulaire de droits sur la mesure technique de protection (i), à l'impact de l'invocation du secret protégé (ii), à l'exigence du respect de l'efficacité et de l'intégrité de la mesure technique (iii) ainsi qu'à l'appréciation de l'atteinte grave à la sécurité et à l'efficacité de ladite mesure (iv).

i. L'indemnisation du titulaire de droits sur la mesure technique de protection

404. **Le principe de l'indemnisation du titulaire de droits sur la mesure technique de protection**⁸⁰⁰. En cas d'injonction, l'HADOPI doit fixer les conditions d'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité, à savoir « la durée de cet accès et son champ d'application » d'une part, et, d'autre part, « l'indemnité que le demandeur doit verser au titulaire des droits sur la mesure technique »⁸⁰¹.

Cette exigence a été posée, non par le législateur, mais par le Conseil constitutionnel dans sa décision relative à la loi DADVISI⁸⁰², sur le fondement de la garantie du droit de propriété, et dans les termes suivants : « 41. considérant que l'article 14 précise que l'Autorité de régulation des mesures techniques a pour mission de garantir l'interopérabilité des systèmes et services existants dans le respect des droits des parties ; que cette disposition doit s'entendre comme étant applicable tant aux titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin ayant recours aux mesures techniques de protection, qu'aux titulaires de droits sur les mesures techniques de protection elles-mêmes ; qu'à défaut de consentement de ces derniers à la communication des informations essentielles à l'interopérabilité, cette communication devra entraîner leur indemnisation ; que, dans le cas contraire, ne seraient pas respectées les dispositions de l'article 17 de la Déclaration de 1789 aux termes duquel : « la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité »⁸⁰³.

Ce principe de l'indemnisation du titulaire de droits sur la mesure technique de protection a valeur

800 Sur la question de la qualification d'expropriation de la transmission des informations essentielles à l'interopérabilité, cf. J.-M. Bruguère et M. Vivant, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Précis Dalloz, 2013, p. 799-800.

801 Art. R. 331-68, I, CPI.

802 Cons. Const., décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *op. cit.*

803 P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 8^e éd. PUF, coll. Droit fondamental, 2012, p. 356 : « le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 27 juillet 2006, a mis certaines bornes à l'interopérabilité, en prévoyant notamment un principe de droits à indemnisation au bénéfice des " titulaires de droits sur les mesures techniques " (§ 41). Très bien, mais outre qu'on ne sait pas trop qui sont-ils – nouvelle catégorie d'éditeurs de logiciels, dotés d'un droit d'auteur sur les MTP ? -, ce n'est pas une indemnité – et laquelle, déterminée de quelle façon – qui compensera les dommages tirés de la mise à néant de la mesure technique, pour des utilisations pas toujours bien identifiées ».

réglementaire. Du décret d'application de la loi DADVSI⁸⁰⁴ au 1er janvier 2010, l'article R. 331-22, I, 2°, du Code de la propriété intellectuelle prévoyait que l'ARMT devait fixer « l'indemnité que le demandeur [devait] verser au titulaire des droits sur la mesure technique, lorsque celui-ci présente une demande justifiée à cette fin. L'injonction prend effet au plus tôt à la date de versement de l'indemnité à celui-ci ou à la date de consignation de cette somme selon des modalités fixées par l'Autorité. Le montant de cette indemnité tient compte notamment de la valeur économique des informations communiquées au demandeur. » Cependant, lors de l'entrée en vigueur du décret d'application⁸⁰⁵ de la loi HADOPI 2 du 28 octobre 2009⁸⁰⁶, le 1er janvier 2010, ces dispositions relatives à l'indemnisation du titulaire de droits sur la mesure technique de protection ont disparu du Code de la propriété intellectuelle. Ce n'est qu'avec l'entrée en vigueur du décret du 10 novembre 2010⁸⁰⁷, que cet « oubli » a été réparé.

405. Le montant de l'indemnisation du titulaire de droits sur la mesure technique de protection. Pour établir le montant de cette indemnité, il doit être tenu compte « notamment de la valeur économique des informations communiquées au demandeur »⁸⁰⁸, ce qui s'avère problématique. En effet, comment déterminer « la valeur économique » d'une information essentielle à l'interopérabilité d'un logiciel et d'une mesure technique de protection ? Une piste pourrait être celle de fixer l'indemnité proportionnellement à la part qu'occupe la mesure technique de protection sur un marché donné mais cela semble difficile à établir.

De plus, cette condition d'indemnisation semble constituer un obstacle à la saisine de l'HADOPI pour les demandeurs, ayant certes qualité et intérêt pour agir, mais non les moyens financiers adéquats. A ce sujet, il est fort probable, par exemple, qu'un éditeur bénévole de logiciels, ce qui est relativement courant pour le cas des logiciels libres, n'engagera pas de procédure sachant pertinemment qu'il ne pourra de toute façon pas s'acquitter du montant de l'indemnité, si celle-ci n'est pas fixée de manière symbolique⁸⁰⁹. Or, cette procédure a été élaborée principalement pour ces éditeurs exerçant à titre bénévole. Cette condition d'indemnisation du titulaire de droits sur la mesure technique de protection n'est donc pas adaptée à leurs attentes et explique probablement en partie le désintérêt actuel pour cette procédure.

804 Décret n° 2007-510 du 4 avril 2007 relatif à l'Autorité de régulation des mesures techniques instituée par l'article L. 331-17 du code de la propriété intellectuelle, *JORF* n° 81 du 5 avril 2007, p. 6427, texte n° 45.

805 Décret n° 2009-1773 du 29 décembre 2009 relatif à l'organisation de la Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des droits sur Internet, *JORF* n° 0303 du 31 déc. 2009, p. 23348, texte n° 246.

806 Loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet (1), *JORF* n° 0251 du 29 octobre 2009, p. 18290.

807 Décret n° 2010-1366 du 10 novembre 2010 relatif à la labellisation des offres des services de communication en ligne et à la régulation des mesures techniques de protection et d'identification des œuvres et des objets protégés par le droit d'auteur, *JORF* n° 0263 du 13 nov. 2010, p. 20216, texte n° 43.

808 Art. R. 331-68, I., 2°, CPI.

809 A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., Lexisnexus, 2012, p. 794.

ii. Le « secret protégé par la loi »

406. **La définition du « secret protégé par la loi ».** Par ailleurs, certaines informations peuvent être soustraites de la communication exigée au titre d'une procédure d'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité sur le fondement du « secret protégé par la loi »⁸¹⁰. Quels sont les « secrets protégés par la loi » ? Par application de l'article 6, I de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, ne sont en aucun cas communicables certaines informations portant notamment atteinte au secret des délibérations du Gouvernement, aux secrets de la défense nationale ou encore à la sûreté de l'État⁸¹¹. *A priori* donc, il ne s'agit que d'informations dont la communication paraît devoir logiquement être évitée.

407. **Les conditions de la qualification d'une information essentielle à l'interopérabilité de « secret protégé par la loi ».** Cependant, ce fondement du « secret protégé par la loi » ne doit pas être un moyen de faire obstacle à la transmission des informations essentielles à l'interopérabilité, d'autant que ce fondement peut s'appliquer différemment selon les parties dans la cause⁸¹². C'est pourquoi les dispositions de l'article R. 331-65 du Code de la propriété intellectuelle posent les conditions pour exclure une pièce de la procédure devant l'HADOPI sur le fondement du « secret protégé par la loi »⁸¹³.

810 Art. R. 331-65, I, CPI : « I. Lorsqu'une partie se prévaut d'un secret protégé par la loi, elle signale par lettre, à l'occasion de leur communication à la Haute Autorité, les informations, documents ou parties de documents regardés par elle comme mettant en jeu un secret protégé par la loi et demande, pour des motifs qu'elle précise pour chacun d'entre eux, leur classement en annexe confidentielle. Elle fournit séparément une version non confidentielle de ces documents ainsi qu'un résumé des éléments dont elle demande le classement. Le cas échéant, elle désigne les entreprises à l'égard desquelles le secret serait susceptible de s'appliquer. Lorsque les informations, documents ou parties de documents susceptibles de mettre en jeu un secret protégé par la loi sont communiqués à la Haute Autorité par une autre personne que celle qui est susceptible de se prévaloir de ce secret et que celle-ci n'a pas formé de demande de classement, le rapporteur l'invite à présenter, si elle le souhaite, dans un délai qu'il fixe, une demande de classement en annexe confidentielle conformément aux prescriptions de l'alinéa précédent ».

811 Art. 6, I, Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal : « Ne sont pas communicables : 1° Les avis du Conseil d'État et des juridictions administratives, les documents de la Cour des comptes mentionnés à l'article L.141-10 du code des juridictions financières et les documents des chambres régionales des comptes mentionnés à l'article L.241-6 du même code, les documents élaborés ou détenus par l'Autorité de la concurrence dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs d'enquête, d'instruction et de décision, les documents préalables à l'élaboration du rapport d'accréditation des établissements de santé prévu à l'article L. 6113-6 du code de la santé publique, les documents préalables à l'accréditation des personnels de santé prévue à l'article L. 414-3-3 du code de la santé publique, les rapports d'audit des établissements de santé mentionnés à l'article 40 de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001 et les documents réalisés en exécution d'un contrat de prestation de services exécuté pour le compte d'une ou de plusieurs personnes déterminées 2° Les autres documents administratifs dont la consultation ou la communication porterait atteinte : a) Au secret des délibérations du Gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif ; b) Au secret de la défense nationale ; c) A la conduite de la politique extérieure de la France ; d) A la sûreté de l'État, à la sécurité publique ou à la sécurité des personnes ; e) A la monnaie et au crédit public ; f) Au déroulement des procédures engagées devant les juridictions ou d'opérations préliminaires à de telles procédures, sauf autorisation donnée par l'autorité compétente ; g) A la recherche, par les services compétents, des infractions fiscales et douanières ; h) Ou, sous réserve de l'article L. 124-4 du code de l'environnement, aux autres secrets protégés par la loi ».

812 Ainsi, par application de l'article R. 331-65, I de ce même code, la partie qui se prévaut du secret protégé par la loi peut désigner « les entreprises à l'égard desquelles le secret serait susceptible de s'appliquer ».

813 F. Pollaud-Dulian, « Protection des œuvres diffusées sur Internet », *RTD Com.*, 2011, p. 116 : « l'obligation de communiquer des informations permettant l'interopérabilité oblige à envisager des mesures assurant parallèlement la préservation du secret que ce

Par principe, tout document communiqué dans le cadre de la procédure devant l'HADOPI n'est pas classé comme confidentiel. Cependant, par application des dispositions de l'article R. 331-65 du Code de la propriété intellectuelle, une partie peut arguer « d'un secret protégé par la loi » pour faire obstacle à toute communication d'une information ou d'un document, y compris aux parties à la procédure. Si ce classement est accepté par le Président de l'HADOPI, les informations en question sont placées en annexe confidentielle et une version non confidentielle, accompagnée d'un résumé des éléments dont le classement a été demandé, est versée au dossier.

Ce classement confidentiel n'est pas de droit. Le Président de la Haute Autorité peut le refuser s'il est manifestement infondé ou si la demande n'a pas été formulée conformément aux dispositions de l'article précité. Dans ce cas, la pièce n'est pas versée au dossier mais elle est restituée à la personne qui l'a communiquée.

De plus, le rapporteur du dossier, ou une partie à la procédure, peuvent demander la communication d'une pièce classée en annexe confidentielle, s'ils estiment que celle-ci est nécessaire à l'exercice des droits des parties. Dans ce cas, c'est le Président de la Haute Autorité qui statue, si la personne concernée s'oppose à la communication de la pièce. Le Président peut alors donner suite à l'opposition et restituer la pièce en question, ou autoriser son utilisation dans le cadre de la procédure⁸¹⁴. Il existe donc des recours au classement confidentiel d'une pièce au motif d'un « secret protégé par la loi ». Le danger d'un détournement de ce fondement pour ne pas rendre public une information essentielle à l'interopérabilité semble donc écarté.

iii. La garantie de l'efficacité et de l'intégrité de la mesure technique

408. **Le principe de la garantie de l'efficacité et de l'intégrité de la mesure technique.** Enfin, par application des dispositions de l'article R. 331-68, I, du Code de la propriété intellectuelle, la Haute Autorité peut préciser « (...) les engagements que le demandeur doit respecter pour garantir, d'une part, l'efficacité et l'intégrité de la mesure technique, et, d'autre part, les conditions d'utilisation du contenu protégé et les modalités d'accès à celui-ci ». En d'autres termes, l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité est

soit au cours de la procédure ou à son issue ».

814 Art. R. 331-65, III, CPI : « les parties concernées ne peuvent utiliser cette pièce, qui demeure couverte par le secret protégé par la loi, que dans le cadre de la procédure devant la Haute Autorité et des voies de recours éventuelles contre les décisions de celle-ci ».

conditionné par le respect, par le demandeur à la procédure, de « l'efficacité et de l'intégrité de la mesure technique ».

Il est à noter que le demandeur doit respecter des « engagements » pris pour la garantie de l'« efficacité » et de l'« intégrité » d'une mesure technique de protection. Cela signifie donc qu'en cours d'instruction du dossier devant l'HADOPI, le demandeur dispose de différentes possibilités. Il peut en premier lieu formuler lui-même des engagements dans le sens de la garantie de l'« efficacité » et de l'« intégrité » d'une mesure technique. En deuxième lieu, le demandeur peut accepter les propositions qui peuvent lui être faites. Enfin, en troisième et dernier lieu, il peut trouver un accord avec le titulaire de droits sur la mesure technique de protection sous l'égide de l'HADOPI.

409. L'absence de définition de l'« efficacité » et de l'« intégrité » de la mesure technique. Mais que faut-il comprendre par la garantie de l'« efficacité » et de l'« intégrité » d'une mesure technique de protection exigée par les dispositions de l'article R. 331-68, I, du Code de la propriété intellectuelle ? La mise en œuvre de l'interopérabilité grâce aux informations essentielles obtenues par la procédure devant l'HADOPI ne peut être assimilée à une atteinte à l'« efficacité » et à l'« intégrité » d'une mesure technique de protection, sous peine de faire perdre tout intérêt à l'engagement d'une telle procédure. Ainsi, le demandeur ne peut s'engager à ne pas utiliser les informations essentielles à l'interopérabilité dont il a sollicité la communication.

En l'absence de procédure devant l'HADOPI, il est toutefois difficile de circonscrire les notions d'« efficacité » et d'« intégrité » d'une mesure technique de protection, donc le contenu des engagements pouvant être pris par le demandeur. La notion d'« efficacité » renvoyant à l'accomplissement de la fonction pour laquelle a été mise en place la mesure technique, celle d'« intégrité » pourrait quant à elle renvoyer au fait que le demandeur ne pourrait pas accomplir d'acte conduisant au démembrement, à la suppression de composants de ladite mesure. A l'instar des développements précédents sur la notion d'« efficacité » de la mesure technique de protection⁸¹⁵, on peut regretter, une fois encore, l'absence de définition de cette notion, dont pâtit gravement l'application des dispositions de l'article R. 331-68 du Code de la propriété intellectuelle.

410. Les engagements du demandeur pour la garantie de l'« efficacité » et de l'« intégrité » d'une mesure technique. Toutefois, il est à noter que cet article fournit une illustration de ce que peuvent être les engagements du demandeur pour la garantie de l'« efficacité » et de l'« intégrité » d'une mesure technique de

815 cf. *supra*, p. 148.

protection. Cette illustration permet de pallier, en partie, l'absence de caractérisation des notions d'« efficacité » et d'« intégrité » d'une mesure technique de protection.

Ainsi « ces engagements peuvent comporter l'obligation de faire vérifier par un expert désigné par la Haute Autorité que l'efficacité et l'intégrité de la mesure technique sont respectées. Ces engagements portent également sur les conditions de publication du code source et de la documentation technique en application des dispositions du troisième alinéa de l'article L. 331-32, lorsque le demandeur déclare à la Haute Autorité vouloir publier ces éléments »⁸¹⁶. Ce dernier exemple d'engagements du demandeur est à rapprocher du moyen du titulaire de droits sur la mesure technique de protection pour s'opposer à la publication de son code source et de sa documentation technique : la preuve d'une atteinte grave à la sécurité et à l'efficacité de ladite mesure.

iv. L'atteinte grave à la sécurité et à l'efficacité de la mesure technique

411. L'atteinte grave à la sécurité et à l'efficacité de la mesure technique, exception au principe de publication des informations essentielles à l'interopérabilité. Par principe, le titulaire de droits sur une mesure technique de protection, ne peut, dans le cadre d'une procédure devant l'HADOPI, s'opposer à la publication des informations essentielles à l'interopérabilité. Ce principe est posé à l'article L. 331-32, alinéa 3, du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que : « le titulaire des droits sur la mesure technique ne peut imposer au bénéficiaire de renoncer à la publication du code source et de la documentation technique de son logiciel indépendant et interopérant que s'il apporte la preuve que celle-ci aurait pour effet de porter gravement atteinte à la sécurité et à l'efficacité de ladite mesure technique ».

A la lecture de cet article, on constate que ce principe fait l'objet d'une exception. En effet, si le titulaire de droits sur une mesure technique apporte la preuve que la publication des seuls éléments que sont le code source et la documentation technique de ladite mesure porterait « gravement atteinte » à sa sécurité ou à son efficacité, alors il peut s'opposer à ce que celui qui bénéficie d'une décision de l'HADOPI communique ces informations.

412. La preuve du risque d'atteinte grave à la sécurité et à l'efficacité de la mesure technique. Cette preuve du risque d'atteinte à la sécurité et à l'efficacité de la mesure technique en cas de publication du code

⁸¹⁶ Art. R. 331-68, I, CPI.

source et de la documentation technique se fait dans le cadre d'une procédure devant l'HADOPI. En effet, en suivant le déroulement des dispositions de l'article L331-32 du Code de la propriété intellectuelle, il est évoqué tout d'abord les personnes pouvant saisir l'HADOPI pour l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité, ainsi que la définition de ces informations essentielles, puis la possibilité d'apporter la preuve du risque d'atteinte à la sécurité et à l'efficacité de la mesure technique de protection.

Cette preuve est ainsi un moyen de défense devant l'HADOPI. Il ne peut donc pas, semble-t-il, être invoqué en dehors de cette procédure. Dès lors, le titulaire de droits sur la mesure technique ne peut persister à ne pas fournir l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité, malgré les injonctions de l'HADOPI, en se prévalant d'un risque grave d'atteinte à la sécurité et à l'efficacité de la mesure technique de protection, s'il n'a pas fait valoir cet argument au cours de la procédure devant l'HADOPI.

La charge de la preuve du risque d'atteinte grave à la sécurité et à l'efficacité de la mesure en cas de publication du code source et de la documentation technique revient au titulaire de droits sur la mesure technique de protection. Le seul moyen d'apporter cette preuve est de décrire le fonctionnement de la mesure technique et les conséquences que la divulgation de ces éléments aurait sur celui-ci.

Or, ce que veut précisément éviter le titulaire des droits sur la mesure, c'est d'expliquer le fonctionnement de sa mesure technique de protection. Paradoxalement, ce moyen de défense porterait donc à la connaissance du demandeur à la procédure les éléments dont il était venu demander l'accès devant l'HADOPI et qu'il ne pourra peut être jamais publier si le risque d'atteinte à la sécurité et à l'efficacité de la mesure est retenu par la Haute Autorité. Il convient dès lors de se pencher sur les conditions de mise en œuvre de cette exception au principe de l'absence d'opposition à la publication du code source et de la documentation technique d'une mesure technique de protection.

413. Les conditions de mise en œuvre de l'exception d'atteinte grave à la sécurité et à l'efficacité de la mesure technique. En premier lieu, il faut qu'il s'agisse d'une atteinte grave à la sécurité et à l'efficacité de la mesure technique de protection. Comment mesurer la gravité de cette atteinte ? Le seul fait qu'une mesure technique de protection puisse être contournée par l'accès à ces informations ne peut constituer une atteinte grave. En effet, le contournement étant techniquement toujours possible, cela reviendrait à retenir systématiquement l'atteinte grave et donc à refuser automatiquement la publication du code source et de la documentation technique. L'intérêt même d'une procédure pour la mise en œuvre effective de

l'interopérabilité disparaît, car la protection de la mesure technique prévaudra toujours sur l'interopérabilité.

L'application de l'article L. 331-32, alinéa 3, du Code de la propriété intellectuelle, peut donc aboutir à vider de sa substance la mission de l'HADOPI dans le domaine des mesures techniques et à rétablir la situation de blocage entre interopérabilité, d'un côté, et protection des mesures techniques, de l'autre. S'il est donc possible de déterminer ce que n'est pas l'atteinte grave « à la sécurité et à l'efficacité de ladite mesure technique », il est en revanche difficile d'en déterminer le contenu, à défaut de décision de la Haute Autorité en la matière.

En deuxième lieu, il faut que l'atteinte porte sur la « sécurité » et l'« efficacité » de la mesure technique de protection. A la différence de l'article R. 331-68 du Code de la propriété intellectuelle sur les engagements du demandeur, il est ici question de « sécurité » et non de garantie de l'« intégrité » d'une mesure technique de protection. Une fois de plus, il est difficile d'appréhender la distinction entre les notions d'« intégrité », d'« efficacité » et de « sécurité » d'une mesure technique de protection. La « sécurité » d'une mesure technique de protection pourrait néanmoins être définie comme la préservation, non seulement de l'intégrité d'une mesure technique, mais également des moyens en place pour faire obstacle à tout accès non autorisé aux composants de cette mesure.

Il est à noter qu'au regard de la rédaction de l'article L. 331-32, alinéa 3, du Code de la propriété intellectuelle, l'atteinte doit porter à la fois à la « sécurité » et à l'« efficacité » de la mesure technique. L'une ne pouvant donc aller sans l'autre, le titulaire de droits sur la mesure doit apporter la preuve d'une atteinte grave, d'une part, à la sécurité de la mesure technique et, d'autre part, à son efficacité.

En troisième et dernier lieu, le titulaire de droits peut s'opposer à la seule « publication du code source et de la documentation technique » du « logiciel indépendant et interopérant » du demandeur. Une première remarque s'impose : le champ d'application des dispositions de l'article L. 331-32, alinéa 3, du Code de la propriété intellectuelle est limité à la seule publication des informations essentielles à l'interopérabilité. Dès lors, si le demandeur, qui sollicite l'accès à ces informations essentielles à l'interopérabilité, n'a pas l'intention de publier lesdites informations, alors le titulaire de droits sur la mesure technique de protection ne peut se prévaloir d'une atteinte grave à sa sécurité et à son efficacité.

414. **Les limites à la mise en œuvre de l'exception d'atteinte grave à la sécurité et à l'efficacité de la mesure technique.** Par ailleurs, il faut noter que le champ d'application des dispositions citées précédemment est circonscrit à la seule publication du « code source » et de la « documentation technique » du « logiciel indépendant et interopérant » du demandeur. Le titulaire de droits ne peut donc pas s'opposer à la publication de tout autre élément que le code source ou la documentation technique. Ainsi, il ne peut s'opposer à la publication des interfaces de programmation du logiciel du demandeur.

Cependant, cette exception au principe de l'absence d'obstacle à la publication des informations essentielles à l'interopérabilité constitue une remise en cause majeure, d'une part, de l'intérêt de la procédure devant l'HADOPI et, d'autre part, de la mise en œuvre effective de l'interopérabilité elle-même pour le cas des logiciels libres⁸¹⁷. En effet, pour le cas d'un logiciel « privateur » ou « propriétaire », l'absence de publication de son code source et de sa documentation technique n'est pas une difficulté, le défaut d'accès à ces éléments étant une caractéristique inhérente à ce type de logiciel.

En revanche, il n'en va pas de même pour le cas des logiciels libres⁸¹⁸, dont l'un des principes majeurs est la publication du code source⁸¹⁹. Ainsi, un éditeur de logiciel libre, qui sollicite l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité dans le cadre d'une procédure devant l'HADOPI, pourrait avoir le droit d'accéder au code source mais pourrait se voir interdire sa publication, sous prétexte d'une atteinte grave à la sécurité et à l'efficacité d'une mesure technique de protection. Cela reviendrait pour lui, finalement, à n'avoir aucun bénéfice de la procédure engagée devant la Haute Autorité. Dès lors, on comprend qu'un éditeur de logiciels libres n'ait pas d'intérêt à saisir l'HADOPI si en définitive, en raison de la licence de son logiciel, il ne peut publier le code source incorporant les informations essentielles à l'interopérabilité d'une mesure technique de protection.

En l'absence de décision de la Haute Autorité sur le champ d'application exact du moyen de défense de la

817 *Contra*, cf. F. Pollaud-Dulian, « Protection des œuvres diffusées sur Internet », *RTD Com.*, 2011, 7 juin 2011, p. 116 : « Ce texte [art. L. 331-32, al.3], concession aux tenants du logiciel dit « libre » permet à celui qui obtient des informations sur les mesures de protection pour élaborer un logiciel indépendant mais qui soit compatible, de publier le code source de son propre logiciel ; encore faut-il que cette publication ne porte pas atteinte aux droits du titulaire des droits sur la mesure technique en rendant publiques des informations de nature à priver le moyen technique de toute efficacité ».

818 cf. *supra*, p. 135.

819 Sur la problématique des logiciels libres dans le cadre de la loi DADSVI : C. Bernault, « La loi du 1^{er} août 2006 et l'interopérabilité : éléments pour décoder », *RLDI*, sept. 2006, p. 59 et s ; V. Varnerot, « La propriété littéraire et artistique en réseau », *Comm. Com. Electr.* Mars 2013, étude 4 : « celui qui modifie un logiciel libre, placé sous GNU GPL, celui qui utilise un contenu littéraire placé sous Creative Commons Share Alike, s'engage à loger l'œuvre seconde dont il est l'auteur sous le même régime, à conférer les mêmes droits que ceux dont il a bénéficié ». Les conditions de distribution d'un logiciel libre sont fixées par sa licence. La plus connue de ces licences est la licence publique générale GNU, dans ses différentes versions. cf. : www.gnu.org.

preuve de l'atteinte grave à la sécurité et à l'efficacité d'une mesure technique de protection à la disposition du titulaire de droits sur ladite mesure, un éditeur de logiciels libres ne peut donc pas, en pratique, saisir l'HADOPI pour solliciter l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité.

Le pouvoir de contrainte de la Haute Autorité est également à relativiser. Incomplètes, confuses, les dispositions en matière d'interopérabilité des mesures techniques semblent condamnées à ne jamais être mises en pratique. En effet, au regard des difficultés d'interprétation des dispositions du Code de la propriété intellectuelle, et des moyens à disposition des titulaires de droits sur les mesures techniques de protection pour se soustraire à la publication des informations essentielles à l'interopérabilité, il est peu probable qu'une jurisprudence constante de l'HADOPI émerge en ce domaine, à défaut d'une multiplication des saisines⁸²⁰. Vivement critiquée pour sa compétence dans le domaine de la lutte contre le téléchargement illégal, l'HADOPI n'est donc pas exonérée d'autres critiques pour son rôle de régulation et de veille dans le domaine des mesures techniques de protection, qui semble ne pas correspondre aux attentes des acteurs en la matière. A défaut d'efficacité de la procédure contentieuse, il ne reste donc que la procédure pour avis pour évaluer la portée de cette mission de l'HADOPI.

2. La procédure pour avis devant l'HADOPI

415. La saisine pour avis de l'HADOPI. Par application de l'article L. 331-36 du Code de la propriété intellectuelle, la Haute Autorité peut être saisie pour avis « de toute question relative à l'interopérabilité des mesures techniques ». Cette saisine peut être menée par « l'une des personnes visées à l'article L. 331-32 », soit un éditeur de logiciels, un fabricant de systèmes techniques ou un exploitant de services. Là encore, le consommateur est exclu. Toutefois, il a un intérêt indirect à ce que la Haute Autorité se prononce sur toute question relative à l'interopérabilité dès lors que cela permet, par exemple, à un éditeur de logiciel la mise en œuvre de l'interopérabilité une fois la réponse obtenue⁸²¹.

Cette procédure pour avis est ouverte, non pour solliciter un accès aux informations essentielles à l'interopérabilité d'une mesure technique de protection, mais bien pour « toute question relative à l'interopérabilité des mesures techniques ». Le champ d'application de cette procédure pour avis est donc relativement vaste.

820 T. Dreier, « Interopérabilité : la France, un exemple à suivre ? », *Propr. Intell.*, p. 419- 422, 1^{er} oct. 2007 : « en bref, la réponse définitive à la question : " interopérabilité : la France, un exemple à suivre ? Peut être éventuellement celle de la fameuse pièce de Shakespeare : " Much Ado About Nothing ", " beaucoup de bruit pour rien " ».

821 Art. R. 331-74, CPI : « les avis rendus en application de l'article L. 331-36 peuvent être publiés par la Haute Autorité ».

416. **Les cas de saisine pour avis de l'HADOPI.** Contrairement à la procédure contentieuse, l'HADOPI a déjà été saisie pour avis. Ainsi, la Bibliothèque Nationale de France (BNF) a saisi l'Autorité, le 27 février 2012, d'une demande d'avis quant à la présence de mesures techniques de protection sur les documents dont elle est destinataire au titre du dépôt légal. Dans son avis du 30 janvier 2013, la Haute Autorité a estimé « nécessaire de permettre à la Bibliothèque nationale de France de disposer, au titre du dépôt légal, d'une version de ces documents numériques non protégée par des mesures techniques »⁸²².

En 2012 également, l'association VideoLAN, éditrice du logiciel multimédia *VLC*, a saisi l'HADOPI d'une demande d'avis sur cette question évoquée précédemment de l'interopérabilité des mesures techniques de protection pour le cas d'un éditeur de logiciel libre⁸²³. La question posée à la Haute Autorité était la suivante : « de quelle manière l'association VideoLAN, éditrice du logiciel libre *VLC media player*, peut-elle mettre à disposition des utilisateurs une version du logiciel *VLC media player* permettant la lecture de l'ensemble des disques couramment regroupés sous l'appellation *Blu-Ray* et comportant des mesures techniques de protection (MTP), dans le respect de ses statuts et de l'esprit du logiciel ? »

L'HADOPI a rendu un avis le 8 avril 2013⁸²⁴. Elle a déclaré que, dans la cadre de la procédure pour avis, « l'association VideoLAN ne peut ni au titre de l'exception d'" ingénierie inverse ", ni au titre de l'exception de " décompilation ", obtenir les secrets des mesures techniques de protection AAC3 et BD+ apposées sur les disques *Blu-Ray*, ces secrets ne pouvant être considérés comme une composante logicielle ». En d'autres termes, un éditeur de logiciels libres ne peut se fonder sur les seules démarches techniques que sont la décompilation et l'ingénierie inverse pour mettre à la disposition des consommateurs un logiciel contournant les mesures techniques de protection d'un format donné⁸²⁵. Dans le cadre de cet avis, l'HADOPI a néanmoins affirmé que les demandeurs pourraient solliciter la communication des clés de chiffrement, informations essentielles à l'interopérabilité, mais « sous réserve de l'indemnisation appropriée - de toute information nécessaire à l'interopérabilité, y compris les secrets mis en œuvre par les mesures techniques de protection ».

Il est cependant à regretter que l'analyse de la Haute Autorité ait été réalisée sous l'angle d'une éventuelle

822 Hadopi, avis n° 2013-1, 30 janvier 2013 relatif à l'exception de dépôt légal.

823 Pour voir le texte complet de la saisine : M. Rees, « exclusif : la saisine de l'HADOPI par VideoLAN (VLC) », <www.pcinpact.com>, 11 mai 2012 ; « VLC saisit l'HADOPI pour pouvoir lire les Blu-Ray », <www.lemonde.fr>, 4 avril 2012.

824 Hadopi, avis n° 2013-2, 8 avril 2013, rendu sur saisine de l'association VideoLAN, *RLDI* 2013/93, p. 5, obs. L. Costes.

825 Rapport Lescure, *op.cit.*, p. 200.

procédure contentieuse et que la définition de l'« atteinte grave à la sécurité et à l'efficacité »⁸²⁶ d'une mesure technique de protection, susceptible de bloquer la publication du code source et de la documentation technique, n'ait pas été posée.

417. Les effets des décisions pour avis de l'HADOPI. Ce dernier avis n'est donc pas parvenu à clarifier l'articulation des dispositions relatives aux mesures techniques de protection avec celles relatives à l'interopérabilité, particulièrement pour le cas des logiciels libres. Le rapport Lescure résume parfaitement ce constat : « cet avis met en lumière la nécessité d'une clarification juridique sur l'articulation entre les mesures techniques de protection, protégées par la loi dès lors qu'elles sont efficaces, et l'interopérabilité, dont la mise en œuvre effective ne doit pas être entravée par les MTP. En particulier, il conviendrait de préciser, dans la loi ou dans un instrument de droit souple, le contenu de la " documentation technique " ainsi que les conditions dans lesquelles les fournisseurs de MTP peuvent s'opposer à la publication du code source par les éditeurs de logiciels tiers »⁸²⁷.

Il convient en outre de relativiser la portée même des avis émis par la Haute Autorité. En effet, l'avis n'a pas de valeur contraignante et il est fort peu probable qu'il modifie le comportement des titulaires de droits sur les mesures techniques de protection, d'autant que ces derniers sont majoritairement domiciliés à l'étranger, le plus souvent hors de l'Union européenne⁸²⁸. Ils n'ont donc que peu d'intérêt à se conformer aux préconisations d'une autorité administrative française. Toutefois, un avis de la Haute Autorité donne tout de même une indication sérieuse sur l'interprétation des dispositions du Code de la propriété intellectuelle à privilégier dans le cas, par exemple, de poursuites devant les juridictions pénales pour le contournement d'une mesure technique de protection ou la fourniture de moyens de contournement.

418. Conclusion de la Section. L'obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité en droit positif se limite à une obligation de ne pas faire obstacle à l'interopérabilité dans un contexte de recours aux mesures techniques de protection, dans les termes de l'article L. 331-5, alinéa 4, du Code de la propriété intellectuelle.

Or, d'un point de vue technique, la mise en œuvre de l'interopérabilité, à défaut de recours à un format ouvert de données, passe par la communication des informations essentielles à l'interopérabilité. Aussi, afin de faire face à la rétention de ces informations par les fournisseurs des mesures techniques, le législateur a

826 Art. L. 331-32, al. 3, CPI.

827 Rapport Lescure, *op. cit.*, p. 199.

828 J.-M. Bruguière et M. Vivant, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Précis Dalloz, 2013, p. 803.

instauré une procédure spécifique, confiée aujourd'hui à l'HADOPI dans le cadre de sa mission de régulation et de veille dans le domaine des mesures techniques de protection.

Cependant, cette procédure se révèle inadaptée aux besoins d'interopérabilité de notre société « interconnectée », du fait de l'instauration d'une série d'exceptions à la communication des informations essentielles à l'interopérabilité et l'omission volontaire des attentes du consommateur. Ce dernier ne pourra donc compter, en matière d'interopérabilité, sur cette Haute Autorité. On ne peut ainsi que constater l'échec de la procédure mise en place, faute de saisine de la Haute Autorité.

La solution envisagée par le législateur n'est donc pas satisfaisante. Ainsi, certains auteurs, tel que le Professeur Bernault, regrettent que le choix d'une procédure accessible à tous, envisagé initialement par l'Assemblée nationale, n'ait pas été davantage approfondi pour aboutir à la consécration d'un droit à l'interopérabilité, tout en proposant que soit mis un terme aux restrictions apportées à la lecture des contenus numériques⁸²⁹.

Dès lors, malgré la volonté affichée de concilier le droit d'auteur et le droit à l'interopérabilité, il résulte du régime juridique de protection des mesures techniques la persistance d'un conflit de droits, particulièrement visible lors de l'examen des dispositions pénales issues de la loi DADVSI. Il faut donc aller plus loin dans la consécration de l'obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité et passer d'une obligation de ne pas faire à une obligation de faire.

829 C. Bernault, « La loi du 1^{er} août 2006 et l'interopérabilité : éléments pour décoder », *RLDI*, sept. 2006, p. 59 et s. : « en fait, si l'on voulait assurer l'interopérabilité, il fallait envisager la question sous deux angles. Tout d'abord, en faisant de cette capacité d'interopérer un droit reconnu à tous, et en prévoyant des voies de recours en cas d'obstacle à sa mise en œuvre, comme l'avait fait l'Assemblée nationale. Certes la possibilité reconnue aux consommateurs et aux ayants droit de se tourner vers le juge de droit commun pour obtenir les informations nécessaires à l'interopérabilité peut être perçue comme une évolution vers la consécration d'un droit à l'interopérabilité mais au prix d'un risque important d'incohérence de la jurisprudence. Ensuite il aurait pu être judicieux de prendre la précaution de préciser que l'auteur, s'il peut réserver l'exclusivité de la diffusion de son œuvre à une plateforme de téléchargement, ne peut ensuite exiger que sa création ne soit accessible que par l'intermédiaire de certains lecteurs ou baladeurs numériques. Plus largement, si l'exclusivité peut exister au stade de l'offre de téléchargement, elle doit disparaître au moment de la lecture de l'œuvre téléchargée ».

SECTION II – LA MISE EN OEUVRE EFFECTIVE PAR L'ABSENCE D'OBSTACLE A L'INTEROPERABILITE EN DROIT PROSPECTIF : UNE OBLIGATION DE FAIRE

419. **L'évolution vers une obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité.** A supposer même que l'on puisse renforcer les prérogatives de l'Autorité de régulation et de veille dans le domaine des mesures techniques de protection, l'obligation de ne pas faire obstacle à l'interopérabilité par le recours aux mesures techniques de protection ne permettra jamais d'assurer la mise en œuvre de l'interopérabilité au profit du consommateur. L'interopérabilité ne peut en effet être garantie en présence de mesures techniques de protection. Aussi, tant que subsistera un régime juridique de protection des mesures techniques, il ne pourra y avoir de mise en œuvre effective du droit à l'interopérabilité. La garantie pour le consommateur du droit à l'interopérabilité induit en conséquence une réforme d'envergure tenant en la suppression du régime juridique des mesures techniques de protection et donc, logiquement, de l'obligation de ne pas faire obstacle à l'interopérabilité par le recours à ces mesures.

Plus avant, on ne peut se contenter de la seule suppression de cette obligation de ne pas faire obstacle pour assurer au consommateur le droit à l'interopérabilité. En effet, si l'on supprime l'obligation de ne pas faire obstacle, rien ne garantit que les sujets passifs mettront volontairement en œuvre en l'interopérabilité. Certes, ils n'auront plus recours aux mesures techniques de protection mais ils peuvent parfaitement n'accomplir aucune démarche dans le sens de l'interopérabilité, en conservant par exemple des formats de données fermés. C'est pourquoi, il ne faut pas se contenter de la suppression de l'obligation de ne pas faire et mais plutôt basculer vers une réelle obligation de mise en œuvre de l'interopérabilité.

Nous avons bien conscience que les propositions qui vont être formulées à présent ne sont pas consensuelles et peuvent heurter, voire choquer une partie de la doctrine. C'est un risque que nous assumons en raison de la nécessité d'ouvrir la discussion sur une évolution du régime juridique des mesures techniques de protection sous l'angle du droit de la consommation et non plus seulement sous celui du droit de la propriété intellectuelle. A l'instar de Monsieur Dourgnon « notre opposition ne porte donc pas sur la légitimité des ayants droit à être rémunéré de leur travail mais sur la cascade des effets collatéraux des DRM pour les consommateurs et en particulier sur l'interopérabilité »⁸³⁰.

830 J. Dourgnon, « L'impact de l'interopérabilité pour les consommateurs », in « Interopérabilité aspects juridiques, économiques et techniques », *RLDI*, supplément au n° 23, janv. 2007.

420. **Plan.** Ainsi, L'évolution de l'obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité devrait donc, à notre sens, pour être efficace, comporter deux volets : l'un portant sur l'obligation de garantir l'interopérabilité par la technique *via* l'interdiction des moyens de blocage de l'interopérabilité que sont les mesures techniques de protection, l'autre tenant en l'adoption systématique d'un format non protégé (I) et ouvert de données (II).

I. L'obligation de recourir à un format non protégé de données

421. **Le caractère obsolète du régime juridique des mesures techniques de protection.** Le recours aux mesures techniques de protection est une pratique courante pour les œuvres et objets protégés par un droit d'auteur et / ou un droit voisin. Les acteurs du secteur des biens culturels n'ont pas attendu l'adoption d'un cadre juridique pour recourir à ce type de mesures. La pratique est donc antérieure au régime juridique de protection des mesures techniques⁸³¹.

Ce régime date, rappelons-le⁸³², des traités WTC et WPPT de 1996. L'Internet grand public n'existait donc pas lors de l'élaboration du régime juridique des mesures techniques de protection. La notion d'interopérabilité n'est même pas évoquée dans ces textes. De même, la directive EUCD de 2001 n'a pas été élaborée dans le contexte d'aujourd'hui, dans lequel le consommateur est « hyper-connecté », voire dépendant de ses outils numériques, et ne fixe pas de disposition concrète relative à l'interopérabilité⁸³³. Aussi, il est légitime de

831 T. Maillard, « La réception des mesures techniques de protection des œuvres en droit français : commentaire du projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information », *Legipresse*, 2004, n° 208, II, p. 8 - 15, p. 1 : « Le recours à la technique paraît aujourd'hui nécessaire pour " traduire dans les faits les principes et garanties prévus par la loi " [considérant n° 13, directive EUCD] et il n'est pas anormal que le droit se saisisse de la question pour garantir l'effectivité de cet instrument d'effectivité du droit ».

832 cf. *supra*, p. 145.

833 CREDOC, R. Bigot, P. Croutte et E. Daudey, « La diffusion des technologies de l'information et de la communication dans la société française », *Collection des Rapports*, n° R297, 2013, p. 12 et 13 : « avec la multiplication des tablettes tactiles et des smartphones, une part croissante et significative des Français se connecte en permanence à Internet, quel que soit l'endroit : 37 % naviguent ainsi avec leur téléphone mobile, 29 % y téléchargent des applications et 30 % envoient des courriels. (...) La possibilité de se connecter en tout lieu induit l'opportunité de se connecter à tout moment. Les moindres interstices des emplois du temps sont ainsi comblés par le recours aux outils numériques. Pendant ce que l'on pourrait appeler les « temps morts », dans les transports en commun, passer dans une voiture, en attendant quelqu'un pour un rendez-vous ou dans une file d'attente, la tentation est grande de s'occuper avec un téléphone mobile, une console de jeux, un lecteur MP3 ou une tablette. 49% de la population envoient des SMS ou des courriels lorsqu'ils patientent, 48% écoutent de la musique, 47% téléphonent, 26% naviguent sur Internet, 20% jouent à des jeux électroniques et 11% regardent des vidéos. Force est de constater que les nouvelles technologies ont encore trouvé une place où s'insérer dans notre quotidien ».

IFOP, « les Français et la mobilité numérique », <http://www.ifop.com/media/poll/2647-1-study_file.pdf>, avril 2014.

Y. Gaubiac, « Interopérabilité et droit de propriété intellectuelle », *RIDA* 2007, n° 211, p. 91 : « la problématique des mesures techniques a une suite : l'interopérabilité. Un droit d'accès est en cause, même si la place de l'interopérabilité dans une loi sur le droit d'auteur et les droits voisins ne va pas de soi et fait figure de corps étranger, sauf à être considérée comme une exception aux droits exclusifs et soumise par conséquent au test des trois étapes. L'interopérabilité n'a pas été abordée dans les Traités de l'OMPI du 20 décembre 1996et, surtout, n'a pas fait l'objet dans la Directive droit d'auteur société de l'information du 22 mai 2001 de solutions à transposer dans le droit interne des États membres de l'Union européenne. Cette directive contient seulement un

s'interroger à nouveau sur l'adéquation du régime juridique des mesures techniques de protection à la société contemporaine.

422. Le caractère inadapté du régime juridique des mesures techniques de protection. La justification originelle du recours aux mesures techniques de protection pouvait sembler louable. Cependant, ses effets actuels sur l'équilibre général du droit de la propriété intellectuelle, de nos jours, remettent en cause le bien-fondé de son régime juridique. En effet, comme le souligne Monsieur Maillard « il n'est pas certain que le droit d'auteur *à la française* qui, depuis deux siècles, a su faire preuve d'adaptabilité et de flexibilité, sorte tout à fait indemne de la réception des mesures techniques qui – par leur nature même – semblent étrangères à ces vertus »⁸³⁴. La garantie du droit d'auteur et des droits voisins par le recours aux mesures techniques de protection se ferait donc au mépris d'ajustements possibles de leur régime pour la préservation d'autres composants nécessaires à l'équilibre de la matière, tels que l'interopérabilité, et cela au détriment du consommateur. Or, dès avant l'entrée en vigueur de la loi DADVSI, des auteurs tels que Madame Nisato ou Maître Sardain ont pu identifier l'obstacle que représentaient les mesures techniques de protection à l'utilisation de l'œuvre par le consommateur⁸³⁵.

423. Plan. La préservation du droit d'auteur ne justifie pas, à notre sens, d'opérer un sacrifice du droit à l'interopérabilité, d'autant qu'il existe des moyens moins attentatoires à ce dernier garantissant le droit d'auteur et les droits voisins. Une obligation de mise en œuvre de l'interopérabilité par le recours systématique à un format non protégé devrait donc être posée. Cette obligation induit nécessairement, et concomitamment, l'abrogation du régime juridique des mesures techniques de protection (A), la consécration d'une obligation de recours à un format non protégé de données (B) et le développement des mesures techniques d'information (C).

A. L'abrogation du régime juridique des mesures techniques de protection.

424. Plan. La proposition d'abrogation du régime juridique des mesures techniques de techniques, formulée par une personne extérieure au droit de la propriété intellectuelle, peut choquer. Mais notre but est la recherche d'une préservation des droits du consommateur, non une remise en cause des droits de propriété

considérant évoquant la perspective de l'interopérabilité. Or, cette question était connue – puisque abordée dans cette directive – cela depuis longtemps en matière de logiciel ».

⁸³⁴ T. Maillard, *op. cit.*, p. 1.

⁸³⁵ V. Nisato, *Le consommateur et les droits de propriété intellectuelle*, Thèse Université Avignon, 2005 ; F. Sardain, « Le public, le consommateur et les mesures techniques de protection des œuvres », *Comm. Com. Électr.*, mai 2004, étude 12.

intellectuelle. Or, droit d'auteur et droit à l'interopérabilité ne parviennent pas à cohabiter en l'état du droit positif.

Aussi, on ne peut que constater l'existence d'un déséquilibre du cadre juridique en faveur du droit d'auteur et des droits voisins, ceci en raison de la protection dont bénéficient les mesures techniques. Compte tenu de l'incompatibilité de l'interopérabilité et des mesures techniques de protection, le rééquilibrage passe nécessairement par l'interdiction des mesures techniques de protection.

En effet, le recours aux mesures techniques de protection s'avère particulièrement contraignant pour les consommateurs et les tentatives de limitation de leur champ d'application sont un échec du point de vue de la mise en œuvre du droit à l'interopérabilité (1). De même, la solution de la publication du code source des mesures techniques de protection n'est pas satisfaisante (2). La seule solution est donc celle de l'interdiction des mesures techniques de protection (3).

1. L'échec de la limitation du champ d'application des mesures techniques de protection

425. **Plan.** La limitation du champ d'application des mesures techniques de protection a été envisagée selon deux angles : celui de l'incitation à la renonciation volontaire par le biais de mesures fiscales (a) et celui de l'encadrement par la jurisprudence (b).

a. L'échec de la limitation du champ d'application des mesures techniques de protection par la régulation fiscale

426. **Le constat de l'absence de renonciation volontaire aux mesures techniques de protection.** Malgré des évolutions majeures dans certains secteurs, en particulier ceux de la musique et de la vidéo⁸³⁶, le recours aux mesures techniques de protection persiste et tend même à se renforcer pour le cas des livres numériques. Les professionnels n'ont donc pas renoncé à ces mesures, en constant développement dans un sens plus restrictif. La réflexion actuelle sur la conception de telles mesures sur la base de la technologie de l'informatique en nuage le démontre⁸³⁷.

427. **L'incitation fiscale à la renonciation aux mesures techniques de protection.** Afin d'encourager à la renonciation aux mesures techniques de protection, l'idée a donc été de favoriser, d'un point de vue fiscal, les

⁸³⁶ cf. *supra*, p. 160.

⁸³⁷ cf. *supra*, p. 145.

contenus, et plus particulièrement les livres numériques mis à disposition du consommateur dans un format ouvert et interopérable. Partant du constat que les livres numériques publiés avec mesures techniques de protection n'octroient pas au consommateur les mêmes droits (prêt, vente...), des parlementaires ont déposé des amendements visant à ne pas leur appliquer le taux de TVA réduit dont bénéficient les livres⁸³⁸.

D'abord adoptée lors des discussions du projet de loi de finances 2014, cette modification a, par la suite, été supprimée du texte final⁸³⁹ et a été de nouveau rejetée lors de l'examen du projet de loi de finances rectificative pour 2014⁸⁴⁰.

428. L'interdiction du taux de TVA réduit pour les livres numériques. Par un arrêt du 5 mars 2015 rendu contre la France, la CJUE a mis un terme aux discussions sur le sujet de l'application du taux TVA réduit pour les seuls livres numériques diffusés dans un format ouvert. En effet, d'après la Cour, un livre numérique ne peut, quel que soit son format, bénéficier du taux de TVA réduit réservé à la seule fourniture de livres sur « tout type de support physique »⁸⁴¹. Elle qualifie la fourniture de livres électroniques de « service fourni par la

838 Exposé sommaire, amendement n° II-22, projet de loi de finances pour 2014 : « La vente de livres sous une forme dématérialisée est en pleine croissance. Le marché est encore réduit par rapport à celui des livres papier, mais les prévisions laissent à penser que ce secteur continuera à se développer. Les principaux acteurs ont profité de leur avance pour constituer des écosystèmes fermés. Lorsque l'on regarde les contrats de vente qu'ils proposent, on réalise facilement que ce ne sont pas des livres qui sont vendus, mais des licences de lecture. Ces licences contiennent bien plus de contraintes que celles entourant la vente d'un livre papier (notamment concernant l'épuisement des droits). Alors que la majorité des acteurs concernés (auteurs, éditeurs, bibliothécaires, responsables politiques) appellent à un plus grand respect des droits des lecteurs, notamment en essayant de promouvoir l'interopérabilité des livres en format électronique, il nous paraît important de favoriser les vendeurs qui respectent ce principe. Nous proposons donc que seuls les livres électroniques vendus en format électronique ouvert puissent bénéficier de la TVA à taux réduit. Les systèmes à base de licence de lecture qui enferment le client avec un logiciel spécifique n'en bénéficieront plus. Cette incitation fiscale à la vente de livres permettra aux éditeurs de se recentrer sur leur métier principal, sans dépenser des fortunes en mesures de protection qui finissent toutes par être contournées (...) ».

839 Exposé sommaire, amendement n° II-8, projet de loi de finances pour 2014 : « Cet amendement a pour objet de supprimer la restriction aux seuls livres électroniques vendus sous un format de fichier « ouvert », c'est-à-dire non soumis à une licence de lecture, l'application du taux réduit de la TVA applicables aux livres numériques. Depuis le 1er janvier 2012, les livres numériques, quel que soit leur format, bénéficient de l'application d'un taux réduit de TVA. La Commission européenne a déjà contesté cette décision et a déféré notre loi fiscale devant la Cour de Justice, estimant que la directive TVA n'ouvre pas une telle possibilité et que cette mesure crée des distorsions de concurrence au sein du marché intérieur. Même si nous contestons cette interprétation, il existe un risque d'entraîner la condamnation de la France pour l'application du taux réduit de TVA au livre numérique. Le dispositif adopté par votre Assemblée avec l'amendement 22 restreint le champ d'application de la mesure ce qui fragilise encore l'ensemble du dispositif au regard du droit de l'Union européenne. Le développement d'une offre de livre numérique diversifiée doit sans aucun doute être accompagné de mesures visant à prévenir les fortes poussées monopolistiques qui affectent naturellement les secteurs de la diffusion des biens culturels numérisés. Mais la modulation du taux de TVA n'est pas le bon moyen pour y parvenir. En conséquence, il convient de supprimer cet article ».

840 Amendements n° 139 et 290, projet de loi de finances rectificative pour 2014.

841 CJUE, aff. C-479/13, 5 mars 2015, § 27 et 28 : « il convient de relever que cette annexe III mentionne expressément, à son point 6, dans la catégorie des prestations pouvant faire l'objet de taux réduit de TVA, la " fourniture de livres, sur tout type de support physique ". Il ressort ainsi des termes de ce point que le taux réduit de TVA est applicable à l'opération qui consiste à fournir un livre se trouvant sur un support physique. Ainsi que l'observe à juste titre la Commission, toute autre interprétation viderait de leur sens les termes " sur tout type de support physique " figurant audit point. Si, certes, le livre électronique nécessite, aux fins d'être lu, un support physique, tel qu'un ordinateur, un tel support n'est cependant pas compris dans la fourniture de livres électroniques ».

voie électronique »⁸⁴². En d'autres termes, il n'est pas possible de favoriser l'adoption de formats ouverts pour les livres par l'adoption d'un taux de TVA réduit.

En l'état du droit positif, il n'existe donc pas d'incitation fiscale à la renonciation aux mesures techniques de protection et de limitation de leur champ d'application par ce biais. Cette limitation est intervenue par l'interprétation jurisprudentielle des textes.

b. L'échec de la limitation du champ d'application des mesures techniques de protection par la jurisprudence

429. La limitation textuelle du champ d'application des mesures techniques de protection. Toutes les mesures techniques ne bénéficient pas du régime juridique de protection. En effet, aux termes du considérant 48 de la directive EUCD, doivent être juridiquement protégées « (...) les mesures techniques qui permettent efficacement de limiter les actes non autorisés par les titulaires d'un droit d'auteur, de droits voisins ou du droit *sui generis* sur une base de données, sans toutefois empêcher le fonctionnement normal des équipements électroniques et leur développement technique (...) ». Sont donc protégées les mesures techniques qui ne portent pas atteinte au bon fonctionnement des outils numériques. En outre, il doit être rappelé que seules les mesures techniques « efficaces » bénéficient du régime juridique protecteur⁸⁴³. Le champ d'application des mesures techniques de protection paraît assez large. Il est également assez flou dans ses limites, compte tenu du peu de précision du considérant 48.

430. La limitation jurisprudentielle du champ d'application des mesures techniques de protection. La tâche de la détermination du champ d'application du régime protecteur des mesures techniques est donc logiquement revenue aux juridictions. C'est la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) qui, notamment dans un arrêt du 23 janvier 2014, a posé les limites à la protection juridique des mesures techniques⁸⁴⁴. En résumé, dans l'arrêt *Nintendo*, elle énonce que le recours à ces mesures doit être proportionné et nécessaire. Plus précisément, les mesures techniques de protection doivent avoir pour seul objectif de faire obstacle aux actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin, doivent être appropriées et nécessaires à cette finalité, dans le respect du principe de proportionnalité⁸⁴⁵.

⁸⁴² CJUE, aff. C-479/13, 5 mars 2015, § 34.

⁸⁴³ cf. *supra*, p. 148.

⁸⁴⁴ CJUE, *Nintendo e. a. / PC Box Srl e. a.*, C-355/12, 23 janvier 2014, *RLDI* 2014/101, n° 3342, obs. L. Costes ; *RLDI* 2014/102, n° 3402, obs. B. Galopin, et n° 3403, obs. A. Lefèvre ; *Comm. Com. Electr.* 2014, comm. 26, C. Caron.

⁸⁴⁵ A.-S. Lampe, « L'affaire Nintendo : condamnation des distributeurs de linkers par la Cour d'appel de Paris. Quels enseignements tirer sur l'exception de décompilation aux fins d'interopérabilité et la commercialisation de moyens de contournement de mesures techniques de protection (MTP) », *RLDI*, fév. 2012, p. 16-22 ; A.-S. Lampe et Leriche St., « Contrefaçon de logiciel, exception de décompilation et contournement de Mesures Techniques (MTP) : l'affaire Nintendo, ou la difficulté de la preuve au

Ainsi, d'après les considérants 30 et 31, « une protection juridique contre les actes non autorisés par le titulaire des droits d'auteur doit respecter, conformément à l'article 6, paragraphe 2, de la directive 2001/29 interprété à la lumière du considérant 48 de celle-ci, le principe de proportionnalité et ne doit pas interdire les dispositifs ou les activités qui ont, sur le plan commercial, un but ou une utilisation autre que de faciliter la réalisation de tels actes au moyen du contournement de la protection technique. Ainsi, ladite protection juridique est accordée uniquement à l'égard des mesures techniques qui poursuivent l'objectif d'empêcher ou d'éliminer, en ce qui concerne les œuvres, les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur visés au point 25 du présent arrêt. Lesdites mesures doivent être appropriées à la réalisation de cet objectif et ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire à cette fin ».

431. La fonction du juge quant à la limitation du champ d'application des mesures techniques de protection. La CJUE a en outre précisé que l'examen du caractère nécessaire, approprié et proportionnel d'une mesure technique de protection incombait aux juridictions saisies d'un litige relatif à son contournement. Dans sa décision, la CJUE donne néanmoins un faisceau d'indices pour apprécier si une mesure technique peut bénéficier du régime protecteur : « il incombe à la juridiction nationale de vérifier si d'autres mesures ou des mesures non installées sur les consoles pourraient causer moins d'interférences avec les activités des tiers ou de limitations de ces activités, tout en apportant une protection comparable pour les droits du titulaire. À cette fin, il est pertinent de tenir compte, notamment, des coûts relatifs aux différents types de mesures techniques, des aspects techniques et pratiques de leur mise en œuvre ainsi que de la comparaison de l'efficacité de ces différents types de mesures techniques en ce qui concerne la protection des droits du titulaire, cette efficacité ne devant pas, toutefois, être absolue. Il appartient également à ladite juridiction d'examiner le but des dispositifs, des produits ou des composants susceptibles de contourner lesdites mesures techniques. À cet égard, la preuve de l'usage que les tiers font effectivement de ceux-ci va être, en fonction des circonstances en cause, particulièrement pertinente. La juridiction nationale peut, notamment, examiner la fréquence avec laquelle ces dispositifs, produits ou composants sont effectivement utilisés en méconnaissance du droit d'auteur ainsi que la fréquence avec laquelle ils sont utilisés à des fins qui ne violent pas ledit droit ».

Or, à la lecture de ces indices, un constat s'impose : celui de l'extrême difficulté, voire, pour le juge de son impuissance, à déterminer si une mesure technique de protection est nécessaire, appropriée et

secours des distributeurs de linkers », *RLDI* 2010 / 57, p. 22.

proportionnée.

432. Les difficultés du juge quant à la limitation du champ d'application du régime juridique des mesures techniques de protection. En particulier, il apparaît peu évident de laisser aux juridictions la tâche de comparer les coûts, les aspects techniques et l'efficacité des différentes mesures qui auraient pu être adoptées dans un cas d'espèce⁸⁴⁶. Nécessairement, la décision du juge, qui ne dispose pas des connaissances techniques lui permettant de réaliser seul les comparaisons demandées par la CJUE, va donc dépendre des informations qui vont lui être communiquées, soit par les parties soit par un expert qu'il aura désigné à cette fin.

Ainsi, si l'on fait application du faisceau d'indices exposé par la CJUE pour le cas de l'interopérabilité, il reviendrait au juge, dans le cadre d'un litige relatif à l'application des dispositions de l'article L. 331-5, alinéa 4, du Code de la propriété intellectuelle, de procéder à la comparaison des différents moyens de garantie du droit d'auteur et des droits voisins, selon leur coût, leur technique et leur efficacité et de déterminer si les mesures adoptées étaient les mieux adaptées compte tenu des droits protégés et de l'exigence d'interopérabilité. En outre, il devrait examiner si le dispositif visant au contournement de la mesure à des fins d'interopérabilité est plus fréquemment utilisé pour cette seule finalité que pour celui d'une atteinte au droit d'auteur et aux droits voisins.

La saisine d'une juridiction pour écarter l'application du régime juridique à une mesure technique qui s'avère ne pas être nécessaire, appropriée et proportionnée, serait alors le seul moyen de mise en œuvre effective du droit à l'interopérabilité. Or, ce moyen comporte à un aléa important compte tenu de la difficulté de la tâche qui incombe à la juridiction. Celui-ci n'est pas admissible dès lors qu'il est établi qu'interopérabilité et mesure technique de protection ne peuvent être mises en œuvre concomitamment. De ce fait, fixer un cadre strict au champ d'application du régime juridique des mesures techniques de protection s'avère vain dans la perspective de la garantie de la mise en œuvre effective du droit à l'interopérabilité. Certains ont proposé une solution moins radicale que l'abrogation du régime juridique des mesures techniques de protection : l'obligation de publier le code source de ces mesures.

⁸⁴⁶ HADOPI, « Contribution à la consultation européenne publique sur le droit d'auteur, » <http://hadopi.fr/sites/default/files/hadopi_consultation.pdf>, 13 mars 2014, p. 6 : « La décision Nintendo met par ailleurs en évidence la difficulté de la tâche qui revient alors au juge national. Il se doit en effet de tenir compte d'une série de paramètres pour son appréciation, tels que les coûts des différents types de mesures, les aspects techniques et pratiques de leur mise en place et la comparaison de leur efficacité ».

2. L'insuffisance de la solution de la publication du code source des mesures techniques de protection

433. **La solution de la publication du code source des mesures techniques de protection envisagée dans le cadre de la réforme de la directive EUCD.** Une voie médiane semble avoir été dessinée le 14 janvier 2015, au sein d'une première version d'un projet de rapport du Parlement européen relatif à la révision de la directive EUCD⁸⁴⁷. Aux termes de ce pré-rapport, il est proposé que la protection juridique des mesures techniques de protection soit subordonnée à la publication de leur code source ou des interfaces de programmation⁸⁴⁸, à des fins d'interopérabilité.

434. **L'insuffisance de cette solution.** Cette recommandation paraît, au premier abord, constituer un signe fort en faveur de l'interopérabilité dans un contexte de recours aux mesures techniques de protection. Cependant, cette solution présente différentes difficultés⁸⁴⁹.

En premier lieu, il a été exposé précédemment que les seules publications du code source et des interfaces de programmation sont insuffisantes, à défaut de mise à disposition des clés de chiffrement⁸⁵⁰. En second lieu, cette solution présente une réelle difficulté pour les éditeurs de logiciels, à savoir celle de l'intégration constante des nouveaux codes sources publiées par les fournisseurs de mesures techniques de protection. En effet, chaque modification, même mineure, du code source d'une mesure technique de protection devra être intégrée au logiciel par son éditeur. Un nouvel obstacle à l'interopérabilité pourrait, dans ce contexte, émerger : celui de la modification constante du code source de la mesure technique de technique afin

847 J. Reda, Committee on Legal Affairs, Draft Report on the implementation of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (2014/2256(INI)), <https://pub.juliareda.eu/copyright_evaluation_report.pdf>, 14 janv. 2015.

848 J. Reda, *op. cit.*, p. 7 : « 24. Recommends making legal protection against the circumvention of any effective technological measures conditional upon the publication of the source code or the interface specification, in order to secure the integrity of devices on which technological protections are employed and to ease interoperability; in particular, when the circumvention of technological measures is allowed, technological means to achieve such authorised circumvention must be available ; [recommande de conditionner la protection juridique contre le contournement de toute mesure technique efficace à la publication du code source ou à la spécification d'interface, afin de garantir l'intégrité des dispositifs sur lesquels les protections technologiques sont employés et faciliter l'interopérabilité ; en particulier, lorsque le contournement des mesures techniques est autorisée, les moyens technologiques pour un tel contournement doivent être rendus disponibles]. ».

849 C. Bernault, « La loi du 1^{er} août 2006 et l'interopérabilité : éléments pour décoder », *RLDI*, sept. 2006, p. 60 : « (...) pour assurer la plus grande protection des œuvres, on peut garder le secret sur les codes sources des mesures techniques, ce qui revient à écarter toute possibilité d'interopérer. On protège alors efficacement les droits des auteurs et auxiliaires de la création, les mesures techniques ne pouvant être contournées que par les informaticiens les plus expérimentés et à peine de sanctions. Mais on limite aussi la liberté de choix des consommateurs, qui se retrouvent " captifs " dans la mesure où ils ne peuvent télécharger où ils le souhaitent les titres à écouter sur leur lecteur (...) Enfin, à l'inverse, on pourrait considérer que les codes sources de toutes les mesures techniques doivent être rendus publics. Cela aurait pour effet pervers de faciliter grandement leur contournement. On se trouverait alors face à une loi qui, tout en consacrant les mesures techniques, remettrait en cause leur efficacité ».

850 cf. *supra*, p. 241.

d'empêcher son intégration technique.

Ainsi, si nous ne pouvons que saluer la recommandation faite par ce projet de rapport, il faut constater que les interrogations qu'elle suscite en démontre les limites en termes de mise en œuvre effective de l'interopérabilité⁸⁵¹. Dès lors, la seule solution est celle de l'interdiction des mesures techniques de protection.

3. L'interdiction des mesures techniques de protection

435. L'abrogation des dispositions relatives aux mesures techniques de protection au niveau interne.

Compte tenu des développements précédents, il est patent que l'on ne peut compter, pour favoriser la mise en œuvre du droit à l'interopérabilité au bénéfice du consommateur, ni sur une renonciation volontaire au recours aux mesures techniques de protection ni sur une limitation du champ d'application du régime juridique de ces mesures ni sur une obligation de publier le code source et les interfaces de programmation des mesures techniques de protection.

Il conviendrait donc, dans ces conditions, de proposer une modification radicale du droit positif par l'abrogation de l'ensemble des dispositions relatives au régime protecteur des mesures techniques, à savoir les dispositions des articles L. 331-5 et suivants du Code de la propriété intellectuelle relatives aux mesures techniques, les dispositions des articles L. 331-31 et suivants relatives à la mission de la Haute Autorité de régulation et de veille dans le domaine des mesures techniques de protection, ainsi que les dispositions réglementaires des articles R. 331-55 et suivants de ce même code.

Certes, le projet de loi relatif à l'adaptation au droit de l'Union européenne dans les domaines de la propriété littéraire et artistique et du patrimoine culturel n'est pas propice à une telle évolution des textes⁸⁵². La

⁸⁵¹ Pour une analyse critique du projet de rapport Reda, cf. Secrétariat général des affaires européennes, note de commission, projet de rapport d'évaluation de la directive 2001/29 du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, 19 janv. 2015 : « Le projet de rapport recommande de conditionner la protection des mesures de protection à la divulgation des codes-sources. S'il peut sembler important, dans le cadre de législations nationales, de prévoir des dispositions spécifiques permettant à favoriser l'interopérabilité, cette question est indépendante de celle de la protection juridique des mesures techniques de protection protégeant des œuvres ou autres objets protégés. Les Autorités françaises estiment en conséquence qu'il est inopportun de conditionner la protection juridique des mesures techniques de protection et celle de l'accès au code-source ».

⁸⁵² Projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans les domaines de la propriété littéraire et artistique et du patrimoine culturel, n° 2319, déposé le 22 octobre 2014. Des amendements ont été déposés dans le sens d'une limitation du champ d'application des mesures techniques de protection, en particulier s'agissant du cas des œuvres orphelines, cf. amendement n° AC8, Mme I. Attard.

concertation en cours, sous l'égide du Conseil national du numérique et en vue de l'élaboration d'un projet de loi relatif au numérique pourrait quant à elle être l'occasion de cette abrogation⁸⁵³.

436. L'abrogation des dispositions relatives aux mesures techniques de protection aux niveaux européen et international. Le respect du principe de hiérarchie des normes impose également que l'abrogation de ce régime juridique ne soit pas limité au droit interne. Ainsi, la directive EUCD et les traités WTC et WPPT doivent être réformés dans le sens d'une abrogation du régime protecteur des mesures techniques, dans la perspective de la mise en œuvre effective du droit à l'interopérabilité.

Cependant là encore, il ne semble pas que l'abrogation du régime juridique des mesures techniques de protection soit envisagée au niveau international comme le démontre le contenu de différents traités en discussion tel que l'Accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada ou *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA)⁸⁵⁴.

De même, au niveau européen, la dernière consultation sur la réforme du droit d'auteur ne laisse pas présager une évolution favorable des textes vers une obligation positive de mise en œuvre effective du droit à l'interopérabilité. Mais, comme nous avons pu le voir, la question de la révision de la directive EUCD est soulevée. Une consultation publique a eu lieu au début de l'année 2014⁸⁵⁵. Le Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique (CSPLA), dans son rapport relatif à la révision de la directive 2001/29/CE, n'a

853 Site Internet de la concertation : <<http://contribuez.cnnumerique.fr/>>.

Il est à noter que le Rapport « Lemoine », élaboré à la demande du Gouvernement, ne fait état d'aucune proposition quant aux mesures techniques de protection. cf. P. Lemoine, Rapport « La nouvelle grammaire du succès – La transformation numérique de l'économie française », <<https://stample.co/assets/transnum/Rapport-Mission-Lemoine-Nov-2014.pdf>>, nov. 2014.

X. Berne, « Projet de loi numérique : le CNNum présente les thèmes de sa concertation », <<http://www.nextinpact.com/news/89709-projet-loi-numerique-cnnum-presente-themes-sa-concertation.htm>>, 5 sept. 2014.

854 CETA, p. 341 : « 5.3(1) Each Party shall provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used by authors, performers or producers of phonograms in connection with the exercise of their rights in, and that restrict acts in respect of, their works, performances, and phonograms, which are not authorized by the authors, the performers or the producers of phonograms concerned or permitted by law. [Chaque Partie prévoit une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont utilisées par les auteurs, interprètes ou producteurs de phonogrammes dans le cadre de l'exercice de leurs droits concernant, et qui restreignent les usages à l'égard de, leurs œuvres, prestations, phonogrammes et qui ne sont pas autorisés par les auteurs, les artistes ou les producteurs de phonogrammes concernés ou tel qu'autorisé par la loi] ».

855 Consultation publique sur la révision des règles de l'Union européenne en matière de droit d'auteur, <http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/index_fr.htm> ; V. - L. Benabou et C. Zolynski, « Quelle réforme du droit d'auteur pour l'Union européenne? », *D.* 2014, p. 731 : « 11 117 ! C'est le nombre de réponses adressées à la Commission européenne dans le cadre de sa consultation publique sur la réforme du droit d'auteur en Europe (<http://ec.europa.eu>). Révision : le mot est lâché et le chantier est en cours. Parallèlement à son action de catalyse des engagements de l'industrie - menée avec un succès relatif - visant à étoffer l'offre de contenus dans le cadre du programme « Licences for Europe », la Commission entreprend désormais de réformer l'acquis pour mieux l'adapter à l'environnement numérique et aux nouveaux usages des biens culturels ».

formulé aucune recommandation en faveur d'un réexamen du régime juridique des mesures techniques de protection⁸⁵⁶. En revanche, les diverses consultations ouvertes par le Conseil National du Numérique sont l'occasion de propositions à ce sujet⁸⁵⁷.

Cependant, il semble clairement que les perspectives d'évolution du droit s'opposent clairement à l'instauration d'une obligation de faire à la charge des sujets passifs du droit à l'interopérabilité, comme en témoigne, par exemple, le contenu du projet CETA : « 5.3 (3) Dans l'application des paragraphes 5.3 (1) et (2), aucune partie ne sera tenue d'exiger que la conception, ou la conception et la sélection des pièces et composants, pour des appareils électroniques grand public, pour les télécommunications, ou pour un produit informatique, permette de répondre à une mesure technique particulière, tant que le produit ne contrevient pas par ailleurs aux mesures d'application de ces paragraphes. L'intention de cette disposition est que cet accord n'exige pas d'une Partie qu'elle exige l'interopérabilité dans la loi, c'est-à-dire qu'il n'existe aucune obligation pour les industries TIC (Technologies de l'information et de la communication) de concevoir des dispositifs, produits, composants ou services correspondant à certaines mesures techniques de protection »⁸⁵⁸.

Aussi, nous avons conscience que le contexte n'est pas favorable à une telle interdiction et que la proposition de réforme des textes internationaux et européens en ce sens relève davantage du vœu pieux que d'un projet pouvant se concrétiser dans un avenir proche. Mais, une fois de plus, nous insistons sur le fait que cette proposition n'a que pour objectif d'ouvrir la discussion sur l'obstacle que constitue le recours aux mesures techniques de protection pour le droit à l'interopérabilité au bénéfice du consommateur. L'interdiction des

856 CSPLA, « Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information », oct. 2014, p. 76-79.

857 Pour exemple, cf. G. Colcanap, <http://contribuez.cnumerique.fr/consultations?search_api_views_fulltext=colcanap> 28 janv. 2015 : « (...) 3. revoir la notion juridique d'interopérabilité en y intégrant les usages, le droit de consulter sur tous supports et introduire une garantie de suivi des développements technologiques. Inscrire clairement la primauté du droit à l'interopérabilité sur les MTP ; 4. les dispositifs intégrés aux MTP doivent reconduire a minima en cas d'achat pérenne toutes les exceptions reconnues par le CPI dans l'univers imprimé : reproduction, communication dans le cercle de famille, courte citation... En particulier, il convient d'étendre l'exception de copie privée de sorte que les utilisateurs puissent prendre toute disposition technique utile à la lecture de l'œuvre sur le support de leur choix ; 5. pour en finir avec la multiplication de dispositifs de contrôle, les pouvoirs publics doivent soutenir la mise en place d'un format de MTP commun à toute l'édition, interopérable, facilement adaptable et permettant la conservation des données dans le temps ; 6. les mesures techniques de cryptage ne sont pas l'unique système de gestion et de protection des droits numériques. Il faut favoriser d'autres types de dispositifs que ceux qui sont aujourd'hui utilisés dans les offres aux collectivités, en particulier l'accès par mot de passe ».

858 CETA, p. 342 : « 5.3(3) *In implementing paragraphs 5.3(1) and (2), no Party shall be obligated to require that the design of, or the design and selection of parts and components for, a consumer electronics, telecommunications, or computing product provide for a response to any particular technological measure, so long as the product does not otherwise contravene its measures implementing these paragraphs. The intention of this provision is that this Agreement does not require a Party to mandate interoperability in its law, i.e., there is no obligation for the ICT (Information Communication Technology) industry to design devices, products, components, or services to correspond to certain technological protection measures* ».

mesures techniques et son pendant, l'obligation de recours aux formats non protégés de données, constituent bien la solution idéale, mais encore utopiste, pour la défense des intérêts de ce seul sujet.

B. La consécration d'une obligation de recours aux formats non protégés de données

437. La modification des dispositions du Code de la propriété intellectuelle. L'abrogation du régime des mesures techniques de protection ne suffirait pas pour la mise en œuvre effective de l'interopérabilité. Aussi, en lieu et place du régime des mesures techniques de protection, aux articles L. 331-5 et suivants du Code de la propriété intellectuelle, devrait être affirmée sans ambiguïté une obligation de recours à un format non protégé, ainsi que l'interdiction du recours aux mesures techniques de protection.

La proposition est inspirée de la rédaction actuelle et formulée en ces termes : « Les titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur d'une œuvre doivent garantir la mise en œuvre effective du droit à l'interopérabilité par le recours à un format non protégé de données, notamment par des mesures techniques de protection. On entend par mesure technique au sens du deuxième alinéa toute technologie, dispositif, composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, est destiné à empêcher ou à limiter les utilisations non autorisées par les titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur d'une œuvre ».

438. La préservation du régime juridique du droit d'auteur et des droits voisins. La proposition d'abrogation du régime juridique des mesures techniques de protection est formulée à des fins exclusives de mise en œuvre du droit à l'interopérabilité mais ne fait pas l'unanimité. La principale critique qui pourrait être formulée à son encontre de cette proposition est celle de la suppression d'un garde fou à la violation des droits d'auteur et droits voisins. Cette critique ne paraît cependant pas fondée.

En effet, d'autres moyens, alternatifs aux mesures techniques de protection, permettent de préserver ces droits tout en garantissant le droit à l'interopérabilité. De multiples moyens alternatifs aux mesures techniques de protection existent. Mais entre les propositions d'une licence globale⁸⁵⁹ ou encore d'une

⁸⁵⁹ La licence globale peut être définie de manière succincte comme un mode de rémunération des titulaires de droits basé sur une contribution forfaitaire, versée par chaque consommateur en sus de son abonnement internet, et répartie proportionnellement aux taux de téléchargement.

rémunération proportionnelle au partage⁸⁶⁰, l'entrée en vigueur de la réponse graduée⁸⁶¹ et la place de la sanction de la contrefaçon⁸⁶², l'analyse s'avère particulièrement complexe et pourrait faire l'objet d'une étude à part entière.

Aussi, même si ces moyens sont au cœur des débats actuels quant à l'évolution des modes d'accès aux contenus culturels numériques, ils demeurent connexes au sujet de cette thèse. Nous ne nous engagerons donc volontairement pas sur le terrain d'une étude approfondie et critique de ces modes alternatifs et

860 Le mode de rémunération des titulaires de droits est une question également au cœur de l'évolution de la société numérique. Le choix du mode de rémunération n'est pas un moyen préventif de garantie du respect des titulaires de droits mais une conséquence des choix opérés quant au mode de partage.

HADOPI, Rapport intermédiaire « Travaux engagés sur la rémunération proportionnelle du partage », 30 juin 2014, p. 3 : « Le déroulé des travaux engagés par l'Hadopi sur la faisabilité, ou non, d'une rémunération proportionnelle du partage (RPP) des œuvres culturelles sur Internet confirme l'extrême complexité du sujet et les nombreuses difficultés qu'il faut surmonter pour parvenir à élaborer des solutions susceptibles d'être effectives. Un an après leur début, il n'est toujours pas possible d'affirmer que l'hypothèse avancée soit réalisable, ni qu'elle ne le soit pas. Les incertitudes à laquelle elle se heurte rendent nécessaires de très longues analyses pour permettre de dégager une conclusion dans un sens ou dans l'autre. (...) En termes juridiques les obstacles traditionnellement avancés (incompatibilité avec la Constitution et les accords internationaux) ne devraient pas être insurmontables. Ils dépendent fortement de la solution adoptée. En revanche, les outils existants montrent leurs limites à droit constant pour mettre en place un tel dispositif. En termes économiques, il est encore trop tôt pour évaluer les effets théoriques sur les marchés. Le modèle élaboré pendant cette première phase de travail va désormais permettre d'inclure plusieurs jeux de données pour construire différentes hypothèses de mise en application de la RPP et en étudier les valeurs et effets. En particulier, l'évolution du poids des solutions décentralisées et non lucratives aujourd'hui minoritaires et, plus généralement, le poids d'une forme de légalisation, sont difficiles à estimer. De surcroît, les différences de modèle économique présidant aux différents types d'œuvres concernés font que, quoi qu'on fasse, le choix d'une forme de légalisation restera un saut dans l'inconnu dont il faudra savoir compenser les effets néfastes s'ils viennent à se manifester. Ces constats amènent à la conclusion provisoire qu'il n'est pas envisageable de seulement légiférer sans évaluation forte d'impacts sur ces questions. Ils suggèrent qu'un tel dispositif puisse appeler une forme de régulation dynamique pour en contrôler les éventuels effets pervers. Ils invitent à dépasser les controverses théoriques pour se concentrer sur les modalités d'une reconnaissance de la valeur des œuvres dans le partage, et de la valeur du partage pour les œuvres, tenant compte de la réalité des usages. Dans cet esprit, il ne sera pas forcément possible de faire l'économie d'analyser à l'identique les autres propositions (licence globale, contribution créative, autres schémas émergents, etc.). (...) Pour autant, au terme d'un an de travail, la voie a été ouverte pour une prise en compte par le droit d'auteur du partage sur Internet. (...) ».

D. Leloup, « Rémunération du partage, l'exercice de politique-fiction de la HADOPI », *lemonde.fr*, 5 sept. 2014.

861 Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet (1), *JORF* n° 0135 du 13 juin 2009, p. 9666. Le système dit de « réponse graduée » ou de « riposte graduée » repose sur un dispositif, confié à l'HADOPI, d'avertissements et de sanctions en trois temps (avertissement par mail, avertissement par lettre recommandée puis sanction pénale pour contrefaçon ou violation de l'obligation de surveillance de l'accès à Internet) de la personne qui télécharge ou diffuse des œuvres en violation du droit d'auteur et des droits voisins ; pour une présentation de la réponse graduée, cf. A. R. Bertrand, *Droit d'auteur*, 3^e éd., Dalloz action, déc. 2010, 212.37.

862 Art. L. 335-2 alinéa 1^{er} CPI : « toute édition d'écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs » ; Art. L. 335-3 CPI : « est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi. Est également un délit de contrefaçon la violation de l'un des droits de l'auteur d'un logiciel définis à l'article L. 122-6. Est également un délit de contrefaçon toute captation totale ou partielle d'une œuvre cinématographique ou audiovisuelle en salle de spectacle cinématographique » ; Sur la définition de la contrefaçon, cf. P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 8^e éd. PUF, coll. Droit fondamental, 2012, p. 759 et s. ; N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, 3^e éd., LGDJ, 2014, p. 765 et s. ; P. Veron, *Saisie-contrefaçon*, Dalloz référence 3^e éd. 2012 ; A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Lexisnexus, 2012, p. 813 et s. ; J.-M. Bruguière et M. Vivant, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Précis Dalloz, 2013, p. 1017 et s. ; A. R. Bertrand, *Droit d'auteur*, 3^e éd., Dalloz action, 2010, p. 440 et s. ; La contrefaçon est donc un délit, sanctionnée, au terme des dispositions de l'article L. 335-2, alinéa 2, du Code de la propriété intellectuelle, d'une peine d'emprisonnement de trois ans et de 300 000 euros d'amende. De plus, est sanctionné de la même peine le fait « d'éditer, de mettre à la disposition du public ou de

rappellerons simplement le rôle central joué par le développement des mesures techniques d'information.

C. Le développement des mesures techniques d'information

439. **La définition des mesures techniques d'information**⁸⁶³. Il est rappelé que les mesures techniques d'information sont des systèmes de marquage des œuvres ou objets protégés permettant l'identification de la ou des personnes à l'origine de leur diffusion. Principalement, il s'agit de la technique du *watermarking* ou tatouage numérique, visible ou invisible du consommateur⁸⁶⁴. Ces mesures ne visent qu'à la mention d'informations et ne portent pas atteinte, en principe, à l'interopérabilité.

440. **La préservation du régime des mesures techniques d'information.** Ainsi, l'ensemble des mesures techniques n'est pas à rejeter. Doit être préservé le régime juridique des mesures techniques d'information qui ont pour seule et unique fonction d'identifier les droits d'une œuvre ou d'un objet protégé. Le recours à ce type de mesures doit même être encouragé dès lors qu'il facilite l'un des moyens de garantie du droit d'auteur et des droits voisins : la sanction du délit de contrefaçon⁸⁶⁵.

C'est pourquoi il est proposé de placer la disposition relative aux mesures techniques d'information à la suite du nouvel article L. 331-5 du Code de la propriété intellectuelle, à l'article L. 331-6 : « les informations sous forme électronique concernant le régime des droits afférents à une œuvre, autre qu'un logiciel, une interprétation, un phonogramme, un vidéogramme ou un programme, sont protégées dans les conditions prévues au présent titre, lorsque l'un des éléments d'information, numéros ou codes est joint à la reproduction ou apparaît en relation avec la communication au public de l'œuvre, de l'interprétation, du phonogramme, du vidéogramme ou du programme qu'il concerne. On entend par information sous forme électronique toute information fournie par un titulaire de droits qui permet d'identifier une œuvre, une interprétation, un phonogramme, un vidéogramme, un programme ou un titulaire de droit, toute information sur les conditions et modalités d'utilisation d'une œuvre, d'une interprétation, d'un

communiquer au public, sciemment et sous quelque forme que ce soit, un logiciel manifestement destiné à la mise à disposition du public non autorisée d'œuvres ou d'objets protégés » (art. L. 335-2-1 1° CPI) ou d'inciter sciemment à l'usage d'un tel logiciel (art. L. 335-2-1 2°, CPI). A titre d'illustration, peut être cité un jugement du Tribunal correctionnel de Béthune du 27 mai 2014, <http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=4417>.

863 Pour une présentation du régime juridique des mesures techniques d'information, cf. A. R. Bertrand, *Droit d'auteur*, 3^e éd., Dalloz action, 2010, p. 290 et s. ; J.-M. Bruguière et M. Vivant, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Précis Dalloz, 2013, p. 775 ; A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., Lexisnexus, 2012, p. 781.

864 Vocabulaire de l'internet (liste des termes, expressions et définitions adoptés), *JORF* 7 janv. 2007, p. 10090, cf. Tatouage numérique : « insertion, dans un document audiovisuel numérique, d'une marque ou d'un message non perceptible, robuste et indélébile ».

865 cf. *supra*, p. 281.

phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme, ainsi que tout numéro ou code représentant tout ou partie de ces informations ».

En définitive, la première proposition d'une obligation de recourir à un format non protégé de données comportent différents axes avec l'abrogation du régime juridique actuel des mesures techniques de protection, la modification des dispositions du Code de la propriété intellectuelle et le développement des mesures techniques aux seules finalités d'information sur le régime des droits. Cette proposition, pour être efficace dans son objectif de mise en œuvre effective de l'interopérabilité, est indissociable d'une seconde proposition : la consécration d'une obligation de recourir à un format ouvert de données.

II. L'obligation de recourir à un format ouvert de données

441. **Plan.** Ainsi, l'obligation du recours à un format non protégé doit s'accompagner du recours systématique à un format standard ouvert de données, défini rappelons le comme « 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 »⁸⁶⁶ (A). Or pour faciliter l'adoption de ce type de formats de données adéquats, il est nécessaire d'établir une liste de référence des formats pouvant être qualifiés d'« ouverts » (B).

A. Le principe du recours à un format ouvert de données

442. **L'insuffisance de la seule obligation de recourir à un format non protégé de données.** L'interdiction des formats protégés de données, et donc des contenus soumis à des mesures techniques de protection, est insuffisante à la mise en œuvre du droit à l'interopérabilité. En effet, l'utilisation d'un format « fermé »⁸⁶⁷ est tout aussi problématique pour le consommateur que le recours aux mesures techniques de protection. Avec le recours à un format fermé, l'éditeur de logiciels ou de contenus numériques peut contraindre le consommateur à n'utiliser que les outils numériques permettant la lecture de ce format. De ce fait, le consommateur se trouve contraint dans son mode d'accès aux contenus numériques et son exigence d'interconnexion ne peut être satisfaite.

Ainsi, si un contenu numérique n'est accessible que sur un support déterminé, en raison du format de

⁸⁶⁶ Art. 4, Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN), J ORF n° 0143 du 22 juin 2004, p. 11168, texte 2.

⁸⁶⁷ cf. *supra*, p. 38.

données, l'interopérabilité n'est bien évidemment pas garantie. Dès lors, on ne peut se contenter de la seule interdiction des formats protégés de données.

443. **La nécessité d'une obligation de recourir à un format ouvert de données**⁸⁶⁸. Il faut rappeler que l'exigence d'un format ouvert a été intégrée dans la définition que nous proposons de l'interopérabilité, à savoir la « capacité d'éléments matériels ou immatériels à échanger des données et à utiliser mutuellement les données échangées, par le recours à des standards ouverts de communication »⁸⁶⁹.

C'est pourquoi la mise en œuvre du droit à l'interopérabilité implique non seulement une renonciation aux mesures techniques de protection mais également l'adoption de formats ouverts de données. On doit alors exiger un acte positif des éditeurs de logiciels et de contenus numériques : celui du recours systématique aux formats ouverts de données, formats listés dans un document de référence, le Référentiel général d'interopérabilité (RGI)⁸⁷⁰.

B. Le moyen du RGI pour la mise en œuvre de l'obligation de recourir à un format ouvert de données

444. La définition du RGI. En France, le Référentiel général d'interopérabilité (RGI) est un document officiel de référence, listant les formats ouverts selon les domaines. Précisément, le RGI « fixe les règles techniques permettant d'assurer l'interopérabilité des systèmes d'information. Il détermine notamment les répertoires de données, les normes et les standards qui doivent être utilisés par les autorités administratives »⁸⁷¹.

868 A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., Lexisnexis, 2012, p. 789 : « la solution idéale serait l'adoption par consensus entre tous les intéressés d'une norme unique, ou, à tout le moins, de " standards ouverts " au sens de l'article 4 de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. Cependant, la divergence des intérêts rend un tel accord bien difficile à trouver, ce qui justifie l'intervention du législateur. La tâche de celui-ci n'est pas facile. Il doit s'efforcer de rendre effectivement accessibles à tous les opérateurs qui le veulent les informations nécessaires à l'interopérabilité, afin que les utilisateurs recueillent les fruits de cet accès, tout en conjurant la menace de la volatilité desdites informations fait peser sur l'efficacité des mesures techniques elles-mêmes, que les Traités de l'OMPI et la directive sur la société de l'information lui imposent de protéger. La conciliation devient particulièrement difficile pour les " logiciels libres ", dont le principe repose sur la mise à disposition du public des codes sources, ce qui pourrait les exposer aux sanctions prévues en cas de contournement des mesures techniques de protection, mais que chacun affirme vouloir encourager, ne serait-ce que parce qu'ils offrent une alternative intéressante aux " systèmes propriétaires ", et que la France occupe, dit-on, dans ce domaine une place importante ».

869 cf. *supra*, p. 38.

870 Annexe, RGI version 1.0 arrêté du 9 novembre 2009 portant approbation du référentiel général d'interopérabilité, *JORF* n° 0262 du 11 nov. 2009, p. 19593, texte n° 32. Il s'agit de l'une des propositions formulées par le Conseil National du Numérique. Conseil National du Numérique, Rapport sur « la neutralité des plateformes », *préc.*, p. 44 : « La défense d'une politique de standards ouverts à l'échelon européen et international pour accompagner les grands projets de standardisation, notamment par rapport à l'Internet des objets, pour permettre une surveillance horizontale des pratiques par les communautés d'observateurs ».

871 Art. 11, Ordonnance n° 2005-1516 du 8 décembre 2005 relative aux échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives et entre les autorités administratives, *JORF* n° 286, 9 déc. 2005.

Le RGI vient en complément de la définition des standards ouverts de données de la LCEN⁸⁷² en citant les formats de données correspondant à cette définition. A titre d'illustration, pour les échanges de documents bureautiques révisables, il est recommandé d'utiliser un format « basé sur le langage XML et dont les spécifications sont normalisées par l'ISO [...] ODF (Open Document Format) et OXML (Office Open XML) »⁸⁷³. Pour les documents bureautiques non révisables, le format PDF 1.7 est prescrit⁸⁷⁴.

Ce document constitue donc une base indispensable à la mise en œuvre de l'interopérabilité. Il doit être mis à jour régulièrement pour s'adapter à l'évolution des technologies. Cette base est aujourd'hui utilisée essentiellement par les administrations et collectivités publiques, qui privilégient le recours aux standards ouverts et interopérables⁸⁷⁵. Il faut cependant aller encore plus loin que le choix privilégié des standards ouverts de données pour passer, à l'instar des autorités britanniques, à l'usage exclusif de standards ouverts⁸⁷⁶ pour l'ensemble des documents de communication⁸⁷⁷.

445. L'exemple du secteur du livre numérique. La mise en œuvre de l'obligation de recourir à un format ouvert de données pourrait s'inspirer de l'exemple de l'accord en date du 1^{er} décembre 2014 entre le Conseil permanent des écrivains et le Syndicat national de l'édition sur le contrat d'édition dans le secteur du livre, exposé précédemment⁸⁷⁸. Ainsi, aux termes de l'article 4.2 de cet accord, annexé à l'arrêté en date du 10 décembre 2014, l'éditeur de l'œuvre doit « (...) 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 » ainsi que « 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 »⁸⁷⁹.

872 cf. *supra*, p. 38.

873 RGI, version 1.0, *op. cit.*, p. 61.

874 RGI, version 1.0, *op. cit.*, p. 62. Il est à noter, pour le format PDF, que seuls les éléments normalisés par l'ISO sont interopérables. Dès lors, les éléments non normalisés, fournis par la société ADOBE, qui se trouve à l'origine du format, ne sont pas interopérables.

875 Ordonnance n° 2005-1516 du 8 décembre 2005 relative aux échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives et entre les autorités administratives : instauration du Référentiel Général d'Interopérabilité. cf. également la politique d'ouverture des données publiques (*Open Data*). « L'Open Data ou la libération des données publiques en France », *JCP G.*, n° 24, 2011, veille, 698.

876 PDF/A ou HTML pour visualiser des documents gouvernementaux ; Open Document Format (ODF) pour partager ou collaborer sur des documents gouvernementaux.

877 Communiqué de presse : <<https://www.gov.uk/government/news/open-document-formats-selected-to-meet-user-needs>>.

878 cf. *supra*, p. 161.

879 Art. 4.2, annexe, arrêté du 10 décembre 2014 pris en application de l'article L. 132-17-8 du code de la propriété intellectuelle et portant extension de l'accord du 1^{er} décembre 2014 entre le Conseil permanent des écrivains et le Syndicat national de l'édition sur le contrat d'édition dans le secteur du livre, *JORF* n° 0300 du 28 décembre 2014, p. 22758, texte n° 66 : « Exploiter l'œuvre dans sa totalité sous une forme numérique. La présenter à son catalogue numérique. 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

Il faut cependant aller plus loin que l'obligation de mise à disposition dans un format non propriétaire telle qu'élaborée par le secteur du livre numérique par une référence à la notion de format ouvert et au RGI. Ainsi, outre les pouvoirs publics, le RGI devrait également servir de document de référence aux sujets passifs du droit à l'interopérabilité que sont les éditeurs de logiciels et de contenus numériques.

446. La modification des dispositions du Code de la propriété intellectuelle. Afin de garantir la mise en œuvre de cette obligation de recourir à un format ouvert de données, il convient donc de reprendre la modification de l'article L. 331-5 du Code de la propriété intellectuelle précédemment proposée⁸⁸⁰ et d'y inclure la notion de format ouvert, de la manière suivante : « Les titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur d'une œuvre doivent garantir la mise en œuvre effective du droit à l'interopérabilité par le recours à un format non protégé de données, notamment par des mesures techniques de protection, et dans un standard ouvert au sens de l'article 4 de la loi 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. On entend par mesure technique au sens du deuxième alinéa toute technologie, dispositif, composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, est destiné à empêcher ou à limiter les utilisations non autorisées par les titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur d'une œuvre. La liste des formats est fixée conformément au Référentiel Général d'Interopérabilité établi par Décret».

447. Conclusion de la Section. La mise en œuvre effective du droit à l'interopérabilité passe donc, à notre sens et qui à choquer, par une évolution de l'obligation de ne pas faire obstacle à l'interopérabilité à une obligation d'assurer la mise en œuvre effective de l'interopérabilité. Cette évolution implique le recours systématique aux standards ouverts de données, l'abrogation du régime juridique des mesures techniques de protection et le développement des modes alternatifs de garantie du droit d'auteur et des droits voisins. Toutefois, les derniers projets d'évolution des textes internationaux ne plaident pas en ce sens et prônent un renforcement du régime de protection des mesures techniques.

Nous n'en proposons pas moins cependant la rédaction suivante du nouvel article L. 331-5 du Code de la propriété intellectuelle : « Les titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur d'une œuvre

propriétaire. 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'auteur reprend les droits d'exploitation numérique de la dernière version de l'œuvre approuvée par lui sans qu'il soit besoin de nouvelle mise en demeure. Les apports d'autres auteurs distincts de l'œuvre (illustrations, préface, appareil critique...) restent la propriété de ces auteurs ou de l'éditeur cessionnaire ».

880 cf. *supra*, p. 280.

doivent garantir la mise en œuvre effective du droit à l'interopérabilité par le recours à un format non protégé de données, notamment par des mesures techniques de protection, et dans un standard ouvert au sens de l'article 4 de la loi 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. On entend par mesure technique au sens du deuxième alinéa toute technologie, dispositif, composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, est destiné à empêcher ou à limiter les utilisations non autorisées par les titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur d'une œuvre. La liste des formats est fixée conformément au Référentiel Général d'Interopérabilité établi par Décret».

De plus, pourrait être reprise la disposition relative aux mesures techniques d'information dans un nouvel article L. 331-6 du Code de la propriété intellectuelle : « les informations sous forme électronique concernant le régime des droits afférents à une œuvre, autre qu'un logiciel, une interprétation, un phonogramme, un vidéogramme ou un programme, sont protégées dans les conditions prévues au présent titre, lorsque l'un des éléments d'information, numéros ou codes est joint à la reproduction ou apparaît en relation avec la communication au public de l'œuvre, de l'interprétation, du phonogramme, du vidéogramme ou du programme qu'il concerne. On entend par information sous forme électronique toute information fournie par un titulaire de droits qui permet d'identifier une œuvre, une interprétation, un phonogramme, un vidéogramme, un programme ou un titulaire de droit, toute information sur les conditions et modalités d'utilisation d'une œuvre, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme, ainsi que tout numéro ou code représentant tout ou partie de ces informations ».

448. Conclusion du Chapitre. En droit positif, le régime de la mise en œuvre du droit à l'interopérabilité est régi par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle et appréhendé dans le seul cadre du recours à des mesures techniques de protection. Plus précisément, aux termes de l'article L. 331-5 alinéa 4 du Code de la propriété intellectuelle, il est posé le principe de l'absence d'obstacle à la mise en œuvre effective de l'interopérabilité par le recours aux mesures techniques de protection : « 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 ». Cette obligation peut donc être catégorisée comme une obligation de ne pas faire à la charge de celui qui a recours aux mesures techniques de protection. Afin de garantir cette obligation, le législateur l'a couplée avec une obligation de mise à disposition des informations essentielles à l'interopérabilité des mesures techniques de protection assortie d'une procédure spécifique confiée à l'HADOPI.

Le régime juridique actuel n'est pas satisfaisant, en particulier par l'absence de prise en considération du

besoin du consommateur. Ce dernier est en attente d'une mise en œuvre effective de l'interopérabilité et non pas d'une absence d'obstacle à sa mise en œuvre. Un basculement doit donc être opéré, d'une obligation de ne pas faire obstacle à l'interopérabilité à une obligation d'assurer la mise en œuvre effective de l'interopérabilité par la consécration d'une obligation de recours systématique à un format ouvert et non protégé de données. Toutefois, pour que cette nouvelle obligation soit respectée, il faut garantir un régime de sanctions efficace de sa violation.

CHAPITRE II – LA MISE EN OEUVRE EFFECTIVE PAR LA SANCTION DU DEFAUT D'INTEROPERABILITE

449. **La nécessité de la sanction du défaut d'interopérabilité.** La mise en œuvre effective du droit à l'interopérabilité passe par l'interdiction de tout obstacle à l'interopérabilité. Cette seule interdiction est cependant insuffisante à elle seule pour s'assurer de l'effectivité de l'interopérabilité. Pour être efficace, l'interdiction doit être couplée à une sanction des obstacles à l'interopérabilité.

450. **La sanction du défaut d'interopérabilité en droit positif.** Or, comme nous l'avons vu, si l'HADOPI s'est vue confier la compétence du règlement des conflits relatifs à la mise à disposition des informations essentielles à l'interopérabilité de mesures techniques de protection, le consommateur ne s'est pas vu investi de la possibilité de la saisir.

Pour autant, cela ne signifie pas qu'il soit dans l'impossibilité de solliciter la sanction d'un défaut d'interopérabilité en droit positif. C'est ce que rappelle, de manière explicite, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 27 juillet 2006 en « considérant (...) que les dispositions contestées ne portent pas atteinte au droit au recours des consommateurs, des associations qui les représentent ou des titulaires de droits de propriété intellectuelle ; qu'ils pourront en effet exercer les actions nécessaires à la défense de leurs intérêts devant les juridictions compétentes »⁸⁸¹.

Le consommateur peut donc saisir les « juridictions compétentes » pour la défense de ses intérêts, en matière d'interopérabilité. Mais quelles sont ces juridictions compétentes ? Il s'agit à l'évidence de celles en charge des règlements des litiges relatifs à l'exécution des contrats conclus par un consommateur, à savoir, en fonction du montant du contrat, la Juridiction de proximité, le Tribunal d'instance ou le Tribunal de Grande Instance.

Mais quel sera alors le fondement d'une saisine par le consommateur de l'une de ces juridictions ? S'agissant d'un litige relatif à l'exécution d'un contrat entre un professionnel et un consommateur, ce fondement est à rechercher dans le droit des contrats et dans le droit de la consommation.

881 Conseil constitutionnel, décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *op. cit.*, p. 112.

451. **Plan.** On constatera alors les insuffisances des sanctions d'un défaut d'interopérabilité en droit positif (**Section I**), avant d'envisager leur renforcement pour la mise en œuvre effective du droit à l'interopérabilité (**Section II**).

**SECTION I – LA MISE EN OEUVRE EFFECTIVE PAR LA SANCTION DU DEFAUT D'INTEROPERABILITE
EN DROIT POSITIF**

**SECTION II – LA MISE EN OEUVRE EFFECTIVE PAR LA SANCTION DU DEFAUT D'INTEROPERABILITE
EN DROIT PROSPECTIF**

SECTION I – LA MISE EN OEUVRE EFFECTIVE PAR LA SANCTION DU DEFAUT D'INTEROPERABILITE EN DROIT POSITIF

452. **La difficile appréhension du fondement juridique de la sanction d'un défaut d'interopérabilité.** La détermination du fondement juridique de la sanction de l'obstacle à la mise en œuvre effective de l'interopérabilité n'est pas chose évidente, en raison de la difficile appréhension de la notion d'interopérabilité. Il faut donc rappeler que celle-ci peut être définie comme la capacité d'éléments matériels ou immatériels à échanger des données et à utiliser mutuellement les données échangées, par le recours à des standards ouverts de communication⁸⁸².

Il faut également redire que la mise en œuvre de l'interopérabilité a été qualifiée, en l'état du droit positif, d'obligation de ne pas y faire obstacle. L'interopérabilité ne se trouve donc pas liée au support physique des données (CD...) mais bien à l'usage qui va être fait des données par le consommateur, selon les conditions du contrat qu'il a conclu. Aussi, ce n'est pas un défaut d'interopérabilité lié au support lui-même qui doit être sanctionné mais bien l'impossible usage des données sur le support de son choix en raison d'obstacles posés à l'interopérabilité.

453. **Plan.** Dès lors, préalablement à la présentation des fondements juridiques à retenir s'agissant de la sanction du défaut d'interopérabilité dans l'exécution du contrat de consommation (II), il est nécessaire d'exposer les fondements qui doivent être exclus (I).

I. Les fondements juridiques exclus de la sanction du non-respect de l'obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité

454. **Plan.** Il ne s'agit pas ici, bien évidemment, de lister l'ensemble des fondements juridiques qui ne seront pas retenus. Il est nécessaire d'évoquer les deux principaux fondements, pour lesquels il est légitime de se poser la question de leur application au défaut d'interopérabilité. Ainsi, doivent être exclus le fondement de la responsabilité du fait des produits défectueux (A) et celui du défaut de délivrance conforme (B).

882 cf. *supra*, p. 42.

A. L'exclusion de la sanction de la responsabilité du fait des produits défectueux

455. **L'éventualité du fondement de la responsabilité du fait des produits défectueux**⁸⁸³. Communément, dès lors qu'un produit ne fonctionne pas, on utilise l'expression de « produit défectueux ». Appliqué à l'interopérabilité, on pourrait, en recourant à cette expression courante, affirmer qu'un produit qui ne fonctionne pas sur d'autres supports, et qui n'est donc pas interopérable, est défectueux. Cependant, d'un point de vue juridique, une donnée qui n'est pas rendue interopérable, et qui ne peut donc pas être utilisée sur tout support, peut-elle être qualifiée de produit défectueux et ainsi engager la responsabilité du sujet passif sur ce fondement particulier ?

456. **La définition juridique du produit défectueux.** Afin de répondre à cette question, il faut se pencher plus avant sur la définition juridique de la notion de « produit défectueux », issue des dispositions des articles 1386-1 et suivants du Code civil, établissant un régime de responsabilité sans faute du « producteur » du fait des dommages causés par une défectuosité de son produit⁸⁸⁴.

D'après les dispositions de l'article 1386-3 du Code civil, un produit est défini comme « tout bien meuble, même s'il est incorporé dans un immeuble, y compris les produits du sol, de l'élevage, de la chasse et de la pêche. L'électricité est considérée comme un produit ». Le produit, tel que défini par les dispositions précitées, est défectueux dès lors qu'« il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre »⁸⁸⁵.

La responsabilité du fait des produits défectueux s'applique donc aux seuls biens meubles ne présentant pas

883 Le régime de la responsabilité du fait des produits défectueux est issu de la directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, *JOCE* n° L 210 du 07/08/1985 p. 0029 - 0033.

Cons. 6, directive 85/374/CEE : « considérant que, pour protéger l'intégrité physique et les biens du consommateur, la détermination du caractère défectueux d'un produit doit se faire en fonction non pas de l'inaptitude du produit à l'usage, mais du défaut de sécurité à laquelle le grand public peut légitimement s'attendre; que cette sécurité s'apprécie en excluant tout usage abusif du produit, déraisonnable dans les circonstances ».

Sur la responsabilité du fait des produits défectueux, cf. C. Grimaldi, J. Huet, H. Lécuyer, *Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., LGDJ, 2012, § 11427 et s. ; A. Benabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9^e éd., Montchrestien, 2011, p. 139 et s. ; N. Sauphanor-Brouillaud, E. Poillot, C. Aubert et G. Brunaux, *Les contrats de consommation – Règles communes*, LGDJ, coll. *Traité de droit civil* (dir. J. Ghestin), 2012, p. 207 et s. ; P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 7^e éd., LGDJ, 2014, p. 238 et s. ; P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *les obligations*, 6^e éd. LGDJ, 2013, p. 165 et s. ; P. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, Dalloz action, 9^e éd. 2012, p. 2017 et s. ; P. Le Tourneau, *Responsabilité des vendeurs et fabricants*, Dalloz action, 4^e éd., 2011, p. 124 et s. ; J. Ghestin « Le nouveau titre IV bis du Livre III du Code civil : de la responsabilité du fait des produits défectueux », *JCP G.* 1998, I 148 ; P. Jourdain, « Commentaire de la loi du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux », *JCP E.* 1998, 1204 ; F. Collart Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 9^e éd., 2011 ; G. Viney et P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, *Traité de droit civil* sous la direction de J. Ghestin, 3^e éd., 2011.

884 Loi n° 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, *JORF* n° 117 du 21 mai 1998, p. 7744.

885 Art. 1386-4, alinéa 1^{er}, Code civil.

les conditions de sécurité normalement attendues.

457. L'exclusion du fondement de la responsabilité du fait des produits défectueux. Par ailleurs, à la lecture du champ d'application de la responsabilité du fait des produits défectueux, il apparaît évident que cette responsabilité ne peut trouver à s'appliquer pour le cas de l'interopérabilité.

En effet, un produit défectueux est celui qui présente un défaut de sécurité et non celui qui ne présente pas l'usage que le consommateur en attend. Or, force est de constater qu'un défaut d'interopérabilité ne représente aucun danger du point de vue de la sécurité du produit. Dès lors, le régime de la responsabilité du fait des produits défectueux ne trouve pas à s'appliquer au cas d'un défaut d'interopérabilité. Il en va de même pour le régime de la garantie de la délivrance conforme.

B. L'exclusion de la sanction du défaut de délivrance conforme

458. La définition de la garantie de délivrance conforme. Il faut distinguer l'obligation de délivrance conforme du droit commun et la garantie de conformité du droit de la consommation⁸⁸⁶.

En droit de la consommation tout d'abord, la garantie de conformité est énoncée par les disposition des articles L. 211-4 et suivants du Code de la consommation⁸⁸⁷. Ainsi, aux termes de l'article L. 211-4, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation, « le vendeur est tenu de livrer un bien conforme au contrat et répond des défauts de conformité existant lors de la délivrance ».

⁸⁸⁶ O. Salvat, « La garantie spéciale de conformité et l'obligation générale de délivrance conforme ; quel choix d'action pour l'acheteur ? », *Revue Contrats Concurrence Consommation* 2006, étude 18 : « Les conditions dans lesquelles la directive communautaire n° 1999/44/CE sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation a été transposée dans notre droit interne n'incitent-elles pas le consommateur à tenter de déporter le contentieux sur le terrain du droit commun de l'inexécution contractuelle ? Une analyse des solutions prévues respectivement au titre de la garantie de conformité (C. consom., art. L. 211-1 s.) et à celui du manquement à l'obligation de délivrance conforme montre que l'existence des modes de réparation en nature offerts par le Code de la consommation, d'une part, mais aussi l'absence d'autonomie dans le nouveau texte des formes traditionnelles de sanction de l'inexécution, d'autre part, limitent la tentation pour l'acheteur de chercher à court-circuiter le système mis en place en 2005 ».

⁸⁸⁷ Sur la garantie de conformité, cf. C. Grimaldi, J. Huet, H. Lécuyer (dir. Ghestin), *Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., LGDJ, 2012, § 11229-5 et s. ; N. Sauphanor-Brouillaud, E. Poillot, C. Aubert et G. Brunaux, *Les contrats de consommation – Règles communes*, LGDJ, coll. *Traité de droit civil* (dir. J. Ghestin), 2012, p. 720 et s. ; P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 7^e éd., LGDJ, 2014, p. 211 et s. ; P. Puig, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 5^e éd., 2013, p. 349 et s. ; J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 8^e éd., 2010, p. 249 et s. ; P. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, Dalloz action, 9^e éd. 2012, p. 1590 et s. ; L. Leveneur, « La nouvelle garantie légale de conformité des biens vendus aux consommateurs », *Mél. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 634 ; D. Mainguy, « Le nouveau droit de la garantie de conformité dans la vente au consommateur », *JCP E*, 2005 ; F. Collart Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 9^e éd., 2011.

Pour qu'un bien soit contractuellement conforme il doit : « 1° être propre à l'usage habituellement attendu d'un bien semblable et, le cas échéant : - correspondre à la description donnée par le vendeur et posséder les qualités que celui-ci a présentées à l'acheteur sous forme d'échantillon ou de modèle ; - présenter les qualités qu'un acheteur peut légitimement attendre eu égard aux déclarations publiques faites par le vendeur, par le producteur ou par son représentant, notamment dans la publicité ou l'étiquetage ; 2° Ou présenter les caractéristiques définies d'un commun accord par les parties ou être propre à tout usage spécial recherché par l'acheteur, porté à la connaissance du vendeur et que ce dernier a accepté »⁸⁸⁸. Un bien est donc conforme dès lors qu'il respecte les conditions du contrat et qu'il présente les caractéristiques mises en avant par le vendeur et que l'on peut attendre d'un tel bien.

Cependant, la garantie de conformité au sens de L. 211-4 du Code de la consommation ne s'applique qu'« aux contrats de vente de biens meubles corporels »⁸⁸⁹. Dans ces conditions, cette limitation du champ de la garantie de conformité exclut son application au défaut d'interopérabilité. En effet, un défaut d'interopérabilité peut tout aussi bien être constaté pour le cas d'un bien meuble corporel que pour celui d'un bien meuble incorporel (logiciel, ...). Il convient alors plutôt de se tourner vers le droit commun des contrats et l'obligation de délivrance conforme.

Quant à l'obligation de délivrance conforme du droit commun, elle est définie aux articles 1604 et suivants du Code civil⁸⁹⁰. Ainsi, il est fait obligation au vendeur de transporter « la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur » conformément aux dispositions contractuelles. Dès la délivrance, l'acheteur doit pouvoir faire l'usage de la chose convenue au contrat. Si tel n'est pas le cas, alors le vendeur a manqué à son obligation de délivrance conforme posée par les dispositions du Code civil.

459. L'exclusion du fondement de la délivrance conforme au cas du défaut d'interopérabilité. De ce fait, la délivrance non conforme peut affecter l'usage de la chose mais elle peut également ne pas avoir d'effet. A titre d'illustration, c'est le cas de la délivrance d'une chose de la mauvaise couleur. Seules les dispositions contractuelles sont à prendre en considération quant à la détermination de la conformité de la

⁸⁸⁸ Art. L. 211-5, Code de la consommation.

⁸⁸⁹ Art. L. 211-1, alinéa 1^{er}, Code de la consommation : « les dispositions du présent chapitre s'appliquent aux contrats de vente de biens meubles corporels. Sont assimilés aux contrats de vente les contrats de fourniture de biens meubles à fabriquer ou à produire ».

⁸⁹⁰ Sur l'obligation de délivrance conforme, cf. A. Benabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9^e éd., Montchrestien, 2011, p. 122 et s. ; P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 7^e éd., LGDJ, 2014, p. 185 et s. ; P. Puig, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 5^e éd., 2013, p. 273 et s. ; P. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, Dalloz action, 9^e éd. 2012, p. 1539 et s. ; P. Le Tourneau, *Responsabilité des vendeurs et fabricants*, Dalloz action, 4^e éd., 2011, p. 177 et s. ; F. Collart Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 9^e éd., 2011.

délivrance de la chose. Or, un défaut d'interopérabilité affecte nécessairement l'usage normal de la chose, même si l'interopérabilité n'est pas mentionnée au contrat. Dès lors, le fondement de la sanction du défaut d'interopérabilité n'est pas à rechercher dans la garantie de délivrance conforme mais plutôt dans un autre fondement, souvent confondu, mais bien distinct : la garantie des vices cachés.

II. Les fondements juridiques retenus de la sanction du non-respect de l'obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité

460. **Plan.** Le défaut d'interopérabilité pourrait, à l'inverse, être qualifié de vice caché et sanctionné comme tel en droit positif (A). Pour autant, il ne s'agit pas du seul fondement juridique de sanction d'un défaut d'interopérabilité. Celui-ci pourrait également être sanctionné sur le terrain du non-respect d'une obligation contractuelle d'interopérabilité (B).

A. La sanction du non-respect de la garantie des vices cachés

461. **La définition de la garantie des vices cachés**⁸⁹¹. Par application des dispositions de l'article 1641 du Code civil : « le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus ». Le vice caché est donc le défaut dont l'acheteur ne pouvait pas avoir connaissance lors de la conclusion du contrat et qui rend la chose impropre à l'usage que l'on attend d'elle ou qui diminue cet usage de manière significative. Le vice doit préexister à la vente et être inhérent à la chose.

En cas de constat de l'existence d'un tel vice, l'acheteur peut, par application des dispositions de l'article 1644 du Code civil, soit rendre la chose et se faire restituer le prix, soit la garder et se faire rembourser une partie du prix d'acquisition, à la condition d'agir dans les deux ans suivants la découverte du vice⁸⁹². Le vendeur de la

891 Sur la garantie des vices cachés, cf. C. Grimaldi, J. Huet, H. Lécuyer (dir. Ghestin), *Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., LGDJ, 2012, § 11317 et s. ; A. Benabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9^e éd., Montchrestien, 2011, p. 155 et s. ; P. Coëffard, *Garantie des vices cachés et « responsabilité contractuelle de droit commun »*, Poitiers, 2003 ; P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 7^e éd., LGDJ, 2014, p. 227 et s. ; P. Puig, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 5^e éd., 2013, p. 314 et s. ; P. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, Dalloz action, 9^e éd. 2012, p. 1567 et s. ; P. Le Tourneau, *Responsabilité des vendeurs et fabricants*, Dalloz action, 4^e éd., 2011, p. 265 et s. ; G.-J. Nana, *La réparation des dommages causés par les vices d'une chose*, LGDJ, 1982 ; S. Mazeaud-Leveneur, « Fasc. 330 : Garantie des vices de la chose », *JCI Contrat-Distribution*, 2011 ; F. Collart Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 9^e éd., 2011.

892 Art. 1644, Code civil : « dans le cas des articles 1641 et 1643, l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix, ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix, telle qu'elle sera arbitrée par experts ».

Art. 1648, alinéa 1^{er}, Code civil : « l'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice ».

F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil – Les obligations*, 11^e éd., Précis Dalloz, 2013, p. 281 : « (...) la garantie des vices cachés

chose est alors tenu à la restitution du prix et à l'indemnisation de l'ensemble du préjudice subi par l'acheteur, sauf si lui-même ignorait le vice dont était affecté la chose⁸⁹³.

462. La distinction de la délivrance conforme et de la garantie des vices cachés. Avant toute chose, il convient de préciser qu'il n'y a pas d'option possible entre le fondement de la délivrance conforme et celui de la garantie des vices cachés. En effet, la délivrance conforme est le fondement juridique à retenir dès lors que le bien n'est pas conforme au contrat, même si le défaut constaté n'affecte pas son usage. La garantie des vices cachés est quant à elle le fondement à retenir si le défaut rend impropre la chose à l'usage auquel elle était destinée⁸⁹⁴.

463. Le choix de la garantie des vices cachés comme fondement. Le défaut d'interopérabilité remplit les conditions de caractérisation d'un vice caché. Ces conditions, rappelons-le, sont principalement de trois ordres : le vice doit affecter l'usage normalement attendu de la chose, il doit être inhérent à la chose, être ignoré de l'acheteur lors de la conclusion du contrat et être antérieur à la vente.

En l'occurrence, le défaut d'interopérabilité affecte, en premier lieu, de manière évidente l'usage normalement attendu des données émises ou réceptionnées par le consommateur puisqu'il ne peut y accéder sur le support de son choix.

En deuxième lieu, le défaut d'interopérabilité est inhérent à la chose objet du contrat dès lors que c'est sa conception même, les choix opérés quant aux logiciels, aux mesures techniques de protection ou aux formats de données, qui en sont la cause.

En troisième lieu, le consommateur est placé dans l'ignorance d'un défaut d'interopérabilité lors de la conclusion du contrat dès lors que ce n'est qu'au moment où il accomplit la démarche d'utiliser un autre

est l'institution qui permet à l'acheteur d'une chose affectée d'un vice caché qui en empêche l'usage ou en diminue l'utilité de demander soit la résolution du contrat (action rédhibitoire), soit la diminution du prix (action estimatoire) »

⁸⁹³ Art. 1645, Code civil : « si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur ».

Art. 1646, Code civil : « si le vendeur ignorait les vices de la chose, il ne sera tenu qu'à la restitution du prix, et à rembourser à l'acquéreur les frais occasionnés par la vente ».

⁸⁹⁴ A. Bénabent, « Conformité et vices cachés dans la vente : l'éclaircie », *D.*, 1994, p. 115 : « s'il s'agit de la conformité de la chose aux spécificités convenues par les parties, c'est-à-dire au contrat, c'est bien l'obligation de délivrance qui est en cause : il a toujours été admis que le vendeur doit délivrer la chose convenue, avec ses caractéristiques. La délivrance d'une chose différente constitue donc un manquement à cette obligation, si minime soit la différence et même si elle n'affecte en rien son usage (...) S'il s'agit de la conformité de la chose à sa destination normale, c'est alors la garantie des vices qui est en cause, puisque les vices sont précisément des défauts de la chose qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine (...) ».

support pour accéder à ses données qu'il le constate. Il s'agit ici du point de départ du délai de prescription de l'action en garantie des vices cachés.

Enfin, en quatrième et dernier lieu, le vice affectant la chose doit logiquement être antérieur à la conclusion du contrat pour que la responsabilité du vendeur soit engagée. L'éditeur du logiciel ou du contenu numérique étant à l'origine du défaut d'interopérabilité dès leur mise à disposition, il est évident que le défaut d'interopérabilité est antérieur à la conclusion du contrat et remplit donc cette quatrième et dernière condition.

En conséquence, les conditions de la qualification de vice caché étant réunies, il y a lieu de retenir le non-respect de la garantie des vices cachés comme fondement juridique de la sanction de l'obstacle à la mise en œuvre effective de l'interopérabilité, en droit positif.

Cependant, il incombe au consommateur de rapporter la preuve de l'existence d'un vice caché, pour chaque support sur lequel il souhaite pouvoir accéder à ses données. Il s'agit d'une procédure lourde pour ce dernier car il ne suffit pas de rapporter la preuve du seul défaut d'interopérabilité mais bien de son influence sur l'usage normal de la chose, de son inhérence à la chose ainsi que de son caractère caché au jour du contrat.

464. La confirmation jurisprudentielle. Cette analyse a d'ailleurs déjà été adoptée par la jurisprudence. Un jugement du Tribunal de Grande Instance de Nanterre du 2 septembre 2003 a ainsi énoncé que, « le vice caché est dans la délivrance d'une chose bien conforme au type promis mais affecté d'une anomalie ou d'une défectuosité qui en restreint l'usage ». Or, poursuivait le Tribunal, « il est justifié par le constat d'huissier que le CD "J'veux du Live" de Madame M., distribué par la Société EMI, fonctionne à l'intérieur de sa maison tant sur son poste radio que sur sa chaîne HI-FI mais ne fonctionne pas sur le lecteur CD de son véhicule RENAULT Clio alors qu'un autre CD s'écoute normalement sur cet autoradio ; Ainsi Madame M. établit que le CD litigieux n'est pas audible sur tous ses supports (...) » Les juges en concluaient que « cette anomalie restreint son utilisation et constitue un vice caché au sens de l'article 1641 du Code Civil ». Ils condamnaient *in fine* la société EMI à restituer à la demanderesse la somme de 9,50€ mais rejetaient la demande de dommages et intérêts⁸⁹⁵.

⁸⁹⁵ TGI Nanterre, 6e ch., 2 sept. 2003, *Françoise M. c/ EMI Music France et Auchan France : Propr. intell.* oct. 2003, n° 9, p. 389, obs. P. Sirinelli et p. 464, obs. J.-M. Bruguière et M. Vivant ; *Comm. Com. électr.* 2003, comm. 108, note L. Grynbaum ; F. Sardain, « Le public, le consommateur et les mesures techniques de protection des œuvres », *Comm. Com. Électr.*, mai 2004, étude 12.

Ainsi que l'énonçait alors Maître Frédéric Sardain, « la solution est limpide et appelle peu de commentaires »⁸⁹⁶. Cependant, elle appelle quand même deux remarques. La première est que le terme d'interopérabilité n'est pas mentionné dans cette décision⁸⁹⁷. Il n'en demeure pas moins que les faits de l'espèce, à savoir l'impossible lecture du CD sur le support de son choix, correspondent à la sanction d'un défaut d'interopérabilité. La seconde remarque est qu'il s'agit d'une décision de 1^{ère} instance dont il convient de relativiser la portée. Pour autant, nous ne pouvons que cautionner l'analyse opérée par la juridiction en raison de la réunion des éléments caractéristiques d'un vice caché.

Enfin et plus avant, pour parfaire cette analyse, ajoutons qu'il serait possible aujourd'hui d'envisager l'engagement d'une action de groupe en matière de consommation pour la sanction d'un vice caché récurrent correspondant à un défaut d'interopérabilité⁸⁹⁸. Une action de groupe est définie comme l'action visant à « obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un ou des mêmes professionnels à leurs obligations légales ou contractuelles »⁸⁹⁹. Pour le cas de l'interopérabilité, Une telle action de groupe viserait à la réparation des préjudices patrimoniaux des consommateurs résultant de la vente d'un bien par un professionnel, qui ne respecterait pas les obligations légales ou contractuelles s'agissant de l'information relative à l'interopérabilité ou de sa mise en œuvre. Cela inciterait à terme à la renonciation aux obstacles à l'interopérabilité. La voie contractuelle peut toutefois également être le fondement de la sanction d'un défaut d'interopérabilité.

896 F. Sardain, « Le public, le consommateur et les mesures techniques de protection des œuvres », *Comm. Com. Électr.*, mai 2004, étude 12.

897 Ce qui explique que les Professeurs Vivant et Bruguière ne l'analysent que sous l'angle de la sanction des mesures techniques de protection illicitement apposées sur des œuvres, cf. J.-M. Bruguière et M. Vivant, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Précis Dalloz, 2013, p. 789.

898 Sur le régime de l'action de groupe : Art. L. 423-1 et suivants, et Art. R. 423-1 et suivants, Code de la consommation ; N. Sauphanor-Brouillaud, E. Poillot, C. Aubert et G. Brunaux, *Les contrats de consommation – Règles communes*, LGDJ, coll. Traité de droit civil (dir. J. Ghestin), 2012, p. 1003 et s. ; M. Bacache, « Action de groupe et responsabilité civile », *RTD civ.* 2014, p. 450 ; V. Rebeyrol, « La nouvelle action de groupe », *D.* 2014, p. 940 ; C. Aubert de Vincelles et N. Sauphanor-Brouillaud, « Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur », *D.* 2014, p. 879 ; J. Julien, « Présentation de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation », *CCC*, mai 2014, dossier 2 ; K. Haeri et B. Javaux, « L'action de groupe à la française, une curiosité », *JCP G.*, mars 2014, 375.

899 Art. L. 423-1, Code de la consommation.

B. La sanction du non-respect de la garantie contractuelle d'interopérabilité

465. **La définition de la garantie contractuelle d'interopérabilité.** Le professionnel peut d'ores et déjà s'engager à la mise en œuvre effective de l'interopérabilité, sans y être contraint par des dispositions législatives ou réglementaires. Cet engagement peut prendre la forme d'une clause, insérée dans les conditions générales de vente du bien meuble, corporel ou incorporel, permettant l'échange et la réutilisation de données.

466. **Le fondement juridique de la sanction du non-respect de la garantie contractuelle.** Or, par application des dispositions de l'article 1134, alinéa 1^{er}, du Code civil : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Ainsi, si le vendeur professionnel s'est engagé par voie contractuelle à garantir l'interopérabilité, il doit respecter son engagement lors de l'exécution du contrat.

S'agissant d'une obligation de faire l'interopérabilité auquel s'est engagé le vendeur, son inexécution pourrait donner lieu soit à une condamnation à exécuter sous astreinte si les libertés individuelles ne sont pas en jeu, soit à sa condamnation au paiement de dommages et intérêts, par application des dispositions de l'article 1142 du Code civil, soit à la mise à sa charge du coût de la mise en œuvre de l'interopérabilité⁹⁰⁰.

467. **Conclusion de la Section.** En l'état du droit positif, un défaut d'interopérabilité peut être sanctionné, non sur les fondements de la responsabilité du fait des produits défectueux ou de la délivrance conforme, mais sur ceux du non-respect de la garantie des vices cachés ou de la garantie contractuelle d'interopérabilité. Le consommateur devra rapporter la preuve de l'existence d'un vice caché, pour chaque support sur lequel il souhaite pouvoir accéder à ses données, ce qui particulièrement lourd et peut s'avérer dissuasif pour l'engagement d'une procédure.

De ce fait, la sanction du défaut d'interopérabilité en droit positif peut s'avérer insuffisante pour assurer une mise en œuvre effective de l'interopérabilité dans l'intérêt du consommateur. C'est pourquoi il convient

900 La portée de ce texte est très discutée et il ne fait en réalité obstacle à l'exécution forcée en nature ou à la réparation en nature qu'en cas de menace d'une liberté essentielle du débiteur, cf. G. Viney et P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, 3^e éd., 2011.

Art. 1142, Code civil : « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ».

Art. 1144, Code civil : « Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. Celui-ci peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires à cette exécution ».

d'alléger la charge de la preuve incombant au consommateur en se focalisant sur la seule preuve d'un défaut d'interopérabilité. La consécration d'une responsabilité de plein droit du professionnel a précisément cette finalité.

SECTION II – LA MISE EN OEUVRE EFFECTIVE PAR LA SANCTION DU DEFAUT D'INTEROPERABILITE EN DROIT PROSPECTIF

468. **La nécessité de la consécration d'une responsabilité de plein droit étendue à l'obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité.** Pour le consommateur, il est souvent complexe d'identifier le sujet qui est à l'origine de la mauvaise exécution du contrat. Aussi, l'idée est de limiter le nombre d'interlocuteurs potentiels pour celui-ci et de faire peser la charge de l'exécution du contrat, dans son intégralité, sur un seul et même sujet : le professionnel partie au contrat de consommation. Ce dernier sera alors responsable, de plein droit, de l'exécution des obligations du contrat, y compris de celles qui ne lui incombent pas directement.

469. **La consécration d'une responsabilité de plein droit du professionnel dans les contrats de consommation conclus à distance**⁹⁰¹. Ce régime de responsabilité de plein droit se trouve d'ailleurs adopté dans le cas des contrats conclus avec une agence de voyage⁹⁰² ou encore des contrats de consommation conclus à distance : il a été considéré que La conclusion d'un contrat à distance présente des risques certains pour le consommateur dont, celui lié à la bonne livraison des biens. L'un des moyens de sécuriser la contractualisation à distance a donc été de faire peser ces risques, non sur l'acheteur professionnel ou le consommateur, mais plutôt sur le vendeur. Ce transfert du risque de l'acheteur au vendeur s'est opéré, juridiquement, par l'établissement d'une responsabilité de plein droit de ce dernier dans l'exécution du contrat conclu à distance.

Précisément, cette responsabilité de plein droit a été consacrée en droit interne par la loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004⁹⁰³. Ainsi, par application des dispositions de l'article 15 de la loi

901 Sur le régime de la responsabilité de plein droit : N. Sauphanor-Brouillaud, E. Poillot, C. Aubert et G. Brunaux, *Les contrats de consommation – Règles communes*, LGDJ, coll. Traité de droit civil (dir. J. Ghestin), 2012 ; Ph. Stoffel-Munck, « LCEN. La réforme des contrats du commerce électronique », *Comm. Com. Electr.* sept. 2004, étude 30.

902 Art. L. 211-16, Code du tourisme : « Toute personne physique ou morale qui se livre aux opérations mentionnées à l'article L. 211-1 est responsable de plein droit à l'égard de l'acheteur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat, que ce contrat ait été conclu à distance ou non et que ces obligations soient à exécuter par elle-même ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci et dans la limite des dédommagements prévus par les conventions internationales. Toutefois, elle peut s'exonérer de tout ou partie de sa responsabilité en apportant la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat est imputable soit à l'acheteur, soit au fait, imprévisible et insurmontable, d'un tiers étranger à la fourniture des prestations prévues au contrat, soit à un cas de force majeure ».

903 Art. 14, Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, *JORF* n° 0143 du 22 juin 2004 p. 11168, texte n° 2 : « le commerce électronique est l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services. Entrent également dans le champ du commerce électronique les services tels que ceux consistant à fournir des informations en ligne, des communications commerciales et des outils de recherche, d'accès et de récupération de données, d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement d'informations, y compris lorsqu'ils ne

précitée, le vendeur professionnel a été désigné comme le seul responsable à l'égard de « l'acheteur » professionnel ou du consommateur de la bonne exécution du contrat conclu par voie électronique, y compris en cas de défaut d'exécution par le fait d'un tiers prestataire⁹⁰⁴.

S'agissant du consommateur, encore plus précisément, la responsabilité de plein droit du professionnel a été étendue à l'ensemble des contrats conclus à distance dès 2004 et aux termes de l'ancien article L. 121-20-3 du Code de la consommation. Depuis la loi du 14 mars 2014 relative à la consommation, ce sont les dispositions désormais comprises à l'article L. 121-19-4, alinéa 1er, du Code de la consommation qui traitent de cette responsabilité : « le professionnel est responsable de plein droit à l'égard du consommateur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat conclu à distance, que ces obligations soient exécutées par le professionnel qui a conclu ce contrat ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci ».

470. L'exclusion de l'application de la responsabilité de plein droit dans les contrats de consommation conclus à distance au cas de l'obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité. La responsabilité de plein droit a été instaurée principalement pour faire peser les risques liés au conditionnement, au transport et à la livraison d'un bien commandé en ligne sur les vendeurs⁹⁰⁵. Mais hors de cette *ratio legis*, la question s'est immédiatement posée de l'extension de cette responsabilité de plein droit à

sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent. Une personne est regardée comme étant établie en France au sens du présent chapitre lorsqu'elle s'y est installée d'une manière stable et durable pour exercer effectivement son activité, quel que soit, s'agissant d'une personne morale, le lieu d'implantation de son siège social ».

⁹⁰⁴ Art. 15, Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, *op. cit.* : « I. - Toute personne physique ou morale exerçant l'activité définie au premier alinéa de l'article 14 est responsable de plein droit à l'égard de l'acheteur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat, que ces obligations soient à exécuter par elle-même ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci. Toutefois, elle peut s'exonérer de tout ou partie de sa responsabilité en apportant la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat est imputable, soit à l'acheteur, soit au fait, imprévisible et insurmontable, d'un tiers étranger à la fourniture des prestations prévues au contrat, soit à un cas de force majeure. II. - L'article L. 121-20-3 du code de la consommation est complété par deux alinéas ainsi rédigés : « Le professionnel est responsable de plein droit à l'égard du consommateur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat conclu à distance, que ces obligations soient à exécuter par le professionnel qui a conclu ce contrat ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci. « Toutefois, il peut s'exonérer de tout ou partie de sa responsabilité en apportant la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat est imputable, soit au consommateur, soit au fait, imprévisible et insurmontable, d'un tiers au contrat, soit à un cas de force majeure ».

De par ces articles, il existe une ambiguïté sur le champ de la qualification de la notion d'« acheteur », cf. *infra*, p. 310.

⁹⁰⁵ Art. L. 138-1, al. 3, Code de la consommation : « la livraison s'entend du transfert au consommateur de la possession physique ou du contrôle du bien ». La responsabilité de plein droit est limitée à l'article 20 de la directive 2011/83/UE à la problématique de la livraison du bien commandé en ligne. Art. 20, directive 2011/83/UE : « pour ce qui est des contrats prévoyant que le professionnel expédie les biens au consommateur, le risque de perte ou d'endommagement des biens est transféré au consommateur lorsque ce dernier, ou un tiers désigné par le consommateur et autre que le transporteur, prend physiquement possession de ces biens. Cependant, le risque est transféré au consommateur à la livraison du bien au transporteur dès lors que ce dernier a été chargé du transport des biens par le consommateur et que le choix n'a pas été proposé par le professionnel, sans préjudice des droits dont le consommateur dispose à l'égard du transporteur ».

l'ensemble des obligations lors de l'exécution du contrat conclu à distance.

En effet, par une interprétation littérale de l'article L. 121-19-4, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation, on pourrait affirmer que le professionnel est responsable de plein droit de l'exécution de l'ensemble des obligations résultant des contrats conclus à distance, dès lors qu'il n'est opéré dans cet article aucune distinction quant aux obligations contractuelles en cause. La responsabilité de plein droit du vendeur ne se limiterait donc pas à la seule prise en charge du risque de la livraison⁹⁰⁶.

Cette analyse littérale des dispositions de l'article L. 121-19-4, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation ne fait toutefois pas l'unanimité. Ainsi, pour le Professeur Bruguière, « comme le texte le souligne, le professionnel est responsable de “ la bonne exécution des obligations résultant du contrat ”. Cela semble a priori très large. La raison voudrait néanmoins que l'on intègre dans cette disposition les seules obligations susceptibles d'être affectées par le fait que le contrat ait été passé à distance »⁹⁰⁷. Pour une partie de la doctrine donc, ce texte a été élaboré pour pallier les risques, pour le consommateur, de la conclusion d'un contrat à distance. L'esprit du texte viserait en définitive à ne mettre à la charge du professionnel que les obligations en lien direct avec le caractère distant de la conclusion du contrat et non l'ensemble des obligations liées à son exécution⁹⁰⁸.

906 Le transfert du risque du transport est explicitement prévu aux dispositions de l'article L. 138-4 du Code de la consommation : « tout risque de perte ou d'endommagement des biens est transféré au consommateur au moment où ce dernier ou un tiers désigné par lui, et autre que le transporteur proposé par le professionnel, prend physiquement possession de ces biens ».

907 J.-M. Bruguière, « Fasc. 860 : commerce électronique et protection du consommateur », *JCI commercial*, 2009, p. 93 et s.
J. Huet, « Encore une modification du Code civil pour adapter le droit des contrats à l'électronique – loi LCEN n° 2004-575 du 21 juin 2004, *JCP G.*, n° 47, nov. 2004, I 178 : « Quant à l'étendue de la responsabilité (...) elle peut dans le cadre du commerce électronique avoir, également, une étendue très large et comprendre non seulement la livraison et sa ponctualité, mais le défaut de la prestation, le préjudice physique... Ce n'est peut-être pas ce que l'on a souhaité. Sur le fondement d'un tel texte, il ne serait pas absurde de prétendre qu'un exploitant de réseau ou un fournisseur d'hébergement pourrait voir sa responsabilité recherchée à raison du vice caché d'un produit ayant provoqué un accident... Et pourtant la solution serait à l'évidence absurde et de nature à perturber gravement le développement du commerce électronique ».

908 E. Poillot et N. Sauphanor – Brouillaud, « Droit de la consommation », *D.* 2009, p. 393 : « Les procédés contractuels, qui s'entendent du démarchage et de la distance, appellent une réglementation spéciale en raison des conséquences qu'ils produisent sur le processus de conclusion du contrat. Dans le cadre du démarchage, le contrat est en quelque sorte subi par le consommateur. Les règles particulières applicables à ce contexte visent alors à atténuer le caractère agressif de la relation contractuelle. Dans le cadre des contrats conclus à distance, l'éloignement, ou plus précisément l'absence de présence physique des parties, modifie les modalités d'expression de la volonté. A cela s'ajoute également, dans la plupart des hypothèses, l'impossibilité pour le consommateur d'apprécier concrètement la chose objet du contrat qui doit encore lui parvenir ou de se faire une idée du service qui lui sera ultérieurement fourni. Ces spécificités du contrat à distance conduisent à l'édiction de règles particulières. (...) Certes, le contrat de vente à distance n'entretient qu'une lointaine parenté avec le contrat de voyage à forfait. Mais ces deux situations contractuelles reposent sur des mécanismes proches. Dans le cadre du voyage à forfait, l'organisateur du voyage propose un voyage composé d'un ensemble de prestations qu'il n'exécutera pas lui-même mais auxquelles il a donné une unité. Dans le cadre de la vente à distance, le vendeur propose un ensemble de prestations qui ne sont pas non plus toutes exécutées par lui-même (l'acheminement du bien relevant dans la majorité des ventes à distance d'un prestataire indépendant). Dans les deux cas, la commercialisation des services ou des biens repose sur des techniques particulières - la possibilité de négocier des tarifs auprès des prestataires de services pour l'organisateur de voyage, l'économie réalisée par l'absence de commercialisation directe pour le vendeur à distance - économiquement favorables aux professionnels. Ces techniques influencent le régime de l'exécution du contrat, l'unité de la prestation aux yeux du consommateur conditionnant le régime du

Nous souscrivons à cette approche de la circonscription de l'étendue de la responsabilité de plein droit du professionnel. En l'état du droit positif, son domaine est néanmoins incertain. On ne peut donc pas se fonder sur ce seul article L. 121-19-4 du Code de la consommation pour faire application de la responsabilité de plein droit à l'obligation proposée précédemment de recours systématique à un format ouvert et non protégé de données⁹⁰⁹. En d'autres termes, nous ne pouvons pas nous contenter de l'article L. 121-19-4 du Code de la consommation pour la sanction du défaut d'interopérabilité. Nous allons toutefois nous inspirer de sa formulation pour la consécration d'une responsabilité de plein droit du professionnel en cas de non-respect de l'obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité.

471. **Plan.** La modification de la formulation de l'article L. 121-19-4, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation va porter à la fois sur le champ de la responsabilité pour le cas du professionnel (I) et sur l'étendue de l'action du consommateur, sujet actif du droit à l'interopérabilité (II).

I. La portée de la responsabilité de plein droit du professionnel

472. **Plan.** La responsabilité de plein droit vise à renforcer la sanction encourue en cas de défaut d'interopérabilité car elle induit une obligation de résultat (A) et une responsabilité du fait d'autrui (B).

A. Une obligation de résultat quant à l'exécution de l'obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité

473. **La responsabilité de plein droit induit une obligation de résultat.** Une obligation de résultat est définie comme celle où le débiteur s'engage à un résultat déterminé et pour laquelle sa responsabilité peut être engagée dès l'instant où le résultat n'est pas réalisé, sauf à démontrer un cas de force majeure. Ainsi, dans le cas d'une obligation de résultat, « le créancier n'accepte pas que le doute puisse exister sur la certitude du résultat attendu (relativement parlant, car la certitude absolue n'est pas de ce monde). Le contenu de

contrat. Elle fonde la responsabilité du professionnel sur la non conformité du voyage composé et proposé au voyage offert dans le cadre des voyages à forfait et s'oppose à la dissociation de l'opération de vente et de celle d'envoi pour la vente à distance, ce qui, dans les deux cas, facilite les recours du consommateur. Il y a dans le traitement similaire de ces deux situations une proximité logique. La fragmentation des relations contractuelles dans ce type d'opérations décourage le consommateur d'intenter un recours. Pour les contrats de voyage à forfait, la localisation des relations juridiques à l'étranger est une source de difficultés pour le consommateur car elle implique très souvent la compétence d'une juridiction étrangère ou l'application d'une loi étrangère, voire même les deux. Dans le cadre de la vente à distance, le fait de dissocier la vente de l'envoi présente des inconvénients pour le consommateur (...). L'invocation opportune de l'article L. 121-20-3 du code de la consommation libère le consommateur de ces désagréments. Conduisant à une approche globale de l'opération contractuelle, elle nous rappelle par ailleurs que la frontière entre prestation de services et vente est loin d'être aussi tranchée en droit de la consommation qu'en droit commun ».

909 cf. *supra*, p. 268 et s.

l'obligation paraît donc être le résultat lui-même. Certes, pour l'atteindre le débiteur devra mettre en œuvre des moyens, mais ceux-ci ne sont pas pris en considération »⁹¹⁰.

L'obligation de résultat est à distinguer de l'obligation de moyens. Dans ce cas, le débiteur s'engage uniquement à mettre en œuvre l'ensemble des moyens pour aboutir à un objectif donné, sans que l'on puisse engager sa responsabilité si l'objectif n'est pas atteint.

Plus précisément, s'agissant de l'obligation de résultat, cela signifie que si l'une des obligations relevant du contrat n'est pas exécutée alors le professionnel en est responsable, sans qu'il soit nécessaire d'apporter la preuve de sa faute. Appliquée à l'obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité, cela signifie que le professionnel partie au contrat sera responsable de son non-respect, sans que le consommateur n'ait à apporter la preuve d'une faute. Un seul échappatoire demeurerait pour le professionnel : la preuve de l'existence d'une cause d'exonération de sa responsabilité : le fait du consommateur, le fait imprévisible et insurmontable d'un tiers au contrat, un cas de force majeure ⁹¹¹.

474. Les causes d'exonération de la responsabilité de plein droit. Par application des dispositions de l'article L. 121-19-4, alinéa 2, du Code de la consommation, le professionnel « peut s'exonérer de tout ou partie de sa responsabilité en apportant la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat est imputable soit au consommateur, soit au fait, imprévisible et insurmontable, d'un tiers au contrat, soit à un cas de force majeure ». Il existe donc, s'agissant de la responsabilité de plein droit dans l'exécution du contrat conclu à distance, trois causes d'exonération de responsabilité : le fait du consommateur, le fait d'un tiers, la

910 Pour une présentation de la distinction de l'obligation de résultat et de l'obligation de moyens, cf. G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Traité de droit civil : les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 2013 ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil – Les obligations*, 11^e éd., Précis Dalloz, 2013 ; P. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action, 2012, n° 3221 et s. ; Y. Picod, « Obligations », *Rép. Civ.*, Dalloz, janv. 2009, n°44 et s. ; P. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *Droit des obligations*, 13^e éd. LexisNexis, 2014, p. 8-9. ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil – Les obligations*, 11^e éd., Précis Dalloz, 2013, p. 623-624. ; P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *les obligations*, 6^e ed. LGDJ, 2013, p. 493-494 : « le principe de la distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultat a été discuté ; la controverse a perdu de la vivacité qu'elle avait encore il y a une soixantaine d'années. La distinction est acceptée plus ou moins par tout le monde ; mais tout le monde, ou presque, admet qu'elle est à ce point relative qu'elle ne signifie plus grand chose et n'a qu'une valeur pédagogique pour trois raisons. 1° son critère est incertain. 2° Dans beaucoup de contrats, il existe à la fois des obligations de moyens et des obligations de résultat qui se mélangent. 3° La nature de l'obligation est souvent une question de degrés (...) » ; L. Grynbaum, C. Le Goffic, L. Morlet-Haïdara, *Droit des activités numériques*, Précis Dalloz, 1^{ère} éd., 2014, p. 102 : « (...) la responsabilité de plein droit instaurée par le législateur revient à faire peser sur le professionnel offrant ou proposant ses biens ou services par Internet une obligation de résultat ».

911 En raison de ces causes d'exonération de responsabilité, il s'agit bien d'une obligation de résultat et non d'une obligation de garantie. En effet, P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck distinguent quant à eux trois types d'obligations : de moyens, de résultat et de garantie, où « (...) le débiteur garantit en tout état de cause le résultat promis, même au cas de force ou de fait d'un tiers (...) ». cf. P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *les obligations*, 6^e ed. LGDJ, 2013, p. 493.

force majeure. La preuve de la présence de l'une de ses causes d'exonération de responsabilité aurait pour effet d'exonérer le professionnel débiteur de sa responsabilité s'agissant du non-respect de l'obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité.

La première cause d'exonération de responsabilité est le fait du consommateur. Ainsi, si ce dernier est à l'origine du défaut d'interopérabilité, par la modification des paramètres de son outil numérique ou la modification du format de données par exemple, il ne pourra pas engager la responsabilité du professionnel. Il reste que la preuve de cette intervention peut s'avérer délicate à apporter pour le professionnel.

La deuxième cause d'exonération de responsabilité du professionnel est le fait d'un tiers au contrat. En effet, le professionnel n'est pas responsable de plein droit d'un défaut d'interopérabilité engendré par l'activité d'un tiers qui s'est, à titre d'illustration, introduit frauduleusement dans son système et y a modifié l'interopérabilité des contenus numériques mis à disposition du consommateur, à la condition que ladite intrusion soit imprévisible et insurmontable.

La troisième cause d'exonération de responsabilité est un cas de force majeure. Le professionnel ne pourra donc pas voir sa responsabilité engagée si le non-respect de l'obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité est causée par une situation de force majeure, définie classiquement comme le fait imprévisible, irrésistible et extérieur à la personne tenue par une obligation⁹¹².

Cependant, s'agissant plus particulièrement de la deuxième cause d'exonération de responsabilité, aux termes des dispositions de l'article L. 121-19-4, alinéa 1er, du Code de la consommation, il est clairement exclu que le fait d'un prestataire de services, introduit dans l'exécution du contrat par le professionnel, soit une cause exonératoire de responsabilité pour le professionnel. Ces causes d'exonération, cadres à la responsabilité de plein droit, doivent être reprises pour le cas de l'obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité et l'obligation du fait d'autrui doit être précisée.

912 F. Chabas et F. Gréau, « Force majeure », *Rép. civ.*, Dalloz, oct. 2013.

B. Une responsabilité du fait d'autrui quant à l'exécution de l'obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité

475. **Plan.** On peut proposer, dans le cadre de la présente étude, de consacrer une même responsabilité du fait d'autrui que celle posée par l'article L. 121619-4 alinéa 1^{er} du Code de la consommation, pour le cas de l'obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité, par le recours systématique à un format ouvert et non protégé de données (1). Cet article, en l'état du droit positif, n'est cependant pas applicable au fait des sujets passifs du droit à l'interopérabilité (2) et nécessite une modification de la formulation pour inclure dans le champ de la responsabilité du fait d'autrui les actes des éditeurs de logiciels et de contenus numériques (3).

1. Le principe de la responsabilité du fait d'autrui dans l'exécution du contrat conclu à distance

476. **La responsabilité de plein droit du professionnel.** Aux termes de l'article L. 121-19-4, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation, « le professionnel est responsable de plein droit à l'égard du consommateur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat conclu à distance, que ces obligations soient exécutées par le professionnel qui a conclu ce contrat ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci»⁹¹³.

Le professionnel est donc le seul responsable de plein droit dans les contrats conclus à distance⁹¹⁴. Sont dès lors exclus du champ d'application de la responsabilité de plein droit les non-professionnels⁹¹⁵. De ce fait, un particulier ou une association, par exemple, mettant à disposition du plus grand nombre un logiciel ou un contenu numérique, ne serait pas responsable de plein droit de la bonne exécution des obligations découlant de leur relation.

913 Souligné par nous.

914 Par application des articles 14 et 15 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, le responsable de plein droit est une personne physique ou morale exerçant l'activité de commerce électronique, définie comme celle « par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services ».

915 L. Grynbaum, C. Le Goffic, L. Morlet-Haïdara, *Droit des activités numériques*, *op. cit.*, p. 99 : « le non professionnel, vendeur ou prestataire de service de services occasionnel ne saurait se voir imposer une telle obligation. En effet, le rapprochement des termes de la loi permet une telle analyse car les expressions " activités économiques " et " proposer ou assurer à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services " oriente nécessairement vers une obligation mise à la charge du seul professionnel utilisant Internet pour exercer son activité. Cette restriction aux seuls " marchands " est confortée par l'examen des travaux parlementaires qui visaient à imposer une obligation exclusivement aux professionnels ».

Cette exclusion des non-professionnels, comme pour le cas de l'obligation d'information précontractuelle, est logique⁹¹⁶. En effet, il n'y a pas, dans ce cadre, de contrat de consommation, défini comme la relation contractuelle entre un professionnel et un consommateur. L'exclusion des non-professionnels du champ d'application de la responsabilité de plein droit, s'agissant de l'obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité, ne sera donc pas remise en cause. En revanche, modifié le champ de la responsabilité du fait d'autrui, limité aux actes des prestataires de services.

477. La responsabilité du fait d'autres prestataires de services. Par application de l'article L. 121-19-4, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation, le professionnel est responsable des obligations résultant du contrat, que ces obligations soient exécutées par lui-même, « ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci ».

Le professionnel, partie au contrat de consommation, est donc responsable de la bonne exécution du contrat, y compris lorsque tout ou partie de cette exécution est confiée à un tiers prestataire, tel que le transporteur ou le conditionneur. Cela signifie que le consommateur n'a pas à identifier la personne à l'origine du défaut d'exécution d'un contrat conclu à distance et que le seul responsable à son égard sera le professionnel partie au contrat, à charge pour ce dernier de solliciter par la suite la responsabilité du tiers prestataire de services. Cette responsabilité du fait d'autrui n'est cependant pas applicable pour le cas de l'obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité que nous proposons.

2. L'inapplicabilité du principe de la responsabilité du fait d'autrui, dans l'exécution du contrat conclu à distance, à l'obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité

478. La question de l'application de la responsabilité de plein droit au fait des éditeurs de logiciels et de contenus numériques. La question est donc de savoir si le professionnel, partie au contrat conclu à distance, serait responsable de plein droit, par une reprise sans modification de la formulation des dispositions précitées, de l'exécution de cette obligation si le défaut d'interopérabilité est causé par un tiers, et plus particulièrement par l'éditeur du logiciel ou l'éditeur du contenu numérique objet du contrat⁹¹⁷.

479. L'exclusion de l'application de la responsabilité de plein droit au fait des éditeurs de logiciels et de contenus numériques. La réponse est négative en l'état du droit positif. Le professionnel est, aux termes

⁹¹⁶ cf. *supra*, p. 205.

⁹¹⁷ Il faut rappeler que pour les contrats portant sur un outil numérique, l'interopérabilité ne dépend pas de son fabricant mais bien du ou des éditeurs des logiciels intégrés à cet outil.

de l'article L. 121-19-4, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation, responsable uniquement des faits des « autres prestataires de services ». Aussi, pour que le professionnel partie au contrat soit responsable du non-respect de l'obligation de mise en œuvre de l'effectivité de l'interopérabilité, il faudrait que l'éditeur du logiciel ou du contenu numérique objet du contrat soit qualifié de « prestataire de services ».

Or cette qualification ne peut trouver à s'appliquer à ces deux sujets puisqu'ils n'exécutent pas une prestation de services, un logiciel ou un contenu numérique n'étant pas des services mais des biens immatériels. La formulation actuelle de l'article L. 121-19-4 du Code de la consommation ne permet donc pas d'y inclure les sujets passifs du droit à l'interopérabilité. Il est donc nécessaire, s'il l'ont voulu reprendre les dispositions de cet article, d'en modifier sa formulation.

3. L'extension du principe de la responsabilité du fait d'autrui, dans l'exécution du contrat conclu à distance, à l'obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité

480. L'extension de la responsabilité de plein droit au fait des tiers éditeurs de logiciels ou de contenus numériques. La mise en œuvre effective du droit à l'interopérabilité exige une modification de la formulation de l'article L. 121-19-4, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation dans le sens d'une extension de la responsabilité de plein droit au professionnel, partie au contrat de consommation, à raison du défaut d'interopérabilité causé par le tiers éditeur de logiciels ou de contenus numériques, sujets passifs du droit à l'interopérabilité.

En effet, pour la bonne exécution de l'obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité, il faut que le consommateur puisse facilement identifier le sujet qui y est tenu, ce qui peut s'avérer complexe, les causes d'un défaut d'interopérabilité pouvant être multiples. En outre, il peut être difficile pour un consommateur français, voire impossible, de solliciter d'un éditeur de logiciels ou de contenus numériques, qui n'est pas établi sur le territoire national le respect de l'obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité. La responsabilité pour autrui du professionnel partie au contrat de consommation portant, en tout ou partie, sur des logiciels ou des contenus numériques, s'impose donc pour le respect de l'obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité.

481. La modification proposée. En définitive, nous proposons, dans un premier temps, de modifier l'objet de la responsabilité de plein droit instaurée par les dispositions de l'article L. 121-19-4, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation et d'introduire les précisions suivantes : « le professionnel est responsable de plein droit à

l'égard du consommateur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat conclu à distance, que ces obligations soient exécutées par le professionnel qui a conclu ce contrat ou par d'autres prestataires de services ou éditeurs de logiciels ou de contenus numériques, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci. Toutefois, il peut s'exonérer de tout ou partie de sa responsabilité en apportant la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat est imputable soit au consommateur, soit au fait, imprévisible et insurmontable, d'un tiers au contrat, soit à un cas de force majeure ».

II. La portée de la responsabilité de plein droit au bénéfice du consommateur

482. **Plan.** Seul le consommateur, sujet actif du droit à l'interopérabilité pourra solliciter la responsabilité de plein droit du professionnel (A) en cas d'inexécution de l'obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité, pour tous les contrats de consommation, y compris au-delà des contrats conclus à distance (B).

A. Une responsabilité de plein droit au bénéfice du seul consommateur

483. **Le consommateur et la responsabilité de plein droit.** La responsabilité de plein droit du professionnel est prévue au profit du « consommateur » aux termes des dispositions de l'article L. 121-19-4, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation. Par une application stricte des dispositions précitées, seul le consommateur, tel que défini précédemment⁹¹⁸, est donc concerné par la responsabilité de plein droit à la charge du professionnel.

484. **La limitation du bénéfice de la responsabilité de plein droit au consommateur.** L'analyse des articles 14 et 15 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique pourrait faire évoluer la limitation du champ d'application de la responsabilité de plein droit au bénéfice du seul consommateur. En effet, à l'article 15, il est question non pas du « consommateur » mais de « l'acheteur ». Or, il ressort des travaux parlementaires que la notion d'« acheteur » ne devrait pas se limiter au seul consommateur⁹¹⁹ mais embrasser

918 cf. *supra*, p. 98 et s.

919 Intervention de J. Dionis du Séjour, rapporteur, séance 8 janv. 2004, *JORF* 9 janv. 2004, compte rendu intégral 1ère séance du 8 janv. 2004 : « La question posée est la suivante : faut-il réserver ce nouveau régime de responsabilité qui, encore une fois, donne une responsabilité unique aux vendeurs en ligne, ou faut-il l'étendre aux entreprises ? Mme la ministre considère que les entreprises bénéficient en général de services juridiques et ont l'habitude de signer des contrats. Je reconnais volontiers que c'est vrai pour une partie d'entre elles. Dans le monde des entreprises, que l'on peut comparer à une sorte de pyramide, les grandes entreprises structurées, celles qui sont au sommet de la pyramide, seront effectivement dans ce cas. En revanche, toutes les petites entreprises qui constituent la base de l'édifice ne disposent pas toujours d'un service juridique et n'auront pas forcément les moyens de se border. Or elles aussi sont appelées à intervenir dans le développement de l'économie numérique, à acheter en ligne. Elles ont donc besoin

toute personne qui procèderait à un achat auprès d'un professionnel du commerce électronique. Il serait alors potentiellement envisageable d'étendre le champ d'application de la responsabilité de plein droit au delà du seul consommateur et d'y inclure plus largement tout acheteur.

Cependant, la modification que nous proposons ne vise que les dispositions du Code de la consommation et ne peut donc qu'être au bénéfice au consommateur. Sera donc exclue, dans le cadre de la présente étude, une proposition d'évolution de la loi pour la confiance dans l'économie numérique sur ce point.

B. Une responsabilité de plein droit au-delà des contrats conclus à distance

485. La limitation du champ d'application de l'article L. 121-19-4 du Code de la consommation aux contrats conclus à distance. L'article L. 121-19-4 s'insère dans les dispositions particulières du Code de la consommation applicables aux contrats conclus à distance. De plus, il est explicitement mentionné à cet article que le professionnel est responsable de plein droit à l'égard du consommateur de la bonne exécution des seules obligations « résultant du contrat conclu à distance ». De manière évidente, le champ d'application de la responsabilité de plein droit, en l'état du droit positif, est donc limité aux contrats conclus à distance⁹²⁰. La cause de l'élaboration de cette responsabilité de plein droit explique la limitation aux seuls contrats à distance : les risques, en particulier, du conditionnement, et du transport, ainsi que les difficultés d'identification des autres professionnels, dans la conclusion des contrats à distance.

486. L'application de la responsabilité de plein droit à l'ensemble des contrats de consommation. Comme exposé précédemment, il existe différents types de contrats de consommation. Ceux-ci peuvent être conclus à distance, hors établissement ou dans les conditions classiques de rencontre du consommateur et du professionnel⁹²¹. La responsabilité de plein droit établie par les dispositions de l'article L. 121-19-4 du Code de la consommation est limitée aux contrats de consommation conclus à distance. Or, il n'existe aucun motif valable pour limiter le champ d'application de la responsabilité de plein droit du professionnel à ces seuls contrats, pour le cas de l'obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité. Dans ces conditions, la responsabilité de plein droit de ce dernier s'impose et, ce, au delà des seuls contrats conclus à distance.

elles aussi de ce régime de responsabilité qui désigne très clairement le vendeur en ligne. Par conséquent, je suis défavorable au sous-amendement n° 241 (...) ».

920 Il est à noter que par application des dispositions des articles 14 et 15 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, la responsabilité de plein droit au profit de tout acheteur est quant à elle limitée aux seuls contrats conclus par voie électronique.

921 cf. *supra*, p. 190.

487. **L'application de la responsabilité de plein droit à l'ensemble des contrats ayant pour objet un bien immatériel.** Pour autant, une limite évidente doit être posée à cette responsabilité de plein droit : celle du bien objet du contrat de consommation. Ainsi, à l'instar de l'obligation d'information quant à l'interopérabilité, la responsabilité de plein droit du professionnel partie au contrat ne doit s'appliquer que dans le cas des contrats où l'interopérabilité a son importance, à savoir dans les contrats de consommation portant sur un logiciel ou un contenu numérique. Cet analyse rejoint celle opérée relativement à la responsabilité du fait des tiers éditeurs de logiciels ou de contenus numériques, à la charge du sujet responsable de plein droit de l'obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité.

Aussi, le nouveau texte consacrant la responsabilité de plein droit quant la mise en œuvre effective de l'interopérabilité ne peut être inséré aux côtés de l'article L. 121-19-4 du Code de la consommation, parmi les textes applicables aux seuls contrats conclus à distance. Il doit s'appliquer aux seuls contrats ayant pour objet un bien immatériel numérique, que celui-ci soit l'objet principal du contrat ou l'une de ses composantes. Il semble nécessaire de plaider pour une codification dans une section spécifique.

En définitive, nous proposons la dispositions suivante, qui serait à insérer au sein d'une nouvelle section 2 bis « dispositions particulières applicables aux contrats portant en tout ou partie sur des logiciels et contenus numériques » du chapitre relatif aux pratiques commerciales réglementées, un article L. 121-25-1 : « le professionnel est responsable de plein droit à l'égard du consommateur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat **portant sur un logiciel ou un contenu numérique**, que ces obligations soient exécutées par le professionnel qui a conclu ce contrat ou par d'autres prestataires de services ou éditeurs de logiciels ou de contenus numériques, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci. Toutefois, il peut s'exonérer de tout ou partie de sa responsabilité en apportant la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat est imputable soit au consommateur, soit au fait, imprévisible et insurmontable, d'un tiers au contrat, soit à un cas de force majeure ».

488. **Conclusion de la Section.** Le respect de l'obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité impose de faciliter les recours du consommateur en cas de mauvaise exécution du contrat. Il faut plaider en conséquence pour l'instauration d'une responsabilité de plein droit du professionnel partie au contrat de consommation. Cette responsabilité porterait, en tout ou partie, sur un logiciel ou un contenu numérique. Pour cela, la seule modification de l'article L. 121-19-4, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation n'est pas envisageable.

Il convient plutôt d'insérer, dans une nouvelle section 2 bis intitulée « dispositions particulières applicables aux contrats portant en tout ou partie sur des logiciels et contenus numériques » du chapitre relatif aux pratiques commerciales réglementées du Code de la consommation, la disposition suivante, ce au sein d'un article L. 121-25-1 : « le professionnel est responsable de plein droit à l'égard du consommateur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat portant sur un logiciel ou un contenu numérique, que ces obligations soient exécutées par le professionnel qui a conclu ce contrat ou par d'autres prestataires de services ou éditeurs de logiciels ou de contenus numériques, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci. Toutefois, il peut s'exonérer de tout ou partie de sa responsabilité en apportant la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat est imputable soit au consommateur, soit au fait, imprévisible et insurmontable, d'un tiers au contrat, soit à un cas de force majeure »

489. Conclusion du Chapitre. En l'état du droit positif, le consommateur n'est pas démuné face à un défaut d'interopérabilité. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 27 juillet 2006, a en effet rappelé que ce dernier pouvait parfaitement saisir la juridiction compétente pour la défense de ses intérêts. Il le peut donc actuellement, soit sur celui de la garantie des vices cachés, le défaut d'interopérabilité affectant l'usage normal de la chose et n'étant décelable qu'au jour où le recours à un nouveau support d'accès aux données a été tenté, soit sur le fondement d'une garantie contractuelle de l'interopérabilité.

Ces seuls fondements s'avèrent toutefois insuffisants à la mise en œuvre effective de l'interopérabilité au bénéfice du consommateur, en raison de la lourdeur de la charge de la preuve qui incombe à ce dernier, en particulier s'agissant de la garantie des vices cachés. Compte tenu de ce constat, il est proposé d'alléger cette charge par la consécration d'une responsabilité de plein droit du professionnel, partie au contrat de consommation ayant pour objet en tout ou partie un bien immatériel, tels qu'un logiciel ou un contenu numérique.

Seule la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution de l'obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité est imputable au consommateur, au fait, imprévisible et insurmontable, d'un tiers au contrat ou à un cas de force majeure, serait exonératoire de responsabilité.

490. Conclusion du Titre. En l'état du droit positif, la garantie de l'interopérabilité se limite à une obligation de ne pas faire obstacle à l'interopérabilité en cas de recours à des mesures techniques de protection, par

application des dispositions de l'article L. 331-5, alinéa 4, du Code de la propriété intellectuelle : « 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 (...) ». Le respect de cette obligation est garanti par l'instauration d'une procédure, confiée à l'HADOPI, de communication des informations essentielles à l'interopérabilité des mesures techniques de protection, procédure réservée aux seuls éditeurs de logiciel, fabricants de système technique et exploitants de service, à l'exclusion du consommateur.

Lors de l'exécution du contrat de consommation, la garantie du droit à l'interopérabilité n'est pas assurée, ce qui induit l'évolution des textes : d'une obligation de ne pas faire obstacle à l'interopérabilité, on doit basculer vers une obligation de faire l'interopérabilité, à savoir rendre effective l'interopérabilité. Il s'agirait donc d'une obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité au stade de l'exécution du contrat. La modification majeure à apporter tiendrait alors en l'instauration d'une obligation de recours systématique à un format non protégé et ouvert de données, nécessitant en particulier l'abrogation du régime juridique des mesures techniques de protection.

Cette nouvelle obligation ne pourrait être contraignante, en outre, que par l'établissement d'un régime de sanctions efficace, ne se limitant pas sanctions actuelles que sont la garantie des vices cachés et la garantie contractuelle. *In fine*, il faudrait instaurer une responsabilité de plein droit du professionnel, partie au contrat de consommation portant en tout ou partie sur un bien immatériel, incluant l'obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité proposée. Cette responsabilité de plein droit inclurait le fait des éditeurs de logiciels et de contenus numériques et ne serait applicable aux seuls contrats de consommation portant, en tout ou partie sur des logiciels ou des contenus numériques.

491. Conclusion de la Partie. L'examen du régime juridique du droit à l'interopérabilité s'est effectué ainsi selon deux phases : la première, pendant la formation du contrat de consommation, la seconde ; lors de son exécution. Cet examen a permis d'identifier les deux obligations essentielles pour la garantie du droit à l'interopérabilité, à savoir l'obligation d'information relative à l'interopérabilité au stade de la formation du contrat et l'obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité, durant son exécution. Ces deux obligations, en l'état du droit positif, sont insuffisantes à garantir le droit à l'interopérabilité au bénéfice du consommateur. C'est pourquoi il a été proposé, dans le cadre de la présente étude, différentes modifications du *corpus* juridique.

S'agissant de l'obligation d'information relative à l'interopérabilité, si un premier pas a été franchi en 2014 par le législateur avec l'insertion d'une information sur ce point à l'article L. 111-1 du Code de la consommation portant sur l'obligation générale d'information précontractuelle, il semble nécessaire de la renforcer dans la perspective de la garantie du droit à l'interopérabilité. En particulier par la rédaction de l'article L. 111-1 de la manière suivante : « avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel, partie au contrat ou, le cas échéant l'éditeur de logiciels ou de contenus numériques, communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes : (...) 5° Pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte, les informations relatives aux fonctionnalités du contenu numérique ou du logiciel, y compris les mesures techniques de protection applicables, ainsi que les informations relatives à l'interopérabilité du contenu numérique ou du logiciel avec d'autres matériels, logiciels ou technologies. On entend par interopérabilité la capacité d'éléments matériels ou immatériels à échanger des données et à utiliser mutuellement les données échangées, par le recours à des standards ouverts de communication ».

S'agissant de l'obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité, si le législateur français a posé le principe de l'absence d'obstacle à la mise en œuvre de l'interopérabilité en cas de recours à des mesures techniques de protection, principe assorti d'une procédure en cas de refus de communication des informations essentielles à l'interopérabilité des mesures techniques de protection. Le *corpus* ignore malheureusement le consommateur en sa qualité de sujet actif du droit à l'interopérabilité. Il s'est donc avéré nécessaire de réviser ce *corpus* par la consécration d'une obligation de recourir à un format ouvert et non protégé de données. En outre, il est apparu utile de sanctionner du défaut d'interopérabilité doit être renforcée par l'établissement d'une responsabilité de plein droit du professionnel partie au contrat ayant pour objet un bien immatériel, en sus des sanctions actuelles que sont le non-respect de la garantie des vices cachés et de la garantie contractuelle.

Ces nécessités étant identifiées, il ne faut pas se cacher que les obstacles à l'adoption des modifications proposées sont nombreux. En particulier un changement des textes tant au niveau international qu'eupéen apparaît difficilement envisageable. Ces obstacles ne sont toutefois pas insurmontables compte tenu de l'évolution de la société vers le « tout connecté ». Cette évolution, on le perçoit avec la publication du projet de rapport de la parlementaire européenne Julia Reda ou encore la systématisation du recours à un format non-propriétaire en matière de livre numérique⁹²².

922 Cf. *supra* p. 161.

CONCLUSION

492. **État des lieux de l'interopérabilité en droit.** Que retenir de la présente étude au moment de sa conclusion ? Tout d'abord, que l'évolution de la société vers le « tout connecté » a eu pour effet un intérêt du consommateur toujours plus croissant pour l'interopérabilité. Ensuite, que c'est dans ce contexte social qu'a été reconnu un droit à l'interopérabilité, droit en conflit avec le droit d'auteur et les droits voisins, en l'état du droit positif.

Cet état des lieux a conduit à soulever la question suivante : compte tenu des attentes des consommateurs en matière de technologies de l'information et de la communication, ainsi que de l'équilibre recherché avec la protection du droit d'auteur et des droits voisins, faut-il consacrer un droit du consommateur à l'interopérabilité et quelles conséquences en seraient induites ?

La réponse à ces questions s'est développée en deux branches, à savoir la démonstration du bien fondé de la reconnaissance d'un droit à l'interopérabilité, puis la formulation de propositions d'évolutions de son régime juridique, évolutions indispensables à la mise en œuvre de ce droit.

493. **La nécessaire reconnaissance d'un droit à l'interopérabilité.** La démarche de reconnaissance de ce droit a débuté par un constat : l'ignorance du consommateur est totale s'agissant de l'interopérabilité, en raison de l'aspect principalement technique de cette dernière. Cela explique le manque de considération du consommateur envers elle. Pour autant, cela ne signifie pas que cet acteur se désintéresse de ses manifestations. En effet, en exigeant d'accéder, sur l'outil de son choix et par le biais de l'interconnexion ou encore du *cloud computing*, à l'ensemble de ses données numériques, le consommateur ne fait qu'exprimer son attente en matière d'interopérabilité, sans pouvoir mettre le mot juste sur ce besoin. En d'autres termes, le consommateur ignore le terme d'« interopérabilité » mais se trouve en attente constante des effets de l'interopérabilité.

Pour avancer dans la formulation de la notion, vers sa reconnaissance, il a fallu au préalable revenir sur sa définition. Dans son approche technique, la définition de l'interopérabilité nécessite le recours aux notions de donnée, de format, de documentation technique et d'interface de programmation. Dans son approche juridique, l'interopérabilité est définie par la directive 91/250/CEE du 14 mai 1991 comme « la capacité

d'échanger des informations et d'utiliser mutuellement les informations échangées ». A défaut de précision de la définition juridique et de difficulté de distinction de l'interopérabilité des notions voisines, nous définissons désormais l'interopérabilité comme la capacité d'éléments matériels ou immatériels à échanger des données et à utiliser mutuellement les données échangées, par le recours à des standards ouverts de communication.

Cette définition posée, il a fallu ensuite présenter la notion de « droit ». La doctrine n'est pas unanime sur l'approche de cette notion. Aussi, nous avons choisi d'adopter la théorie parvenant à réunir un relatif consensus, celle de l'« intérêt juridiquement protégé » d'Ihering.

De fait, l'interopérabilité constitue un intérêt pour le consommateur, dans le sens où elle s'avère nécessaire à ses besoins d'interconnexion d'outils numériques et de contrôle de ses données, dans un contexte préservé de concurrence sur le marché des technologies de l'information et de la communication. Cet intérêt est juridiquement protégé par l'instauration de l'HADOPI, ayant pour mission de veiller à la garantie de l'interopérabilité en cas de recours aux mesures techniques de protection, d'une part, et, d'autre part, par la compétence des juridictions de droit commun pour la sanction du vice caché du défaut d'interopérabilité ou du non-respect d'une obligation contractuelle d'interopérabilité.

Intérêt et protection juridique ayant été démontrés, la qualification de droit à l'interopérabilité a ainsi pu être retenue. Plus précisément, le bien fondé de la qualification de droit subjectif personnel à l'interopérabilité a été exposé, ce droit reposant sur un rapport de droit entre le consommateur, sujet actif, et l'éditeur de logiciels ou de contenus numériques, sujet passif.

C'est ce dernier, le sujet passif, qui sera tenu à deux obligations majeures : l'obligation d'information relative à l'interopérabilité et l'obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité.

494. Les évolutions juridiques nécessaires à la mise en œuvre du droit à l'interopérabilité lors de la formation du contrat de consommation. La première de ces obligations, l'obligation d'information relative à l'interopérabilité, existe d'ores et déjà, en droit positif et lors de la formation du contrat de consommation. Elle est posée aux articles L. 111-1 et R.111-1 du Code de la consommation. Ces textes soulèvent néanmoins différentes difficultés. Tout d'abord, ils se limitent à une information précontractuelle pour la seule interopérabilité d'un contenu numérique, à l'exclusion de l'interopérabilité logicielle. Ensuite, l'information

quant aux mesures techniques de protection n'a qu'une valeur réglementaire. Enfin, cette information n'est que facultative et ne concerne pas les sujets passifs du droit à l'interopérabilité.

C'est pourquoi un renforcement de l'obligation d'information, par la systématisation de l'information précontractuelle relativement à l'interopérabilité logicielle, à la charge des sujets passifs identifiés, est proposé. Les changements impliqueraient de réformer ces dispositions :

Article L. 111-1, Code de la consommation :

Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel, partie au contrat ou, le cas échéant l'éditeur de logiciels ou de contenus numériques, communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes : (...) 5° Pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte, les informations relatives aux fonctionnalités du contenu numérique ou du logiciel, y compris les mesures techniques de protection applicables, ainsi que les informations relatives à l'interopérabilité du contenu numérique ou du logiciel avec d'autres matériels, logiciels ou technologies. On entend par interopérabilité la capacité d'éléments matériels ou immatériels à échanger des données et à utiliser mutuellement les données échangées, par le recours à des standards ouverts de communication.

Article R. 111-1, Code de la consommation :

e) Abrogé

Article L. 111-6, Code de la consommation :

Tout manquement aux articles L. 111-1 à L. 111-3 et à l'article L. 111-5 est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 9 000 € pour une personne physique et 45 000 € pour une personne morale. L'amende est prononcée dans les conditions prévues à l'article L. 141-1-2. Le prononcé d'une sanction administrative ne porte pas atteinte au droit au recours des consommateurs ou des associations qui les représentent devant les juridictions compétentes pour statuer sur la validité du contrat de consommation.

495. Les évolutions juridiques nécessaires à la mise en œuvre du droit à l'interopérabilité lors de l'exécution du contrat de consommation. La seconde obligation mise à la charge des sujets passifs est une obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité lors de l'exécution du contrat de consommation. En l'état du droit positif, cette obligation existe mais il s'agit d'une simple obligation de ne pas faire obstacle à l'interopérabilité par le recours aux mesures techniques de protection. Cette obligation est assortie d'une procédure spécifique, relevant de la compétence de l'HADOPI, de communication des informations essentielles à l'interopérabilité des mesures techniques de protection. Réservée aux éditeurs de logiciels, aux fabricants de systèmes techniques et aux exploitants de services, le consommateur en est exclu.

Cette obligation de ne pas faire obstacle à l'interopérabilité s'avère insuffisante pour assurer l'effectivité du droit à l'interopérabilité. Aussi, nous proposons de réviser son régime juridique pour aboutir à une obligation de faire l'interopérabilité, à savoir assurer l'effectivité de l'interopérabilité. Il s'agit d'une obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité, par la consécration d'une obligation de recourir systématiquement à un format ouvert et non protégé de données. La proposition ne sera pas consensuelle car elle induit nécessairement l'abrogation du régime des mesures techniques de protection. Mais elle devrait s'accompagner, en parallèle, d'une incitation à adopter les moyens alternatifs de garantie du droit d'auteur et des droits voisins. En particulier doit être encouragé le développement des mesures techniques d'information.

En outre, les fondements juridiques actuels de sanction d'un défaut d'interopérabilité, à savoir la garantie contractuelle et la garantie des vices cachés, ne sont pas pleinement satisfaisants pour la mise en œuvre effective de l'interopérabilité. Ils s'avèrent pesants en matière de charge de la preuve pour le consommateur. Aussi, il est avancé l'établissement d'une responsabilité de plein droit du professionnel partie au contrat de consommation.

Ces propositions se traduisent par la formulation des changements suivants :

Articles L. 331-5 et suivants, Code la propriété intellectuelle :

Abrogés

Articles L. 331-31 et suivants, Code de la propriété intellectuelle :

Abrogés

Articles R. 331-55 et suivants, Code de la propriété intellectuelle :

Abrogés

Article L. 331-5 nouveau, Code de la propriété intellectuelle :

Les titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur d'une œuvre doivent garantir la mise en œuvre effective du droit à l'interopérabilité par le recours à un format non protégé de données, notamment par des mesures techniques de protection, et dans un standard ouvert au sens de l'article 4 de la loi 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

On entend par mesure technique au sens du deuxième alinéa toute technologie, dispositif, composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, est destiné à empêcher ou à limiter les utilisations non autorisées par les titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur d'une œuvre.

La liste des formats est fixée conformément au Référentiel Général d'Interopérabilité établi par Décret.

Article L. 331-6 nouveau, Code de la propriété intellectuelle :

Les informations sous forme électronique concernant le régime des droits afférents à une œuvre, autre qu'un logiciel, une interprétation, un phonogramme, un vidéogramme ou un programme, sont protégées dans les conditions prévues au présent titre, lorsque l'un des éléments d'information, numéros ou codes est joint à la reproduction ou apparaît en relation avec la communication au public de l'œuvre, de l'interprétation, du phonogramme, du vidéogramme ou du programme qu'il concerne.

On entend par information sous forme électronique toute information fournie par un titulaire de droits qui permet d'identifier une œuvre, une interprétation, un phonogramme, un vidéogramme, un programme ou

un titulaire de droit, toute information sur les conditions et modalités d'utilisation d'une œuvre, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme, ainsi que tout numéro ou code représentant tout ou partie de ces informations.

Article L. 121-25-1 nouveau, section 2 bis « dispositions particulières applicables aux contrats portant en tout ou partie sur des logiciels et contenus numériques », Chapitre Ier « pratiques commerciales réglementées », Code de la consommation :

Le professionnel est responsable de plein droit à l'égard du consommateur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat portant sur un logiciel ou un contenu numérique, que ces obligations soient exécutées par le professionnel qui a conclu ce contrat ou par d'autres prestataires de services ou éditeurs de logiciels ou de contenus numériques, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci.

Toutefois, il peut s'exonérer de tout ou partie de sa responsabilité en apportant la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat est imputable soit au consommateur, soit au fait, imprévisible et insurmontable, d'un tiers au contrat, soit à un cas de force majeure.

496. État des lieux à venir de l'interopérabilité en droit. Les dernières avancées sur le sujet de l'interopérabilité, à savoir la consécration d'une obligation d'information précontractuelle du consommateur, la systématisation du recours à un format non-propriétaire en matière de livre numérique et la publication du projet de rapport Reda de révision de la directive EUCD, sont révélatrices de l'actualité du sujet et pourraient laisser présager une évolution du régime juridique du droit à l'interopérabilité. Aussi, il est à escompter que le droit de la consommation et le droit d'auteur s'accorderont à terme pour garantir l'adaptation du *corpus* juridique à ce nouveau droit.

BIBLIOGRAPHIE

Dictionnaires

- Bernault (C.) et Clavier (J.-P.), *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle*, Ellipses 2008.
- Cornu (G.) et alii, *Vocabulaire juridique*, in Ass. Capitant, 8^e éd., PUF, Quadrige, 2007.
- Cornu (G.), De Lamberterie, Sirinelli (P.) et Wallaert (C.) (dir.), *Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright*, CNRS éd., 2003.
- Jeuge-Maynard (I.), Girac-Marinier (C.) et Nimmo (C.) (dir.), *Le Grand Larousse illustré*, nouv. éd. mise à jour, Larousse 2015
- Legrain (M.) et Garnier (Y.) (dir.), *Le Petit Larousse illustré*, nouv. éd. mise à jour, Larousse 2001.
- Lilen (H.), *Dictionnaire informatique et numérique*, 2^e éd., First Interactive, 2014.
- Rey-Debove (J.) et Rey (A.) (dir.), *Le nouveau petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, nouv. éd. mise à jour, Dictionnaires le Robert, 2015.

Ouvrages

Général

- Buffelan-Lanore (Y.) et Larribau-Terneyre (V.), *Droit civil*, 18^e éd., Sirey, 2013.
- Carbonnier (J.), *Droit civil*, PUF, Quadrige Manuels, 2004.
- Carbonnier (J.), *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996.
- Carbonnier (J.), *Droit civil 1- Introduction. Les personnes*, 10^e éd., collection Thémis, PUF, 1974.
- Dabin (J.), *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, rééd. 2007.
- Fabre-Magnan (M.), *Introduction au droit*, PUF, Que-sais-je ?, 1^{ère} éd., 2010.
- Ghestin (J.) et Goubeaux (G.) avec le concours de Fabre-Magnan (M.), *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, 1994.
- Hobbes (T.), *Leviathan ou la Matière, la Forme et la Puissance d'un État ecclésiastique et civil, Tome 1er- de l'Homme*, Marcel Giard & Cie, 1921.
- von Ihering (R.), *L'esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, 3^e éd., 1888.
- Malinvaud (P.), *Introduction à l'étude du Droit*, Lexisnexis, 14^e éd., 2013.
- Mazeaud (H., L. et J.) et Chabas (F.), *Leçons de droit civil, introduction à l'étude du droit*, 12^e éd., Montchrestien, 2000.
- Pichard (M.), *Le droit à, étude de législation française*, préf. M. Gobert, Economica, collection recherches juridiques, juill. 2006.
- Planiol (M.), Ripert (G.) et Boulanger (J.), *Traité élémentaire de Droit civil*, Tome 1^{er}, 1901.

- Rochfeld (J.), *Les grandes notions du droit privé*, collection THEMIS éd. PUF, 1^{ère} éd. 2011.
- Roubier (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, rééd. 2005.
- Rousseau (J.-J.), *Du Contrat social ou principes du Droit politique*, 1762.
- Terré (F.), *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 9^e éd., 2012.
- Viney (G.) et Jourdain (P.), *Les effets de la responsabilité*, Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, 3^e éd., 2011.
- Voirin (P.) et Goubeaux (G.), *Droit civil tome 1*, 34^e éd., LGDJ, 2013.

Droit de la consommation

- Beauchard (J.), *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, 1996.
- Bout (R.), Bruschi (M.), Luby (M.), Poillot-Peruzetto (S.), *Lamy Droit économique (Concurrence, Distribution, consommation)*, 2013.
- Calais-Auloy (J.), Temple (H.), *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 8^e éd., 2010.
- Ferrier (D. et N.), *Droit de la distribution*, Litec, 2014.
- Piedelièvre (S.), *Droit de la consommation*, Economica, 2014.
- Picod (Y.) et Davo (H.), *Droit de la consommation*, 2^e éd., Sirey Université, 2010.
- Sauphanor-Brouillaud (N.), Poillot (E.), Aubert (C.) et Brunaux (G.), *Les contrats de consommation – Règles communes*, LGDJ, coll. Traité de droit civil (dir. J. Ghestin), 2012.
- Verbiest (T.), *La protection juridique du cyber-consommateur*, Litec, 2002.

Droit des obligations et des contrats

- Benabent (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 10^e éd., LGDJ, 2013.
- Benabent (A.), *Droit des obligations*, 13^e éd. Montchrestien, 2012.
- Benabent, (A.) *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9^e éd., Montchrestien, 2011.
- Brunaux (G.), *Le contrat à distance au XXI^e siècle*, LGDJ, 2010.
- Carbonnier (J.), *Droit civil - les obligations*, Volume II, PUF, 2004.
- Collart Dutilleul (F.) et Delebecque (P.) *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 9^e éd., 2011.
- Fages (B.), *Droit des obligations*, 4^e éd. LGDJ, 2013.
- Ghestin (J.), Loiseau (G.) et Serinet (Y.-M.), *La formation du contrat tome 1 Le contrat -le consentement*, 4^e éd. LGDJ, 2013.
- Grimaldi (C.), Huet (J.), Lécuyer (H.) (dir. Ghestin), *Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., LGDJ, 2012.
- Larrounet (C.) et S. Bros, *Les obligations le contrat*, Economica, tome 3, 7^e éd. 2014.
- Le Tourneau (P.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action, 2012.
- Le Tourneau (P.), *Responsabilité des vendeurs et fabricants*, Dalloz action, 4^e éd., 2011.

- Mainguy (D.), *Contrats spéciaux*, Dalloz, 9^e éd. 2014.
- Malaurie (P.), Aynès (L.) et (P.-Y.) Gautier, *Les contrats spéciaux*, 7^e éd. LGDJ, 2014.
- Malaurie (P.), Aynès (L.), Stoffel-Munck (P.), *les obligations*, 6^e éd. LGDJ, 2013.
- Malinvaud (P.), Fenouillet (D.), Mekki (M.), *Droit des obligations*, 13^e éd. LexisNexis, 2014.
- Mazeaud (D.), *Mystères et paradoxes de la période précontractuelle*, in Mélanges J. Ghestin, 2001, LGDJ, p. 637, spéc. p. 642.
- Nana (G.-J.), *La réparation des dommages causés par les vices d'une chose*, LGDJ, 1982.
- Puig (P.), *Contrats spéciaux*, Dalloz, 5^e éd., 2013.
- Seriaux (A.), *Contrats civils*, PUF, 2001.
- Terré (F.), Simler (P.), Lequette (Y.), *Droit civil – Les obligations*, 11^e éd., Précis Dalloz, 2013.
- Le Tourneau (P.) (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, Dalloz action, 9^e éd. 2012.
- Viney (G.), Jourdain (P.) et Carval (S.), *Traité de droit civil : les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 2013

Droit de la propriété intellectuelle

- Alleaume (C.) et Craipeau (N.), *Propriété intellectuelle -Cours et travaux dirigés*, Lextenso, 2009.
- Bertrand (A. R.), *Droit d'auteur*, 3^e éd., Dalloz action, 2010.
- Binctin (N.) *Droit de la propriété intellectuelle*, 3^e éd., LGDJ, 2014.
- Bruguière (J.-M.) et Vivant (M.) , *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Précis Dalloz, 2013.
- Bruguière, (J.-M.), *Droit des propriétés intellectuelles*, 2^e éd., Ellipses, juin 2011.
- Bruguière (J.-M.) (dir.), *L'articulation des droits de propriété intellectuelle*, coll. « Thèmes et commentaires », série « La propriété intellectuelle autrement », Dalloz 2011, p. 67-75.
- Bruguière (J.-M.) (dir.), *La propriété intellectuelle entre autres droits*, coll. « Thèmes et commentaires », série « La propriété intellectuelle autrement », Dalloz 2009.
- Bruguière (J.-M.), Mallet-Poujol (N.), Robin (A.) (dir.), *Propriété intellectuelle et droit commun*, PUAM, 2007.
- Bruguière (J.-M.) (dir.), *Droit d'auteur et culture*, coll. « Thèmes et commentaires », série « La propriété intellectuelle autrement », Dalloz 2007.
- Colin (C.), *Droit d'utilisation des œuvres*, Larcier, 2011.
- Colombet (C.), *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Précis Dalloz, 9^e éd., 1999.
- Caron (C.), *Droit d'auteur et droits voisins*, 3^e éd., Manuel Litec, 2013.
- Dusollier (S.), *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Larcier, 2005, n° 47.
- Edelman (B.), *La propriété littéraire et artistique*, coll. « Que sais-je ? », PUF, 2008.
- Edelman (B.), *Droits d'auteur, droits voisins*, Dalloz, 1993.
- Gautier (P.-Y.), *Propriété littéraire et artistique*, 8^e éd. PUF, coll. Droit fondamental, 2012.
- Leveque (F.) et Menière (Y.), *Économie de la propriété intellectuelle*, La Découverte, 2003.

- Linant de Bellefonds (X.), *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2004.
- Lucas (A.), Lucas (H.-J.) et Lucas-Schloetter (A.), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., Lexisnexus, 2012.
- Lucas (A.), *Propriété littéraire et artistique*, coll. « Connaissance du droit », Dalloz, 4^e éd., 2010.
- Ouvrage collectif, *Le droit d'auteur, un contrôle de l'accès aux œuvres*, Bruylant, 2000.
- Pollaud-Dulian (F.), *Le droit d'auteur*, Economica, 2^e éd. 2014.
- Sirinelli (P.), Lucas (A.) et Bensamoun (A.), *Les exceptions au droit d'auteur, État des lieux et perspectives dans l'Union européenne*, Dalloz, août 2012.
- Sirinelli (P.), *Propriété littéraire et artistique*, mémento Dalloz, 2^e éd., janv. 2004.
- Tafforeau (P.) et Monnerie (C.), *Droit de la propriété intellectuelle*, Gualino, 3^e éd. 2012.
- Veron (P.), *Saisie-contrefaçon*, Dalloz référence 3^e éd. 2012.

Droit des technologies de l'information et de la communication

- Castets-Renard (C.), *Droit de l'internet : droit français et européen*, Montchrestien, 2012.
- Debbasch (C.), Isan (H.) et Agostinelli (X.), *Droit de la communication – Audiovisuel, presse et Internet*, 1^{ère} éd., Précis Dalloz, 2002.
- Deprez (P.) et Fauchoux (V.) *Droit de l'Internet*, Litec, 2009.
- Fauvarque-Cosson (B.) et Zolynski (C.), *Le cloud computing. L'informatique en nuage*, Société de législation comparée, juin 2014.
- Feral-Schuhl, Cyberdroit, *le Droit à l'épreuve de l'internet*, Praxis Dalloz, 6^e éd. 2011-2012.
- Grynbaum (L.), Le Goffic (C.), Morlet-Haidara (L.), *Droit des activités numériques*, Précis Dalloz, 1^{ère} éd., 2014.
- Hollande (A.), Linant de Bellefonds (X.), Zolynski (C.) et Albrieux (S.), *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, 6^e éd., Delmas, sept. 2008.
- Huet (J.) et Dreyer (E.), *Droit de la communication numérique*, LGDJ, 2011.
- Le Tourneau (P.), *Contrats informatiques et électroniques*, Dalloz référence, 8^e éd. 2013.
- Lucas (A.), Devèze (J.) et Frayssinet (J.), *Droit de l'informatique et de l'internet*, PUF, 1^{ère} éd. 2001.
- Lucas (A.), *Droit d'auteur et numérique*, Litec, 1998.
- Roques-Bonnet (M.-C.), *Le Droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon éd., 2010.

Répertoires et fascicules

- Ambroise- Castérot (C.), *Consommation*, Rép. Droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, p. 35 et s., mars 2014.
- Blanc-Jouvan (G.), « Fasc. 2440 : fourniture d'un logiciel ou d'un progiciel », *JCI Contrat- Distribution*.

- Bruguère (J.-M.), « Fasc. 860 : commerce électronique et protection du consommateur », *JCI commercial*, 2009.
- Cadiet (L.) et Le Tourneau (P.), *Abus de droit*, Rép. civ. Dalloz, avril 2008.
- Chabas (F.) et Gréau (F.), *Force majeure*, Rép. Civ. Dalloz, oct. 2013.
- Dubern (C.), « Fasc. 925 : Protection de la personnalité du consommateur- Droit à l'intégrité morale », *JCI Concurrence-Consommation*, 1^{er} juin 2003.
- Eréséo (N.), « Fasc. 3480 : pratiques commerciales trompeuses », *JCI Communication*.
- Fenoll- Trouseau (M.-P.) et Haas (G.), « Fasc. 4735 : Protection des données à caractère personnel.- Vie privée et communication électronique », *JCI Communication*, juin 2005.
- Larrieu (J.), « Fasc. 568-10 : Propriété industrielle- Droit unioniste- Organisation mondiale de la propriété intellectuelle », *JCI Droit international*.
- Latreille (A.) et Maillard (T.), « Fasc. 1660 : Mesures techniques de protection et d'information », *JCI Propriété littéraire et artistique*.
- Le Tourneau (P.) et Poumarède (M.), « Bonne foi », Rép. civ. Dalloz.
- Mazeaud-Leveneur (S.), « Fasc. 330 : Garantie des vices de la chose », *JCI Contrat- Distribution*, 2011.
- Pichaud (M. - A.), « Fasc. 4540 : Droit de la concurrence et informatique », *JCI Communication*, 1^{er} oct. 2008.
- Picod (Y.), « Obligations », Rép. civ. Dalloz, janv. 2009.
- Pfister (L.), « Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur », *JCI Propriété littéraire et artistique*, 1^{er} sept. 2010.
- Raymond (G.), « Fasc.800 : Contrats de consommation », *JCI Concurrence- Consommation*.
- Raymond (G.), « Fasc. 900 : pratiques commerciales déloyales et agressives », *JCI Concurrence- Consommation*, p. 29 et s.
- Varet (V.), « Fasc. 6050 : protection des œuvres multimédias », *JCI Communication*, mai 2008.

Thèses et mémoires

- Badiane (L.), *Les mesures techniques de protection*, Mémoire DESS Université Panthéon-Assas, 2004.
- Coëffard (P.), *Garantie des vices cachés et « responsabilité contractuelle de droit commun »*, Thèse Université Poitiers, 2003.
- David – Warcholak (N.), *Interopérabilité et droit du marché*, Thèse Université de Nantes, 2011.
- Dieng (M.), *Exceptions au droit d'auteur et mesures techniques de protection*, Thèse Université Panthéon-Assas, 2012.
- Maillard (T.), *La réception des mesures techniques de protection et d'information en droit français*, Thèse Université Paris-Sud XI, 2009.
- Nisato (V.), *Le consommateur et les droits de propriété intellectuelle*, Thèse Avignon, 2005.
- Tatsos (P.), *Utilisation d'une ontologie différentielle pour l'élaboration de licences d'exploitation de contenus numériques : du formalisme à la transparence cognitive*, Thèse Université Reims Champagne-Ardenne, 2007.

Rapports

- ARMT, Rapport annuel 2008.
- Assemblée nationale, Rapport n° 2349 fait au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de la Législation et de l'Administration générale de la République sur le projet de loi n°1206 relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information par M. Christian Vanneste (Rapport Vanneste).
- Calais-Auloy (J.), Propositions pour un Code de la consommation, *La documentation française*, 1990.
- Chantepie (P.), Rapport « Mesures techniques de protection des œuvres & DRMS- un état des lieux », rapport 2003-02-(I) Ministère de la Culture et de la Communication, *La documentation française*, janv. 2003 (Rapport Chantepie).
- Centre d'analyse stratégique, Premier Ministre, note d'analyse n° 270, Rapport « Les acteurs de la chaîne du livre à l'ère du numérique- les auteurs et les éditeurs », mars 2012.
- Commission européenne, Rapport *he future of cloud computing, opportunities for european cloud computing beyond 2010*.
- Commission des Communautés européennes, Rapport de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social sur la mise en œuvre et les effets de la directive 91/250/CEE concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, COM (2000) 199 final, 10 avril 2000.
- Conseil National du Numérique, Rapport sur « La neutralité des plateformes », <http://www.cnnumerique.fr/wpcontent/uploads/2014/06/CNNum_Rapport_Neutralite_des_plateformes.pdf>, mai 2014.
- CREDOC, R. Bigot, P. Crouette et E. Daudey, Rapport « La diffusion des technologies de l'information et de la communication dans la société française », *Collection des Rapports*, n° R297, 2013.
- CSPLA, « Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information », oct. 2014.
- CSPLA, Martin (J.), « Rémunération pour copie privée et mesures de gestion électronique des droits », oct. 2006.
- CSPLA, Sirinelli (P.), Benazerf (J.-A.), Farchy (J.), Rapport « La distribution des contenus numériques en ligne », déc. 2005.
- CUERPI, Colloque, *Que reste-t-il du droit d'auteur après la loi du 1^{er} août 2006 ?*, 24 nov. 2006.
- DCSSI, Rapport « Orientation des travaux de recherche et de développement en matière de sécurité des systèmes d'information », n° 757 /SGDN/DCSSI/SDC du 10 avril 2008, éd. 2008.
- HADOPI, Rapport « Hadopi, biens culturels et usages d'Internet : pratiques et perceptions des internautes français », 23 janv. 2011, <<http://www.hadopi.fr/download/hadopiT0.pdf>>.
- HADOPI, Synthèse des contributions reçues, « Chantier exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins », 23 nov. 2011.
- HADOPI, Rapport « Au Fil des labs, écosystèmes. DRM et interopérabilité », Labs- Hadopi, 2012.
- HADOPI, « Contribution à la consultation européenne publique sur le droit d'auteur », <http://hadopi.fr/sites/default/files/hadopi_consultation.pdf>, 13 mars 2014.

- HADOPI, Rapport intermédiaire « Travaux engagés sur la rémunération proportionnelle du partage », 30 juin 2014.
- HADOPI, Commission de protection des droits, « Chiffres clés de la réponse graduée », 16 juill. 2014.
- HADOPI, « Étude sur les perceptions et usages du livre numérique – synthèse des résultats qualitatifs et quantitatifs », 23 oct. 2014.
- IFOP, « Les Français et la mobilité numérique », <http://www.ifop.com/media/poll/2647-1-study_file.pdf>, avril 2014.
- Lemoine (P.), Rapport « La nouvelle grammaire du succès – La transformation numérique de l'économie française », <<https://stamp.leco.fr/assets/transnum/Rapport-Mission-Lemoine-Nov-2014.pdf>>, nov. 2014.
- Ministère de la Culture et de la Communication, Olivienne (D.), Rapport « Le développement et la protection des œuvres culturelles sur les nouveaux réseaux », nov. 2007 (Rapport Olivienne).
- Ministère de la Culture et de la Communication, Lescure (P.), Rapport « Acte II de l'exception culturelle : contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique », mai 2013 (Rapport Lescure).
- OCDE, Committee on consumer policy, Draft report « Protecting and empowering consumers in the purchase of digital content products », 23 avril 2012.
- OMPI, « WCT et WPPT- description détaillée des Traités Internet de l'OMPI », http://www.wipo.int/copyright/fr/activities/wct_wppt/wct_wppt.html.
- Reda (J.), Committee on Legal Affairs, Draft Report on the implementation of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (2014/2256(INI)), <https://pub.juliareda.eu/copyright_evaluation_report.pdf>, 14 janv. 2015.
- Rüdiger Wischenbart, Kaldonek (S.), « The Global Ebook Market : Current Conditions & Future projections », 2011.
- Secrétariat général des affaires européennes, note de commission, projet de rapport d'évaluation de la directive 2001/29 du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, 19 janv. 2015.
- Sénat, Commission de la culture, de l'éducation et de la communication, Rapport législatif n° 308 (2005-2006), « Projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information », déposé le 12 avril 2006 par M. M. Thiollière.
- Sénat, Commission des lois, Avis n° 792 (2012-2013) de Mme Nicole Bonnefoy sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale, relatif à la consommation, déposé le 23 juillet 2013.
- U.S. Copyright Office, Summary « The Digital Millennium Copyright Act of 1998 », déc. 1998.
- Westkamp (G.), Étude sur la transposition et l'effet dans les législations des États Membres de la Directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, Partie II Transposition de la Directive 2001/29/CE dans les États membres, ETD/2005/IM/D1/91, <http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/infosoc-study-annex_en.pdf>.

Articles

Généralux

- Bruguière (J.-M.), « Dans la famille des droits de la personnalité, je voudrais (1) ... », *D.* 2011, 6 janv. 2011, p. 28.
- Kelsen (H.), « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *Rev. Du droit public et de la science politique*, t. XLIII, 1926.
- Terré (F.), « Le droit et le bonheur », *D.* 2010, p. 26.

Droit de la consommation

- Aubert de Vincelles (C.) et Sauphanor- Brouillaud (N.), « Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur », *D.* 2014, p. 879.
- Aubry (H.), Poillot (E.) et Sauphanor – Brouillaud (N.), « Droit de la consommation », *D.* 2014, p. 1297.
- Bacache (M.), « Action de groupe et responsabilité civile », *RTD civ.* 2014, p. 450.
- Boujeka (A.), « Le consommateur personne morale entre droit communautaire et droit français », *D.* 2005.
- Boujeka (A.), « L'influence du droit communautaire sur la distinction entre professionnel et consommateur », *LPA* 2004, n° 168, p. 6 et s.
- Calais-Auloy (J.), « De la notion de commerçant à celle de consommateur », *Etudes offertes à P. Didier*, *Economica* 2007, p. 81.
- Carmet (O.), « Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 », *RTD com.* 1982, p. 10.
- Caron (C.), « L'interopérabilité au service de la libre concurrence », *Comm. Com. Electr.*, janv. 2012, comm. 2.
- Chazal (J.-P.), « Le consommateur existe-t-il ? », *D.* 1997, p. 260.
- Chazal (J.-P.), « De la cohérence de la notion de consommateur : de l'unicité de la définition à la multiplicité des régimes », *D.* 1999, p. 249.
- Cox (L.), « La définition du consommateur », MEDEF, commission consommation, sept. 2010.
- Dourgnon (J.), « L'impact de l'interopérabilité pour les consommateurs », *in* « Interopérabilité aspects juridiques, économiques et techniques », *RLDI*, supplément au n° 23, janv. 2007.
- Haeri (K.) et Javaux (B.), « L'action de groupe à la française, une curiosité », *JCP G.*, mars 2014, 375.
- Julien (J.), « Présentation de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation », *CCC*, mai 2014, dossier 2.
- Manara (C.), « Téléchargement payant de musique : le droit de la consommation s'applique strictement ! », *D.* 2007.
- Paisant (G.), « La directive du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs », *JCP G.*, 16 janv. 2012, 62.
- Passa (J.), « Commerce électronique et protection du consommateur », *D.* 2002, p. 555.

- Pizzio (J.-P.), « Le consommateur est une personne physique », *D.* 2002, p. 2929.
- Poillot et N. Sauphanor – Brouillaud (E.), « Droit de la consommation », *D.* 2009, p. 393.
- Rebeyrol (V.), « La nouvelle action de groupe », *D.* 2014, p. 940.
- Rondey (C.), « Le consommateur est une personne physique », *D.* 2002, p.90.
- Sardain (F.), « Le public, le consommateur et les mesures techniques de protection des oeuvres », *Comm. Com. Electr.*, mai 2004, étude 12.
- Stoffel-Munck (Ph.), « LCEN. La réforme des contrats du commerce électronique », *Comm. Com. Electr.* sept. 2004, étude 30.
- Zolynski (C.), « Le droit de la consommation, témoin de la rencontre entre responsabilité pénale et responsabilité civile », *Responsabilité civile et assurances*, mai 2013, dossier 31.

Droit des obligations et des contrats

- Bénabent (A.), « Conformité et vices cachés dans la vente : l'éclaircie », *D.* 1994, p. 115.
- Debet (A.), « La directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 : de nouvelles règles européennes encadrant les contrats à distance », *Comm. Com. Electr.*, avril 2012, étude 8.
- Ghestin (J.), « Le nouveau titre IV bis du Livre III du Code civil : de la responsabilité du fait des produits défectueux », *JCP G.* 1998, I 148 ;
- Huet (J.), « Encore une modification du Code civil pour adapter le droit des contrats à l'électronique – loi LCEN n° 2004-575 du 21 juin 2004 », *JCP G.*, nov. 2004, I 178.
- Jourdain (P.), « Commentaire de la loi du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux », *JCP E*, 1998, 1204.
- Leveneur, (L.), « La nouvelle garantie légale de conformité des biens vendus aux consommateurs », *Mél. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 634.
- Loiseau (G.), « Obligations d'information précontractuelle et contractuelle des consommateurs et au droit de rétractation », *Comm. Com. Electr.*, nov. 2014, comm. 86.
- Mainguy (D.), « Le nouveau droit de la garantie de conformité dans la vente au consommateur », *JCP E*, 2005.
- Salvat (O.), « La garantie spéciale de conformité et l'obligation générale de délivrance conforme ; quel choix d'action pour l'acheteur ? », *Revue Contrats Concurrence Consommation* 2006, étude 18.

Droit de la propriété intellectuelle

- Benabou (V.-L.) et Zolynski (C.), « Quelle réforme du droit d'auteur pour l'Union européenne? », *D.* 2014, p. 731.
- Benabou (V.-L.), « Glose de la loi favorisant la création et la protection de la création (dite HADOPI) », visible sur le site : *juriscom.net*, août 2009.
- Benabou (V.-L.), « De l'efficacité de l'exception en elle-même à sa confrontation aux mesures techniques », *Propriété intell.* 2007, n° 25, p. 423.

- Benabou (V.-L.), « Patatras ! A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 », *Propri. intell.* n° 20, p. 240.
- Benabou (V.-L.), « Les routes vertigineuses de la copie privée au pays des protections techniques... A propos de l'arrêt *Mulholland Drive* », visible sur le site : *juriscom.net*, mai 2005.
- Benabou (V.-L.), « La transposition des directive en droit interne : l'exemple du droit d'auteur », *Legicom* n° 30, 2004/1, p. 23.
- Benabou (V.-L.), « Puiser à la source du droit d'auteur », *RIDA*, avril 2002, n° 192, p. 3.
- Benabou (V.-L.), « La directive " société de l'information " et l'acquis communautaire : une anamorphose ? », *Propri. intell.*, janv. 2002, p. 58.
- Benabou (V.-L.), « La directive droit d'auteur, droits voisins et société de l'information : valse à trois temps avec l'acquis communautaire », *Comm. Com. Electr.*, oct. 2001, chron. 23., p. 8.
- Bernault (C.), « L'interopérabilité, invité surprise » *RLDI* 2007, mars, suppl. sur la loi DADVSI, p. 6.
- Bernault (C.), « La loi du 1^{er} août 2006 et l'interopérabilité : éléments pour décoder », *RLDI*, sept. 2006, p. 59-65.
- Bitan (H.), « La loi DADVSI ou la nécessité de clarifier les notions d'interopérabilité et de mesure technique », *Revue droit de l'immatériel* n° 29, 1^{er} juill. 2007.
- Bruguière (J.-M.), « Propriété intellectuelle : tendances régressives et pratiques progressives », in « Les pratiques contemporaines de la propriété intellectuelle », *RLDI* 2011, n° 77, p. 5.
- Bruguière (J.-M.), « L'interopérabilité et les droits et libertés fondamentaux », in *Que reste-t-il du droit d'auteur après la loi du 1^{er} août 2006 ?*, Colloque CUERPI, Transactive, 2008, p. 87.
- Bruguière (J.-M.), « Le droit à l'interopérabilité », *Comm. Com. Electr.*, fév. 2007, étude 3.
- Bruguière (J.-M.), « L'interopérabilité et les droits et libertés fondamentaux », in *Que reste-t-il du droit d'auteur après la loi du 1^{er} août 2006 ?*, Colloque CUERPI, 2008, p. 87.
- Caprioli (E. A.), « L'ARMT nouvelle est arrivée ! », *Comm. Com. Electr.*, juin 2007, comm. 88.
- Caprioli (E. A.), « Mesures techniques de protection et d'information des droits d'auteur », *Comm. Com. Electr.*, nov. 2006, étude 30.
- Caprioli (E. A.), « Dispositifs techniques et droit d'auteur dans la société de l'information », Mélanges offertes à J.P. Sortais, ed. Bruylant, Bruxelles, www.caprioli-avocats.com, 2002.
- Caron (C.), « Validité du décret sanctionnant l'atteinte aux mesures techniques de protection », *Comm. Com. Electr.*, oct. 2008, comm. 11.
- De Werra (J.), « Le régime juridique des mesures techniques de protection des œuvres selon les traités de l'OMPI, le Digital Millenium Copyright Act, les directives européennes et d'autres législations (Japon, Australie) », *RIDA* 2001, n° 189, p. 67 et s.
- Dreier (T.), « Interopérabilité : la France, un exemple à suivre ? », *Propri. Intell.*, p. 419- 422, 1^{er} oct. 2007.
- Ducommun (F.), « Une alternative au droit d'auteur »,
<http://www.lecourrier.ch/123348/une_alternative_au_droit_d_auteur>, 28 août 2014.
- Duflot (F.), « L'interopérabilité dans tous ses états », <www.interoperabilite.net>.
- Dusollier (S.), « L'introuvable interface entre exceptions au droit d'auteur et mesures techniques de protection », *Comm. Com. Electr.*, nov. 2006, étude 29.

- Dusollier (S.) et Strowel (A.), « La protection légale des systèmes techniques : Analyse de la directive 2001/29 sur le droit d'auteur », *Propr. Intell.* 2001, n°1.
- Gaubiac (Y.), « Doctrine et opinions- Mesures techniques et interopérabilité en droit d'auteur et droits voisins », UNESCO, e-bulletin du droit d'auteur, avril-juin 2007.
- Gaubiac (Y.), « Interopérabilité et droit de propriété intellectuelle », *RIDA* 2007, n° 211, p. 91 et s.
- Lampe (A.-S.), « L'affaire Nintendo : condamnation des distributeurs de linkers par la Cour d'appel de Paris. Quels enseignements tirer sur l'exception de décompilation aux fins d'interopérabilité et la commercialisation de moyens de contournement de mesures techniques de protection (MTP) », *RLDI*, fév. 2012, p. 16-22.
- Lampe (A.-S.) et Leriche St., « Contrefaçon de logiciel, exception de décompilation et contournement de Mesures Techniques (MTP) : l'affaire Nintendo, ou la difficulté de la preuve au secours des distributeurs de linkers », *RLDI* 2010 / 57, p. 22.
- Latreille (A.), « Quelles limites à l'effectivité des exceptions. Les limitations techniques. Conditions de régulation et périmètre des exceptions », *RLDI*, juin 2013, p. 6-12.
- Latreille (A.) et Maillard (T.), « Le cadre légal des mesures techniques de protection et d'information », *D.* 2006, 2171 et s.
- Latreille (A.), « La protection des dispositifs techniques. Entre suspicion et sacralisation », *in* « La directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information », *Propr. intell.* 2002, n° 2, p. 35.
- Leloup (D.), « Rémunération du partage, l'exercice de politique-fiction de la HADOPI », *lemonde.fr*, 5 sept. 2014.
- Leriche (S.) et Ferla (R.), « Tous les chemins mènent à l'interopérabilité- des divers moyens juridiques d'accéder (ou non) à l'interopérabilité des mesures techniques de protection », *Legipresse* 2008 II, p.61.
- Lucas (A.) et Sirinelli (P.), « Droit d'auteur et droits voisins », *Propr. intell.*, juill. 2006, p. 296 et s.
- Maillard (T.), « La réponse pénale graduée en matière d'atteintes aux mesures techniques de protection et d'information », *RLDI* 2007/23, p. 11.
- Maillard (T.), « Mesures techniques de protection, logiciel et acquis communautaire : interfaces et interférences des directives n° 91/250/CEE et 2001/29/CE », *RLDI*, 2005, p. 154.
- Maillard (T.), « La réception des mesures techniques de protection des œuvres en droit français : commentaire du projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'informations », *Legipresse* 2004, n° 208, II, pp. 8-15.
- Marks (Dean S.) et Turnbull (Bruce H.), Atelier sur la mise en œuvre du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) et du traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT), « Mesures de protection techniques : au croisement de la technique, de la législation et des licences commerciales », 7 déc. 1999.
- Mossé (M.), « Logiciels et propriété intellectuelle : des relations originales et enrichies de dynamiques croisées », *RLDI* 2009, n°49 supplément de mai 2009.
- Pollaud-Dulian (F.), « Loi n°2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information », *RTD Com.* 2006, p. 779.
- Pollaud-Dulian (F.), « Protection juridique des mesures techniques de protection ou d'information. Échanges de " pair à pair ". Téléchargement illicite. Sanction pénales. Logiciels d'échanges. Autorité de régulation des mesures techniques », *RTD Com.* 2007, p. 346.

- Pollaud-Dulian (F.), « protection des œuvres diffusées sur Internet », *RTD Com.* 2011, p. 116.
- Rallet (A.), « Vous avez dit interopérabilité ? » in « Interopérabilité aspects juridiques, économiques et techniques », *RLDI*, supplément au n° 23, janv. 2007.
- Rapp (L.), « Nature et pouvoirs de l'Autorité de régulation des mesures techniques de protection », *RLDI*, janv. 2007, p. 64-67.
- Rees (M.), « Exclusif : la saisine de la Hadopi par VideoLAN (VLC) », <www.pcinpact.com>, 11 mai 2012.
- Rojinsky (C.), « Hyperliens et droit à l'interopérabilité dans la société de l'information », *Comm. Com. Electr.*, juill. 2002, chron. 18.
- Rojinsky (C.), « Quelle finalité pour l'interopérabilité », in « Rencontres Lamy droit de l'immatériel », *RLDI*, oct. 2006, supplément au n° 20, p. 11.
- Schoetti (J.-E.), « La propriété intellectuelle est-elle constitutionnellement soluble dans l'univers numérique ? », *Petites affiches*, 14 août 2006 n° 161, p. 4.
- F. Siirainen, « L'Autorité de régulation des mesures techniques : un objet juridique non identifié ? », in *La loi DADVSI : des occasions manquées ?* (Colloque de Nantes, févr. 2007), *RLDI* 2007, mars, supplément au n° 25, p. 12.
- Sirinelli (P.), « Propriété littéraire et artistique », *D.* 2012, p. 2836.
- Sirinelli (P.), « Numérique et interopérabilité : une nouvelle donne ? », in « Interopérabilité aspects juridiques, économiques et techniques », *RLDI*, supplément au n° 23, janv. 2007.
- Sirinelli (P.), « Introduction au dossier relatif au droit d'auteur au lendemain de la loi du 1^{er} août 2006 », *D.* 2006, p. 2154.
- Sirinelli (P.), « Loi du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information », *Propr. Intell.* 2006, n° 20, p. 328.
- Sirinelli (P.) et Farchy (J.), « La licence légale n'est pas économiquement viable », *lemonde.fr*, 20 déc. 2005.
- Sirinelli (P.), « Le droit d'auteur à l'aube du 3^e millénaire », *JCP G.*, janv. 2000, I 194.
- Sirinelli (P.), « L'adaptation du droit d'auteur face aux nouvelles technologies », in « L'avenir du droit d'auteur et des droits voisins », Publication OMPI, juin 1994, p. 33-48.
- Treppoz (E.), « Aux confins du droit de la concurrence et du droit de la propriété intellectuelle : l'affaire Microsoft », *RLC* 2008, p. 163.
- Varnerot (V.), « La propriété littéraire et artistique en réseau », *Comm. Com. Electr.* Mars 2013, étude 4
- Vercken (G.), « La consécration des mesures techniques, un combat d'arrière garde ? », *Propr. intell.* 2007, n° 25, p. 413.
- Vercken (G.), « Quel est le nouveau rôle des mesures techniques ? », *RLDI*, oct. 2006, p. 15-20.
- Zollinger (A.), équipe propriété intellectuelle, faculté de droit de POITIERS, Centre d'étude sur la coopération juridique internationale, « Propriété littéraire et artistique », *JCP E*, n° 40, oct. 2009, 1918.

Droit des technologies de l'information et de la communication

- Allard (L.), « L'évolution d'internet, le web 2.0 », <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr>>, nov. 2011.
- Bardin (M.), « Le droit d'accès à Internet : entre " choix de société " et protection des droits existants », *RLDI*, n° 91, mars 2013, p. 79-87.
- Behar- Touchais (M.), « Être interopérable ou ne pas l'être : telle est la question ! », *Comm. Com. Électr.*, mars 2008, étude 6.
- Beignier (B.) et Regourd (S.), « Droit de la presse et des médias », *JCP G.* n° 20, 16 mai 2007, I 156.
- Brunaux (G.), « État des lieux de la réglementation des contenus numériques : ne faudrait-il pas légiférer ? », *CCC*, sept. 2012, étude 16.
- Caprioli (A.), « Le jugement du TGI de Nanterre du 15 décembre 2006 et la question de l'interopérabilité », *Comm. Com. Electr.*, avril 2007, comm. 64.
- Champeau (G.), « Avatar en Blu-Ray illisible sur certains lecteurs à causes des DRM », *numerama.com*, 23 avril 2010.
- Chicheportiche (O.), « Les DRM plombent le marché des livres électroniques », <www.zdnet.fr>, 20 juill. 2011.
- Gombault (V.), « Deux ménages sur trois disposent d'Internet chez eux », *INSEE PREMIERE*, n°1340, mars 2011.
- Hodges (A.), « New research from Rice and Duke challenges conventional wisdom that removal of restrictions would increase piracy levels », <www.rice.edu>, 7 oct. 2011.
- Huet (J.), « Pour une réforme équilibrée du droit d'auteur (ou comment concilier mesures techniques de protection et peer-to-peer) », *Comm. Com. Électr.*, Mars 2006, alerte 51.
- Le Tourneau (P.), « Pot pourri (réflexions incongrues autour de l'informatique et de l'Internet) », *Comm. Com. Electr.*, janv. 2004, chron. 1.
- Le Stanc (C.), « Du Hacking considéré comme un des beaux-arts et de l'opportun renforcement de sa répression », *Comm. Com. Électr.*, Avril 2002, chron. 10, p. 9.
- Linant de Bellefonds (X.), « Le droit de décompilation des logiciels : une aubaine pour les cloneurs ? », *JCP G.*, 18 mars 1998, I 118.
- Roussel (P.), « La maîtrise d'un langage de programmation s'acquiert par la pratique », *Comm. Com. Electr.*, avril 2005, étude 15.
- Vivant (M.), « Logiciel 94 : tout un programme ?- Loi n°94-361 du mai 1994 », *JCP G.*, 12 oct. 1994, I 3792.
- Vivant (M.), « Ingénierie inverse, ingénierie perverse ? », *JCP E*, 6 juin 1991, 56.
- Zarka (J.-C.), « Le Conseil d'État et l'usage des logiciels libres », *JCP E*, nov. 2008, 2377.

Jurisprudence

Européenne

affaire Microsoft

- Commission européenne, Décision du 24 mai 2004, 2007/53/CE, aff. COMP/C-3/37.792 *Microsoft*, *JOUE* 2007, L32, p. 23.
- Commission européenne, Décision du 12 juillet 2006, C(2006) 3143 final, aff. COMP/C-3/37.792- *Microsoft*, *JOUE* 2008, C 138, p. 10.
- TUE, 17 septembre 2007, *Microsoft corp. / Commission*, aff. T-201/04, Communiqué de presse n° 63/07. Commission européenne, Décision du 27 février 2008, C(2008) 764 final, aff. COMP/C-3/37.792 *Microsoft*, *JOUE* 2009, C166, p. 20, *JCP E* 2007. 2304, note Debroux, *Propri. intell.* 2008, n° 26, p. 122, obs. V.-L. Benabou ; *Comm. Com. Electr.* 2008, étude 6, M. Behar-Touchais ; *Propri. ind.* 2008, comm. 25, J. Schmidt-Szalewski . *JCP E* 2009, 1108, obs. F. Sardain.
- TUE, 27 juin 2012, *Microsoft corp. / Commission*, aff. T-167/08, Communiqué de presse n° 89/12.

CJUE

- CJUE, aff. C-479/13, 5 mars 2015.
- CJUE, aff. C-355/12, *Nintendo e. a. / PC Box Srl e. a.* , 23 janvier 2014, *RLDI* 2014/101, n° 3342, obs. L. Costes ; *RLDI* 2014/102, n° 3402, obs. B. Galopin, et n° 3403, obs. A. Lefèvre ; *Comm. Com. Electr.* 2014, comm. 26, C. Caron.
- CJUE, aff. C-49/11, *Content Services Ltd / Bundesarbeitskammer*, 5 juillet 2012, *D.* 2012. 1878 ; *RTD eur.* 2012. 666, obs. C. Aubert de Vincelles.
- CJUE, 2 mai 2012, *SAS Institute*, aff. C-406/10, *D.* 2012. 1186 ; *RLDI* 2012/82, n° 2741, obs. L. Costes ; *RLDI* 2012/83, n° 2768, comm. C. Castets-Renard ; *Propri. Ind.* 2012, comm. 61, N. Bouche ; *Comm. Com. Electr.* 2012, comm. 105, C. Caron ; *D.* 2012, 2344, obs. C. Le Stanc ; *Propri. Intell.* 2012, n° 45, p. 423, obs. V.-L. Benabou ; *RTD com.* 2012. 536. obs. F. Pollaud-Dulian ; *D.* 2012. 2836, obs. Sirinelli.
- CJCE, affaires jointes C-541/99, *Cape Snc / Idealservice Srl* et C-542/99 *Idealservice MN RE Sas / OMAI Srl*, 22 nov. 2001, *CCC.* 2002, n° 18, obs. G. Raymond ; *JCP G.* 2002 II.10047, note G. Paisant.
- CJCE, 28 janvier 1999, aff. C-303/97, *RTD Com.* 1999 p. 553, obs. M. Luby.
- CJCE, 12 octobre 2000, aff. C-3/99.
- CJCE, 16 juillet 1998, aff. C-210/96, Recueil de jurisprudence 1998, p. I-04657, *RTD Com.* 1998 p. 995, obs. M. Luby.

Nationale

Conseil constitutionnel

- Cons. Const., décision 2014-690 DC du 13 mars 2014, *JORF* n° 0065 du 18 mars 2014, p. 5450, texte n° 2 ; *AJDA* 2014. 589 ; *RTD com.* 2014. 163, obs. D. Legeais.
- Cons. Const., décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *JORF* 3 août 2006, p. 11541 ; *D.* 2006, 2157, obs.

Castets-Renard ; *RTD civ.* 2006. 791, obs. T. Revet ; *Légipresse* 2006, p. 129, note L. Thoumyre.

Conseil d'État

- Conseil d'État, 10^{ème} et 9^{ème} sous-sections réunies, 16 juillet 2008, n° 301843, inédit au Recueil Lebon, *Comm. Com. Electr.* 2008, comm. 111, note Caron ; *JCP E* 2008, II, 2377, note Zarka ; *Expertises* 2008, p. 357 ; *RIDA* 4/2008, p. 445, obs. Sirinelli ; *RTD com.* 2008, p. 750, obs. Pollaud-Dulian.

Cour de cassation

- Civ. 1^{ère}, 4 juin 2014, *RTD com.* 2014. 679, obs. Bouloc ; *CCC* 2014, no 234, obs. Raymond.
- Civ. 1^{ère}, 22 janvier 2014, Laurent G. / DARTY, n° 12-20.982, *CCC* 2014, n° 145, obs. Raymond ; *CCE* 2014, n° 37, obs. Loiseau.
- Civ. 1^{ère}, 12 juillet 2012, n° 11-18.807, *Bull. civ. I*, n° 170 ; *D.* 2012. Chron. C. cass. 2051, obs. Creton ; *ibid.* Pan. 2354, obs. Le Stanc ; *ibid.* Actu. 1951, obs. Delpech ; *RTD com.* 2012. 835, obs. Bouloc ; *JCP E* 2012, n° 1531, note Bazin ; *CCC* 2012, n° 268, obs. Raymond ; *CCE* 2012, n° 111, obs. Loiseau ; *LPA* 15-17 août 2012, note Legrand ; *Gaz. Pal.* 2012. 2155, avis Petit, note Poissonnier ; *ibid.* 2799, obs. Piedelièvre ; *RJDA* 2012, n° 903 ; *RLDA* nov. 2012. 34, note Bascoulergue.
- Civ. 1^{ère}, 20 oct. 2011, n° 10-14.069, Fiducial informatique c/ SARL Développement professionnel spécialisé informatique (DPSI), *RLDI* 2011/76, n° 2506, obs. L. Costes ; *Comm. Com. Electr.* 2012, comm. 2, C. Caron ; *Comm. Com. Electr.* 2012, étude 6, N. Binctin ; *LPA* 19 mars 2012, n° 56, p. 6, Chron. X. Daverat.
- Civ. 1^{ère}, 6 octobre 2011, n° 10-10.800, *Bull. civ. I*, n° 160 ; *D.* 2011. Pan. 2968, obs. Picod ; *JCP E* 2011, n° 1787, note Bazin ; *CCC* 2012, n° 31, obs. Raymond ; *Gaz. Pal.* 2012. 458, obs. Piedelièvre ; *RJDA* 2012, n° 438 ; *Dr. et proc.* févr. 2012, suppl. Dr. de la consommation, p. 3, obs. Picod ; *RDC* 2012. 941, obs. Ollard.
- Civ. 1^{ère}, 23 juin 2011, n° 10-30645, *Bull. Civ. I* n° 122 ; *LEDC* 2011, comm. 123 et *RDC* 2011, p. 1246, notes N. Sauphanor-Brouillard ; *CCC* 2011, comm. 224, obs. G. Raymond ; *JCP G.* 2011, 1080, note G. Paisant ; *JCP E* 2011, 1660, note P. Lemay ; *D.* 2011, p. 2245, note S. Tisseyre ; *Rev. loyers*, 2011/919, n° 1328, p. 325, note D. Bert ; *D.* 2012, pan. Droit de la consommation, p. 844, obs. E. Poillot C. Rouquette-Térouanne, « Le syndicat des copropriétaires est un non-professionnel au sens de l'article L. 136-1 du Code de la consommation », *Loyers et copr.* 2011, Etude 11, p. 13.
- Civ. 1^{ère}, 28 févr. 2006, n° 05 -15.824, *JCP* 2006. 10084, note Lucas ; 2006.I.162, § 12, obs. Caron ; *JCP E* 2006. 2178, § 8, obs. Pignatari, et § 11, obs. H.J. Lucas ; *D.* 2006. AJ. 784, obs. Daleau ; *D.* 2006. Pan. 2996, obs. Sirinelli ; *Propr. intell.* 2006, n° 19, p. 179, obs. Lucas ; n° 24, p. 364, obs. Vivant ; *RLDI* 2006, mars, n° 405, p. 35, obs. Costes ; *RIDA* 2006, 209, p. 323, obs. Kéréver ; *CCE* 2006, comm. 56, obs. Caron ; *RTD com.* 2006. 370, obs. Pollaud-Dulian ; 400, obs. Gaudrat ; *JurisData* n° 2006-032368. Et sur renvoi Paris, 4^e ch., 4 avr. 2007, *Propr. intell.* 2007, n° 24, p. 320, obs. Lucas ; *CCE* 2007, comm. 68, note Caron.
- Civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, n° 02-13.285, *Bull. civ. I*, n° 135 ; *D.* 2005. 1948, note Boujeka ; *ibid.* AJ 887, obs. Rondey ; *ibid.* Pan. 2840, obs. Amrani Mekki ; *JCP* 2005. II. 10114, note Paisant ; *JCP E* 2005. 769, note Bakouche ; *Defrénois* 2005. 2009, obs. Savaux ; *CCC* 2005, n° 100, note Raymond ; *LPA* 12 mai 2005, note Bert ; *Gaz. Pal.* 2006. Somm. 2017, obs. B. B. ; *RDC* 2005. 740, obs. Fenouillet.
- Civ. 1^{ère}, 5 novembre 1996, n° 94-18.667, *Bull. Civ. I*, 1996, n° 377, p. 264.
- Civ. 1^{ère}, 16 mai 1995, n° 92-20.976, *JCP G.* 1996. II. 22736, note Lucas.
- Civ. 1^{ère}, 25 mai 1992, n° 89-15.860, *Bull. civ. I*, n° 162, p. 111.

Cours d'appel

- CA Paris, Ch. Correctionnelle 13, sect. A, 21 février 2006, n° 05/03075, 05/6557, *JurisData* : 2006-311713.
- CA Versailles, 1^{ère} Ch., 2^e section, 4 octobre 2002, n° 00/08741.
- CA Colmar, 16 sept. 1982, *Cah. dr. entr.* 1983, n° 6, p. 2.

1^{ère} instance

- Trib. correctionnel de Béthune, 27 mai 2014, <http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=4417>.
- Trib. correctionnel de Nîmes, Blogmusik, Sacem et autres / Jérôme G., n° 12339000153, 28 juin 2013.
- TGI Nanterre, 15 déc. 2006, n° 05/03574, aff. Union fédérale des consommateurs- Que choisir (UFC- QUE CHOISIR) c/ Société SONY FRANCE, société SONY UNITED KINGDOM LTD. *Prop. intell.* 2007, n° 23, p. 222, obs. Bruguière ; *RLDI* 2007, n° 24, p. 30, note Pignateri.
- TGI Nanterre, 6^e ch., 2 sept. 2003, Françoise M. c/ EMI Music France et Auchan France, obs. J.-M. Bruguière et M. Vivant in *Prop. intell.* 2003, n° 9, n° 464 s. ; *Prop. intell.* 2003, n° 9, p. 389, obs. Sirinelli ; *D.* 2003. Somm. 2824, obs Le Stanc ; *CCE* 2003, comm. N° 108, note Grynbaum.
- TGI Nanterre, 6^e ch., 24 juin 2003, Assoc. CLCV c/ EMI Music France, *CCE* 2003, comm. 86, note Stoffel-Munck.

Autres

- HADOPI, avis n° 2013-1, relatif à l'exception de dépôt légal, 30 janvier 2013.
- HADOPI, Avis n° 2013-2, rendu sur saisine de l'association VideoLAN, 8 avril 2013, *RLDI* 2013/93, p. 5, obs. L. Costes.
- Cons. Conc., déc. n° 04-D-54, 9 novembre 2004, relative à des pratiques mises en œuvre par la société *Apple Computer, Inc.* dans les secteurs du téléchargement de musique sur Internet et des baladeurs numériques, *RTD com.* 2006. 779. spéc. 812, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Comm. Com. Electr.* janv. 2005, n° 15, obs. G. Decocq ; *CCC* janv. 2005, n° 7, obs. M. Malaurie-Vignal.

Etrangère

- United States District Court Northern District of California, The Apple iPod iTunes Antitrust Litigation, Case n° 05-CV-0037 YGR, dec 16 2014.
- Helsingin hovioikeus, 22 mai 2008, Diaarinumero R 07/2622.
- Helsingin käräjäoikeus, aff R 07/1004, 25 mai 2007.

INDEX

Les chiffres renvoient aux numéros de pages

A	cryptage.....	154	
abus de position dominante.....	20		
accessibilité.....	60	D	
activité professionnelle.....	100	DADVSI.....	155
affaire Microsoft.....	20	décompilation.....	
algorithme.....	143	définition.....	129
		régime juridique.....	130
B		délivrance conforme.....	293
Blu-ray.....	245	dispositif.....	152
brouillage.....	154	documentation technique.....	40, 242
		donnée.....	38
C		droit.....	
clé de chiffrement.....	143	conflit de droits.....	228, 237
clé publique-clé privée.....	143	droit d'auteur.....	21, 227
code source.....	40, 276	droit de la personnalité.....	83
compatibilité.....	57	droit intellectuel.....	84
complémentarité.....	58	droit personnel.....	88 sv
composant.....	152	droit réel.....	81
concurrence.....	19	droit subjectif.....	62, 64
connexion.....	59	droits à	73
Conseil National du Numérique.....	51	droits de.....	73
consommateur.....		droits voisins.....	21, 153
consommateur « moyen ».....	106	du fait d'autrui.....	307
définition.....	24, 99, 105	E	
personne physique.....	102	e-book.....	162
qualification.....	110	éditeur de contenus numériques.....	
consommation.....	24	définition.....	138
contenu numérique.....		qualification.....	138
définition.....	38, 138	éditeur de logiciels.....	
droit d'auteur.....	228	définition.....	119
éditeur.....	138	qualification.....	120
information.....	183	EUCD.....	151
contrat.....		F	
à distance.....	105, 190, 301	fonctionnalités du contenu numérique.....	174
de consommation.....	190	format.....	
de licence.....	191	non protégé.....	269
de vente.....	191	ouvert.....	39, 283
fournitures de services.....	191		
hors établissement.....	190		
contrefaçon.....	136		
copie à titre privé.....	139, 157		

H		définition technique.....143
HADOPI.....		efficacité et intégrité.....258
missions.....	251	fournisseur.....240
procédure contentieuse.....	248	gestion des droits numériques.....175
procédure pour avis.....	264	indemnisation.....255
saisine.....	252	information.....175, 181
		interopérabilité des mesures techniques.....226
I		régulation fiscale.....271
informatique en nuage.....	26, 143, 145	métadonnées.....226
ingénierie inverse.....		O
définition.....	123	obligation de résultat.....304
régime juridique.....	125	P
interface de programmation.....	40, 242	pratique commerciale déloyale.....
internet.....	34	agressive.....197
interopérabilité.....		définition.....196
défaut d'interopérabilité.....	289	sanction.....201
définition juridique.....	43, 46, 48, 52	trompeuse.....197
définition technique.....	37, 42	produits défectueux.....291
garantie contractuelle.....	299	professionnel.....189
information essentielle.....	239, 241, 243	programme d'ordinateur.....55
interopérabilité logicielle.....	55, 183	
interopérabilité matérielle.....	54	R
interopérabilité pertinente.....	193, 206	Référentiel Général d'Interopérabilité.....48, 53, 286 sv
mise en œuvre effective.....	225	rémunération proportionnelle au partage.....281
obligation d'information.....	173, 178, 187	réponse graduée.....281
principe de l'absence d'obstacle.....	219	réseaux informatiques,.....54
sanction du défaut d'information.....	195, 208	responsabilité de plein droit.....301
		S
L		signature électronique.....144
langages de programmation.....	56	standard de communication.....39
langages informatiques.....	56	standard ouvert.....39
licence.....		streaming.....184, 192
licence globale.....	280	sujet actif.....95
livre numérique.....	161, 285	sujet passif.....118, 204
logiciel.....	18, 55, 119	
logiciel propriétaire.....	135	T
logiciels libres.....	135	technologie.....152
		théorie.....
M		appartenance-maîtrise.....66
matériel.....	18	droit - désir.....70
mesures techniques d'information.....	161	intérêt juridiquement protégé.....71
mesures techniques de protection.....		prérogative appropriée.....68
abrogation.....	270, 277	relation sociale inégalitaire.....69
atteinte.....	229	TIC.....18
de chiffrement.....	143	
de tatouage.....	144	
définition.....	141	
définition juridique.....	145	

V		W	
vices cachés.....	295	WCT.....	146
		WPPT.....	146

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	5
RÉSUMÉ.....	7
SOMMAIRE.....	11
LISTES DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	13
INTRODUCTION.....	17
PARTIE I - LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE DU DROIT A L'INTEROPÉRABILITÉ.....	31
TITRE I - LA DEFINITION DU DROIT A L'INTEROPERABILITÉ.....	33
CHAPITRE I - L'OBJET DU DROIT A L'INTEROPÉRABILITÉ.....	34
SECTION I - LA DEFINITION DE L'INTEROPÉRABILITÉ.....	36
I. La définition technique de l'interopérabilité.....	37
A. La donnée.....	38
B. Le format.....	38
C. La documentation technique et l'interface de programmation.....	40
II. La définition juridique de l'interopérabilité.....	43
A. La définition juridique européenne de l'interopérabilité.....	43
B. Les carences des définitions juridiques nationales de l'interopérabilité.....	46
1. La carence des États membres dans la définition juridique de l'interopérabilité.....	46
2. La carence française dans la définition juridique de l'interopérabilité.....	47
SECTION II - LA DIVERSITE DE L'INTEROPÉRABILITÉ.....	53
I. Les types d'interopérabilité.....	53
A. L'interopérabilité matérielle.....	54
B. L'interopérabilité logicielle.....	55
II. La distinction de l'interopérabilité et des notions voisines.....	57
A. La compatibilité.....	57
B. La complémentarité.....	58
C. La connexion.....	59
D. L'accessibilité.....	60

CHAPITRE II - LA QUALIFICATION DU DROIT A L'INTEROPERABILITÉ.....	62
SECTION I - LE DROIT À L'INTEROPÉRABILITÉ : UN DROIT SUBJECTIF.....	65
I. la définition de la notion de droit subjectif.....	65
A. Un droit subjectif, un « intérêt juridiquement protégé ».....	65
1. La théorie de l'« appartenance-maîtrise » de Dabin.....	66
2. La théorie de la « prérogative appropriée » du Doyen Roubier.....	68
3. La théorie de la « relation sociale inégalitaire » de Messieurs Ghestin et Goubeaux.....	69
4. La théorie du « droit - désir ».....	70
5. La théorie de l'« intérêt juridiquement protégé » d'Ihering.....	71
B. La distinction des « droits de » et des « droits à ».....	73
II. L'application de la notion de droit subjectif à l'interopérabilité.....	74
A. L'interopérabilité, un intérêt juridiquement protégé.....	74
1. L'interopérabilité, un « intérêt ».....	74
2. L'interopérabilité, un « intérêt juridiquement protégé ».....	76
B. L'interopérabilité, une prérogative précise et juridiquement sanctionnée.....	77
SECTION II - LE DROIT À L'INTEROPÉRABILITÉ : UN DROIT PERSONNEL.....	79
I. Les qualifications à exclure du droit à l'interopérabilité.....	81
A. L'exclusion de la qualification de droit réel.....	81
B. L'exclusion des qualifications de droit de la personnalité et de droit intellectuel.....	83
1. L'exclusion de la qualification de droit de la personnalité.....	83
2. L'exclusion de la qualification de droit intellectuel.....	84
II. La qualification à retenir du droit à l'interopérabilité.....	88
A. La définition des droits personnels.....	88
B. La qualification de droit personnel.....	89
1. L'opposabilité de l'obligation.....	89
2. La nature de l'obligation.....	90
TITRE II - LES SUJETS DU DROIT A L'INTEROPERABILITE.....	94
CHAPITRE I - LE SUJET ACTIF DU DROIT A L'INTEROPERABILITE.....	95
SECTION I - LA DÉFINITION DU CONSOMMATEUR, SUJET ACTIF DU DROIT A L'INTEROPERABILITE.....	98
I. La définition générale du consommateur, sujet actif du droit à l'interopérabilité.....	99
A. Le critère de l'activité non professionnelle.....	100
B. Le critère de la qualification de personne physique.....	102
II. L'absence de définition spéciale du consommateur, sujet actif du droit à l'interopérabilité.....	104
A. L'application de la définition générale du consommateur au droit à l'interopérabilité.....	105

B. L'application de la conception du consommateur moyen au droit à l'interopérabilité.....	106
SECTION II - LA QUALIFICATION DU CONSOMMATEUR EN TANT QUE SUJET ACTIF DU DROIT A L'INTEROPERABILITE.....	110
I. Les éléments en défaveur de la qualification du consommateur en tant que sujet actif du droit à l'interopérabilité.....	110
A. L'exclusion du consommateur des demandeurs à la saisine de l'HADOPI par le législateur.....	110
B. L'exclusion du consommateur des demandeurs à la saisine de l'HADOPI par le Conseil constitutionnel.....	112
II. Les éléments en faveur de la qualification du consommateur en tant que sujet actif du droit à l'interopérabilité.....	114
A. L'interopérabilité, un « intérêt » du consommateur.....	114
B. L'interopérabilité, un « intérêt juridiquement protégé » du consommateur.....	115
CHAPITRE II - LES SUJETS PASSIFS DU DROIT A L'INTEROPERABILITE.....	118
SECTION I - L'ÉDITEUR DE LOGICIELS.....	119
I. La qualification de l'éditeur de logiciels en tant que sujet passif du droit à l'interopérabilité.....	120
B. L'éditeur de logiciels, acteur de l'interopérabilité des données du consommateur.....	121
II. Les moyens techniques de mise en œuvre de l'interopérabilité à la disposition de l'éditeur de logiciels : l'ingénierie inverse et la décompilation.....	122
A. La technique de l'ingénierie inverse à des fins d'interopérabilité.....	123
1. La définition de l'ingénierie inverse.....	123
a. La définition technique de l'ingénierie inverse.....	123
b. La définition juridique de l'ingénierie inverse.....	124
2. Le régime juridique de l'ingénierie inverse.....	125
a. L'ingénierie inverse : une exception au droit d'auteur.....	125
b. Les conditions de légalité de l'exception au droit d'auteur de l'ingénierie inverse.....	126
c. L'exception au droit d'auteur de l'ingénierie inverse et le droit à l'interopérabilité.....	127
B. La technique de la décompilation à des fins d'interopérabilité.....	128
1. La définition de la décompilation.....	129
a. La définition technique de la décompilation.....	129
b. La définition juridique de la décompilation.....	129
2. Le régime juridique de la décompilation.....	130
a. La condition relative à la finalité d'interopérabilité des logiciels.....	131
b. Les conditions relatives à la décompilation elle-même.....	132
c. Les conditions relatives à l'usage des informations obtenues par décompilation.....	133
SECTION II - L'ÉDITEUR DE CONTENUS NUMÉRIQUES.....	138
I. La qualification de l'éditeur de contenus numériques en tant que sujet passif du droit à l'interopérabilité.....	138
A. L'éditeur de contenus numériques, garant de l'interopérabilité des données reçues par le	

consommateur.....	138
B. L'éditeur de contenus numériques, garant de l'interopérabilité des données copiées à titre privé par le consommateur.....	139
II. Les moyens techniques de mise en œuvre de l'interopérabilité par l'éditeur de contenus numériques : la mise à disposition dans un format ouvert et non protégé.....	141
A. La définition des mesures techniques de protection.....	141
1. La définition technique des mesures techniques de protection.....	143
a. Les mesures techniques de protection de chiffrement.....	143
b. Les mesures techniques de protection de tatouage.....	144
c. Les mesures techniques de protection basées sur la technologie de l'informatique en nuage.....	145
2. Les définitions juridiques des mesures techniques de protection.....	145
a. L'absence de définition juridique des mesures techniques de protection dans les traités WCT et WPPT.....	146
b. La définition juridique des mesures techniques de protection de la directive EUCD. .	151
c. La définition juridique des mesures techniques de protection dans la loi DADVSI.....	155
B. La renonciation aux mesures techniques de protection.....	157
1. La renonciation aux mesures techniques de protection dans le secteur musical.....	160
2. La renonciation aux mesures techniques de protection dans le secteur du livre numérique.....	161
PARTIE II - LE REGIME JURIDIQUE DU DROIT À L'INTEROPÉRABILITÉ.....	166
TITRE I – L'OBLIGATION D'INFORMATION RELATIVE A L'INTEROPERABILITE LORS DE LA FORMATION DU CONTRAT DE CONSOMMATION.....	169
CHAPITRE I – L'OBJET DE L'OBLIGATION D'INFORMATION RELATIVE A L'INTEROPERABILITE....	173
<i>SECTION I – L'OBJET DE L'OBLIGATION D'INFORMATION RELATIVE A L'INTEROPERABILITE EN DROIT POSITIF.....</i>	<i>174</i>
I. L'obligation d'information relative aux fonctionnalités du contenu numérique.....	174
A. L'obligation européenne d'information relative aux fonctionnalités du contenu numérique.....	174
B. L'obligation interne d'information relative aux fonctionnalités du contenu numérique.....	176
II. L'obligation d'information relative à l'interopérabilité du contenu numérique.....	177
A. L'obligation européenne d'information relative à l'interopérabilité d'un contenu numérique....	178
B. L'obligation interne d'information relative à l'interopérabilité d'un contenu numérique.....	179
<i>SECTION II – L'OBJET DE L'OBLIGATION D'INFORMATION RELATIVE A L'INTEROPERABILITE EN DROIT PROSPECTIF.....</i>	<i>181</i>
I. La modification de l'information sur les mesures techniques de protection.....	181
A. L'insuffisance de la valeur réglementaire de la mention des mesures techniques de protection.	181
B. L'intégration d'une information relative aux mesures techniques de protection dans la loi.....	182

II. La modification de la limitation de l'information au « contenu numérique ».....	183
A. L'apparente exclusion d'une information sur l'interopérabilité logicielle.....	183
B. L'intégration d'une information sur l'interopérabilité logicielle.....	184
CHAPITRE II – LE CHAMP D'APPLICATION DE L'OBLIGATION D'INFORMATION RELATIVE A L'INTEROPERABILITE.....	187
 <i>SECTION I – LE CHAMP D'APPLICATION DE L'OBLIGATION D'INFORMATION RELATIVE A L'INTEROPERABILITE EN DROIT POSITIF.....</i>	<i>189</i>
I. Une obligation d'information pour les contrats de consommation.....	189
A. Une obligation d'information pour les contrats à distance, hors établissement et autres.....	190
B. Une obligation d'information pour les contrats de vente ou de fourniture de services.....	191
II. Une obligation d'information précontractuelle.....	193
A. Les conditions de communication de l'information précontractuelle.....	193
B. Les moyens de communication de l'information précontractuelle.....	194
III. La sanction du défaut d'information relative à l'interopérabilité.....	195
A. La sanction administrative.....	196
B. La sanction des pratiques commerciales déloyales.....	196
1. Une pratique commerciale trompeuse sur les caractéristiques essentielles d'un bien....	198
2. Une pratique commerciale trompeuse par l'omission d'une information substantielle. .	200
3. La sanction des pratiques commerciales déloyales.....	201
 <i>SECTION II – LE CHAMP D'APPLICATION DE L'OBLIGATION D'INFORMATION RELATIVE A L'INTEROPERABILITE EN DROIT PROSPECTIF.....</i>	<i>204</i>
I. La modification du sujet tenu à l'obligation d'information relative à l'interopérabilité.....	204
A. Le constat de l'exclusion des sujets passifs du droit à l'interopérabilité.....	204
B. L'extension de l'obligation d'information aux sujets passifs du droit à l'interopérabilité.....	205
II. La modification de l'intensité de la communication de l'information relative à l'interopérabilité...	206
A. Le constat d'une difficulté d'interprétation de la faculté de communication de l'information relative à l'interopérabilité.....	206
B. La consécration d'une obligation systématique de transmission de l'information relative à l'interopérabilité.....	208
III. La modification de la sanction du défaut d'information.....	208
 TITRE II – L'OBLIGATION DE MISE EN OEUVRE EFFECTIVE DE L'INTEROPERABILITE LORS DE L'EXECUTION DU CONTRAT DE CONSOMMATION.....	213
 CHAPITRE I – LA MISE EN OEUVRE EFFECTIVE PAR L'ABSENCE D'OBSTACLE A L'INTEROPERABILITE.....	215
 <i>SECTION I – LA MISE EN OEUVRE EFFECTIVE PAR L'ABSENCE D'OBSTACLE A L'INTEROPERABILITE EN DROIT POSITIF : UNE OBLIGATION DE NE PAS FAIRE.....</i>	<i>218</i>

I. Le principe de l'absence d'obstacle à la mise en œuvre de l'interopérabilité par le recours aux mesures techniques de protection.....	219
A. L'adoption du principe.....	220
B. La mise en œuvre du principe.....	224
1. La mise en œuvre « effective » de l'interopérabilité.....	225
a. L'interprétation de l'interopérabilité comme un objectif supérieur à la protection des mesures techniques.....	225
b. L'exclusion de l'interprétation de « l'interopérabilité des mesures techniques ».....	226
2. La mise en œuvre de l'interopérabilité « dans le respect du droit d'auteur ».....	227
3. Le conflit entre droit d'auteur et droit à l'interopérabilité.....	228
a. Les sanctions pénales encourues pour atteinte à une mesure technique de protection.....	229
b. La difficile articulation des sanctions pénales et de la mise en œuvre de l'interopérabilité.....	234
II. L'obligation de mise à disposition des informations essentielles à l'interopérabilité des mesures techniques de protection.....	239
A. La définition de l'obligation de mise à disposition des informations essentielles à l'interopérabilité d'une mesure technique de protection.....	240
1. La définition des informations essentielles à l'interopérabilité d'une mesure technique de protection.....	240
a. La définition technique des informations essentielles à l'interopérabilité d'une mesure technique de protection.....	241
b. La définition fonctionnelle des informations essentielles à l'interopérabilité d'une mesure technique de protection.....	243
2. La définition de la mise à disposition des informations essentielles à l'interopérabilité d'une mesure technique de protection.....	244
B. La procédure de mise à disposition des informations essentielles à l'interopérabilité des mesures techniques de protection.....	247
1. La procédure contentieuse devant l'HADOPI.....	248
a. Le rôle de l'HADOPI.....	248
b. La saisine de l'HADOPI.....	252
c. Le déroulement de la procédure contentieuse.....	253
d. Les difficultés de la procédure contentieuse.....	254
2. La procédure pour avis devant l'HADOPI.....	264
 SECTION II – LA MISE EN OEUVRE EFFECTIVE PAR L'ABSENCE D'OBSTACLE A L'INTEROPERABILITE EN DROIT PROSPECTIF : UNE OBLIGATION DE FAIRE.....	268
I. L'obligation de recourir à un format non protégé de données.....	269
A. L'abrogation du régime juridique des mesures techniques de protection.....	270
1. L'échec de la limitation du champ d'application des mesures techniques de protection.....	271
a. L'échec de la limitation du champ d'application des mesures techniques de protection par la régulation fiscale.....	271
b. L'échec de la limitation du champ d'application des mesures techniques de protection par la jurisprudence.....	273
2. L'insuffisance de la solution de la publication du code source des mesures techniques de protection.....	276

3. L'interdiction des mesures techniques de protection.....	277
B. La consécration d'une obligation de recours aux formats non protégés de données.....	280
C. Le développement des mesures techniques d'information.....	282
II. L'obligation de recourir à un format ouvert de données.....	283
A. Le principe du recours à un format ouvert de données.....	283
B. Le moyen du RGI pour la mise en œuvre de l'obligation de recourir à un format ouvert de données.....	284
CHAPITRE II – LA MISE EN OEUVRE EFFECTIVE PAR LA SANCTION DU DEFAUT D'INTEROPERABILITE.....	289
 <i>SECTION I – LA MISE EN OEUVRE EFFECTIVE PAR LA SANCTION DU DEFAUT D'INTEROPERABILITE EN DROIT POSITIF.....</i>	<i>291</i>
I. Les fondements juridiques exclus de la sanction du non-respect de l'obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité.....	291
A. L'exclusion de la sanction de la responsabilité du fait des produits défectueux.....	292
B. L'exclusion de la sanction du défaut de délivrance conforme.....	293
II. Les fondements juridiques retenus de la sanction du non-respect de l'obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité.....	295
A. La sanction du non-respect de la garantie des vices cachés.....	295
B. La sanction du non-respect de la garantie contractuelle d'interopérabilité.....	299
 <i>SECTION II – LA MISE EN OEUVRE EFFECTIVE PAR LA SANCTION DU DEFAUT D'INTEROPERABILITE EN DROIT PROSPECTIF.....</i>	<i>301</i>
I. La portée de la responsabilité de plein droit du professionnel.....	304
A. Une obligation de résultat quant à l'exécution de l'obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité.....	304
B. Une responsabilité du fait d'autrui quant à l'exécution de l'obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité.....	307
1. Le principe de la responsabilité du fait d'autrui dans l'exécution du contrat conclu à distance.....	307
2. L'inapplicabilité du principe de la responsabilité du fait d'autrui, dans l'exécution du contrat conclu à distance, à l'obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité.	308
3. L'extension du principe de la responsabilité du fait d'autrui, dans l'exécution du contrat conclu à distance, à l'obligation de mise en œuvre effective de l'interopérabilité.....	309
II. La portée de la responsabilité de plein droit au bénéfice du consommateur.....	310
A. Une responsabilité de plein droit au bénéfice du seul consommateur.....	310
B. Une responsabilité de plein droit au-delà des contrats conclus à distance.....	311
CONCLUSION.....	316
 BIBLIOGRAPHIE.....	323

INDEX.....	339
TABLE DES MATIÈRES.....	342

