

La « mise en loi » des Mesures Techniques de Protection : les difficultés de l'encastrement entre technologie et droit (loi DADVSI, 1er août 2006)

L'arrêt *Mulholland Drive* du 22 avril 2005, signal d'alarme des juges au législateur

Une situation d'une extrême banalité va exacerber la controverse entre MTP et logique interne du droit d'auteur. Par la radicalité contradictoire de deux jugements en première instance et appel, les juges vont lancer une véritable interpellation au législateur face à la carence législative touchant à la validité de l'exception pour copie privée à l'heure où désormais les formats numériques permettent des copies parfaites.

Quels sont les faits ? Un certain Monsieur P. ayant acquis le film *Mulholland Drive* sur DVD souhaite en faire une copie sur cassette vidéo afin de la visionner « en famille » chez ses parents qui ne possèdent pas de lecteur DVD. Mais une mesure technique de protection l'en empêche. L'utilisateur en informe l'association de consommateurs *UFC-Que Choisir ?* qui introduit une action devant le Tribunal de Grande Instance visant à faire reconnaître un « droit » à la copie privée prévalant sur les MTP et, d'autre part, une obligation d'information des consommateurs des limitations imposées par ces mesures

techniques. La décision du Tribunal du 30 avril 2004, abondamment commentée⁶⁴, déclare les parties recevables à agir mais les déboute de leurs demandes. Les MTP prévalent donc pour les juges sur l'exception pour copie privée. La Cour d'Appel rend le 22 avril 2005 un jugement exactement inverse en considérant que l'acquéreur d'un DVD doit avoir la possibilité de copier l'œuvre à partir de la source même de son acquisition, sans toutefois reconnaître un « droit » à la copie privée. Cette décision et le raisonnement juridique qui l'accompagne sont commentés comme une « révolution allant au-delà du résultat obtenu » (Bénabou 2005: 1). Dans cette affaire, plusieurs éléments indiquent que les juges de la Cour d'appel ont souhaité adresser un signal fort au législateur français peu pressé de transposer la directive européenne du 22 mai 2001 et qui « se trouve en quelque sorte évincé par la Cour d'appel » (Bénabou 2005: 6). Les juges ont ainsi « en l'état du droit interne applicable » considéré que l'existence effective d'une exception de copie privée est entravée par les verrous « de fait » des MTP. Faute de transposition, il n'appartient pas au juge français de trancher entre deux « intérêts » dont l'un n'est pas invocable car sans base légale. Cependant, la corrélation que fait la Cour entre le droit à la copie et l'acquisition du support, défini ici comme caractère essentiel du « support source », laisse entendre que la liberté de copier trouve sa source dans le droit de propriété du support. La Cour d'appel bafoue l'article L. 111-3 du CPI en ignorant la frontière entre propriété matérielle et propriété immatérielle. Enfin, dans l'esprit du jugement, la MTP semble constituer une faute et non la conséquence pratique du monopole du droit exclusif. Par cette décision qui renvoie à l'introduction future d'une disposition particulière issue de la directive européenne, « les juges ont clairement voulu affirmer la nécessité d'un fondement *ad hoc* justifiant la mise en œuvre de mesures anti-contournement ». Par ces décisions de justice, les juges invitent donc urgemment le législateur à transposer la directive du 22 mai 2001 dans l'espoir de mettre fin à l'état instable du droit qui ne permet pas à cette époque d'arbitrer en France entre MTP et exceptions au monopole du droit exclusif. Mais la transposition sera-t-elle capable de stabiliser l'encastrement réciproque de la technique dans le droit ?

⁶⁴TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 30 avril 2004, commentaires voir . C. Caron, *Com. Com. Elec.*, juillet 2004, n° 7-8, chron., p. 23 et suiv. ; C. Geiger, *Licéité de la mesure technique interdisant la copie privée d'un DVD*, JCP, éd. G, 2004 II 1583 ; Th. Maillard, *Licéité de la mesure technique de protection interdisant la copie privée d'un DVD*, JCP, éd. E, 2004, 1101, p. 1204 ; M. Vivant, G. Vercken, *Mesures techniques de protection sur des DVD : le test des trois étapes met en échec l'exception de copie privée*, *Légipresse*, sept. 2004, n° 214, p. 148 ; F. Pollaud-Dulian, *Rev. Trim. Dr. Com.* 2004, n° 3, p. 469 et suiv. Cité par Valérie-Laure Bénabou, *Les routes vertigineuses de la copie privée au pays des protections techniques... À propos de l'arrêt Mulholland Drive*, Juiscom.net

« On ne sait si les négociateurs des Traités OMPI avaient conscience de la complexité des systèmes dont ils ont provoqué la mise en œuvre. Les principes proclamés sont satisfaisants mais les moyens pour y parvenir sont bien délicats à établir » (Sirinelli 2002 : 444). En tout état de cause, et parmi les derniers États européens, la France va procéder à la transposition de la directive européenne qui aboutira certes à une impasse mais qui sera à l'origine d'un nouveau principe juridique validé par le Conseil constitutionnel : l'interopérabilité.

La problématique des MTP va donc être au cœur du projet de loi « Droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'Information » (DADVSI) promulguée le 1er août 2006, après avoir subi une censure de taille du Conseil constitutionnel. Ce projet de loi est la première démarche législative entreprise par les pouvoirs publics français. Il marque les premiers balbutiements d'un droit spécifique contre le téléchargement illégal. Présenté au gouvernement le 12 novembre 2003, le compte rendu du Conseil des ministres précise que le projet de loi vise à adapter « le régime de la propriété littéraire et artistique aux nouveaux usages liés aux technologies de l'information et de la communication [et à renforcer] la protection des auteurs et des créateurs contre les risques accrus de contrefaçon par la voie numérique ». Le contexte légistique de cette loi est utile à rappeler ici. Ce projet, malgré les nombreuses arènes de réflexion qui produisent une expertise sur les problèmes auxquels est confronté l'édifice du droit d'auteur à l'ère numérique, n'a pas, en premier lieu, pour origine une volonté gouvernementale. L'exposé des motifs de la loi DADVSI précise d'ailleurs clairement que son chapitre III « transpose les articles 6 et 7 de la directive européenne du 22 mai 2001, qui visent à lutter plus efficacement contre la contrefaçon. Le texte introduit donc des sanctions en cas de contournement d'une mesure technique efficace de protection d'une œuvre, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme.[...] Les actes préparatoires destinés à faciliter ou à permettre ces actes de contournement sont également incriminés ». Ainsi, nulle évocation des échanges pair-à-pair mais un texte initialement centré sur la répression du contournement des verrous logiciels placés sur les œuvres protégées par le droit d'auteur.

L'Autorité de Régulation des Mesures Techniques et l'interopérabilité

Sans entrer ici dans les péripéties de ce projet de loi, on peut cependant noter d'une part l'important délai – 3 ans – entre sa présentation et sa promulgation. D'autre part, les pouvoirs publics ont cru pouvoir se saisir de l'opportunité de la transposition d'une directive européenne centrée sur le respect des MTP pour y greffer d'autres dispositifs de lutte contre le téléchargement illégal, comme le principe de « contraventionnalisation » qui consiste à transformer le délit de contrefaçon en infraction susceptible d'être punie d'une simple amende sans recours à l'autorité judiciaire. Le 28 juillet 2006, au lendemain de la censure d'une large partie de la loi par le Conseil constitutionnel, le Ministre de la culture s'adresse directement aux internautes par voie de presse sous la forme d'une lettre ouverte. Renaud Donnedieu de Vabres, percevant les interrogations de l'opinion publique sur un projet de loi à la fois complexe et largement censuré, va tenter de faire œuvre de pédagogie. Tout d'abord, le Ministre se félicite de la garantie du maintien de la copie privée⁶⁵. Inconnue dans le droit anglo-saxon, « l'exception pour copie privée » était remise en cause, comme expliqué précédemment, en raison de sa contradiction avec le principe de mesure technique de protection. Le Ministre se félicite, d'autre part, que la France soit un des premiers pays à avoir admis le principe d'interopérabilité dans son droit constitutionnel. Il s'agit en effet de permettre au consommateur de pouvoir lire toute œuvre légalement achetée sur n'importe quel lecteur afin de combattre la tentation de « quelques grands groupes de confisquer l'accès aux œuvres sur Internet ». Plus que jamais, les droits des créateurs et des titulaires de droits voisins sont affirmés avec force par les plus hautes instances publiques mais ils entrent en tension avec les droits reconnus aux utilisateurs, désormais maîtres de technologies qui risquent de vider les premiers de leur force, de leur sens et de leur capacité d'opérer dans la réalité.

Dans la saisine de juillet 2006, le Conseil constitutionnel a eu à examiner les dispositions de la loi votée au regard des « exceptions au droit d'auteur ». Inscrites dans la loi de 1985 sur les droits voisins, les

⁶⁵Instauré en 1985 par la loi sur les droits voisins, la copie privée est une exception au droit patrimonial de propriété littéraire et artistique dans la mesure où elle autorise une reproduction d'œuvres audio-visuelles au sein du cercle familial. La loi sur le droit d'auteur et les droits voisins de 1985 prévoit que « les auteurs, les artistes interprètes ou exécutants et les producteurs de phonogrammes ou d'œuvres audio-visuelles ont droit à une rémunération pour la reproduction privée de leurs œuvres et prestations ». Les droits pour « copie privée » proviennent des redevances perçues lors de la vente des appareils et des supports vierges qui permettent des enregistrements

exceptions au droit d'auteur ne concernent que les seuls droits patrimoniaux, les droits moraux étant eux par nature inaliénables. La plus connue des exceptions au droit d'auteur concerne donc l'exception de copie privée qui autorise une reproduction pour un usage privé et la représentation de l'œuvre dans le cercle familial. D'autres exceptions concernent la possibilité de citer une courte partie d'une œuvre dans un but d'illustration, d'imiter une œuvre à des fins de parodie, pastiche ou caricature, de reproduire et représenter une œuvre à des fins d'information, à des fins d'archive par les bibliothèques, établissements d'enseignement ou musées, de représenter des œuvres et les adapter pour un public handicapé, ou encore d'invoquer l'exception pédagogique. La difficulté est donc importante, nous l'avons dit, pour concilier l'interdiction de contourner les MTP avec l'ensemble des exceptions aux droits d'auteur, adoptées par le législateur pour équilibrer les droits des créateurs et ceux des utilisateurs. Dans les faits, les MTP risquent donc de faire obstacle aux usages parfaitement normaux et légaux de reproduction et de représentation privées. Pour garantir les droits des utilisateurs, le Conseil constitutionnel va valider le concept d'interopérabilité pour lequel la loi DADVSI instaure un nouvel instrument de l'action publique sous la forme d'une autorité administrative indépendante : l'Autorité de Régulation des Mesures Techniques (ARMT). Cette autorité est chargée par la loi de veiller à ce que les MTP « n'aient pas pour conséquence, du fait de leur incompatibilité mutuelle ou de leur incapacité à interopérer, d'entraîner, dans l'utilisation d'une œuvre, des limitations supplémentaires et indépendantes de celles expressément décidées par le titulaire du droit d'auteur sur une œuvre » (art. L 331-6 du CPI). Un nouvel article, inséré dans le code de la propriété intellectuelle, stipule 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. Les fournisseurs de mesures techniques donnent l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité [...] 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 » (art. L. 331-5 du CPI). L'article L. 331, précise en outre que les mesures techniques peuvent limiter le nombre de copies mais aussi que les distributeurs de services de télévision ne peuvent recourir à ces mesures pour empêcher l'enregistrement à usage privé d'un programme télévisé.

Le régime des exceptions et les tensions entre ordre juridique et ordre technologique

En matière de gestion des illégalismes par l'État de droit, les MTP et leur processus automatique délégué au secteur privé conduisent à une dépolitisation de l'action publique, comme l'a souligné Olivier Borraz (2000: 37-60). La transposition de la directive européenne semble être une occasion paradoxale pour les pouvoirs publics de re-politiser le débat en forgeant un instrument dont la mission est de veiller au respect des exceptions au droit d'auteur et à l'interopérabilité des MTP avec pour objectif de réguler les risques de verrouillage. Malgré son rôle annoncé comme fondamental dans l'adaptation du droit d'auteur à l'ère numérique et ses importants pouvoirs d'injonction, l'ARMT ne sera jamais saisie et n'exercera aucune régulation dans les faits. Certes, sa création officielle le 6 avril 2007, à quelques jours de l'élection présidentielle, et la préparation d'une nouvelle phase d'envergure concernant la régulation des échanges de biens culturels sur internet, peuvent expliquer qu'elle soit morte-née. Malgré cet échec apparent, l'institution de l'ARMT aura permis d'affirmer deux principes fondamentaux pour la suite des événements vis à vis des autorités européennes et des industries culturelles : le principe d'interopérabilité et l'exception pour copie privée. Alors que, selon Renaud Donnedieu de Vabres, « la commission européenne pourrait en contester le principe », la loi DADVSI et son bras armé, l'ARMT, ont permis de re-politiser le débat et de réaffirmer le droit très important des utilisations légitimes face à un excès potentiel de la protection du droit d'auteur. Le consensus dégagé en 1985 par le législateur entre l'exception au droit d'auteur pour copie privée et l'établissement d'une redevance sur les supports de stockage (supports vierges et disques durs), contrarie les modèles économiques des géants de l'Internet commercial. De la même manière, la loi DADVSI, pourtant largement décriée, avait aussi pour objectif de réguler les situations de rente et l'organisation artificielle de la rareté des biens culturels à l'ère numérique en inscrivant dans la loi le principe d'interopérabilité. En effet, l'une des raisons du développement du téléchargement illégal a pour origine la réticence des producteurs et distributeurs à développer une offre légale massive en ligne en raison d'une évaluation très incertaine du risque encouru, au regard des modèles économiques passés, eux mêmes chancelants. Comme le précise solennellement le Ministre lors du discours d'installation de l'ARMT en avril 2007, « tout le monde reconnaît l'interopérabilité comme un facteur important de l'attractivité des nouvelles offres en ligne. L'Autorité

[l'ARMT] sera donc un élément clé pour renforcer cette attractivité. Ce mécanisme unifié permet à la fois la souplesse pour s'adapter aux évolutions technologiques rapides, l'égalité pour que la copie privée soit la même pour tous »⁶⁶.

Concrètement, l'ARMT, du fait de sa seule institution et de l'affirmation de l'exception de copie privée traduite par le concept « d'interopérabilité », oblige progressivement les distributeurs à revoir leur stratégie de conquête économique basée sur l'implémentation universelle de MTP appuyée sur un dispositif juridique lui-même universel garanti par les traités de l'OMPI et transposé dans les droits nationaux. Si la loi DADVSI punit bien, conformément à la directive européenne, le fait « de porter atteinte sciemment, à des fins autres que la recherche, à une mesure technique efficace [...] afin d'altérer la 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 », elle renforce et traduit par la notion technique juridiquement admise « d'interopérabilité » le principe d'exception au droit d'auteur.

La loi DADVSI tire néanmoins sa contradiction interne de la volonté de concilier deux mécanismes correcteurs jouant d'une part sur les équilibres du droit d'auteur, de l'autre sur les effets des MTP. L'instauration de l'ARMT veillant à l'effectivité des exceptions est, de l'avis général, la décision la plus cohérente prise par le législateur français. Ce dispositif original rend compte de la logique de l'article 6.4 de la directive européenne qui insiste sur la nécessité de la régulation privée. L'idée de placer un arbitre comme ultime recours pour régler les situations de blocage a sans doute joué en faveur de l'assouplissement de l'usage des MTP par les ayants droit. L'obligation d'inclure des mentions sur la mise en œuvre des MTP dans les contrats entre auteurs, artistes-interprètes et exploitants est aussi révélatrice de la manière dont les MTP deviennent un sujet central pour l'ensemble de la matière. Sur le plan de la régulation des MTP, la loi est en revanche plus confuse. Certains voyaient dans le projet de loi le risque « de faire de la loi sur le droit d'auteur, dont un objectif primordial est de promouvoir la diffusion de la culture, une loi générale de la sécurité informatique » (Dussolier 2000). La loi DADVSI suit en effet cette pente, le premier livre du Code de propriété intellectuelle fourmille de termes issus de la sécurité

⁶⁶Discours d'installation de l'Autorité de régulation des mesures techniques, vendredi 6 avril 2007, Renaud Donnedieu de Vabres.

informatique : interopérabilité, secrets industriels, codes sources, traces de l'œuvre... Certes, le législateur ne pouvait faire autrement que d'entrer dans les détails techniques face à l'inflexibilité de l'automatisme des MTP qui impose de ne pas en rester à des considérations générales. Mais bien des dispositifs créés par la loi DADVSI pouvaient être pris en charge par le droit de la consommation ou celui de la concurrence. C'est sans doute la réaffirmation répétée dans la loi de la nécessité de respecter les droits de propriété intellectuelle sur les MTP mêmes, qui confère une construction vertigineuse au texte (Latreille 2002: 38). La réception des MTP dans le champ de la propriété littéraire et artistique est ainsi loin d'être neutre par le jeu de miroir entre ordre technique et ordre juridique : « le droit protège l'œuvre, la technique assure l'effectivité du droit, le droit parfait l'herméticité de la protection technique, la technique modifie la physionomie du droit, et le droit, enfin, se réapproprie la mesure technique en tant qu'œuvre» (Maillard 2009).

Malgré ces nombreuses objections et difficultés, force est de constater que le droit a certes résisté face à une invasion de contrôle cybernétique *ex-ante* par la technique en lui imposant le concept central « d'exception » mais que les MTP ont, pour leur part, profondément affecté le droit d'auteur historique. Sur la forme, « l'office de la loi [qui] est de fixer par de grandes vues les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds » (Portalis 1801) mais la rigidité des mesures techniques et leur spécificité d'objets inédits pour le droit empêchent de légiférer par de grands principes. Sur le fond, ce sont les équilibres internes de la propriété littéraire et artistique qui sont ébranlés. La balance des intérêts se trouve sclérosée par la garantie du bénéfice des exceptions qui assure l'effectivité des droits exclusifs. Les MTP transforment aussi la matière du droit d'auteur en déplaçant les frontières de l'objet du droit vers ses outils de protection en y introduisant ainsi des « corps étrangers qui en dérangent l'orthodoxie» (Dussolier et Ker 2007). Elles arriment le droit d'auteur et sa matière à des logiques qui lui sont étrangères comme celles du droit de la concurrence, du droit de la consommation ou de la sécurité informatique.

À la fin de l'année 2006, les Majors se rendent à l'évidence : l'espoir de lutter rigoureusement contre le piratage par une solution technique, même protégée théoriquement par le droit, a vécu. L'appropriation des MTP et leur contournement par les utilisateurs a produit les effets classiques de *traduction* décrits par Michel Callon (1984: 183 et suiv.). Tout d'abord des effets d'agrégation d'acteurs hétérogènes (Majors,

distributeurs, éditeurs de logiciels, fabricants d'équipements et... pirates), une représentation spécifique et une problématisation de l'enjeu du piratage et enfin une réouverture continue de l'instrument à partir des modes d'appropriation (mobilisation, contournement, résistance...). Le 6 février 2007, Steve Jobs – Pdg d'*Apple* – publie une tribune sur la page d'accueil du site de la firme : *Thoughts on Music*⁶⁷. L'originalité de la méthode (les prises de parole de Steve Jobs étant toujours placées sous le sceau de la rareté, voire de l'oracle) et l'aura de son auteur vont impulser un changement définitif de l'écosystème numérique à propos des MTP. Jobs affirme solennellement que le principe des MTP et les problèmes d'interopérabilité qu'elles génèrent freinent le marché de la musique en ligne et provoquent le « jeu du chat et de la souris » entre industriels et usagers. Plus les MTP tentent de renforcer leur sécurité, plus les usagers cherchent à les contourner. Steve Jobs se retranche derrière les contrats de licence passés avec les Majors « qui contrôlent 70% de la distribution de musique » pour expliquer qu'il ne peut divulguer le fonctionnement de sa technologie de MTP *Fairplay*. La seule solution pour libérer le marché de la musique est donc de supprimer les MTP des catalogues des Majors. Joignant le geste à la parole, *Apple* et *EMI* annoncent deux mois plus tard la disponibilité du catalogue *EMI* sans MTP à une meilleure qualité de compression mais à un prix supérieur⁶⁸. Cette alliance et la position dominante d'*Apple* sur la distribution légale de musique en ligne ont tôt fait de contraindre les autres acteurs de se plier à cet état à fait accompli : *Universal* en août 2007, *Warner* en décembre et *Sony* en janvier 2008. Ces trois Majors tentent de résister cependant à *Apple* en ne distribuant aux États Unis leur catalogue sans MTP que sur des plates-formes concurrentes. Le retrait des MTP reste donc partiel pendant l'année 2008 et les problèmes d'interopérabilité ne changent pas fondamentalement pour les usagers. En conséquence, les échanges illicites ne faiblissent pas. L'abandon progressif des MTP produit par ailleurs d'autres effets très négatifs pour l'utilisateur, puisque la fermeture des serveurs qui administraient ces logiciels rend encore plus aléatoires les libéralités d'usage⁶⁹. Le 6 janvier 2009 marque le terme de l'aventure des MTP dans le secteur de la musique : *Apple*, après accord des cinq Majors, annonce la suppression totale des MTP sur

⁶⁷<http://www.apple.com/fr/hotnews/thoughtsonmusic/>

⁶⁸ 1,29\$ le titre au lieu de 0,99.

⁶⁹ Dans certains cas de figure, les consommateurs ne peuvent plus bénéficier des transferts (gravure et transfert sur terminal mobile) qui existaient au moment de l'achat. Comble du paradoxe, Sony qui abandonne sa filière verticale exclusive en août 2007, conseille de graver les titres anciens pour les sauvegarder en convertissant les fichiers achetés avec sa MTP au format Mp3, ce qui occasionne une perte de qualité audio. S'ensuivent des plaintes de consommateurs qui permettront le report de la fermeture des serveurs (*MSN Music, Walmart...*).

*l'itune Music Store*⁷⁰. Face à cette situation, les pratiques de téléchargement illicite et les infractions sont toujours aussi nombreuses et sans réelles solutions de masse. Après la promulgation de la loi DADVSI et la publication de ses décrets d'application, il semble évident que l'ouvrage doit être rapidement remis sur le métier pour étendre avec efficacité l'empire du droit sur les échanges illicites, notamment via les réseaux pair-à-pair.

Le prochain chapitre s'intéresse aux Sociétés de Perception et de Redistribution des Droits (SPRD) acteur essentiel de la définition de l'infraction « d'absence de sécurisation de l'accès aux services de communication au public en ligne ». Nous y examinons comment les SPRD, en tant que « public » selon la définition de John Dewey (2005), sont parvenues à prendre prise sur les échanges pair-à-pair illicites en obtenant un pouvoir d'enquête et d'administration de la preuve matérielle de l'infraction sur des réseaux et des biens culturels réputés « immatériels ».

Conclusion : Les MTP, instrument par destination de l'action publique

En s'intéressant à la fortune des Mesures Techniques de Protection entre le milieu des années 90 et le milieu des années 2000, ce chapitre a montré que les industries culturelles n'ont pas été surprises par les effets de la numérisation des contenus. On peut même dire qu'elles l'ont largement provoquée avec le CD dans les années 1980. Nous avons voulu décrire l'histoire contrariée du choix stratégique que les acteurs historiques de la filière ont opéré en privilégiant un mode de protection qui s'est avéré incapable de tenir fermé la clôture informationnelle établie autour des œuvres, une fois celles-ci libérées de leur inscription sur un support physique objet de transaction commerciale.

Ce chapitre a exploré la façon dont un ensemble de dispositifs techniques sous la forme de verrous logiciels a été privilégié par les titulaires des droits et les éditeurs dans la lutte contre le piratage et comment un dispositif de protection juridique y a été greffé au niveau international. Cette modalité de contrôle des illégalismes est à la fois ancienne (dès le début des années 80) et calquée sur les méthodes de

⁷⁰En établissant au passage une nouvelle politique de prix en abandonnant le prix unique de 0,99\$ au profit de trois niveaux 0,69\$, 0,99\$ et 1,29\$ « en fonction des charges imputées par les labels de musique à *Apple* ».

protection issues de la sécurité informatique et de l'industrie du logiciel. Nous avons pu constater que les tentatives antagonistes d'ouverture et de fermeture des barrières censées protéger les rentes tirées de l'exploitation des droits de propriété intellectuelle sur les œuvres, mettent en évidence le caractère éminemment matérialisé des échanges à l'ère numérique. L'examen de l'évolution du problème montre en effet que les ouvertures de la clôture autour des œuvres ont toujours été liées à une modification de l'environnement matériel des équipements. Ainsi, le passage d'appareils dédiés à la lecture des supports des œuvres vers l'ordinateur personnel équipé de série d'un graveur de CD, puis l'écoute de musique en situation de mobilité soulignent une modification profonde des usages et l'entrée brutale de l'utilisateur/amateur dans les processus d'innovation/consommation comme acteur à part entière capable d'agir par effet de *feedback* sur les choix en amont des industriels.

La représentation de l'utilisateur/amateur capable de décrypter et de se jouer des choix technologiques est un enseignement essentiel du rôle du public vis à vis des MTP. Nous avons montré à quel point les effets de sur-réservation produits par les MTP ont transformé l'utilisateur supposé passif en véritable ennemi d'un secteur industriel. Or, transformer un client en ennemi n'est jamais bon et le jeu du « chat et de la souris » qui s'est déroulé pendant une décennie a fini, malgré de brillantes victoires judiciaires y compris devant la Cour suprême américaine, par épuiser les stratégies des Majors de la musique et des géants de l'industrie informatique.

Ce chapitre a également montré le degré de sophistication des articulations entre des instruments d'action publique conduisant à des écheveaux de pouvoirs de plus en plus intriqués. Avec l'influence des lois américaines (*Copyright Act*, DMCA) sur un traité de l'OMPI, lui-même relayé par des accords de l'OMC et une directive de l'Union européenne, on assiste à une illustration des effets de la mondialisation sur l'État soumis à des processus de normalisations supra-étatiques. Mais nous avons aussi pu constater que l'État dispose de ressources pour, d'un même mouvement, transcrire dans son droit national ces contraintes extérieures et y apporter des limitations propres à travers le concept d'interopérabilité imposé aux industriels à travers une agence administrative. Dans ce cas comme dans d'autres, une re-politisation, provoquée par des décisions sciemment contradictoires des juges qui adressent ainsi un signal d'alarme au législateur, reste toujours possible.

Il faut aussi retenir de ce chapitre un cas intéressant d'essai par les pouvoirs publics (dans un contexte de dépolitisation et de forte incertitude) de délégation et de codage d'une prérogative publique – l'efficacité du respect d'un droit – par un dispositif logiciel et, plus largement, un exemple d'embarquement d'une règle de droit dans un dispositif logiciel. S'il est fréquent pour les pouvoirs publics de recourir à des standards et à la technicisation pour un nouvel enjeu encore mal catégorisé, nous avons pu montrer comment et pourquoi ce passage des opérations du droit dans de tels dispositifs n'est pas satisfaisant et finit par échouer : l'inflexibilité insufflée par la technologie à la matière du droit conduit à en contraindre l'exercice (Maillard 2009: 270). Aucun droit n'étant absolu et les externalités proliférant, l'encastrement avec un traitement automatisé ne permet pas de contrôler, loin s'en faut, les débordements, en particulier quand l'utilisateur/amateur est en mesure de décoder, de comprendre et de manipuler la dimension matérielle et discursive des dispositifs techniques censés encadrer les controverses.

Il reste que cette tentative de délégation du contrôle des illégalismes à des dispositifs automatisés a ébranlé les équilibres internes du droit d'auteur en déplaçant les frontières de l'objet du droit d'auteur vers ses outils de protection et les logiques propres du droit de la concurrence, de la consommation ou de la sécurité informatique. L'expérience des MTP appliquées à des œuvres sur le modèle du logiciel hybride la balance historique des intérêts entre auteur et public et déplace les débats et les mesures vers la garantie du bénéfice des exceptions. Exceptions susceptibles de devenir la règle.

Les travaux consacrés aux instruments de l'action publique s'accordent pour considérer que leur adoption s'effectue selon une rationalité limitée (Lascoumes et Simard 2011: 12). Les décideurs recherchent souvent une cohérence minimale ou l'affichage d'un changement et sont enclins à se tourner vers des solutions routinisées. À travers le mécanisme de transposition d'un traité international dans le droit européen puis français, la tentative d'inscription de l'efficacité des MTP dans le droit est une bonne illustration des transformations du rôle de l'État (Salamon et Elliott 2002), contraint de se redéfinir et de trouver des ressources – et des instruments comme l'ARMT – pour faire face à des évolutions issues du changement d'échelle territoriale, de la multiplication des interactions avec le marché et des formes de collaborations public/privé. Les instruments de gouvernement provoquent traditionnellement une dépolitisation de l'action publique par une invasion croissante de « pilotes invisibles », comme l'affirme

Dominique Lorrain (2004 : 163-197). Mais les effets d'opacité et le cadrage de la vision du droit par les MTP ont provoqué un sursaut de repolitisation du problème de la discipline des illégalismes provoqués par le piratage. Cette repolitisation à travers la loi DADVSI se heurte néanmoins à de multiples contre-courants : celui des industries musicales qui viennent d'abandonner la solution des MTP ; celui de l'injonction de transposer la directive européenne ; celui des usagers, discrètement stimulés par les Telecoms, qui craignent une répression accrue et celui des ayants droit impatientes.

Les dangers d'une analyse insuffisante des objets à réguler par le droit sont nombreux. Des conflits ont été entrecroisés entre la protection technique des droits et la protection juridique du droit à la copie privée. En cela, les MTP correspondent bien à la définition des instruments techniques de régulation de Georges Simondon (1958) comme dynamique souvent chaotique de mise en convergence d'informations, d'intégration de contraintes et d'arbitrage entre des voies de développement divergentes. Assurer la protection juridique des mesures techniques sans avoir pris le temps d'analyser ses effets a naturellement conduit à des débordements. Comme Alain Desrosières (2000) a pu le montrer pour la statistique publique, l'instrument technique crée des effets de vérité et d'interprétation du monde qui s'imposent aux acteurs et naturalisent les situations sociales. Les MTP ne sont donc pas des instruments techniques inertes et neutres mais elles produisent, nous l'avons vu, des effets indépendants des objectifs qui leur ont été assignés (Alleaume: 2012a). Le jeu de miroir vertigineux entre le partage des fichiers, la protection technique et le contournement technique de la protection technique, a conduit à la protection juridique de la protection technique qui protège finalement plus la technique que le droit à l'origine de cet enchaînement. L'intérêt de cet « échec » d'un texte de loi, qui fait glisser la nature du droit d'auteur personnaliste vers la sécurité informatique, réside dans la mise en évidence concrète des obstacles à l'encastrement de l'ordre technologique dans l'ordre juridique. Leur dissociation fondamentale provient du fait que ces deux ordres procèdent de logiques contradictoires : flexibilité du droit contre automatisme technique. Le souhait de déléguer à des dispositifs techniques autonomes le transcodage de la lutte contre la contrefaçon du monde analogique vers le monde numérique afin de rendre gouvernable différenciellement l'indiscipline et ces nouveaux illégalismes ne rencontre pas le succès escompté du fait des nombreuses résistances et débordements. La conception du rapport gouvernant/gouverné pour l'application du droit d'auteur et la discipline de la contrefaçon, instrumentée et rigidifiée par

l'automatisme cybernétique d'un logiciel, échouent à instaurer une flexibilité pourtant nécessaire à toute régulation.