

Opinion sur la consultation publique lancée par la Hadopi

Sur l'initiative de la consultation publique

Au début de l'année 2012, VideoLAN a saisi la Hadopi, dans le cadre de sa mission de régulation des mesures techniques de protection, sur la question 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 ?

Cette question est posée à la Hadopi en sa qualité d'autorité publique indépendante, dotée, par application des dispositions de l'article L.331-36 du Code de la propriété intellectuelle, du pouvoir de rendre un avis sur toute question relative à l'interopérabilité et donc d'interpréter les dispositions en la matière.

Le 6 février 2013, VideoLAN a appris que la Hadopi avait ouvert une consultation publique spécifiquement sur la question qui lui est posée et sur laquelle elle doit répondre depuis maintenant plus d'un an.

Il nous semble que cette consultation est un non-sens juridique.

En effet, si le gouvernement français ou la Commission européenne ouvrent régulièrement des consultations publiques, c'est dans le but d'élaborer des dispositions en prenant l'avis des parties prenantes, et en aucun cas pour interpréter le droit. Or, dans le cas de la Hadopi, elle sollicite ces mêmes acteurs pour interpréter les dispositions en la matière, ce qui est sa mission et ce qui ne devrait pas être fait par autrui.

Cette consultation est donc réalisée en méconnaissance des dispositions relative à la mission de régulation et de veille dans le domaine des mesures techniques de protection confiée à la Hadopi et pourrait être considéré comme un moyen supplémentaire pour celle-ci de retarder la publication d'une réponse claire et non-équivoque.

De plus, malgré la demande de la Hadopi, VideoLAN ne peut répondre officiellement à cette consultation publique, dans les modalités prescrites. En effet, l'association ne peut être à la fois demandeur à la saisine et consultant « disposant d'une expertise dans ce domaine ». Pourtant, nul doute que des acteurs qui ont des intérêts conséquents dans la question répondront aux questions posées par la Haute autorité.

En conséquence, par le document présent, nous entendons informer le plus grand nombre de son argumentation juridique relative à la notion d'information essentielle à l'interopérabilité.

Sur la notion d'information essentielle à l'interopérabilité

Par application de l'article L.331-5 alinéa 4 du Code de la propriété intellectuelle, disposant étrangement occultée dans la consultation publique de la Hadopi, « *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.* »

Afin de garantir cette « *mise en œuvre effective de l'interopérabilité* », ce même article pose l'obligation, pour les fournisseurs de mesures techniques, de donner l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité.

Ces informations essentielles à l'interopérabilité sont définies à l'article L.331-32, alinéa 2, du Code de propriété intellectuelle, 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 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* ».

L'article L.331-32, alinéa 2, du Code de la propriété intellectuelle se limite donc à énumérer la documentation technique et les interfaces de programmation comme informations essentielles à l'interopérabilité.

Toutefois, les documentations techniques et interfaces de programmation sont-elles les seules informations techniques dont ont besoin les éditeurs pour garantir l'interopérabilité de leurs logiciels avec une mesure technique de protection ?

Si tel n'est pas le cas, l'énumération de l'article L.331-32, alinéa 2, du Code de propriété intellectuelle serait alors incomplète et ne permet pas l'application de la disposition générale qu'est l'article L.331-5 alinéa 4 cité précédemment.

Or, il s'avère bien que les seules documentations techniques et interfaces de programmation sont insuffisantes pour permettre l'interopérabilité *effective* d'un logiciel et d'une mesure technique de protection. En effet, les 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 sera donc impossible et les dispositions de l'article L.331-5 alinéa 4 ne pourront être respectées.

A titre d'illustration, on pourrait dire que la mesure technique, avec sa documentation technique et ses interfaces de programmation, constituent 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 donc comme une serrure sans les clés, il manque un élément essentiel à l'accès.

Dès lors, 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 et contraire aux dispositions de l'article L.331-5 alinéa 4.

Il y a donc 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 garanti.

Or l'article L.331-5 alinéa 4 du Code de la propriété intellectuelle est la disposition générale en matière de mesures techniques de protection et l'application de l'article L.331-32 ne peut que permettre cette « *mise en œuvre effective* » de l'interopérabilité ce qui induit que, outre la documentation et les interfaces de programmation, les clés de déchiffrement doivent être qualifiées d' « informations essentielles à l'interopérabilité ».

En conséquence, et pour répondre à question que semble se poser la Hadopi sans trouver de réponse, certes les clefs de déchiffrement d'un contenu protégé et plus généralement les secrets nécessaires, ne sont ni de la documentation technique ni des interfaces de programmation, mais ils sont des informations essentielles à l'interopérabilité qui doivent être communiquées pour la « *mise en œuvre effective de l'interopérabilité* » de l'article L.331-5 alinéa 4 du Code de la propriété intellectuelle.

Jean-Baptiste Kempf, VideoLAN

*Analyse réalisée en collaboration avec Marie Duponchelle.
Thèse en cours de rédaction « Mesures techniques de protection et droits du consommateur », Université Paris 1 Panthéon- Sorbonne.*