

# Arrêt « Nintendo » : quelle protection pour les mesures techniques?<sup>1</sup>

Alexandre Cassart  
et Alexandre Cruquenaire<sup>(\*)</sup>

- Une mesure technique de protection couvrant l'ensemble des aspects d'un jeu vidéo — logiciel et éléments de narration — relève de la directive relative au droit d'auteur et non uniquement de la directive relative aux programmes d'ordinateurs
- La protection juridique des mesures techniques doit respecter le principe de proportionnalité et causer le moins d'interférence possible avec les activités licites de tiers

## Introduction

Dans le cadre d'une procédure opposant Nintendo à un producteur de dispositifs de contournement de mesures techniques de protection<sup>2</sup>, le tribunal de Milan a posé une question préjudicielle à la Cour de justice portant sur l'interprétation de l'article 6 de la directive relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (ci-après : la directive relative au droit d'auteur)<sup>3</sup>, qui prévoit la protection juridique des mesures techniques.

Trois enseignements peuvent être tirés de l'arrêt de la Cour de justice. Le premier porte sur l'application de la directive relative à la protection des programmes d'ordinateurs<sup>4</sup> aux jeux vidéo. Le second sur la qualification des mesures techniques effectivement déployées par Nintendo au regard de la définition contenue dans la directive relative au droit d'auteur. Le troisième, sans doute le plus important, sur la portée de la protection des mesures techniques efficaces.

## 1 L'application de la directive relative à la protection des programmes d'ordinateurs aux jeux vidéo

La directive 2009/24/CE est consacrée à la protection des programmes d'ordinateur par le droit d'auteur. En son article 7 relatif aux mesures spéciales de protection, elle impose aux États membres de prendre les mesures appropriées à l'encontre de quiconque met en circulation ou détient, à des fins commerciales, tout moyen ayant pour seul but de faciliter la suppression ou la neutralisation de tout dispositif technique éventuellement mis en place pour protéger un programme d'ordinateur contre un usage non autorisé par le titulaire des droits d'auteur.

La protection juridique de ces mesures techniques est par ailleurs consacrée, d'une manière plus large, par l'article 6 de la directive relative au droit d'auteur.

La détermination de la base juridique de protection des mesures techniques renvoyait donc la Cour au débat relatif à la qualification juridique du jeu vidéo en tant que programme d'ordinateur (relavant uniquement de la directive relative à la protection des programmes d'ordinateurs, *lex specialis* par rapport à la directive relative au droit d'auteur), ou en tant qu'œuvre complexe (protégée alors par la directive relative au droit d'auteur).

Cette question a été abordée succinctement par la Cour dans l'arrêt commenté<sup>5</sup>.

La Cour de justice a en effet jugé que la juridiction de renvoi avait déjà largement tranché ce point, en estimant que les jeux vidéo qui incorporent, outre un programme d'ordinateur, des éléments graphiques et sonores participant à l'originalité de l'œuvre, constituent des œuvres complexes protégées comme un ensemble.

Conformément à la position de l'avocat général exprimée dans ses conclusions<sup>6</sup>, la Cour a donc décidé, d'une part, qu'elle était tenue par la décision de la juridiction de renvoi limitant sa saisine, et, d'autre part, que le jugement de la juridiction italienne semblait, *prima facie*, conforme au droit de l'Union<sup>7</sup>.

## 2 La validation des mesures techniques utilisées par Nintendo par rapport à la notion de mesure technique efficace

D'un point de vue factuel, les mesures techniques de protection mises en place par Nintendo sont installées à la fois sur la console et sur le support contenant le jeu vidéo, œuvre protégée. La

(1) C.J., 23 janvier 2014, *Nintendo*, C-355/12, non encore publié au *Recueil*. (\*) Les auteurs sont respectivement : avocat au barreau de Liège et de Charleroi (Belgique); maître de conférence à l'Université de Namur ainsi qu'avocat au barreau de Namur (Belgique). (2) Ces mesures techniques avaient pour but, annoncé, de protéger les droits d'auteur des fabricants de consoles contre le piratage. (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, *J.O.* L 167 du 22 juin 2001, p. 10. (4) Directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, *J.O.* L 111 du 5 mai 2009, p. 16. (5) Pour une analyse plus approfondie de la question, voy. S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Bruxelles, Larcier, 2007, n<sup>os</sup> 64 et s., pp. 70 et s. (6) Conclusions de l'avocat général présentées le 19 mars 2013, C-355/12, point 33. (7) Arrêt *Nintendo*, points 21 à 23. La Cour de justice est, par ailleurs, saisie d'une question préjudicielle, toujours pendante, qui porte précisément sur l'applicabilité de la directive 2001/29/CE à des jeux vidéo : C.J., *Grund*, C-458/13, *J.O.* C 344/44.

# Commentaires

console de jeu reconnaît un code installé sur le support et autorise, sur cette base, l'utilisation de l'œuvre.

La Cour de justice a rapidement tranché la question de savoir si ce type de mesures relevait de la notion de « mesures techniques » au sens de l'article 6, § 3, de la directive relative au droit d'auteur. En effet, cette notion est définie largement, de manière à être technologiquement neutre et à ne pas être rendue obsolète par l'évolution de la technique.

La Cour de justice conclut donc logiquement que le type de mesures techniques de protection utilisé par Nintendo relève bien de la notion de « mesure technique »<sup>8</sup>.

## 3 Portée de la protection des mesures techniques efficaces et critères d'appréciation

La juridiction de renvoi interrogeait la Cour sur les critères qu'elle devait utiliser pour apprécier la portée de la protection des mesures techniques lorsque les dispositifs de contournement en cause pouvaient être utilisés à d'autres fins que la réalisation d'actes non autorisés par le titulaire des droits d'auteur.

Alors que, dans ses premières versions, l'article 6 du projet de directive relative au droit d'auteur protégeait les mesures techniques destinées à prévenir ou à empêcher la violation de tout droit d'auteur ou droit voisin, le libellé final de l'article 6, § 3, de la directive vise les actes non autorisés par les titulaires de droit<sup>9</sup>.

Du fait de ce libellé très large, les titulaires succombent souvent à la tentation<sup>10</sup> d'utiliser la technique pour brider leurs produits et empêcher très largement une série d'actes non couverts par leurs droits de propriété intellectuelle.

La Cour<sup>11</sup> adopte une position singulière sur ce point, puisqu'elle limite la protection juridique aux seules mesures techniques empêchant ou limitant les actes<sup>12</sup> pour lesquels l'autorisation du titulaire est exigée selon la législation relative au droit d'auteur et aux droits voisins<sup>13</sup>.

L'éclairage donné par l'arrêt commenté est à cet égard remarquable, car il va dans le sens d'un encadrement juridique des mesures techniques dans les limites des droits exclusifs reconnus par la loi. Si cette position paraît sage, elle n'est pas nécessairement évidente au regard de l'évolution du texte de la directive, lors des travaux préparatoires<sup>14</sup>.

Comme l'a judicieusement rappelé la Cour, la protection juridique accordée par l'article 6, § 2, de la directive doit respecter le principe de proportionnalité et ne peut interdire des dispositifs ou des activités dont le but ou l'utilisation n'est pas de faciliter la réalisation d'actes non autorisés<sup>15</sup>.

La Cour indique encore<sup>16</sup> que l'appréciation de l'étendue de la protection juridique des mesures techniques ne doit pas être effectuée en fonction de l'utilisation particulière des consoles telle que prévue par les titulaires, mais doit plutôt se faire au départ de l'analyse de l'utilisation des dispositifs de contournement, leur étendue, leur nature et leur importance.

Selon la Cour, il incombe à la juridiction nationale d'examiner si d'autres mesures auraient pu, tout en garantissant une protection comparable du titulaire de droits, causer moins d'interférences avec les activités légitimes des tiers<sup>17</sup>.

La Cour a proposé différents critères pouvant être pris en considération par la juridiction nationale, comme les coûts relatifs des différentes mesures techniques, les aspects techniques et pratiques de la mise en œuvre, la comparaison de l'efficacité des différentes mesures, tout en sachant que cette efficacité ne doit pas nécessairement être absolue<sup>18</sup>, au risque de n'accorder de protection qu'à des mesures techniques infaillibles n'ayant donc pas besoin de protection juridique. Selon la Cour, il appartient encore à la juridiction nationale d'examiner le but des dispositifs de contournement, la preuve de l'usage effectif — notamment sur la base de la fréquence d'actes contrevenants aux droits des titulaires par rapport à la fréquence des actes n'y portant pas atteinte — de ces dispositifs par les tiers étant particulièrement pertinente<sup>19</sup>.

## Conclusion

Pour la Cour, la protection juridique des mesures techniques doit être limitée aux dispositifs visant à limiter ou empêcher des actes couverts par les droits exclusifs de propriété intellectuelle. Cette protection doit en outre respecter le principe de proportionnalité et causer le moins d'interférence possible avec les activités licites de tiers, dont le but ou l'utilisation n'est pas de faciliter la réalisation d'actes non autorisés.

Les juridictions nationales devront, par conséquent, lors de l'appréciation de la portée de la protection juridique d'une mesure technique, ne pas tenir compte de l'utilisation particulière des consoles prévue par le titulaire des droits d'auteur, mais bien de l'utilisation effective des dispositifs de contournement, de leur étendue, de leur nature et leur importance.

(8) Arrêt *Nintendo*, points 24 à 28. (9) C. Colin, *Droit d'utilisation des œuvres*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 298-369. (10) C. Bernault, « La tentation d'une régulation technique du droit d'auteur », *R.L.D.I.*, avril 2006, n° 15, pp. 56-61. (11) Arrêt *Nintendo*, point 25. (12) « [...] la reproduction, la communication d'œuvres au public et la mise à la disposition du public de celles-ci, ainsi que la distribution de l'original ou de copies des œuvres [...] », arrêt *Nintendo*, point 25. (13) L'arrêt vise en effet « 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 » (arrêt *Nintendo*, point 24) et est plus explicite encore lorsqu'il ajoute que « la protection juridique visée à l'article 6 de ladite directive s'applique uniquement en vue de protéger ledit titulaire contre les actes pour lesquels son autorisation est exigée » (arrêt *Nintendo*, point 25). (14) À ce propos, voy. S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Bruxelles, Larcier, 2007, n°s 155 et s., pp. 130 et s., spécialement n° 158. (15) Arrêt *Nintendo*, point 30. (16) Arrêt *Nintendo*, point 34. (17) Arrêt *Nintendo*, point 32. (18) Voy. à cet égard, P. Sirinelli, « L'étendue de l'interdiction de contourner les mesures techniques protégeant l'accès aux œuvres et les droits des auteurs : exceptions et limitations - Rapport général », in *Régimes complémentaires et concurrentiels au droit d'auteur*, actes du congrès de l'A.L.A.I., 13-17 juin 2001, New York, ALAI-USA, Inc., 2002, p. 425. (19) Arrêt *Nintendo*, point 38.