

Analyses et positions EUCD.INFO sur le projet de loi
«Droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information»
(Texte n° 554 adopté par l'Assemblée nationale le 21 mars 2006)



3 avril 2006

sommaire

AVANT-PROPOS.....	2
Résumé de la position.....	4
Principes défendus.....	5
Résumé Article par Article.....	7
DÉVELOPPEMENT.....	11
Article 1er.....	12
Article 7.....	13
Article 8.....	19
Article 9.....	20
Article 12 bis.....	23
Article 13 et 14.....	26
Article 14 bis.....	28
Article 14 quater.....	29
ANNEXES.....	33
À propos d'EUCD.INFO.....	34
Le DADVSI en une page.....	36
Chronologie du DAVDSI	37
Lettre type EUCD.INFO.....	38

AVANT-PROPOS

Dans le débat sur l'adaptation du droit d'auteur à l'ère du numérique, l'initiative EUCD.INFO continue de croire que seuls le retrait du projet de loi de l'ordre du jour parlementaire, la création d'une mission d'information parlementaire, et l'organisation d'«Assises du numérique», ouvertes à toutes les parties concernées, permettront la rédaction d'un texte équilibré et réaliste, susceptible d'être adopté à l'unanimité comme le furent les deux précédents «grands textes» sur le droit d'auteur (1957 et 1985).

L'objectif n'est pas ici de refuser une réforme du droit d'auteur devenue nécessaire. L'objectif est de contribuer à la révision annoncée d'une directive mal rédigée, et de pallier à l'absence de concertation préalable à sa rédaction. Comme EUCD.INFO n'a cessé de le répéter depuis plus de trois ans, la directive 2001/29CE, que transpose le projet de loi DADVSI, doit être révisée tant elle va à l'encontre de ses objectifs, et ne répond qu'aux attentes d'une poignée d'industriels. Ce point de vue est désormais largement partagé, y compris à Bruxelles.

Tilman Lueder, chef de l'unité *Droit d'auteur et économie de la connaissance de la Commission européenne*, a déclaré il y a plus d'un an, lors d'une conférence à l'université de Fordham, que cette directive, notamment à cause de son article 5.2b), n'atteignait pas ses objectifs d'harmonisation et engendrait un «double paiement» pour le consommateur (conflit entre les redevances copie privée et les mesures techniques). Il a également évoqué le conflit avec la directive 91/250CE sur les programmes d'ordinateurs, source d'insécurité juridique pour les auteurs, éditeurs et distributeurs de logiciels, notamment de logiciel libres.

Plus récemment, le jour même du vote solennel du projet de loi français, lors d'une réunion de la TACD (*Trans Atlantic Consumer Dialogue*) à Bruxelles, M. Leonardo Cervera Nava, un autre fonctionnaire de l'unité *Droit d'auteur et économie de la connaissance*, a annoncé que la directive 2001/29CE allait être soumise à une étude d'impact approfondie. L'étude a été confiée au professeur de droit Bernt Hugenholtz, ancien membre de l'*Intellectual Property Task Force* de la Commission européenne.

La nomination du professeur Hugenholtz n'est pas anodine. Le professeur Hugenholtz a fait connaître à maintes reprises sa position critique à l'égard de la directive 2001/29CE. Il n'a pas hésité à écrire dès 2000, dans un texte intitulé «*Pourquoi la directive sur le droit d'auteur n'est pas importante, et sans doute invalide*» :

«La pression importante des industries du «copyright» pour que le travail soit achevé le plus rapidement possible, et en particulier des industries américaines, principaux détenteurs de droits dans le monde, n'a pas permis aux États membres et à leurs parlements, ni même au Parlement européen, de réfléchir de façon adéquate aux questions qui se posaient à eux (...) La seule sécurité juridique que produit l'élaboration de la loi dans ces conditions est un nouveau round de lobbying et de pressions au niveau national (...) Vu que la directive n'a que peu ou pas d'effets en matière de sécurité juridique ou d'harmonisation (ou en quoi que ce soit d'autre s'y rattachant), on a le devoir de s'interroger sur sa conformité avec le traité UE»¹

Il semble que les différents processus de transposition dans les États membres, et notamment celui actuellement en cours en France, aient donné raison au professeur Hugenholtz tant sur les questions d'influence que de sécurité juridique ou d'harmonisation.

Nombre de députés français déclarent n'avoir jamais vu un tel *lobbying* et un texte aussi imprévisible quant à ses effets. Quant à l'harmonisation du droit d'auteur en Europe, avec ou sans la transposition française, elle est à l'évidence inexistante. Le prix d'un même modèle de baladeur numérique peut varier de près de 200 euros d'un pays à un autre en fonction de l'assiette des redevances, et bien peu de citoyens européens seraient sans doute capables de dire aujourd'hui dans quel État membre il est légal de copier un DVD pour son usage privé, ou de le lire avec un logiciel libre.

Ceci étant, le gouvernement français, qui contrôle l'agenda parlementaire, souhaite toujours faire adopter le projet de loi DADVSI en urgence, au lieu d'attendre le rapport du professeur Hugenholtz. Il ne veut pas non plus prendre le temps d'une mission d'information parlementaire pour étudier les effets d'une transposition si tardive de la directive 2001/29CE et des traités internationaux de 1996 qu'elle reprend. Pourtant, dans plusieurs pays, des réflexions s'engagent pour limiter les effets négatifs des dispositions découlant de ces traités, et notamment de la protection juridique des *mesures techniques réputées efficaces*.

En Australie, après 7 ans de pratique, c'est ainsi plus de 30 propositions d'exceptions à l'interdiction de neutralisation des dispositifs de contrôle de copie qui ont été proposées dans un rapport publié il y a peu par la Commission des affaires juridiques et constitutionnelles du Parlement australien. Il s'agit de pouvoir neutraliser ces dispositifs pour, entre autres : éviter le verrouillage de marché, assurer l'interopérabilité, permettre la recherche, dont celle en cryptographie, protéger la vie privée, garantir l'archivage et la maîtrise des activités de l'Etat.

Aux États-Unis, pays initiateur des dispositions polémiques, qui a modifié son droit dès 1998, le Copyright Office a déjà ajouté près d'une dizaine d'exceptions à celles qui avaient été introduites dès l'origine (services de l'État, interopérabilité, vie privée, cryptologie, sécurité informatique, bibliothèques). Suite à l'affaire du root-kit Sony/XCP - mesure technique se comportant comme un logiciel espion et ayant affaibli la sécurité de millions d'ordinateurs personnels dans le monde, de plus en plus de voix s'élèvent pour demander l'interdiction pure et simple des dispositifs visant à contrôler à distance l'usage privé de contenus stockés sur un ordinateur personnel et à surveiller les utilisateurs.

Mais ni ces faits, ni la mobilisation citoyenne exceptionnelle qui a accompagné le débat à l'Assemblée nationale, pas plus que les appels à la raison de milliers d'ingénieurs, de chercheurs, d'entrepreneurs et d'enseignants en informatique n'ont modifié l'approche jusqu'au boutiste du gouvernement. Il semble que les pressions soient trop importantes. Apparemment, «*il faut finir le job*», en urgence, quoiqu'il en coûte au droit d'auteur français, aux artistes, au public, ou au pays en général.

Ce document contient donc les analyses et les demandes d'EUCD.INFO relatives au projet de loi sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information, adopté par l'Assemblée Nationale le 21 mars 2006 (TA 554). Il présente les positions d'EUCD.INFO sur les articles 1er, 7, 8, 9, 12 bis, 13, 14, 14 bis, et 14 quarter de ce texte. Il contient des annexes destinés à éclairer le lecteur sur l'initiative EUCD.INFO, leur projet de loi, et les enjeux sociaux, économiques et stratégiques afférents.

Résumé de la position

Principes défendus

Libertés publiques : si le droit d'auteur est un droit fondamental, le droit à la présomption d'innocence, le droit à la sûreté, au respect de la vie privée, à la protection des données personnelles, à la liberté d'expression, de pensée, d'opinion, le sont également ; il faut les prendre en compte ;

La technique ne doit pas pouvoir se substituer au juge et traiter le public comme un suspect permanent ; le projet de loi doit devenir lisible et clair quant à ses effets sur les droits et obligations de chacun ; il ne doit pas permettre à des industriels d'imposer au consommateur des modèles économiques reposant sur le contrôle de l'usage privé ou le filtrage de communications privées ;

L'indépendance vis à vis de l'évolution des techniques du droit à la copie privée, essentiel à la constitution d'un patrimoine culturel personnel, et le fait qu'il concerne tout type d'oeuvres ou d'objets protégés, doivent être réaffirmés ; l'exercice de la copie privée doit rester libre et non soumis à l'appréciation d'une juridiction administrative d'exception ;

Il convient de plus de ne pas sortir Internet du champ des sources possibles de la copie privée, sauf à prétendre vouloir transformer tous les internautes français en contrevenants à l'instant même de la promulgation du décret d'application ;

Concurrence / Recherche : l'environnement dans lequel évolue les entreprises françaises du secteur des technologies de l'information, de la communication et de la sécurité (TICS) est hautement concurrentiel ; les cycles d'innovation y sont courts ; l'insécurité juridique freine les initiatives ; c'est une arme de guerre économique redoutable surtout sur des marchés dominés par des acteurs puissants, rompus aux batailles judiciaires ; toute mesure législative concernant ce secteur doit être étudiée avec soin et prendre en compte ces considérations ;

La protection juridique des mesures techniques ne doit pas servir à figer des positions dominantes obtenues de façon abusive, ou à légitimer la rétention d'informations essentielles à l'interopérabilité ; la loi ne doit pas interdire la décompilation ou l'ingénierie inverse quand elles sont pratiquées à des fins d'interopérabilité ; la sécurité juridique sur le marché stratégique du logiciel doit être garantie par une loi prévisible ;

La protection juridique des mesures techniques ne doit pas être interprétée comme une protection par le secret sur des méthodes mathématiques ; elle ne doit pas pouvoir être utilisée pour limiter la liberté d'expression des chercheurs ou des experts en sécurité informatique comme cela s'est vu aux États-Unis dans le cadre de l'application du Digital Millenium Copyright Act, équivalent américain de la directive 2001/29CE que le projet de loi transpose ;

Logiciel libre : La transposition de la directive 2001/29CE ne doit pas conduire à exclure le Logiciel Libre des segments de marchés porteurs, comme celui des lecteurs multimédia, indispensable pour conquérir le poste client ;

La nature mixte (individus, associations, entreprises) des communautés produisant des logiciels libres, et le fait que la divulgation du code source est un élément fondamental du modèle de développement du Logiciel libre, doivent être prise en compte dans l'organisation de la circulation des informations essentielles à l'interopérabilité ; le Logiciel Libre est une chance que la France doit saisir pour assurer la sécurité de ses systèmes d'informations et son indépendance technologique ;

Dans sa partie consacrée au projet de directive sur les brevets logiciels, le dernier rapport de la Commission des Finances, de l'Économie générale et du Plan sur les outils de la politique industrielle ([2299](#)), adopté à l'unanimité, était particulièrement explicite quant à l'intérêt du logiciel libre pour la France et l'Europe :

L'industrie du logiciel et les flux financiers qu'elle draine, restent aux mains de quelques grands éditeurs, principalement américains. L'éclosion d'une industrie du logiciel libre permettrait à l'Europe de reprendre l'initiative en la matière, et de laisser mûrir un potentiel industriel, économique et social en pleine expansion. La maîtrise de l'information et des systèmes d'information est un enjeu essentiel. Les logiciels propriétaires, contrairement aux logiciels libres, ne permettent pas aux utilisateurs de maîtriser les outils informatiques. Ce défaut de maîtrise est évidemment critique dans certains secteurs sensibles...

Neutralité de la technique et responsabilité individuelle : les principes de neutralité de la technique et de responsabilité individuelle doivent être réaffirmés à l'occasion de cette loi, et non piétinés ;

On ne peut condamner l'inventeur d'une technique pour l'utilisation illicite qui peut en être faite. Ainsi, un fabricant d'outils contondants ne peut voir sa responsabilité engagée pour l'usage fait de ses produits. De là même façon, les éditeurs de logiciels communicants (serveurs web, serveurs mail, messageries instantanées, peer-to-peer...) ne peuvent être mis dans une situation d'insécurité juridique permanente et tenus pour responsables des actes illicites commis à l'aide de leur outil.

La responsabilité des échanges d'oeuvres sans autorisation relève des internautes qui les pratiquent, pas des fournisseurs des outils double usage qu'ils utilisent.

Résumé Article par Article

Article 1er

L'initiative EUCD.INFO sollicite l'introduction d'une exception pédagogique pour que, dans l'intérêt général, les enseignants puissent exercer librement leur métier en toute sécurité juridique. L'immense majorité des pays européens a retenu une telle exception.

Article 7

L'initiative EUCD.INFO sollicite la conservation en l'état de cet article qui a été adopté par les députés à l'unanimité en seconde délibération. Chaque alinéa de cet article est important et conditionne l'efficacité de l'ensemble. Pour l'initiative EUCD.INFO, il ne faudrait le modifier que d'une «main tremblante» tant son équilibre est fragile et a été difficile à obtenir.

Cet article a pour objectif de protéger les droits du public, notamment le droit de lire et le droit moral des auteurs. Certains de ses alinéa sont essentiels pour garantir la sécurité de développement du logiciel libre et l'émergence d'une réelle interopérabilité sur des marchés où la protection de la propriété intellectuelle est régulièrement utilisée pour tenter de justifier la rétention d'informations essentielles à l'interopérabilité, ou menacer les développeurs pratiquant l'ingénierie inverse à des fins d'interopérabilité.

Cet article donne un signal à clair aux éditeurs de logiciels propriétaires qui pensaient pouvoir utiliser la protection juridique des mesures techniques comme une arme de guerre économique. A l'inverse, il encourage les acteurs coopératifs dans leurs bonnes pratiques de standardisation. Bien appliqué, il contribuera à rétablir la concurrence sur les marchés concernés, la liberté de choix pour le consommateur, et la portabilité des contenus comme elle existait pour les CD avant le déploiement des dispositifs anti-copie.

La bascule vers des plateformes payantes des 11 millions d'internautes pratiquant l'échange d'oeuvres sans autorisation sur les réseaux P2P ne se fera vraisemblablement que si les offres commerciales permettent l'exercice de droits élémentaires, comme le droit de lire avec le lecteur de son choix.

Article 8

EUCD.INFO sollicite la reformulation de cet article de façon à garantir effectivement l'exception de copie privée à l'ère du numérique dont l'exercice doit rester libre car privé.

Proposition eucd.info

L'article 8 du projet de loi est remplacé par l'alinéa suivant :

«Le bénéfice de l'exception de copie privée s'entend sur tous supports, par tous moyens, pour tout type d'oeuvre ou d'objet protégé, et est indépendant de l'évolution des techniques.»

Article 9

EUCD.INFO sollicite la suppression de cet article qui crée une autorité administrative indépendante dotée d'un double pouvoir réglementaire et judiciaire.

Cette autorité administrative indépendante disposera de deux pouvoirs habituellement distincts et séparés dans notre République : le pouvoir réglementaire, composante essentielle du pouvoir exécutif en vertu de l'article 34 de la Constitution, et le pouvoir judiciaire. Il n'appartient pas à une juridiction d'exception de fixer les modalités d'exercice de l'exception de copie privée. C'est à la loi de *«garantir le droit essentiel de chacun à la copie privée»*.

Article 12 bis

EUCD.INFO sollicite la suppression de cet article dont la rédaction semble contraire aux obligations communautaires de la France et aux principes constitutionnels de prévisibilité et de nécessité du droit pénal.

Prohiber les logiciels manifestement destinés à la contrefaçon, comme le propose cet article, reviendrait à interdire sur le territoire français les couteaux manifestement destinés au meurtre. Le dernier alinéa qui exclut les logiciels destinés à la recherche, au travail collaboratif, et à l'échange de fichiers personnels, démontre d'ailleurs les limites du dispositif. Cela revient en fait à écrire dans la loi : *«les couteaux manifestement destinés au meurtre sont illégaux mais ceux qui servent à couper le pain, la viande et le poisson ne le sont pas»*. Et ceux destinés à couper le beurre ?

Un tel article est inacceptable tant il est source d'insécurité juridique d'autant plus que, sauf à filtrer l'internet aux frontières, son application sur le territoire français n'impacterait en rien l'utilisation de logiciels d'échanges par les internautes français qui se procureront des logiciels d'échanges très facilement via des serveurs étrangers.

Article 13 et 14

L'initiative EUCD.INFO sollicite la reformulation de ces articles pour que la neutralisation d'une mesure technique à des fins de protection de la vie privée soit explicitement autorisée. Elle sollicite également, à des fins de cohérence l'ajout de l'expression "de recherche" dans les alinéa concernés. Actuellement, et sans qu'il soit possible de comprendre pourquoi, seul le IV du L. 335-3-2 contient cette expression.

L'initiative EUCD.INFO sollicite par ailleurs la suppression de l'expression «dans les limites du présent code.» Il n'est pas possible de restreindre ainsi la capacité du juge à juger de la légalité d'une activité de sécurité informatique ou de recherche au regard du seul code de propriété intellectuelle. Ainsi les dispositions relatives à la fraude informatique dépendent du code pénal. Par ailleurs, cette expression d'affichage introduit une récursivité incongrue, source d'insécurité juridique.

Article 14 bis

EUCD.INFO sollicite la suppression de l'alinéa 1 de cet article qui rend illégal toute copie privée effectuée à partir d'un service en ligne. Cet alinea a le potentiel pour transformer en contrevenant tous les internautes français: le simple fait de copier/coller un article d'un site web dans un éditeur de texte pour son usage privé fait tomber sous le coup de cet alinéa tout comme le fait d'enregistrer une image en provenance d'internet sur son disque dur.

Cette disposition est par ailleurs totalement inapplicable sauf à faire intercepter et analyser les communications personnelles de tous les internautes français par les services de police, activité impraticable dans les faits et inconcevable dans un État démocratique comme le notre.

Article 14 quater

EUCD.INFO recommande la suppression de cet article. Il créé une responsabilité disproportionnée du fait d'autrui en rendant les éditeurs de logiciels d'échanges de fichiers numériques responsables des actes de leurs utilisateurs. Il est tout aussi inacceptable que l'article 12 bis, menace la compétitivité des entreprises françaises, va à l'encontre des obligations communautaires de la France, et portent clairement atteinte aux principes de neutralité de la technique et de responsabilité individuelle.

DÉVELOPPEMENT

Article 1er

Résumé de la position

L'initiative EUCD.INFO sollicite l'introduction d'une exception pédagogique pour que les enseignants puissent exercer librement leur métier en toute sécurité juridique. L'immense majorité des pays européens a retenu une telle exception.

Proposition EUCD.INFO

Au début de l'article 1er, insérer le paragraphe suivant :

I.-Le 2° de l'article L.122-5 du code de la propriété industrielle est complété par les mots :

«ainsi que les extraits d'œuvres littéraires ou autres et reproductions ou représentations d'œuvres graphiques ou plastiques, dans la mesure justifiée par leur utilisation comme objet d'étude, d'exemple ou d'illustration dans documents indispensables à l'enseignement et à la recherche scientifique, tels que résumés ou supports de cours, sujets d'examen ou de concours, mémoires et thèses, sous les conditions que les œuvres ainsi reproduites ou représentées en tout ou en partie n'aient pas été spécialement créées à destination des établissements d'enseignement et de recherche et que la mise à disposition des documents ne donne lieu à aucune exploitation commerciale.»

Article 7

Résumé de la position

L'initiative EUCD.INFO sollicite la conservation en l'état de cet article qui a été adopté par les députés à l'unanimité en seconde délibération. Chaque alinéa de cet article est important et conditionne l'efficacité de l'ensemble. Pour l'initiative EUCD.INFO, il ne faudrait le modifier que d'une «main tremblante» tant son équilibre est fragile et a été difficile à obtenir.

Cet article a pour objectif de protéger les droits du public, notamment le droit de lire et le droit moral des auteurs. Certains de ses alinéa sont essentiels pour garantir la sécurité de développement du logiciel libre et l'émergence d'une réelle interopérabilité sur des marchés où la protection de la propriété intellectuelle est régulièrement utilisée pour tenter de justifier la rétention d'informations essentielles à l'interopérabilité, ou menacer les développeurs pratiquant l'ingénierie inverse à des fins d'interopérabilité.

Cet article donne un signal à clair aux éditeurs de logiciels propriétaires qui pensaient pouvoir utiliser la protection juridique des mesures techniques comme une arme de guerre économique. A l'inverse, il encourage les acteurs coopératifs dans leurs bonnes pratiques de standardisation. Bien appliqué, il contribuera à rétablir la concurrence sur les marchés concernés, la liberté de choix pour le consommateur, et la portabilité des contenus comme elle existait pour les CD avant le déploiement des dispositifs anti-copie.

La bascule vers des plateformes payantes des 11 millions d'internautes pratiquant l'échange d'oeuvres sans autorisation sur les réseaux P2P ne se fera vraisemblablement que si les offres commerciales permettent l'exercice de droits élémentaires, comme le droit de lire avec le lecteur de son choix.

Citations extraites de l'explication de vote du 21 mars ayant précédé le vote solennel

M. Christian Vanneste (UMP, rapporteur pour l'Assemblée) :

«La recherche d'équilibre entre intérêts particuliers au profit de l'intérêt général, partagée je crois par tous les participants à nos nombreuses séances, nous a conduits à quelques rares moments d'unanimité : sur l'interopérabilité au cours de la seconde délibération de l'article 7, qui a permis de nous rassembler, (...) »

M. Jean Dionis du Séjour (UDF, rapporteur pour le groupe UDF)

«Saluons la transposition réussie de l'article 7, grâce à l'intervention de nombreux collègues. Le texte apporte de véritables avancées pour le logiciel libre et l'interopérabilité. Monsieur le ministre, nous vous confions la responsabilité de les défendre au Sénat, faute de quoi la CMP risque d'être compliquée.»

M. Dominique Richard (UMP, rapporteur pour le groupe UMP)

«Les entreprises françaises du logiciel libre, enfin, qui vont pouvoir développer leur inventivité en toute sécurité juridique, grâce notamment à l'article 7 voté à l'unanimité.»

M. Patrick Bloche (PS, rapporteur pour le groupe PS)

«Notre souci majeur d'encadrer strictement les mesures techniques de protection, dites DRM, n'a été partiellement satisfait qu'à l'ultime moment de notre discussion, lors d'une seconde délibération»

Analyse «alinéa par alinéa»

Alinéa 1, 2 et 3

Dans la section 2 du chapitre Ier du titre III du livre III du même code, il est inséré un article L. 331-5 ainsi rédigé :

« Art. L. 331-5. - Les mesures techniques efficaces destinées à empêcher ou limiter les utilisations non autorisées par le titulaire 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, sont protégées dans les conditions prévues au présent titre.

« On entend par mesure technique au sens de l'alinéa précédent, toute technologie, dispositif, composant, qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, accomplit la fonction prévue à l'alinéa précédent. Ces mesures techniques sont réputées efficaces lorsqu'une utilisation visée à l'alinéa précédent est contrôlée grâce à l'application d'un code d'accès, d'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.

Les alinea 1 et 2 introduisent la protection juridique des mesures techniques. L'alinéa 2 reprend la définition de «mesure technique» donnée par la directive 2001/29CE.

Alinéa 4

« Un protocole, un format, une méthode de cryptage, de brouillage ou de transformation ne constitue pas en tant que tel une mesure technique au sens du présent article.

Cet alinéa précise la définition de «mesure technique» donnée par la directive de façon à éviter la création d'une nouvelle forme de propriété intellectuelle.

Une personne physique ou morale ne doit donc pas pouvoir se prévaloir du régime de protection des mesures techniques sur un format, un protocole, ou une méthode de cryptage, de brouillage ou de transformation – pris en tant que tel. Si cela était possible, cette personne exercerait un contrôle sur l'ensemble des programmes informatiques les mettant en œuvre, contrôle comparable à celui qui aurait pu exister si le projet de directive européenne «*brevets logiciels*» avait été adopté.

Un tel privilège consenti aux fournisseurs de mesures techniques leur permettrait de menacer ou de poursuivre arbitrairement toute personne implémentant ces méthodes dans un logiciel tiers original sans autorisation, ainsi que toute personne démontrant son inefficacité ou l'exposant publiquement. Les chercheurs publiant une étude la concernant ou encore les auteurs de logiciels libres publiant un code source implémentant un des méthodes couvertes par la protection juridique seraient dans l'impossibilité de divulguer leurs travaux.

L'absence d'exclusion des méthodes intellectuelles utilisées par les fournisseurs de mesures techniques dans le Digital Millennium Copyright Act a conduit ou contribué à des menaces ou des poursuites de développeurs ayant mis en oeuvre l'interopérabilité (cas Skyliarov), de chercheurs en sécurité informatique (cas Felten et Ferguson), et de journalistes ayant parlé de leurs travaux (cas 2600). Il a fallu l'intervention de l'exécutif américain pour que cessent les menaces sur la communauté des chercheurs et des experts américains en sécurité informatique. Il faut noter que la connaissance des méthodes de chiffrement ne nuit nullement à leur efficacité contrairement à ce que certains industriels prétendent. Les algorithmes utilisées actuellement par les chercheurs en cryptologie, en watermarking ou en stéganographie sont publics, et les logiciels libres les utilisant sont réputés comme les plus sûrs.

Alinéa 5

« 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.

Cet alinéa indique – de façon explicite - que la revendication de la qualité de mesures techniques ne peut légitimer la rétention d'informations essentielles à l'interopérabilité (cas Apple/Virgin Mega). Cette activité anti-concurrentielle est actuellement couramment pratiquée par des fournisseurs de mesures techniques (cas Microsoft/Commission Européenne). Certains n'hésitent pas parallèlement à menacer les concurrents ayant utilisé l'exception de décompilation en arguant de la protection juridique des mesures techniques prévues à l'article 6 de la directive 2001/29CE que cet article transpose (cas d'Apple ayant menacé les développeurs du logiciel libre VLC, lecteur multimédia interopérable développé par des étudiants de l'École Centrale, extrêmement populaire notamment chez les utilisateurs d'ordinateurs Apple).

Alinéa 6

« On entend par informations essentielles à l'interopérabilité la documentation technique et les interfaces de programmation nécessaires pour obtenir 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, une copie d'une reproduction protégée par une mesure technique, et une copie des informations sous forme

électronique jointes à cette reproduction.

Cet alinéa définit ce que sont les informations essentielles à l'interopérabilité que les fournisseurs de mesures techniques vont devoir fournir. Il s'agit des interfaces de programmation et de la documentation technique nécessaires pour obtenir une copie de l'oeuvre et des informations légales afférentes à un standard ouvert.

Une interface de programmation définit la manière dont un composant informatique peut communiquer avec un autre. C'est une description de fonctions implémentées dans un programme informatique, fonctions pouvant être appelées par un programme tiers. Une interface en tant que telle est quelque chose d'abstrait, les composants réalisant celle-ci étant des **implémentations**. Ce sont ces implémentations – des logiciels - qui sont protégées par le droit d'auteur, pas les interfaces permettant d'interopérer.

Dans le cas typique d'une bibliothèque de fonctions DRM (qui est un logiciel ne disposant pas d'interface graphique), l'interface nécessaire à l'interopérabilité est une liste de fonctions implémentables dans d'autres programmes – comme des lecteurs multimédias. Ces fonctions permettent de récupérer une copie de l'oeuvre et la licence électronique afin de les interpréter et les représenter à l'utilisateur. Cette liste de fonctions se présente sous la forme d'un fichier compréhensible par un compilateur et utilisé par les programmeurs du logiciel de lecture interopérant (ie : s'interfaçant) avec la bibliothèque de fonctions DRM.

L'accès aux fonctions permettant de récupérer l'oeuvre et la licence électronique est **«essentiel»** car ces éléments sont indispensables pour que deux programmes informatiques indépendants communiquent de façon non ambiguë, sans perte, notamment des informations légales attachées à l'oeuvre. Les interfaces nécessaires à l'interopérabilité ne sont pas protégées par le droit d'auteur ou le droit des brevets, ni par le secret industriel. La meilleure preuve étant qu'on peut les rechercher en utilisant l'exception de décompilation et les diffuser quand cela est nécessaire à la mise en oeuvre de l'interopérabilité.

L'efficacité attendue de cette article en terme de développement d'une réelle interopérabilité sur le marché des contenus en ligne protégés repose par ailleurs sur **le renvoi, dans cet alinéa, à l'article 4 de la loi n° 2004-575** du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique qui définit ce qu'est «un standard ouvert».

Le renvoi à l'article 4 de la LCEN permet de répondre aux objectifs fixés par la Commission européenne lors de la revue de transposition de la directive 2001/29CE, ainsi qu'aux attentes de nombreux acteurs concernés par cette transposition (sociétés de gestion collective, éditeurs de services en ligne, auteurs de logiciels libres, associations de consommateurs, ...). Tous ont en effet exprimé le souhait que les fournisseurs de mesures techniques se mettent d'accord sur des **formats pivots** aux spécifications publiques et librement implémentables par tous (**“standards ouverts”**).

Alinéa 7

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.

Pour que le dynamisme de la communauté française du logiciel libre soit préservée, il convient de prendre en compte sa nature. Cette communauté est composée principalement de petites entreprises et d'auteurs bénévoles oeuvrant au sein d'associations de développeurs. Les entreprises coopèrent avec les bénévoles et chacun peut contribuer aux travaux de la communauté en fonction de compétences et moyens.

Ainsi, pour sa solution de télévision par ADSL, la société française Free utilise le logiciel VLC dont le développement est «géré» par une association d'élèves de l'École Centrale de Paris. Free héberge un miroir de ce projet et paye un développeur, ancien élève de Centrale, pour y contribuer. Elle fournit également de l'espace disque à la Fondation pour le Logiciel Libre, association à but non lucratif, qui développe, héberge et maintient elle même de nombreuses briques essentielles au fonctionnement des systèmes d'exploitation du noyau Linux. Ces systèmes sont utilisés à travers le monde par des millions de particuliers et d'organisations (entreprise, administrations, associations).

Les entreprises, mais aussi les auteurs bénévoles et les associations doivent donc pouvoir obtenir les informations essentielles à l'interopérabilité. Une juridiction ordinaire comme le tribunal de grande instance telle que retenue par l'Assemblée Nationale semble donc bien plus appropriée que le conseil de la concurrence, solution proposée à l'origine par le gouvernement.

Par ailleurs, les fournisseurs de mesures techniques ne doivent pas pouvoir exiger d'autre compensation financière que celle visant à couvrir les frais de mise à disposition de ces informations. Il n'y a pas lieu de négocier les informations essentielles à l'interopérabilité puisqu'elles sont essentielles pour respecter le droit d'auteur, et ne relèvent pas d'un droit de propriété intellectuelle.

Si le prix des informations essentielles à l'interopérabilité pouvait être fixé arbitrairement, un fournisseur de mesure technique pourrait faire payer une dîme aux auteurs de logiciels interopérant avec ses mesures techniques pour chaque copie de leur logiciel distribué, ou demander une somme qu'aucun petit éditeur ou auteur de logiciel indépendant ne pourra payer. Ce serait de plus totalement incompatible avec le modèle de développement distribué utilisé par les auteurs de logiciels libres.

Alinéa 8

« 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.

Cet alinéa rappelle que la protection juridique des mesures techniques ne peut empêcher les travaux d'ingénierie inverse nécessaire à la mise en oeuvre de l'interopérabilité. Il s'articule avec les dispositions prévues au IV des articles 13 et 14. C'est la voie de secours en cas où le fournisseur de mesures technique refuserait de communiquer les informations essentielles à l'interopérabilité, malgré les risques d'astreinte, tout comme le fait Microsoft avec la Commission Européenne depuis plusieurs années. Ce rappel est primordial dans la mesure où comme nous l'avons déjà signalé certains fournisseurs de mesures techniques menacent les développeurs qui se voient obliger de neutraliser des mesures techniques à des fins de recherche de l'interopérabilité.

Alinéa 9

« Les mesures techniques ne peuvent faire obstacle 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.

Cet alinéa protège le droit de lire du public et le droit moral des auteurs, notamment ceux autorisant la copie par tout moyen et qui aurait vu leur oeuvre protégé par une mesure technique à leur insu. Une mesure technique ne peut interdire que des actes relevant du monopole de l'auteur, et ne peut en aucun cas revenir sur les droits du public, qu'ils soient donc accordés par la loi ou concédés par l'auteur. La technique ne peut pas se substituer à la loi et à la volonté de l'auteur.

Alinéa 10

« Ces dispositions ne remettent pas en cause celles prévues aux articles 79-1 à 79-6 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

Cet alinéa a pour objectif d'indiquer au juge que la protection juridique des mesures techniques diffère de la protection des services à accès conditionnel comme Canal +.

Alinéa 11

« 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 ou d'un objet protégé. »

Cet alinéa est essentiel pour éviter l'insécurité juridique pour le logiciel libre. Il convient de le conserver sauf à vouloir laisser la possibilité au juge d'interpréter la protection juridique des mesures techniques comme une protection par le secret, antagoniste avec l'idée même de code source ouvert.

La seule obligation des États membres et des parties contractantes au traités OMPI est une protection juridique «appropriée». Une protection qui permettrait d'interdire la distribution d'un code source ouvert serait à l'évidence «inappropriée» puisqu'interdisant le Logiciel Libre.

Article 8

Résumé de la position

EUCD.INFO sollicite la reformulation de cet article de façon à garantir effectivement l'exception de copie privée à l'ère du numérique dont l'exercice doit rester libre car privé.

Proposition eucd.info

L'article 8 du projet de loi est remplacé par l'alinéa suivant :

«Le bénéfice de l'exception de copie privée s'entend sur tous supports, par tous moyens, pour tout type d'oeuvre ou d'objet protégé, et est indépendant de l'évolution des techniques.»

Article 9

Résumé de la position

EUCD.INFO sollicite la suppression de cet article qui crée une autorité administrative indépendante dotée d'un double pouvoir réglementaire et judiciaire. Cette autorité administrative indépendante disposera de deux pouvoirs habituellement distincts et séparés dans notre République : le pouvoir réglementaire, composante essentielle du pouvoir exécutif en vertu de l'article 34 de la Constitution, et le pouvoir judiciaire. Il n'appartient pas, de plus, à une juridiction d'exception de fixer les modalités d'exercice de l'exception de copie privée. C'est à la loi de «garantir le droit essentiel de chacun à la copie privée».

Analyse «alinéa par alinéa»

Alinéa 1

Dans le même code, sont insérés trois articles L. 331-7 à L. 331-9 ainsi rédigés : « Art. L. 331-7. - Il est créé un collège des médiateurs, chargé de réguler les mesures techniques de protection pour garantir le bénéfice de l'exception pour copie privée, ainsi que de l'exception en faveur des personnes affectées par un handicap.

Cet alinéa confie un véritable pouvoir réglementaire au collège des médiateurs, sur délégation du ministère de la culture.

Alinéa 2

« Tout différend portant sur le bénéfice des exceptions définies aux 2° et 7° de l'article L. 122-5 et aux 2° et 6° de l'article L. 211-3, qui implique une mesure technique mentionnée à l'article L. 331-5, est soumis à ce collège des médiateurs qui comprend trois personnalités qualifiées nommées par décret. Deux médiateurs sont choisis parmi des magistrats ou fonctionnaires appartenant, ou ayant appartenu, à un corps dont le statut garantit l'indépendance. Le troisième médiateur est proposé à la nomination par les deux premiers. Chacun des trois mandats est d'une durée de six ans non renouvelable.

L'alinéa 2 consacre le pouvoir judiciaire du collège des médiateurs, après l'article 1 qui lui confère le pouvoir réglementaire évoqué lors de l'examen de l'article 8. En effet, cette Autorité administrative Indépendante est la première à détenir deux pouvoirs habituellement distincts et séparés dans notre République : le pouvoir réglementaire, composante essentielle du pouvoir exécutif en vertu de l'article 34 de la Constitution, et le pouvoir judiciaire.

On peut très sérieusement se demander comment le collège des médiateurs parviendra à conserver toute sa légitimité quand on sait que cette institution sera chargée à la fois d'édicter les règles auxquelles les consommateurs devront se soumettre, mais aussi de trancher les différends entre ces derniers et les titulaires de droits lorsque ces règles, qu'elle a elle-même édictées, seront violées.

La commission des médiateurs devra par ailleurs partager avec le Commission Copie Privée ce pouvoir de régulation : il sera en pratique très difficile de séparer les attributions de chacune de ces institutions.

Enfin, la composition « collégiale » de cette institution est ici révélée : il s'agit de deux magistrats ou fonctionnaires nommés par le gouvernement, et qui nomment à leur tour un troisième médiateur, pour une période longue de 6 ans. On se rend vite compte qu'étant donné le nombre très restreint des membres de la commission des médiateurs, leur nomination directe par le gouvernement, et l'absence de mécanisme de responsabilité résultant d'un mandat de 6 ans non renouvelable, la prise de décision ne sera pas très collégiale.

Par conséquent, la création de cette nouvelle autorité indépendante, qui absorbera une part non négligeable des financements alloués au ministère de la Culture, sommes qui pourraient être dépensées en faveur des artistes et de la création artistique en général, est fortement déconseillée.

Alinéas 3 à 10

« Aucun des médiateurs ne peut délibérer dans une affaire impliquant une entreprise ou une société contrôlée, au sens de l'article L. 233-16 du code de commerce, par une entreprise dans laquelle lui-même, ou le cas échéant, une personne morale au sein de laquelle il a, au cours des trois années précédant la délibération, exercé des fonctions ou détenu un mandat.

« Le collège est saisi par toute personne bénéficiaire des exceptions mentionnées au premier alinéa ou par une personne morale agréée qui la représente.

« Il peut également émettre des recommandations soit d'office, soit sur saisine des personnes physiques ou morales visées à l'alinéa précédent.

« À compter de sa saisine, le collège des médiateurs dispose d'un délai de deux mois pour se prononcer. Le collège peut proroger ce délai dans la limite d'une durée de deux mois, s'il l'estime nécessaire.

« Art. L. 331-8. - Dans le respect des droits des parties, le collège des médiateurs favorise ou suscite une solution de conciliation. Lorsqu'il dresse un procès-verbal de conciliation, celui-ci a force exécutoire ; il fait l'objet d'un dépôt au greffe du tribunal d'instance.

« À défaut de conciliation, le collège des médiateurs prend une décision motivée de rejet de la demande ou émet une injonction prescrivant, au besoin sous astreinte, les mesures propres à assurer le bénéfice effectif de l'exception. L'astreinte prononcée par le collège est liquidée par ce dernier.

« Ces décisions, ainsi que le procès-verbal de conciliation, sont rendues publiques dans le respect des secrets protégés par la loi. Elles sont notifiées aux parties qui peuvent introduire un recours devant la cour d'appel de Paris. Le recours a un effet suspensif.

« Art. L. 331-9. - Un décret en Conseil d'État précise les conditions d'application des articles L. 331-7 et L. 331-8. »

Les derniers alinéas de l'article 9 organisent le fonctionnement et certains aspects de la commission des médiateurs. Ils confirment le double pouvoir réglementaire et judiciaire de l'institution, et lui reconnaissent même un troisième « pouvoir » : celui d'émettre d'office des recommandations (alinéa 5), au cas où les attributions déjà évoquées ne seraient pas suffisantes...

Article 12 bis

Résumé de la position

EUCD.INFO sollicite la suppression de cet article dont la rédaction semble contraire aux obligations communautaires de la France et aux principes constitutionnels de prévisibilité et de nécessité du droit pénal.

Prohiber les logiciels manifestement destinés à la contrefaçon, comme le propose cet article, reviendrait à interdire sur le territoire français les couteaux manifestement destinés au meurtre. Le dernier alinéa qui exclut les logiciels destinés à la recherche, au travail collaboratif, et à l'échange de fichiers personnels, démontre d'ailleurs les limites du dispositif. Cela revient en fait à écrire dans la loi : *«les couteaux manifestement destinés au meurtre sont illégaux mais ceux qui servent à couper le pain, la viande et le poisson ne le sont pas»*. Et ceux destinés à couper le beurre ?

Un tel article est inacceptable tant il est source d'insécurité juridique d'autant plus que, sauf à filtrer l'internet aux frontières, son application sur le territoire français n'impacterait en rien l'utilisation de logiciels d'échanges par les internautes français qui se procureront des logiciels d'échanges très facilement via des serveurs étrangers.

Texte et analyse de l'article

Après l'article L. 335-2 du même code, il est inséré un article L. 335-2-1 ainsi rédigé : « Art. L. 335-2-1. - Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 € d'amende, le fait :

« 1° D'éditer, de mettre à la disposition du public ou de communiquer au public, sciemment et sous quelque forme que ce soit, un dispositif manifestement destiné à la mise à disposition du public non autorisée d'œuvres ou d'objets protégés ;

« 2° D'inciter sciemment, y compris à travers une annonce publicitaire, à l'usage d'un logiciel mentionné au 1°.

« Ces dispositions ne sont pas applicables aux logiciels destinés au travail collaboratif, à la recherche ou à l'échange de fichiers ou d'objets non soumis à la rémunération du droit d'auteur. »

L'article 12 bis du projet de loi crée un nouvel article L.335-2-1 du Code de Propriété Intellectuelle instituant un délit passible d'une peine de 3 ans d'emprisonnement et de 300000 euros d'amende pour la mise à disposition du public d'un logiciel manifestement destiné à l'échange d'œuvres protégées sur Internet ainsi que pour le fait d'inciter à l'usage d'un tel logiciel.

a. Sur les conséquences sur les logiciels d'échanges

Cette disposition très critiquée est issue de l'amendement n° 150 de M. Mariani (UMP), aussi appelé « amendement Vivendi Universal », qui a été adopté à une majorité par scrutin public de 58 voix contre 16. Il vise en fait l'interdiction des logiciels d'échanges pair à pair ou « peer-to-peer », sans tenir compte des conséquences que cela aura sur la diffusion légale d'informations par ce procédé : la plupart des éditeurs ont en effet privilégié le système peer-to-peer pour les importants transferts de données : distributions linux, suites logicielles, et même...les mises à jour de *World Of Warcraft*, un jeu édité par *Vivendi Universal*...

L'article 12 bis pose de multiples problèmes liés notamment à la forte insécurité juridique que cela va entraîner en France du fait de l'absence de définition du terme « manifestement illicite » : en effet, l'objet d'Internet est l'échange de contenus, qu'ils soient protégés ou non. Par conséquent, tout outil peut être utilisé à des fins délictueuses, même un simple site Web servi par un logiciel comme Apache (70% des serveurs Web dans le monde). Il est donc impossible, en l'état actuel de l'article 12 bis, de prévoir ce qui pourra se passer dans le futur, et ce qu'il adviendra des différents logiciels permettant l'échange de contenus sur Internet. Il semble donc déraisonnable de confier au juge seul la faculté d'apprécier le caractère manifeste ou non de la mise à disposition non autorisée du public d'œuvres protégées.

b. Sur les aspects communautaires

L'article 12 bis pose des problèmes de conformité et de cohérence avec les droits nationaux des autres pays étrangers : la France est en effet le seul pays à condamner la technologie de système d'échange d'œuvres, en portant directement atteinte à l'innovation et à la création logicielle.

Il y a là une fausse interprétation de la directive communautaire sur le droit d'auteur : en effet, nulle part la directive n'indique qu'il faille prendre des sanctions pénales à l'encontre des « intermédiaires » utilisés par des tiers pour porter atteinte à des droits d'auteur. Tout au plus, la directive, dans son article 8.3, invite les États membres à permettre au juge civil de mettre fin aux atteintes délibérées aux droits d'auteur par voie d'ordonnance. Nous examinerons cette question lors de l'étude de l'article 14 quater.

La conséquence de cette répression est une distorsion de la concurrence sur le marché logiciel de l'Union Européenne, qui va mettre à mal l'offre française face à des concurrents plus compétitifs en raison d'une législation plus souple. Cette véritable entrave à la circulation des biens et services du secteur de l'informatique sur le marché communautaire va à l'encontre de la directive, dont l'enjeu, nous le rappelons est d'harmoniser le droit d'auteur en Europe de façon à ce qu'œuvres et logiciels circulent mieux.

Enfin, en ne s'appliquant qu'en France, ce dispositif pénalise fortement la création et l'innovation technologique française, qui devrONT composer avec une réglementation largement plus restrictive et répressive que dans les autres pays. Cela sans pour autant régler les problèmes affichés dans les objectifs de l'amendement, car les éditeurs de la plupart des logiciels visés résident hors de France !

c. Sur la difficulté d'identifier « l'éditeur »

Une autre difficulté doit aussi être soulevée : celle liée à la difficulté d'identifier l'éditeur d'un logiciel développé par une communauté d'utilisateurs, en « open source ». Il faut en effet rappeler que la sanction pénale est très élevée, puisqu'elle est de 3 ans de prison et de 300000 euros d'amende.

En l'absence d'un éditeur à proprement parler, comment appliquer ce régime répressif aux différents développeurs du logiciel ? Doit-on considérer tous les programmeurs ayant participé au projet comme co-auteurs, ou bien comme complices ? En l'absence de réponse du législateur à toutes ces questions, le délit semble très difficilement applicable.

d. Sur la constitutionnalité de l'article 12bis

L'article 12 bis du projet de loi semble donc être à la fois flou juridiquement, inopérant en pratique, et dangereux pour le milieu de la création logicielle en France. Compte tenu de ces éléments, on peut légitimement se demander si cet article est bien conforme au principe de nécessité de la loi pénale, énoncé à l'article 8 de la déclaration des droits de l'homme, et qui a valeur constitutionnelle :

La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée. Le principe est appliqué de façon d'autant plus stricte que la sanction est élevée, ce qui est le cas présent.

Article 13 et 14

Résumé de la position

L'initiative EUCD.INFO sollicite la reformulation de ces articles pour que la neutralisation d'une mesure technique à des fins de protection de la vie privée soit explicitement autorisée. Elle sollicite également, à des fins de cohérence l'ajout de l'expression "de recherche" dans les alinéa concernés. Actuellement, et sans qu'il soit possible de comprendre pourquoi, seul le IV du L. 335-3-2 contient cette expression.

L'initiative EUCD.INFO sollicite par ailleurs la suppression de l'expression «dans les limites du présent code.» Il n'est pas possible de restreindre ainsi la capacité du juge à juger de la légalité d'une activité de sécurité informatique ou de recherche au regard du seul code de propriété intellectuelle. Ainsi les dispositions relatives à la fraude informatique dépendent du code pénal !!! Par ailleurs, cette expression d'affichage introduit une récursivité incongrue, source d'insécurité juridique.

Proposition

ARTICLE 13

Rédigé le III de l'article L. 335-3-1 comme suit

« III. - Ces dispositions ne sont pas applicables aux actes réalisés à des fins d'interopérabilité, [de recherche], [de protection de la vie privée] ou de sécurité informatique, ~~dans les limites des droits prévus par le présent code~~ [éventuellement à des fins d'affichage, mais superfétatoire : dans les limites prévues par la loi].

Rédigé le IV de l'article L. 335-3-2 comme suit

« IV. - Ces dispositions ne sont pas applicables aux actes réalisés à des fins d'interopérabilité, de recherche, [de protection de la vie privée] ou de sécurité informatique, ~~dans les limites des droits prévus par le présent code~~ [éventuellement à des fins d'affichage, mais superfétatoire : dans les limites prévues par la loi].

ARTICLE 14

Rédigé le III de l'article L. 335-4-1 comme suit

« III. - Ces dispositions ne sont pas applicables aux actes réalisés à des fins d'interopérabilité, [de recherche], [de protection de la vie privée] ou de sécurité informatique, ~~dans les limites des droits~~

~~prévus par le présent code~~ [éventuellement à des fins d'affichage, mais superfétatoire : dans les limites prévues par la loi].

Rédigé le IV de l'article L. 335-4-2 comme suit

« IV. - Ces dispositions ne sont pas applicables aux actes réalisés à des fins d'interopérabilité, [de recherche], [de protection de la vie privée] ou de sécurité informatique, ~~dans les limites des droits prévus par le présent code~~ [éventuellement à des fins d'affichage, mais superfétatoire : dans les limites prévues par la loi]. »

Article 14 bis

Résumé de la position

EUCD.INFO sollicite la suppression de l'alinéa 1 de cet article qui rend illégal toute copie privée effectuée à partir d'un service en ligne. cet alinea a le potentiel pour transformer en contrevenant tous les internautes français: le simple fait de copier/coller un article d'un site web dans un éditeur de texte pour son usage privé fait tomber sous le coup de cet alinéa tout comme le fait d'enregistrer une image en provenance d'internet sur son disque dur.

Cette disposition est par ailleurs totalement inapplicable sauf à faire intercepter et analyser les communications personnelles de tous les internautes français par les services de police, activité impraticable dans les faits et inconcevable dans un État démocratique comme le notre.

Texte de l'article

L'article L. 335-5 du même code devient l'article L. 335-5-1 et l'article L. 335-5 est ainsi rétabli :

« Art. L. 335-5. - Les dispositions du présent chapitre ne sont pas applicables à la reproduction non autorisée, à des fins personnelles, d'une œuvre, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme mis à disposition au moyen d'un service de communication au public en ligne.

« Elles ne s'appliquent pas non plus à la communication au public, à des fins non commerciales, d'une œuvre, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme au moyen d'un service de communication au public en ligne, lorsqu'elle résulte automatiquement et à titre accessoire de leur reproduction dans les conditions visées au premier alinéa.

« Les actes visés aux deux alinéas précédents constituent des contraventions prévues et réprimées par décret en Conseil d'État.

Article 14 quater

Résumé de la position

EUCD.INFO recommande la suppression de cet article. Il crée une responsabilité disproportionnée du fait d'autrui en rendant les éditeurs de logiciels d'échanges de fichiers numériques responsables des actes de leurs utilisateurs. Il est tout aussi inacceptable que l'article 12 bis, menace la compétitivité des entreprises françaises, va à l'encontre des obligations communautaires de la France, et porte clairement atteinte aux principes de neutralité de la technique et de responsabilité individuelle.

Texte et analyse de l'article

Après l'article L. 335-10 du même code, il est inséré un chapitre VI ainsi rédigé : « Chapitre VI - Prévention de la contrefaçon dans le domaine des communications électroniques

« Art. L. 336-1. - Lorsqu'un logiciel est manifestement utilisé à une échelle commerciale sous quelque forme que ce soit, pour la mise à disposition ou l'acquisition illicite d'œuvres ou d'objets protégés par un droit de propriété littéraire et artistique, le président du tribunal de grande instance, statuant en référé, peut ordonner sous astreinte toute mesure nécessaire à la protection desdits droits et conformes à l'état de l'art.

« Il peut notamment enjoindre à l'éditeur du logiciel de prendre toute mesure pour en empêcher ou limiter l'usage illicite autant qu'il est possible. Ces mesures ne peuvent toutefois avoir pour effet de dénaturer ni les caractéristiques essentielles ni la destination initiale du logiciel.

« L'article L. 332-4 est applicable aux logiciels mentionnés au présent article. »

La répression pénale organisée par l'article 12 bis du projet de loi se voit doublée d'une répression civile par le biais d'une construction juridique originale. Une commission spécialisée du Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et artistique (CSPLA), présidée par M. Sirinelli, est à l'origine de cette solution.

a. Sur les fondements juridiques de l'article 14 quater

Il est ainsi proposé de réprimer toute négligence fautive de l'éditeur, qui consiste à ne pas accomplir toutes les diligences utiles contre l'usage massif d'un logiciel, destiné à un usage licite, aux fins d'échanges illicites d'œuvres protégées par un droit d'auteur. Les rédacteurs de l'« amendement Vivendi », à l'origine de ce texte, puisque c'est ainsi qu'on le nomme, font donc reposer sur l'éditeur de logiciels une obligation de moyens inédite. Si celle-ci n'est pas respectée par l'éditeur, sa responsabilité pourrait être engagée au titre de la responsabilité civile délictuelle prévue par l'article 1147 du code

civil, la négligence fautive constituant un « quasi-délit ».

Art.1147 du Code Civil : Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.

Si l'obligation de moyens du médecin sur ses patients ne fait pas de doute, celle de l'éditeur vis à vis de l'usage qui peut être fait de ses œuvres est pour le moins osée, et on ne trouve nulle trace de cette construction en jurisprudence. En effet, comment l'éditeur d'un logiciel peut-il s'assurer que son œuvre ne sera pas utilisée illégalement ? La tâche est d'autant plus délicate et complexe lorsqu'il s'agit de logiciels communicants, et donc destinés naturellement à échanger des contenus.

b. Sur la conformité du droit positif à la directive et sur l'inutilité de l'article 14 quarter

Le fondement juridique invoqué par les auteurs de cet article réside dans le considérant 59 de la directive et dans son article 8.3 :

Les États membres veillent à ce que les titulaires de droits puissent demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin.

Selon les auteurs du texte, il semblerait que les titulaires de droits ne peuvent pas, aujourd'hui, demander en référé au juge civil de mettre fin à certains agissements portant atteinte à un droit d'auteur, ce qui justifierait la création d'un nouveau chapitre dans le Code de Propriété Intellectuelle consacré à lui seul aux aspects civils de la responsabilité des éditeurs de logiciels. Ce n'est absolument pas le cas. En effet, cette possibilité est déjà prévue par les articles 808 et 809 du Nouveau Code de Procédure Civile :

Art.808 : Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend.

Art. 809 : Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire.

L'article 809 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure Civile garantit déjà de manière largement suffisante au sens de l'article 8.3 de la directive la possibilité pour un titulaire de droit de demander une ordonnance sur requête à l'encontre des éditeurs de logiciels pour prévenir un dommage imminent ou faire cesser un trouble manifestement illicite.

La jurisprudence indique par ailleurs que cet article permet déjà d'empêcher la diffusion d'un programme informatique par son éditeur en cas de trouble manifeste caractérisé (Cour d'Appel de Versailles, 8 mars 1996, *Gaz Pal 4 mai 1996 concl. Duplat*), et ce notamment lorsque la mise à disposition est effectuée par le biais d'Internet (ordonnance du TGI de Paris du 5 mai 1997, préc n°28, sur l'affaire des œuvres de Raymond Queneau mises en ligne sur Internet sans l'accord des titulaires de droits)

Il ne semble donc pas utile de légiférer de manière si ambiguë, en se basant sur des constructions juridiques inédites et douteuses, et en mettant en péril la création logicielle, l'innovation technologique, et la compétitivité des entreprises françaises, dès lors que le droit français est déjà conforme à l'article 8.3 de la directive.

c. Sur l'inefficacité du critère de l'échelle commerciale

En outre, que faut-il comprendre par « échelle commerciale » ? S'il ne fait pas de doute qu'il s'agit là d'un critère cumulatif, ajouté par M. le député Wauquiez (UMP) pour sauver la partie civile de l'amendement « Vivendi Universal », pourrait-on considérer, de façon analogue aux interprétations faites de la directive communautaire du 24 octobre 1995 sur la protection des données personnelles qu'une simple bannière publicitaire suffirait à caractériser ce critère de l'échelle commerciale de l'article 14 quater ? Pourtant, souvent ces bannières ne permettent même pas à l'éditeur du logiciel de couvrir ses dépenses liées à l'hébergement du site Internet mettant à disposition le logiciel.

Sans précision, l'atteinte à l'échelle commerciale pourrait être caractérisée dès lors que peut être constaté un « manque à gagner » pour les titulaires de droits, et ce même si la mise à disposition du logiciel est effectuée sans aucun but lucratif. Cette expression est tirée directement de l'article 61 des accords sur l'ADPIC de l'OMC. Ce qui revient à pouvoir incriminer à peu près tout type de logiciel d'échanges sur Internet, surtout si la plaidoirie en défense n'est pas à la hauteur de celle des demandeurs. C'est prévisible dans ces affaires civiles compte tenu du déséquilibre financier qu'il y aura entre les deux parties (une ou plusieurs multinationales contre un groupe de personnes privées), déséquilibre qu'il est nécessaire de prendre en compte.

Par conséquent, ce critère nous semble inopérant, et bien incapable de limiter les abus redoutés par la commission des lois de l'Assemblée Nationale elle-même avant le dépôt du sous-amendement de M. Wauquiez.

Nos voisins européens ne s'y sont d'ailleurs pas trompés, puisque aucune loi de transposition des autres états membres n'a repris l'article 8.3 de la directive. En effet, le mécanisme d'ordonnance sur référé existait déjà dans le droit positif des autres états membres, de façon analogue à la France. Là encore, la volonté affichée par le gouvernement de se différencier des autres états en dépassant le cadre de la directive va à l'encontre des tentatives d'harmonisation du droit d'auteur dans l'Union Européenne.

C'est donc à l'éditeur de logiciels que doit revenir le choix d'inclure ou non des mesures techniques de protection permettant l'échange d'œuvres protégées, avec les risques que l'on sait sur la vie privée des individus, et non au législateur de le faire à sa place. Si les mesures techniques de protection rencontrent un succès et sont adoptées par le public, les logiciels d'échanges adopteront naturellement ces systèmes de protection.

Pour conclure, rappelons le fondement de la responsabilité civile : *« replacer, dans la mesure du possible et notamment par l'allocation d'une indemnité, la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit ».*

Premièrement, les analyses économiques démontrent (voir notamment les travaux de M. Fabrice Rochelandet, maître de conférences en Économie à l'université Paris 11) que l'échange de fichiers sur Internet ne nuit pas aux intérêts financiers des titulaires de droits.

Ensuite, à présumer que de tels outils causeraient un préjudice réel à ces titulaires de droits en raison de l'utilisation illicite qui en est faite par certains usagers, comment imaginer que l'éditeur de logiciels d'échanges de contenus pourrait indemniser la perte subie par les ayants droits s'il ne tire lui-même aucun profit de son œuvre logicielle, ce qui est très majoritairement le cas de ces systèmes d'échange « ouverts » ?

ANNEXES

Annexe 1 – À propos d'EUCD.INFO

Interventions de Christophe Espern, membre fondateur d'EUCD.INFO – Extraits de «Droit d'auteur à l'heure d'Internet - Quelles réponses législatives apporter au téléchargement illégal de musique et de cinéma ? - Compte rendu de la table ronde organisée par la commission des Affaires culturelles du Sénat le 1er février 2006».

Je vais rapidement rappeler ce qu'est EUCD Info. Il s'agit d'une initiative citoyenne, lancée par la branche française de la Fondation pour le Logiciel Libre. Celle-ci est tombée sur un avant-projet de loi qui avait filtré du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique à la fin de l'année 2002. A sa lecture, elle s'est rendu compte qu'au-delà des problèmes majeurs rencontrés par les auteurs et les utilisateurs de Logiciel Libre, un questionnement était lancé sur l'avenir du droit d'auteur à l'ère du numérique. Comme nous sommes essentiellement des techniciens, nous nous sommes dit que nous pourrions donner notre point de vue sur cet aspect précis et sur ce qui était proposé au travers du projet de loi.

La Fondation pour le Logiciel Libre existe depuis 1984. Elle a pour objectif de promouvoir le Logiciel Libre à travers le monde. Elle produit donc du Logiciel Libre et représente les auteurs qui lui ont donné mandat pour le faire. A ce titre, je suis heureux que la différence entre le droit d'auteur et les droits voisins soit rappelée. Les auteurs de logiciel, qui ne sont pas salariés, disposent d'un droit d'auteur au sens le plus littéral du terme. Nous défendons donc également la vision de ces auteurs qui ont décidé de partager leurs oeuvres.

En effet, un Logiciel Libre est un logiciel que vous pouvez redistribuer, copier, utiliser et modifier car l'auteur vous en a concédé les droits au travers d'une licence éditée par la Fondation pour le Logiciel Libre. Cette licence permet de créer, de manière parfaitement légale, un fonds commun partagé auquel chacun pourra ajouter et duquel nul ne pourra retrancher. Un bien commun de l'humanité est ainsi créé. Ceci s'illustre, par exemple, par le projet GNU, lancé par le président de la Fondation pour le Logiciel Libre et aujourd'hui classé Trésor du Monde par l'Unesco. C'est effectivement un moyen de diffuser le savoir informatique, qui n'est, en fait, qu'une mise en oeuvre de mathématiques.

L'idéal philosophique promu par la Fondation pour le Logiciel Libre utilise le droit d'auteur d'une certaine façon, qui n'est pas celle utilisée habituellement en matière de logiciel. En effet, l'utilisation est libre et, au-delà, la copie, la reproduction et la modification. La Fondation pour le Logiciel Libre produit également du code, au travers du projet GNU, et cherche à sécuriser juridiquement les auteurs et les utilisateurs de Logiciel Libre, par exemple par la licence GNU GPL. Celle-ci protège, d'ailleurs, le noyau Linux qui est très connu et utilisé par des dizaines de millions de personnes, d'organisations et d'Etats à travers le monde. Elle permet une sécurisation par rapport aux avancées législatives qui pourraient impacter ce modèle de développement.

Pourquoi avons-nous créé EUCD.INFO ? Nous pensons que les droits d'auteur reposent sur un équilibre entre les droits moraux et patrimoniaux des auteurs et le droit du public. En droit français, des exceptions sont inscrites, dans le droit de la propriété intellectuelle, à l'article L. 122-5.

Nous estimons que ces exceptions, telles qu'elles sont actuellement rédigées, participent à la protection des libertés individuelles et des droits fondamentaux des internautes. Nous évoquions précédemment le pastiche ou la parodie. La liberté de pensée et d'opinion permet de réutiliser des parties d'oeuvres pour les caricaturer.

Nous pouvons également penser à la courte citation ou à l'analyse critique. Enfin, il y a l'exception de copie privée. Nous en débattons beaucoup et, dans ce cadre, il faut distinguer la lutte contre la contrefaçon, qui constitue la mise à disposition publique d'oeuvres sans autorisation, et la copie privée, qui représente une exception échappant au monopole. A partir du moment où nous nous situons dans la sphère privée, le monopole exclusif et opposable à tous d'autoriser ou d'interdire n'existe pas. L'utilisateur doit donc pouvoir copier une oeuvre qu'il a obtenue. Mais, nous évoquerons certainement la copie privée ultérieurement.

Par ailleurs, pour contrôler une oeuvre dans la sphère privée, il faut mettre en oeuvre des moyens techniques qui peuvent être particulièrement intrusifs. Par exemple, aux Etats-Unis, les mesures techniques de protection des droits d'auteur sont elles-mêmes protégées juridiquement car elles sont insuffisamment efficaces. Le dispositif ne fonctionne donc pas.

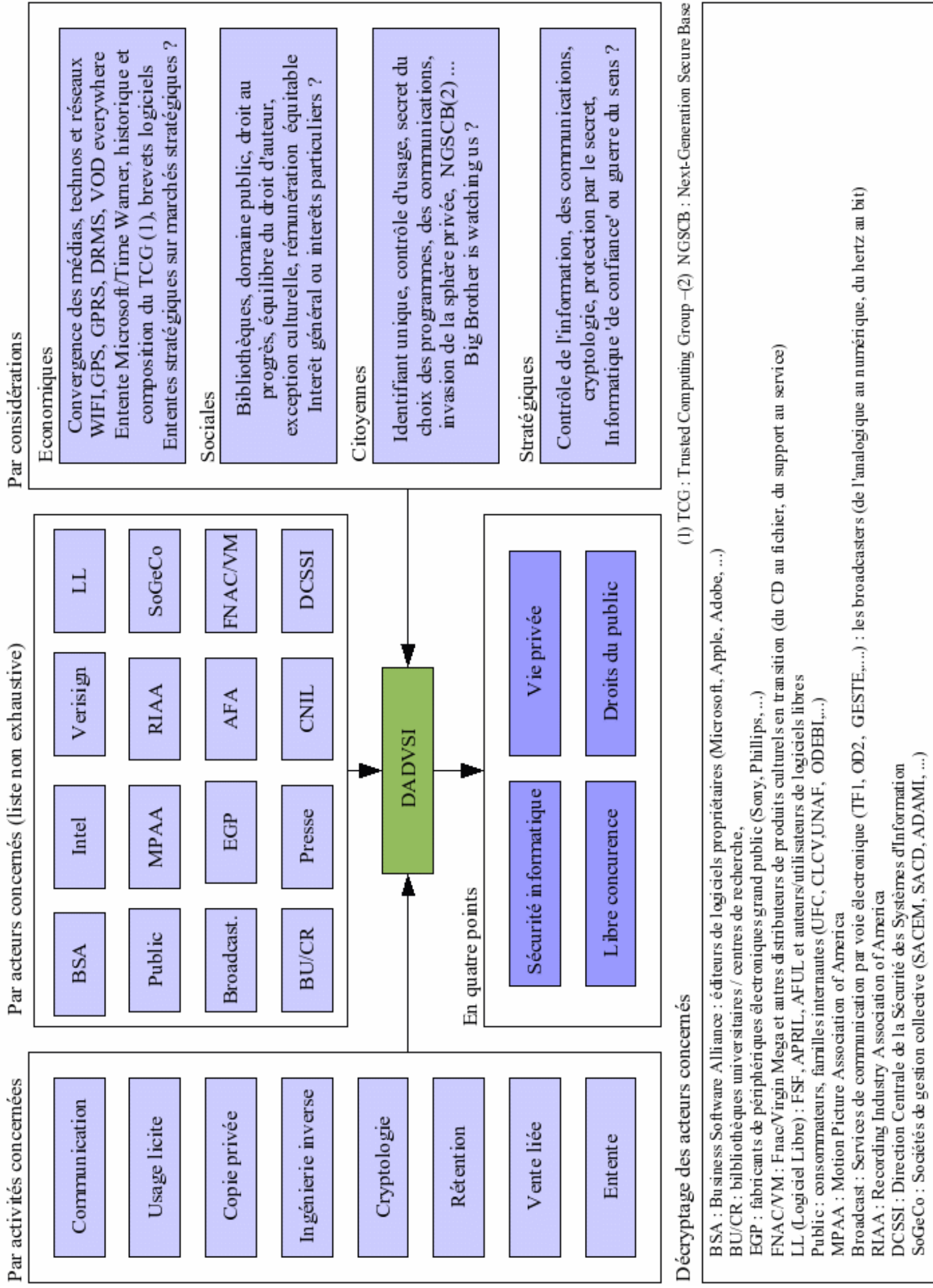
Pour lutter contre la contrefaçon par la technique ou contre la technique par la technique, il faut mettre en oeuvre des mécanismes qui portent atteinte à la sécurité des individus, des organisations et à la souveraineté de l'Etat. Je pourrais détailler ceux-ci d'un point de vue technique. Mais, il me semble préférable de citer le rapport que le député Pierre Laborde vient de faire paraître sur la sécurité des systèmes d'information en France. Dans celui-ci, le député évoque les nouvelles mesures techniques qui, en l'état actuel, pourraient être efficaces. Il indique :

« En restreignant les droits des utilisateurs, NGSCB (next generation secure computing base) donne un droit de regard aux constructeurs de matériels et de logiciels de l'usage fait des oeuvres des ordinateurs personnels.

Cette émergence d'une informatique dite de confiance conduirait un nombre très limité de sociétés à imposer leur modèle de sécurité à la planète en autorisant ou non, par la délivrance de certificats numériques, les applications à s'exécuter sur des PC donnés. Il en résulterait une mise en cause de l'autonomie des individus et des organisations, une restriction des droits de l'utilisateur sur sa propre machine. Cela constitue une menace évidente à la souveraineté de l'Etat. »

Pour pouvoir contrôler efficacement la copie à destination du public et créer des modèles économiques de contrôle de l'usage privé, il faudra déployer massivement ce type de dispositifs dans les périphériques et les assistants personnels. Dans ce cadre, il faut donc s'interroger : est-il légitime de vouloir contrôler l'usage privé de l'utilisateur ?

Le projet de loi DADVSI en quatre points



Annexe 3 - Chronologie du projet de loi DAVDSI

- **Février 1993 (US)** : Dans le cadre du plan de développement NII (*National Information Infrastructure*), l'administration Clinton lance un groupe de travail — *le Working Group on Intellectual Property Rights* — chargé d'étudier le renforcement de la loi américaine et du droit international pour protéger la propriété intellectuelle américaine à l'ère du numérique.
- **Septembre 1995 (US)** : Le *Working Group on Intellectual Property Rights* publie un livre blanc qui contient une proposition de loi sur le droit d'auteur : le *National Information Infrastructure Copyright Protection Act* (NIICPA), rapidement mise à l'ordre du jour parlementaire.
- **Janvier 1996 (US)** : Cent professeurs de droit écrivent une lettre ouverte aux élus américains, au secrétaire d'État au commerce et au vice-président des États-Unis. Ils leur demandent de retirer le NIICPA de l'ordre du jour parlementaire. Ils dénoncent un texte radical et extrémiste, qui pourrait avoir de graves conséquences économiques et sociales. Face à la mobilisation, le projet de loi NIICPA est retiré.
- **Décembre 1996 (OMPI)** : Conférence diplomatique de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) à Genève. Les dispositions les plus polémiques du NIICPA sont intégrées dans deux traités internationaux. L'opinion publique américaine, et plus largement mondiale, est contournée.
- **Octobre 1998 (US)** : Le *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA), qui implémente les traités OMPI en droit américain, est signé par le président Clinton.
- **22 Mai 2001 (UE)** : La directive 2001/29CE (surnommée EUCD pour *European Union Copyright Directive*), équivalent européen du DMCA, est publiée au Journal Officiel de l'Union européenne. L'EUCD va plus loin que le DMCA alors même que les effets néfastes de ce dernier sont déjà prouvés.
- **Novembre 2002 (FR)** : Publication sur Internet d'un avant-projet de loi sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information (DADVSI), rédigé par le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA). Il va beaucoup plus loin que la directive EUCD.
- **Novembre 2003 (FR)** : Dépôt du projet de loi DADVSI par le ministre de la Culture, Jean-Jacques Aillagon. Il va encore plus loin que l'avant-projet de loi du CSPLA.
- **6 juin 2005 (UE)** : Dans le cadre de la campagne STOP, qui consiste à faire pression sur des pays tiers pour que "*la propriété intellectuelle américaine soit protégée à l'étranger*", une délégation du secrétariat d'État au commerce américain négocie avec la Direction générale du Commerce de la Commission une transposition rapide de la directive 2001/29CE pour que les traités OMPI de 1996 entrent en vigueur dans toute l'Europe.
- **12 juillet 2005 (UE)** : Avertissement de la Commission aux derniers États membres n'ayant pas transposé la directive EUCD, la France, l'Espagne, la Tchèque, et la Finlande (qui a transposé depuis).
- **Septembre 2005 (FR)** : Le Premier Ministre déclare l'urgence sur le projet de loi DADVSI.
- **21 Mars 2006 (FR)** : l'Assemblée Nationale adopte le projet de loi DADVSI lors d'un vote solennel. Il contient dans ses article 7, 13, et 14 des dispositions visant à empêcher que la protection juridique des mesures techniques de protection ne fige des positions dominantes utilisées abusivement, et ne permettent de maintenir le consommateur en captivité via des formats fermés.
- **23 mars 2006 (US)** : Le secrétaire d'État américain au Commerce apporte son soutien à la société américaine Apple qui, si le projet de loi est conservé en l'état, ne pourra plus menacer les étudiants de l'École Centrale développant le populaire lecteur multimédia, VLC. VLC permet au consommateur de lire des fichiers achetés sur l'Apple Music Store avec autre chose qu'un logiciel Apple, et de les convertir au format de son choix, par exemple, pour les lire sur un baladeur autre que le baladeur Apple. Apple avait menacé les étudiants français l'année dernière en s'appuyant sur la directive 2001/29CE.

Annexe 4 - Lettre type EUCD.INFO

**Envoyée par un membre d'EUCD.INFO au Premier Ministre, le 12 octobre 2005,
puis anonymisée pour être reprise, en tout ou en partie,
par les internautes**

<Madame / Monsieur (titre ou fonction)>

Je vous écris ce jour car le gouvernement a décidé, fin septembre 2005, de faire voter en procédure d'urgence le projet de loi DADVSI (1206). Ce projet de loi est censé transposer la directive européenne EUCD (2001/29CE), qui elle-même implémente deux traités (WCT et WPPT) de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) rédigés en 1996. Ni la France ni l'Union européenne n'ont pour l'instant ratifié ces traités. Je tiens à vous exprimer ma vive inquiétude pour l'avenir du droit d'auteur français au regard du contenu de ce projet de loi et de la procédure d'urgence choisie.

1 - En autorisant les producteurs de films et de disques à déployer des mesures techniques pour contrôler l'usage privé des œuvres numérisées et l'exercice des exceptions au droit d'auteur, le projet de loi DADVSI transforme des usages culturels (la lecture ou l'écoute d'œuvres numérisées) et ses exceptions (notamment l'exception de copie privée) en droits contractualisables et limitables arbitrairement par la technique.

Le projet de loi prévoit ainsi que les mesures techniques pourront interdire purement et simplement toute copie privée dans le cadre d'œuvres distribuées par un service à la demande, ou si l'utilisateur qui veut faire la copie n'a pas acquis licitement l'œuvre. Les mesures techniques pourront par ailleurs limiter à une seule copie [NB : désormais le solde est à zéro copie] le nombre de copies privées d'une œuvre originale non distribuée par un service à la demande (CD, DVD).

Ces dispositions sont aggravées par le fait que les litiges relatives à la copie privée seront soumis à une juridiction d'exception (le collège des médiateurs sur la copie privée) qui ne pourra être saisie que par une association de consommateurs, et a posteriori.

2 - Le projet de loi DADVSI prévoit, par ailleurs, jusqu'à trois ans de prison et 300 000 euros d'amende pour quiconque proposera, utilisera ou fera connaître, directement ou indirectement, un outil ou une information permettant de neutraliser une mesure technique, et ce quelle que soit la finalité poursuivie par l'utilisateur. De tels actes sont assimilés dans le projet de loi à des délits de contrefaçon, délits qui, comme vous le savez sans doute, sont assortis d'une présomption de culpabilité. Il est de plus évident que les sanctions seront assorties à des demandes de dommages et intérêts disproportionnées. [NB : désormais les peines sont graduées en fonction des actes, de 750 euros d'amende pour la neutralisation à 6 mois de prison pour la diffusion d'outils, des exceptions ont été posées pour la recherche de l'interopérabilité et la sécurité informatique mais leur exercice sera risqué vu les limitations actuellement posées]

3 - Et enfin comme, techniquement, pour contrôler la copie, il faut forcément contrôler l'accès – donc la lecture –, si le projet de loi était adopté en l'état, il ferait de facto du droit de lire un droit exclusif. Chaque lecture dans l'environnement numérique pourrait être soumise à paiement et conditionnée par l'obtention d'une autorisation via un serveur d'authentification distant. [NB : c'est toujours aussi vrai]

4 - Si la CNIL s'opposait au déploiement de tels dispositifs, la protection juridique des mesures techniques réputées efficaces – selon les termes de la directive – ne servirait à rien dans le cadre de la lutte contre les usages non autorisés (par la loi ou arbitrairement), puisque, au regard de l'état de la technique, les mesures techniques ne pourront prétendre être efficaces que si elles s'appuient sur des puces cryptographiques à identifiant unique, et que si elles prévoient la possibilité de révocation de clé par un serveur distant en cas de diffusion d'une faille les concernant.

5 - Cela n'est d'ailleurs pas sans poser de sérieux problèmes en matière de protection de la vie privée et de sécurité économique nationale. La technologie que les membres de la RIAA (Recording Industry Association of America) et de la MPAA (Motion Picture Association of America) souhaitent utiliser, et que le projet DADVSI entend protéger demain par le secret, a été commentée en ces termes dans un rapport d'information parlementaire sur la stratégie de sécurité économique nationale (1664) rédigé par le député du Tarn, Bernard Carayon :

Récemment, la polémique au sujet de la Trusted Computing Platform Alliance (TCPA) visant à intégrer au processeur une partie cryptée directement utilisée par le système d'exploitation a mis en lumière ces enjeux. Les sociétés Microsoft et Intel comptaient ainsi pouvoir maîtriser le piratage des logiciels. Cependant, ces fonctionnalités pourraient également permettre à des personnes mal intentionnées, ou des services de renseignement étrangers, de disposer d'un moyen de contrôler à distance l'activation de tout ou partie des systèmes à l'insu de leurs utilisateurs.

6 - Le projet de loi DADVSI constitue donc une extension radicale et infondée du droit d'auteur, assez surréaliste sur le long terme, mais qui a clairement le potentiel pour diviser encore plus la France entre les ayant-accès à la culture numérisée et les autres, avant un éventuel retour en arrière. Même si l'expérience orwellienne qu'il propose n'est pas menée à terme, les conséquences sociales, économiques et stratégiques pourraient être importantes s'il était adopté en l'état et commençait à être appliqué par des juges.

7 - D'une part, tout comme les millions d'internautes qui échangent actuellement des œuvres numérisées sans autorisation, nombreux seront sans doute les membres du public ne se livrant pas à cette pratique et ne la cautionnant pas forcément, mais qui n'accepteront pas de se voir imposer des dispositifs limitant des usages aussi légitimes et naturels que la libre lecture ou la copie privée. Surtout quand on leur opposera que cette disposition existe pour eux, car ils pourraient peut-être un jour redistribuer des copies au tout-venant sur Internet.

On voudrait tuer la légitimité du droit d'auteur en le transformant en droit à l'arbitraire que l'on ne s'y prendrait pas autrement. La présomption de culpabilité en matière d'usage et de copie dans la sphère privée n'a pas lieu d'être, pas plus que le contrôle technique qui va avec.

8 - De plus, créer de nouveaux délits transformant des usages culturels de masse licites en infractions pénales, alors que l'on est incapable d'empêcher dans les faits les millions d'échanges non autorisés de fichiers sans basculer dans la répression de masse, témoigne d'une déconnexion totale de la réalité ou d'un véritable désir d'escalade, passant par exemple par la privatisation des missions de la police ou de la justice sur Internet.

Ce transfert des missions régaliennes de l'État au profit des parties civiles entraînera, à n'en pas douter, le développement et l'utilisation par les internautes de réseaux garantissant l'anonymat et utilisant intensément la cryptographie.

Lutter contre la technique avec la technique est une voie sans issue, sauf à être prêt à imposer par force des outils de contrôle d'usages culturels au grand public portant atteinte à la vie privée, et être prêt à supprimer l'article 30 de la loi sur la confiance dans l'économie numérique qui indique que l'utilisation de moyens de cryptologie est libre.

9 - D'autre part, comme l'a écrit Dominique Barella, président de l'Union syndicale des magistrats dans une tribune parue dans Libération le 14 mars 2005 : *«Quand une pratique infractionnelle devient généralisée pour toute une génération, c'est la preuve que l'application d'un texte à un domaine particulier est inapte. La puissance de la jeunesse est immense, le jour où des milliers de jeunes se retrouveront place de la Bastille pour protester contre le CD téléchargé à un euro, aucun élu ne leur résistera.»*

Les jeunes "mineurs délinquants" d'aujourd'hui seront demain des électeurs majeurs.

Plus les chantres du tout-contrôlé blinderont les œuvres numérisées et tenteront de revenir sur les droits existants du public en prétextant lutter contre la contrefaçon, plus le fait de contourner une mesure technique et le fait de partager de la musique deviendront des actes politiques.

10 - Par ailleurs, j'attire votre attention sur le fait que, sur le plan économique, ce projet de loi ne sert principalement qu'une poignée d'entreprises extra-européennes travaillant dans l'électronique grand public, le logiciel et les services en ligne.

En organisant la création de monopoles illégitimes sur les technologies permettant l'accès à la culture et à l'information, la protection juridique des mesures techniques pénalise les concurrents français et européens des sociétés à forte intégration comme Microsoft, Apple ou Sony, sans être d'aucune utilité en matière de protection des droits des créateurs et des artistes.

L'ADAMI et la SPEDIDAM, sociétés de gestion collective, qui défendent à elles deux les droits de plus de vingt-cinq mille artistes français, l'ont d'ailleurs bien compris puisqu'en compagnie des principales associations de consommateurs et de familles françaises (UFC, CLCV, UNAF), elles contestent aussi le contenu du projet de loi DADVSI.

11 - L'expérience de sept ans d'application du jumeau américain de la directive 2001/29CE, le DMCA est, il est vrai, éloquente (<http://www.eff.org/IP/DMCA/>). Aux États-Unis, la copie numérique domestique ne s'est jamais aussi bien portée et le DMCA n'a été utilisé que de façon abusive et à des fins anti-concurrentielles. Les propositions de lois pour limiter ses effets nuisibles se multiplient d'ailleurs et il serait regrettable que la France ne prenne pas en compte cet état de fait et commettent les mêmes erreurs grossières.

Le projet de loi DADVSI n'empêchera pas la copie numérique sans autorisation (du moins tant que la France ne se sera pas transformée en pays techno-totalitaire) mais, comme le DMCA, il facilitera la vente liée, les ententes illicites et les abus de position dominante au détriment des petites entreprises et des auteurs indépendants. Il le fera d'autant plus facilement que ses auteurs ont interprété les traités et la directive 2001/29CE de façon extrémiste. Même les États-Unis ne sont pas allés aussi loin.

12 - L'insécurité juridique est une arme de guerre économique redoutable surtout quand elle apparaît sur un marché stratégique ultra-concentré et dominé par des acteurs étrangers.

Le projet de loi DADVSI exclut les auteurs de logiciels libres des segments de marché les plus porteurs (lecteur multimédia, serveurs de streaming vidéo, systèmes embarqués dans les baladeurs numériques, les assistants personnels et les téléphones portables, etc.). Il impose à tous les petits éditeurs de logiciels propriétaires de passer par les gros. Il menace la liberté d'expression d'ingénieurs et de chercheurs, notamment des chercheurs en sécurité informatique, mais pas seulement.

13 - Des étudiants de l'École centrale de Paris travaillant sur une suite de vidéo à la demande, logiciel libre utilisé en exploitation par plusieurs entreprises du CAC 40 et des centres de recherche publics, ont déjà été menacés par un grand éditeur de logiciels propriétaires américain abusant notoirement de sa position dominante. La base légale utilisée était la directive 2001/29CE.

La société américaine reprochait aux étudiants français d'avoir développé un lecteur multimédia interopérable et d'avoir divulgué son code source alors qu'il contient des méthodes permettant la neutralisation d'une mesure technique que cette société développe et distribue. Les Centraliens ont objecté que la directive 2001/29CE n'était pas transposée, qu'ils n'avaient violé aucun secret industriel et qu'ils ne portaient atteinte ni à un droit d'auteur ni à un brevet.

Aux dernières nouvelles, pas de nouvelles...

14 - Mais si le projet de loi DADVSI passe en l'état, devront-ils choisir entre arrêter de développer du logiciel libre, continuer à prendre le risque d'un procès pour absence de prise en compte de leurs droits dans l'acquis communautaire actuel relatif au droit d'auteur, ou partir dans un pays qui n'aura pas mis en œuvre de façon aussi extrême les traités OMPI repris dans la directive 2001/29CE, ou qui tout simplement ne les aura pas ratifiés ?

15 - Cette censure, cette insécurité juridique, cette fuite de cerveaux annoncée est fondamentalement inacceptable tant sur un plan moral que stratégique. Dans sa partie consacrée au projet de directive sur les brevets logiciels, le dernier rapport de la Commission des Finances, de l'Économie générale et du Plan sur les outils de la politique industrielle (2299), adopté à l'unanimité, était particulièrement explicite quant à l'intérêt du logiciel libre pour la France et l'Europe :

L'industrie du logiciel et les flux financiers qu'elle draine restent aux mains de quelques grands éditeurs, principalement américains. L'éclosion d'une industrie du logiciel libre permettrait à l'Europe de reprendre l'initiative en la matière, et de laisser mûrir un potentiel industriel, économique et social en pleine expansion. La maîtrise de l'information et des systèmes d'information est un enjeu essentiel. Les logiciels propriétaires, contrairement aux logiciels libres, ne permettent pas aux utilisateurs de maîtriser les outils informatiques. Ce défaut de maîtrise est évidemment critique dans certains secteurs sensibles...

À comparer avec la justification donnée par le député Christian Vanneste, rapporteur sur le projet de loi DADVSI, quand il explique, dans son rapport sur le projet de loi (2349), pourquoi les droits des auteurs de logiciels libres n'ont pas été pris en compte lors de la rédaction des dispositions prétendant protéger la libre concurrence sur le marché du logiciel :

Pour éviter que les détenteurs des droits sur les logiciels de protection, qui représentent un marché important mais avec peu d'acteurs, ne délaissent le marché français par crainte que la communication de tout ou partie de leur code source ne conduise les contrefacteurs à contourner trop rapidement la protection, le bénéfice de l'exception est encadré par l'exigence de respecter les conditions garantissant la sécurité de fonctionnement des mesures techniques de protection ainsi utilisées.

16 - Notez que quand le député Vanneste évoque la publication de leur code source, il fait une monumentale erreur puisqu'il parle non pas du code source du fournisseur de la mesure technique, mais du code source des auteurs de logiciels libres implémentant des formats, des protocoles et des algorithmes, éléments qui eux sont actuellement utilisés et utilisables par tous.

Le député Vanneste confond l'idée et l'expression de l'idée, la méthode et son application, la description technique d'une structure de données et l'automate qui l'utilise pour interopérer avec d'autres.

17 - Si, demain, un juge déclarait que la protection juridique des mesures techniques couvre les méthodes de traitement de l'information nécessaires à la sécurité de fonctionnement d'une mesure technique, et en déduisait que toute personne divulguant une telle méthode est un contrefacteur, et que donc la publication d'un code source l'implémentant est un délit, qu'il doit sanctionner pénalement conformément au souhait du législateur, et si au fil du temps, cette jurisprudence devenait la norme, alors des informations essentielles à l'interopérabilité et des démonstrations mathématiques seraient protégées par le secret, les idées ne seraient plus de libre parcours, la libre concurrence serait faussée, la liberté d'expression mutilée, et le logiciel libre prohibé.

18 - Les effets sur le domaine public et la mission des bibliothèques pourraient être aussi importants. À ce sujet, je vous suggère d'écouter cette intervention (<http://eucd.info/113.shtml>) extrêmement claire de Loïc Dachary, trésorier de la Free Software Foundation (FSF), et un des plus anciens contributeurs français au projet GNU (<http://gnu.org>), ensemble de logiciels libres classé Trésor du Monde par l'UNESCO.

Cet auteur, que certains marchands voudraient transformer en délinquant, explique comment, notre patrimoine commun – le domaine public – risque de se retrouver, à terme, enfermé dans des gangues techniques. Il explique également comment les bibliothèques et les centres d'archives seront dans l'incapacité de briser ces gangues, sauf à jeter l'argent du contribuable par les fenêtres.

19 - Je vous invite par ailleurs à lire le dernier communiqué de l'interassociation des bibliothécaires, des documentalistes et des archivistes (<http://www.droitauteur.levillage.org>) qui signale que :

Aucune des exceptions demandées en faveur de la recherche, de l'enseignement, de la lecture publique et du patrimoine, soit en faveur d'un service public moderne des archives des bibliothèques et des centres de documentation, si nécessaire au bon exercice de notre démocratie et au développement

de la vie intellectuelle et scientifique, n'a été retenue (...) Au moment ou la constitution de bibliothèques numériques est débattue à l'échelle européenne, chacun peut constater que ces questions sont d'intérêt public.

20 - Pour conclure sur cet exposé des motifs à charge contre le contenu actuel du projet de loi DADVSI, j'ajouterai que je trouve scandaleux que la Commission ait menacé la France de sanctions financières pour qu'elle ratifie rapidement deux traités internationaux. D'autant plus qu'ils l'ont été sans mandat il y a une décennie à l'OMPI par la direction générale du Commerce, et que les négociateurs français de l'époque disent, aujourd'hui, quand on les interroge : On a rien vu venir. Désolé. L'Europe démocratique ne se construira pas sous la menace, dans l'obstination brute, voire fruste, et au mépris du droit des peuples à avoir un débat parlementaire national digne de ce nom, surtout sur une loi destinée à protéger leur patrimoine culturel à l'ère du numérique.

21 - Menacer la France de sanctions financières pour qu'elle introduise au plus vite dans son droit d'auteur des dispositions ultra-polémiques, tant par leur nature que par leur origine, témoigne d'une conception très particulière du débat parlementaire, du rôle des élus nationaux, et de la non-prise en compte de l'exception culturelle par les fonctionnaires de Bruxelles.

Surtout quand on sait que les menaces de la Commission font suite à la signature discrète, par le président de la Commission et celui du Conseil le 20 juin 2005 à Washington, d'un accord bilatéral avec les États-Unis sur la propriété intellectuelle, négocié par la direction générale du Commerce avec une délégation du secrétariat d'État au Commerce américain.

22 - Qui plus est, la Commission est très mal placée pour venir reprocher à la France de n'avoir pas transposé la directive 2001/29CE dans les temps impartis. Le jour où la Commission respectera l'article 12 de cette directive et remettra le rapport d'application décrivant les effets de la directive dans les États membres ayant déjà transposé, elle sera sûrement plus crédible dans son rôle de cerbère du droit communautaire.

L'article 12 prévoyait que la Commission devait remettre ce rapport au Parlement européen, au Conseil, et au Conseil économique et social, au plus tard, le 22 décembre 2004. Or, à ce jour, elle ne l'a pas fait. L'appel d'offre – destiné aux prestataires privés désireux de postuler pour mener cette étude – indique qu'il ne le sera pas avant 2007 et qu'il en coûtera 170 000 € au contribuable européen (MARKT/2005/7/D).

23 - Ce manquement de la Commission est d'autant plus regrettable qu'il semble aujourd'hui difficile de transposer la directive 2001/29CE sans avoir les solutions de la Commission aux trois problèmes majeurs déjà identifiés lors de la revue de transposition qui s'est tenue le 11 octobre 2004 à Bruxelles sous son égide.

À savoir :

1. le problème de double paiement pour le consommateur, consécutif à l'impossible application de l'article 5.2b de cette directive. Le consommateur ne peut pas payer une redevance sur des supports hybrides pour un acte (la copie privée "sur tout support") qu'il ne peut plus exercer dans les faits pour cause de mesures techniques ;
2. l'absence de prise en compte des droits des auteurs et des utilisateurs de logiciels libres lors de

la rédaction des articles 6 et 7 de cette même directive, oubli problématique au regard de l'intérêt de ces logiciels pour les entreprises et les consommateurs européens, et étant donné que certains logiciels libres sont reconnus par l'UNESCO. On ne censure pas, au nom du droit d'auteur, des auteurs reconnus par l'UNESCO ;

3. le conflit qui existe entre ces articles 6 et 7 de la directive 2001/29CE, et l'article 6 de la directive 91/250CE. Le second autorise ce que les premiers interdisent : l'ingénierie inverse et la divulgation d'informations essentielles à l'interopérabilité en cas de rétention de telles informations. Il en résulte une insécurité juridique qui déstabilise la libre concurrence sur le marché du logiciel et freine les petites entreprises innovantes (effet connu aux États-unis sous le nom de chilling effect).

Pour toutes ces raisons, je vous demande donc solennellement, <Madame / Monsieur (titre ou fonction)>, de mettre en œuvre tous les moyens à votre disposition pour que le projet de loi DADVSI soit retiré de l'ordre du jour parlementaire, et pour que, quoi qu'il arrive, [les demandes de l'initiative EUCD.INFO](#) que je vous communique en <annexe/pièces jointes>, soient prises en compte.

En espérant que vous saurez vous saisir de ce dossier, et que vous veillerez à ce que soient protégés les droits du public, la vie privée de vos concitoyens, la libre concurrence, les auteurs de logiciels libres, l'indépendance technologique de la France, la liberté d'expression, le domaine public, et la démocratie, veuillez croire, <Madame / Monsieur – titre ou fonction> , en l'assurance de ma respectueuse considération.

signature, p.ex Prénom, Nom, ville, âge, web/mail, qualités, etc.