

Christophe Espern (cespern@euclid.info)
<adresse + téléphone>

M. Le Premier ministre
Hôtel de Matignon
57, rue de Varenne
75700 Paris

Objet : à propos du projet de loi 1206 et de la directive européenne 2001/29CE sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information.

Monsieur le Premier Ministre,

Je vous écris ce jour car vous avez déclaré l'urgence fin septembre sur le projet de loi DADVSI ([1206](#)), projet de loi qui transpose la directive européenne EUCD ([2001/29CE](#)), qui elle-même implémente deux traités de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle ([WCT](#) et [WPPT](#)) datant de 1996, et que ni la France, ni l'Union européenne n'ont pour l'instant ratifiés.

Je tenais à vous dire que, au regard du contenu de ce projet de loi et des spécificités de la procédure que vous avez déclenchée, je suis très inquiet pour l'avenir du droit d'auteur français.

Je m'explique.

En autorisant les producteurs de films et de disques à déployer des dispositifs techniques (*les mesures techniques*) pour contrôler l'usage privé des oeuvres numérisées et l'exercice des exceptions au droit d'auteur, le projet de loi DADVSI transforme cet usage (la lecture, l'écoute) et ces exceptions (et notamment l'exception de copie privée) en des droits contractualisables par la technique, que l'auteur peut autoriser ou interdire *a priori*.

Le projet de loi prévoit ainsi que les mesures techniques pourront limiter à une seule copie le nombre de copies privées d'une oeuvre originale non distribuée par un service à la demande (CD, DVD) ; et qu'elles pourront interdire purement et simplement toute copie privée dans le cadre d'oeuvres distribuées par un service à la demande, ou si l'utilisateur qui veut faire la copie n'a pas acquis licitement l'oeuvre.

Le projet de loi s'assure, de plus, qu'il soit extrêmement difficile pour un membre du public de faire valoir ses droits en instaurant une juridiction d'exception (le médiateur sur la copie privée) qui ne peut être saisie que par des associations de consommateurs, et qui intervient *a posteriori*.

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. Un tel acte est assimilé dans le projet de loi à un délit de contrefaçon, délit qui, comme vous le savez sans doute, est assorti d'une présomption de culpabilité.

Et enfin comme, techniquement, pour contrôler la copie, il faut forcément contrôler l'accès — donc la lecture —, de facto si le projet de loi était adopté en l'état, il ferait du droit de lire un droit exclusif. Demain, chaque lecture dans l'environnement numérique pourrait être conditionnée par l'obtention d'une autorisation via un serveur d'authentification distant.

Si la CNIL s'opposait au déploiement de tels dispositifs, la protection juridique des mesures techniques réputées efficaces comme dit la directive ne servirait à rien dans le cadre de la lutte contre les usages non autorisés (par la loi ou arbitrairement), puisqu'il est évident que, 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.

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 pour protéger leurs oeuvres, et que le projet DADVSI entend protéger demain par le secret, a ainsi 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.

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.

D'une part, tout comme les millions d'internautes qui échangent actuellement des oeuvres 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.

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 la 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*.

D'autre part, et comme l'a si bien dit 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 inepte. 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 oeuvres 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.

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 elle 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. ([Communiqué APA du 9 juin 2005](#))

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 contrefaçon 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.

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 il facilitera par contre, tout comme le DMCA, 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.

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 menace la liberté d'expression d'ingénieurs et de chercheurs, notamment des chercheurs en sécurité informatique, mais pas seulement.

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 ainsi 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.

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 oeuvre de façon aussi extrême les traités OMPI repris dans la directive 2001/29CE et le DMCA, ou qui tout simplement ne les aura pas ratifiés ?

Cette censure, cette insécurité juridique, cette fuite de cerveaux annoncée est fondamentalement inacceptable tant sur un plan moral que sur un plan 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...

A 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.

Notez que quand le député Vanneste évoque la publication de *leur code source*, il fait une monumentale erreur puisqu'il parle là, 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. Ces éléments ne sont en effet actuellement protégés ni par le droit d'auteur, ni par le droit des brevets, ni par aucun autre droit d'ailleurs. Et heureusement.

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.

Si, demain, un juge déclarait comme le député Vanneste 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 implémentant une telle méthode est un délit qu'il doit sanctionner pénalement conformément au souhait du législateur français et européen, et si au fil du temps, cette jurisprudence devenait la norme ; alors des informations essentielles à l'interopérabilité et des démonstrations mathématiques seraient protégés 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.

Pour conclure sur cet exposé des motifs à charge contre le contenu actuel du projet de loi DADVSI, exposé sans doute incomplet mais que j'espère suffisant, j'ajouterai que je trouve scandaleux que la Commission ait menacé la France de sanctions financières pour qu'elle ratifie rapidement deux traités internationaux. Surtout quand on sait qu'ils l'ont été sans mandat il y a une décennie à l'OMPI par la direction générale du Commerce extérieur 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.

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 la Commission a menacé la France suite à la signature discrète, par le président de la Commission et celui du Conseil le 20 juin dernier à Washington, d'un accord bilatéral avec les États-Unis sur la propriété intellectuelle.

Qui plus est, la Commission est très mal placée pour venir reprocher à la France de n'avoir pas transposé cette directive 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, en effet, 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 euros au contribuable européen ([MARKT/2005/7/D](#)).

J'ajouterai que l'on attend toujours aussi que la Commission trouve des solutions aux trois problèmes majeurs qu'elle a identifiés lors de la revue de transposition qui s'est tenue le 11 octobre 2004 à Bruxelles et qui avait pour objectif de lui permettre de rédiger le rapport d'application.

À savoir : 1°) le problème de double paiement pour le consommateur, problème consécutif à l'impossible application de l'article 5.2b de la directive 2001/29CE, 2°) l'absence de prise en compte des droits des auteurs de logiciels libres lors de la rédaction des articles 6 et 7 de cette directive, 3°) le conflit qui existe entre cette directive et la directive 91/250CE.

Pour toutes ces raisons, et pour d'autres toutes aussi importantes comme la protection du domaine public ou de la mission des bibliothèques, je vous demande donc solennellement, Monsieur le Premier Ministre, de retirer le projet de loi DADVSI de l'ordre du jour parlementaire et de contester le bien-fondé de la directive 2001/29CE devant la Cour de Justice des Communautés européennes. Ne vous laissez pas faire, Monsieur le Premier Ministre. Vous aurez, j'en suis sûr, le soutien de très nombreux Français.

Notez, à ce sujet, qu'un éminent professeur de droit hollandais, le professeur Bernt Hugenholtz, ancien membre du Legal Advisory Board de la Commission européenne, propose ses services pro bono à tout État membre qui souhaiterait contester la directive. Dans un document intitulé *Why the copyright directive is unimportant, and possibly invalid* (<http://www.ivir.nl/publications/hughholtz/opinion-EIPR.html>), il déclare en effet :

Since the Directive has little or nothing to offer in terms of legal certainty or harmonisation (or anything else, for that matter), one must question the solidity of its legal basis in the EC Treaty. Over the past decade, we have all too easily accepted the EC's legislative powers in the field of intellectual property. Where do these powers originate? As all previous directives in the field of copyright and neighbouring rights, the Copyright Directive is based on articles 47.2, 55 and 95 (ex articles 57.2, 66 and 100A) of the EC Treaty. These are the same legal foundations that the Tobacco Advertising Directive (Directive 98/43/EC) was built on. In a case brought before the European Court of Justice, Germany has challenged that directive's legal basis and requested its annulment, pursuant to article 230 (ex 173) of the Treaty. On October 5, 2000, the Court delivered its judgment. The Court notes that the Directive does not facilitate the free movement of goods or the freedom of services, and does not remove distortions to competition. In sum, the Directive lacks a proper legal basis, and should be annulled.

The European Court's decision raises the intriguing prospect of one or more disgruntled Member States challenging the validity of the Copyright Directive. Wouldn't that be the perfect way of getting rid of this monstrosity? I hereby offer my services to any Member State pro bono.

Comme quoi, sauf à suspecter le professeur Hugenholtz et les Allemands d'être anti-européens ou non-démocrates, on peut parfaitement faire tomber une directive sans fondement sur les bases des traités européens existants, sans pour autant remettre en cause la construction démocratique européenne ou attendre son achèvement.

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, et la démocratie, veuillez agréer, Monsieur le Premier Ministre, l'expression de ma plus haute considération.

Christophe Espern, 30 ans, Paris,

Internaute, et co-fondateur de l'initiative EUCD.INFO (<http://eucd.info>)

PS : Sur le domaine public et la mission des bibliothèques que j'ai bien trop rapidement mentionné, je vous suggère d'écouter cette intervention (<http://eucd.info/113.shtml>) extrêmement claire de Loïc Dachary, un membre de la Free Software Foundation France (FSF France), et un des plus anciens contributeurs français au projet GNU (<http://gnu.org>), projet classé Trésor du Monde par l'UNESCO.

Cet auteur de logiciels libres, que certains marchands voudraient transformer en délinquant, explique comment, si vous ne modifiez pas le projet de loi DADVSI, notre patrimoine commun — le domaine public — se retrouvera 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.

Je vous invite également 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 où la constitution de bibliothèques numériques est débattue à l'échelle européenne, chacun peut constater que ces questions sont d'intérêt public.