



Contribution de l'APRIL à la « mission Olivennes »

**Texte de l'intervention de Christophe Espern (représentant APRIL)
ayant eu lieu le 12 octobre 2007 au ministère de la Culture**

Étaient présents :

Denis Olivennes (PDG de la FNAC)

ainsi que,

en tant que membres de la mission,

Olivier Bomsel (École des Mines), Pascal Faure (Conseil Général des Technologies de l'Information), Isabelle Falque-Pierrotin (Forum des Droits sur Internet, CNIL, Conseil d'État)

en tant que personnalités auditionnées,

Pascal Cohet (ODEBI), Nicolas Deveau (StopDRM), Fabrice Le Fessant (enseignant à Polytechnique), Jérôme Martinez (StopDRM),

pour le ministère de la culture,

Laurent Ladouari (conseiller TIC),

et deux rapporteurs détachés par le Conseil d'État

Introduction

Le Président de la République a souhaité dans sa lettre de mission à la ministre de la Culture que soit conduit dans les plus brefs délais « *un plan de sauvetage de l'industrie musicale et, plus largement, de protection et de promotion des industries culturelles* ». ⁱ

Pour le Président, ce plan devrait s'appuyer sur trois volets : « *la montée en puissance d'une offre numérique diversifiée, bon marché et simple d'utilisation ; la prévention et la répression de la piraterie numérique ; l'aide à l'adaptation des structures et des modèles économiques des industries concernées.* »

La mission qui vous a été confiée par la ministre de la Culture s'inscrit dans le cadre de cette démarche dont l'une des priorités majeures fixées par le Président est l'interopérabilité, sujet que je vais développer dans cette intervention dans la mesure où l'APRIL et moi-même disposons d'une certaine expertise.

Nous sommes en effet à l'origine des dispositions relatives à l'interopérabilité, adoptées en mars 2006 à l'Assemblée Nationale avant d'être retirées par le Sénat suite, notamment, à l'intervention du secrétaire d'État américain au commerce extérieur.

Toutefois, avant de vous entretenir de ce vaste sujet et d'autres enjeux tout aussi stratégiques, je souhaiterais attirer votre attention sur une autre demande formulée par le Président à la ministre, et par rebond à vous-mêmes.

Il s'agit de « *la recherche de voies et de moyens pour conclure un accord interprofessionnel permettant de dissuader efficacement et de réprimer la contrefaçon de masse* ». Pour le Président, « *les solutions techniques existent, elles doivent être expérimentées et mises en œuvre* ». Rapidement donc.

Or – tout comme vous sans doute – nous avons lu avec attention le rapport commandé par le prédécesseur de Madame Albanel au professeur de droit pénal Jean Cédras. ⁱⁱ Si ce n'est pas le cas, je vous encourage à le faire dans la mesure où ce rapport est éclairant – ce qui n'est pas étonnant, son auteur jouissant d'une réputation d'indépendance et de compétence indiscutable.

De la riposte graduée et du filtrage

Pour notre part, après lecture de ce rapport, nous n'avons pu de nouveau que constater que pour lutter contre la « contrefaçon de masse » (selon l'expression du Président de la République), il faut envisager de s'essayer à une répression de masse impliquant d'importantes atteintes aux droits fondamentaux et aux libertés individuelles. Avec un risque notable que cette réponse – juridiquement disproportionnée – s'apparente *in fine* à un coup de masse dans le sable.

En effet, loin de la certitude exprimée par le Président Sarkozy, et comme l'explique très bien le rapport Cédras, les moyens techniques permettant de dissuader efficacement et de réprimer les auteurs de contrefaçon numérique sans porter atteinte aux droits de la défense, au droit au respect de la vie privée ou à la liberté de communication, n'existent pas.

Quant aux moyens techniques qui pourraient être expérimentés et mis en œuvre, si l'on faisait fi des obstacles juridiques soulevés par le professeur Cédras, ils n'auraient vraisemblablement qu'un impact fort limité sur les échanges non autorisés entre particuliers.

Nous attirons ainsi particulièrement votre attention sur le fait que les échanges visibles ne sont sans doute que la partie émergée de l'iceberg dans la mesure où une masse considérable d'échanges se fait via d'autres canaux, comme par exemple de disques durs à disques durs, via des réseaux privés chiffrés, ou encore via des services comme dl.free.fr qui ne peuvent être ni interdits, ni filtrés, ni surveillés sauf à faire de la France la Chine.

Comme cela est inconcevable, toute surveillance connue ou filtrage avéré entraînera immédiatement le développement de tels pratiques et services, et dans le même temps d'importants dommages « collatéraux » allant de l'erreur judiciaire à la condamnation de la France par la justice communautaire.

Une expérience personnelle pour illustrer mon propos : hier, après mon déménagement, j'attendais mon cablo-opérateur pour qu'il me reconnecte au réseau. Comme j'avais besoin de récupérer mon courrier électronique et que mon ordinateur est équipé d'une carte wi-fi, j'ai recherché des bornes ouvertes et je me suis connecté à l'une d'entre elles. Notez que j'aurais aussi très bien pu « casser » une borne dite fermée en quelques minutes avec un logiciel dédié aisément téléchargeable.

Si j'avais téléchargé un film durant mon heure de connexion à cette borne de dépannage et qu'un « radar » avait détecté le téléchargement, ce n'est pas moi qui aurais été accusé mais le propriétaire de la borne qui n'aurait jamais pu démontrer l'utilisation frauduleuse de celle-ci, et donc son innocence. Contrairement à une voiture, une adresse IP s'emprunte sans laisser de traces, à l'insu de l'abonné.

C'est pourquoi, comme l'APRIL l'écrivait dès 2004 dans une contribution au FDIⁱⁱⁱ – et comme le professeur Cédras l'a lui-même souligné – *« l'imputabilité des actes à un internaute particulier, condition essentielle de sa responsabilité pénale ou civile, est impossible à établir sans la visite de son disque dur. L'idée d'une réponse graduée automatique, aussi séduisante qu'elle ait pu apparaître, doit donc être abandonnée. »*

Quant au filtrage, nous rappelions dans la même contribution que la commission Propriété littéraire et artistique et libertés individuelles du CSPLA n'avait pu que constater que *« l'interruption de communication même non privée constitue en elle-même une atteinte à la liberté de communication, protégée par la Constitution et par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »*. Cela n'a pas changé.

Un filtrage automatique obligatoire – en plus d'être inefficace sans déploiement sur les infrastructures et interdiction du chiffrement, ce qui est impensable pour des raisons économiques et de sécurité informatique – est juridiquement inconcevable : l'autorité judiciaire est incontournable.

Dès lors, le seul effet notable qu'aurait la mise en œuvre de solutions comme la riposte graduée ou le filtrage serait de faire risquer à la France, voire aux acteurs impliqués, des sanctions pour atteinte aux droits fondamentaux. Elle dévasterait évidemment aussi l'image des industries qui poussent ces solutions. Elles seraient de nouveau traitées de rétrogrades et de liberticides.

Or ces industries ont déjà fort dégradé leur image suite aux actions de communication et d'influence qu'elles ont menées ces dernières années. De la campagne agressive du SNEP faisant un doigt aux internautes,^{iv} à la diffusion de guides mensongers dans les écoles,^v en passant par l'intrusion de représentants de la FNAC et de Virgin dans le périmètre sacré de l'Assemblée nationale,^{vi} les offenses ne se comptent plus, ont été médiatisées comme ils se devaient et nous pensons qu'il existe un lien de cause à effet direct entre la nature de ces actions et la chute des ventes de disques.

De même, le chantage aux subventions issues de la redevance "copie privée" pratiqué par des représentants d'éditeurs à l'encontre de députés,^{vii} a sans doute une fois qu'il a été dénoncé publiquement décomplexé de nombreux internautes : ils achètent maintenant des supports vierges au Luxembourg où aucune redevance n'est appliquée.

C'est un coup rude qui a sans doute été porté à la légitimité de la redevance, un coup aussi important que la sacralisation des dispositifs anti-copie. La redevance est maintenant assimilé par beaucoup à un « racket », et ceux qui la collectent à des « mafieux ».^{viii}

Il serait donc déraisonnable d'exposer les sociétaires de la SACEM et tous ceux qui plaident en faveur de mesures juridiquement disproportionnées à de nouveaux appels au boycott en les encourageant dans une voie sans issue. D'autant plus que, au-delà de leurs intérêts particuliers, c'est aussi l'acceptabilité du droit d'auteur qui est en jeu. Comme disait Portalis reprenant Montesquieu, il ne faut point de lois inutiles, elles affaiblissent les lois nécessaires.

De l'interopérabilité

Ceci étant précisé, et en vous recommandant vivement d'auditionner le professeur Jean Cédras si vous ne l'avez pas déjà fait – car il expliquera bien mieux que moi dans le détail ce que je viens d'exposer brièvement sur la riposte graduée et le filtrage – j'en arrive maintenant à l'interopérabilité.

Alors j'aurais pu dire « *l'interopérabilité du point de vue des auteurs et des utilisateurs de logiciels libres* », mais la réalité est que l'interopérabilité concerne l'ensemble des auteurs, éditeurs, distributeurs et utilisateurs de technologies numériques.

L'interopérabilité est ainsi, comme l'a relevé le Président, un élément essentiel pour qui souhaite la montée en puissance d'une offre numérique bon marché et simple d'utilisation, accessible tant par les utilisateurs de logiciels libres que par les utilisateurs de logiciels propriétaires. C'est d'ailleurs tout l'intérêt de l'interopérabilité que de ne pas lier une information numérique à un logiciel donné, ni même à un type de logiciel donné.

J'exposerai donc ici un chemin, j'oserai dire *le* chemin, pour arriver à la mise en œuvre d'une interopérabilité effective, non exclusive, respectueuse du droit de chaque auteur de choisir son modèle économique, et du droit du consommateur de choisir l'outil qui lui convient.

Ce chemin a déjà été tracé par l'Assemblée nationale en mars 2006.

Il s'agit d'acter que les mesures techniques sont utilisées par des entreprises en situation de position dominante à des fins de mise en captivité du consommateur. Il s'agit d'acter que la Commission européenne n'a pas été capable d'obtenir de Microsoft la fourniture des informations essentielles à l'interopérabilité dans des conditions réellement équitables et non discriminatoires, c'est-à-dire prenant en compte le modèle de développement du Logiciel Libre et ce malgré dix ans de procédures et des amendes records (Microsoft a d'ailleurs à ce titre été récemment condamné). Il s'agit enfin d'acter que la loi DADVSI empêche des PME françaises de distribuer des offres attractives : les seuls outils d'accès à des contenus multimédia qu'ils peuvent proposer sont assimilables à des outils de contournement et ils risquent la prison s'ils les diffusent.

C'est là une distorsion de concurrence flagrante : l'exemple de l'Assemblée nationale qui n'ose pas installer le très populaire logiciel libre de lecture de DVD – VLC équipé de libdvdCSS – et celui de la société Mandriva qui n'ose pas le distribuer sont plus que parlants. Comment donc répondre à des appels d'offres ou proposer une offre grand public à armes égales dans de telles conditions ?

La loi DADVSI favorise les abus de position dominante, et gèle la concurrence en générant de l'insécurité juridique, arme de guerre économique.^{ix}

Concrètement, il faut donc autoriser le contournement des mesures techniques à des fins d'interopérabilité, sécuriser réellement l'exercice des exceptions de d'ingénierie inverse et de décompilation, et rappeler que la protection juridique des mesures techniques ne peut s'opposer à la divulgation du code source d'un logiciel indépendant interagissant avec une mesure technique. Il faut également abandonner l'usine à gaz que constitue l'Autorité de Régulation des Mesures Techniques, à la saisine et à la marge de manœuvre par trop limitées . Il faut reprendre le chemin d'un droit à l'interopérabilité opposable devant un tribunal par tout justiciable.

Et pour garantir le droit à la copie privée et redonner sa légitimité à la redevance, il faut interdire les DRM ne permettant pas la récupération d'une copie à un standard ouvert. Le consommateur pris en otage doit avoir les moyens de se défendre.

D'aucuns diront que c'est aller trop loin. Pourtant si de telles règles ne sont pas posées, comment imaginer qu'une offre réellement interopérable et accessible voit le jour, vu les acteurs en présence et leurs pratiques connues ? Et comment développer une quelconque attractivité des offres payantes si leur valeur d'usage est moindre que celle offerte par les réseaux de distribution gratuits ? Sur ces réseaux en effet, les internautes ne trouvent pas que la gratuité mais aussi l'interopérabilité et la possibilité de réaliser des copies privées.

Alors bien sûr, prendre ce chemin demandera du courage à beaucoup qui devront affronter la réalité.

Le droit à l'interopérabilité, ce n'est pas le droit pour Microsoft ou Apple de choisir qui a le droit de lire une œuvre codée dans leur format et à quel prix. Son exercice ne peut être interdit aux auteurs et utilisateurs de logiciels libres sous prétexte que leurs logiciels pourraient servir à des contrefacteurs. L'interopérabilité, tout comme la liberté, ne se négocie pas.

L'interopérabilité est un droit fondamental à l'ère du numérique, et c'est seulement quand ce droit sera reconnu que pourront se développer des offres attractives, adaptées à l'ère du numérique car accessibles à tous sans restrictions illégitimes. Croire que l'on peut se contenter de rajouter des briques à la ligne Maginot numérique en occultant ce fait ne sera d'aucun secours à aucune industrie.

Des DRM libres, des amendements Vivendi et de l'informatique déloyale

Je voudrais maintenant profiter du temps qui me reste pour tordre le cou à quelques idées reçues, un peu en vrac et sans détours. Mais somme toute, vous êtes tous suffisamment au fait du dossier pour comprendre de qui et de quoi je parle.

Les gens qui disent qu'il est possible de contrôler l'usage d'une œuvre avec un Logiciel Libre, qu'il est possible de faire des DRM libres, mentent. Ils le font pour se rendre intéressants sans doute mais aussi pour éviter de dire la vérité telle qu'elle est.

Contrôle d'usage privé et logiciel libre sont ontologiquement incompatibles.^x Cela peut déplaire mais c'est ainsi et ce n'est pas prêt de changer. Il va donc vous falloir choisir. Vu que le contrôle d'usage privé est inutile et même contre-productif puisque rejeté par le public, à l'inverse du Logiciel Libre, le choix devrait être rapide.

De la même façon, ceux qui ont présenté les amendements Vivendi comme des dispositions intelligentes ont menti. Les amendements Vivendi n'existent nulle part ailleurs dans le monde, contrairement à ce qui a été prétendu. Ils sont trop ineptes : ils pénalisent une technique en tant que telle. Ces amendements ont d'ailleurs consterné des dizaines d'ingénieurs, à l'instar du fondateur de la société éditant le logiciel Azureus qui est parti aux États-Unis où soit-disant il risquait plus qu'en France.

Et qui pourrait le lui reprocher quand on voit qu'il est aujourd'hui poursuivi sur la base de ces amendements par la SPPF,^{xi} société dont le porte-parole déclare lui-même que cette attaque est un « *pis aller* » dans la mesure où il sait qu'il existe près de 200 logiciels P2P sur internet, que la plupart de ces logiciels tout comme Azureus sont libres donc incontrôlables, et qu'il ne pourra pas obtenir le filtrage aux frontières de tous les sites qui les hébergent.

Voilà un bel exemple de coup de masse dans le sable qui n'en constitue pas moins une mesure qui freine l'innovation dans notre pays.

Dans un autre genre, les promoteurs de l'informatique dite « *de confiance* » mentent aussi quand ils présentent leurs solutions de DRM comme acceptables sur le plan des libertés et ne posant pas de problèmes de sécurité nationale.

Cela n'a d'ailleurs échappé ni à la CNIL, ni au groupe Article 29, pas plus qu'au Secrétariat Général de la Défense Nationale qui a fait en sorte que la loi DADVSI contienne une disposition spéciale visant à éviter le pire s'il se présentait.^{xii}

À ce sujet, je cite toujours bien volontiers le dernier rapport sur la sécurité des systèmes d'information du député Pierre Lasbordes qui pose très bien le problème.^{xiii}

« Pour certains ces limitations d'usage sont justifiées par le développement du commerce électronique et la gestion sûre des droits de propriété intellectuelle. Mais en restreignant les droits de utilisateurs, NGSCB [Next Generation Secure Computing Base] donne un droit de regard aux constructeurs de matériels et de logiciels, de l'usage fait des ordinateurs personnels. Cette émergence d'une informatique 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, des applications à s'exécuter sur des PC donnés. Il en résulterait une mise en cause de l'autonomie des individus et des organisations (restriction des droits de l'utilisateur sur sa propre machine). Cela constitue une menace évidente à la souveraineté des États. »

Voilà qui est clair : jamais aucun DRM ne doit pouvoir contrôler réellement la machine des utilisateurs et donc être efficace car cela représenterait une menace évidente pour la sécurité économique nationale. S'obstiner dans cette voie est donc tout autant insensé que de vouloir surveiller et filtrer des millions d'internautes.

Pour conclure, un conseil.

Je pense que vous avez pris connaissance des récents propos de Guy Hands, responsable de Terra Firma, nouveau propriétaire de EMI, société qui propose désormais son catalogue sans DRM. Pour mémoire, informé de la décision du groupe Radiohead de distribuer son dernier album au format MP3, en avant-première, avec prix à la discrétion des fans, Guy Hands a écrit à son staff la chose suivante :

« Depuis trop longtemps l'industrie de la musique a été dépendante des estimations de ventes d'un CD. Au lieu de saisir les opportunités offertes par le numérique en terme de promotion et de distribution elle s'est plongée la tête dans le sable. »^{xiv}

Je vous invite dès lors, dans votre rapport, à lui botter les fesses pour qu'elle relève la tête et regarde vers l'avenir. Rien ne serait pire que de céder à la facilité qui consisterait à l'encourager à s'enfoncer un peu plus dans une voie si étroite qu'elle risque, à très court terme, de ne plus pouvoir se retourner. Quant au prix à payer d'ici là pour la société et l'économie françaises dans leur ensemble, il pourrait être élevé.

Je vous remercie de votre attention.

NB : L'intégralité des arguments contenus dans ce document a été présentée au cours de l'audition. Le texte n'a toutefois évidemment pas été lu mot à mot, hormis les citations et la conclusion. Il a été envoyé au secrétariat de la mission Olivennes, comme l'a demandé Denis Olivennes à la fin de l'audition.

- i Lettre de mission de Nicolas Sarkozy à Christine Albanel -
http://www.elysee.fr/elysee/elysee.fr/francais/interventions/2007/juillet/lettre_de_mission_du_president_de_la_republique_adressee_a_mme_christine_albanel_ministre_de_la_culture_et_de_la_communication.79213.html
- ii Rapport du professeur Jean Cédras sur le téléchargement illicite d'œuvres protégés par le droit d'auteur -
<http://www.odebi.org/docs/RapportCedras.pdf>
- iii Contribution de l'APRIL au Forum des droits sur internet -
<http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/april.pdf>
- iv « SNEP : un doigt qui passe mal » (reprise d'un article de TF1) -
<http://www.404brain.net/images/presse/TF1SNEP.pdf>
- v Martine Billard (députée Verts) : « Le guide Net Attitude résulte du lobby de l'industrie du disque » -
<http://www.01net.com/article/272321.html>
- vi « Quand Donnedieu de Vabres fait la pub de Virgin et de la FNAC à l'Assemblée » (reprise d'un article de Libération) - <http://eckmuhl.blogspot.com/2005/12/quand-donnedieu-de-vabres-fait-la-pub.html>
- vii « Pressions sur les élus : eucd.info demande une enquête parlementaire » - <http://eucd.info/258.shtml>
- viii « Racket » : <http://www.odebi.org/boycothon/> ; « mafieux »
<http://www.zdnet.fr/actualites/informatique/0,39040745,39370420,00.htm?xtor=RSS-1#comment-26000642>
- ix « Vers une insécurité juridique des systèmes d'information » (extrait d'une lettre de l'auteur au Premier Ministre paru dans la revue Défense et Sécurité Internationale en novembre 2005) - http://eucd.info/documents/DSI_09_SSI.pdf
- x « Interopérabilité : l'arlésienne du DRM », démonstration de l'auteur faite à la Direction du Développement des Media en janvier 2004 - <http://eucd.info/index.php?2004/01/28/41-intervention-ddm>
- xi « Les producteurs de musique indépendants à l'assaut de trois éditeurs de P2P » -
<http://www.01net.com/article/350882.html>
- xii Article 15 de la loi DADVSI rédigé par le Secrétariat Général de la Défense Nationale -
<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=MCCX0300082L>
- xiii Rapport du député Pierre Lasbordes sur la sécurité des systèmes d'information -
http://www.lasbordes.fr/IMG/pdf/26_novembre_doc_definitif.pdf
- xiv « Musique en ligne : la révolte gronde de l'intérieur » - <http://www.macgeneration.com/unes/voir/127019/musique-en-ligne-la-revolte-gronde-de-l-interieur>