

## **Présentation des textes concernés**

L'Assemblée Nationale doit examiner le 10 avril prochain le projet de loi portant ratification de deux traités de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) datant de 1996.

Ce projet de ratification fait suite à l'adoption de loi du 1er août 2006 dite DADVSI (pour « droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information »), loi qui transpose la directive 2001/29 CE ou EUCD (European Union Copyright Directive). L'EUCD avait pour objectif de mettre les États membres de l'Europe en conformité avec les traités OMPI.

## **L'échec des traités**

Ce projet intervient alors que l'impact de la mesure phare des traités, de la directive et de la loi est désormais avéré : la protection juridique des mesures techniques de protection des œuvres (la loi vient protéger la technique censée protéger le droit d'auteur) n'est d'aucune aide pour la protection des droits des créateurs. Les majors de la musique ont d'ailleurs abandonné l'idée du contrôle de copie par la technique, tant les mesures techniques, aussi appelées DRM pour Digital Rights Management, sont rejetées par le consommateur car elles l'empêchent de jouir de droits légitimes et menacent sa vie privée. Ces DRM sont par ailleurs systématiquement contournés, « cassés », et nul n'est poursuivi car les méthodes de contournement se diffusent à la vitesse de la lumière sur internet dès qu'elles sont trouvées et il faudrait alors poursuivre la terre entière.

## **L'effet de bord des traités**

La protection juridique des DRM engendre par contre une insécurité juridique cause d'une distorsion de concurrence majeure sur des segments clés du marché stratégique du logiciel, comme le segment des lecteurs multimedia. Des sociétés françaises du secteur du logiciel libre ne peuvent concurrencer les acteurs dominants sur le marché grand public, étant dans l'incapacité de proposer un simple lecteur DVD avec leur système d'exploitation sans risquer des poursuites. Les députés eux-mêmes sont obligés d'utiliser un logiciel propriétaire édité par une société américaine sur leur poste de travail Logiciel Libre, alors qu'il existe une alternative mondialement connue produite par des élèves de l'École Centrale de Paris : le Logiciel VLC. Le problème est que cette alternative n'est pas agréée par les majors américaines du film et du logiciel. Elle est donc, par la loi, marginalisée, sans que cette situation ne profite aucunement aux producteurs : la mesure technique que VLC contourne (CSS) a été cassée il y a plusieurs années, et ce logiciel est utilisé par des millions de particuliers. Il est simplement trop risqué de l'incorporer dans une offre commerciale, ce qui profite exclusivement à Microsoft et Apple.

On est dans une situation classique, où l'insécurité juridique est utilisée comme arme de guerre économique. Rien à voir avec le droit d'auteur.

## **Conclusion**

La ratification de ces traités n'a aucun sens. Les douze années écoulées depuis leur rédaction ont montré qu'ils n'étaient d'aucune utilité pour rémunérer les créateurs et empêcher les copies non autorisées. Le seul effet notable est qu'ils figent des positions dominantes obtenues de façon abusive sur un marché stratégique à l'ère du numérique. D'une utilité présumée pour la protection des droits des créateurs, on est passé à une utilisation avérée dans le cadre de la guerre économique. La France ne doit pas se lier les mains et doit au contraire reprendre l'initiative avec un geste fort.

## **Historique des traités OMPI, de la directive EUCD et de la loi DADVSI**

**Février 1993 (US)** : Dans le cadre de son plan de développement dit NII (National Information Infrastructure), l'administration Clinton lance un groupe de travail — le Working Group on Intellectual Property Rights — chargé d'étudier comment renforcer la loi américaine, et le droit international pour que, à l'ère du numérique, la propriété intellectuelle américaine soit protégée.

**Septembre 1995 (US)** : Le Working Group on Intellectual Property Rights publie un livre blanc II 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 à des 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, aux graves conséquences économiques et sociales. Face à la mobilisation, le projet de loi NIICPA est retiré.

**Décembre 1996 (OMPI)** : Conférence diplomatique de l'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 Millennium 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 ses effets néfastes sont déjà apparents.

**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'EUCD.

**6 juin 2005 (UE)** : Dans le cadre de sa 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 européenne 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, dont la France.

**Décembre 2005 (FR)** : Le début de l'examen du projet de loi DADVSI en urgence débute.

**Août 2006 (FR)** : après un débat épique, où les problèmes de vie privée, de concurrence, de souveraineté nationale ont été soulevés, et qui a vu des députés de tous bords défendre ensemble l'interopérabilité et le logiciel libre, le gouvernement passe en force sous la pression des lobbies du disque, du film et du logiciel propriétaire. Pendant les débats Apple fera venir une délégation spécialement des États-Unis pour convaincre les sénateurs de revenir sur des dispositions sur l'interopérabilité votées à l'unanimité par l'Assemblée. Le Secrétaire d'État américain appuiera publiquement l'action d'Apple. Mais le Sénat conservera une disposition essentielle, finalement censurée par le Conseil Constitutionnel sous les critiques de professeurs agrégés de droit public.

## Note du professeur Frédéric Rollin, agrégé de droit public, Université Paris X<sup>1</sup>

(...) La disposition législative, comme on le sait était une des plus importantes de la loi. Elle visait à pénaliser les « déverouillages » de DRM (pour reprendre l'expression majoritaire) ou des « mesures techniques de protection », pour parler comme le texte. Mais, le législateur n'avait adopté cette disposition que sous la réserve que soit garantie « l'interopérabilité », c'est à dire notamment qu'une mesure de protection qui empêche de copier un fichier issu du site de la marque A. sur un appareil de la marque S. puisse être contournée. Il n'est pas utile de rappeler ici combien cette exigence d'interopérabilité était au cœur des débats et que le texte n'avait été accepté politiquement que parce qu'il ménageait cette ouverture contre les système propriétaires des fournisseurs de fichiers et de matériel.

Or, le Conseil constitutionnel, estimant que cette notion d'interopérabilité était trop floue, supprime, ce seul membre de phrase tout en maintenant le principe de l'incrimination. C'est un des éléments importants qui a conduit l'ensemble des commentateurs de la décision à souligner que l'effet de la décision du Conseil est de durcir la loi, alors pourtant que le but du législateur et davantage encore celui des saisissants était de limiter le contour de l'infraction. (...)

Le Conseil constitutionnel ne s'interroge même pas sur le point de savoir si les dispositions censurées (la réserve d'interopérabilité) était inséparable du reste des dispositions créant des incriminations pénales spéciales au déverouillage des « DRM ». Pourtant, comme le montre les débats au Sénat, aussi bien le gouvernement que les parlementaires ne considéraient l'incrimination pénale nouvelle comme équilibré que parce qu'elle comprenait cette réserve [\(<http://www.senat.fr/seances/s200605/s20060510/s200605100>\)](http://www.senat.fr/seances/s200605/s20060510/s200605100). Dans ces conditions, il paraissait logique de concevoir cette réserve comme indissociable de l'incrimination prise dans son ensemble.

On nous objectera sans doute que si le Conseil avait admis cette inséparabilité il aurait, de manière symétrique, rompu l'équilibre voulu par les parlementaires majoritaires et qui supposait l'introduction de sanctions pénales pour protéger les DRM.

Nous n'en disconvenons pas mais, il nous semble qu'il est dans la logique du principe de la « nécessité des peines » de ne pas étendre une incrimination pénale au delà de la volonté du législateur et que c'est donc la restriction de l'incrimination (ou sa suppression) qui doit primer sur son extension, lorsqu'une question comme celle-ci se pose. Il nous semble qu'il y a là une logique profonde de tout notre système de droits et libertés.

Au terme de ce raisonnement, il apparaît donc que par cette décision, sans motivation particulière, le Conseil constitutionnel s'est livré à une opération doublement critiquable et menaçante :

- il a joué une partition résolument contraire à la volonté du législateur sur l'inséparabilité de l'incrimination pénale et de son exception ;
- dans le doute, il a privilégié l'extension de la répression pénale sur sa limitation ou sa suppression.

Là encore, disons le tout net, cette décision nous paraît très menaçante pour la justice constitutionnelle ainsi que pour notre système de protection des droits et libertés.

---

<sup>1</sup><http://frederic-rollin.blogspot.com/archive/2006/08/07/loi-dadsvi-une-inquietante-decision-du-conseil-constitutionn.html>