

Note sur le projet de loi « favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet » et sur le « rapport Thiollière »

François Pellegrini (pelegrin@labri.fr)

Version 1.0, 27/10/2008

Résumé

En plus de s'appuyer sur une mise en œuvre technique dépassée et inefficace, le projet de loi « favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet » pose de nombreux problèmes juridiques, dont plusieurs d'ordre constitutionnel.

L'impact de ce projet de loi est considérable : en plus de transformer la ressource publique mondiale qu'Internet est devenu en un réseau de distribution privé pour le bénéfice de quelques acteurs, il permet à ces acteurs de mettre en œuvre, sans aucun contrôle démocratique, des outils automatiques de surveillance du comportement des usagers de l'Internet jusqu'au sein même de leurs propres ordinateurs, et de les bannir d'Internet sans aucune décision de justice ni aucune possibilité matérielle de faire la preuve de leur bonne foi.

Cette note s'attache à expliquer pourquoi.

Le dispositif tel que fantasmé

Selon les promoteurs de ce projet de loi, il suffirait, pour faire remonter le niveau de consommation de biens culturels payants fournis par certains détenteurs de stocks de droits, de faire baisser l'intensité des échanges non-marchands sur Internet des œuvres couvertes par ces droits¹.

Comme le dit M. Thiollière dans son rapport (dont les numéros de pages des citations seront donnés entre parenthèses), il s'agit ici de « *trouver des moyens efficaces et adaptés en vue d'enrayer le phénomène de « petit piratage de masse »* » (p. 57), qui concerne selon les études citées 55 % des 18 millions d'abonnés français à l'Internet (pp. 15-16), soit donc près de 10 millions de personnes, ce chiffre étant mécaniquement amené à augmenter, selon l'auteur, avec l'augmentation du nombre de connectés.

Vue l'ampleur de la tâche consistant à traiter individuellement et judiciairement chacune des plaintes en suspicion de contrefaçon vis-à-vis d'internautes échangeant des fichiers d'œuvres dont les droits sont gérés par certains ayant droits, le dispositif envisagé par l'industrie culturelle repose sur un système automatique censé permettre de repérer les internautes impliqués, de les sermonner et, après le troisième avertissement, de les bannir de l'Internet pour une période de temps donnée, sans possibilité pour eux de s'abonner à un autre fournisseur (au moyen d'un fichier de liste noire).

1 D'un point de vue logique, ceci est déjà contestable, car la baisse des ventes de CDs, souvent prise comme exemple, est aussi liée à bien d'autres facteurs : baisse globale du budget consacré aux loisirs, report des dépenses vers d'autres activités ou média tels que les jeux vidéo, apparition d'une offre auto-produite auto-financée de qualité, etc. Nombre de personnes qui téléchargent certaines œuvres parce qu'elles sont disponibles gratuitement sur Internet n'achèteraient donc pas ces mêmes œuvres si la source des téléchargements venait à se tarir ; ils recourraient alors plutôt à des échanges de fichiers numériques de la main à la main. Ceci est cependant théorique, puisque le téléchargement se maintiendra.

La surveillance généralisée, à titre expérimental mais définitif

Malgré les dénégations du rapporteur sur la mise en place d'un système généralisé de surveillance et de filtrage des communications de l'ensemble des internautes par des entités privées, c'est bien cette solution qui transparaît dans le texte du projet de loi, au vu des chiffres annoncés (p. 63) : quotidiennement, 10 000 avertissements par courriel seraient envoyés aux abonnés à Internet soupçonnés de procéder à des actes de téléchargement, plus 3 000 lettres recommandées aux abonnés récidivistes et 1 000 décisions de suspension.

Un tel rendement ne peut être atteint, au vu des faibles moyens humains envisagés, que par le recours à des moyens automatiques de « reconnaissance de contenus », considérés comme « expérimentaux » (p. 82), mais sans que cela remette en cause leur usage de plus en plus large.

Néanmoins, une question essentielle reste posée : comment peut-on savoir si un contenu échangé est « licite » ou non ? La réponse, d'un point de vue purement technique, est : il n'y a aucun moyen. Un utilisateur envoyant des fichiers audio couverts par les droits d'auteur de l'une de ses adresses courriel à une autre peut juste être en train d'exercer son exception de copie privée, en transférant ces fichiers depuis l'ordinateur de sa maison vers celui de son bureau. Ce n'est qu'à travers le jugement humain qu'une action peut être comprise comme licite ou illicite.

Cependant, les promoteurs du texte semblent certains de pouvoir identifier les « échanges illicites ». Les deux seuls moyens à leur disposition sont soit de discriminer *a priori* certaines technologies et protocoles de communication, comme les systèmes pair-à-pair, sans considérer leur usage (comme si toutes les automobiles étaient bannies parce que certaines peuvent être utilisées comme voitures bélier contre des magasins), brisant de ce fait la neutralité de l'Internet, soit au vol en espionnant le contenu des données échangées, enfreignant les lois sur la correspondance privée.

Les deux sont inopérants : le chiffrement des communications empêche les agents intermédiaires d'analyser le contenu des données échangées, et l'un des prétendus logiciels de « reconnaissance de contenus » promus par l'industrie culturelle a été récemment reconnu inefficace par un tribunal en Belgique².

Les canaux chiffrés sont déjà monnaie courante, et sont recommandés par de nombreuses administrations pour sécuriser les échanges de données contre les interceptions électroniques par des systèmes de type Echelon. Je les utilise personnellement chaque fois que je me connecte à distance à mes ordinateurs. Mon trafic chiffré sera-t-il bloqué comme étant « illicite » par nature ?

Les moyens d'analyse de trafic envisagés par le projet de loi sont tout simplement inopérants. Ils peuvent facilement être mystifiés, soit pour cacher des téléchargements illicites, soit pour créer de faux positifs, comme nous le verrons par la suite.

L'innocence perdue

Pour les mêmes raisons que la culpabilité de l'internaute ne repose que sur des présomptions indirectes et aisément falsifiables, le dispositif prévu par le projet de loi ne peut permettre à un internaute injustement soupçonné de faire la preuve de son innocence. C'est pour masquer cette évidence qu'a été proposé par la Commission des affaires culturelles du Sénat le principe confus d'une surveillance généralisée des internautes par des logiciels espions (p. 140), proposition quelque peu surprenante lorsqu'elle émane d'une éminente institution d'un État démocratique, et dont on démontrera ici l'inanité.

Pour s'en convaincre, il suffit de se mettre à la place d'un titulaire d'abonnement dont l'adresse IP aura été transmise à tort à l'HADOPI. Cette personne recevra tout d'abord une première semonce, puis une

² <http://torrentfreak.com/anti-piracy-lobby-loses-against-non-filtering-isp-081026/> .

deuxième contre signature, dont il est dit que, puisqu'elles ne « *f[ont] pas grief par elles-mêmes [...], elles ne peuvent donc pas faire l'objet d'un recours juridictionnel* » (p. 112). Nous nous trouvons pourtant dans le cadre d'un harcèlement administratif au cours duquel cet abonné verra ses « points »³ lui échapper sans possibilité de recours, et qui fera qu'à la semonce suivante son accès sera automatiquement coupé. Le but de traumatiser et d'inciter les usagers à s'auto-censurer vis-à-vis de contenus pourtant licites mais non payants sera sûrement atteint, mais à quel prix, puisque l'utilisateur ne pourra plus agir en « *consommateur-internaute* » (p. 13) des sites « labellisés »⁴ qu'on ne pourra plus lui conseiller, faute de connexion. Ces premiers messages, preuves de présomption de culpabilité puisqu'ils concourent à la coupure de l'accès, font grief et nécessitent une procédure d'appel.

Une fois l'accès Internet de l'abonné coupé, ce dernier, fort du préjudice qui lui est causé, aura enfin le droit de pouvoir faire appel, sans pour autant que celui-ci soit suspensif ; nul ne sait donc quand il pourra retrouver sa connexion, qu'il ait l'habitude de correspondre par webcam avec sa famille éloignée s'il est invalide, de consulter ses déclarations de sécurité sociale, ou toute autre activité de communication qui ne semble, selon le rapporteur (p. 44), relever de l'expression d'aucun droit fondamental.

Mais comment un usager pourrait-il faire la preuve de son innocence ? Puisque la preuve de culpabilité est indirecte, basée sur un relevé de trafic passé mettant en jeu la « box » de l'abonné mais pas son (ou ses) ordinateurs, comment un abonné pourrait-il faire la preuve de sa bonne foi des semaines plus tard ? Une première réponse, proposée par M. Henrard, conseiller au Ministère de la culture, a été de proposer que les usagers puissent exhiber leur disque dur au tribunal comme preuve de leur bonne foi⁵. Face à l'évident constat qu'un usager peut avoir tout le temps de « nettoyer » le dit disque avant de le fournir, voire s'en procure pour l'occasion un deuxième parfaitement vierge, cette idée a plus amusé que convaincu. Cet exemple pittoresque illustre en revanche parfaitement le point crucial de ce texte : faute d'une preuve de « flagrant délit » de l'action délibérée de l'abonné, imposant une intervention humaine au domicile de celui-ci au moment où l'infraction peut être constatée, il est tout aussi arbitraire de supposer l'innocence d'un abonné vis-à-vis des traces numériques issues de sa « box », que sa culpabilité.

Ce principe fondamental s'applique tout autant au dispositif alambiqué proposé par la Commission des affaires culturelles (p. 138), selon lequel l'abonné serait arbitrairement exonéré de sa responsabilité pour peu qu'il justifie de l'usage sur son ordinateur d'un dispositif logiciel « réputé efficace »⁶ (sic !) de traçage de ses actions. Un utilisateur distrait ou mal intentionné pouvant désactiver ce logiciel, le rapport stipule que ce logiciel doit se connecter régulièrement chez son éditeur afin d'attester de son bon fonctionnement, l'exonération n'étant effective que dans le cas où le logiciel a indiqué être actif pendant la période incriminée.

Malheureusement pour le législateur ignorant de la technique, les faits sont têtus, et la solution précitée ne peut qu'exhiber les mêmes failles que la précédente :

- rien ne dit que l'utilisateur ne possède pas deux ordinateurs connectés à sa « box », l'un exécutant le logiciel espion miracle signalant avec régularité et assurance qu'il est actif et que tout est normal, pendant que sur son deuxième ordinateur l'utilisateur se livre aux actions les plus noires.

3 Pour reprendre l'analogie employée par certains promoteurs du projet de loi, et dont on voit ici les limites.

4 Notons au passage que ce label ne serait accordé qu'aux « *personnes proposant une offre commerciale légale d'oeuvres culturelles en ligne* » (p. 85). S'agirait-il par ce biais de déconsidérer auprès des usagers les offres tout aussi légales mais non commerciales des jeunes artistes mettant en ligne gratuitement du contenu auto-produit sous licence libre ?

5 <http://www.numerama.com/magazine/10149-Loi-Hadopi-l-abonne-pourra-fournir-son-disque-dur-comme-preuve.html> .

6 L'intitulé, ainsi que la présence de guillemets dans le texte initial, montrent l'étendue de la confiance que les auteurs du texte eux-mêmes accordent à de tels logiciels.

Rien ne permet de savoir si la personne qui se connecte par WiFi sur la « box » d'un usager pour effectuer des téléchargements illicites est un pirate extérieur ou bien l'usager lui-même. Qui faudra-t-il croire alors ? **Soit, en contradiction avec les assurances données par le rapporteur, la culpabilité de l'usager est maintenue dans les faits, et toute prétention à un droit à la défense n'est que fadaise, soit le bon droit de l'usager est supposé, vidant alors le projet de loi de sa substance.**

- afin de ne pas être « contourné », il y a fort à parier qu'un tel logiciel espion ne soit disponible que sous la forme de code binaire, uniquement pour des systèmes de type Microsoft Windows. Qu'en sera-t-il des usagers utilisant des systèmes comme Linux, voire ayant créé leur propre système d'exploitation ? Sera-t-il garanti qu'ils puissent disposer eux aussi de leur logiciel espion, ou cette disposition créera-t-elle une inégalité des citoyens devant la loi et une distorsion de concurrence, tous les usagers devant recourir à un système d'exploitation payant pour espérer échapper aux foudres de l'arbitraire ?
- obliger la présence sur tout ordinateur d'un tel logiciel ne peut que rappeler l'épisode malheureux du logiciel « anti-copie » XCP⁷ ajouté par SonyBMG à certains de ses CD. Ce logiciel représentait une menace sérieuse en terme de sécurité, en ouvrant des brèches qui favorisaient l'installation de logiciels malicieux, mais toute tentative de le supprimer était légalement impossible car étant assimilée au contournement d'une MTP au sens de DADVSI. Compromettre la sécurité nationale dans l'intérêt de l'industrie culturelle est un acte dont la proportionnalité mérite d'être étudiée.

Parce que ce projet de loi fait fi de la présomption d'innocence, et ne permet aucunement de garantir la manifestation de celle-ci face à des accusations arbitraires, il contrevient aux dispositions constitutionnelles qui fondent un État de droit.

Quand Goliath s'enrhumera

Admettons maintenant qu'en dépit des arguments exposés ici, ce projet de loi soit voté au prix de modifications cosmétiques, et que les moyens financiers et techniques considérables nécessaires à sa mise en œuvre soient investis. Qu'en est-il d'un dispositif qu'un homme seul peut défaire ?

Il suffira en effet à un unique « hacker » d'écrire un virus pour mettre à bas ce bien fragile édifice. Ce virus, au lieu de voler le carnet d'adresses des usagers, ou de détruire leurs données, se contentera d'interrompre silencieusement l'exécution du logiciel espion, puis d'entamer une séquence de téléchargements illicites les plus voyants possibles. Ensuite, au choix, le virus se supprimera au bout de quelques jours, espérant revenir par la suite, ou restera actif par périodes. Suite à une telle action endémique, les agents assermentés des éditeurs de contenu nourriront l'HADOPI des adresses IP qu'ils auront collectées, à la suite de quoi l'HADOPI demandera aux FAI de coûteuses identifications, enverra à des citoyens innocents de coûteuses lettres recommandées, puis leur coupera l'accès à Internet sans autre forme de procès.

Rangeons de suite l'« anti-virus absolu » au côté du « logiciel infallible de reconnaissance de contenus » et de la « mesure technique de protection inviolable » qui a égayé l'examen de la loi DADVSI, avec le résultat que l'on peut constater.

Le système aura vécu. Les artistes n'auront pas touché un sou de plus, le contribuable aura payé pour cette gabegie, la ministre qui a promu le texte rejoindra son prédécesseur dans l'oubli, et les partis et institutions qui l'auront voté auront perdu en crédibilité sur un sujet qui impacte plus de 18 millions de citoyens.

⁷ http://en.wikipedia.org/wiki/2005_Sony_BMG_CD_copy_protection_scandal .

Conclusion

Face à l'impossibilité mathématique de décider de l'innocence ou de la culpabilité d'individus sur la base de traces de connexion traitées automatiquement et a posteriori, l'approche restrictive mise en œuvre successivement dans les textes EUCD, DADVSI, puis maintenant HADOPI est vouée à l'échec.

Les promoteurs du projet de loi y faisant de constantes références, on citera pour conclure M. Denis Olivennes, auteur du rapport du même nom, qui s'exprimait sur la taxation des FAI pour compenser la suppression de la publicité sur les chaînes publiques⁸ : « *Dans quelques mois le gouvernement s'apercevra que, même freiné grâce à la loi sur le téléchargement, le piratage sur Internet se maintiendra à un haut niveau. Cela réduira les revenus de la production de cinéma, de programmes audiovisuels ou de musique. Il faudra alors chercher des financements complémentaires. La taxe sur les télécoms aurait été idéale, Internet contribuant ainsi à compenser les dommages qu'il a créés. Ce ne sera plus possible...* ».



⁸ Article intitulé : « *La méthode du Sapeur Camember* », *Le Nouvel Observateur*, N°2277 du 26 juin au 2 juillet 2008.