



## Petite histoire de la protection juridique des mesures techniques et des informations électroniques

De l'Audio Home Recording Act au rapport Vanneste

(Christophe Espern pour EUCD.INFO – Septembre 2005)

Draft – Ne pas disséminer – merci :-)

---

*“ In the early 1600s, a gifted math professor at the University of Pisa was summoned to Rome on suspicion of heresy for publishing ideas prohibited by law. Under authority of the Pope, Cardinal Bellarmine warned the scientist, Galileo Galilei, that he should not discuss or defend Copernican theories, which defied the states official position that the sun revolved around the Earth. Despite the legal prohibition, Galileo continued his experiments into whether the Earth revolved around the sun. In 1616, the Church sent him a secret threat letter, warning Galileo not to publicly defend Copernicanism. Still Galileo continued his research. After years of persecution, Pope Urban VIII granted him permission to write about Copernican theory on the condition that he treat it solely as a mathematical proposition. But when Galileo published Dialogue Concerning the Two Chief World Systems, the Church decided he had gone too far. He was called to Rome to face the Inquisition. Galileo was found guilty of heresy for his book, forbidden from publishing, and condemned to house arrest for the remainder of his life. Only because some of his works were smuggled out of Italy did the world gain access to his insights. “<sup>1</sup>*

---

*In 1987, a member of the RIAA proposed a system where DAT recorders would have copy protection in them. The copy protection would look for the presence of frequencies in a particular high-frequency band; if there was no audio present in this band, the recorder would assume that the music in question was copy protected, and would not allow recording of the music. The record companies would then release all music with this particular frequency band filtered out. It would be illegal to manufacture a DAT machine with the presence of audio in this frequency band; the RIAA was lobbying congress to make this the law of the land. ”<sup>2</sup>*

---

*HDCP is fatally flawed. My results show that an experienced IT person can recover the HDCP master key in about 2 weeks using four computers and 50 HDCP displays. Once you know the master key, you can decrypt any movie, impersonate any HDCP device, and even create new HDCP devices that will work with the 'official' ones. This is really, really bad news for a security system. If this master key is ever published, HDCP will provide no protection whatsoever. The flaws in HDCP are not hard to find. As I like to say: "I was just reading it and it broke."*

*What do you do when you find a result like this ? First, you have to write it down and explain it. Then you publish your paper so that the mistakes can be fixed, and others can learn from it. That is how all science works. I wrote a paper on HDCP, but I cannot publish it.<sup>3</sup>*

---

1 R.D. Gross, *Digital Millennium Dark Ages, New Copyright Law Used to Threaten Scientific Research*, 2001.

[[http://www.eff.org/IP/DMCA/Felten\\_v\\_RIAA/20011107\\_eff\\_felten\\_article.html](http://www.eff.org/IP/DMCA/Felten_v_RIAA/20011107_eff_felten_article.html)]

2 Wikipedia, *Serial Copy Management System*.

[<http://en.wikipedia.org/wiki/SCMS>]

3 N.Ferguson, *Censorship in action: why I don't publish my HDCP results*, 2001.

[<http://www.macfergus.com/niels/dmca/cia.html>]

# Introduction

**1992 (US) :** *l'Audio Home Recording Act* protège juridiquement le *Serial Copy Management System* (SCMS). Les systèmes analogues au SCMS certifiés par le Secrétariat d'État au commerce américain sont aussi protégés. L'importation, la fabrication et la distribution de matériels ayant pour effet de neutraliser un système de contrôle de copie protégé ou d'un enregistreur numérique non certifié par l'administration est prohibée, tout comme le fait d'altérer les informations afférentes à un régime de droits. <sup>(4)</sup>

## **Subchapter B - Copying Controls- § 1002. Incorporation of copying controls**

**(a) Prohibition on Importation, Manufacture, and Distribution.**-No person shall import, manufacture, or distribute any digital audio recording device or digital audio interface device that does not conform to -

(1) the Serial Copy Management System;

(2) a system that has the same functional characteristics as the Serial Copy Management System and requires that copyright and generation status information be accurately sent, received, and acted upon between devices using the system's method of serial copying regulation and devices using the Serial Copy Management System; or

(3) any other system certified by the Secretary of Commerce as prohibiting unauthorized serial copying.

**(b) Development of Verification Procedure.** - The Secretary of Commerce shall establish a procedure to verify, upon the petition of an interested party, that a system meets the standards set forth in subsection (a)(2).

**(c) Prohibition on Circumvention of the System.** - No person shall import, manufacture, or distribute any device, or offer or perform any service, the primary purpose or effect of which is to avoid, bypass, remove, deactivate, or otherwise circumvent any program or circuit which implements, in whole or in part, a system described in subsection (a).

**(d) Encoding of Information on Digital Musical Recordings.** -

(1) *Prohibition on encoding inaccurate information.* - No person shall encode a digital musical recording of a sound recording with inaccurate information relating to the category code, copyright status, or generation status of the source material for the recording.

(2) *Encoding of copyright status not required.* - Nothing in this chapter requires any person engaged in the importation or manufacture of digital musical recordings to encode any such digital musical recording with respect to its copyright status.

**(e) Information Accompanying Transmission in Digital Format.** - Any person who transmits or otherwise communicates to the public any sound recording in digital format is not required under this chapter to transmit or otherwise communicate the information relating to the copyright status of the sound recording. Any such person who does transmit or otherwise communicate such copyright status information shall transmit or communicate such information accurately.

**Mai 2005 (FR) :** informée qu'un amendement visant à interdire les logiciels P2P est actuellement proposé par les producteurs de disque aux parlementaires dans le cadre de l'examen annoncé du projet de loi transposant la directive EUCD, l'initiative EUCD.INFO active son réseau et se le procure.

*Est assimilé à un délit de contrefaçon, le fait, en connaissance de cause :*

1) de concevoir ou éditer un programme informatique permettant l'échange de fichiers numériques et n'intégrant pas un dispositif de protection de données protégées.

2) de mettre à disposition, de promouvoir, de faire connaître directement ou indirectement, un programme informatique permettant l'échange de fichiers numériques et n'intégrant pas un dispositif de protection de données protégées.

3) d'utiliser un programme informatique permettant l'échange de fichiers numériques et n'intégrant pas un dispositif de protection de données protégées.

*Les spécifications techniques des dispositifs de protection de données protégées sont fixées par décret en Conseil d'État.*

<sup>4</sup> *The Audio Home Recording Act*, chap. 10 de 1992 pour la protection juridique du SCMS et des systèmes analogues. [<http://www.copyright.gov/title17/92chap10.html>]

# I – Du lancement de l'IITF à l'échec du NIICPA

**Février 1993 (US) :** Début des travaux de l'*Information Infrastructure Task Force* (IITF).

*While the private sector will build and run virtually all of the National Information Infrastructure (NII), the President and the Vice President have stated clearly that the Federal government has a key leadership role to play in its development. Accordingly, the White House formed the Information Infrastructure Task Force (IITF) to articulate and implement the Administration's vision for the NII. The task force consists of high-level representatives of the Federal agencies that play a major role in the development and application of information technologies. Working together with the private sector, the participating agencies will develop comprehensive telecommunications and information policies that best meet the needs of both the agencies and the country. By helping build consensus on thorny policy issues, the IITF will enable agencies to make and implement policy more quickly and effectively.<sup>5</sup>*

L'un des objectifs fixés à l'IITF étant d'examiner “comment renforcer les lois nationales sur le droit d'auteur et les droits de propriétés intellectuelle, et les traités internationaux sur la propriété intellectuelle pour prévenir la piraterie et protéger l'intégrité de la propriété intellectuelle”,<sup>6</sup> un groupe de travail dédié est créé : le *Working Group on Intellectual Property Rights*, présidé par Bruce Lehman,<sup>7</sup> responsable du *Patent and Trademark Office* du Secrétariat d'Etat au Commerce. Il a bien pour mission “de faire des propositions pour protéger les droits d'auteur et les autres droits de propriété intellectuelle dans un monde électronique”.

**7 Juillet 1994 (US) :** les principales propositions du *Working Group on Intellectual Property Rights* sont rendues publiques via un livre vert. L'une des réponses proposées pour préserver l'équilibre entre créateurs et public à l'ère du numérique réside dans la prohibition des outils permettant de neutraliser les dispositifs anti-copie.

*The Working Group finds that prohibition of devices, products, components and services that defeat technological methods of preventing unauthorized use is in the public interest. Consumers of copyrighted works pay for the acts of infringers. The price of copyrighted works for legitimate users is higher due to infringement losses suffered by copyright owners. The public will also have access to more works via the NII if copyright owners can more effectively protect their works from infringement. Therefore, the Working Group recommends that the Copyright Act be amended to prohibit the importation, manufacture and distribution of devices, as well as the provision of services, that defeat anti-copying systems.*

Les critiques sont immédiates.

*By vesting copyright owners with control of any reproduction or transmission of their works, and then defining reproduction and transmission to include any appearance, even a fleeting one, of a protected work in any computer, and any transfer of that work to, from, or through any other computer, the Draft Report's recommendations would enhance the exclusive rights in the copyright bundle so far as to give the copyright owner the exclusive right to control reading, viewing or listening to any work in digitized form. The Draft Report comes down firmly on the side of increased rights for copyright owners and it endorses the goal of enhanced copyright protection without acknowledging any countervailing concerns. Because it is an advocacy document, it at times misrepresents the state of current law. It gives voice to only one side of complicated policy debates. In some cases, the Report identifies a particular alternative as more desirable because it gives copyright owners rights subject to fewer exceptions. The Report's drafters apparently did not perceive objectivity or balance to be their job.<sup>8</sup>*

---

<sup>5</sup> *The Information Infrastructure Task Force*

[<http://www.ibiblio.org/nii/NII-Task-Force.html>]

<sup>6</sup> *The National Information Infrastructure : Agenda for action (Executive Summary)*

[<http://www.ibiblio.org/nii/NII-Executive-Summary.html>]

<sup>7</sup> Wikipedia, Bruce Lehman.

[]

<sup>8</sup> J. Litman, *The Exclusive Right to Read*, Cardozo & Arts Ent. LJ 29, 1994.

[<http://www.msen.com/~litman/read.htm>]

**1994 (OMC) :** L'Annexe 1C des Accords de l'OMC portant sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) précise les conditions d'admission des exceptions ou limitations au droit d'auteur au travers du "test en trois étapes".<sup>9)</sup>

*Les Membres restreindront les limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits à **certains cas spéciaux** qui ne portent pas **atteinte à l'exploitation normale** de l'oeuvre ni ne causent un **préjudice injustifié aux intérêts légitimes** du détenteur du droit.*

Cette disposition va être utilisée intensivement pour tenter de restreindre les exceptions au droit d'auteur et justifier l'introduction de mesures techniques permettant de contrôler les exceptions qui pourtant, en droit français, échappent au monopole.

{vivant sur exceptions/limitations}

**Juillet 1994 (UE) :** la commission européenne lance les travaux sur son Plan d'action pour la société de l'information.

**6 Décembre 1994 (US) :** le *National Information Infrastructure Advisory Council* (NIIAC) communique à Bruce Lehman ses commentaires sur le Livre Vert du *Working Group on Intellectual Property Rights*. La réponse du NIIAC prend principalement la forme de questions.<sup>10</sup>

(...)

**i. Bans on decoding devices and services**

*Should bans on unauthorized decoding devices and services be placed in the Copyright Act or elsewhere in the U.S. Code, such as Title 18 or Title 47? Should the manufacture, distribution or use of such unauthorized devices or services be considered copyright infringement, if a cause of action will be given to manufacturers and operators as well as copyright owners? If it is defined as copyright infringement, how should the fair use doctrine be taken into account (for example, as applied to the provision of public access channels)? What impact will a ban on unauthorized decoding devices have on the ability to achieve interoperability under fair use, or to gain access to encrypted works that are not protected by copyright?*

*In addition to banning unauthorized decoding devices and services, should the law also bar the development and dissemination of software that decodes or "unlocks" programs without the copyright owners' permission? Should it expressly recognize the right to encode against copying?*

**k. Digital signatures**

*Should the law explicitly state that copyright owners may affix a digital signature or fingerprint to their works? Why should this be different from encryption of cable programming today?*

*Should the proposed prohibition against altering copyright management information be expanded to include a prohibition against modifying or deleting digital signatures?*

**n. International issues**

(...)

***What are the international implications of the Green Paper's interpretation of the public display right as covering virtually all NII uses, in light of Berne's lack of an independent public display right?** How will licensing be handled, in circumstances involving primary displays of the work at the point of origination, embodied in communications that are further distributed to the public, and intermediate displays that may occur in the telecommunications pathway? When would there be "private displays" that are not subject to a copyright owner's exclusive rights?*

*How would the Green Paper's proposals be integrated into a Global Information Infrastructure?*

(...)

9 OMC, *Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (ADPIC), 1994.

[[http://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/27-trips.doc](http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/27-trips.doc)] [vérifier URL]

10 NIIAC, *Response to the preliminary report of the Working Group on Intellectual Property Rights*, 1994

[<http://www.benton.org/publibrary/kickstart/nation.letterstoadmin.html#letter3>]

**Juillet 1995 (UE) :** la commission publie *Le Livre vert sur les droits d'auteurs et droits voisins dans la société de l'information*.<sup>(11)</sup>

“ si la numérisation expose les titulaires de droits d'auteur et de droits voisins à de nouveaux risques, elle rend aussi la gestion et le contrôle des actes d'exploitation potentiellement plus faciles grâce à l'emploi de dispositifs de contrôle d'accès, d'identification et de lutte contre la copie. Le succès de l'introduction à grande échelle de ces systèmes et dispositifs (qui sont en cours de développement ou déjà développés par le secteur privé) dépendra de la mise en oeuvre de mesures propres à assurer une protection juridique contre des actes tels que la neutralisation, la violation ou la manipulation desdits systèmes. ”

**Septembre 1995 (US) :** Le *white paper* produit par le *Working Group on Intellectual Property Rights* de Bruce Lehman est publié<sup>(12)</sup> Il contient une proposition de loi : le *National Information Infrastructure Copyright Protection Act* (NIICPA). Elle pour objet d'ajouter au *Copyright Act* les deux sections suivantes :

**1201. Circumvention of Copyright Protection Systems**

*No person shall import, manufacture or distribute any device, product, or component incorporated into a device or product, or offer or perform any service, the primary purpose or effect of which is to avoid, bypass, remove, deactivate, or otherwise circumvent, without the authority of the copyright owner or the law, any process, treatment, mechanism or system which prevents or inhibits the violation of any of the exclusive rights of the copyright owner under section 106.*

**1202. Integrity of Copyright Management Information**

(a) *False Copyright Management Information.* -- *No person shall knowingly provide copyright management information that is false, or knowingly publicly distribute or import for public distribution copyright management information that is false.*

(b) *Removal or Alteration of Copyright Management Information.* -- *No person shall, without authority of the copyright owner or the law, (i) knowingly remove or alter any copyright management information, (ii) knowingly distribute or import for distribution copyright management information that has been altered without authority of the copyright owner or the law, or (iii) knowingly distribute or import for distribution copies or phonorecords from which copyright management information has been removed without authority of the copyright owner or the law.*

(c) *Definition.* -- *As used in this chapter, "copyright management information" means the name and other identifying information of the author of a work, the name and other identifying information of the copyright owner, terms and conditions for uses of the work, and such other information as the Register of Copyrights may prescribe by regulation*

**28 Septembre 1995 :** Le projet NIICPA est déposé au Sénat par les sénateurs Hatch et Leahy.<sup>13</sup>

**25 Octobre 1995 :** le NIIAC répond à la demande de commentaires du Secrétaire d'État au budget sur le livre vert "*NII Security: The Federal Role*." Une annexe jointe à la réponse, intitulée "*Points additionnels et suggestions éditoriales*", aborde la question des mesures techniques et de leur protection juridique.<sup>14</sup>

*Appendix: Additional Points and Editorial Suggestions*

(...)

11 EUCOM, *Livre vert de la Commission sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information* - COM(95) 382, 1995 [<http://europa.eu.int/scadplus/printversion/fr/lvb/l24152.htm>]

12 B.A. Lehman, *Intellectual Property and the National Information Infrastructure, The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights*, sept. 1995. [<http://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/ipnii.txt>]

13

14

- On page 6, there is a discussion of technological approaches for entertainment, software, and computer services. Because security needs are defined in part by technological alternatives, more detailed consideration of technology options would be helpful.
- The same section states that "participants indicated that adequate technical capability was being developed to protect their own products." It is unclear whether this refers to protection of systems or to protection of intellectual property, and this vagueness might lead to the incorrect conclusion that there are current technological methods for protecting intellectual property once it has been released from a protected network. More clarity is needed here. The same section also would benefit from a mention of the issue of liability and a reference to the later discussion. Also appropriate here would be some consideration of the conflict between the benefits of open systems and the benefits of encryption.

(...)

- The discussion of technology that begins on page 19 is such an essential component of the paper that it might usefully be moved to an earlier point. No one can fully appreciate security issues without an understanding of the technology. In addition, a better description of technological alternatives would be very helpful. For example, the brief discussion of protecting content from unauthorized duplication in a digital environment would benefit from an analysis of possible solutions and the barrier to their development. A highly relevant example is the possibility of legislation for digital visual recording devices and media that would be similar in purpose to the Audio Home Recording Act. This would give the reader a sharper understanding of the difficulties and trade-offs that are involved.
- The paper would benefit from a discussion of certification and authentication of the NII. Principal concerns include how trust will be implemented on the NII; what it means to "certify" digital communications, records, and information; and what bodies and procedures are appropriate to carry out these functions. Both private and public means of authentication and certification may be desirable.

**Janvier 1996 :** 100 professeurs de droit écrivent une lettre ouverte aux Sénateurs Hatch et Leahy, au secrétaire d'Etat au commerce Brown et au vice-président Gore.<sup>15</sup>

(...)

**The radical quality of the White Paper's suggestions and interpretations of current law can be seen from the fact that they:**

- **Through a far-fetched and formalistic interpretation of copying, would make reading a document on the screen of your Web browser a copyright violation.**
- **Privatize much of the public domain by overturning the current presumption of "fair use" in non-commercial copying. Instead, wherever the same material could instead be licensed by the user, the use would be presumed to be an infringement. Fair use is a crucial part of copyright law, providing as it does the raw material for much of scholarly research, news reporting, and public debate. This provision, coupled with others in the White Paper, has the potential to cut those who cannot afford to "license" information off from the information highway, in dramatic contrast to the Clinton Administration's expressed commitment to "universal access."**
- **Make on-line providers -- America On-line, for example -- strictly liable for violations of copyright by their members, making it necessary for them to monitor what their users are doing, with obvious negative effects on privacy and on affordable access to on-line services.**
- **Make you civilly liable for attempting to attempt to tamper with any copyright protection device or system (such as encryption of programs and other digital products or the on-line equivalents of caller I.D. ) even if you do so, not with the intention of illegitimately copying the product but for entirely legitimate purposes, such as protecting your own privacy. This provision would also allow software companies to circumvent the current law on decompilation; by locking up their programs they could deny other companies the right they hold under current law to "decompile" those programs so as to achieve "interoperability." In doing so it would confer an enormous advantage on the current large players, increase the monopolistic tendencies in this market and undermine innovation and competition.**
- **Make it a Federal crime to remove, for whatever reason, any of the copyright management information embedded in any document.**

15 D.H. Rothmann, 100+ Law Professors Criticize White House's Radical Paper on Intellectual Property, 1996. [<http://www.clark.net/pub/rothman/boyle.htm>] (via archive.org)

(...)

*The White Paper has effects on privacy, on the potential for informed democracy, on public education, on scholarly research, on future innovation, on market power; on the very structure of the information economy.*

(...)

*To all of these substantive concerns we would add a concern with the process. **The Administration has pursued a "dual track" strategy with the White Paper, lobbying for it both as the basis for both domestic legislation and international agreement.** Intellectual property treaties generally only allow the citizens and corporations of a state to claim particular intellectual property protections abroad if their own State recognizes those same protections at home. Thus, an Administration which proposes expansive intellectual property protection abroad can, by getting other countries to accept these protections, put overwhelming pressure on the Congress. Only by voting for restrictive rules at home, the argument will go, can we assure that our companies can compete on a level playing field abroad. **This "bootstrapping" technique obviously has disturbing consequences, both for the separation of powers and for citizens' ability to participate in democratic decision making.***

(...)

*For all of these reasons we would ask that;*

- *Senate Bill 1284 and House Bill 2441 be withdrawn for further study.*
- *Hearings be held in which there are representatives of all views, and not merely those of the largest rights-holders.*
- *An open, public deliberative process can be conducted in which participation is not effectively limited to the copyright bar;*
- *We also ask Secretary Brown and Vice President Gore that, consistent with the principle of the separation of powers, the administration not take any action on the international arena which would effectively commit the United States to a particular set of intellectual property rules without domestic debate.*

**28 Février 1996 (US) :** Bruce Lehman, qui est devenu entre temps secrétaire d'État au commerce, répond au professeur James Boyle, un des signataires de la *Lettre Ouverte des cents professeurs de droit*.

(...)

*It is not clear what concern the Open Letter is addressing. Perhaps, the concern is with the criminal nature of the provision. However, if this is, in fact, the case, it is not clear why making the falsification, alteration or removal of any copyright management information a criminal act would be problematic. Under existing copyright law, certain non-infringing acts are considered to be criminal acts, including:*

- *fraudulently placing a copyright notice that a person knows to be false on any article; fraudulently publicly distributing or importing for public distribution any article containing a copyright notice the distributor or importer knows to be false; and*
- *fraudulently removing or altering any notice of copyright on a copy of a copyrighted work. See 17 U.S.C. § 506 (c)(1988).*

*The copyright management information provision suggested in the White Paper simply mirrors existing law with respect to copyright notices. Both provisions are intended to protect the public. The copyright notice provisions in section 506 of the existing Copyright Act protect the public from false information regarding whether the work is protected by copyright, who owns the copyright in the work, and when the work was first published. Similarly, the copyright management provisions suggested in the White Paper attempt to protect the public from false information about who created the work, who owns rights in the work, and what uses may be authorized by the copyright owner. Because of the similarities between the scope and the purposes of the two provisions, **the Working Group believed that, like violations of the copyright notice prohibitions, violations of the copyright management information provisions should likewise be considered to be a criminal act.**<sup>16</sup>*

**19 Avril 1996 (US) :** Le professeur Boyle envoie une très longue lettre à Bruce Lehman.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> B.A.Lehman, *Réponse à James Boyle à propos de la lettre ouverte des cents professeur de droit*, 1995. [<http://www.clark.net/pub/rothman/boyle.htm>](via archive.org)

<sup>17</sup> J.Boyle, *Réponse à Bruce Lehman*, 1996.

(...)

Many readers will imagine that copyright management information would simply be a line of text -- for example "James Boyle © 1996" or something of the kind. One might imagine a copyright violator removing the author's name or the line that indicated the software was the copyrighted property of Microsoft and not "freeware." If this were indeed the case, it would be hard to question the rationale of the section.

As the drafters are aware, however, **the digital environment permits the embedding of information in a document at a much deeper level so that it appears in every significant fragment of the work;** it also permits the embedding of information which automatically changes whenever a copy is made. **Thus the distinction between §1201 covering copyright protection devices and §1202, covering copyright management information, might blur and even disappear.** The White Paper itself discusses the use of steganography, popularly known as "digital fingerprinting" or "digital watermarking," to protect documents. Steganography can embed copyright management information in every fragment of a digital work so that it cannot be disassociated from it. "Digital signatures," allow a different kind of control, one which can actually be used to detect changes made to a document. As the White Paper points out "[b]y using digital signatures one will be able to identify from whom a particular file originated as well as verify that the contents of that file have not been altered from the contents as originally distributed.

**Both of these techniques seem valuable and beneficial ways of tracking copyright violation on the Net. But when they are read in the light of the criminal penalties for the knowing transmission of a document with altered copyright management information, they require -- at the least -- a little clarification.** Will a person using the fair use privilege to quote from a digital document confront an automatic pop-up message which informs him that an excerpt from the document will be detected as an alteration to its checksum, producing a signal that its digital signature is now false? Will a subsequent transmission of the quoted fragment to a friend on the Net violate §1202? (Notice that violation of §1202 is a criminal offense and that the §1201 defenses are unavailable.) **Will this device be used by copyright owners to prevent fair use "cut and paste" quotation and thus guarantee themselves a greater flow of licensing fees --** assuming that the White Paper's definition of fair use does not do so in the first place? Will the on-line service providers (particularly if the White Paper has succeeded in making them strictly liable) tend to adopt a rigid and rule-like approach to the subject, refusing to transmit any document with an altered digital signature, thus cutting off fair use by private and mechanical, rather than public and court-enforced means?

**Will a person who is not otherwise violating copyright law, indeed who is exercising a user's privilege, but who is informed that this will change the digital signature be criminally liable for knowingly transmitting a document with an altered signature? The answer to all of these questions may be no, but the technology is sufficiently unfamiliar that I, for one, would rather see an amendment that made it clear that this provision could not be used so as to circumvent or frustrate the existing privileges of users.**

Face à la mobilisation, l'administration Clinton recule et le projet NIICPA est abandonné ... du moins sous sa forme actuelle ....



## **II – Des traités l'OMPI à la lettre de menace envoyée au Pr Felten par la RIAA**

**2/20 Décembre 1996 (OMPI) :**

**I - La Conférence diplomatique de l'*Organisation Mondiale pour la Propriété Intellectuelle* (OMPI) portant sur certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins s'ouvre à Genève. En tant que secrétaire d'État au Commerce américain, Bruce Lehman emmène la délégation américaine .**

Les conférenciers doivent examiner deux projets de traités, l'un sur le droit d'auteur et l'autre sur les droits des producteurs et de artistes-interprètes. Les deux projets de traités contiennent deux articles qui ressemblent comme deux gouttes d'eau aux sections 1201 et 1202 du NIICPA.

- en équivalence de la section 1201 du NIICPA, un article rendant illégal *“l'importation, la fabrication ou la distribution de dispositifs de neutralisation de la protection, ou l'offre ou la prestation de tous services ayant un effet identique, par quiconque sait ou peut raisonnablement penser que les dispositifs ou les services seront utilisés aux fins ou dans le cadre de l'exercice des droits prévus par le présent traité sans que celui-ci soit autorisé par le titulaire des droits ou par la loi”*. Un *“dispositif de neutralisation de protection”* est défini comme *“tout dispositif, produit ou composant incorporé dans un dispositif ou un produit ayant essentiellement pour objet ou pour effet de déjouer tout procédé, traitement, mécanisme ou système destiné à prévenir ou empêcher tout acte auquel s'appliquent les droits prévus par le présent traité”*.

- en équivalence de la section 1202, un article rendant illégal, entre autre, le fait de *“supprimer ou modifier, sans y être habilitée, toute information relative au régime des droits se présentant sous forme électronique”*. Les *informations relative au régime des droits* sont défini comme *“des informations permettant d'identifier l'œuvre, l'auteur de l'œuvre, le titulaire de tout droit sur l'œuvre et tout numéro ou code représentant ces informations, lorsque l'un quelconque de ces éléments d'information est joint à l'exemplaire d'une œuvre ou apparaît en relation avec la communication d'une œuvre au public”*.

Lors des débats, le représentant de l'Australie pointe le fait que la rédaction proposée pour l'article prohibant certains dispositifs pourrait interdire des outils permettant d'accéder à des oeuvres libres de droit ou d'exercer des actes n'étant pas des infractions au droit d'auteur. Il suggère qu'un *“langage adéquat”* soit utilisé pour éviter cet écueil. Il propose également que l'article sur les informations électroniques protégées soit modifié de façon à ce que la suppression d'informations relatives à un régime de droits ne soit elle aussi sanctionnable que lorsqu'elle reliée à une atteinte à un droit exclusif.<sup>18</sup>

Le représentant de Singapour déclare lui que la rédaction proposée risque de rendre illégal la copie à des fins personnelles, scientifiques ou d'éducation et plus largement d'empêcher certains usages licites du public. Il exprime par ailleurs des inquiétudes sur le fait que l'article proposé n'est pas forcément compatible avec certaines lois existantes dans de nombreux pays qui autorisent expressément l'ingénierie inverse et la décompilation. Il prend enfin les même positions que l'Australie sur la suppression des informations relatives à un régime de droits.

Le représentant de l'Allemagne pour sa part signale que l'expression *“les Parties contractantes doivent déclarer illégale”* sous-entend que les parties en question doivent prendre des sanctions pénales et qu'il serait sans doute plus judicieux de les laisser choisir la qualification juridique qu'ils estiment appropriée.

---

<sup>18</sup> OMPI, *Comptes rendus analytiques, CRNR/DC/102* (§§ 536 pour l'Australie), 1996  
[\[http://www.wipo.int/documents/fr/diplconf/distrib/pdf/102dc.pdf\]](http://www.wipo.int/documents/fr/diplconf/distrib/pdf/102dc.pdf)

**II - Au regard du nombre de délégations le contestant, l'article visant à prohiber les dispositifs ayant essentiellement pour objet ou pour effet de déjouer tout procédé, traitement, mécanisme ou système destiné à prévenir ou empêcher tout acte auquel s'appliquent les droits prévus par le présent traité est finalement complètement remanié sur la base d'un amendement proposé par l'Afrique du Sud et soutenu notamment par l'Union Européenne.<sup>19</sup>**

Dans sa version finale, le traité indique ainsi les “*Les Parties contractantes doivent prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en œuvre par les auteurs dans le cadre de l'exercice de leurs droits et qui restreignent l'accomplissement, à l'égard de leurs œuvres, d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs ou permis par la loi*”.

### **1°) Sur l'objet protégé par les mesures techniques efficaces et les conditions de mises en oeuvre donnant droit à protection**

Les mesures techniques efficaces mises en oeuvre par les auteurs ne peuvent restreindre des actes que sur *leurs oeuvres* et sont mises en oeuvre *dans le cadre de l'exercice de leurs droits*. Une mesure technique mise en oeuvre par quelqu'un ne disposant pas de droit d'auteur sur l'oeuvre qu'il entend protéger ne devrait donc pas être protégée. On peut toutefois s'interroger dans la mesure où une même mesure technique peut être utilisée pour protéger une compilation d'oeuvres dont certaines sont protégées par ou avec autorisation des auteurs, alors que d'autres non.

### **2°) Sur la forme des outils prohibés et des mesures techniques efficaces :**

Le traité ne tente plus du tout de définir les outils prohibés. Il n'est en fait même plus mentionné que certains outils doivent être prohibés.

Pour les outils protégés, qui pouvait auparavant prendre la forme de “*tout procédé, traitement, mécanisme ou système*”, on parle désormais de *mesures techniques efficaces*, sans autre précision sur ce qu'est en pratique *une mesure technique* et sur ce qui fait qu'elle est *efficace* ... si ce n'est sans doute quand elle atteint ses objectifs.

### **3°) Sur le type d'acte prohibé :**

A l'origine, seuls les actes de mise à disposition de dispositifs de neutralisation, et les actes de neutralisations pratiquées dans le cadre d'une prestation de services étaient expressément visés (*importation, fabrication, distribution, offre ou prestation de services*). Désormais, le traité vise laconiquement la *neutralisation des mesures techniques efficaces*.

D'une liste d'actes ayant clairement une dimension commerciale, qui visait à empêcher la conception et la circulation de dispositifs interdits ou la création d'un marché de services autour de ses dispositifs, on passe à une interdiction de l'acte de neutralisation en tant que tel avec une limitation de l'interdiction fixée uniquement par la légitimité du dispositif à prétendre à la protection. Si le dispositif n'est pas éligible au rang de mesure technique efficace, il peut être neutralisé, sinon non.

---

<sup>19</sup> CRNR/DC/102 (§§ 519 pour l'Afrique du Sud et 529 pour l'UE), voir note 18

**2°) Sur les objectifs que les mesures techniques efficaces doivent poursuivre pour être protégées (et sans doute efficaces) :**

A l'origine, les outils protégés étaient ceux qui étaient destinés “à prévenir ou empêcher tout acte auquel s'appliquent les droits prévus par le présent traité”. Avec la nouvelle rédaction des droits autres que ceux prévus par le traité peuvent désormais être restreints par une mesure technique puisque sont concernés les actes qui ne sont pas “*autorisés par les auteurs ou permis par la loi*”.

Cette formulation, utilisée à l'évidence pour tenter de définir l'étendue des actes que peut restreindre une mesure technique, est intéressante dans la mesure où elle met en quelque sorte en concurrence la volonté des auteurs et la loi. Que se passe-t-il si la mesure technique empêche des actes permis par la loi mais non autorisés par l'auteur ? Est-elle toujours une mesure technique efficace protégée ? Peut-elle être neutralisée ?

Trois cas posant clairement la problématique de la compatibilité des mesures techniques avec la loi ont d'ailleurs été évoqués lors des débats :

a) le cas de l'exception : un dispositif restreint ou limite un usage pourtant permis par une loi nationale au titre d'une exception.

b) le cas de l'usage licite autre que l'exception : une mesure technique empêche l'accès, la lecture d'une oeuvre, à un utilisateur légitime, acte ne relevant ni de l'exception, ni du droit exclusif.

c) le cas de l'oeuvre passée dans le domaine public : une mesure technique empêche la copie d'une oeuvre dont les droits patrimoniaux sont épuisés.

**4°) Sur les sanctions à prévoir :** le traité n'appelle plus ouvertement à la mise en place de sanctions pénales en cas de neutralisation, se contentant de demander “*une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces*”.

Sur ce point, il semble donc que l'Allemagne ait été entendue et que le libre choix reste aux parties contractantes, bien qu'il faille forcément à un moment ou un autre définir les critères ou le référent permettant d'évaluer ce qui *approprié* et *efficace*.

Le fait que les mesures techniques efficaces doivent être mises en oeuvre par les auteurs sur leurs oeuvres et dans le cadre de l'exercice de leurs droits (voir 1°) laisse penser que une mesure technique efficace mise en oeuvre dans le cadre d'exercice de droits ne relevant pas ou plus du monopole ne doit pas être protégée. On peut en effet estimer *inapproprié* de protéger un dispositif qui permet d'aller au delà de la loi. Reste le cas de l'exception. Peut-elle être limitée directement ou par effet de bord ? Vaste question en l'absence d'interprétation par un panel spécial de l'OMC du test en trois étapes appliqué à une exception existant pour protéger des droits fondamentaux (cas de l'exception de copie privée par exemple).

L'un dans l'autre, apparemment, les États désireux de ne pas sanctionner le contournement réalisé à des fins de jouissance d'un droit échappant au monopole peuvent le faire, et le champ des outils et des actes préparatoires à prohiber tout comme la gamme des sanctions reste libre. La rédaction semble suffisamment floue pour laisser aux parties contractantes une vaste marge de manoeuvre et de mauvaise foi, dans un sens comme dans l'autre.

### **III – Mais, les dispositions sur la protection des informations protégées ont été parallèlement modifiées sur proposition des États-Unis et la nouvelle rédaction brouille tout raisonnement qui ne porterait que sur l'interdiction de *neutralisation des mesures techniques efficaces*.**

1°) Dans la version finale du traité, les parties contractantes sont clairement invitées, en creux, à prendre des sanctions pénales pour la suppression et la modification d'informations relatives à un régime de droits quand la personne qui commet l'un de ces actes le fait *en sachant* que cela *va entraîner, permettre, faciliter ou dissimuler une atteinte à un droit*.

Si la conscience de la suppression n'est plus l'élément moral qui permet l'incrimination pénale (auparavant la suppression *en connaissance de cause* suffisait), le fait de savoir que l'altération d'une information protégée *va faciliter* une contrefaçon est un acte qui semble bel et bien devoir être sanctionner au pénal par les parties contractantes puisqu'est précisé un peu plus loin *ou en ce qui relève des sanctions civiles en ayant des raisons valables de penser* que la suppression d'une information

Allez donc prouver que vous ne saviez pas ou que vous n'aviez pas de raisons valables de penser que l'ami à qui vous avez prêté un CD contenant des oeuvres converties à un format ne permettant pas la sauvegarde de toutes les informations protégées jointe à la copie source, allait le copier et le mettre sur Internet au lieu de se contenter de l'écouter.

2°) D'autre part, la définition des informations afférentes à un régime de droit a changé.<sup>20</sup>

*The definition of RMI was expanded to include information about the terms and conditions set by the owner for use of the work, as well as "numbers or codes that represent such information." As noted above, because CMS necessarily incorporate this information, a single act of tampering may implicate both Article 12 and Article 11.<sup>21</sup>*

## **CONCLUSION**

Au final, la rédaction finale des traités de 1996 n'apporte pas de réponses à des questions cruciales, pourtant soulevées précédemment avec acuité, que ce soit par les cents professeurs de droits dans leur lettre ouverte, par James Boyle dans sa réponse à Bruce Lehman, et par certaines délégations à Genève.

Ainsi, la conversion d'un fichier protégé à un format ouvert à des fins d'usage privé ou d'envoi de courte citation à un ami - acte qui impose parfois de neutraliser une mesure technique, qui rend la copie complète ou partielle obtenue reproductible et modifiable à l'infini, et qui occasionne incidemment, la perte d'informations protégées – doit-elle tomber sous le coup de la loi dans les pays désireux de ratifier le traité ?

Et la distribution d'un logiciel permettant une telle conversion et implémentant des algorithmes obtenus via ingénierie inverse sur la partie logicielle d'une mesure technique doit-elle être interdite dans l'absolu, ou seulement quand le logiciel interagissant avec la mesure technique est présenté comme permettant de contrefaire, au travers de publicité par exemple ?

20 [OMPI, *Amendement de la délégation des États-Unis modifiant l'article 12*, 1996  
[\[http://www.wipo.int/documents/fr/diplconf/distrib/pdf/48dc.pdf\]](http://www.wipo.int/documents/fr/diplconf/distrib/pdf/48dc.pdf)

21 J.E. Cohen, *Some Reflections on Copyright Management Systems and Laws Designed to Protect Them*, Berkeley Tech. LJ, 161, 1997.  
[\[http://www.law.georgetown.edu/faculty/jec/reflections.pdf\]](http://www.law.georgetown.edu/faculty/jec/reflections.pdf) ;

Et enfin, le fait de faire connaître directement ou indirectement un *procédé, traitement, mécanisme ou système permettant de déjouer une mesure technique efficace* doit-il être prohibé ?

Dit autrement, et sur le mode du *quizz*, un journaliste, un auteur-développeur ou un chercheur qui publierait un article expliquant que “le logiciel X, que l'on trouve à (<adresse internet du logiciel>), neutralise la protection de la mesure technique efficace Y en mettant en oeuvre l'algorithme de déchiffrement Z qui fonctionne comme suit [description du fonctionnement de l'algorithme Z en langage naturel, code source l'implémentant ou expression mathématique le représentant]” doit-il être censuré a) pour le lien, b) pour avoir donné le nom du logiciel, c) pour avoir donné le nom de l'algorithme, d) pour avoir communiqué des informations techniques ou scientifiques interdites au public ?

Plusieurs réponses possibles ....

#### ***Art. 11 – Obligations relatives aux mesures technique***

***Les Parties contractantes doivent prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces*** qui sont mises en œuvre par les auteurs dans le cadre de l'exercice de leurs droits en vertu du présent traité ou de la Convention de Berne et ***qui restreignent l'accomplissement***, à l'égard de leurs œuvres, ***d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi.*** ”

#### ***Art. 12 - Obligations relatives à l'information sur le régime des droits***

1) ***Les Parties contractantes doivent prévoir des sanctions juridiques appropriées et efficaces contre toute personne qui accomplit l'un des actes suivants en sachant ou, pour ce qui relève des sanctions civiles, en ayant des raisons valables de penser que cet acte va entraîner, permettre, faciliter ou dissimuler une atteinte à un droit*** prévu par le présent traité ou la Convention de Berne:

i) ***supprimer ou modifier, sans y être habilitéée, toute information relative au régime des droits*** se présentant sous forme électronique;

ii) distribuer, importer aux fins de distribution, radiodiffuser ou communiquer au public, sans y être habilitéée, des œuvres ou des exemplaires d'œuvres en sachant que des informations relatives au régime des droits se présentant sous forme électronique ont été supprimées ou modifiées sans autorisation.

2) Dans le présent article, ***l'expression «information sur le régime des droits» s'entend*** des informations permettant d'identifier l'œuvre, l'auteur de l'œuvre, le titulaire de tout droit sur l'œuvre ou ***des informations sur les conditions et modalités d'utilisation de l'œuvre, et de tout numéro ou code représentant ces informations***, lorsque l'un quelconque de ces éléments d'information est joint à l'exemplaire d'une œuvre ou apparaît ***en relation avec la communication d'une œuvre au public.***

**21 janvier 1998** : la Commission présente au Parlement, une proposition de directive concernant l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (plus connue sous le nom d'EUCD pour *European Union Copyright Directive*) .

Lors des travaux préparatoires, une délégation représentant les États-Unis est venu “observer” notamment l'implémentation du traité OMPI par les européens. Michel Vivant, éminent professeur de droit qui suit ces travaux dira plus tard lors d'une conférence EUCD.INFO à l'Assemblée Nationale : “*j'ai compris à cette occasion ce que voulait dire le mot 'observer'. C'est quelqu'un qui parle beaucoup.*”<sup>22</sup>

**Octobre 1998 (US)** : le *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA), qui implémente les traités OMPI en droit américain, est signé par le président Clinton après avoir été adopté à l'unanimité par le Sénat le 14 mai. Le texte original proposé par l'administration Clinton pénalisait tout acte de contournement que l'objectif poursuivi soit licite ou non et ne prévoyait qu'une seule exception à cette interdiction (pour les services de l'État).

<sup>22</sup> M. Vivant, *conférence à l'Assemblée nationale*, 2003  
[<http://eud.info>]

*“Although Administration officials admitted in Congressional testimony that its preferred legislation went beyond what the WIPO Copyright Treaty required, it argued for this broader rule in part to set a standard that would help the U.S. persuade other countries to pass similarly strong rules”*<sup>23</sup>

Suite à une nouvelle mobilisation d'universitaires, d'associations de consommateurs et d'industriels notamment de la *Silicon Valley*, de nouvelles exceptions à l'interdiction de contournement sont rajoutées en première lecture (interopérabilité, vie privée, sécurité informatique, cryptologie, ...). Mais sous la pression de l'industrie du disque et du film et de l'administration Clinton, les sénateurs limiteront finalement drastiquement ces exceptions. Le professeur Pamela Samuelson écrira plus tard à leur propos : *“They are unpredictable, overbroad, inconsistent, and complex”*.<sup>24</sup>

**Fin 1998 (US) :** l'industrie du disque lance la *Secure Digital Music Initiative (SDMI)* qui a pour objectif de développer un système permettant de contrôler et d'identifier sur les réseaux électroniques les fichiers contenant des oeuvres numérisées.<sup>25</sup>

**9 février 1999 (EU) :** examen en première lecture du projet de directive EUCD. <sup>26</sup>

**Cassidy (PPE), rapporteur pour avis de la commission économique, monétaire et de la politique industrielle. - (EN)**

*Monsieur le Président, je tiens d'emblée à dire combien j'apprécie, en tant que membre de la commission juridique et des droits des citoyens, le travail de M. Barzanti. En tant que rapporteur, ses responsabilités - difficiles à assumer - l'ont amené à rédiger un rapport sur un sujet fort complexe. J'ai personnellement rédigé l'avis de la commission économique, monétaire et de la politique industrielle et je compatis à ce qu'il a dû endurer. **Voici le paquet de lettres de pression, de télécopies et de courrier électronique que j'ai reçu cette semaine, à Strasbourg, sur ce sujet. Je crois que M. Barzanti a dû en recevoir une pile même plus épaisse.***

*Cette question est hautement controversée. **D'une part, vous avez les artistes, qui constituent une catégorie méritante. Cet après-midi, Jean-Michel Jarre et une ou deux autres personnalités du secteur musical vont effectuer du lobbying. D'autre part, vous avez aussi des maisons de disques très puissantes, américaines pour la plupart.** J'ai aussi découvert, grâce aux lettres que j'ai reçues, dans ce dossier, que beaucoup d'autres organismes ont ici un intérêt légitime, surtout les personnes concernées par les résultats économiques des propositions de la Commission.*

*En travaillant sur cette question, j'ai été surpris de constater que ce projet particulier rassemble un grand nombre d'intérêts. Sont concernés non seulement les artistes exécutants et les maisons de disques, **mais aussi les fabricants de produits de consommation électronique; les fournisseurs de services Internet; les représentants de sociétés de télécommunications et des personnes handicapées** - j'ai une lettre, ici, de l'union européenne des aveugles qui s'inquiète beaucoup des implications que les amendements proposés par la commission juridique pourraient comporter pour eux.*

**Il faut que je vous fasse une confession.** Comme on dit en anglais, se confesser est bon pour notre âme! Je dois reconnaître qu'en tant que membre de la commission des affaires juridiques, j'ai voté en faveur de l'avis de M. Barzanti. J'avoue aussi que ce vote était tellement complexe que j'ai perdu de vue certains des amendements dont ma commission - la commission économique - était responsable. Certains d'entre eux - surtout ceux relatifs à la diffusion - ont été incorporés dans l'avis de la commission juridique, ce qui n'est pas le cas pour beaucoup d'autres. **J'ai une critique à formuler contre l'avis de la commission juridique: elle a une dimension trop unilatérale. Elle s'attache beaucoup trop aux titulaires de droits et ne tient pas compte des intérêts légitimes des autres groupes que j'ai mentionnés plus haut: les handicapés, les fabricants de biens de consommation électronique, les fournisseurs de services Internet, les sociétés de télécommunications, etc.**

*Ni la Commission ni la commission juridique du Parlement européen ne veulent rendre la vie des gens injustement difficile. Le fait est que nous nous sommes trop concentrés, dirais-je, - avec tout le respect que je vous dois - sur le détail dans l'avis de la commission juridique. **J'espère qu'avec le vote de demain, nous arriverons à un texte plus clair, neutre d'un point de vue technologique, au moins aussi profitable à l'industrie que l'est la législation américaine, et***

23 P. Samuelson, *Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to Be Revised*, Berk. Tech. LJ, 519, 1999. [[http://www.sims.berkeley.edu/~pam/papers/Samuelson\\_IP\\_dig\\_eco\\_htm.htm](http://www.sims.berkeley.edu/~pam/papers/Samuelson_IP_dig_eco_htm.htm)]

24 Voir note 21

25 Wikipedia, *SDMI*

[<http://en.wikipedia.org/wiki/SDMI>]

26 EUPARL, *Débats parlementaires sur le projet de directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information*, 1999. [<http://www3.europarl.eu.int/debats/debats?FILE=99-02-09&LANGUE=FR&LEVEL=TOC2&GCSELECTCHAP=7>]

suffisant pour respecter les engagements pris dans le traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle à laquelle nous avons adhéré.

**10 février 1999 (EU) :** le projet de directive EUCD est adopté en première lecture. La protection juridique des mesures techniques et des informations électroniques est adoptée tel que souhaité par le rapporteur de la commission juridique ce qui signifie qu'elle devient trois fois plus longue, et prohibe explicitement le contournement d'une mesure technique en tant que tel, ce que ne faisait pas la proposition de base de la commission.

**5 juin 1999 (JP) :** loi japonaise implémentant les traités OMPI.

**Octobre 1999 :** le code source du *Descrambling Content System* (DeCSS) - qui permet de déchiffrer des DVD "protégés" par le *Content Scrambling System* (CSS) commence à circuler sur Internet.<sup>27</sup> CSS était utilisé par les producteurs de films depuis 1996 pour tenter d'empêcher la copie domestique de DVD. Seuls les éditeurs de lecteurs de DVD autorisés par le DVD-CCA, consortium créé pour l'occasion par la *Motion Picture of America Association* (MPAA), pouvaient proposer leur produit sur le marché.

**28 Décembre 1999 :** Le DVD-CCA dépose plusieurs plaintes contre John Doe (plainte contre X) pour violation de secret industriel. Le magazine *2600* est notamment visé pour avoir publié un article contenant le code source de DeCSS, et pour avoir communiqué au public un lien pointant sur une copie de ce logiciel.<sup>28</sup>

**24 Janvier 2000 :** Jon Johansen, un des auteurs de DeCSS, âgé de 16 ans et habitant en Norvège, poste le message suivant sur le site Slashdot :

*The National Authority for Investigation and Prosecution of Economic and Environmental Crime in Norway raided my home today and seized my Linux box, FreeBSD/Win2k box and Nokia cellphone. Not only I, but also my father has been indicted, since he owns the mmadb.no domain (webhotel) where my homepage(s) have been located. They also took me in for questioning which lasted 6-7 hours. It's 2 am CET now (I just got back), I haven't eaten, and someone's definitely going to pay for this. I have shut down my old email account, and I'm now using linuxdvd@mmadb.no - More information coming tomorrow, once I've talked to my lawyer. Did someone whisper countersuit ?<sup>29</sup>*

**16 Mars 2000 (UE) :** le Conseil "approuve au nom de la communauté" les traités OMPI.

**6 Septembre 2000 (US) :** le consortium SDMI publie une *Lettre ouverte à la communauté numérique* (*Open Letter to the Digital Community*). Le SDMI propose un prix à ceux qui réussiront à casser son mécanisme de tatouage numérique (*watermarking*). Ceux qui souhaitent concourir pour le prix doivent signer une clause de confidentialité.

*If you can remove the watermark or defeat the other technology on our proposed copyright protection system, you may earn up to \$10,000.*

*To participate, just go to the website at [www.hacksdmi.org](http://www.hacksdmi.org) after September 15, 2000 and read the public challenge agreement. If you agree to the terms, you will have until at least October 7, 2000 to do your best.<sup>30</sup>*

En marge du concours officiel, un groupe de chercheurs emmenés par le professeur Felten casse

<sup>27</sup> Code source et description en langage naturel de DeCSS

[<http://www.lemuria.org/DeCSS/crypto.gq.nu/livid.html>]

<sup>28</sup> DVD CCA, complaint for injunctive relief for misappropriation of trade secrets

[[http://www.eff.org/IP/Video/DVDCCA\\_case/19991228-complaint.html](http://www.eff.org/IP/Video/DVDCCA_case/19991228-complaint.html)]

<sup>29</sup> J.L.Johansen, *Jon Lech Johansen's brief initial statement on DeCSS raid*, Slashdot, 2000.

[[http://www.eff.org/IP/Video/Johansen\\_DeCSS\\_case/20000124\\_johansen\\_statement.html](http://www.eff.org/IP/Video/Johansen_DeCSS_case/20000124_johansen_statement.html)]

<sup>30</sup> SDMI, *An Open Letter to the Digital Community*, 2000.

[<http://ntrg.cs.tcd.ie/undergrad/4ba2.01/group10/challenge.html>]

rapidement le système. Ils démontrent au passage que tout système qui implémentera un algorithme basé sur le raisonnement utilisé par le SDMI sera cassé de la même façon.<sup>31</sup>

**13 février 2001 (EU) :** examen en seconde lecture par le Parlement Européen du projet de directive EUCD.<sup>32</sup>

***Medina Ortega (PSE). - (ES)** Monsieur le Président, avant de commencer mon intervention, je dois reconnaître que j'ai un double intérêt dans ce domaine. D'une part, je suis détenteur de droits de propriété intellectuelle, en tant qu'auteur de certains livres et publications, de l'autre, je suis membre de la Fondation Internet, qui bénéficie de différents soutiens au sein de ce Parlement.*

***Ce jour coïncide avec un événement important du point de vue de la propriété intellectuelle dans la société de l'information et qui est l'arrêt de la Cour d'appel de San Francisco dans l'affaire Napster,** qui nous rapproche de la résolution définitive de la question fâcheuse de l'utilisation du réseau pour violer les droits de propriété intellectuelle. L'arrêt de la Cour d'appel de San Francisco consacre le droit à la propriété intellectuelle et établit une sorte de mesure de protection de la propriété intellectuelle aux États-Unis.*

***Le défi auquel nous sommes confrontés est de parvenir à ce que l'Europe établisse également un système garantissant la propriété intellectuelle car, dans le cas contraire, il est possible que, par le biais d'installations en Europe, les mesures de protection efficaces qui sont actuellement adoptées aux États-Unis, en vertu du Digital Millennium Copyright Act, en vigueur depuis un peu plus de deux ans, soient violées. Nous sommes en retard par rapport aux États-Unis et, dans ce domaine, je conviens de ce que dit le rapporteur, à savoir qu'il faut que nous menions rapidement cette directive à bien.***

(...)

***Plooi-Van Gorsel (ELDR). - (NL)** Monsieur le Président, chers collègues,*

*Monsieur le Commissaire, il est trois secteurs industriels qui ont intérêt à une directive forte et claire sur le copyright, il s'agit de l'industrie de contenus, des fournisseurs de télécommunications et de services et des fabricants de matériel électronique destiné au consommateur. Ensuite, nous avons également nos consommateurs, ainsi que les bibliothèques, les écoles, etc.*

***Le rapport de M. Barzanti fait clairement pencher la balance en faveur de l'industrie de contenus, et cela au détriment des autres secteurs industriels et surtout celui des consommateurs. En effet, les ayant-droit d'auteur ont un droit absolu à la protection, qui prévoit par exemple que la reproduction pour usage privé est interdite. À présent, les entreprises américaines tentent de rendre la législation en Europe plus contraignante qu'en Amérique car, aux États-Unis, un tel droit absolu est justement rejeté avec force. Les entreprises américaines imposent ainsi consciemment un retard à l'Europe et l'Europe acceptera cela si nous acceptons le rapport Barzanti. Nous nous imposerons un retard, et surtout à l'industrie. Cela se paiera en terme d'emploi.***

*Monsieur le Président, chers Commissaires, la commission juridique est surtout en train de mener un combat d'arrière-garde, car l'industrie bien établie essaie, à travers cette directive, de maintenir sa position actuelle au sein du marché des anciens médias au détriment de celui des nouveaux médias. **Les nouveaux développements technologiques, tels que l'Internet, seront freinés par cette directive et les artistes se laissent manipuler et servent de marchepied à l'industrie, pour laquelle on utilise l'artillerie lourde, comme par exemple, Claudia Cardinale. Mais les nouvelles générations d'artistes, qui diffusent et vendent leurs produits via l'Internet, sont laissés pour compte.***

**14 février 2001 :** Adoption de la directive EUCD en seconde lecture par le Parlement.

**4 Mars 2001 (AUS) :** loi australienne implémentant les traités OMPI.

**Avril 2001 (US) :** alors que les recherches de son équipe sur le système de "watermarking" proposé par le SDMI vont être publiés, le professeur Felten reçoit une lettre de menace de Matt Oppenheim, président de la RIAA et du SDMI.

*(...) we urge you to withdraw the paper submitted for the upcoming International Information Hiding Workshop, assure that it is removed from the Workshop distribution materials and destroyed, and avoid a public discussion of confidential*

31 Voir note 24

32 EUPARL, *Débats sur le projet de directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information*, 2001.



information.<sup>33</sup>

---

33 RIAA/SDMI, *Lettre de menaces envoyée au professeur Felten*, 2001  
[[http://www.eff.org/IP/DMCA/Felten\\_v\\_RIAA/20010409\\_riaa\\_sdmi\\_letter.html](http://www.eff.org/IP/DMCA/Felten_v_RIAA/20010409_riaa_sdmi_letter.html)]

### III – De l'EUCD au CDBTPA

**22 Mai 2001 (UE) :** la directive 2001/29CE (surnommée EUCD pour *European Union Copyright Directive*) est publiée au Journal Officiel de l'Union Européenne. L'article 6 de la directive introduit en droit communautaire une protection juridique des mesures techniques. L'article 7 une protection juridique des informations électroniques afférentes à un régime de droits.

L'article 6 est, de l'avis général, obscur, son 6.4 tout particulièrement. Toutefois, une première chose est sûre. L'article 6 propose de protéger les dispositifs de contrôle d'accès mais aussi les procédés de transformation, de brouillage et de cryptage (donc potentiellement des algorithmes utilisés en sécurité informatique), et ce à partir du moment où ils sont utilisés pour contrôler l'utilisation d'un objet protégé par le droit d'auteur (une oeuvre, un vidéogramme, un phonogramme, un programme audiovisuel). La définition choisie par le législateur européen est donc particulièrement large et le terme procédé utilisé dans le NIICPA réapparaît.

Le danger évoqué lors de la conférence OMPI de décembre 1996 est bien là. N'ayant apparemment pas lu les compte-rendu des débats de la Conférence de 1996, les parlementaires et le Conseil ont pris le risque que les États membres et la jurisprudence créent *de facto* un droit d'autoriser ou d'interdire l'accès à l'oeuvre à des fins de contrôle d'usage privé alors même qu'un tel droit sur l'accès et l'usage privé n'est pas un droit relevant de la propriété littéraire et artistique.

De plus, en adoptant une définition tautologique de l'efficacité donnant droit à protection (une mesure technique est efficace et donc protégée par la loi dès qu'elle tente de limiter ou d'empêcher une utilisation non autorisée et si elle met en oeuvre un procédé visant cet objectif de protection), ils ajoutent encore plus de confusion quant à l'interprétation du terme '*efficace*' (non défini dans les traités de 1996), et donc à l'identification des outils protégés et des outils prohibés, ainsi qu'à l'évaluation de l'étendue de l'interdiction de contournement, de distribution, de promotion, etc ...

Seules les expressions "*principalement conçus*" et "*utilisation limitée autre le contournement*" peuvent laisser supposer qu'un moyen de contournement permettant de lire un DVD avec un système non prévu par le fournisseur de la mesure technique, conçu dans ce but et présenté comme tel, est autorisé.

On notera toutefois le passage de *uniquement conçu* à *principalement conçu* entre la première et la seconde lecture, et que ce n'est pas seulement le fait de permettre mais aussi le fait de *faciliter* le contournement qui peut rendre un dispositif prohibé. Quant à la question de la limitation de l'exception par la technique, elle est laissée dans un premier temps au marché, puis dans un second temps, si ce dernier échoue, les États Membres peuvent intervenir (justement au travers de l'obscur 6.4).

Enfin, et surtout, l'EUCD ne prévoit explicitement aucune exception permettant le contournement. La directive se contente de quelques considérants indiquant que la protection juridique des mesures techniques ne doit pas remettre en cause la recherche de l'interopérabilité ou de la sécurité informatique, pas plus qu'elle ne permet de revenir sur les dispositions communautaires protégeant la vie privée.

**16 Juillet 2001 (US) :** A la sortie d'une conférence portant sur la sécurité informatique, un développeur russe, Dmitry Sklyarov, est arrêté à Las Vegas par le FBI et inculpé de trafic et mise à disposition de logiciels permettant de contourner une mesure technique. Il est également arrêté pour avoir aidé son employeur, l'éditeur ElcomSoft, à développer le logiciel *Advanced eBook Processor* (AEBPR). Ce logiciel permet de supprimer la protection existante sur les livres électroniques enregistrés au format

Adobe eBook afin de les convertir au format Adobe PDF. AEBPR ne fonctionne qu'avec des livres électroniques pour lequel l'utilisateur dispose d'une licence. Cela permet aux acheteurs d'eBooks de lire leurs livres électroniques avec un autre logiciel que le lecteur d'Adobe ou de les imprimer pour un usage privé si l'éditeur tente d'empêcher cet acte alors que leur loi nationale le permet.<sup>34</sup>

**6 Août 2001 (US) :** Dmitry Sklyarov sort de prison en échange d'une caution de 50,000\$. Il a interdiction de quitter l'État de Californie du Nord. Il rentrera chez lui quelques mois plus tard, quand l'entreprise pour laquelle il travaille acceptera de se substituer à lui. Cette entreprise sera finalement innocentée à l'issue de son procès contre Adobe.

**6 Août 2001 (US) :** Un projet de loi rédigé par le sénateur de Californie du Sud, Fritz Hollings, est annoncé : le *Security Systems Standards and Certification Act* (SSSCA).<sup>35</sup> Le SSSCA prohibe la création, la vente et la distribution de “*tout périphérique électronique interactif qui n'inclut et n'utilise pas des technologies de sécurité*” certifiées par le Secrétariat d'État au Commerce. Un périphérique électronique interactif est défini comme tout matériel ou logiciel capable de “*stocker de récupérer, traiter, représenter, transmettre, recevoir ou copier de l'information sous une forme numérique*”.<sup>36</sup> Ce n'est ni plus ni moins qu'un Audio Home Recording Act sous stéroïdes.

**15 août 2001 (US) :** Niels Ferguson, un chercheur hollandais en cryptologie, publie sur son site un article intitulé “*Censorship in action: why I don't publish my HDCP results*”. Il explique que se rendant régulièrement régulièrement aux États-Unis notamment dans le cadre de son travail, il ne publiera pas ses travaux sur la mesure technique HDCP d'Intel par peur d'être arrêté lors de son prochain voyage outre-atlantique.<sup>37</sup>

*HDCP is fatally flawed. My results show that an experienced IT person can recover the HDCP master key in about 2 weeks using four computers and 50 HDCP displays. Once you know the master key, you can decrypt any movie, impersonate any HDCP device, and even create new HDCP devices that will work with the 'official' ones. This is really, really bad news for a security system. If this master key is ever published, HDCP will provide no protection whatsoever. The flaws in HDCP are not hard to find. As I like to say: "I was just reading it and it broke."*

*What do you do when you find a result like this? First, you have to write it down and explain it. Then you publish your paper so that the mistakes can be fixed, and others can learn from it. That is how all science works. I wrote a paper on HDCP, but I cannot publish it.*

(...)

*The DMCA imposes a serious restriction on the freedom of speech. The DMCA makes it illegal to talk about certain security systems. The equivalent law for non-digital protection systems would make it illegal to warn people about a cheap and very weak door lock being installed on their houses because criminals could also use that same information.*

**26 Septembre 2001 (US) :** L'USACM () envoie une lettre au Sénateur Fritz Hollings à propos du SSSCA.<sup>38</sup>

*In our society, we have achieved technological excellence, research leadership, and educational preeminence in the world through the free exchange of information and the freedom to innovate. Copyright was intended to support those goals, not restrict them for entertainment companies. The explicit embodiment of "fair use" provisions in the law has*

34 EFF, *US v. ElcomSoft & Sklyarov Frequently Asked Questions (and answers) about the Dmitry Sklyarov & ElcomSoft Prosecution*.  
[[http://www.eff.org/IP/DMCA/US\\_v\\_Elcomsoft/us\\_v\\_elcomsoft\\_faq.html](http://www.eff.org/IP/DMCA/US_v_Elcomsoft/us_v_elcomsoft_faq.html)]

35 D.McCullagh, *New Copyright Bill heading to DC*, Wired, 2001  
[<http://www.wired.com/news/politics/0,1283,46655,00.htm>]

36 *Security Systems Standards and Certification Act*, Staff Working Draft, 2001  
[<http://cryptome.org/sscca.htm>]

37 N.Ferguson, *Censorship in action: why I don't publish my HDCP results*, 2001  
[<http://www.macfergus.com/niels/dmca/cia.html>]

38 ACM, *USACM Letter to Sen. Hollings on SSSCA*, 2001  
[[http://www.eff.org/IP/SSSCA\\_CBTPA/20010926\\_usacm\\_hollings\\_letter.html](http://www.eff.org/IP/SSSCA_CBTPA/20010926_usacm_hollings_letter.html)]

*contributed to our many successes. Any further legislative action -- such as the SSSCA -- which focuses on constraining or outlawing technology instead of penalizing behavior can only serve to weaken our educational systems, impede our technological dominance, and interfere with our electronic security.*

**21 mars 2002 (US) :** le projet de loi (CBDTPA) est proposé par le Sénateur Fritz Hollings. C'est une reprise du SSSCA. Des observateurs pointent le fait que les spécifications à implémenter pour voir son périphérique ou son logiciel autorisé par l'Administration ressemblent étrangement à la description d'une technologie brevetée par Microsoft.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> Wikipédia, *SSCA/CDBTPA*  
[<http://en.wikipedia.org/wiki/SSSCA>]

## IV – De l'avant-projet de loi du CSPLA au rapport Vanneste

[rajouter toutes les extensions de redevances en europe depuis 2003, demander la date de la lettre menace d'apple aux types de Centrale, histoire de fairplay, décision du conseil de la concurrence, déclaration du représentant de la FNAC]

**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. Il a été rédigé par le *Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique* (CSPLA), organe dit *consultatif*, rattaché au ministère de la culture. En assimilant le contournement de mesures techniques et la suppression d'information électroniques afférentes à un régime de droit à de la contrefaçon, l'avant-projet de loi introduit une présomption de culpabilité en cas de contournement et ce indépendamment du fait que le contournement ait ou non pour objectif de porter atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin. La définition donnée pour l'expression *mesure technique efficace* est la même que celle de l'EUCD. Elle englobe les dispositifs de contrôle d'accès. Au final, l'avant-projet de loi du CSPLA est presque identique au NIICPA (le projet de loi abandonné par l'administration Clinton en 1996), et à la proposition de base de l'OMPI, tant dans sa rédaction que dans ses effets prévisibles.

**Décembre 2002 (FR) :** Le chapitre français de la *Free Software Foundation* (FSF) crée l'initiative EUCD.INFO et demande un siège au CSPLA à son président.

{EXTRAIT DE LA LETTRE}

Le président du CSPLA ne répond pas (au 6 septembre 2005 en tout cas).

**22 décembre 2002 (DK) :** loi danoise implémentant les traités OMPI. Le législateur danois s'écarte de la définition de "*mesure technique efficace*" donnée par l'EUCD en n'indiquant pas les techniques à utiliser pour voir son dispositif protégé. Il évite ainsi le piège identifié en 1996 par l'Australie lors de la conférence diplomatique de l'OMPI et n'accorde une protection juridique qu'aux seuls dispositifs de contrôle de copie. Les mesures techniques de contrôle d'accès (de lecture) ne sont pas explicitement protégées. Le ministre de la justice déclare que lire un DVD sous GNU/Linux restera légal au Danemark.

**10 septembre 2003 (DE) :** loi allemande implémentant les traités de l'OMPI. Si la loi allemande reprend la définition de la directive EUCD, elle autorise le contournement à des fins d'usage privé et impose aux titulaires de droits protégeant leurs oeuvres de mettre à disposition des bénéficiaires les moyens nécessaires pour bénéficier des exceptions prévues par la loi.<sup>40</sup>

*(..) shall be liable to imprisonment for up to one year or a fine, **unless the act is exclusively performed for or relating to the private use of the offender or for persons personally connected to the offender.***

**31 octobre 2003 (UK) :** loi anglaise implémentant les traités de l'OMPI. Le législateur anglais reste proche de la définition de "mesure technique" donnée par l'EUCD mais il précise bien que la protection juridique ne s'applique que lorsque que la mesure technique protège un droit de propriété littéraire et artistique. Des règles de mise à disposition de moyens permettant de jouir d'une exception pourront être fixées par décret pour permettre aux bénéficiaires de jouir de l'exception (sauf en cas d'oeuvres délivrées par un service à la demande et à partir du moment où l'utilisateur peut se prévaloir d'un droit d'accès "légitime" à l'oeuvre).

---

<sup>40</sup> German Copyright Act of September 9, 1965, as amended on September 10, 2003  
[<http://eurorights.cdfreaks.com/index/14/51>]

***By ministerial decree, rules can be specified that compel the author or his successor in title to make available to the user of a work of literature, science or art for the purposes described in the articles 15i [usage by disabled people], 16 [educational purposes], 16b [private-copy], 16c [private-copy], 16h [reprographic reproductions], 16n [reproduction for preservation purposes], 17b [ephemeral recordings made by broadcasting organisations] en 22 [judicial and administrative procedure] of this Act the necessary means needed to benefit from these exceptions, provided that the beneficiary has lawful access to the protected work. The provisions of the previous sentence do not apply to works, made available to the public under contractual terms from a place and at a time individually chosen by them.***

**31 octobre 2003 (HUN) :** loi hongroise implémentant les traités de l'OMPI. Le législateur hongrois s'écarte clairement de la définition de mesure technique donnée par l'EUCD sans pour autant trancher entre contrôle d'accès et contrôle de copie. Il précise toutefois que la protection juridique ne s'applique que lorsque que la mesure technique protège un droit de propriété littéraire et artistique.

**novembre 2003 (FR) :** dépôt du projet de loi français de transposition à l'Assemblée Nationale par le ministre de la culture, Jean-Jacques Aillagon. Le ministère de la culture a rajouté un article 7.3 présentée comme permettant d'organiser la circulation des informations essentielles à l'interopérabilité, et une disposition autorisant les titulaires de droit à contrôler le nombre de copies mais cette dernière n'atteint en aucune façon son objectif puisqu'étant assortie d'une condition qui exclut les auteurs de logiciels libres du marché. Par ailleurs, le ministère de la Culture a étendu la description des actes constitutifs d'un contournement au fait de "faire connaître directement ou indirectement" un moyen permettant de contourner est un délit. Enfin, le projet de loi ne restreint pas la prohibition des outils de contournement à ceux principalement conçus ou n'ayant qu'une utilisation limitée autre que le contournement.

**février 2004 (FR) :** lors d'une intervention à la Direction du Développement des médias, service rattaché au Premier Ministre français, un membre de l'initiative EUCD.INFO démontre devant trois haut-fonctionnaires (M. Berbineau, Chantepie et Herubel) que le projet de loi français déposé en novembre 2003 par le ministre Aillagon ne protège en rien la libre concurrence sur le marché du logiciel puisqu'il interdit la publication d'un code source ouvert interopérant avec une mesure technique (par exemple celui de DeCcs). A cette occasion, un représentant de Microsoft présent déclare qu'effectivement, pour qu'une mesure technique puisse prétendre être "efficace", "il faut une protection de bout en bout".<sup>41</sup>

## **[?] bolzano**

**novembre 2004 (EU) :** revue de transposition de la directive 2001/29CE. L'essentiel des débats est consacrée à la question de la co-existence des redevances sur la copie privée et des mesures techniques. La plupart des États membres ayant transposé ont en effet conservé ou étendu leurs redevances sur les supports et les appareils de copie, voire en ont créés, alors que les producteurs ont eux déployés des mesures techniques qui empêchent de jouir de l'exception dans les conditions prévues par la la loi.

*"Arrête de mettre une redevance sur tout", "vive le control inside" disaient les uns. "Touche pas à ma gestion collective", "les DRM, ça marche pas", disaient les autres. Et au milieu, la Commission : "il y a ce problème entre les DRM, et les redevances. Ne peuvent-ils pas coexister ? Ah oui, c'est vrai, le double paiement par le consommateur ...".<sup>42</sup>*

**janvier 2005 (EU) :** la France, [la Belgique, ... sinon pourquoi que nous ?] sont condamnés par la Cour de Justice des Communautés Européennes.

**avril 2005 (EU) :** Tim Lueder, responsable de l'unité Droit d'auteur de la direction Marché Intérieur de la Commission Européenne déclare que son unité a identifié deux problèmes dans l'acquis communautaire

---

<sup>41</sup> C.Esporn, *Interopérabilité : l'Arlésienne du DRM*,

[2]

<sup>42</sup> C. Esporn, *[Fsf-france] CR Contact Article 12*,

actuel<sup>43</sup> :

1°) la présence de redevance sur la copie privée dans de nombreux États membres sans mise en oeuvre effective de l'article 5.2b de la directive 2001/29CE :

*les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable qui prend en compte l'application ou la non application des mesures techniques visées à l'article 6 aux oeuvres ou objets concernés;*

2°) l'absence de prise en compte des droits des auteurs de logiciels libres lors de la rédaction de cet acquis.

Son unité va consulter durant tout 2006 avant de décider si elle continue à laisser faire les États membres et le marché ou si elle intervient et révisant l'acquis communautaire.<sup>44</sup>

**25 mai 2005 (BE) :** la loi belge implémentant les traités OMPI est votée. Si elle reprend la définition donnée par la directive à “mesures techniques” (en l'agrémentant toutefois d'une présomption de protection), elle prévoit également la disposition suivante :

*Les mesures techniques de protection visées au 1er ne peuvent empêcher les acquéreurs légitimes des oeuvres et prestations protégées d'utiliser ces oeuvres et prestations conformément à leur destination normale.*

**31 mai 2005 (FR) :** le projet de loi est examiné par la Commission des lois de l'Assemblée nationale.

**7 juin 2005 (FR) :** publication du rapport Vanneste.

---

43

44