

ACTA : un club de rentiers contourne la démocratie pour se barricader contre le partage de la culture

Philippe Aigrain

13 janvier 2011

Bonjour. Merci de votre invitation. Je suis ici un peu à contre-emploi, dans la mesure où depuis des années, je me consacre principalement aux propositions de nouveaux modèles de financement pour une économie culturelle compatible avec le droit au partage des œuvres numériques, dont Jean-Benoit Zimmermann va parler après moi. C'est d'ailleurs pour moi une sorte de discipline de vie de me consacrer en priorité aux propositions constructives et à leur mise en œuvre, et seulement secondairement à la lutte contre de mauvaises politiques. Mais soit, j'accepte la position que vous m'avez proposée. La lecture de mon titre vous aura fait comprendre que je porte un jugement peu amène sur ACTA, mais j'espère néanmoins vous fournir une lecture attentive et respectueuse des faits de son histoire et de son contenu. La réprobation qu'ACTA suscite chez ses critiques, l'effort intense que nous développons pour que le parlement européen rejette ce traité déguisé en accord commercial ont deux racines : l'une procédurale, portant sur la façon dont ce traité a été initié et négocié et la façon dont ses dispositions s'imposeront si on y consent aux Etats et aux peuples; l'autre portant sur son contenu.

1 Généalogie

Commençons par une petite généalogie de cet *Anti-Counterfeiting Trade Agreement*. En 2002, les multinationales du divertissement (IFPI¹, MPAA²) viennent d'obtenir à travers les traités de l'OMPI³ de 1996 et surtout leur traduction en droit américain⁴

¹International Federation of the Phonographic Industry.

²Motion Picture Association of America.

³Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle.

⁴Digital Millenium Copyright Act ou DMCA

et européen⁵ la création d'un droit exclusif à rendre accessible en ligne les contenus numériques protégés par le copyright et une protection juridique contre le contournement des mesures techniques de protection⁶. Il s'agit d'étapes clé dans le développement d'une guerre contre le partage entre individus des œuvres numériques qui domine tous les conflits entourant le copyright depuis 15 ans. Or ces groupes d'intérêt sont déjà conscients des limites des mesures qu'ils viennent d'obtenir. Ils se heurtent de plus à une contestation croissante des mécanismes d'extension du copyright et des brevets. Ils conçoivent alors une stratégie qui est de mettre l'accent sur l'exécution, l'application des droits exclusifs, stratégie qui permet de déplacer le débat en faisant un amalgame entre les actes non-marchands des individus (partager des œuvres avec d'autres personnes) et la contrefaçon industrielle. L'application de cette stratégie mérite d'être détaillée, car elle est l'un des exemples les plus frappants de ce que j'ai appelé la corruption de la décision politique.

Une société et une famille sont au cœur des premières étapes de cette préhistoire d'ACTA. Au printemps 2002, Jean-René Fourtou quitte la présidence d'Aventis. En juillet 2002, il devient PDG de Vivendi-Universal. Entre les deux, lui, sa femme et des membres de sa famille investissent des sommes importantes (15 millions d'euros) dans une fondation hébergée par l'Institut de France⁷. Ils conservent la nue-propriété des sommes et titres concernés, laissant l'usufruit à la fondation, ce qui est un schéma "classique" pour limiter l'ISF. A l'automne 2002, la famille Fourtou donne instruction de vendre intégralement les titres et d'en réinvestir tout le produit en options convertibles Vivendi-Universal. 3 ans plus tard, la plus-value sur ces options au moment où elles deviennent convertibles représente de l'ordre de 13 millions d'euros. En 2002-2003, la Commission européenne, en discussion directe avec les lobbies déjà mentionnés, prépare une directive sur l'exécution des droits exclusifs. En avril 2003, elle publie sa proposition pour une "directive sur le respect des droits de propriété intellectuelle" (IPRED). Des versions antérieures de ce texte incluaient un volet sanctions criminelles détaillé, avec notamment la criminalisation de l'incitation et de l'encouragement à la violation des droits exclusifs, même lorsque cette incitation ou cet encouragement n'ont pas eux-mêmes de motivation commerciale. En juillet 2003, Jean-René Fourtou devient président de la Chambre de Commerce Internationale, une sorte de lobby mondial des transnationales, où il créa la Business Action Against Counterfeiting and Piracy (BAS-CAP) qui jouera un rôle dans la suite.

A l'automne 2003, Janelly Fourtou, épouse du précédent, est désignée comme rapporteur de la proposition de directive au parlement européen. Elle conduira tout le processus législatif, négociant personnellement un compromis avec le conseil européen qui permettra son adoption en première lecture malgré un effort de dernière minute des

⁵Directive 2001/29/CE sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information, dite directive copyright.

⁶Plus connues sous l'appellation trompeuse de DRMS pour Digital Right Management Systems.

⁷L'ensemble des références des sources primaires de ces informations se trouve dans mon livre *Cause commune : l'information entre bien commun et propriété*, Fayard, 2005 et mon article "Préparation de la décision politique : le trop-plein de corruption", <http://paigrain.debatpublic.net/?p=158>.

opposants. On notera que sa déclaration d'intérêts au parlement européen est vierge de toute mention, et notamment omet la nue-propriété des options convertibles VU. La directive IPRED est adoptée (2004/48/CE) au parlement européen en avril 2004.

Mais les lobbies du divertissement ne sont toujours pas satisfaits. Le 12 octobre 2004, Jean-René Fourtou convoque, dans le bâtiment des Nations-Unies, un parterre de dirigeants de multinationales pharmaceutiques, des médias, du logiciel et de l'industrie du luxe, les appelant à lancer une campagne de lobbying dans 80 pays pour obtenir de nouvelles mesures anti-contrefaçon et piratage.

2 ACTA proprement dit : le processus

On sait assez peu de choses des tractations secrètes entre les lobbies, les Etats-Unis, l'Union européenne et le Japon en 2005 et 2006, mais on connaît assez bien ce qui en sort mi-2007 : une stratégie et quelques lignes directrices. La stratégie est de mettre complètement à l'écart les enceintes de négociation multilatérales (agences de l'ONU comme l'OMPI et même l'OMC) et de conduire une négociation entre "like-minded countries", pays amis du durcissement de l'application des droits exclusifs. Ce choix s'explique par la montée d'une opposition croissante dans les enceintes multilatérales, où à travers une coalition des ONG internationales et de pays émergents et en développement⁸, tous les projets d'extension et de durcissement du copyright et des brevets sont contestés avec succès. Le projet est donc de négocier un accord entre quelques pays, de le faire ratifier à minima (notamment par le parlement européen qui n'aura le choix que de l'accepter tel quel ou de le rejeter) et de forcer ensuite les pays sceptiques à s'y rallier à l'occasion de négociations commerciales bilatérales ou d'aides financières. Ce projet est présenté avec une impudeur lisible au moins pour ceux qui connaissent le langage eurocratique. Dans la lettre que le directeur général pour la politique commerciale de la Commission européenne (David Sullivan) adressait à une sélection de ses collègues pour la consultation interservices sur un projet de mandat de négociation sur ACTA, la volonté de produire la loi "entre soi" est explicite. Cette stratégie de contournement des enceintes démocratiques va être poursuivie pendant 3 ans, le parlement européen n'étant informé qu'à minima et sous des conditions de secret. Un élément clé de la stratégie de contournement est de baptiser le dispositif accord commercial (trade agreement), alors le texte inclut la définition de sanctions criminelles et que David Sullivan écrit dans sa lettre qu'il s'agit d'un "nouveau traité plurilatéral".

La stratégie de contournement démocratique va pour l'essentiel fonctionner, mais quelques grains de sable vont la perturber. Le premier est que jamais texte secret ou documents l'accompagnant n'auront fait l'objet d'autant de fuites. L'approche scandalise en effet de nombreuses personnes dans les institutions concernées. La société civile aura donc accès de façon répétée au contenu des négociations en cours et sera en position d'exercer des pressions sur ce contenu. Le résultat de ces pressions sur

⁸Voir La déclaration de Genève sur le futur de l'OMPI, l'agenda pour le développement à l'OMPI et la contestation des approches de la santé publique reposant sur les brevets à l'OMS.

une négociation qui reste secrète sera que dans le texte final, les dispositions les plus révoltantes seront de plus en plus cachées dans un entrelacs d'interactions compliquées, alors que certains de leurs effets problématiques restent là.

Alors que certains Etats ont signé, le débat se poursuit aux Etats-Unis où des parlementaires et juristes clé contestent le droit de l'exécutif à signer ce texte sans en référer au Congrès. Pour se défendre, l'exécutif américain invoque des précédents dont la nature fait dire au Sénateur Wyden que le précédent ne peut s'appliquer que si ACTA ne lie pas les Etats-Unis dans leur droit interne.⁹ Mais l'échéance clé, la seule qui permettrait à la démocratie de rattraper ACTA est le vote de "consentement" que doit donner le parlement européen. Sans cesse retardé dans l'espoir que les oppositions s'épuisent, ce vote doit en principe avoir lieu au premier semestre 2012, même si les ratifications peuvent durer jusqu'à mi-2013.

3 ACTA : le contenu

Comme d'autres initiatives qui mettent dans le même panier toutes les formes de droits exclusifs, ACTA rassemble un club d'industries rentières: l'industrie pharmaceutique en panne d'innovation, l'industrie du luxe exploitant ses marques, et les industries informationnelles du logiciel et des médias essayent chacune d'injecter les mesures qu'elles estiment favorables à leurs intérêts du moment. On trouve donc un cocktail hétérogène dans ACTA, mais ce cocktail ne doit pas cacher que l'objectif essentiel d'ACTA, comme de tous les textes qui l'ont précédé, est le durcissement de la guerre au partage d'œuvres numériques entre individus. Dès le "concept paper" de 2007, cet objectif est lisible dans l'effort d'appliquer des sanctions criminelles à des activités sans aucun but de profit ni caractère commercial. On y lit :

"significant willful infringements without motivation for financial gain to such an extent as to prejudicially affect the copyright owner (e.g., Internet piracy),"

L'intention originelle ne fait donc pas de doute. On en trouve des formulations encore plus impudiques dans un autre document: les demandes de la RIAA¹⁰ concernant ACTA., document qui contient tant de dispositions attentatoires au droit à un procès équitable que j'ai eu du mal à vous en sélectionner une, que voici cependant :

E.3. Provide that goods determined to be infringing are subject to forfeiture and destruction regardless of whether any action for infringement is initiated, whether civil, administrative or criminal and without any compensation of any kind to the defendant, and regardless of whether there has been any finding of liability on the part of any person.

Ce projet va se trouver reformulé, en grande partie du fait des critiques de la société civile, dans une Novlangue bien plus complexe, et qui fait qu'ACTA n'est plus à l'arrivée

⁹<http://infojustice.org/archives/7031>.

¹⁰RIAA Suggestions for content of ACTA, <http://keionline.org/content/view/190/1>.

un texte où l'on peut trouver une disposition unique qui susciterait à elle seule la révolte. Parcourons cependant le texte. On y lit, dans la section sur les sanctions criminelles :

“For the purposes of this Section, acts carried out on a commercial scale include at least those carried out as commercial activities for direct or indirect economic or commercial advantage.”

Le secret de cette formule est qu'il va être possible de considérer l'opérateur d'un site qui a une activité commerciale et par ailleurs donne lieu à une violation de copyright comme violant le copyright à une échelle commerciale, même si l'activité commerciale du site ne consiste pas elle-même une violation du copyright (par exemple porte seulement les moyens d'accéder à une copie jugée illicite). On lit ceci dans le texte final :

“With respect to the offences specified in this Article for which a Party provides criminal procedures and penalties, that Party shall ensure that criminal liability for aiding and abetting is available under its law.”

Enfin, dans le domaine des dommages dans les procédures civiles, ACTA prévoit que :

In determining the amount of damages for infringement of intellectual property rights, a Party's judicial authorities shall have the authority to consider, inter alia, any legitimate measure of value the right holder submits, which may include lost profits, the value of the infringed goods or services measured by the market price, or the suggested retail price.

Si l'on veut rester dans le domaine de l'irréfutable, sans procès d'intention, on doit donc simplement constater qu'ACTA crée une insécurité juridique importante pour tout intermédiaire ou fournisseur de services sur internet.

Vient alors le deuxième volet de la lutte contre le partage : la coopération entre détenteurs de droits et intermédiaires techniques. Sa formulation paraît inoffensive, tenant dans un considérant et un alinéa d'article :

Desiring to promote cooperation between service providers and right holders to address relevant infringements in the digital environment;

3. Each Party shall endeavour to promote cooperative efforts within the business community to effectively address trademark and copyright or related rights infringement [while preserving legitimate competition and, consistent with that Party's law, preserving fundamental principles such as freedom of expression, fair process, and privacy].

Pourquoi donc une telle inquiétude à l'égard de ces dispositions : c'est qu'une offensive planétaire se développe pour mettre en cause les exemptions de responsabilité dont bénéficient les intermédiaires techniques à l'égard des contenus qu'ils transmettent ou hébergent et pour créer des incriminations par association pour ceux qui maintiennent des liens vers des contenus ou “facilitent” les violations. PIPA, SOPA et d'autres textes américains, les projets annoncés avant-hier par la Commission européenne à l'égard

de la révision de la directive de 2000 sur le commerce électronique indiquent clairement que ce sera l'enjeu essentiel des années qui viennent. Or, après l'adoption des traités de l'OMPI en 1996, nous avons déjà connu une situation où l'existence de traités internationaux a permis d'imposer – aux Etats-Unis comme en Europe – des textes qui ont été beaucoup plus loin dans la guerre au partage que les traités ne l'imposaient.

Voilà donc un traité contraignant pour les normes juridiques internes des parties ... sauf peut-être les Etats-Unis, élaboré par un processus choquant au regard des normes démocratiques, et instituant une tenaille où les intermédiaires techniques et de services d'internet seront pris entre des risques juridiques sévères et la promotion (obligatoire pour les Etats) de la coopération avec les détenteurs de droits. Qu'en faisons-nous ?

4 Au bout du compte

Une lettre ouverte des juristes universitaires européens a souligné qu'ACTA leur paraissait imposer une modification de l'acquis communautaire. Il y a des signataires français¹¹, mais la plupart des juristes français se sont abstenus, soit parce qu'ils n'étaient réellement pas convaincus, soit par prudence. Par la suite, les services juridiques du parlement européen ont publié une étude assez embrouillée, qui conclut que deux interprétations sont possibles : soit ACTA impose effectivement des modifications à l'acquis communautaire, ce que les services juridiques ne croient plutôt pas, et il y a un problème; soit ACTA ne change rien, et alors ACTA n'est d'après les éléments en présence pas susceptible d'apporter des bénéfices aux citoyens européens.

Au fait, sur quelle base argumente-t-on chez les promoteurs d'ACTA l'utilité de l'adopter ? Cette base repose essentiellement sur une étude entièrement financée par BASCAP (le bébé de J-R. Fourtou), conduite par des universitaires mercenaires¹², à travers leur cabinet Tera Consultants, et dont la méthodologie est contestée¹³ par des dizaines d'études indépendantes dont une de l'équivalent américain de la Cour des comptes.

Cela va donc être un test difficile pour le parlement européen : saura-t-il affirmer les prérogatives d'une démocratie en matière de régulation des échanges informationnels face à des processus corrompus, ou acceptera-t-il de consentir à ceux-ci, et à tout ce qui suivra alors ? Merci de votre attention.

¹¹ Mélanie Dulong de Rosnay ou Stéphanie Lacour par exemple.

¹² J'entend par là des universitaires qui créent un cabinet de conseil, reçoivent une commande d'un lobby et prétendent conduire une étude analysant l'intérêt général.

¹³ Cf. <http://tomkoltai.wordpress.com/2010/04/26/the-terra-report-and-its-commissioners-bascap/>