



HADOPI comme expérimentation : récit d'une instrumentation de l'action publique

Pierre Gueydier

► **To cite this version:**

Pierre Gueydier. HADOPI comme expérimentation : récit d'une instrumentation de l'action publique. Sociologie. Ecole Nationale Supérieure des Mines de Paris, 2014. Français. <NNT : 2014ENMP0072>. <tel-01144613>

HAL Id: tel-01144613

<https://pastel.archives-ouvertes.fr/tel-01144613>

Submitted on 22 Apr 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

École doctorale n° 396 : Économie, Organisations, Société

Doctorat ParisTech

THÈSE

pour obtenir le grade de docteur délivré par

l'École nationale supérieure des mines de Paris

Spécialité « Socio-économie de l'innovation »

présentée et soutenue publiquement par

Pierre GUEYDIER

le 9 décembre 2014

HADOPI comme expérimentation

Récit d'une instrumentation de l'action publique

Directeur de thèse : **Antoine HENNION**

Jury

M. Christophe ALLEAUME, Professeur de Droit privé, Université de Caen
M. Antoine HENNION, Directeur de Recherche, Mines ParisTech
M. Philippe LE GUERN, Professeur de Sciences de la Communication, Université de Nantes
M. Dominique LINHARDT, Chargé de recherche, EHESS
M. Jean MUSITELLI, Conseiller d'État
M. Yves SUREL, Professeur de Science politique, Université de Paris II

Examineur
Directeur
Rapporteur
Examineur
Examineur
Rapporteur

Avertissements :

Les personnes morales et physiques citées ou mentionnées dans le texte n'ont pas toujours lu ou approuvé l'intégralité du manuscrit. Elles sont déchargées de toute responsabilité.

L'auteur de cette thèse est le seul responsable de toute inexactitude ou de toute erreur contenue dans le texte le cas échéant.

La citation directe et/ou la diffusion de cette thèse requièrent l'autorisation de l'auteur.

RÉSUMÉ

HADOPI comme expérimentation

Récit d'une instrumentation de l'action publique

La Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des Droits sur internet (HADOPI) a reçu du législateur en 2009 la mission de discipliner les actes de contrefaçon de biens culturels sur internet. L'objectif central de la thèse est de produire un récit empirique de la genèse de cet instrument d'action publique comme expérience de gouvernement d'internet et des internautes. Bien que modeste et circonscrit, le problème posé par le téléchargement illicite va générer un débordement d'ampleur des cadrages de l'action publique, historiquement traduits par le droit de propriété littéraire et artistique. L'effet politique du numérique, conséquence déterritorialisée de la globalisation, du libéralisme et de la technologie, est de réinterroger le rapport entre souveraineté et discipline. Entre l'impasse des Mesures Techniques de Protection, les normes supra-nationales, les détournements des usagers/amateurs, la force collective des ayants droit, l'inaltérabilité du droit de propriété et les militants de la liberté d'accès à la culture, les pouvoirs publics ont dû inventer et innover pour organiser, à la manière d'un laboratoire, une action collective de fabrication d'un instrument d'action publique dont l'un des buts est d'étendre une valeur forte de l'État-nation français : la défense de l'exception culturelle. Les internautes sont-ils des hommes gouvernables ? En construisant une représentation de l'utilisateur d'internet, en prônant l'obéissance, en modifiant les comportements par le biais de divers leviers progressifs d'incitation (de l'information à la sanction pénale) et en produisant autant de comportement de contournements et de résistance, la HADOPI produit le résultat politique d'inaugurer une tentative inédite, fragile, peu compacte mais pionnière de gouverner internet et les internautes.

ABSTRACT

The HADOPI experiment

Instrumenting public action : a narrative

The High Authority for Transmission of Creative Works and Copyright Protection on the Internet (HADOPI) was adopted in 2009 with the mission to discipline acts of intellectual property infringement on the internet. The main purpose of this thesis is to produce an empirical account of the creation of this new law (an instrument of public action as an experience of internet governance and internautes). While it is a somewhat minor public issue, illegal downloading creates a myriad of issues across the framework of public action, historically recognised as literary and artistic property rights. The political effects of the digital age, deterritorialised consequences of globalisation, liberalism and technology necessitate a rethinking of the relationship between sovereignty and discipline. The gridlock between DRM; supranational norms; the hijacking of content by users; the collective power of rights holders; the unalterable nature of intellectual property and the militants for free access to culture; the public authorities had to invent and innovate an instrument of public action. The goal of which is to extend an added value of the French nation state: the defense of the cultural exception. Are internautes governable? In constructing a representation of the internet user, through promoting obedience, and by modifying behaviour through incremental incitation (from being informed to being penalised) and by producing as much unwanted behaviour, the HADOPI has effected the political result of inaugurating the first ever attempt (albeit fragile, yet pioneering) to govern the internet and internautes.

À Cécile...

REMERCIEMENTS

Je voudrais remercier chaleureusement et en premier lieu mon directeur de thèse M. Antoine HENNION qui a prêté attention à mon projet d'étudier la genèse de la Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des droits sur Internet. Je remercie aussi, à cette occasion, M. Dominique POULOT, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne qui a permis notre première rencontre à l'occasion d'une journée d'étude de l'Institut National d'Histoire de l'Art en juin 2009. Je suis très reconnaissant à M. Antoine HENNION de m'avoir permis d'intégrer le Centre de Sociologie de l'Innovation de l'École des Mines de Paris, où j'ai pu trouver un environnement de premier ordre pour mener à bien cette thèse.

Mes deuxièmes remerciements vont ainsi à l'ensemble des membres du CSI que je n'ai pu malheureusement fréquenter aussi souvent que je l'aurais souhaité en raison de mon statut de salarié et de provincial. Merci aux chercheurs, notamment à Mme Cécile MÉADEL pour ses conseils initiaux, doctorants, post-doctorants et personnel administratif, qui, à un titre ou à un autre, ont contribué par une suggestion de lecture, une évaluation de mon travail, une piste de réflexion ou encore un accompagnement administratif indispensable, à me faire avancer dans la bonne voie.

Cette thèse n'a été possible que par le financement d'un temps de travail consacré à sa rédaction par mon employeur, l'Université catholique de l'Ouest. Je renouvelle donc mes remerciements à M. Dominique VERMERSCH, Recteur de l'UCO, M. Laurent PERIDY, Vice-recteur chargé de la Recherche, M. Bertrand HAM, Directeur de l'Institut, Arts, Lettres et Histoire. Mes pensées vont aussi au regretté P. Guy BEDOUELLE, op. (1940 - 2012), ancien Recteur de l'UCO, qui, à l'origine, a validé ce projet.

Qu'il me soit permis de manifester toute ma gratitude envers les nombreuses personnes rencontrées et interviewées au cours de ces quatre années. Leur disponibilité, leur professionnalisme et leur intérêt ont été de puissants facteurs de motivation. Je remercie enfin mes parents, ma famille et mes amis qui m'ont soutenu, aidé lors de la relecture finale, et supporté – dans tous les sens du terme – pour cette aventure parfois éprouvante. Avec une mention toute particulière pour mon épouse, Cécile.

SOMMAIRE

RÉSUMÉ.....	1
ABSTRACT.....	2
REMERCIEMENTS.....	4
SOMMAIRE.....	5
INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	13
I - Nouveaux illégalismes et nouvelles disciplines.....	16
II - L'économisation et les biens culturels.....	21
III - Les instruments de l'action publique.....	25
IV - La science économique, le piratage et la réponse graduée.....	30
V - Le plan de la thèse.....	35
CHAPITRE 1 - LE PIRATAGE COMME ÉPREUVE.....	37
I - Dissociation, agencement et opérations du droit de propriété littéraire et artistique à l'ère numérique.....	39
Qui possède l'œuvre ? Controverses sur le droit d'auteur au XIXe siècle.....	41
Droit d'auteur et économie des grandeurs.....	46
Droit d'auteur et économie des qualités : « la culture n'est pas une marchandise comme les autres ».....	48
Espace de calcul, fonction de gestion et performativité.....	50
Droit d'auteur et économie des industries culturelles.....	53
Flexibilité, expansions, limites et exceptions.....	55
II - Quand le délit de contrefaçon perd prise.....	58
Les repères de l'infraction.....	58
Matérialité.....	59
Localisation.....	60

Imputation.....	60
Flexibilité des repères de l'infraction.....	61
Les ressources du droit général de la contrefaçon.....	63
La qualification des faits du régime général de la contrefaçon.....	63
L'imputation et la responsabilité en régime général de la contrefaçon.....	66
Constat et sanction en régime général de la contrefaçon.....	69
Localisation du délit et détermination de la loi applicable.....	70
Conclusion.....	72
 CHAPITRE 2 – RECODER LES ILLÉGALISMES. Les Mesures Techniques de Protection, les illusions d'une «police technique».....	 75
I – Principes généraux, économiques et juridiques des Mesures Techniques de Protection.....	80
Principes généraux.....	80
Principes économiques.....	82
Principes juridiques.....	85
II – Les mises à l'épreuve des Mesures Techniques de Protection.....	89
L'épreuve des exceptions au droit de propriété littéraire et artistique.....	99
III – La « mise en loi » des Mesures Techniques de Protection : les difficultés de l'encastrement entre technologie et droit (loi DADVSI, 1er août 2006).....	102
L'arrêt Mulholland Drive du 22 avril 2005, signal d'alarme des juges au législateur.....	102
L'Autorité de Régulation des Mesures Techniques et l'interopérabilité.....	105
Le régime des exceptions et les tensions entre ordre juridique et ordre technologique.....	107
Conclusion : Les MTP, instrument par destination de l'action publique.....	111
 CHAPITRE 3 – REPRENDRE PRISE. Faire surgir, enquêter, calculer : les ayants droit comme public.....	 116
I – Les Sociétés de Perception et de Répartition des Droits d'auteur et droits voisins (SPRD).....	118
Origines, périmètres et fonctions de représentation.....	118
Régime juridique.....	122

Le réseau des SPRD.....	124
Le pivot SACEM-SDRM-SACD.....	127
II - L'obtention d'un pouvoir d'enquête sur les réseaux pair-à-pair.....	132
La révision de la loi Informatique et libertés.....	133
Saisine et réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel, juillet 2004.....	135
« Erreurs d'appréciation » de la CNIL, annulation par le Conseil d'État, mai 2007.....	137
III - Mise en œuvre du pouvoir d'enquête et matérialité de la preuve sur les réseaux pair-à-pair.....	139
Le rapport « Znaty ».....	140
Calculer et certifier l'empreinte d'une œuvre.....	141
Conclusion.....	144
CHAPITRE 4 - NÉGOCIER LE DROIT. La mission Olivennes, le rapport et les accords de l'Élysée : agir en créant des associations robustes.....	147
Introduction.....	147
I - « La gratuité, c'est le vol ».....	149
Genèse de la mission Olivennes.....	149
Le choix de Denis Olivennes – son essai « La gratuité, c'est le vol ».....	154
II - Retisser des associations fortes.....	158
Les pistes ouvertes par le rapport « Le développement et la protection des œuvres culturelles sur les nouveaux réseaux ».....	163
Le filtrage.....	165
La mise en œuvre de contravention.....	166
La mise en œuvre d'un dispositif d'avertissement.....	167
La mise en œuvre d'une sanction civile.....	168
La négociation des accords de l'Élysée.....	171
Interactions et négociations entre acteurs.....	171
L'influence législative des accords de l'Élysée.....	176
Les accords de l'Élysée et le droit négocié.....	176
Le rôle de l'accord de l'Élysée dans la fabrique de la loi.....	179

Conclusion.....	184
CHAPITRE 5 – NATURALISER L'ACCÈS À INTERNET L'assemblage de l'adresse IP aux normes communautaires et constitutionnelles.....	188
I – La matérialité de l'adresse IP.....	190
L'adressage IP, maillon essentiel du réseau des réseaux.....	190
Notions essentielles.....	191
Bref historique du protocole TCP/IP.....	192
L'adressage IP.....	194
Preuve et identité électroniques.....	196
La collecte de la preuve numérique en matière pénale.....	196
L'identité numérique : entre matérialité et présomption.....	197
II – Le rôle de l'adresse IP dans le concept de riposte graduée.....	199
La riposte graduée : une chance de clarification du statut juridique de l'adresse IP.....	200
« La charte musique » du 28 juillet 2004.....	200
Prémices de « l'approche graduée » au Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique.....	201
Le rôle du traitement de l'adresse IP dans sa traduction en donnée personnelle.....	206
La coupure de l'accès – et la fiction technique de sa « sécurisation » –, mère des controverses.....	212
III – Contrepoint communautaire : le Paquet Télécom et l'amendement Bono/Cohn-Bendit.....	216
Le Paquet Télécom, l'agenda et les acteurs en présence.....	217
Le projet politique de l'amendement Bono/Cohn Bendit.....	221
« On s'en fout du parlement européen ! ».....	221
IV – La saisine du Conseil constitutionnel.....	229
L'assemblage de l'accès à internet avec les droits fondamentaux dans les débats parlementaires.....	229
La rédaction de la saisine, acteurs, méthode et objectifs.....	240
Les experts de la société civile.....	243
La décision du Conseil constitutionnel n° 2009-580 DC du 10 juin 2009.....	244

Le Conseil constitutionnel valide les dispositions de fond de la loi Création et Internet.....	245
Censure du dispositif répressif par l'établissement d'une nouvelle extension du droit à la liberté d'expression.....	247
Conclusion.....	250
CHAPITRE 6 - L'INFRACTION POUR DÉFAUT DE SÉCURISATION.....	252
I - Le préjudice, sa réalité, sa quantification.....	253
Fragilité de l'objectivisation et de la mesure.....	255
Corréler téléchargement et volume d'affaires.....	257
Corréler téléchargement et préjudice.....	263
II - Construire un artifice du droit.....	267
L'échec de la contraventionnalisation.....	267
La circulaire aux procureurs du 3 janvier 2007.....	270
Le téléchargement illicite : une pluralité de réalités criminologiques.....	272
La facette économique de la lutte contre le téléchargement illicite.....	275
III - Les éléments légaux, matériels et moraux de la nouvelle infraction.....	277
L'élément légal de la contravention de négligence caractérisée.....	278
L'élément matériel de la contravention de négligence caractérisée.....	280
L'élément moral de la contravention de négligence caractérisée.....	281
Une procédure et une structure d'instruction dédiées.....	282
Conclusion.....	284
CHAPITRE 7 - FABRIQUER UN INSTRUMENT D'ACTION PUBLIQUE. L'apparition de l'agence HADOPI par ses décrets en Conseil d'État.....	287
I - D'HADOPI 1 à HADOPI 2, de la « riposte » à la « réponse ».....	289
HADOPI 2, une rejudiciarisation.....	289
Nouvelle saisine et décision du Conseil constitutionnel.....	291
Les dispositions promulguées de la loi du 28 octobre 2009.....	294
La nature des infractions.....	294

La sanction des infractions.....	295
II – Les Autorités administratives indépendantes, acteurs et instruments hybrides.....	300
Hasard et nécessité, régulation plutôt que réglementation.....	301
Influences étrangères et communautaires.....	303
Les besoins auxquels répondent les autorités administratives indépendantes.....	305
Aspiration à de nouveaux modes de médiation, de régulation et de transparence de l'action publique.....	306
Limites et ambiguïtés.....	308
HADOPI : Autorité... publique indépendante.....	309
III– L'apparition de l'agence HADOPI à travers les décrets d'application de la loi.....	313
Comment se fabrique un décret en Conseil d'État ?.....	314
Les quatre décrets instaurant la réponse graduée.....	318
Les décrets sur le traitement automatisé (2010–236, 5 mars 2010 et 2011–264 et 11 mars 2011)	
.....	318
Le décret instituant une contravention de négligence caractérisée (2010–695 – 25 juin 2010)	
.....	327
Le décret relatif à la procédure devant la Commission de Protection des Droits (2010–872, 26 juillet 2010).....	330
Le décret sur la labellisation de l'offre légale et la régulation des mesures techniques de protection (n° 2010–1366, 10 novembre 2010).....	333
La mission d'encouragement au développement de l'offre légale : une loi pour promouvoir des offres commerciales légales ?.....	334
La mission de régulation des mesures techniques.....	336
Un recours pour une fois partiellement couronné de succès.....	338
Le décret relatif à la procédure d'évaluation et de labellisation des moyens de sécurisation (n° 2010–1630, 23 décembre 2010).....	339
Le meilleur moyen de sécuriser son accès.....	342
Conclusion.....	343

CONCLUSION GÉNÉRALE.....	346
I – Actualité du sujet et des débats.....	347
Des promesses de campagne présidentielle au réalisme.....	347
Controverses persistantes sur le bilan de la HADOPI.....	351
Activité législative et action publique.....	354
Prolifération de rapports et de missions.....	355
Le projet de loi sur la Création.....	358
II – Les limites de la thèse.....	359
L'arrêt de la thèse avant HADOPI en action.....	359
La mission de promotion de l'offre légale.....	361
L'environnement international.....	362
La mobilisation de l'opinion publique et le rôle des médias.....	363
III – Les apports de la thèse.....	364
Un cas limité et modeste, mais polémique et débordant pour approcher les transformations de l'État et de l'art de gouverner.....	364
Une histoire détaillée, a-disciplinaire et apaisée.....	366
Vers un art de gouvernement du numérique.....	368
HADOPI, un choix hésitant d'un instrument d'action publique.....	368
Comment l'État invente et innove.....	369
Sur-politisation et dé-politisation.....	372
Un cas de « politique du dehors » – gouverner internet, gouverner les internautes.....	374
IV – Développements ultérieurs.....	376
BIBLIOGRAPHIE.....	377
LISTE DES SIGLES CITES	397
SOURCES.....	403
Liste des entretiens.....	403
Par ordre alphabétique. Titres et fonctions au moment de l'entretien.....	403

Documents.....	405
Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle.....	405
Organisation Mondiale du Commerce.....	405
Lois américaines.....	405
Union européenne.....	405
Codes	406
Lois.....	408
Processus législatif HADOPI 1 et 2.....	408
Conseil constitutionnel.....	411
Conseil d'État.....	412
Cour de Cassation.....	412
Cour des Comptes.....	412
Ministères.....	413
Ministère de la culture et de la communication.....	413
Ministère du redressement productif.....	414
Ministère de la justice.....	414
Commission Nationale Informatique et Libertés.....	414
Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des droits sur Internet	415

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Au cœur de la torpeur estivale 2014, alors que, quatre ans après sa création, l'opinion publique ne sait plus très bien si la Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des droits sur Internet (HADOPI) existe toujours et si elle continue à lutter tant bien que mal contre le piratage de biens culturels sur les réseaux d'échange pair-à-pair, une série de tribunes de presse relance le débat et rouvre les controverses, quelques mois avant la présentation d'une nouvelle « loi Création » annoncée pour 2015 et quelques semaines avant l'entrée sur le marché français de *Netflix*, plate-forme légale de téléchargement illimité de films et de séries télévisées par abonnement mensuel.

Un nouveau cycle de débats est relancé par la tribune¹ du producteur indépendant Jean Labadie le 6 août 2014 qui interpelle directement la Ministre de la culture avec ce titre : « Madame Filippetti, la piraterie tue le cinéma ». Ce producteur a en effet été confronté à un échec commercial cuisant à l'occasion de la sortie du film *Raid II* en France le 23 juillet. Alors que le film est sorti en DVD aux États-Unis le 8 juillet avec une version française pour le marché canadien, les sociétés spécialisées dans la traque des contrefaçons audio-visuelles ont repéré 2500 mises à disposition sur les réseaux pair-à-pair, et 1100 liens sur les plates-formes de *streaming* illicites. L'attaque de la politique gouvernementale, appuyée le lendemain par une autre tribune de distributeurs indépendants², est rude : « HADOPI première version n'était pas parfait mais menaçait de sanctions ceux qui volaient (car, oui, le piratage est un vol) les ayants droit, auteurs, producteurs ou diffuseurs de films. Votre gouvernement n'a eu de cesse que de détruire cette entité sans avoir jamais, en deux ans, proposé une quelconque riposte contre les contrevenants. Pourquoi dans ce cas ne pas laisser chacun se servir dans les magasins d'alimentation ou de prêt-à-porter ? Ne serait-il pas aussi légitime de se vêtir et de manger à sa faim sans payer ? Peut-être même davantage que de visionner *Drive* ou *les Beaux Jours* ? Sommes-nous un métier qu'il vous semble légitime de laisser piller ? Avons-nous eu affaire il y a deux ans à une pure promesse électorale ? Dépénaliser le piratage et en faire cadeau aux électeurs sans que ça ne coûte un euro au futur gouvernement. Une stratégie à court terme qui oublie pertes d'emplois, de TVA, d'impôt sur les sociétés, etc ! Une promesse

¹ http://www.liberation.fr/culture/2014/08/06/madame-filippetti-la-piraterie-tue-le-cinema_1076529

² http://next.liberation.fr/cinema/2014/08/07/affreux-hors-salles-et-mechants_1077177

de campagne devenue cauchemar pour tous les intervenants de l'industrie du cinéma et de la télévision ! Peut-être au fond le gouvernement a-t-il fait un rêve : celui que le cinéma soit gratuit... Dans ce cas-là, pourquoi ne pas produire qu'avec des fonds publics ? Avec des auteurs, des techniciens bénévoles ou fonctionnarisés ? ».

Cette tribune est suivie le lendemain d'une réponse de la ministre par communiqué de presse³ qui assure de sa détermination à protéger la production cinématographique française, puis d'une prise de position⁴ du secrétaire général de la HADOPI, Eric Walter, directement concerné par la première tribune. Dans cet interview, Eric Walter prononce une phrase qui nous semble confirmer notre idée initiale et renvoyer à la question essentielle de l'introduction à notre thèse : pourquoi étudier la genèse de la HADOPI ?

« La difficulté, aujourd'hui, c'est que personne ne sait de façon certaine ce qu'il faut faire exactement. »

Face à ce constat, qui ne manque pas de courage et d'honnêteté intellectuelle, de la part de celui qui assume la responsabilité du secrétariat général de l'agence chargée depuis quatre ans d'agir sur le téléchargement illicite, plusieurs attitudes sont possibles. La première et la plus répandue consiste à prendre acte, voire à ironiser, sur l'impuissance des pouvoirs publics confrontés à un problème qu'ils ne parviennent pas à plier à la volonté de l'État et qui fait échouer toute tentative de discipline. Une autre attitude, qui a présidé à notre travail sur la genèse d'un instrument d'action comme la HADOPI, consiste, au contraire, à considérer l'épreuve du piratage, qui certes ne fait pas trembler l'État sur ses bases, comme un laboratoire de choix de la confrontation entre usages numériques et gouvernance. Il nous est apparu qu'étudier l'évolution, les contradictions et les points de passage des débats qui ont abouti à cet instrument, certes imparfait, était une occasion privilégiée de voir se réaliser empiriquement l'État dans un contexte de très forte incertitude socio-technique.

Examiner ce que fait empiriquement le *numérique* à l'action publique, et réciproquement, constitue le cœur de notre thèse dans un contexte profond de recomposition de l'État mis en tension entre des normes supra-nationales, la globalisation de nouvelles formes de capitalisme, une déterritorialisation des

³<http://www.culturecommunication.gouv.fr/Presse/Communiqués-de-presse/Reponse-d-Aurelie-Filipetti-a-Jean-Labadie>

⁴http://next.liberation.fr/cinema/2014/08/07/le-piratage-est-une-consequence-de-la-carence-de-l-offre-legale_1077178

usages et des usagers et l'arraisonnement par les utilisateurs/amateurs de vastes compétences socio-techniques distribuées. Examiner comment l'État et l'action publique résistent et inventent les prémices d'un art de « gouverner internet » à travers la mobilisation des multiples formes d'exercice de son pouvoir de contrôle, de discipline, de sanction, de gestion ou d'incitation (Assemblées parlementaires, tribunaux, Cour de cassation, Cour des Comptes, Conseil d'État, Conseil constitutionnel, gouvernement et administrations) ; et étudier comment elles parviennent à stabiliser, même imparfaitement, un problème public est un autre objectif de notre travail, à travers le cas localisé et limité du contrôle du téléchargement illégal.

Pour éclairer le contexte, le cadre et finalement la scène sur laquelle va se dérouler notre propos, nous avons choisi de présenter un état de l'art portant sur quatre points. En premier lieu, face au partage déterminant entre norme et déviance d'un comportement social, nous avons souhaité rappeler les apports du concept d'illégalisme formulé par Michel Foucault ; ceci pour éviter les biais d'une approche substantialiste des catégories politiques et juridiques. En affirmant que la pénalité ne vise pas à réprimer tous les illégalismes mais à les différencier et à tracer les frontières de la tolérance par des outils de gestion qui attribuent une qualification relative et dynamique aux actes illicites ; en historicisant la gestion sociale des conduites indisciplinées pour fonder une théorie du pouvoir, des instruments de répression et de contrôle des populations, le concept d'illégalisme nous est apparu comme une clé essentielle apte à rendre compte des tentatives de discipline des comportements à l'âge numérique. Deuxièmement, les problèmes posés par l'économisation des biens culturels sont abordés en vue d'exposer pourquoi la définition classique du marché qui présente face à face un bloc d'offre et un bloc de demande coordonnés par un transfert de droits de propriété, souffre de plusieurs faiblesses pour expliquer et cadrer les agencements marchands de biens culturels. Nous abordons ensuite la notion d'instrument d'action publique qui nous est apparue comme la plus pertinente pour caractériser la démarche de fabrication de l'agence HADOPI et ses fonctions de « bonne police ». Celles-ci sont caractérisées par une rationalité de but qui doit favoriser la productivité afin de développer la puissance de l'État et une rationalité de moyens concrets en matière de sûreté, d'économie et de culture capable d'exercer une discipline des individus, plutôt qu'une contrainte, et permettant de conduire à distance leur comportement. Enfin, nous proposons une recension d'une dizaine d'articles académiques qui résument les principales recherches de la science

économique sur les effets empiriques et paradoxaux des dispositifs de « réponse graduée » (expression qui désigne l'envoi de messages de recommandation aux coupables de téléchargement illicite, avant l'ouverture d'une procédure répressive, dans le but d'inciter la population des internautes à modifier massivement ses comportements).

I – Nouveaux illégalismes et nouvelles disciplines

La question de la frontière entre le légal et l'illégal, la qualification de la licéité des actes et ses évolutions à l'ère numérique sont des problématiques centrales de notre thèse. Le crime, les délits, les infractions aux règles sociales ont été, en creux, un objet précoce de la sociologie. Il est donc utile de tenter de dresser ici le panorama des apports théoriques qui ont pu être énoncés puisque le sujet de nos recherches est tout entier dirigé vers les épreuves rencontrées pour établir un consensus sur des actes illicites, leur définition, leur mesure, leur répression et leur contrôle. Dès la fin du XIX^{ème} siècle, la sociologie naissante a énoncé, par la voix d'Émile Durkheim (1894: 65-72), le curieux paradoxe de la normalité du crime, sa nécessité, voire son utilité. En remarquant que le « crime est normal parce qu'une société qui en serait exempte est tout à fait impossible », Durkheim constate la réalité du crime comme facteur d'unité de toute vie sociale et facteur solidaire des conditions fondamentales indispensables à l'évolution normale de la morale et du droit. Il détecte aussi dans le concept de crime une dynamique qui accompagne les évolutions sociales et remarque que des actes qui lèsent le sentiment de dignité humaine sont progressivement entrés dans le droit pénal dont ils ne relevaient pas primitivement. Faisant le parallèle avec la diversité des niveaux de conscience au sein d'une société, il affirme que ce qui confère à un acte un caractère criminel n'est pas son importance intrinsèque mais celle que lui prête la conscience commune. Durkheim va jusqu'à affirmer que le crime est non seulement nécessaire à la cohésion sociale mais qu'il participe utilement à l'évolution de celle-ci en préparant et annonçant nombre de changements. Prenant à témoin la condamnation de Socrate et la lutte contre les hérésies au Moyen Age, Durkheim présente les faits fondamentaux de la criminologie et sa possible utilité sociale dans des transformations qui seront ultérieurement jugées nécessaires. Pour lui : « le criminel n'apparaît plus

comme un être radicalement insociable, comme une sorte d'élément parasite, de corps étranger et inassimilable introduit au sein de la société ; c'est un agent régulier de la vie sociale » (Durkheim 1894: 69). En dernier lieu, cette approche du fait criminel et délictueux repose à nouveaux frais la question de la théorie de la peine et, notamment, la définition de sa fonction à « rechercher ailleurs », au-delà du simple rôle de remède au crime.

Le renversement de la charge qu'opère Durkheim à propos de la fonction sociale du crime va être prolongé par Michel Foucault et son célèbre concept « d'illégalisme » qui va nous être très utile pour tenter de définir tant le concept de téléchargement illicite et de piratage que la figure même du « pirate ». Cependant, la réception idéologique et politique de son célèbre livre *Surveiller et punir* de 1975 a quelque peu masqué l'argument central qui ne portait pas fondamentalement sur une sociologie critique de la prison et de la politique carcérale. La prison n'est ici qu'une illustration, certes importante, d'un projet beaucoup plus vaste qui porte sur les dispositifs historiques d'objectivation et de « disciplinarisation » des individus et des groupes. Comme Foucault le précise en conclusion : « S'il y a un enjeu politique d'ensemble autour de la prison, ce n'est pas de savoir si elle sera ou non correctrice, qui y exercera le pouvoir, ou si une alternative à l'emprisonnement est possible. Le problème actuellement est plutôt dans la grande montée des dispositifs de normalisation et toute l'étendue des effets de pouvoir qu'ils portent à travers la mise en place d'objectivités nouvelles » (1975: 313). Dans le sillage de Durkheim, Foucault, rejetant lui aussi toute approche substantialiste de la criminalité, va inaugurer une nouvelle rupture conceptuelle dans l'analyse du fait criminel et délictueux en bousculant les catégories d'évidence de la science juridique, et en historicisant la gestion sociale des conduites indisciplinées pour fonder une théorie du pouvoir et des instruments de répression et de contrôle des populations. Le concept d'illégalisme émane de l'étude historique que Foucault fait de la non application et de l'inobservation massive d'édits et d'ordonnances sous l'Ancien Régime. L'étude de l'ampleur du phénomène fait apparaître une cohérence et une économie propre à travers le mécanisme des privilèges, que celui-ci soit un consentement muet du pouvoir ou une impossibilité d'imposer la loi. Les marges de tolérance placées sous l'effet de lois ou de coutumes locales étaient garanties aux populations les moins privilégiées et leur remise en cause ponctuelle par le pouvoir pouvait provoquer de brutaux

soulèvements de la population. Un tel illégalisme nécessaire ne se distinguait pas juridiquement ou moralement de la criminalité (contrebande, pillage, vagabondage, lutte armée contre les levées d'impôts divers). Il servait de condition d'existence à une part importante de la population et recevait, de ce fait, une forme de tolérance. Cette partie de la population objectivement criminelle bénéficiait alors d'une valorisation spontanée, ni tout à fait convergente ni foncièrement opposée, de la part du reste de la population, (y compris les classes dominantes). Dans certains cas, l'illégalisme est indispensable pour assurer un effet de levier à la croissance économique, notamment ceux liés aux questions fiscales, largement acceptés par la population : la tolérance devient alors encouragement. L'articulation entre illégalisme et économie est un apport sociologique essentiel avec la distinction par Foucault de deux types d'illégalisme : l'illégalisme de biens (vol, rapine, chapardage, vaine pâture) toléré jusque là dans la société rurale et féodale mais, qui sous l'effet de la généralisation de la propriété terrienne au XVIIIe siècle, se transforme en infractions pures et simples. Ces illégalismes liés à la propriété foncière deviennent de plus en plus insupportables aux nouvelles classes possédantes quand ils affectent la propriété commerciale et industrielle. La production, le transport et l'accumulation de marchandises mais aussi le développement de nouveaux comportements illégaux (fausse monnaie, explosion de la contrebande, vol de marchandises...) vont donner lieu à un « recodage » des illégalismes. Avec l'avènement de l'économie capitaliste, l'importance croissante du statut juridique de la propriété va restructurer l'économie des illégalismes non plus de biens mais de droits. Se produit alors une première rationalisation de l'anarchie normative des punitions de l'Ancien Régime, inappliquées et inapplicables, par une vaste réforme pénale qui se caractérise par un adoucissement des peines lié au souci d'humanisation de la punition, une codification plus nette et une diminution de l'arbitraire en vue « d'un consensus mieux établi à propos du pouvoir de punir ». Il faut adapter la granularité de la punition pour atteindre une cible plus ténue mais plus répandue mais aussi diminuer son coût économique et politique en augmentant son efficacité. La réforme pénale du XVIIIe siècle cherche ainsi déjà à constituer une nouvelle économie et de nouvelles technologies du pouvoir de punir. Le système pénal prend trois siècles plus tard un tournant essentiel pour notre sujet : celui de concevoir un dispositif juridico-technique pour assurer la gestion différentielle des illégalismes sans avoir le projet de les supprimer tous. Plus que le concept d'illégalisme lui-même, l'apport essentiel de Foucault porte sur la mise en évidence

des mécanismes et des dispositifs gestionnaires et différenciés des illégalismes. La fausse neutralité des catégories révèle l'activité toujours ouverte de qualification et de la différenciation des illégalismes ainsi que l'adaptation des techniques de poursuite des contrevenants, des mécanismes de sanction et de conduite à distance des comportements. Une individualisation des peines vise à « mettre en circulation dans le corps social des signes de punition exactement ajustés, sans excès ni lacunes, sans dépense inutile de pouvoir, mais sans timidité » (1975: 101) dans des sociétés désormais marquées par l'intensification de l'activité économique, la circulation généralisée des biens matériels et le fait que les moyens et les outils de production d'une grande partie de la richesse se trouvent dans les mains des catégories sociales sur lesquelles une surveillance et une discipline nouvelles des comportements doivent s'exercer. Foucault affirme donc que la pénalité ne vise pas à réprimer tous les illégalismes mais à les différencier et à tracer les frontières de la tolérance par des outils de gestion qui attribuent une qualification relative et dynamique aux actes illicites. Ces idées ont naturellement rencontré un important écho dans la littérature traitant des catégories classiques de la délinquance d'atteinte aux biens ou aux personnes, non sans un certain constructivisme propre à la sociologie critique. L'étude de l'évolution du délit de contrefaçon à l'ère numérique et l'histoire de la création d'un nouveau mécanisme de différenciation entre la contrefaçon et le téléchargement illicite nous ont paru originales et propices à une compréhension renouvelée des effets politique du *numérique*. En effet, si l'on peut s'accorder sur l'existence d'une phase de requalification des actes illicites et sur la création d'outils de gestion de leur discipline, il nous semble intéressant de décrire précisément la fabrication de l'un d'entre eux à travers l'invention d'une nouvelle infraction et de nouveaux moyens matériels de constat et de poursuite. La gestion des illégalismes apparaît en effet comme un phénomène relationnel et collectif. Des travaux comme ceux de Aaron Cicourel (1968) sur la justice juvénile montrent que la délinquance et les comportements illicites sont le produit d'une négociation sociale. La gestion différentielle ne dépend pas de la position sociale de l'auteur du délit mais d'un ensemble de mécanismes d'adaptation variable selon les normes en vigueur au sein de chaque organisation. L'identification judiciaire d'un acte illicite n'est que l'étape ultime d'un long processus d'objectivation matérialisé par des traces écrites. L'inégalité des ressources dont disposent les individus face aux institutions répressives, notamment lorsqu'ils doivent justifier de leur comportement et négocier les sanctions, est aussi un élément essentiel du processus de gestion différentielle des illégalismes. Par

ailleurs, l'extension des instruments de gouvernement et le renforcement des technologies de discipline des populations rendent chaque individu toujours plus concerné dans son rapport à l'État et aux éventuels illégalismes. Des travaux comme ceux de Michael Lipsky (1980) sur les *street-level bureaucrats* ont montré un déplacement de la gestion des illégalismes de la sphère purement judiciaire vers l'univers bureaucratique et administratif. Pour Fischer et Spire (2009: 7–20), la référence à la loi comme figure totalisante du pouvoir d'État laisse dans l'ombre les multiples usages micro-sociologiques des normes juridiques. Une conception essentialiste du droit ne permet pas de prendre en compte les éléments sociaux, institutionnels et conjoncturels qui interviennent dans la décision de réprimer tel ou tel illégalisme. L'expression de *gestion des illégalismes* prend tout son sens dans la mesure où elle renvoie à un répertoire d'actions qui va de la sanction à la transaction et où elle ne saurait se réduire à la manifestation uniforme du pouvoir étatique. Sous l'effet de la judiciarisation des relations sociales et du développement des technologies de l'information, la maîtrise des ressources et la mobilisation du savoir dépassent largement experts, professionnels du droit et agents assermentés. Des amateurs concernés eux-mêmes et des militants du droit peuvent devenir co-gestionnaires de la différenciation des illégalismes et parvenir par un travail continu de qualification à ré-instituer les limites entre pratiques tolérées ou sanctionnées. Il en est ainsi par exemple des militants associatifs qui prennent en charge les migrants (Fischer: 2007) ou pour le cas qui nous concerne, des ayants droit ou des militants d'un *internet libre*. Ainsi, les auteurs d'illégalismes sont des acteurs à part entière capables de stratégie dans la performance réciproque entre économie de l'illégalité et transformations successives du droit et des pratiques administratives. La neutralisation des effets de la gestion différenciée des illégalismes sera d'une grande intensité pour notre sujet et atteste d'une forte activité relationnelle pour inscrire la formulation d'une nouvelle infraction dans le "dégradé des illégalismes" (Foucault 1976b: 34–37). La gestion des illégalismes dépend autant des ressources et des capacités inégales chez ceux qui doivent s'y soumettre que des dispositions sociales des agents et des instructions, formelles ou non, dont ceux-ci disposent pour redéfinir et déplacer en permanence ses frontières.

II – L'économisation et les biens culturels

Notre thèse n'est pas une thèse d'économie bien que la motivation du législateur à agir sur le téléchargement illicite vise expressément à sauver l'économie de la culture et, par là, la culture elle-même. Même si notre travail se réclame de la sociologie de l'action publique, nous énonçons ici le cadre général des controverses que la science économique a pu générer à propos des échanges de biens culturels à l'ère numérique. Nous souhaitons souligner que l'économisation et la mise en marché des artefacts culturels sont des phénomènes finalement assez localisés dans le temps et l'espace et suspendre un instant d'un point de vue méthodologique la croyance dans l'économisme qui considère que le capitalisme constituerait la seule forme possible d'échanges et de mise en relations entre les biens et les personnes. C'est ainsi qu'avant même la numérisation des contenus, la science économique a placé les biens culturels sous le régime de l'exception et de l'incertitude (Le Guern, Dauncet: 2012). La difficulté à faire entrer les œuvres culturelles dans l'économie de marché (capable d'intégrer ces objets dans un réseau d'agents calculateurs aptes à résoudre des conflits d'intérêts résolus dans des transactions établissant une équivalence mesurée par des prix) a débouché sur la nécessité de créer une catégorie à part de biens : celle de « biens d'expérience » (Gensollen 2004). Cette catégorie existe pour singulariser et tenter de formaliser une dimension essentielle qui pose des problèmes à la rationalisation marchande. Les productions culturelles résistent en effet au mode d'existence fondamental de l'économie de marché qui consiste à établir une frontière claire entre les caractéristiques internalisables d'une œuvre que l'on peut littéralement « prendre en compte » et celles qui génèrent des externalités, par essence incalculables. Ces graves lacunes informationnelles sont résumées par le fameux leitmotiv de William Goldman (1984: 39) à propos des biens culturels : « personne ne sait ». Cette incertitude a pour conséquence essentielle de rendre instable la relation cardinale de l'économie de marché entre incitation, utilité et profit (même lorsqu'elle est cadrée par de vastes tentatives de distribution judicieuse de droits de propriété par le droit de propriété littéraire et artistique, dont nous examinerons les épreuves subies par le numérique au premier chapitre). Dans le laboratoire des biens culturels, l'économisation révèle ses caractéristiques de « monstre » qui peine à étendre ses outils et espaces de calcul ingouvernables en dehors d'une production stabilisée et close d'internalités. Malgré la grande efficacité du marché pour multiplier les valeurs d'usage,

pour rendre compatibles des plans décentralisés, pour favoriser l'innovation et pour mobiliser des ressources, économistes, politiques et industriels affirment – un peu désolés – que « les biens culturels ne sont pas des marchandises comme les autres ». La prolifération des externalités semble sans limite et provoque de nombreuses *market failures*. Pourtant, tous les modèles d'affaires et les théories économiques ont été employés : protectionnisme avec les quotas nationaux ; libre échange et libre circulation avec les politiques libérales européennes ; structuration des réseaux de distribution par la publicité ; subvention publique massive ; modèle d'affaire de l'achat d'un support, abonnement à l'acte ou illimité... L'hybridité des agencements économiques, la diversité même des typologies d'objets (musique, cinéma, livre, spectacles, pour les plus classiques, mais aussi jeux vidéo, luxe et même tourisme) et l'accumulation d'innovations technologiques de production et de diffusion (phonogramme, photographie, radio, télévision, numérique...) attestent des limites des formatages marchands pour cadrer les qualifications des objets culturels et résoudre le problème de la tarification. En effet, la notion de bien culturel se satisfait mal de l'instabilité des caractéristiques qui lui sont associées et expliquent pourquoi une demande lui est adressée, pourquoi il est recherché et quelles sont les équivalences d'échange qu'il génère à travers un prix. Ces incertitudes intrinsèques aux biens culturels soulignées ici brièvement sont indispensables pour éclairer, à côté des tentatives d'économisation des biens culturels, d'autres formes d'organisation des échanges qui seront mobilisées pour nos travaux : à savoir celui du désintéressement, plus connu sous les expressions d'économie du don ou du partage, fortement revendiqué par les militants de l'internet libre opposés aux dispositifs de répression et de discipline des comportements illicites du téléchargement illégal. Dans leur article « Tu ne calculeras pas ! », Michel Callon et Bruno Latour (1997) ont souligné l'importance de penser symétriquement et non en opposition l'intéressement marchand (échanges et tarification) et le désintéressement (don, partage). L'utilitarisme capitaliste et l'anti-utilitarisme du don et du partage ne sont pas opposés, ce sont les deux faces d'une même réalité sociale qui résolvent la question du collectif. L'échange marchand individualise, internalise, fabrique et sépare des agences calculatrices et intéressées qui, une fois la transaction achevée, permettent d'être quitte de toute obligation. Il est par ailleurs utile de souligner qu'il n'existe pas d'agents économiques individuels calculateurs ou donneurs mais qu'il s'agit toujours de performances collectives distribuées qui traversent chacun. Le même agent se trouve traversé par le calcul sans être lui-même calculateur et traversé par le

don sans être ni donateur ni receveur. Ce point de psychologie distribuée est très important : il faut autant de travail de formatage dans l'un et l'autre cas. Le don, à l'inverse de l'échange marchand, fait proliférer les attachements liant de manière indéfectible les existences les unes aux autres. Le premier formatage donne *un* prix, le second *du* prix. C'est fondamentalement au politique qu'incombe le délicat réglage de l'équilibre entre ce « froid » et ce « chaud ». Pour ces raisons, nous pensons que la question des biens culturels et de leur statut sur les réseaux numérisés est un excellent laboratoire de l'équilibre fragile entre formatage marchand et formatage de désintéressement. Le défi politique étant d'articuler des instruments de cadrage, de contrôle et de discipline des externalités avec le souhait de certains acteurs de rendre incalculables des espaces comme celui de l'échange non marchand de biens culturels. Avec ce sujet, l'économie apparaît comme la surface et non comme le fond des relations sociales, et fait voir ses faiblesses dont il est possible de suivre l'extension, les moyens et les laboratoires. L'articulation et la circulation entre valeur, croyance et intérêt donnant lieu à une intrication complexe entre don et échange ont été brutalement redistribuées par le basculement numérique. La fabrication de l'agence HADOPI comme réponse politique revêt donc un intérêt particulier pour tenter d'éclairer l'avenir incertain et parfois obscur de la mise en politique des échanges numériques, notamment en raison de l'extension universelle et panoptique des espaces de calcul permise par la numérisation du monde.

Pour les objets hybrides que sont les biens culturels, les mécanismes d'organisation du marché semblent quelque peu défailants. Bien que la science économique soit parvenue à faire accroire que l'économie de marché est immanente et auto-explicative, le cas étudié ici permet d'introduire les travaux récents autour du concept d'agencement marchand (Callon et al. 2013), qui cherchent à élargir l'étude des marchés au delà de leur seule capacité à servir d'interface sans profondeur. La définition classique du marché qui présente face à face un bloc d'offre et un bloc de demande, coordonnés par un transfert de droits de propriété en échange de compensation monétaire au sein duquel l'information joue un rôle central, souffre de plusieurs faiblesses. La première d'entre elles concerne précisément la qualification, si complexe pour notre sujet, de biens dont la production est étrangère au marché. Si les affirmations de la science économique sont si fragiles à propos des biens culturels, c'est sans doute en raison du point aveugle de leur qualification, toujours renouvelée et intensifiée par les technologies de la communication. L'individualisation de plus en plus fine de l'offre permet de sortir de la relation de

concurrence classique par les prix et affecte l'obsession des marchés de maintenir le caractère bilatéral des transactions. Pour sa part, le concept d'agencement marchand cherche à renouveler la conception simpliste des marchés interfaces qui installe l'idée de système de coordination statique. Cette notion permet de sortir de cette idée en mettant l'accent sur la dynamique de l'action des marchés. Michel Callon énonce cinq processus de cadrage pour définir ce qu'est un agencement marchand : le premier cadrage consiste dans la passivation des biens qui stabilise leurs qualifications et permet à la fois, par un travail collectif, de les singulariser et de les rendre comparables. Le deuxième cadrage réside dans l'activation d'agences « qualculatrices », (un néologisme qui permet d'associer opérations quantitatives de calcul et opérations qualitatives qui ont pour but, une fois le bien stabilisé, de lui conférer une valeur par le truchement d'agences distribuées de valuation). Le troisième cadrage consiste à organiser des rencontres marchandes permettant l'appariement (le *matching*) entre biens et agents dans un espace donné. Ces qualifications, ces agences de valuation et ces rencontres marchandes doivent se concrétiser par une quatrième dimension : la production d'un attachement marchand, véritable « Graal » des agencements marchands. Ces attachements permettent de pérenniser un agencement à travers des matériaux très divers (procédures, dispositifs, normes, lois, goûts...). Ils ont pour effet de produire de la confiance à travers des interactions ou des signes comme les labels, les normes ou les marques. L'attachement doit aussi avoir la faculté de se prolonger dans le temps. L'intensification des collaborations entre agents pour coproduire les biens permet aussi d'accroître la force des attachements marchands par la stimulation de processus d'innovations socio-techniques. Enfin, le dernier et ultime cadrage consiste en la formulation des prix, qui doit justement interrompre (*dés-intriquer*) les interactions des acteurs auparavant enrôlés dans les processus de coproduction pendant la phase de conception-passivation du produit. La définition du prix s'élargit comme la révélation des précédentes étapes de cadrage et de son individualisation. Cette approche novatrice des échanges de biens permet, selon nous, d'éclairer la complexité du cas des échanges de biens culturels numérisés : elle élargit la perspective au-delà du marché défini comme simple interface entre offre et demande et réintroduit justement, de manière forte mais innovante, le rôle de l'action publique dans les échanges de biens culturels numérisés que notre thèse souhaite expliciter en posant plus globalement la régulation d'internet comme l'une des nouvelles arènes de l'art de gouverner.

III – Les instruments de l'action publique

Notre travail s'inscrit en premier lieu dans le domaine des études des instruments de gouvernement et d'action publique. Nous proposons ici d'en exposer le cadre et l'état de l'art. Leur définition a été stabilisée en ces termes : « Un instrument d'action publique est un dispositif à la fois technique et social qui organise des rapports sociaux spécifiques entre la puissance publique et ses destinataires en fonction des représentations et des significations dont il est porteur. L'instrumentation constitue l'ensemble des problèmes posés par le choix et l'usage des outils (des techniques, des moyens d'opérer, des dispositifs qui permettent de matérialiser et d'opérationnaliser l'action gouvernementale » (Lascombes et Le Galès 2004). Historiquement, la question des technologies matérielles de gouvernement a été abordée dès les années 1920 par Max Weber dans *Économie et société* (1921) avec l'étude du rôle des bureaucraties comme indicateur du degré de rationalisation des sociétés capitalistes et de l'État moderne. Michel Foucault reprendra cette idée de « procédures techniques » du pouvoir et énoncera l'activité d'instrumentation comme un élément central de l'art de gouverner. Il développera cette idée générale avec l'apport décisif des sciences camérales d'origine germanique. Celles-ci traitent, tout au long de la période moderne, des sujets liés au bonheur des populations à travers les sciences de police qui président à l'organisation rationnelle et concrète de la société pour que l'État garantisse à la population un avenir éclairé en combinant ordre public, bien-être et culture. Michel Foucault voit dans les sciences camérales la matrice et le creuset des politiques publiques contemporaines qui posent comme principe de gouvernement de veiller aux individus vivant en société en consolidant leur vie civique pour participer au renforcement de la puissance de l'État. Foucault fondera sur cette base la notion de gouvernementalité caractérisée par une autorité centralisée résultant d'une rationalisation et d'une technicisation qui s'appuient sur une série d'appareils spécifiques de gouvernement, un ensemble de savoirs et de connaissances sur les populations. Ces techniques et savoirs fondent les dispositifs de sécurité de la police générale. La population, source de richesse et de besoins, doit être protégée, mise en valeur, structurée et surveillée par l'autorité politique. La « bonne police » est caractérisée par une rationalité de but (qui doit favoriser la productivité pour développer la puissance de l'État) et par une rationalité de moyens concrets en matière de sûreté, d'économie et de culture (capable d'exercer une discipline, plutôt qu'une

contrainte, des individus et permettant de conduire à distance leurs comportements en société). Dans le monde anglo-saxon, au cours des années 1970, le courant du *New Management* et plus largement les réflexions sur le changement et l'innovation de l'action publique et gouvernementale ont fait l'objet d'un très grand nombre de travaux académiques à la lumière de ce cadre. L'entrée par les instruments a permis d'identifier des traceurs explicatifs des transformations entre gouvernants et gouvernés, des formes de pilotage de sociétés complexes et des problèmes de régulation. Dans les années 1990, l'attention aux techniques instrumentales de gouvernement retranscend l'Atlantique et commence à irriguer de nombreuses disciplines (économie, gestion, sociologie, science politique et sociologie des sciences) et à trouver des arènes de débat universitaire intense. Nous en soulignerons une seule ici⁵ : celle de l'apport de la sociologie des sciences et des techniques qui est le cadre plus large dans lequel cette thèse s'inscrit tant sur le plan institutionnel qu'académique. En s'attachant à répondre à la question de savoir comment s'exerce le pouvoir dans ses formes et ses effets, l'approche par les instruments présente de nombreux points méthodologiques communs avec le courant des *Science and Technology Studies* (STS). La méfiance à l'égard des grands paradigmes et des dualismes, la volonté d'inclure pleinement les dispositifs matériels et d'élargir le périmètre de la sociologie aux rapports entre humains et non-humains établissent de nombreux points de convergence entre l'étude des instruments de gouvernement et les centres d'intérêts et la méthode de la sociologie des sciences et des techniques. Le tournant pragmatique de la sociologie porté par ce courant disciplinaire qui insiste sur le caractère peu stabilisé, controversé, et hybride des dispositifs socio-techniques et qui s'intéresse à la carrière des innovations par l'étude des relations entre sciences, techniques et marchés a rapidement rejoint la dimension politique des technologies de gouvernance, notamment à travers la question des politiques de recherche scientifique et de la biopolitique.

Notre sujet de thèse s'ancre dans l'étude des instruments de gouvernement, notamment à travers les thèmes de l'ingouvernabilité des sociétés complexes, du changement, de la crise et de la transformation de l'État. Face à la gestion des risques, à la régulation de l'économie mondialisée, à la formation de vastes réseaux de comportements privés transfrontaliers ou aux crises de la représentativité, les grandes formes

⁵Pour un exposé panoramique et synthétique de la réception disciplinaire du concept d'instrument de gouvernement, on pourra se reporter à l'introduction de l'ouvrage de Halpern, Lascoumes et Le Galès (2014). « L'instrumentation et ses effets, débats et mise en perspective théorique », p. 15 à 59.

de gouvernement se morcellent et s'enchevêtrent. L'action publique semble perdre sa capacité d'action au profit d'une gouvernance négociée molle, aléatoire, court-termiste, hétérogène et transversale. Ce constat, qu'illustrent par exemple les logiques d'institutionnalisation de l'Union européenne, a mis en évidence, au-delà du déconstructionnisme de l'État et son lot de dépolitisation, le renouvellement des instruments d'action publique, une « nouvelle gouvernance » et la mise en place de puissants mécanismes de contrôle et de discipline des comportements. La hantise de la résolution des problèmes et de l'efficacité prend le pas sur les attributs historiques de la puissance publique, son pouvoir politique et sa légitimité. Ce « désarroi du politique » (Lorrain 2004: 188) se traduit et s'aggrave par l'apparition croissante de pilotes invisibles de l'action publique qui implémentent des règles, établissent filtres et méthodes de calcul et représentent les problèmes de la population. Avec le temps, ces pilotes semblent acquérir une autonomie d'action et naturalisent les solutions aux problèmes embarqués dans leur *design*. Ce mode d'existence propre aux instruments de gouvernement, devenus automatiques, entraîne une perte de sens des origines et produit ce que Dominique Lorrain a défini comme un *sentier de dépendance* et une forme d'*Automatic government* (Weaver 1988). La multiplication des instruments, l'extension toujours plus importante de leur domaine d'action, la force propre et l'historicité de leurs routines enserrant la décision politique et produisent une transformation de l'État. Cette idée d'une transformation de l'État, recomposé par ces techniques de gouvernement toujours plus vastes et différenciées, est un thème essentiel pour notre propos. En effet, la dépolitisation due aux instruments n'est pas si claire, dans la mesure où ils produisent aussi des effets politiques propres, discrets mais innovants et de grande ampleur. Si leur neutralité technique garante de leur efficacité peut faire croire à un retrait du politique dans un rôle de coordinateur, la réalité est parfois plus subtile dans la mesure où un instrument permet de déléguer, ou donne l'impression de déléguer, la puissance normative à des acteurs privés tout en redonnant une place centrale aux acteurs étatiques dans la maîtrise de cet instrument. Le recours aux instruments peut donc être justement « instrumentalisé » habilement par l'État et ne pas signifier une sorte d'abdication de l'autorité politique. Dans un sujet proche du nôtre – la loi sur le prix unique du livre dans les années 1980 – Yves Surel (1997: 147-172) avait souligné que l'action publique n'est pas vouée à l'échec et peut impulser des changements substantiels. En conséquence, la thématique du changement est aussi au cœur de l'étude et de l'effet performatif des instruments de l'action publique.

La fonction de mise en scène de l'acteur public à travers ces instruments tient parfois lieu de politique grâce à sa capacité d'harmonisation de surface tant sur les enjeux que sur les objectifs⁶. L'étude de la recomposition de l'État par ses techniques permet aussi de relever les changements dans les modes de domination des gouvernés et dans la capacité de l'État à mobiliser et à diriger le capital social et les ressources de la population. En apprenant progressivement à composer avec les instruments, l'État a pu certes s'euphémiser et se marginaliser, mais il a pu aussi entraîner un déplacement du clivage politique afin d'éviter d'engager sa responsabilité. Le choix du *design* d'un instrument peut réaffirmer la capacité de l'État à imposer de nouvelles règles du jeu et à étendre l'exercice de la discipline des comportements par un système de contrôle et d'incitation en jouant sur les deux pôles d'un État mobilisateur de la gouvernance négociée et d'un État régulateur, surveillant et contrôleur.

À ce titre, et dans le sillage d'une approche foucauldienne, la définition de l'instrument de gouvernement comme dispositif de police générale rationalisée de la connaissance et du contrôle des comportements est un point essentiel à souligner dans cet état de l'art. Dans le prolongement du concept d'illégalisme traité ci-dessus, un instrument de gouvernement peut être défini comme une théorisation implicite de la relation gouvernant/gouverné et comme une forme condensée, finalisée et opérationnelle de savoir sur le pouvoir social. Weber lui-même avait déjà défini l'administration comme un ensemble de pratiques capables d'instaurer une domination rationnelle légale. D'ailleurs, parmi les différentes catégories d'instruments, ceux qui permettent à l'État d'acquérir des connaissances sur les populations, comme la série des instruments statistiques, sont devenus aussi importants que les instruments de discipline et de contrainte. Les choix des instruments sont significatifs des choix politiques, du type de représentation des populations qu'ils produisent et de la façon de naturaliser un problème public. Les instruments, malgré les arguments avancés par leurs promoteurs, sont rarement des dispositifs neutres. Ils produisent des effets spécifiques indépendants des objectifs poursuivis, structurent et produisent l'action publique.

L'économie politique qui trouve sa source dans l'idée de discipline et de commande à distance des comportements des masses illustre une transformation centrale dans la conception de l'exercice du pouvoir. Il ne s'agit plus de conquérir et de posséder mais de produire, susciter et organiser la population

⁶Tel est le cas de la méthode ouverte de coordination des politiques européennes, analysée par Renaud Dehousse (2011).

afin de lui permettre de développer toutes ses propriétés par la mise en valeur des richesses structurées par l'autorité politique. La question économique et les instruments de régulation s'inscrivent aussi parfaitement dans nos préoccupations, tout comme les liens tissés entre le droit et l'économie politique. Le contexte global de dérégulation européenne des activités originellement régulées fortement par l'État est au cœur des questions posées par la HADOPI et le commerce électronique. L'importance des procédés innovants de régulation montre aussi l'influence du droit et de l'économie pour l'analyse de l'action publique. L'enchevêtrement des instruments de gouvernement de l'économie et la complexité de leur coordination, tant sur le plan historique que spatial, jouent le rôle d'institutions de second rang (Varone et Nahrath 2014: 237) par rapport à des régimes institutionnels comme les droits de propriété, si cruciaux pour notre sujet, « dont la solidification sur le long temps a permis la résolution de conflits ou la gestion durable de biens » (Halpern, Lascoumes, et Le Galès 2014: 35). Cette remarque pose la question du rapport entre instruments et institutions (HADOPI vs droit d'auteur) producteurs historiques de normes, de règles et de lois.

Pour conclure cet état des lieux sur les instruments de gouvernement, nous pouvons retenir au titre des effets produits : un effet de vérité, une interprétation du monde, une représentation d'un problème, la révélation de la théorisation du rapport gouvernant/gouverné et l'internalisation de la dimension cognitive et symbolique dans l'instrument (problème, contexte, valeur et pacte social) dans le registre de la justification. En outre, pour ce qui concerne notre sujet, les instruments législatifs sont aussi dotés d'une fonction symbolique, propre à l'effet du droit et au geste législatif, d'une rationalité axiologique porteuse de valeurs censée renouveler ou enrichir l'action publique et d'une fonction pragmatique d'orientation et de « bonne police » des comportements. Un instrument crée des effets d'agrégation en érigeant des points de passage capables de générer des effets d'apprentissage et de traduction entre acteurs hétérogènes, produits par l'effet cognitif d'une représentation spécifique de l'enjeu traité. Enfin, il n'est jamais définitivement clôturé au gré des mobilisations, reformulations et résistances. C'est pourquoi les inefficacités ou les échecs apparents des instruments au cours de leur histoire peuvent être qualifiés de faits sociologiques normaux, au sens durkeimien du terme. Enfin, l'historicité des instruments semble essentielle, bien peu abordée sur le long terme dans les travaux rencontrés, pour prendre en considération les effets fondamentaux de routine, d'inertie et de rationalités multiples sédimentées sur le long terme.

IV – La science économique, le piratage et la réponse graduée

Quatre ans après l'envoi des premières recommandations de la HADOPI en octobre 2010, la science économique a produit un certain nombre d'articles académiques⁷ en vue de dresser un premier bilan de l'effet économique de la réponse graduée. Par une analyse des principaux et des plus récents d'entre eux, nous proposons une synthèse des travaux sur l'impact de la numérisation des biens culturels et sur les effets de la réponse graduée, à l'aune de l'économisation par les marchés interfaces. Patrick Waelbroeck [8] a récemment dressé un panorama complet et synthétique des changements intervenus sur les marchés de la musique sous l'impact de la numérisation des contenus. Il examine les conséquences de ce phénomène sur la demande et la distribution. Il souligne l'accroissement de la demande permise par la multiplication des canaux de diffusion et l'effet bénéfique, tant sur la demande que sur la diversité de l'offre, permis par l'effet de « longue traîne »⁸. Du côté de la distribution, la numérisation induit des effets différenciés pour les producteurs et les distributeurs. Pour les premiers, les coûts fixes et marginaux ont sensiblement décreu avec l'outil numérique et la barrière à l'entrée sur le marché s'est fortement abaissée. Les plates-formes de distribution en ligne ont bénéficié de fortes externalités informationnelles positives par les effets des commentaires et des recommandations gérés par algorithmes. Cette production de la

⁷ [1] Danaher, B., Smith, M. D., Telang, R., & Chen, S. (2012). The effect of graduated response anti-piracy laws on music sales: evidence from an event study in France.

[2] Adermon, A., & Liang, C. Y. (2014). *Piracy, music, and movies: A natural experiment* (No. 2010: 18). Working Paper, Department of Economics, Uppsala University.

[3] Danaher, B., & Smith, M. D. (2014). Gone in 60s: The impact of the Megaupload shutdown on movie sales. *International Journal of Industrial Organization*, 33, 1-8.

[4] Arnold, M., Darmon, E., Dejean, S., & Pénard, T. (2014). *Graduated Response Policy and the Behavior of Digital Pirates: Evidence from the French Three-Strike (HADOPI) Law* (No. 201401). Center for Research in Economics and Management (CREM),

[5] Dejean, S., & Suire, R. (2014). *Digital files dealers and prohibition in the context of the French 3 strikes (HADOPI) law* (No. 201406).

[6] Peukert, C., Claussen, J., & Kretschmer, T. (2013). Piracy and movie revenues: evidence from megaupload.

[7] Rebecca Giblin, Evaluating Graduated Response, 37 Columbia Journal of Law & the Arts 147-209 (2014), Monash University Faculty of Law Legal Studies Research Paper No. 2013/56

[8] Patrick Waelbroeck, *Digital Music: Economic Perspectives*, Telecom ParisTech, April 10, 2013, Handbook of the Digital Creative Economy, Forthcoming

[9] Sylvain Dejean, *What Can We Learn from Empirical Studies About Piracy ?* LR-MOS, University of La Rochelle; Université de Rennes I - Center for Research in Economics and Management (CREM), August 12, 2008

⁸L'effet "longue traîne" (*long tail*) formulé par Chris Anderson, rédacteur en chef du magazine *Wired*, désigne l'ensemble des produits des fonds de catalogue (des livres, des cd...) qui se vendent en proportion réduite mais dont la somme des ventes pourrait collectivement dépasser la vente des produits les plus vendus, quand la gestion des stocks s'approche de zéro, comme c'est le cas pour la distribution numérique.

notoriété était auparavant assurée exclusivement par les canaux médiatiques *mainstream*, notamment la radio. Ces plates-formes de téléchargement (*iTunes*, *Amazon*) bénéficient aussi des puissants effets de club propres aux marchés bi-faces et multi-faces. C'est notamment le cas du *streaming* gratuit financé par la publicité (*YouTube*, *Dailymotion*, *Deezer*, *Spotify*) qui représente le cas typique de ce modèle d'affaires de monétisation d'audience par un produit d'appel gratuit (la musique, Weyle 2010: 1642-72). Ces externalités propres aux plates-formes ont aussi un impact sur le marché des équipements, notamment les terminaux mobiles (lecteurs mp3 et téléphones mobiles) et sur les systèmes d'exploitation (Android, iOS, Windows phone). Le pouvoir de négociation des distributeurs (*iTunes* typiquement) s'est trouvé particulièrement renforcé par rapport au pouvoir historique des producteurs. Dans son article, Patrick Waelbroeck souligne combien la complexité de l'étude du marché de la musique numérique oblige les économistes à tracer des limites à leurs analyses, au risque, naturellement, de les biaiser. Par exemple, le parti pris d'ignorer les interactions entre le marché de la musique numérique enregistrée et celui des concerts, alors que la valeur économique de ce dernier est supérieure et que les effets croisés semblent évidents, montre à quel point l'essentialisation du concept de marché interface et l'artificialité de sa construction peuvent conduire à des conclusions foncièrement opposées de la part de la science économique. Patrick Waelbroeck analyse ensuite l'impact du piratage et souligne d'emblée deux analyses opposées : soit le piratage est considéré comme une substitution parfaite à un achat assimilable à un vol ; soit, au contraire, il permet une publicité gratuite, notamment pour les nouveaux entrants sur le marché et l'émergence de nouveaux modèles d'affaires. Ces nouveaux modèles de distribution ont créé une très forte et nouvelle discrimination par les prix (de gratuit à un abonnement mensuel), associée à des services diversifiés créant une palette d'usages différenciés et valorisables (qualité du son, nombre d'écoutes, paiement à l'acte ou abonnement, portabilité des fichiers entre terminaux de lecture, interactivité, exclusivité...). Pour sa part, Sylvain Dejean [9] dresse les conclusions suivantes après une analyse de la littérature sur les effets du piratage : tout d'abord, l'économiste souligne l'extrême difficulté à tirer des enseignements généraux des études académiques. D'après la littérature, l'impact du piratage sur les ventes est loin d'être univoque dans la mesure où d'autres mécanismes semblent contribuer à la dépréciation des biens culturels. Les biens culturels ne sont pas non plus affectés de la même manière en fonction de leur nature (musique/film/livre). Enfin, si un consensus se dégage sur l'impact globalement négatif du piratage

sur les échanges marchands, des effets positifs peuvent néanmoins subvenir localement tant par les possibilités qu'il permet pour de nouveaux entrants que pour le développement de nouveaux canaux de distribution dont les modèles économiques de rentabilité sont en cours de construction (*streaming* musical et audio-visuel avec le modèle du *freemium*⁹). Concernant le piratage et les canaux que celui-ci emprunte (P2P, *streaming* illégal, *directdownload* ou simples échanges de supports physiques), les économistes soulignent la difficulté à le mesurer et à en cerner les effets précis sur les ventes. Les études du milieu des années 2000, au moment du pic des échanges sur les réseaux pair-à-pair, s'accordent pour évaluer à environ 7% l'impact direct sur les ventes (Peitz et Waelbroeck 2004, Zentner 2006). En se focalisant sur la question du marché de la musique numérisée légale ou illégale ces études académiques soulignent certes un essor important de la vente légale sur internet et un impact du piratage sur les ventes physiques, mais elles produisent aussi un effet en « trompe l'œil ». En effet, en 2013, plus de 60% des ventes légales de musique se font toujours grâce au support physique du CD, même si de grandes disparités nationales se font jour (36% pour la Suède, 82% pour le Japon). Dernier point général souligné par la science économique : l'impact des technologies numériques sur toute la chaîne, y compris la création, stimulé par un très fort abaissement des coûts tant de la musique et des *vidéos clips* que des moyens d'animer une communauté de *fans* via les réseaux sociaux, voire de trouver des sources de financement participatif avec les plates-formes de *crowdfunding*. Finalement, partant d'un support unique (le CD), la numérisation des contenus a diversifié brutalement les produits, les services et les canaux pour satisfaire une demande toujours croissante de biens culturels. Capter une audience monétisable requiert un montage complexe de tarification, de mobilisation d'intermédiaires socio-techniques, de construction de l'information et de mobilisation de l'attention sans toutefois ignorer les canaux historiques (radio, télévision, vente physique). La concentration de la consommation de musique numérisée par l'intermédiaire d'une poignée de grandes plates-formes de téléchargement ou de *streaming* permet cependant d'entrevoir un renouvellement de la construction de ces marchés d'interface grâce à l'analyse prédictive des masses considérables de données de consommation recueillies par ces intermédiaires en pleine croissance.

Au delà de ces généralités assez fragiles de la science économique, quels sont les résultats de l'analyse des

⁹Modèle d'affaires proposant une offre gratuite complétée par une offre haut de gamme payante.

effets de la réponse graduée ? La première étude académique sur l'effet de la réponse graduée de la HADOPI paraît en 2012 (Danaher, Smith, Temang & Chen) et constate une corrélation entre l'intensité des débats français sur la HADOPI, à travers l'occurrence du terme dans les recherches sur Google, et une hausse significative (de l'ordre de 25%) des ventes sur iTunes en France, comparée aux autres marchés nationaux. Ces premiers résultats, largement relayés par les Majors et dont les biais scientifiques ont été débattus jusque dans les colonnes du *Monde*¹⁰, n'apportent pas d'éléments très convaincants pour transformer ces corrélations en causes. Des travaux récents (Arnold, Darmon, Dejean et Penard, 2014) tentent de modéliser l'effet dissuasif de la HADOPI en reprenant les modèles micro-économiques de Gary Becker (1976) sur les calculs rationnels effectués par les criminels. Fondé sur un échantillon important et une méthodologie solide, l'article ne permet pas de conclure à un effet dissuasif de la HADOPI. L'étude montre en effet que les individus qui pensent que la probabilité d'être repéré par la HADOPI est élevée ne fréquentent pas moins les réseaux d'échange pair-à-pair que les autres. Dans le même ordre d'idées, l'étude d'Adermon et Liang (2014) porte sur le cas de la réponse graduée instaurée en Suède et sur l'observation du trafic internet avant et après la mise en place de la mesure, en comparant le public suédois avec le public norvégien et finlandais. Ici, l'effet de la loi est constatable en terme de trafic mais celui-ci retourne à l'état antérieur six mois plus tard, sans doute, avancent les auteurs, en raison de l'absence ou du manque de publicité des sanctions prises par les pouvoirs publics. Une autre question étudiée par la science économique est la transformation des pratiques qui auraient pu avoir lieu entre l'usage des réseaux pair-à-pair, seuls surveillés par la HADOPI, et d'autres moyens de contournement (*streaming* illégal, *directdownload*...). Arnold, Darmon, Dejean et Pénard parviennent à montrer que ceux qui comptent dans leur entourage des usagers capables de déjouer la surveillance ont plus de chance de reporter leurs actes illicites sur d'autres technologies. Des interactions semblent donc possibles entre la HADOPI et des changements de pratiques. Ceux-ci restent néanmoins difficiles à quantifier clairement, selon les économistes. Au final, il semble hasardeux d'affirmer avec certitude que la HADOPI a fait diminuer significativement le nombre de pirates. Des études montrent cependant que le dispositif a eu un effet bénéfique sur le développement du volume d'affaires de l'offre légale. En effet, l'étude suédoise de 2014 montre, outre la baisse provisoire du trafic internet, un effet très positif (+37%)

¹⁰http://www.lemonde.fr/technologies/article/2012/01/24/HADOPI-source-de-la-croissance-d-itunes_1633919_651865.html

sur les ventes légales de musique, dont les ventes numériques. Les critiques de ces résultats, au vu de la solidité méthodologique, conviennent que l'effet informationnel du dispositif de réponse graduée a joué un rôle explicatif du phénomène. Dernier laboratoire de choix pour tenter de comprendre le phénomène : la fermeture du site de *directdownload* Megaupload en janvier 2012, qui présente pour les économistes un cas intéressant de suppression d'un circuit d'approvisionnement. Deux articles (Danhaer, Smith 2014 et Peukert, Claussen, Kretschmer 2013), malgré des critiques sur la validité de la création d'un indice de pénétration de Megaupload par pays (Dejean 2014), confirment que les mesures de réponse graduée favorisent les ventes légales en ligne. Enfin, au moment où nous achevons notre thèse, un article conséquent du *Colombia Journal of Law & the Arts* de juin 2014 (Giblin 2014: 147-209), dresse un panorama international des effets de la réponse graduée. Au-delà des *claims* des différents publics engagés, l'article déplore, lui aussi, le manque d'études économiques solides sur le sujet. D'une façon générale, son auteur, Rebecca Giblin, conclut qu'il n'y a pas d'évidence, de « connexion causale » entre les mesures de réponse graduée et la baisse des infractions. Cependant des arguments relativement convaincants peuvent laisser penser que ces dispositifs ont permis d'accroître la taille du marché du téléchargement licite, mais pas dans tous les contextes nationaux ni de façon identique en fonction du type de biens culturels. La réponse graduée a-t-elle enfin permis d'élargir la diversité de la production culturelle ? L'économiste conclut là encore à une certaine inefficacité des mesures, en ne constatant aucun changement notable de la diversité de la production disponible légalement en ligne, bien que celle-ci ait été négociée par les pouvoirs publics comme une condition de la mise en place des mesures de régulation et d'incitation. Pour conclure, malgré ce triple échec et le paradoxe des constats de la science économique entre absence de baisse du piratage et accroissement des ventes de musique légale en ligne, les Majors ont annoncé en 2014 la fin des années de « vaches maigres ». L'*International Federation of Phonographic Industries* (IFPI), qui représente plusieurs milliers de maisons de production, prompte, en général et par nature, à dramatiser la situation du secteur, annonce pour l'année 2013 les meilleurs résultats de la filière depuis 1998, notamment grâce aux plates-formes de *streaming* légal. Face aux difficultés rencontrées par la science économique pour rendre compte de l'effet des mesures de régulation et de l'impact réel du piratage, une étude macro-économique de juin 2013 (Band 2013) se propose de « prendre par le haut » le problème en étudiant sur dix ans la rentabilité du secteur de l'économie du

droit d'auteur (industrie du logiciel comprise). S'appuyant sur des données fiables comme les résultats nets après impôts des sociétés parties prenantes, Band et Gerafi (2013) affirment ainsi que, sur le marché américain, l'économie des industries du droit d'auteur est nettement plus profitable que celle des secteurs du bâtiment, de la logistique, des mines ou encore de la sidérurgie. Sur les dix dernières années, la moyenne de profitabilité s'établit en effet à 3,98% pour les industries du droit d'auteur, contre 0,75% pour les autres.

V – Le plan de la thèse

Pour mener une histoire de la genèse de la HADOPI qui soit à la fois empirique, a-disciplinaire, et apaisée, nous avons adopté une approche chronologique des points de passage qui ont permis de faire avancer le projet politique de gouvernance des comportements sur les réseaux numériques. Les deux premiers chapitres abordent le sujet sous l'angle de l'épreuve rencontrée par le droit et le concept de contrefaçon à l'ère numérique. Le chapitre liminaire, qui historicise le problème en dressant une socio-histoire du droit d'auteur, décrit la perte d'efficacité opératoire des grandes catégories instituées par la longue histoire du droit de propriété littéraire et artistique. Le second chapitre expose, quant à lui, l'histoire des Mesures Techniques de Protection qui avaient été forgées depuis le début du basculement numérique pour garantir l'effectivité des droits et des rentes de propriété. Nous y décrivons l'histoire de l'abandon des mesures techniques de protection, notamment par la filière musicale, incapables de garantir la clôture des biens culturels numérisés et échouant à éclairer les problèmes posés. Les trois chapitres suivants décrivent la mobilisation de différents groupes d'acteurs pour ouvrir ou clore telle ou telle controverse et les incidences de leurs actions sur le *design* de la future agence chargée d'établir un contrôle et une discipline des échanges de biens culturels sur internet par le triptyque contrôle/incitation/répression. Le troisième chapitre s'intéresse au cas précis de l'obtention d'un nouveau pouvoir d'enquête sur les réseaux pair-à-pair par les sociétés d'ayants droit, comme mode routinisé de publicisation et de surgissement d'un problème public de mise en calcul et de production de vérificabilité d'une preuve matérielle. Le quatrième chapitre porte sur la constitution, la méthode et les résultats de la Mission Olivennes, arène dialogique coordonnée par les pouvoirs publics et censée construire un

consensus entre les parties prenantes du problème du piratage (ayants droit, industries des médias et de la culture, industries des télécommunications). Le cinquième chapitre traite de la mise en mouvement des opposants à la loi au sein d'enceintes diversifiées (Assemblées parlementaires, Parlement européen, associations de militants) et du renversement spectaculaire de la censure par le Conseil constitutionnel du volet répressif de la première loi HADOPI. Les deux derniers chapitres traitent de la fabrication proprement dite de la HADOPI comme instrument de politique publique et examinent comment une intention législative se traduit dans le réel et comment l'efficacité de la loi s'inscrit dans les mécanismes concrets de discipline d'une population. Le sixième chapitre est consacré aux mécanismes de formulation d'une nouvelle infraction hors norme : *la contravention de négligence caractérisée d'absence de sécurisation de l'accès aux services de communication au public en ligne sans motif légitime*, et aux nombreuses fictions qu'elle est parvenue néanmoins à stabiliser. Le septième et dernier chapitre porte sur le processus de rédaction des décrets d'application, faisceau de petits textes souvent peu examinés, mais qui s'avèrent déterminants pour sécuriser l'application de la loi, stabiliser ultimement des points laissés dans l'ombre, voire corriger subtilement des options prises par le législateur.

En nous focalisant sur la genèse exceptionnellement controversée, incertaine et instable d'un instrument de gouvernement de « second rang » comme la HADOPI, nous espérons apporter un éclairage original sur les instruments d'action publique pour lesquels les études académiques sont d'habitude orientées vers les résultats, les résistances et les effets. Du point de vue du matériau d'enquête rassemblé pour cette thèse, nous nous sommes appuyés sur plusieurs dizaines de sources documentant précisément l'histoire de la HADOPI, notamment à propos de la phase législative, mais aussi sur des sources inédites comme le processus de rédaction de la saisine du Conseil constitutionnel ou les notes de travail de la commission Olivennes. Par ailleurs, ces documents ont été complétés par une trentaine d'entretiens¹¹ d'acteurs directement impliqués tant du côté des pouvoirs publics, de l'administration, du gouvernement, des partis politiques, des ayants droit, des industriels de la culture et des télécommunications que du côté des associations de militants.

¹¹Voir la liste des entretiens et des sources, p. 403.

CHAPITRE 1 – LE PIRATAGE COMME ÉPREUVE

Le 13 septembre 2012, le tribunal de police de Belfort condamnait pour la première fois un prévenu au titre de l'infraction « *d'absence de sécurisation de l'accès aux services de communication au public en ligne sans motif légitime : négligence caractérisée après recommandations adressées par la commission de protection des droits HADOPI. Faits prévus et réprimés par Art. R. 335-5 § I al. 1 1°, §II, Art. L. 335-7-1 Al. 2, Art. L. 331-25 C. Propr.Int., Art.R. 335-5 §I, §III, Art. L. 335-7-1 Al. 1, Al. 3 C.Propr.Int.* ». Alain Prévot, charpentier de 39 ans, sera pour ces motifs, reconnu coupable et condamné à une amende de 5ème catégorie de 150 euros – au lieu d'un maximum de 1500 – au vu de son casier judiciaire vierge et du fait qu'un seul titre musical – *Rude boy* de Rihanna – avait été laissé téléchargeable sur son disque dur via les réseaux pair-à-pair. Le prévenu, en instance de divorce et se croyant dédouané par un courrier de l'avocat de son ex-épouse qui reconnaissait l'infraction sur l'honneur, n'avait pas répondu à la convocation de la Haute Autorité, habitant Belfort et traversant des difficultés financières. Cette dernière avait été saisie par les sociétés d'ayants droit qui avaient constaté qu'un titre – au sommet des *hits parade* – était laissé disponible au téléchargement par le titulaire de l'abonnement internet et avait été téléchargé 148 fois entre le 19 janvier 2011 et le 2 février 2012.

Cette condamnation apparaît bien dérisoire au regard des épreuves et des controverses juridique, économique, politique et technologique qui ont mobilisé en France les instances administratives, législatives, médiatiques et constitutionnelles pendant près d'une décennie. À travers ce foyer d'épreuves qui constitue des manifestations chaudes de l'État dans la mesure où elles deviennent des objets d'attention, de manipulation et de concernement (Linhardt 2012: 10), ce premier chapitre se propose de répondre aux questions suivantes : le téléchargement illicite est-il une épreuve ? Dans quelle mesure peut-il même être considéré comme une épreuve d'État (Linhardt 2007)? Certes, l'enjeu et l'ampleur du sujet semblent loin des épreuves d'État telles qu'envisagées classiquement par la littérature. Terrorisme, catastrophes naturelles, épidémies, même cybercriminalité, ne sont en rien comparables dans leurs conséquences, leur morbidité ou leur degré de criminalité au problème du piratage de biens culturels. Pourtant, ce problème qui apparaît bien léger par rapport à ces dangers, a impliqué des acteurs et

mobilisé des arènes essentielles au regard de la définition de l'État : cabinets ministériels, administrations centrales, sociétés civiles d'ayants droit, Conseil d'État, Conseil constitutionnel, ou encore assemblées parlementaires. Il n'est pas non plus apparemment question ici d'une expérience limitée de l'État contraint de mettre en œuvre son « monopole de la contrainte physique légitime », selon la célèbre définition weberienne. On peut cependant s'interroger – et les détracteurs des lois HADOPI ne s'en sont pas privés – pour savoir si la peine de coupure d'accès à internet ne représente pas réellement une mort numérique de l'individu. Dans le monde de la connectivité, cette coupure semble, en effet, assimilable au concept de contrainte physique légitime et ultime.

Il est toujours difficile de lier empiriquement l'expression d'un *principe étatique* et la diversité des *manifestations étatiques* rencontrées par l'enquête du sociologue (Linhardt 2007: 7). En effet, l'État ne s'offre jamais en tant que tel à l'observation mais se réalise justement *en tant qu'État* à travers l'enchevêtrement de processus collectifs. Ainsi, selon l'expression de John Dewey : « L'expérience doit toujours être reprise : l'État doit toujours être redécouvert » (Dewey 2005: 75). À travers une épreuve, souligne Dominique Linhardt, « L'État devient l'objet d'une incertitude et d'une scrutation collectives ». D'un point de vue méthodologique, l'épreuve est un outil qui permet, non pas de désigner des réalités pré-existantes comme « l'État », mais de poser un regard sur des données empiriques capables d'illustrer une indétermination concrète relative à un problème et aux mobilisations enclenchées.

Ce chapitre souhaite donc décrire le phénomène incertain du piratage comme une épreuve qui frappe en premier lieu une partie des industries culturelles à l'orée des années 2000. Mais il veut surtout montrer comment en affectant aussi brutalement des manifestations de l'État de droit – définition du droit d'auteur et de la contrefaçon, tant sur le plan opérationnel qu'historique – le téléchargement illicite constitue bien une épreuve d'État au sens fort.

I – Dissociation, agencement et opérations du droit de propriété littéraire et artistique à l'ère numérique

Objet complexe, multidimensionnel et enchevêtré pour le juriste, l'économiste et le sociologue, le droit d'auteur est un arrière-plan essentiel de l'ensemble des controverses qui ont émaillé le déploiement de l'usage d'internet depuis une quinzaine d'années. Depuis les premières conquêtes de la numérisation des réseaux de communication et des contenus informationnels, une demande d'évolution de la notion de propriété littéraire et artistique a été réclamée à cor et à cri au législateur. À la différence du copyright, le droit d'auteur a été jugé trop personnaliste et pas assez économique. Historiquement au centre de l'édifice juridique et législatif français, le créateur a été prié de laisser davantage de place aux investisseurs et aux consommateurs. À la fin des années 90, la technique – le verrouillage des œuvres par des logiciels (DRM) – et le droit des contrats semblaient de bonnes pistes à suivre pour dépasser les pesanteurs et l'insécurité du droit d'auteur¹². Dès le début des années 2000, le débat va donc s'instaurer entre partisans d'une évolution radicale du droit d'auteur emmenés notamment par les tenants de la nouvelle économie et l'approche naturellement plus prudente de l'ordre juridique et législatif, particulièrement conscient de la complexité à articuler globalisation des échanges numériques et traditions juridiques locales au regard du droit composite de la propriété littéraire et artistique. En effet, au-delà des grands concepts de justice, la thématique du droit d'auteur révèle avec acuité le rôle déterminant des différentes techniques juridiques et législatives. Ainsi, le droit historique français – inspirateur, en la matière, de nombreuses autres législations nationales – porte en lui des éléments d'évolution interne en raison de sa plasticité due à l'emploi de notions cadres volontairement indéterminées comme les concepts « d'œuvre », « d'auteur », ou « d'originalité », que le législateur ne s'est sciemment pas donné la peine de définir. Dès ses premières formulations, le droit d'auteur s'est donc prémuni contre le risque redoutable de figer le droit sur une réalité technique et économique. C'est notablement le cas en ce qui concerne le droit de reproduction présenté en termes très généraux et transposables, à la différence du droit anglo-saxon beaucoup plus

¹² Voir chapitre 2.

précis sur ce point. Même si cette tendance doctrinale « synthétique » à la française (Sirinelli 2001 : 42-59) a eu de nombreux détracteurs qui pointaient le manque de prévisibilité et de sécurité, elle a montré, depuis Beaumarchais jusqu'à présent, tout l'intérêt des ressources d'adaptabilité de cette souplesse à l'évolution considérable des techniques de reproduction et de diffusion et de leurs modèles économiques. Ainsi, le droit d'auteur n'a subi que très peu de réformes législatives tout au long de son existence, hormis celles obtenues dernièrement sous la pression européenne dont nous reparlerons.

Le risque de figer le droit national face à des technologies toujours en mouvement se combine au « glissement » des arènes de formulation du pouvoir normatif des parlements nationaux vers des organismes internationaux comme l'OMC ou l'OMPI. Au sein de ces organes multilatéraux qui formalisent de plus en plus en amont les initiatives parlementaires nationales, les intérêts des États membres sont souvent contradictoires selon que les pays sont plutôt producteurs ou consommateurs d'œuvres. Au sein même de l'Europe, les positions nationales au sujet du droit d'auteur peuvent être très divergentes en fonction des intérêts des différents groupes de pression. L'opposition très nette avec les pays de l'ex-Europe de l'Est fut, par exemple, fatale au traité ACTA : les pays possédant de puissantes industries culturelles et souhaitant sécuriser leurs secteurs économiques face au numérique se sont heurtés à la mobilisation des citoyens des pays « de l'est » qui ont pu peser sur le vote de leurs députés en prônant au contraire un « accès libre » à la culture.

Trois textes internationaux ont marqué fondamentalement ce changement d'échelle des instances de normalisation du droit d'auteur. Tout d'abord, le traité OMPI signé à Genève le 20 décembre 1996, marque un tournant par sa précocité à l'endroit des questions touchant au numérique ; ensuite deux directives européennes, l'une sur le commerce électronique (8 juin 2000) statuant sur les responsabilités des parties prenantes à cette nouvelle forme d'échange commercial, l'autre sur les droits d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information (22 mai 2001) vont cadrer largement les législations nationales par leur nécessaire transposition. Les exceptions au droit, le statut des intermédiaires techniques, entre autres, auront de larges conséquences pour l'avenir du droit d'auteur. Ces textes normatifs font droit à de nouveaux acteurs de la chaîne de diffusion des œuvres artistiques et des biens culturels (fournisseurs d'accès à internet, plates-formes de téléchargement...) en ayant pour but d'en

permettre la protection et de faciliter la mise en œuvre du droit d'auteur. L'objectif de ces textes est double : rassurer les investisseurs dans cette « nouvelle économie » sans toutefois sacrifier les ayants droit en facilitant les utilisations licites des œuvres et en luttant contre les abus rendus massivement possibles par l'évolution et l'appropriation par les consommateurs des techniques de diffusion.

Dans ce bref état de l'art sur le droit d'auteur, nous allons en premier lieu nous replonger dans les débats du XIX^{ème} siècle qui ont stabilisé ce droit à partir de la notion de propriété et de l'établissement d'un monopole artificiel limité dans le temps. Nous aborderons ensuite le droit d'auteur par le prisme de ses opérations comme espace de calcul, fonction de gestion et performativité. Nous tenterons aussi d'éclairer l'agencement – sa manière d'agir – par le biais de l'économie des grandeurs et de l'économie des qualités. Enfin, nous détaillerons la force du droit d'auteur qui réside dans sa flexibilité, ses expansions et ses exceptions. Dans le sillage du questionnement de Yann Thomas sur « l'outillage » déployé par le droit dans le but de dépasser une approche statique de la discipline, nous allons donc tenter de souligner combien cette démarche permet d'explicitier la façon dont le droit d'auteur met « en rapport les personnes et les choses pour retrouver l'architecture du monde social » (Thomas 2011: 7). L'objectif est ici de tenter de repérer les techniques par lesquelles le droit ne cesse de construire, à l'aide des mêmes catégories, de nouveaux objets qui signalent la manière dont une société pense et organise les personnes, les choses et les actions en justice qui les lient les unes aux autres.

Qui possède l'œuvre ? Controverses sur le droit d'auteur au XIX^e siècle

Pour comprendre de quelle manière le droit d'auteur opère, un rapide détour historique est indispensable pour mesurer l'importance des débats socio-économiques qui ont marqué la doctrine juridique au cours du XIX^{ème} siècle. Les controverses originelles sont bornées chronologiquement par les premières lois de 1791 et 1793 relatives aux droits de propriété des auteurs. Celles-ci, rapidement étendues aux pays de l'Empire par Napoléon, affirment que les auteurs ont le droit de « jouir, durant leur vie entière, du droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages dans le territoire de la République et d'en céder la propriété en tout ou partie ». L'autre borne historique du cœur de la controverse est à situer en 1886 à

Berne, lorsque l'Association Littéraire et Artistique Internationale, présidée par Victor Hugo, porte pour la première fois à un niveau multilatéral une première convention internationale sur le droit d'auteur. Ratifiée aujourd'hui par 165 pays et gérée par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), cette convention, plusieurs fois complétée (Vatin 2002)¹³, constitue dès lors le cadre juridique des législations des pays signataires. Entre ces deux événements, une vive controverse se déploie entre les partisans d'un droit de propriété perpétuel des auteurs sur leurs œuvres, position personnaliste qui établit l'auteur au centre de la controverse, et ceux qui défendent une vision utilitariste des droits de propriété soumis à leur utilité sociale mettant au centre de leur réflexion le public et les bénéfices sociaux que celui-ci peut tirer des œuvres.

Cette morale utilitariste tirant sa légitimité de son efficacité économique est défendue par Jules Dupuit (Vatin 2002), ingénieur-économiste célèbre pour ses travaux sur la tarification des services publics. Position qui sera développée par le célèbre économiste Léon Walras et reprise comme fondement de la législation américaine par l'intermédiaire d'un rapport du *House Committee* de 1909¹⁴. Dupuit, dans la lignée de Pascal, Montesquieu et Mirabeau, rejette la conception de la propriété comme un droit naturel antérieur à la loi. Plutôt qu'une origine naturelle, la propriété doit son existence à son utilité sociale. L'idée que « le vrai fondement de la propriété, c'est l'utile » (Sagot-Duvaurox 2002: 1), fait de Dupuit un précurseur de l'économie du bien-être¹⁵. Pour lui, la création littéraire et artistique présente une partie des attributs d'un bien collectif en raison du fait qu'elle est partageable sans limite : « les produits du livre ou de l'invention ne se détruisent pas par la jouissance. Cette jouissance est illimitée, c'est à dire que celle des uns n'empêche pas celle des autres, et celle d'aujourd'hui, celle de demain. Elle est la plus grande possible quand le livre et l'invention sont tombés dans le domaine commun. L'appropriation personnelle diminue les produits, n'améliore pas le livre, en compromet l'existence. ». Cependant, Dupuit ne s'oppose pas à une appropriation temporaire des œuvres de l'esprit si cela permet de stimuler la création,

¹³Paris (1896), Berlin (1908), Berne (1914), Rome (1928), Bruxelles (1948), Stockholm (1967) et Paris (1971, 1979).

¹⁴« Le copyright est accordé au premier chef non pas au bénéfice de l'auteur, mais au bénéfice du public [...]. En promulguant la loi sur le copyright, le Congrès doit envisager deux questions : premièrement, dans quelle mesure la loi stimulera-t-elle le producteur (producer) et quel en sera le bénéfice pour le public ; et, deuxièmement, en quoi le monopole conféré à l'auteur pénalisera-t-il le public ? ». House Report on The Copyright Act of 1909, n° 2222, 60th Congress, 2nd session (1909) cité par Edelman (2001: 78).

¹⁵« Le but de la société est le bien-être des membres qui la composent. Elle ne peut exister qu'en vertu de certaines lois ou conventions... Le principe de ces conventions, c'est de procurer la plus grande somme de bien-être à l'universalité de chacun de ses membres ». Dupuit (1861:53).

même s'il souligne l'impact différent de ce type de monopole pour les brevets et les œuvres. Se dessine alors l'idée d'un partage des droits entre intérêt privé et intérêt public qui développe l'argument que pour toute création, une partie en revient spécifiquement à l'auteur mais qu'une autre provient d'emprunts plus ou moins directs à la « société », ce qui engendre pour l'auteur une dette par rapport à ce fonds commun public. Cette idée de partage des droits de propriété entre l'État et l'auteur fonde le principe d'une protection limitée des droits d'auteur dans le temps.

À l'inverse, les économistes libéraux, comme Frédéric Bastiat, vont défendre l'idée contraire d'un droit de propriété perpétuel de l'auteur sur son œuvre. Dans le sillage de John Locke pour qui le droit de propriété découle du droit naturel dont dispose chaque homme sur son travail, Frédéric Bastiat affirme que « la loi est le résultat de la propriété et la propriété le résultat de l'organisation humaine » (Bastiat 1862: 329). L'auteur étant le propriétaire naturel de son œuvre, il est effectivement difficile d'un point de vue logique de justifier pourquoi celle-ci ne sera pas totale et perpétuelle : « ou la propriété littéraire est un droit supérieur à la loi et alors la loi ne doit faire autre chose que de constater ; ou l'œuvre littéraire appartient au public, et en ce cas on ne voit pas pourquoi l'usufruit est attribué à l'auteur » (Bastiat 1862: 333). Pour Bastiat, l'idée de limiter de la même manière les droits de propriété sur les œuvres dans le temps est contre-productive dans la mesure où cela aboutirait à protéger les œuvres et inventions médiocres au détriment de celles de grande qualité. Plus la protection est courte, plus – selon Bastiat –, l'incitation est grande pour le créateur à se spécialiser dans la médiocrité : « n'est-il pas évident que plus l'usufruit est restreint, plus il y a intérêt à écrire vite, à abonder dans le sens de la mode ? ». Par ailleurs, la propriété perpétuelle doit aussi, selon ces économistes, se doubler d'une protection illimitée dans l'espace. Face à la critique qui dénonce, par ce système, l'établissement de rente de monopole, ces auteurs répondent que si la profession d'auteur était fort rémunératrice, elle devrait attirer un nombre croissant d'individus. Mais face au caractère extrêmement aléatoire du succès, ces positions de rentes représentent la juste rémunération du risque de la création. : « Comme pour la pêche aux perles [...] la chance heureuse procure des bénéfices assez élevés pour couvrir les pertes subies par l'échéance des risques » (De Molinari 1855: 422).

À la demande d'Henri Baudrillard, directeur du *Journal des Économistes*, le célèbre économiste Léon

Walras, va être invité à s'exprimer en 1859 sur la controverse entre libéraux défenseurs paradoxaux du monopole perpétuel de l'auteur sur son œuvre et socialistes promoteurs de l'utilitarisme social des œuvres de l'esprit. Walras va ainsi lier sa théorie de la propriété intellectuelle à sa théorie de la valeur sur la question centrale de l'appropriabilité de la création. « Si les œuvres [...] constituent de la richesse sociale, valable, appropriable, échangeable, dans quelles limites les principes et les définitions du droit naturel permettront-ils de déclarer l'auteur propriétaire de cette richesse ? [...] 1/ Qu'est-ce que la richesse intellectuelle ? La richesse intellectuelle est-elle valable et appropriable ? Est-elle échangeable ? Est-ce, en un mot, de la richesse sociale ? 2/ Si la richesse intellectuelle est de la richesse sociale, qui peut avoir sur elle un droit moral de propriété ? » (Walras 1859: 394). La théorie de la valeur de Walras repose sur l'idée que propriété et valeur naissent de la rareté des utilités. Les choses illimitées en quantité ne sont pas de la richesse sociale dans la mesure où elles n'ont pas de valeur d'échange et ne sont pas appropriables. Pour que les œuvres de l'esprit soient de la richesse sociale, il faut qu'elles soient utiles et en quantité limitée. Mais Walras souligne que le capital intellectuel n'est pas toujours appropriable : « le fonds commun des idées n'est ni valable, ni appropriable, il n'est point échangeable ; il n'est point de la richesse sociale, tout au plus de la richesse naturelle. Il est en dehors de toute propriété ». Distinguant deux modes d'exercice de la propriété, la propriété individuelle et la propriété commune, Walras incline à rattacher les œuvres de l'esprit à la seconde catégorie et à partager dans son article de 1859 l'idée d'un droit de propriété intellectuel inaliénable. Mais, vingt ans plus tard en 1880, il adopte une position en terme d'intérêt général proche de celle de Dupuit : « Il est assurément contraire à l'intérêt général que les choses utiles, illimitées en quantité, soient transformées en monopoles, de telle sorte qu'au lieu de les avoir gratuitement, nous soyons obligés au prix de bénéfice maximum. Mais d'un autre côté, il est également contraire à l'intérêt général que les travailleurs intellectuels ne puissent tirer aucun parti de leurs idées [...] Il faut qu'entre l'auteur ou l'inventeur d'une part, et la société d'autre part, une convention intervienne en vertu de laquelle, le premier faisant connaître son idée, la seconde lui fournisse les moyens de l'exploiter en monopole pendant un certain temps au bout duquel elle tombera dans le domaine public » (Walras 1859: 219).

Pierre Joseph Proudhon, dernier protagoniste de la controverse, va contester radicalement la propriété de l'auteur sur son œuvre. Partant de sa théorie de la production et de l'échange, l'œuvre de l'esprit est, pour

Proudhon, comme toute production, le produit d'un fonds (le monde intellectuel, l'esprit humain, la langue...) et d'un travail, celui du créateur. L'écrivain est selon cette théorie un producteur, l'œuvre un produit. Si le producteur n'a pas vendu son œuvre, Proudhon concède qu'il en a la propriété « comme le gibier est au chasseur qui l'a tué ». Mais, s'il la vend, il perd toute propriété : « c'est par l'échange que naît pour toutes les catégories de la production, l'idée de rémunération, paiement, salaire, gage, indemnité [...]. L'œuvre échangée n'est toujours qu'un produit. Après l'échange, l'objet n'appartient plus à celui qui l'a créé mais à celui qui l'a acquis » (Proudhon 1863: 17). La notion de publication joue un rôle central dans la mesure où c'est au moment où l'auteur décide de rendre publique son œuvre qu'elle entre précisément dans le domaine public. La société, par transfert plutôt que spoliation, devient propriétaire du contenu et détient les droits moraux qui y sont attachés. Ce transfert est justifié, selon Proudhon, par le fait que l'auteur pour faire son ouvrage a puisé gratuitement dans le fonds public des idées et qu'il s'agit ainsi d'un juste acquittement de la dette de l'auteur envers ce fonds public que d'ajouter à son tour gratuitement sa contribution à ce fonds¹⁶. Naturellement, ce raisonnement est loin de régler la question de la rémunération des auteurs que Proudhon reconnaissait néanmoins comme juste. Pour résoudre ce problème, Proudhon développera la piste de la subvention : « Le beau, le juste, le vrai n'entrent pas en comparaison avec l'utile, ce n'est plus ici le produit qui est vendu, acheté, c'est l'homme qui est secouru, indemnisé ». Position qui introduit celle, des plus radicales, de Louis Blanc qui défend une position sacerdotale de l'artiste, qui se doit d'être désintéressé au risque d'être corrompu par l'argent. Poussant jusqu'à l'absurde le personnalisme de l'artiste maudit, Blanc affirmait « Je concevrais qu'on fit une loi pour abolir comme métier la condition d'homme de lettres [...] Non seulement il est absurde de déclarer l'écrivain propriétaire de son œuvre, mais il est absurde de lui proposer comme récompense une rétribution nationale ». La société est ainsi le légitime propriétaire des œuvres de l'esprit, car comme l'avait déjà formulé Proudhon, la valeur d'une œuvre tient principalement à sa diffusion : « reconnaître au profit de l'individu, un droit de propriété littéraire, ce n'est pas seulement nuire à la société, c'est la voler ». Sur le plan pratique Louis Blanc appelle de ses vœux la création d'une librairie sociale et la mise en place d'un comité d'hommes éclairés décidant des livres à publier au prix fixé par l'État.

Juste rémunération de l'auteur, développement du bien être du public, propriété naturelle, théories de la

¹⁶Victor Hugo défendra cette position célèbre sur le domaine public payant au Congrès de Paris de 1878.

valeur, utilité sociale, personnalisme contre utilitarisme telles sont les tensions originelles qui ont abouti à l'instauration du droit de propriété littéraire et artistique comme monopole artificiel d'un droit de propriété limité dans le temps doublé d'un droit moral, quant à lui, perpétuel et inaliénable. L'épreuve initiale du marquis de Beaumarchais s'est donc stabilisée au cours du XIX^{ème} siècle par le concours d'économistes, de politistes, et d'éminentes figures des lettres et des arts. Classiquement, c'est le droit, y compris international avec la convention de Berne, qui joue le rôle d'espace d'inscription de la mémoire de cette épreuve.

Droit d'auteur et économie des grandeurs

Dans le cadre du panorama permettant de saisir comment et sur quoi le droit de propriété littéraire et artistique opère et de quelles épreuves il garde la trace, le modèle des «économies de la grandeur» (Boltanski et Thévenot 1991) est éclairant à plus d'un titre. Cette théorie sociologique interroge les méthodes et les opérations de classement qui opposent des résistances aux traitements imposés par les classificateurs, les catégories et les cas. Ce travail de codification et de classification particulièrement visible dans le monde des chercheurs a été mis en parallèle avec les opérations semblables de catégorisation des «personnes ordinaires», tout en s'interdisant de considérer les pratiques du quotidien comme moins légitimes que l'activité scientifique de classement, mais au contraire en les traitant symétriquement. Cette approche est sans doute utile pour tenter de comprendre l'agencement du droit d'auteur dans la mesure où ces auteurs se sont notamment intéressés aux discours formulant des «demandes de justice». En rapprochant les contraintes de mise en forme des demandes de justice, les procédures d'assignation des personnes à des catégories et les modes de justification des rapprochements et des jugements incompatibles, une pluralité des formes d'investissement et de généralité apparaît. Différentes logiques de classement, d'expression et d'action souvent incompatibles entre elles sont ainsi établies par les acteurs. Ces modalités d'organisation qui permettent de tisser des liens entre discours, personnes, types d'équipement, dispositifs, savoir-faire et objets établissent ce que les auteurs dénomment des «formes de généralités». Cette diversité d'organisation du monde social ne va pas sans tensions et

critiques, puisque chaque acteur impliqué dans une des formes de généralité peut critiquer l'ordonnement d'une autre forme de généralité. Cette approche tente de dénouer la tension qui habite la sociologie et ses catégories usuelles (groupes, classes sociales, motivations, normes sociales...) quand elle prétend concilier une conception positiviste de la neutralité scientifique et une exigence de critique sociale. Les auteurs définissent ainsi un modèle de six ordres politiques – les « cités » –, qui permettent de fonder la critique et l'organisation des hommes : cité inspirée, cité domestique, cité de l'opinion, cité civique, cité marchande, cité industrielle. À l'intérieur de chacune des cités, les auteurs identifient, entre autres, deux dimensions centrales pour notre propos : celles de grandeur et d'épreuve. Dans chacune des cités, l'accès aux états supérieurs, qui permet de qualifier la grandeur de tel ou tel acteur, est tributaire d'un investissement de l'acteur en question sous la forme d'un coût ou d'un sacrifice. Ce qui explique que tous les membres d'une cité ne se trouvent pas au sommet de la hiérarchie. Une autre idée stipule que le bonheur des grands, lié aux états supérieurs, est un bien commun qui profite à toute la cité. Les notions de grandeur et de bien commun « permettent de contenir les désaccords dans l'admissible en évitant qu'ils ne dégénèrent en mettant en cause le principe d'accord, c'est à dire la définition des grandeurs et donc les fondements de la cité ». La grandeur des personnes n'est pas définitive et fait l'objet d'une attention particulière des personnes quant à leur stricte et juste attribution. La construction de la grandeur se fait donc au travers d'épreuves s'appuyant sur des dispositifs et des assemblages de personnes. La complexité du monde réel provient ainsi de la coexistence et de la pluralité des cités qui permettent aux acteurs de contester la pertinence des agencements d'une logique par une autre. Ainsi, un agencement parfaitement cohérent où tous les objets et les personnes « se tiennent » en harmonie avec le principe qui les organise sera vu totalement différemment par un autre principe d'ordre. Parmi les modalités de résolution des épreuves, Boltanski et Thévenot soulignent qu'à un degré supérieur d'élaboration, des compromis peuvent être construits entre deux cités par un rapprochement entre les principes de grandeur de chacune d'entre elles. Par exemple, l'expression « service public compétitif » a pour origine un compromis entre les principes du monde civique (service public) et du monde marchand (compétitif) à l'intérieur de laquelle la notion « d'utilisateur » réduit la tension entre le « citoyen » et le « client ». De même, le « droit des travailleurs », nous disent ces auteurs, est un compromis du monde civique (droit) et des êtres du monde industriel (les travailleurs). Dans ce sillage, nous pouvons éclairer la

question du « droit d'auteur » comme un compromis historique entre « cité inspirée » (les artistes et leur œuvre) et « cité marchande » (diffusion et distribution de masse d'objets culturels), voire « cité industrielle » (fabrication de terminaux de lecture). Si l'on suit cette idée, la qualification inédite de « pirates » vient souligner la tension entre « l'amateur » – dans l'ordre de la « cité inspirée » – et le « voleur » dans celui de la « cité marchande ». Mais, signalent à juste titre les auteurs, ce genre de compromis entre cités reste généralement fragile car il n'ordonne pas les personnes selon une grandeur propre et ne peut être utilisé pour concevoir des épreuves. Ainsi, les conflits de grandeur ne trouvent pas de résolution sans un retour aux principes et aux mondes communs de chacune des cités. En effet, pour ce qui nous concerne, l'épreuve de la numérisation des œuvres et des échanges va brutalement souligner la fragilité de l'accord et du compromis entre cités, représenté par « le droit d'auteur », et provoquer un repli de chacune des cités sur les fondements du principe supérieur commun interne à chaque cité : l'auteur et son droit de propriété sur son œuvre, le public et son droit à la culture, l'industriel et le marchand et leur droit d'entreprendre.

Droit d'auteur et économie des qualités : « la culture n'est pas une marchandise comme les autres »

Parmi les nombreuses questions soulevées par le concept de droit d'auteur et ses traductions concrètes dans la réalité économique notamment, la qualification des œuvres numérisées semble centrale : sont-elles des biens publics, des biens privés, des produits ou encore des services auxquels les consommateurs accèdent ? L'économie des qualités (Callon, Méadel, et Rabeharisoa 2000: 211-239) apporte quelques éclairages notables. Le concept de forums hybrides au sein desquels le fonctionnement et l'organisation de tel ou tel marché sont discutés et débattus par une grande variété et hétérogénéité des acteurs (économistes, acteurs économiques, organisations internationales, associations de militants, experts, gestionnaires, agences...) semble ainsi particulièrement adapté au problème du statut des œuvres à l'ère numérique en ce qu'il touche simultanément à l'économie, la politique, la loi, le droit et la technologie. De manière évidente, le droit d'auteur s'inscrit au cœur de la tension entre l'œuvre perçue comme bien

privé, bien public ou produit, et un processus continu de qualification-requalification, concernant notamment le type de transactions, commerciales ou non, qui naissent de l'échange des œuvres numérisées. Ainsi, la qualification de l'œuvre numérisée est au cœur des épreuves rencontrées par le système du droit d'auteur, probablement en raison de nouveaux modes de croissance et de régulation en gestation depuis une quinzaine d'années, en lien avec la modification radicale des caractéristiques des biens échangés. Le slogan des militants¹⁷ de la diversité culturelle et de l'exception culturelle à la française : « la culture n'est pas une marchandise comme les autres » condense de manière significative le problème de la qualification du « bien culturel » : est-ce ou non une marchandise ? Si c'est une marchandise différente des autres, en quoi peut-il l'être ?

La notion de bien économique implique un certain degré de stabilisation des caractéristiques qui lui sont associées, caractéristiques qui expliquent pourquoi une demande lui est adressée et pourquoi, étant recherché en tant que tel, le bien donne lieu à des échanges. Le produit, quant à lui, envisage un bien du point de vue de sa fabrication, de sa circulation et de sa consommation. Ainsi, selon Arjun Appadurai, "les produits sont des biens qui font carrière", les biens sont des produits (provisoirement) stabilisés, le produit est un processus – comme l'indique son étymologie – et le bien un état. Selon les auteurs, le processus de qualification-requalification décrit par le couple bien/produit est au cœur de la dynamique des marchés économiques et le bien comme « moment » de la vie du produit et comme configuration possible est une variable économique au même titre que le prix. La qualification des biens semble donc au cœur de la compétition et de l'innovation économiques. Dans la fixation de la liste des qualités d'un bien se joue la co-construction d'une offre et d'une demande, l'adaptation entre ce que propose une firme et ce qu'attend le consommateur. Double mouvement qui singularise un bien (distinction des autres) et qui le rend comparable à d'autres pour construire des marchés nouveaux. Différent et semblable, singulier et comparable, telle est la nature paradoxale du bien économique produisant la dynamique des marchés qui s'organisent autour de deux mécanismes structurants : la singularisation des biens et celui de l'attachement (et du détachement) des biens à ceux qui les consomment.

Dans l'économie des qualités, et singulièrement en ce qui concerne les « biens culturels » qui ne tirent

¹⁷Mot d'ordre qui fut partagé par de très nombreux collectifs dans le cadre de la négociation de la Convention sur la diversité culturelle à l'Unesco en 2005, qu'il s'agisse d'associations de consommateurs, d'organisations professionnelles, d'États ou d'organisations internationales.

leurs qualités que par les épreuves de qualification d'un public, la compétition porte sur l'attachement des consommateurs à des produits dont les qualités ont été progressivement définies avec leur participation active. Internet constitue une machinerie tout entière orientée vers la singularisation des produits et fait du processus de qualification/requalification l'enjeu même de la prestation de service en passant par la mise en place de formes d'organisation qui favorisent l'intensification des collaborations entre offre et demande, et qui permettent au consommateur de participer activement à la qualification des produits. La définition de la prestation de service par J. Gardrey (2000: 369-387) : « droit d'usage pour une période de temps limitée sur des capacités socio-techniques appartenant au prestataire » s'articule parfaitement avec les enjeux du droit d'auteur et les « biens d'expérience » que sont les œuvres. Cependant, dans les cas qui nous intéressent les capacités socio-techniques n'appartiennent plus exclusivement au prestataire, loin s'en faut. La robustesse des liens historiques et stabilisés qui liaient l'œuvre, son support et son auteur sur laquelle le droit de propriété littéraire et artistique s'appuyait pour opérer, se trouve ainsi notablement fragilisée en raison des processus intensifiés de qualification/requalification des biens/produits/services culturels et de l'arraisonnement massif et brutal des capacités socio-techniques par les usagers.

Espace de calcul, fonction de gestion et performativité

Une autre approche féconde du droit d'auteur peut consister, comme le fait Thomas Paris dans son ouvrage « Le droit d'auteur : l'idéologie et le système » à prendre le contre-pied des approches juridique et économique en se focalisant sur une analyse des pratiques gestionnaires qui donnent corps et réalité au droit d'auteur. Cette méthode consiste à rendre au droit d'auteur son empirisme et permet de l'appréhender non seulement comme un corpus et un outil purement juridiques mais comme un système sans principe hiérarchique a priori, constitué de principes généraux, de règles juridiques, de dispositifs de mise en œuvre, de pratiques sectorielles et d'instances de régulation. Cette approche permet de prendre conscience d'une dynamique interne au droit d'auteur, qui fait échapper le système du droit d'auteur à un contrôle extérieur de nature juridique ou politique. Cette dynamique propre résulte de deux composantes : l'adaptation aux évolutions des conditions techniques de diffusion des œuvres et, d'un

point de vue endogène, la dynamique propre des organismes de gestion des droits. Contrairement à une idée répandue, le droit d'auteur ne répond pas d'abord à des principes de justice sociale ou d'efficacité économique mais à deux fonctions « localisées » pour les acteurs du processus de création : une fonction de rémunération et une fonction de coopération. La fonction de rémunération ne touche pas seulement les auteurs, mais aussi les investisseurs dans les productions immatérielles, dont les propriétés de rivalité et d'excluabilité sont toujours difficiles à défendre et à garantir. Le système du droit d'auteur évolue et s'adapte au fil des évolutions technologiques de reproduction et de diffusion des œuvres (dématérialisation et déterritorialisation) qui complexifient toujours davantage la fonction de rémunération des investisseurs. Quant à la fonction de coopération, le droit d'auteur fonctionne comme une immense machinerie qui définit *ex-ante* les règles de partage des tâches et d'assignation des fonctions. Le droit d'auteur peut ainsi être défini comme un vaste espace de calcul, distinct d'un juste partage économique, qui permet de coordonner des rapports ponctuels et contractuels entre agents économiques. Moins qu'un système qui traduirait une justice supérieure extérieure, les accords entre acteurs de la création résultent d'un compromis entre les contraintes techniques liées aux modes de diffusion des œuvres, les impératifs économiques sectoriels très diversifiés et les intérêts des différents acteurs, notamment politiques et gestionnaires. Ainsi, le principe politique de « défense du droit d'auteur » est-il particulièrement paradoxal. Il associe en effet un ensemble de croyances et de fictions (comme la stabilité de définition du concept d'œuvre ou d'auteur) avec des fonctions très opérationnelles, empiriques et mobiles de coordination et de calcul entre les parties prenantes de la création. Plus largement, cette approche inscrit le droit d'auteur dans un cadre étendu qui concerne les tensions inhérentes aux questions d'innovation : comment articuler des formes de rémunération, des apports de connaissance et des formes de coopération pour l'innovation commune ?

Le système du droit d'auteur, dont les épreuves ont été stabilisées sur le long terme par l'État de droit, cadre silencieusement les relations entre les différents acteurs des biens culturels (auteur, éditeur/producteur, diffuseur, consommateur) mais de manière flexible grâce, nous l'avons déjà évoqué, à une dynamique endogène. Contrairement aux concepts d'œuvre et d'auteur presque sacrés dans la sphère occidentale, ce système n'a pas uniquement une fonction de régulation selon des principes éthiques et moraux (le caractère inaliénable de l'œuvre de l'auteur) et d'efficacité économique de correction du

marché mais il présente, en fait, au niveau le plus concret, des opérations permises par le droit d'auteur et des fonctions de gestion pour les acteurs impliqués dans la création. Si les bénéficiaires du droit d'auteur invoquent volontiers l'exercice d'une justice supérieure et transcendante, l'édifice du droit d'auteur, dans la réalité de ses opérations, est plutôt un système qui perfore les relations entre parties prenantes de la création en fonction des contraintes techniques des modes de diffusion des œuvres, d'impératifs économiques, ou d'intérêts divers des ayants droit, des organismes de gestion et des pouvoirs publics. Objet hétérodoxe pour le juriste et l'économiste, le droit d'auteur dont la rationalité reste très floue, repose donc sur les définitions très mouvantes dans le temps et l'espace du concept d'auteur et d'œuvre, ainsi que la nature des liens qui les unissent. En effet, leurs définitions sont circulaires : l'œuvre est ce qui fait un auteur reconnu et l'auteur est celui qui crée une œuvre elle-même reconnue dans tel ou tel contexte social. Ces définitions sont donc conventionnelles mais aussi collectives, ce qui contribue à diluer le mythe ethnocentré de l'artiste romantique exaltant le statut de créateur inspiré. Pour l'économiste, la définition de l'œuvre comme bien échangé est aussi contradictoire en raison de ses caractéristiques qui la rapprochent d'un bien public dont l'accès est complexe à défendre et pour lequel les règles d'excluabilité et de rivalité ne s'appliquent qu'imparfaitement.

Le droit d'auteur vise en premier lieu à assurer une fonction de rémunération et plus largement à limiter le risque des investisseurs dans les productions immatérielles que les règles classiques du marché ne seraient pas en mesure de produire. Le droit d'auteur fonctionne comme un correctif au caractère semi-public des œuvres de l'esprit. En second lieu, le système du droit d'auteur instaure, comme nous l'avons vu, une fonction de coopération et de coordination entre les différents acteurs intervenant dans la création et la diffusion d'une œuvre. C'est en ce sens qu'il est performatif, dans la mesure où il définit *ex-ante* les règles concernant le partage et la définition des tâches, les responsabilités et les rémunérations. Plus qu'une œuvre de justice, le droit d'auteur définit le cadre général dans lequel prennent place les situations de création. Il permet à une filière économique tout simplement d'exister en cadrant le plus strictement possible, pour une situation donnée, des rapports ponctuels entre agents économiques. Depuis sa lointaine formulation par Beaumarchais en 1777, l'édifice du droit d'auteur s'est mué

principalement en un dispositif de calcul indispensable à la coordination entre les acteurs et les œuvres où « les questions de justice de rémunération ou de répartition semblent donc se fondre dans les routines d'une machine bien huilée qui rétribue et répartit en fonction de catégories » (Paris 2002: 96). À côté du fonctionnement très routinier, structuré et gestionnaire des sociétés de perception et de répartition des droits (qui constituent le cadre de la « boîte noire » du droit d'auteur permettant d'enfermer les procédures de coopération entre les intervenants de la chaîne de production des biens culturels), les facteurs technologiques déterminent la dynamique interne au droit d'auteur. La flexibilité du dispositif assure aussi sa pérennité en raison du pragmatisme des acteurs qui, bien qu'engagés dans un processus conflictuel, parviennent grâce à la négociation, au compromis et au contrat à contrôler dans ce cadre juridique général la tension entre généralité des catégories (film, livre, musique...) et singularité des situations (œuvre multimédias, divers procédés techniques de diffusion...).

Droit d'auteur et économie des industries culturelles

L'édifice du droit d'auteur joue un rôle éminent et historique dans la coordination du secteur des industries culturelles dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle. Kenneth Arrow (1962), en continuité avec les débats du XIX^{ème} siècle évoqués précédemment, va souligner que la particularité de l'information, au sens large et singulièrement pour les œuvres de l'esprit, est de présenter les caractéristiques d'un bien public. En raison de leur caractère non-excluable, (ce qui signifie que dès que l'information existe chacun peut y avoir accès), et de leur caractère non-rival, (ce qui signifie qu'il n'existe pas de rareté et que sa consommation ne réduit pas leur disponibilité), les biens informationnels sont des biens publics en l'absence de toute institution restrictive produisant de la rareté et il n'existe pas, dans ce cas, d'incitation privée à les produire ou les distribuer. Pour pallier cette situation, soit – en tant que biens publics – l'État se charge de l'organisation de la production et de la distribution, soit des incitations privées sont créées sous forme de monopole temporaire d'exploitation. C'est cette seconde solution qui a été privilégiée par la mise en œuvre du droit d'auteur, dans la mesure où elle adosse l'incitation aux préférences individuelles des consommateurs et qu'elle évite les coûts administratifs d'une

taxe centralisée sous la forme d'une licence obligatoire, qui a l'inconvénient, classique pour une taxe, de ne pas correspondre à l'usage précis des consommateurs.

Dans une logique économique, le droit de propriété littéraire et artistique est un moyen d'affecter – d'internaliser – à des personnes physiques ou morales, une part des effets sociaux de la création. Ce monopole temporaire revient inévitablement à rendre les biens informationnels semi-publics en excluant fatalement certains consommateurs de l'accès aux œuvres et en produisant de la rareté pour ceux qui y ont accès. Il faut ici souligner une nouvelle fois les épreuves brutales engendrées par la numérisation sur l'organisation historique de l'excluabilité et de la rivalité principalement structurées autour du support physique de l'œuvre. La disparition du support physique va ainsi contraindre ce secteur économique à réorganiser ses dispositifs d'excluabilité et de rareté en les rendant plus techniques et plus chers. À cette fin, l'État va être mobilisé par certains publics dans le but de re-stabiliser la situation vers de l'excluabilité et de la rivalité.

Le versionnage, qui consiste à décliner une œuvre dans le temps sous différentes versions et tarifs (film en salle, DVD, diffusion en clair...ou encore livre cartonné et livre de poche, etc.), est au cœur du modèle économique des industries culturelles. Ces versions permettent de structurer des marchés complémentaires par des fonctions d'utilité spécifiques combinées au facteur temporel. L'objectif des détenteurs des droits d'auteur est de discriminer les préférences et les consentements-à-payer des consommateurs en leur offrant successivement des versions de moins en moins chères (Bomsel 2006). Les droits de propriété intellectuelle, parce qu'ils octroient aux industries créatives l'exclusivité du choix de l'exploitation, sont la clé de la distribution versionnée des œuvres et de l'organisation des marchés de versions. Le droit d'auteur joue ainsi un rôle central dans les mécanismes économiques de distribution des biens culturels, dans le déploiement des systèmes de communication et des produits électroniques grand public et dans les trajectoires des innovations numériques. Tout en faisant surgir de nouvelles versions, de nouveaux réseaux de distribution et de nouveaux modes de valorisation des œuvres, la numérisation fait aussi surgir de fortes incitations au contournement des droits de propriété littéraire et artistique. Le déploiement à marche forcée d'internet a créé ainsi, à court terme, davantage de concurrence destructrice que de marchés additionnels.

Flexibilité, expansions, limites et exceptions

Un des principaux chantiers ouvert par le traité OMPI et les deux directives européennes évoqués au début du chapitre, porte sur la question des *actes* soumis au droit d'auteur. En d'autres termes, l'agencement des parties prenantes historiques du droit d'auteur se trouve perturbé par de nouveaux types d'associations et de dissociations engendrées par la numérisation des contenus. Notamment en raison des limites posées à tout droit qui participent pleinement de sa flexibilité et de son adaptabilité aux évolutions technologiques antérieures et qui reposent, nous l'avons évoqué, sur l'affirmation de quelques grands concepts volontairement peu définis pour éviter une trop grande dépendance des opérations du droit d'auteur aux contingences techniques. La frontière entre le licite et l'illicite déjà confuse historiquement – par exemple concernant les contentieux entre journalistes et organes de presse – est plus que jamais floue et brouillée par le basculement numérique. Le problème présente deux versants : à la fois être capable de déterminer les droits des titulaires et en fixer les limites par le jeu d'exceptions. Le premier versant, l'approche positive du monopole, est l'objet essentiel des textes internationaux, mais le second, l'approche négative (ce qu'un auteur doit tolérer) est beaucoup moins explicite dans les textes. Les échanges numériques obligent à préciser, voire à étendre, les exceptions au droit de propriété littéraire et artistique en raison de la nature transfrontalière de ces échanges et de la nature des techniques numériques elles mêmes. Cette recherche de limites communes au droit d'auteur doit concerner d'une part les droits en cause et de l'autre les pays eux-mêmes. Ainsi, l'expansion et la création de nouvelles catégories d'ayants droit dans le droit français en 1985¹⁸ qui institue plusieurs nouvelles catégories d'acteurs en droit de réclamer la perception de droits d'auteurs, dits voisins (artistes-interprètes, producteurs) se sont accompagnées symétriquement d'une nouvelle exception au droit d'auteur autorisant chacun à copier une œuvre pour son usage privé donnant lieu à une taxe sur les supports vierges à des fins de rémunération des ayants droit.

Concernant les expansions du droit d'auteur occasionnées par l'échange numérique en ligne, l'utilisation des œuvres sur les réseaux mêle en général deux droits jusqu'alors distincts : le droit de reproduction et le

¹⁸Loi n° 85-660 du 3 juillet 1985.

droit de communication au public (représentation). Pour rendre opératoire le droit d'auteur dans ce nouveau contexte, il est nécessaire de trouver des limites et d'aligner les régimes des deux droits pour simplifier la tâche aux utilisateurs légitimes. Le sujet devient vite épineux quand il s'agit d'harmoniser les législations nationales entre elles. L'Union européenne a ainsi tenté par une « liberté encadrée » de parvenir à une harmonisation. L'article 5 de la directive européenne sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information impose ainsi une liste fermée mais facultative d'exceptions¹⁹. Aucun État-membre ne peut adopter une limite aux droits de propriété littéraire et artistique qui n'aurait pas été mentionnée. Cette technique de liste fermée facultative d'exceptions permet certes d'éviter des cas de figures inconnus mais en raison de son caractère facultatif, chaque État peut choisir à sa guise dans la liste d'exceptions, ce qui induit de fortes disparités entre les législations nationales, nuisibles à la fluidité de la circulation des œuvres sur les réseaux et à la gestion transfrontalière des droits d'auteur.

Une autre voie existe pour tenter d'harmoniser au niveau international les limites à l'expansion du droit d'auteur. Celle-ci est inscrite dans l'article 9 paragraphe 2 de la Convention de Berne. Connue sous le nom du « test en trois étapes », elle vise à accroître la flexibilité du droit d'auteur positif et négatif en évitant d'enfermer les exceptions dans une liste et en définissant un ensemble de critères censés préserver les intérêts des ayants droit et des usages nouveaux autorisés par les échanges numériques. Le concept du « triple test » a percolé dans un nombre réduit mais essentiel de textes comme les accords de l'ADPIC²⁰ (art. 13), le traité OMPI du 20 décembre 1996 (art. 16) et la directive européenne du 22 mai 2001 (art. 5).

Le « triple test » autorise les États à appliquer des limitations au droit de reproduction 1/ « dans certains cas spéciaux », 2/ à condition que l'exception « ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre » et 3/ « qu'elle ne cause pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur ». Certes, nous sommes ici en présence d'un dispositif juridique extrêmement flexible mais qui instaure un système de garde-fous plutôt que de réaliser une véritable harmonisation. Ce dispositif, à la différence de la « liberté encadrée » du droit européen, est selon l'expression de Pierre Sirinelli, une « liberté surveillée » (2001 :

¹⁹Par exemple, la copie privée, l'utilisation à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement ou de la recherche scientifique.

²⁰Traité OMC : « Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce », négocié au cours du cycle de l'Uruguay entre 1986 et 1994 introduisant pour la première fois des règles relatives à la propriété intellectuelle dans le système commerce multilatéral.

50) qui par ailleurs – dans le cas du droit d'auteur, qui n'est pas un simple droit à rémunération – se heurte au caractère exclusif du droit reconnu. On voit alors l'importante insécurité juridique d'un choix législatif qui s'apparente à un saut dans l'inconnu en raison des évolutions des techniques et des marchés.

Un dernier épisode intéressant de cette plasticité du droit d'auteur concerne les âpres débats autour du problème des exceptions pour « copie technique ». En effet, les échanges d'œuvres sur les réseaux numériques impliquent *pour des raisons techniques* de diffusion de l'œuvre, de procéder à une multitude de copies de l'œuvre sur les innombrables chaînons techniques de la transmission (serveurs, routeurs, terminaux). Ces étapes indispensables sont appelées « copie technique » et possèdent comme particularité d'être éphémères et de se reproduire à de multiples reprises au cours d'une transmission électronique entre deux États. Si la situation juridique variait d'un État à l'autre pour ces copies techniques, cela risquerait fortement d'entraver la circulation des œuvres et des services incorporant un objet sous droit d'auteur. Le sens commun permet de comprendre pourquoi une nouvelle exception au droit d'auteur pour ces copies techniques volatiles s'avérerait indispensable à la circulation harmonisée des œuvres. On entre ici dans une logique « d'acte nécessaire » qui oblige le titulaire des droits à autoriser ce genre de copie s'il souhaite que son œuvre transite par les réseaux numériques. Mais, si ces reproductions indispensables techniquement à la transmission entrent dans une nouvelle exception au droit d'auteur, d'autres copies plus durables sont aussi effectuées à l'occasion du transit de l'œuvre via les intermédiaires techniques. Il s'agit de celles faites sur les « caches » des fournisseurs d'accès notamment. En effet, pour fluidifier leurs réseaux, leurs administrateurs ont pour habitude de procéder à la copie « en cache » des œuvres les plus demandées. Cette pratique ressort davantage de la commodité que de l'inévitable « copie technique volatile » évoquée précédemment. Ce cas précis souligne la complexité à établir la vérité sur les extensions et les limites nouvelles à apporter au droit d'auteur à l'ère numérique. Ces éléments attestent aussi de l'importance de la flexibilité inhérente au droit d'auteur qui, bien que rencontrant de sévères difficultés à étendre son empire sur les réseaux numériques, recèle un pouvoir d'agencement visiblement non encore épuisé et potentiellement illimité par le ressort de la puissance des fictions juridiques.

Maintenir l'efficacité du droit d'auteur positif est donc bien une épreuve d'État, dans la mesure où

l'autorité de l'État de droit ne peut laisser se déliter des associations patiemment tissées sur le long terme garantes – notamment pour la France – de l'identité de sa politique culturelle et de son histoire juridique. En effet, l'État français affirme sa grandeur notamment à travers l'histoire de sa politique culturelle dont le droit de propriété littéraire et artistique est une matrice essentielle. Cette grandeur, cette généralité, cette puissance énigmatique sont, nous rappelle Dominique Linhardt, par définition le « mode d'existence » de l'État. À l'inverse, et les épreuves produites par le piratage en attestent, l'État apparaît fragile et petit dans une perspective empirique : « le moindre *zoom* sur le petit, le local, le particulier le fait s'effondrer comme un château de cartes » (Linhardt 2007). Mais le droit d'auteur n'est pas le seul à subir l'épreuve du piratage : le délit de contrefaçon, son pendant pénal symétrique, est aussi concerné.

II – Quand le délit de contrefaçon perd prise

Dans la seconde partie de ce chapitre, afin de mieux prendre la mesure de l'épreuve que subit l'État de droit par le biais du concept de contrefaçon, précisons quels sont les repères de l'infraction de contrefaçon qui permettent, théoriquement, à l'ordre du droit d'arraisonner les faits, notamment par le biais du concept de matérialité.

Les repères de l'infraction

Le droit pénal considère fondamentalement l'infraction sous l'angle de son élément matériel. Les activités considérées comme « dématérialisées » peuvent donc laisser croire à une impuissance du droit pénal, notamment quand elles se déploient dans un ordre inter-frontalier et international. Apparemment, les réseaux de communications électroniques semblent par essence se jouer de cette notion centrale de la matérialité de la preuve en régime pénal. De cette notion centrale de matérialité découlent deux autres repères de l'infraction : ceux de la localisation et de l'imputation. Autant d'ancrages qui semblent fortement et durablement ébranlés dans l'environnement numérique et l'échange de biens culturels par

les réseaux de communications électroniques.

Matérialité

Une réponse rapide et d'ailleurs défendue par certains courants libertariens pourrait conclure effectivement à une inadaptation et une disqualification du droit à saisir les activités humaines sur les réseaux de communications. Le cyberspace, irréductible au monde réel, ne saurait ainsi être soumis aux mêmes règles, ou pour le moins, un certain nombre d'entre elles pourraient se trouver suspendues en raison du caractère immatériel des échanges. La possibilité de répliquer des œuvres dans l'espace numérique ne saurait être assimilée, selon cette approche, au délit pénal de contrefaçon dans la mesure où la matérialité de l'acte ne saurait être assimilée à celle du vol d'un support physique ou de sa contrefaçon. Mais de quel immatériel s'agit-il ? D'un point de vue purement théorique, la répression pénale ne pas s'appliquer à l'immatériel : la pensée, les opinions, les rêves, les croyances, les sentiments sont en quelque sorte extra-infractionnels. Il faut raisonnablement considérer que les échanges via les systèmes de communications électroniques sont en fait partiellement immatériels. Le droit pénal ne renonce pas cependant, et depuis longtemps, à s'emparer de situations dont la dimension immatérielle se traduit au final par un élément matériel comme une parole, un écrit, un geste, une image, voire un simple signe. C'est ce que Georges Vermelle qualifie « d'immatériel diversement matérialisé » (Vermelle 1999). Dans cette perspective, la réalité des réseaux de communications électroniques peut être qualifiée d'immatériel relatif. La particularité de la situation vient du fait que c'est au moyen d'un vaste appareillage technique, particulièrement matérialisé (réseaux câblés, serveurs, routeurs, terminaux...) qu'un message est transmis par internet. L'immatérialité se situe entre deux points matérialisés, même s'ils le sont à la faveur de technologies pair-à-pair distribuées entre un nombre important d'intermédiaires.

Plusieurs exemples anciens soulignent la possibilité d'appliquer le droit pénal et la charge de la preuve matérielle même dans des cas partiellement dématérialisés. Ainsi l'omission de porter secours résulte du défaut d'attitude matérielle d'assistance, l'abus de confiance n'exclut pas la détention scripturale, le délit d'initié, etc. Ainsi, la partie incorporelle d'une situation n'échappe pas totalement à l'incrimination,

l'immatériel n'a jamais été absent du monde de l'illicite et de la norme pénale.

Localisation

Un second repère de l'infraction qui semble défier le droit à l'ère numérique concerne le problème de sa localisation. Cette dimension, qui renforce la charge de la preuve et ancre sa matérialité dans l'espace est essentielle pour déterminer la juridiction compétente pour juger de l'infraction. La localisation fait intervenir les notions de territoire et de souveraineté de l'État. Si par convention, la loi pénale peut facilement s'étendre à des faits commis hors des frontières, le droit a étendu progressivement son empire dans d'autres espaces que le territoire délimité par des frontières terrestres. L'espace maritime, l'espace aérien, l'espace exo-atmosphérique ont progressivement été colonisés par les instruments du droit. Depuis le droit romain, la puissance des fictions juridiques est telle pour commander à la nature, qu'il ne semble pas exister d'obstacle théorique à ce qu'un droit pénal nouveau puisse se saisir de ce nouvel « espace » tracé par les communications électroniques. Dans cette perspective, même le droit international, conçu pour régler les relations entre des États, sujets du droit international, semble impuissant, tant la définition spatiale des communications électroniques reste irréductible aux définitions classiques de l'espace topographique.

Imputation

Troisième dimension de l'infraction : son imputation précise à un auteur. Une fois encore, les échanges d'information sur les réseaux de communications électroniques défient cette simple évidence. En raison de l'économie de l'accès, seul le titulaire de l'abonnement peut être inquiété d'un point de vue juridique, si toutefois les obstacles de la preuve matérielle et de la localisation ont été dépassés. Mais, à cette étape de l'investigation, les repères se brouillent plus que jamais. Que ce soit au sein d'une famille à un domicile privé, ou d'une entreprise ayant la personnalité morale, de manière plus complexe par l'intermédiaire d'une connexion sans fil laissée, volontairement ou non, accessible au tout venant ou d'un piratage en

bonne et due forme, l'imputation d'une infraction à un individu précis est très difficile à établir à moins d'un aveu. Mais là encore, le droit pénal entretient déjà l'idée qu'une autre personne identifiée peut dans certains cas être inquiétée même si son implication n'est qu'indirecte : c'est le cas pour la responsabilité en matière de presse, le délit de provocation ou encore la responsabilité pénale des personnes morales.

Flexibilité des repères de l'infraction

Aussi cruciaux que soient les repères de l'infraction (matérialité, localisation et imputation), le droit pénal est parvenu à les dilater pour y intégrer, dans de nombreuses situations, des éléments incorporels. Comme le rappelle Georges Vermelle (1999), on peut punir la publicité subliminale ou légiférer sur les sectes malgré le défi de la matérialité de l'infraction. On peut traduire en justice sur le sol français un pirate appréhendé au large des côtes somaliennes, interpellé simultanément dans plusieurs pays des membres d'un réseau de contrefaçon numérique qui pensaient pouvoir se jouer indéfiniment de la complexité de la coopération judiciaire internationale, ou encore mettre en place un contrôle automatique de vitesse présumant que l'infraction a été commise par le titulaire de la carte grise qui reste, quel que soit le conducteur du véhicule, responsable de son utilisation. Il semble donc qu'aucun vide juridique n'existe pour qualifier une infraction commise à l'aide de réseaux de communications électroniques et que les repères de l'infraction puissent se dilater pour maintenir leur emprise sur la réalité des faits.

Mais si l'un des trois piliers de l'infraction peut être l'objet d'une forme de fiction juridique, le problème devient très complexe dans la pratique quand tous les trois sont simultanément contournés. Ce triple brouillage de la preuve matérielle, de la localisation et de l'imputation sur les réseaux de communications électroniques fait vaciller le droit et rend la répression inopérante. L'arsenal de fond est complet mais se trouve d'une certaine manière démilitarisé par la triple difficulté de rendre réel le constat matériel de l'infraction, l'identification de son auteur et l'extra-territorialité de l'activité. D'autre part, la chaîne continue des nombreux intermédiaires, notamment techniques (fournisseurs d'accès, hébergeurs, éditeurs de logiciels...) et la situation pénale de chacun contribuent à l'impuissance et à l'épuisement des moyens

d'enquête et de répression.

Au cœur de ces repères désormais mouvants et dilués qui paralysent les opérations du droit dans cet espace numérique inédit, le seul concept tangible qui demeure est celui de la connexion. C'est en définitive celle-ci qui offre le moyen de commettre une infraction dans le domaine des communications électroniques. L'infraction n'existe que grâce à cette liaison entre un terminal et le réseau. Ainsi, si l'on ne peut saisir la matière de l'infraction, à moins d'engager une surveillance généralisée des communications électroniques bien hypothétique en raison des moyens colossaux qui seraient nécessaires, le problème se déplace de la constatation de l'infraction au fait de devoir s'en protéger a priori et par réaction.

Une fois rappelées ces considérations générales sur l'infraction pénale, nous allons en premier lieu insister sur l'infraction pénale de contrefaçon qui porte atteinte au droit de propriété littéraire et artistique. Nous montrerons que le droit général de la contrefaçon permet du point de vue de la doctrine juridique de qualifier et de sanctionner de tels délits y compris sur les réseaux numériques. Mais, la robustesse de la doctrine juridique ne suffit pas. Encore faut-il que le droit puisse, comme nous l'avons évoqué, opérer sur les faits. Nous allons tenter de montrer dans cette partie comment a été formulée à côté du droit général de la contrefaçon l'idée d'un droit spécial pour lutter contre le téléchargement illicite. Nous allons décrire les arènes qui vont progressivement formuler de nouvelles définitions de l'objet incertain constitué par les œuvres de l'esprit numérisées, les réseaux sur lesquels elles transitent et les agencements entre acteurs qui vont obtenir divers pouvoirs comme celui d'enquêter sur les réseaux pair-à-pair. Au cours de la période 2002-2006 qui prépare la formulation de la nouvelle infraction de *négligence caractérisée d'absence de sécurisation de l'accès aux services de communication au public en ligne sans motif légitime*, nous assisterons aussi à l'impasse et à l'abandon de deux tentatives pour restaurer l'empire du droit sur les échanges illicites de biens culturels : les mesures techniques de protection (DRM) et la contraventionnalisation.

Les ressources du droit général de la contrefaçon

Contrairement à un argument souvent invoqué par les ayants droit ou les partisans de « l'internet libre », le droit commun visant à lutter contre la contrefaçon n'est pas sans ressources face aux délits commis sur les réseaux numériques. Avant de tenter de comprendre pour quelles raisons les pouvoirs publics se sont engagés dans l'élaboration d'un droit spécial contre le téléchargement illégal, nous souhaiterions exposer dans le détail les ressources de ce droit commun à propos de la qualification des faits et de leur imputation, de la responsabilité, du constat et des sanctions liées au délit de contrefaçon des œuvres de l'esprit. Nous aborderons aussi la question complexe de l'impact de la dimension internationale du réseau internet sur ce droit général français et les tentatives de résolution de ces conflits de droits.

La qualification des faits du régime général de la contrefaçon

En droit français, toute mise à disposition publique d'une œuvre sans autorisation des ayants droit, (notion qui concerne bien sûr au premier chef les auteurs directs de l'œuvre mais aussi depuis la loi de 1985 sur les droits voisins, interprètes, producteurs, sociétés de gestion collective, etc.), est susceptible d'être considérée comme illégale²¹. D'une manière générale, et comme le stipule la Convention de Berne, cette mise à disposition sans autorisation est illicite « quel que soit le moyen ». Du point de vue de la qualification des faits, rien ne justifie sur le plan du droit une quelconque exception du principe général de contrefaçon²² du fait de la mise à disposition par des réseaux numériques. La force du droit d'auteur, dérivant du droit « sacré » de propriété, présente l'aspect d'une épée à double tranchant en tant que « droits mixtes incorporels » conférant à leur titulaire à la fois des droits extra-patrimoniaux comme celui du respect de l'œuvre et du nom de l'auteur, et des droits patrimoniaux, notamment celui

²¹Selon l'article L. 112-1 du Code de la Propriété Intellectuelle : « les droits d'auteur sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination », « les compositions musicales avec ou sans paroles, les œuvres audio-visuelles, toutes formes d'écrits, œuvres photographiques, illustrations » font partie des œuvres protégées.

²²Art. L. 335-3 du CPI est « un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quel que moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits d'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi ».

d'exploiter son œuvre ou d'en autoriser l'exploitation. Par cette double nature, le droit d'auteur bénéficie de la protection accordée au droit fondamental de propriété corporelle mais aussi de celle de la liberté d'expression dans laquelle le droit d'auteur est inclu²³. Sur le plan pratique dans le droit général, c'est au juge des référés d'interdire²⁴, sous astreinte, la poursuite d'actes de mise à disposition du public d'œuvres protégées par le droit d'auteur, y compris sur internet. Les juges du fond peuvent ensuite condamner pour contrefaçon²⁵.

Malgré l'approbation unanime des ayants droit de ces dispositions du droit commun de lutte contre la contrefaçon, certains artistes, et non des moindres, ont tenté de bousculer le paradigme du droit d'auteur en décidant de mettre gratuitement leur création à disposition du public. Cette pratique parfaitement légale, et utilisée par le passé par plusieurs auteurs prestigieux, est prévue par le Code de la Propriété Intellectuelle à l'article L. 122 -7 selon lequel « le droit de représentation et le droit de reproduction sont cessibles à titre gratuit ou à titre onéreux » et L. 122 -7-1 ; « l'auteur est libre de mettre ses œuvres gratuitement à la disposition du public ». Sous réserve naturellement, des droits d'éventuels co-auteurs ou de titulaires de droits voisins.

Quelles sont les dispositions générales de lutte contre la contrefaçon du côté des utilisateurs d'internet, prestataires techniques, éditeurs et internautes ? Dans ce contexte particulier de mise à disposition du public sans autorisation, les prestataires techniques devraient logiquement être la cible de choix pour la mise en place effective d'une répression, dans la mesure où ils mettent à disposition l'ensemble des moyens techniques nécessaires à la commission des délits et que d'autre part, leur croissance économique est directement liée à cette mise à disposition qui a incité massivement les usagers à s'abonner au haut-débit depuis les début des années 2000. Mais la loi « pour la confiance dans l'économie numérique » (LCEN) n°2204-575 du 21 juin 2004, transposant la directive européenne sur le commerce en ligne, a consacré une responsabilité des prestataires techniques tout à fait conditionnelle et limitée. Ces derniers ne sont ainsi pas soumis « à une obligation générale de surveiller les informations qu'[ils] transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités

²³Cour Européenne des Droits de l'Homme, 24 mai 1988, Müller et alii. C/ Suisse.

²⁴Tribunal de commerce de Paris, 3 mars 1997, Sté Ordinateur Express c. sté Accès et Solution Internet, *Legispresse*, juin 1997, n° 142.III.85-86, note Ch. Caron.

²⁵TGI Pontoise, 6è ch., 2 février 2005, D 2005.J.1435, note B. Legros « la lutte contre la piraterie numérique : le choix des armes ».

illicites » (art. 6.1.7 de la LCEN). Leur responsabilité civile et pénale ne peut être engagée « du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services s'ils [les intermédiaires techniques] n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où ils ont eu cette connaissance, ils ont agi promptement pour retirer des données ou en rendre l'accès impossible » (art. 6.1.2 et 3). De plus, cette connaissance des faits litigieux est, selon la LCEN, présumée acquise par le prestataire technique seulement à l'issue d'une longue liste d'informations²⁶ complexes à rassembler. En outre, dans les cas des échanges pair-à-pair, les internautes peuvent être considérés comme des éditeurs de service puisque ce type de logiciel transforme chaque poste en système de mise à disposition publique d'une œuvre. Permettant et participant à la circulation d'œuvres protégées par le droit d'auteur sur les réseaux numériques, ils tombent donc sous le coup de l'article 6.III de la LCEN qui définit l'éditeur de service comme une personne « dont l'activité est d'éditer un service de communication au public en ligne ».

Avant la décision des pouvoirs publics d'engager l'élaboration d'un droit spécial pour réprimer la violation de masse du droit d'auteur par la commission de contrefaçon due au téléchargement illégal, la question s'est posée de savoir si l'échange non lucratif d'œuvres pouvait être assimilé à la notion d'exception pour copie privée. En effet, dans le sillage d'une loi allemande de 1965 consacrant la licéité des enregistrements sur magnéto de programmes télédiffusés, le législateur français a introduit en 1985 dans le Code de la Propriété Intellectuelle une exception au droit patrimonial d'auteur pour « les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » (Art. L. 122-5 du CPI) . En contrepartie de cette exception, un dispositif fiscal a été mis en place sous la forme d'une taxe sur les supports de copie vierges dont le produit atteignait 163 millions d'euros en 2007. Cette taxe se présente sous la forme d'une redevance pour copie privée au bénéfice des ayants droit. Pour leur défense, certains internautes ont tenté de faire jurisprudence en assimilant le téléchargement de pair-à-pair au bénéfice d'exception pour copie privée. Le caractère non lucratif des échanges, le « droit du public à la culture » et le soupçon tenace d'enrichissement abusif des industriels de la culture étant mis en avant pour tenter d'assimiler cette pratique d'échange avec la copie privée.

²⁶Date de la notification, coordonnées complètes du notifiant, description des faits, localisation précise, motifs, mention des dispositions légales, copie de la correspondance adressée à l'auteur ou à l'éditeur des informations, etc. (art. 6.1.5 de la LCEN).

Implicitement, la taxe sur les supports vierges pouvait aussi créer les conditions psychologiques pour atténuer la perception du délit de contrefaçon. L'internaute s'étant acquitté de sa redevance pour copie privée au profit des ayants droit sur l'ensemble des supports vierges – y compris les disques durs – pouvait considérer, avec plus ou moins de bonne foi, que cette taxe s'apparentait à une autorisation implicite de télécharger illicitement. Mais, la nature des échanges pair-à-pair contredit frontalement la notion « de copie privée non destinée à une utilisation collective », chaque ordinateur sur lequel l'œuvre est copiée se transformant automatiquement et de manière permanente en un maillon d'une chaîne de reproductions et de représentations nouvelles²⁷.

Du point de vue juridique du droit général, la qualification des faits de téléchargement illégal comme délit de contrefaçon ne fait pas de doute. La stabilité du droit d'auteur ne semble donc pas affectée par la qualification des faits dans l'espace numérique. Au delà de cette qualification, examinons les obstacles à l'imputation de ces faits et les possibilités d'en assurer la sanction dans le cadre du droit général de lutte contre la contrefaçon.

L'imputation et la responsabilité en régime général de la contrefaçon

Au delà de la qualification des faits qui ne pose pas de problème particulier, il est naturellement indispensable en matière pénale de déterminer clairement les personnes responsables. La nature de la contrefaçon via les réseaux numériques induit des situations de responsabilité diverses et floues : les personnes peuvent avoir eu directement recours au téléchargement illégal, avoir fourni les moyens de sa commission, ou encore en être économiquement bénéficiaires. Pour échapper à la mise en jeu de leur responsabilité, certains acteurs sont tentés de camoufler la nature précise de leur intervention. En ce sens, et en raison de la complexité technique des cas, la jurisprudence fait apparaître depuis le début des années 2000 une assez grande contradiction²⁸ dans les décisions des magistrats, notamment en raison des limites

²⁷Après quelques hésitations, la jurisprudence s'est affirmée : Tribunal correctionnel de Rodez, 13 octobre 2004, D. 2004, jur., 3132, note de J. Larrieu, « Peer-to-peer et copie privée ». Confirmé par la Cour d'appel de Montpellier, dans un arrêt du 10 mars 2005, Buena Vista Home Entertainment et autres, Legipresse, juin 2005, n° 222.111.120-124, note I. Wekstein ; JCP G 2005, II, 10078, note de Ch. Caron ; Sirinelli, P. et Vivant, M., « Arrêt de Montpellier du 10 mars 2005 : ce n'est pas le Peyrou ! » RLDI/5, mai 2005, n° 133, p. 6-9.

²⁸« L'examen de la jurisprudence [...] révèle que, selon les hypothèses qui leur sont soumises, les juges prennent appui sur un même faisceau d'indices, tantôt pour exclure la qualification d'éditeur, tantôt pour la justifier. [...]

confuses entre les catégories de fournisseur d'accès, d'hébergeur (prestataire technique) et d'éditeur, qui relèvent du droit de la presse.

Les prestataires techniques, soumis aussi potentiellement à une responsabilité du fait du contenu (diffamatoire, injurieux, discriminatoire, portant atteinte à la vie privée, au droit à l'image, à la protection des mineurs, etc.), se distinguent entre fournisseurs d'accès et fournisseurs d'hébergement. La Loi de Confiance en l'Économie Numérique (LCEN), qui transpose la directive européenne du 8 juin 2000 sur le commerce électronique, est centrale pour établir les responsabilités de ces acteurs. Le principe cardinal de cette directive à l'aube des années 2000 et juste avant l'éclatement de la bulle spéculative qui a frappé les nouvelles technologies, est, comme nous l'avons évoqué précédemment, de limiter au maximum la responsabilité civile et pénale des intermédiaires techniques afin d'abaisser le maximum de barrières pour favoriser l'essor économique de ces nouvelles activités qui s'annoncent extrêmement profitables. Ainsi, dans son considérant 40, la directive « commerce électronique » affirme que : « les divergences existantes et émergentes entre les législations et la jurisprudence des États membres dans le domaine de la responsabilité des prestataires de service agissant en qualité d'intermédiaires empêchent le bon fonctionnement du marché intérieur, en particulier en gênant le développement des services transfrontaliers et en produisant des distorsions de concurrence ». L'exonération de responsabilité issue de la directive européenne apparaît de fait comme particulièrement favorable aux industries des télécommunications alors qu'au moins deux principes de droit auraient pu être opposés à ce déséquilibre des responsabilités vis à vis des industries de « contenu ». En premier lieu, la responsabilité pénale de complicité aurait pu être invoquée. Au terme de l'article 121-7 du Code pénal, est « complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation ». De fait, les intermédiaires techniques ne pouvaient ignorer que l'utilité du haut-débit résidait dans la facilitation considérable du délit de contrefaçon, notamment en ce qui concerne les œuvres audio-visuelles. Par ailleurs, au titre de la responsabilité civile, il semble aussi que la « théorie du risque » aurait pu être invoquée. « Celle-ci a permis d'associer à nombre de progrès techniques, des

Le fait d'agencer les contenus postés sur son site et d'en tirer des recettes publicitaires n'entraîne pas la qualification d'éditeur, alors que, pour d'autres, ces mêmes indices en justifie la qualification. Cette incohérence pose la question des limites de l'alternative « hébergeur » ou « éditeur » telle que prévue par la LCEN ». Lampe, S. « De la difficile qualification des sites collaboratifs aux limites du statut d'hébergeur prévu par la LCEN », RLDI/39, juin 2008, n° 1298, p. 27-30.

principes de responsabilité satisfaisants. Elle repose [la théorie du risque] sur un postulat simple suivant lequel il revient à la personne qui crée une activité à risque, et qui éventuellement prospère grâce à celle-ci, d'en assumer la responsabilité » (Azzi 2009 : 69).

Concernant les fournisseurs d'hébergement, l'autre catégorie des prestataires techniques, la LCEN est, dans le sillage du statut des fournisseurs d'accès, très protectrice. En l'absence de connaissance des faits illicites ces intermédiaires ne peuvent voir leur responsabilité engagée : « [les fournisseurs d'hébergement] ne peuvent voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services s'ils n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où ils ont eu cette connaissance, ils ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible » (LCEN art. L. 6.1.2 et 3). Pour éviter le statut plus risqué d'éditeur, cette fonction d'hébergeur extrêmement protectrice va naturellement être constamment recherchée par les prestataires techniques. De nombreuses jurisprudences illustrent cette tendance de fond qui vise à mettre en avant le fait que « l'hébergeur est une personne qui se contente de stocker des informations tout en en garantissant l'accès [...] mais qui ne joue aucun rôle sur le contenu éditorial ou la présentation de l'information [...] Alors que la qualité d'éditeur peut être attribuée à une personne qui [...] organise la publication, la finance [...] assure elle-même des choix quant au contenu qui sera offert » (Sirinelli 2007: 305). Situation qui poussera le professeur Valérie Laure Benabou à déclarer dans la presse spécialisée en avril 2009 : « Cette qualité d'hébergeur [...] est en passe de constituer une formidable escroquerie intellectuelle justifiant toutes les dérobades » (Benabou 2009: 77-82).

Quant à la responsabilité des éditeurs de service au regard du droit commun de lutte contre la contrefaçon, elle est logiquement entière, puisque un éditeur est une « personne qui a connaissance d'un message du fait de sa fixation préalable et qui, en conséquence, en décide la publication et en assume la responsabilité » (Hugo 2008: 78-81). Dans cette perspective, les internautes participant à des échanges pair-à-pair engagent leur responsabilité en tant qu'éditeurs, puisqu'ils font le choix, d'abord pour un usage personnel, des œuvres et des prestations qui sont automatiquement mises à disposition du public par le biais des logiciels pair-à-pair. Cette définition claire de la responsabilité des internautes comme

éditeurs via les réseaux pair-à-pair reste tributaire de l'identification personnelle du contrefacteur. Si l'identification est simple s'agissant des intermédiaires techniques, elle se heurte à des difficultés dans le cas présent. Par construction, le seul moyen d'identifier le coupable est de s'appuyer sur l'adresse IP de l'ordinateur avec lequel le délit est commis. Nous aborderons par ailleurs le concept central de la définition de l'adresse IP comme donnée « indirectement nominative ».

Constat et sanction en régime général de la contrefaçon

Indispensable pour donner force au droit, la sanction pour délit de contrefaçon d'œuvres de l'esprit sur les réseaux numériques rencontre donc l'obstacle choisi par le législateur pour accorder une responsabilité très limitée aux prestataires techniques en vue de ne pas entraver le développement économique de ce secteur. Si les prestataires ne décident certes en rien de l'usage qui est fait des techniques mises à disposition contre paiement d'un abonnement et génératrices de revenu publicitaire, il est cependant honnêtement difficile de prétendre ignorer qu'une des raisons principales de l'abonnement au haut débit réside dans la promesse implicite de pouvoir contourner les dispositions juridiques générales du droit d'auteur. En plus de la dimension « indirectement nominative » de l'adresse IP et du caractère international du réseau internet, la mise en œuvre des sanctions se heurte à l'obstacle juridique du respect de la vie privée et des données personnelles, s'agissant du contrôle des usage d'internet et de la notion cruciale de présomption d'innocence. Concernant l'ordinateur, la défense des premiers contrefacteurs a tenté de faire valoir le concept de « domicile virtuel » afin d'y appliquer l'art. 226-4 du Code pénal qui interdit « l'introduction ou le maintien dans le domicile d'autrui à l'aide de manœuvres » et empêcher ainsi les constats de violation des droits d'auteur. Par ailleurs, bien qu'il ne soit assorti d'aucune sanction, l'art. 3 de la loi n° 86-1067, du 30 septembre 1986, aurait pu être invoqué en raison du « secret des choix faits par les personnes parmi les services de communications électroniques et parmi les programmes offerts par ceux-ci, [secret qui] ne peut être levé sans leur accord ».

Concernant la protection des données personnelles, et plus généralement les discussions autour du téléchargement illégal, la loi 78-17 du 6 janvier 1978 « relative à l'informatique, aux fichiers et aux

libertés » va jouer un rôle déterminant. Dans le contexte qui nous intéresse les avis de la Commission Nationale Informatique et Libertés (CNIL), l'autorité administrative indépendante créée par cette loi, vont participer au premier chef aux débats concernant l'élaboration d'un droit spécial de lutte contre le téléchargement illégal. En effet, en son article 1er, la loi « Informatique et libertés » stipule que l'informatique « ne doit porter atteinte [...] ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles et publiques ». L'article 7, quant à lui, précise « qu'un traitement de données à caractère personnel doit avoir reçu le consentement de la personne concernée ». Concernant la collecte des adresses IP des contrefacteurs, cette disposition va faire l'objet d'âpres débats et modifications législatives que nous détaillerons ci-après.

Les dispositions légales, relevant du droit général, permettent la répression du délit et la réparation du dommage en vertu de l'article 1382 du Code civil : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ». Pour la période antérieure à l'application d'un droit spécial pour téléchargement illégal, les peines d'amende sont comprises entre 500 et 3500€ et les peines de prison de un à trois mois, en général assorties de sursis²⁹. Pour mémoire la peine maximale en droit général est de trois ans de prison et 300 000€ d'amende. Selon les commentateurs, ces condamnations à la fois relativement mesurées et peu nombreuses ont pour fonction d'assurer l'équilibre entre des droits concurrents et d'accroître la sécurité juridique de nouvelles activités économiques puisqu'il convient ainsi « d'assurer, d'une part, que la toile ne devienne pas une zone de non-droit et que les victimes d'agissements illicites disposent de recours efficaces leur permettant d'obtenir une indemnisation réelle de leur préjudice ; d'autre part, il s'agit de permettre aux acteurs de l'internet de continuer à développer de nouveaux outils d'échanges d'informations en leur donnant une visibilité sur les risques encourus du fait de leurs activités » (Chafiol-Chaumont et Falkman 2009: 22-27).

Localisation du délit et détermination de la loi applicable

Dès les premières poursuites engagées contre les délits de contrefaçon d'œuvres de l'esprit, et compte

²⁹La Cour d'Appel de Lyon, dans un arrêt du 7 mars 2007, a condamné un internaute à 1500 € d'amende et 3526 euros de dommages et intérêts, soit 2 euros par œuvre contrefaite.

tenu de la nature transfrontalière du réseau internet, la diversité des droits nationaux a dressé un obstacle particulièrement important tant sur les dispositions de fond qu'à l'égard de la question des règles de conflits de droits et de la détermination des juridictions compétentes. En fonction des droits nationaux, les dispositions relatives à la protection des droits d'auteurs et des droits voisins sont extrêmement diverses ; de plus en fonction des différents droits nationaux, les critères retenus pour déterminer la loi applicable à un fait de téléchargement illégal sont très différents. Ainsi, la nationalité, le lieu de résidence du titulaire des droits ou du responsable de la mise en ligne peuvent être retenus de façon variable par les différents droits nationaux pour établir les faits. Certains droits considéreront que l'infraction se rattache à l'origine du message et son pays d'émission, d'autres au lieu de sa réception ou de son accessibilité. Sans compter que l'architecture des réseaux pair-à-pair est par nature distribuée sur plusieurs territoires nationaux, de même que les règles en matière de réparation des dommages qui peuvent être causés par un seul fait de téléchargement illégal dans plusieurs pays. En l'absence d'accords internationaux, l'incertitude juridique et les risques de contradictions entre législations nationales sont majeurs³⁰. À ces deux difficultés du conflit de droits et de détermination de la juridiction compétente, s'ajoute celle de l'exécution des condamnations s'il est jugé qu'un téléchargement illégal trouve son origine ou produit son effet dans d'autres pays.

À ce titre, bien que complexe, l'harmonisation des droits nationaux³¹ est en marche en particulier par le biais d'un ensemble de conventions³². Ainsi, les conventions internationales qualifient de « minimum conventionnel », un ensemble de protections des droits d'auteur (qui inclut la lutte contre le téléchargement illégal) que les législations harmonisées doivent mettre en œuvre. L'article 5 de la Convention de Berne stipule par exemple que les titulaires de droits étrangers bénéficient « des droits

³⁰Pour déterminer la loi applicable en droit français, les textes disent la chose suivante :

Pour la responsabilité civile, la loi française s'applique « à tous ceux qui habitent sur le territoire français » (Code civil, art. 3). Pour la responsabilité pénale : « la loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République » (Code pénal, art. 113-2), « la loi pénale française est applicable à quiconque s'est rendu coupable sur le territoire de la République, comme complice d'un [...] délit commis à l'étranger si [...] le délit est puni à la fois par la loi française et par la loi étrangère » (Code pénal, art. 113-5). Enfin, « la loi pénale française est applicable [...] à tout délit puni d'emprisonnement, commis par un Français ou par un étranger hors du territoire de la République lorsque la victime est de nationalité française » (Code pénal art. 113-6).

³¹Le Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique (CSPLA) avait rendu le 11 décembre 2003 un avis « relatif à la loi applicable et à la juridiction compétente en matière de propriété littéraire et intellectuelle »

³²Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (1886), Convention Internationale de Rome sur la protection des artistes-interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion (1961)...

que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux ». Les œuvres d'auteurs étrangers sont ainsi protégées comme le sont celles des nationaux. Les deux traités de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) de 1996 sur « le droit d'auteur » et « sur les interprétations, les exécutions et les phonogrammes » sont les premiers à intégrer l'évolution des techniques numériques. Il y est mentionné que « l'évolution et la convergence des techniques de l'information et de la communication ont une incidence considérable sur la création et l'utilisation des œuvres littéraires et artistiques » avec la nécessité d'y « apporter des réponses appropriées ». À propos du téléchargement mentionné pour la première fois dans un traité, l'article 5 du Traité OMPI « sur le droit d'auteur » stipule que « les auteurs jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres [...] y compris la mise à disposition au public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y accéder de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée. ».

La directive européenne du 22 mai 2001 sur « l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information », largement inspirée par les traités de l'OMPI, énonce que « si la protection de la propriété intellectuelle ne nécessite aucun concept nouveau, les règles actuelles en matière de droit d'auteur et de droits voisins devront être adaptées et complétées pour tenir dûment compte des réalités économiques telles que l'apparition de nouvelles formes d'exploitation ». La même année, la convention européenne sur la cybercriminalité de Budapest (23 novembre 2001) indique que « chaque partie adopte des mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, les atteintes à la propriété intellectuelle » (art. 10).

Conclusion

Compte tenu du caractère essentiel du droit de propriété littéraire et artistique pour notre sujet, ce chapitre liminaire a montré en quoi cette construction juridique hybride peut être considérée comme une institution de premier rang dans l'économie numérique, au même titre que le droit foncier pour l'économie rurale, le droit du travail pour l'économie industrielle ou plus largement le droit de propriété pour la démocratie. En premier lieu, le droit d'auteur est l'élément fondamental de production de

calculabilité et de prévisibilité pour le mode non mécanique de production des biens (Weber). Nous avons aussi insisté sur l'historicisation profonde de ce droit sur plus de 250 ans et souligné qu'il tire sa force d'une flexibilité sédimentée dans le temps qui s'illustre notamment par l'assimilation de nombreuses ruptures technologiques de production et de diffusion des œuvres et des biens culturels. À ce titre, nous pensons que l'étude de la confrontation de ce droit hybride et de ses principes de vérité avec le phénomène de la numérisation est un bon laboratoire pour tenter de comprendre comment un instrument de gouvernement de cette taille est mis à l'épreuve.

La portée politique de ce droit est l'élément essentiel à retenir pour la suite de notre propos. Dans l'histoire culturelle française la défense de la « grandeur » du droit d'auteur comme insigne de la puissance de l'État est une illustration intéressante de l'organisation politique d'un système de croyances en des valeurs constitutives du bien commun et du bien être social comme prérogative des pouvoirs publics se combinant avec un enchevêtrement de fonctions empiriques, opérationnelles et calculatoires de grande ampleur. Cet écartèlement fragile entre un pôle de généralité (l'État garant de l'exception culturelle française) et un pôle de particularité (calcul de la rétribution) produit des effets de vérité larges et différenciés.

Nous avons pu constater que le droit d'auteur est un terrain de premier plan pour étudier le comportement des pouvoirs publics dans un contexte normatif globalisé. En effet, la production de normes internationales (OMPI, UNESCO, OMC) et européennes (Directives commerce électronique et droit d'auteur) met aussi à l'épreuve l'État français dans sa capacité à cadrer la confrontation entre le droit d'auteur historique et le numérique. Pourtant, nous avons montré que les concepts sur lesquels a été érigé le droit d'auteur restent pertinents et que les innovations technologiques successives et aussi débordantes (radio, cinéma, télédiffusion, disque) n'avaient pas eu raison du vieux droit d'auteur personnaliste et avaient même renforcé et étendu ses multiples associations dans le temps et dans l'espace. De même, le versant « négatif » du délit de contrefaçon et son outillage de prise sur le réel, de l'imputation des faits à l'application de la sanction, reste parfaitement effectif. Si nous avons vu qu'il faut relativiser la portée historique d'une innovation technologique sur l'efficacité et le régime de vérité produit par le droit d'auteur, l'épreuve de la numérisation et le piratage dévoilent cependant, comme à

chaque innovation rencontrée depuis 250 ans, les fragilités du caractère hybride des associations politiques, économiques et sociales établies par le droit d'auteur. L'examen attentif de stabilisation de ces fragilités que nous nous proposons de mener à travers les lois HADOPI permet d'observer la mise à l'épreuve de « basse intensité » relativement inédite d'un instrument de gouvernement comme le droit d'auteur. Cet examen permet d'expliquer comment se fabriquent de nouveaux instruments de l'action publique corrigeant les failles et fragilités d'une institution de premier ordre édiflée par deux siècles et demi de cadrage de controverses sociales, techniques, juridiques, économiques et politiques.

L'intérêt de définir le piratage comme une épreuve permet d'apporter une pierre originale à une sociologie de l'État qui abandonne toute idée de théorisation externe, en examinant une épreuve singulière, parce que mineure, qui permet de dépasser les théories « monistes » de l'État en les élargissant au profit d'une pensée du pluralisme des groupes et des publics. La catégorie d'épreuve d'État permet d'appréhender celui-ci à travers ses *performances* repérables et observables comme autant d'expériences limites qui engendrent une diversité de formes et de manifestations de l'État. Le concept d'épreuve d'État permet de penser son histoire comme un phénomène plurigénétique (Linhardt 2012: 14). Pour comprendre l'État et en l'occurrence la façon dont il s'est manifesté sous différentes performances (législative, judiciaire, technique, politique, régulatrice, ou administrative) face au phénomène nouveau et débordant des échanges de biens culturels numérisés, il est nécessaire de le « déplier » et de montrer comment chacune de ces manifestations est configurée par l'épreuve traversée. Il est nécessaire de montrer comment il est possible « d'attraper l'État du dehors » (Karsenti 2005: 37-50).

CHAPITRE 2 – RECODER LES ILLÉGALISMES. Les Mesures Techniques de Protection, les illusions d'une «police technique»

Avant que les pouvoirs publics n'engagent par la loi un adoucissement des peines pour contrefaçon et une codification plus nette par le droit des échanges illicites de biens culturels numérisés, les acteurs économiques avaient parfaitement analysé les risques pour leur rente sur les droits de propriété littéraire et artistique. Préalablement à cette extension du système pénal comme appareil pour gérer différemment les illégalismes, de nouvelles tactiques avaient été imaginées dès qu'il est apparu possible de transmettre par le réseau des fichiers dont le poids en information avait été allégé par des algorithmes de compression. Pour déplacer l'objectif disciplinaire et en changer l'échelle, ces nouvelles tactiques ont cherché à atteindre une cible rendue plus ténue par la numérisation mais aussi très largement répandue dans le corps social. Le dilemme central consistait à trouver de nouvelles techniques pour ajuster les punitions et en adapter les effets, poser de nouveaux principes pour régulariser, affiner, universaliser l'art de châtier (Foucault 1975:106) en homogénéiser son exercice, contrôler son coût économique et politique tout en augmentant son efficacité en multipliant ses circuits. Il s'agissait donc pour les industries culturelles et les sociétés d'ayants droit de « constituer une nouvelle économie et une nouvelle technologie du pouvoir de punir » selon l'expression de Michel Foucault. Cette définition des dispositifs assurant l'objectivisation et la « disciplinarisation » des individus par la différenciation, la catégorisation et la hiérarchisation de conduites définies comme indisciplinées nous semble utile pour comprendre le cadre de l'invention des Mesures Techniques de Protection (MTP) par les exploitants des droits d'auteur. L'idée que le pouvoir de punir participe de la transformation des principes de codage de l'ordre social associé à l'automatisation du génie logiciel et des algorithmes va ouvrir la voie à la possibilité théorique de transcoder et d'inscrire dans une solution logicielle les pratiques illicites et les illégalismes afin d'en automatiser une fois pour toutes le traitement par le biais de l'autorisation ou du refus d'accès à l'information numérisée protégée par un droit d'auteur.

Tel est l'axe d'action que les parties prenantes des industries culturelles et de réseaux vont suivre dès le

milieu des années 90. Ce chapitre pose la question de savoir comment les MTP, avec leur visée explicite de gestion de l'indiscipline par l'automatisation des règles d'accès et d'usage, participent d'un codage de l'ordre social, par quels canaux et quels instruments juridico-administratifs elles ont tenté de s'imposer, quelles épreuves ces méthodes de gestion de l'indiscipline ont rencontré et finalement quelles limitations ont été posées.

Le secteur industriel n'a donc pas été pris au dépourvu par le basculement numérique qu'il avait lui-même initié, au début des années 80, avec le Compact Disc, premier essai fulgurant de numérisation massive de biens culturels. Les MTP ou *Digital Management Right system* (DRMs), qui peuvent être définies comme des verrous logiciels déposés le long de la chaîne de diffusion des biens culturels numérisés, vont absorber tous les efforts et les espérances des ayants droit, éditeurs et diffuseurs pour maintenir leur capacité à générer de la valeur marchande à partir de leurs droits de propriété sur les contenus culturels (Alleaume : 2012a). Pour comprendre simplement le rôle des MTP, on peut à l'instar du juriste André Lucas³³, utiliser la métaphore du « fil de fer barbelé ». De la même manière que dans l'espace physique, la mesure technique de protection délimite et protège matériellement un droit de propriété en rendant difficile son accès. Comme toute frontière physique, elle combine les fonctions de limitation et de coordination. Mais comme pour le barbelé, la mesure technique de protection n'est pas une forteresse, notamment pour des raisons de coûts et de proportionnalité entre les moyens et les fins. Elle est à ce titre, certes efficace matériellement en entravant l'accès à l'espace ainsi protégé mais n'est pas infranchissable et même jamais vraiment incontournable³⁴.

Les modèles économiques appuyés historiquement sur les rentes liées au droit d'auteur ont, au cours des années 1990, profondément modifié leur stratégie en adoptant ces modèles de protection issus du droit des logiciels, afin de tenter de fonder les conditions d'une économie durable des œuvres dans l'environnement numérique. Conçues pour rétablir une clôture autour des œuvres numérisées, les MTP ont généré toujours plus de complexité et d'incompatibilité d'usage pour l'utilisateur final. La diversité

³³Conférence du Professeur André Lucas, Audencia 2 avril 2012 : http://www.audencia.tv/cv_WsjF4_JAM8O_conference_isegoria_andre_lucas_le_droit_d_auteur_sur_internet.html

³⁴Le phénomène du « trou analogique », qui définit l'espace de la chaîne de diffusion entre le dernier maillon technique et les sens de l'utilisateur – entre les haut-parleurs et le système auditif et/ou l'écran et le système visuel – laisse toujours *in fine* la possibilité technique de ré-encoder numériquement le signal, certes avec une certaine perte de la qualité.

des architectures matérielles de distribution, de diffusion et d'accès aux œuvres, cumulée avec l'empilement de MTP affectant soit le support, soit la partie logiciel, soit encore l'appareillage électronique, ont généré pour l'utilisateur un nombre impressionnant de « sur-réservations » (Sirinelli 2001: 105) affectant drastiquement l'interopérabilité et la simple compatibilité entre supports, logiciels et matériels. De graves défauts d'information des consommateurs ont pu aboutir à des situations contre-productives comme des incompatibilités récurrentes entre CD ou DVD légalement achetés se révélant illisibles sur tout ou partie de lecteurs, ou encore de larges entraves à la copie pour usage privé pourtant garantie dans le droit, voire à l'organisation patente de systèmes fermés et verticalement concentrés entre format de fichiers et terminaux de lecture, que l'utilisateur identifie rapidement comme des systèmes anticoncurrentiels entravant ses droits de consommateur par des mécanismes de ventes-liées ou de tromperie³⁵ explicite. De manière générale, les MTP sont conçues pour procéder à la coordination de trois dynamiques, 1/ la nécessité de préserver et de développer la valeur économique des industries culturelles confrontées au basculement numérique, 2/ la sécurisation de cette valeur économique très prometteuse pour le déploiement des industries des technologies de l'information (informatique, télécommunication, équipementier de l'électronique grand public), 3/ la volonté de concevoir des offres commerciales en adéquation avec l'attractivité massive des usagers pour les contenus culturels et leur flexibilité d'utilisation. Ainsi, deux grands secteurs industriels, les industries culturelles et les industries des technologies de l'information, vont chercher à faire converger, non sans mal, leurs intérêts, qui se traduiront dans les faits par le développement technologique, mais aussi juridique, des MTP.

Dès 1983 et l'apparition du Compact Disc (CD), industriels de la culture et des technologies de l'information vont amorcer cette convergence et prendre conscience à la fois des risques et des potentialités de cette nouvelle ère technologique. Jusqu'alors, la problématique de la contrefaçon de biens culturels dans le monde analogique se réglait « naturellement » par l'appauvrissement continu du signal en raison des pertes de qualité entre générations de copies. De plus, la loi sur les droits voisins de 1985 avait instauré en France, en contrepartie d'un droit de copie privée, une taxe sur les supports vierges redistribuée aux ayants droit. La « balance des intérêts » du public, des ayants droit et des éditeurs

³⁵ L'association *UFC-Que choisir ?* porte plainte en février 2005 contre Apple et Sony et leurs plates-formes de distribution pour tromperie et vente liée en les accusant de procéder à une segmentation du marché de distribution de la musique. Sony sera condamné en 2007 pour défaut d'information.

avait donc trouvé un point d'équilibre. La véritable contrefaçon lucrative était encore le fait de structures organisées qui devaient mettre en œuvre des moyens matériels clandestins significatifs pour procéder à la copie pirate, la distribution sur des circuits parallèles illégaux (ateliers clandestins de copies pirates, réseaux de vendeurs à la sauvette, modification matérielle des appareils de lecture...). Jusqu'aux années 1990, la consommation domestique de produits audio-visuels relevait exclusivement de l'électronique grand public à travers des appareils dédiés et fermés que l'immense majorité des usagers ne cherchait pas à modifier. L'arrivée massive de l'ordinateur personnel va modifier en profondeur cet environnement matériel. Le génie logiciel va considérablement augmenter l'ouverture des systèmes de codage et de décodage des signaux visuels et sonores. La transposition des systèmes électroniques de codage/décodage vers des logiciels va donner la possibilité aux utilisateurs d'ouvrir les boîtes noires antérieurement constituées de dispositifs électroniques, pour explorer, analyser voire modifier les fonctions des logiciels. D'autre part, cette ouverture, certes relative, des fonctionnalités des équipements domestiques de consommation des biens culturels va se combiner à une baisse des coûts de ces équipements d'écriture et de lecture et surtout à celle de l'espace de stockage des données numériques qui va massifier leur consommation. Combinée aux progrès des algorithmes de compression des données, cette explosion des capacités de stockage va permettre à chaque usager d'engranger des quantités de données jamais atteintes jusque là, lui donnant une sensation presque démiurgique de pouvoir constituer sa propre « bibliothèque d'Alexandrie ». Enfin, dernière étape, et non des moindres, qui va accélérer le développement technico-juridique des MTP, la généralisation de l'internet haut débit au début des années 2000 va bouleverser l'économie des biens immatériels à travers trois aspects principaux (Chantepie 2003: 32) : 1/ l'effondrement des coûts de diffusion par Internet, 2/ la déterritorialisation de la diffusion des œuvres qui entravera le système pourtant fondamental dans l'économie des industries culturelles de chronologie des médias 3/ la désintermédiation qui permet la mise en relation directe entre artistes et consommateurs, court-circuitant potentiellement éditeurs, producteurs et diffuseurs.

Au milieu des années 1990, un consensus se dégage entre ayants droit, industries culturelles et industries des technologies de l'information pour conférer aux MTP un statut de « police technique » dont le but est de sécuriser l'accès aux contenus culturels désormais très vulnérables à la contrefaçon parfaite et massive permise par le basculement numérique. Pour rétablir dans les faits le monopole accordé par un

droit de propriété littéraire et artistique, les ayants droit sont ainsi tentés de recourir à ces procédés techniques pour résoudre par une solution technique les problèmes posés par la technique (Clark, 1996: 139), pour « faire coller le fait au droit » (Lucas 1997: 345, 348). Mais rapidement, ce dispositif technique censé régler cybernétiquement le contrôle de l'accès aux biens numérisés est, lui aussi, susceptible d'être mis en péril par le braconnage de certains usagers qui s'empresent de mettre à la disposition du plus grand nombre les procédés techniques de contournement de ces mesures. Dès 1996, la conférence diplomatique de Genève de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) consacre dans le droit international le principe d'une protection juridique de ces mesures techniques.

Ce chapitre, qui vise à comprendre pourquoi la principale solution de lutte contre les infractions au droit d'auteur n'a pas obtenu les résultats escomptés, aborde premièrement les principes généraux des MTP et leurs implications économiques et juridiques. Dans un second temps, sont exposées chronologiquement les épreuves rencontrées par ce dispositif technique. Enfin, au travers des débats entourant de la loi du 1er août 2006 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information (DADVSI), nous soulignons la situation paradoxale de cette loi très controversée qui inscrit dans le droit français la transposition de l'interdiction de contournement des mesures techniques de protection, établit le principe « d'interopérabilité » au niveau constitutionnel et crée la première autorité administrative indépendante chargée de réguler la propriété intellectuelle sur internet : l'Autorité de Régulation des Mesures Techniques (ARMT). Ce *momentum* de la loi DADVSI marque donc une étape centrale dans l'élaboration d'instruments de l'action publique pour réguler les externalités produites par les échanges de biens culturels numérisés.

I – Principes généraux, économiques et juridiques des Mesures

Techniques de Protection

Principes généraux

Sans entrer dans une description détaillée de cette question techniquement très complexe, il faut cependant exposer ici quels sont les principes généraux des MTP et leur mode de structuration. En premier lieu, les MTP s'appliquent à tous types de contenus informationnels et non seulement aux biens culturels. Leur spectre d'action très large et systémique, qui embrasse l'aspect technique, économique et juridique des échanges de contenus à l'ère numérique, ne plaide pas pour une définition univoque et stabilisée qu'aucun des acteurs de la chaîne des MTP (fournisseurs de technologie, arènes de standardisation, titulaires des droits, industriels, forums de concertation) n'est d'ailleurs parvenu à formuler. De plus, les importants problèmes d'interopérabilité, de compatibilité et de protection de la vie privée ont provoqué d'intenses controverses dans lesquelles les usagers ont conquis une place centrale, suivis rapidement par le législateur et les tribunaux. Pour commencer, il faut souligner que les MTP poursuivent une finalité duale. La plus connue est celle qui vise à empêcher un usage illicite des contenus numérisés qui viendraient violer le monopole des ayants droit. L'autre, qui découle de la première et qui en est en quelque sorte le versant positif, vise à assurer la logistique de contrôle des droits en identifiant le contenu informationnel et surtout en décrivant les règles d'accès et d'usage. Les MTP ne sont pas uniquement des barrières inertes mais sont aussi en mesure de réguler dynamiquement l'accès aux contenus. Les informations contenues dans une MTP permettent donc trois fonctions successives et distinctes : 1/ identifier un contenu, 2/ y associer des règles d'accès et d'usage, 3/ appliquer ces règles en contrôlant les identifiants. La première fonction d'identification se traduit par des métadonnées associées au contenu qui concernent par exemple, la description de l'œuvre (titre, auteur, date, version...), les titulaires des droits, un nombre de lectures ou de copies autorisées, les types d'appareils de lecture possibles, la période de validité des différents droits d'usage et d'accès, etc. Pour rendre effectives ces

descriptions de contenus et les droits d'accès qui leur sont associés, trois grands types de technologies numériques distinctes sont utilisées et parfois associées pour contrôler leur application. La première a trait à la cryptographie qui rend in-interprétable un contenu informationnel sans sa clé de décryptage. La deuxième est le tatouage numérique (*watermarking*), qui insère dans le contenu numérisé un signal contenant soit les identifiants des titulaires des droits permettant de tracer le contenu, soit des autorisations nécessaires à l'accès par un appareil de lecture. Enfin, l'empreinte numérique (*fingerprinting*) qui permet sans modification du contenu de réaliser une véritable empreinte de l'œuvre qui permettra, quel que soit le traitement subi par le contenu (compression, extraction, ré-encodage...), de pouvoir l'identifier par une comparaison avec une base de données de référence.

Pour prendre conscience de l'envergure des MTP, il faut aussi souligner qu'elles ne constituent pas seulement des mesures ponctuelles éparpillées sur tel ou tel point de la chaîne de distribution d'un bien informationnel numérique mais bien un système décentralisé, distribué et articulé sur les différents maillons de la distribution numérique (supports, logiciels, appareils électroniques grand public, réseaux...). La terminologie anglaise emploie d'ailleurs l'expression de *Digital Rights Management systems* pour expliciter cette architecture distribuée.

Toujours au titre des principes généraux, la typologie des MTP se divise entre protection *ex post* et *ex ante*. Les techniques d'empreinte numérique et de tatouage numérique de traçage ne permettent qu'une protection *ex post* dans la mesure où ces techniques n'associent au contenu que des informations d'identification sur la titularité des droits et des transactions effectuées³⁶. En revanche l'encryptage et le tatouage numérique de contrôle de l'accès et des usages autorisent une protection *ex ante*. Les premières solutions ne présentent pas de caractère systémique dans la mesure où elles fonctionnent indépendamment des logiciels et des terminaux de lecture. Les secondes impliquent une compatibilité entre les logiciels, les terminaux et la MTP. Par leur caractère systémique, les solutions de MTP *ex ante* assurent une meilleure intensité de protection, sans être toutefois invulnérables aux tentatives de contournement. C'est d'ailleurs ce type de solution qui a été, depuis le début des contenus numérisés,

³⁶Tel est par exemple le cas de la solution Content ID développée par Google pour la plate-forme de distribution audio-visuelle *Youtube*. Cette solution de MTP permet : « d'identifier les vidéos mises en ligne par un utilisateur qui comprennent tout OU partie du contenu appartenant aux titulaires des droits, et de choisir, à l'avance, ce qui doit se passer lorsque de telles vidéos sont identifiées : en tirer de l'argent, obtenir des statistiques les concernant ou les bloquer. », <http://www.youtube.com/static?gl=FR&hl=fr&hl=fr&template=contentid>

retenu par les industriels de la production de contenus culturels. C'est aussi la raison pour laquelle ces derniers ont très tôt obtenu que les MTP *ex ante* soient juridiquement protégées afin de minimiser leur vulnérabilité aux attaques et contournement par les usagers.

Principes économiques

Le rôle que jouent les MTP sur le plan économique est essentiel. Elles rétablissent, entre autres, l'excluabilité vis-à-vis des consommateurs finaux et des circuits de distribution non autorisés. Au moins sur le plan théorique, les MTP semblent pouvoir voler au secours du droit en rendant opérationnel par un dispositif technique le respect du droit d'auteur qui s'annonce dès les années 80 comme extrêmement difficile à faire appliquer dans l'environnement numérique. En plus de la protection *ex-post* du droit, les MTP permettent de renforcer, certes sans la rendre absolue, la sécurité des échanges numérisés *ex-ante*. Ce vaste ensemble d'opérations techniques est donc choisi par les industriels à partir de l'expérience dans le domaine des supports physiques (CD dès 1983 et DVD à partir de 1995) comme prévention de l'infraction au droit de propriété littéraire et artistique. Mais, avec la sophistication des technologies permettant de décrire et de contrôler les droits d'accès, les MTP deviennent aussi un outil pour structurer les prix du marché des biens culturels. Permettant le contrôle fin des libéralités d'usage, les MTP rendent possible une innovation économique majeure et prometteuse pour les industriels des secteurs culturels et des technologies de l'information : la « commercialisation à différents prix de différentes versions d'un contenu numérique caractérisé par différents niveaux de libéralités d'usage, par différents bouquets (bundles) de droits définis et appliqués par les DRM [MTP] » (Geffroy 2009: 24). Les MTP élargissent donc considérablement les opportunités de « versionnage », ressort essentiel des marchés de biens culturels, qui consiste à adopter une stratégie de différenciation tarifaire par une offre de différentes qualités d'un bien culturel à des prix décroissants afin d'optimiser le consentement à payer des consommateurs. Les différents secteurs culturels (cinéma, musique, livre) distribuent ainsi un même contenu à des formats et à des qualités différentes (ex : livre de poche) ou selon différentes temporalités en s'appuyant sur l'effet de nouveauté (ex : chronologie des médias pour le cinéma) ou selon différents

niveaux de libéralités d'usage (location, prêt, achat définitif, accès à des projections en salle...). Ce potentiel prometteur d'un contrôle cybernétique parfait des usages et de la déclinaison tarifaire d'accès aux contenus fait miroiter aux industriels un véritable « Eldorado », expliquant le consensus rapide autour de la nécessité de généraliser l'implémentation générale de MTP et d'inscrire dans la loi l'interdiction de leur contournement. Un dernier effet économique des MTP dans leur capacité à structurer les marchés des biens culturels consiste en l'édification de filières verticales coordonnées par l'interopérabilité entre formats de contenus numérisés, services, logiciels et équipements. En effet, des firmes³⁷ ont pu refuser de licencier à des tiers leur propre MTP, créant ainsi de vastes écosystèmes entièrement clos permettant de verrouiller verticalement l'ensemble d'un marché. Les MTP sont par excellence des instruments de verrouillage capables d'instaurer des stratégies de contrôle économique sur des pans entiers des industries culturelles au bénéfice des industries de technologie de l'information, engendrant ainsi des effets de concentration.

Pour rendre plus concrètes ces généralités sur l'articulation entre innovation technologique et principe économique, nous allons brièvement exposer les deux principales MTP qui sont apparues dès le début de la numérisation des biens culturels avec l'apparition du CD en 1983. Ces deux premières MTP serviront de modèle et de matrice aux décisions techniques, économiques et juridiques de généralisation des MTP à partir du milieu des années 1990. La première mesure technique de protection apparue pour protéger l'accès à un bien culturel est le *Serial Copy Management System* (SCMS) destiné à l'usage des premières cassettes audio-numériques et *mini-discs* et capable d'effectuer les premières copies numériques parfaites grand public des contenus des CD. Cette MTP primitive, basée sur le principe de *watermarking*, insérait deux bits dans la cassette numérique lors du premier enregistrement, ce qui permettait aux appareils d'enregistrement compatibles d'empêcher des copies de seconde génération. Une première difficulté surgit quand les industriels du disque constatèrent la difficulté à imposer le SCMS aux équipementiers qui avaient finalement une faible incitation à implémenter la MTP dans leurs appareils si un seul des acteurs de ce marché ne respectait pas cette contrainte qui représentait par ailleurs des coûts à internaliser. Après diverses menaces de mesures de rétorsion des Majors, comme celle de rendre indisponibles leurs

³⁷Ce sera naturellement le cas d'*Apple* qui réussira l'exploit de contrôler 80% du marché assignable de la distribution de musique en ligne en l'espace de quelques années, avec sa plate-forme *Itunes*, son terminal de lecture *iPod* et son DRM « *Fairplay* » dont nous reparlerons ci-après.

catalogues dans les formats en question ou de poursuivre les équipementiers en justice, c'est finalement la loi, l'*Audio Home Recording Act* de 1992, qui obligea les fabricants des premiers lecteurs/enregistreurs audio-numériques à adopter la MTP. Cependant, le format des cassettes audio-numériques (Digital Audio Tape DAT), ne rencontra pas le succès escompté face à la suprématie du CD et des graveurs intégrés aux ordinateurs qui se généraliseront à la fin des années 90, qui n'entrent pas dans le périmètre de l'*Audio Home Recording Act* et qui ne seront donc jamais contraints d'appliquer le SCMS.

Tirant les leçons de l'échec de la protection des CD, les industriels vont adopter une autre méthodologie plus efficace à l'occasion de l'apparition du DVD en 1996. Cette fois, c'est une technique de cryptage, donc plus robuste que celle du *watermarking*, qui va structurer le marché naissant des DVD. Le *Content Scrambling System* (CSS), crypte l'information qui pourra être décodée uniquement par les lecteurs dont les fabricants auront obtenu une licence de la toute puissante *Digital Versatil Discs Copy Control Association*. Le CSS applique une politique drastique du « never copy » et instaure une limitation par codes régionaux³⁸ qui permet de préserver les chronologies des médias de chaque grande région du monde. Cette MTP introduit donc la fonction déterminante de versionnage territorial.

Avec la généralisation de la connexion à internet au début des années 2000 et la protection inexistante des CD par MTP, les industriels vont tenter de restaurer l'excluabilité en greffant de nouvelles MTP sur ce support qui avait rencontré un succès commercial considérable vingt ans plus tôt. Les acteurs industriels vont alors se heurter pour la première fois au déficit de la rétro-comptabilité qui aura des conséquences fondamentales pour la perception de la légitimité de ces mesures par les usagers. Il était en effet nécessaire de concevoir une MTP qui soit compatible avec les équipements antérieurs non-sécurisés. Le but recherché était de pouvoir autoriser, par un système de « double session »³⁹, la lecture des CD sur les appareils de salon et les auto-radios en l'empêchant sur les lecteurs d'ordinateurs personnels par lesquels s'effectuaient les copies et les encodages au format Mp3. Dernier cas emblématique, après la musique et les DVD, l'arrivée aux États Unis de la télévision numérique a fait

³⁸zone 0 : non zoné, compatible, tout lecteur, zone 1 : États-Unis, Canada, zone 2 : Japon, Europe, Afrique du Sud, Moyen-Orient, Égypte, zone 3 : Asie du Sud-Est, Asie de l'Est, Hong Kong, zone 4 : Australie, Nouvelle-Zélande, Amérique centrale, Mexique, Amérique du Sud, Caraïbes, zone 5 : Russie, Inde, Afrique, Corée du Nord, zone 6 : Chine, zone 7 : non définie (réservée à l'origine aux hôpitaux et aux bases militaires), zone 8 : lieux internationaux (avions, bateaux de croisière, etc.)

³⁹La musique était enregistrée deux fois sur le CD, l'une compatible avec les lecteurs de salon, l'autre avec les ordinateurs, chaque session incorporant des MTP spécifiques au terminal de lecture.

craindre à l'industrie du cinéma le scénario catastrophe des Majors de la musique. L'agence fédérale américaine de régulation (*Federal Communication Commission* – FCC) va édicter une réglementation visant à obliger, à partir du 1er juillet 2005, les équipementiers à incorporer une MTP de *watermarking* – une série de bits insérés dans la retransmission télévisuelle permettant ou non sa copie – appelée *broadcast flag*. Malgré l'appui de l'agence fédérale, le cas du SCMS se reproduit, les fabricants n'ayant pas d'incitation particulière et le *broadcast flag* ne conditionnant pas la compatibilité de leurs équipements. De plus, anticipant un recours à la loi, les équipementiers obtiendront un jugement d'une Cour d'Appel américaine fédérale contestant la légitimité de la FCC à réglementer les appareils de réception.

Ces quatre cas nord-américains posent les principaux points d'appui des controverses que rencontreront les MTP à l'heure de la massification des échanges de biens culturels : les questions nombreuses d'aléa moral entre producteurs de contenus, fournisseurs d'accès et fabricants de matériels ; l'hésitation entre le libre jeu du marché et le recours à la loi pour imposer une mesure technique de protection ; le rôle des agences de régulation ; l'acceptabilité par les usagers des problèmes de compatibilité et d'interopérabilité ; les degrés de robustesse des MTP et leurs effets indirects en matière de structuration des marchés des biens culturels à l'ère numérique.

Principes juridiques

À côté de ces principes techniques et économiques, la dimension juridique des MTP est essentielle pour tenter de comprendre pourquoi ces mesures initialement perçues comme la solution globale d'un nouveau codage social pour gérer l'indiscipline n'ont pas rencontré le succès escompté à l'issue d'une série d'épreuves socio-techniques. Dès 1991, apparaît à deux reprises l'idée de protéger juridiquement les MTP : en premier lieu au Conseil de l'Europe à propos d'une recommandation (R (91) 4) sur la protection des services de télévision cryptés et par la directive européenne 91/250/CEE portant sur la protection des logiciels par le droit d'auteur. Dans la même perspective, l'*Audio Home Recording Act*, déjà évoqué, interdit en 1992 le contournement du SCMS et l'impose aux fabricants de matériels. La consécration viendra en 1996 par l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) et

l'article 11 du Traité sur le droit d'auteur qui annonce 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 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* »⁴⁰. L'atteinte aux « informations sur le régime des droits » qui sont aussi contenues dans les MTP et qui permettent d'identifier l'œuvre, l'auteur, les ayants droit, etc, est aussi clairement dénoncée dans le traité OPMI (art. 12). Il faut noter que le texte est très peu directif en matière de sanctions. En avril 2013, 90 États ont ratifié ce traité avant de le transposer dans leur droit national. Les États Unis seront les premiers à le faire avec le *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA) d'octobre 1998 qui complète le *Copyright Act* de 1976. Dans le cadre de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), les accords ADPIC (Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce) fixent depuis 1994 les obligations des membres de l'OMC en matière de propriété intellectuelle. L'intégration dans le droit européen prendra six ans avec la transposition de l'accord OMPI par la Directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur « l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information ». L'article 6 de la directive porte sur les « obligations relatives aux mesures techniques », les « obligations relatives à l'information sur le régime de droits » faisant l'objet de l'article 7. Le texte européen prévoit, comme son modèle de l'OMPI, une protection juridique appropriée contre toute personne qui porte atteinte ou offre les moyens de porter atteinte, sciemment et sans autorisation à une information (art. 7.1). Tous types d'information et d'identification d'un objet protégé sont visés, même un simple code (art. 7.2). Les États membres disposaient de deux ans pour transposer le texte et adopter les sanctions par des « mesures appropriées ». Seuls la Grèce et le Danemark ont respecté ce délai. Avec la loi DADVSI du 1er août 2006, la France fait, comme d'habitude, figure de mauvais élève en étant un des derniers États membres à inscrire la directive dans son droit national. Il faut noter que la Commission européenne a prévu une forme de droit à l'erreur et à l'expérimentation législative⁴¹ dans la mesure où l'art de légiférer est rarement stable dans les matières à forte composante économique–technique. La mise en œuvre de la directive est ainsi évaluée tous les trois

⁴⁰Cité par Latreille et Maillard (2011).

⁴¹La légistique est une branche des sciences humaines qui traite de l'élaboration et de la rédaction des règles de droit : codes, lois, règlements, arrêtés...

ans au regard du texte original, et notamment du respect des libertés des usagers⁴². Pour la transposition en droit français, le Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique (CSPLA), organe de concertation et d'expertise, va être spécialement créé sous la responsabilité du Ministère de la culture pour conseiller l'exécutif dans la transposition de la directive et la rédaction du projet de loi. Si la directive impose une « protection juridique appropriée » des MTP, les États sont libres d'en choisir le cadre normatif réceptif. La France a donc choisi de rattacher formellement l'objet juridique de la protection des MTP au Code de la propriété intellectuelle, à l'image des dispositions relatives à la contrefaçon, comme instrument de l'effectivité des droits de propriété littéraire et artistique et de leur équilibre par les exceptions au monopole du droit d'auteur. Concernant le régime de la protection juridique des MTP, la transposition française veillera à pacifier les rapports contractuels entre titulaires de droits et utilisateurs, et de manière plus démonstrative, sanctionne les agissements prohibés vis à vis des mesures techniques.

Les MTP ont par ailleurs donné naissance à d'importantes mobilisations citoyennes et militantes étudiées par des auteurs comme Yana Breindl et François Briatte⁴³. Le problème socio-technique qui a émergé de ces mouvements gravite autour de la crainte de l'instauration d'une « société de contrôle », pour reprendre l'expression célèbre, quoique peu explicitée, de Deleuze (1990) dont les MTP seraient l'un des principaux artefacts. Cette expression, qui se présente comme une prolongation des travaux de Foucault sur les sociétés disciplinaires, est développée dans un bref texte d'entretien de 1990 : *Post-scriptum sur les sociétés de contrôle*. Sa généalogie avec la pensée foucauldienne reste ténue, Deleuze renvoyant lui-même dans l'entretien la paternité du terme au romancier américain William S. Burroughs. Deleuze rattache cependant cette idée à celles de Foucault et la présente comme l'étape ultérieure et la forme contemporaine des sociétés disciplinaires étudiées dans l'histoire dans *Surveiller et punir* (1975) : « Foucault n'a jamais cru, et même il l'a dit très clairement, que ces sociétés disciplinaires n'étaient pas éternelles. [...] Nous entrons dans ces sociétés de contrôle qui se définissent très différemment des disciplines, nous n'avons plus besoin, ou plutôt ceux qui veillent à notre bien n'ont plus besoin ou

⁴²2007, *Report to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee on the application of directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society SEC(2007) 1556*. - http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-info/application-report_en.pdf

⁴³ Breindl et Briatte (2013), Breindl (2011).

n'auront plus besoin de ce milieu d'enfermement ». Si le style du texte, celui de l'entretien, ne s'embarrasse pas de nuances dans l'analyse et peut verser, à l'instar de Burroughs, dans une certaine paranoïa, la définition de « la société de contrôle » a mobilisé l'attention d'un certain nombre de cercles militants en 2012, à l'occasion d'actions spectaculairement efficaces contre des textes européens (Geist 2010 : 137-147) et américains (Bridy 2012) comme l'*Anti-counterfeiting Trade Agreement* (ACTA) européen ou les projets de lois américains *Protect IP Act* (PIPA) et *Stop Online Piracy Act* (SOPA). Si, selon Deleuze, les anciennes techniques d'enfermement s'apparentaient à des moules aux frontières physiques et analogiques, le contrôle étendrait désormais son pouvoir à travers des modulations à géométrie variable permises par le langage numérique, comme « un tamis dont les mailles changeraient d'un point à un autre ». Sur le plan juridique, Deleuze note que l'acquittement des sociétés disciplinaires (entre deux enfermements) est remplacé par « l'attribution illimitée des sociétés de contrôle (variation continue) » comme mode de vie juridique entre lesquels le droit hésite. Deleuze note aussi le glissement entre la signature et le numéro qui permettaient aux sociétés disciplinaires d'encadrer les masses, vers le chiffre et les technologies de chiffrement permettant ou non l'accès à l'information. Deleuze établit aussi le parallèle entre les machines utilisées pour exercer ce pouvoir de discipline : « les vieilles sociétés de souveraineté maniaient des machines simples, leviers, poulies, horloges ; mais les sociétés disciplinaires récentes avaient pour équipement des machines énergétiques, avec le danger passif de l'entropie, et le danger actif du sabotage ; les sociétés de contrôle opèrent par machines de troisième espèce, machines informatiques et ordinateurs dont le danger passif est le brouillage, et l'actif, le piratage et l'introduction de virus. ». Selon Deleuze, cette mutation technique et juridique provoque des changements essentiels sur l'économie et la nature d'un capitalisme historique de production vers un « capitalisme du produit ». Pour l'auteur, peine de substitution comme alternative à la prison (collier électronique), contrôle continu et formation permanente à l'école ou contrôle économique par l'endettement, participent du même mouvement de glissement de la discipline vers le contrôle, « qui ne témoigne nullement d'un progrès vers l'individuation mais substitue au corps individuel ou numérique le chiffre d'une matière « individuelle » à contrôler [...] Ce qui compte n'est pas la barrière, mais l'ordinateur qui repère la position de chacun, licite ou illicite, et opère une modulation universelle » (Deleuze 1990). Si ces propos paraissent correspondre et anticiper les mécanismes à l'œuvre avec les MTP, sans doute faut-il se départir

d'une vision trop pessimiste et paranoïaque de la surveillance permanente et du contrôle cybernétique. Pour une description plus empirique des MTP, il faut plutôt considérer, selon nous, que ces mécanismes socio-techniques font écho à la notion de *transcodage* développée par Pierre Lascoumes (1996: 325–338), dans le sillage de celle de *traduction*, pour décrire la façon dont les politiques publiques font l'objet de regroupements et de transferts d'informations dans un code différent pour transférer des pratiques publiques – ici la répression pénale de la contrefaçon et ses exceptions – dans d'autres registres relevant de logiques différentes – les échanges numériques et le verrouillage par les MTP. Le projet d'utiliser les MTP comme auxiliaire technique de la volonté des pouvoirs publics d'instaurer le respect du droit d'auteur sur les échanges numériques illustre le constat que les instruments d'action publique sont rarement choisis en fonction de leur adaptabilité et de leur efficacité (Bressers et O'Toole 1998: 213–239). En effet, « les différents secteurs d'action publique ont tendance à montrer des préférences pour leurs propres types d'instruments « favoris » et à utiliser ceux-ci de manière répétée indépendamment de leur contribution à la résolution de problème ». Pierre Lascoumes souligne que ces routines sectorielles peuvent être induites par un style institutionnel et national, une idéologie ou encore un biais professionnel (Howlett 2005). Il semble, en l'espèce, que les habitudes de résolution des problèmes de piratage de l'industrie du logiciel aient dominé cette première phase de tentative de cadrage des échanges illicites de biens culturels.

II – Les mises à l'épreuve des Mesures Techniques de Protection

Heureusement, et pour donner tort à la vision inquiétante de Deleuze d'une société de contrôle panoptique et *ex-ante* de tous les échanges d'information sur les réseaux numériques, rien ne s'est passé comme prévu pour les promoteurs d'une « police technique » automatisée qui réglerait les infractions au droit d'auteur à l'ère numérique. Cet instrument va être éprouvé par la réalité sociale des usages de contournement, de bricolage et de braconnage et surtout par l'impossibilité formelle de substituer des opérations techno-économiques automatisées aux opérations du droit. Frappée durement par le basculement numérique, l'industrie musicale va être la première concernée par la tentative de maintenir

l'excluabilité des contenus numérisés par la solution technique des MTP. Nous retraçons ici les principaux épisodes qui vont précipiter les MTP du rang de solution universelle aux infractions au droit d'auteur à leur abandon progressif, en retraçant leur déploiement dans l'environnement de l'industrie musicale et l'épreuve des « exceptions » au droit de propriété littéraire et artistique.

Au milieu des années 90, les graveurs de CD grand public vont commencer à se démocratiser et surtout à équiper progressivement les ordinateurs personnels, échappant ainsi, aux États Unis, à la législation imposant des MTP aux lecteurs de salon. Parallèlement, le prix des supports vierges chute, produisant les premiers réseaux de contrefaçon lucrative avec la multiplication de « piraterie de garage » où de petits délinquants recopient illicitement et revendent sous le manteau des CD. À cette époque, contenu numérisé et internet n'ont pas encore convergé, en raison des débits encore trop faibles pour des fichiers numérisés trop volumineux. Les délits de contrefaçon restent encore « classiques » tant par la taille contrôlée et contrôlable des réseaux de commerce illégaux que, sur un plan judiciaire, par la facilité d'instruire les preuves matérielles en cas d'interpellation ou d'enquête de police ou de douane. Jusque là, les débordements illicites correspondaient à ce que Foucault appelait des « illégalismes de biens » (Foucault 1975: 10), dont le jeu fait partie de la vie politique et économique et qui ont pour utilité de justifier une discipline sociale et pénale stabilisée. Mieux encore, ces illégalismes de biens, tolérés parce que limités quantitativement par la reproduction matérielle des supports et qualitativement par une perte de signal due à la copie analogique, permettaient d'asseoir la légitimité des industries culturelles. Il en va tout autrement avec la numérisation qui permet une reproduction à un coût proche de zéro, dématérialisée et sans perte de qualité. Les illégalismes de biens deviennent des illégalismes de droit centrés autour des questions de propriété, comme Foucault l'avait déjà remarqué lors de la crise de l'illégalisme populaire au XVIII^{ème} siècle. Si à cette époque la propriété terrienne tend vers l'absolu, il semble qu'aujourd'hui la propriété intellectuelle l'ait supplantée.

L'accroissement des débits et le déploiement de l'ADSL vont se conjuguer avec l'adoption de l'algorithme de compression du signal audio Mp3⁴⁴ comme standard *de facto*. Sur l'ampleur des affordances de cet

⁴⁴Développé au Fraunhofer Institute dans les années 80 et breveté en 1989, il est standardisé par l'ISO en 1992. Thomson Multimedia en acquiert une licence commerciale en 1998. Les licences ne concernent que les fabricants

algorithme, sur le plan des effets de sa portabilité technique et de sa capacité à re-contextualiser et à inscrire corporellement l'expérience d'audition et sur le plan de l'anthropologie du don permise par les échanges de fichiers audio, on pourra se reporter aux travaux de David Beer (2008: 71-88), Jonathan Sterne (2006: 825-842), et Markus Giesler (2003: 273-279).

Avec la convergence de l'accroissement des débits, la norme de fait du Mp3, les échanges pair-à-pair, l'attachement massif pour l'écoute de musique en situation de mobilité et les externalités négatives des MTP, l'incitation au téléchargement illicite va être considérable pour l'utilisateur. Cette situation va être anticipée, mais avec toute la prudence compréhensible pour un secteur industriel qui prend conscience que cette convergence de procédés technologiques fait courir un risque considérable à la position de rente acquise sur un vaste volume de droits de propriété littéraire et artistique. Pour exercer dans la légalité, les projets de service de musique en ligne doivent obtenir les accords des différents ayants droit pour exploiter les enregistrements en fonction des rémunérations et des éventuelles MTP à mettre en œuvre. En plus de la question de la rémunération des droits d'auteur, ces nouveaux services doivent obtenir aussi les licences des éditeurs et producteurs qui gèrent les droits sur les enregistrements et négocier une licence d'exploitation englobant le plus grand volume d'œuvres possible pour bâtir un service suffisamment attractif pour le consommateur. À ces contraintes juridiques légitimes, s'ajoute le volet de la compatibilité technique entre les services de vente en ligne balbutiants, les logiciels, les équipements, les terminaux de stockage conditionnés par les formats et les technologies employées pour les MTP, elles mêmes licenciées par des fournisseurs, aux éditeurs de logiciels et aux fabricants. La commodité d'utilisation et l'interopérabilité entre les éléments de la chaîne audio-visuelle vont être les deux éléments déterminants pour la réception de ces services légaux de distribution musicale en ligne en gestation à l'articulation des années 90 et 2000.

La première période qui va éprouver la validité pratique des MTP peut être bornée par deux événements précis qui concernent tous deux l'avènement de plates-formes de distribution multifaces : le 1er juin 1999 avec l'apparition du logiciel d'échange pair-à-pair *Napster* et le 28 avril 2003 avec le lancement de la plate-forme *iTunes Music Store* aux États Unis par Apple. Le logiciel *Napster* va rencontrer un succès

de matériel, son utilisation est gratuite pour les utilisateurs finaux. En 1998, deux étudiants développent une interface *Windows* d'un logiciel exploitant le format : *Winamp*.

fulgurant dans la mesure où ce premier logiciel de distribution musicale illicite permet de centraliser par un index de fichiers Mp3 le contenu de tous les disques durs des ordinateurs ainsi mis en réseau. Seul l'index est centralisé, les fichiers étant échangés d'ordinateur à ordinateur sans transiter par une architecture centrale. Apparaît ainsi une logique profondément disruptive, bien qu'ancienne, simple sur le plan technique et, en soi, parfaitement légale. Cette décentralisation des échanges porte cependant sur des contenus exclusivement grevés de droit de propriété littéraire et artistique. Ce flot de Mp3 est obtenu par la compression numérique des contenus des CD antérieurement acquis par les utilisateurs à l'occasion de la migration de leurs disques du support physique au CD vers leur conversion sous forme de fichiers compressés plus facilement manipulables. L'association entre les lecteurs/graveurs d'ordinateurs personnels, faiblement soumis aux MTP et des logiciels exploitant la norme Mp3 va littéralement déborder les faibles mesures censées enclore les contenus numériques des CD. *Napster* est le premier logiciel d'échange et sera suivi et perfectionné par de nombreux autres logiciels librement et massivement partagés⁴⁵. Cette première et déterminante épreuve rencontrée par les MTP va fissurer la *Secure Digital Music Initiative* (SDMI), première alliance de deux cents entreprises, fondée en 1998, censée s'accorder sur un format de MTP pour sécuriser la lecture, le stockage et la distribution du format Mp3. Face à la rapidité de diffusion des logiciels et des pratiques d'échange pair-à-pair, les acteurs du secteur musical préfèrent choisir une stratégie basée sur la concurrence plutôt que de tenter de concilier les points de vue divergents en termes industriels entre producteurs de contenus, fabricants de matériel et éditeurs de logiciels. Trois technologies incompatibles de MTP vont émerger du défi lancé par *Napster*. Par un jeu d'acquisition de brevets, *Microsoft* va introduire en août 1999 sa MTP *Windows Media Audio*, un format de compression audio propriétaire, intégré au lecteur *Windows Media Player*, lui-même incorporé au sein du système d'exploitation *Windows*. En janvier 2001, la firme *RealNetworks* introduit sur le marché une seconde MTP, le *Real Media Commerce Suite* (RMCS) et Sony une troisième en août 2002, avec son *Open Magic Gate* (OMG). Début 2003, *Microsoft*, fort de sa position ultra-dominante avec son système d'exploitation *Windows*, domine le marché des MTP Outre-Atlantique.

À l'autre bout de la chaîne numérique, le support CD n'a pas dit son dernier mot au début des années

⁴⁵ *Gnutella* en mars 2000, *eDonkey* en septembre 2000, *FastTrack* en mars 2001, *Kazaa*, *Grokster* et *BitTorrent*, *eMule* en 2001-2002. Selon les estimations des organisations professionnelles de l'industrie de la musique (IFPI), les utilisateurs simultanés des services de pair-à-pair se seraient élevés à 3 millions en juin 2002 et 5 millions en juin 2003.

2000 et les Majors tentent de refermer ce support. *BMG, Universal, Sony*, entre fin 2001 et début 2002, expérimentent la commercialisation de CD protégés contre la copie. Mais la maturité technologique n'est pas au rendez-vous et ce système pose de considérables problèmes de rétro-compatibilité entre ces formats de MTP implémentés sur les CD et les lecteurs, sans compter la réaction brutale des usagers face à ces tentatives maladroites d'imposer de nouvelles restrictions sur un support plébiscité depuis vingt ans. La perte de libéralités offertes par les CD protégés et les dysfonctionnements techniques entraînent de nombreuses plaintes d'associations de consommateurs qui obligent les industriels à retirer de la vente ces CD protégés contre la copie. Le principe de la double session⁴⁶ permet d'améliorer l'interopérabilité et évite donc les plaintes des consommateurs.

En réaction à la vogue des échanges pair-à-pair, les Majors vont tenter de reprendre la main en rachetant les pionniers de la distribution légale de fichiers Mp3 librement utilisables et donc potentiellement dangereux car disséminés ensuite sur les réseaux pair-à-pair⁴⁷. En plus de l'arme du rachat des outsiders, le puissant lobby de l'industrie musicale, la *Recording Industry Association of America* (RIAA), entame de lourdes procédures judiciaires à l'encontre de *Napster* et de *MyMp3.com*, un système de stockage en ligne des CD. Un accord est trouvé entre *MyMp3.com* et les Majors hormis *Universal* qui interjettera appel et procédera finalement au rachat du site en août 2001. *Napster*, condamné en août 2000, sera transformé en une version légale par *Bertelsmann*. Mais ces réactions de l'industrie musicale et les tentatives de lancer des plates-formes légales fortement sécurisées par des MTP ne vont pas permettre d'enrayer l'effondrement des ventes. *MusicNet*⁴⁸ et *Pressplay* ouvertes en 2001 par les Majors du disque et protégées par les MTP de *RealNetworks* et *Microsoft* vont être régies jusqu'en 2003 par le principe de l'abonnement et l'implémentation de MTP très restrictives empêchant les transferts vers des baladeurs ou leur copie et gravure sur CD. Deux nouvelles versions – qui, pensent les industriels, pourraient renouveler la consommation de musique – sont ainsi offertes : d'une part le *streaming* (écoute en continu) de titres musicaux sur le modèle d'une radio à la demande et la location de musique. Mais la

⁴⁶Le contenu du CD est enregistré deux fois : un enregistrement lisible sur des platines CD et retro-compatible, l'autre, protégé par une MTP n'est lisible que sur ordinateur et présente donc un contrôle des utilisations.

⁴⁷*Universal* acquiert *Emusic.com*, lui-même constitué historiquement d'anciens acteurs pionniers (*Goodnoise.com, Tunes.com...*) en avril 2001. *BMG* pour sa part, *Myplay.com*.

⁴⁸*MusicNet* rassemble à partir de décembre 2001, *Warner Music, BMG, EMI* et *RealNetwork* pour les MTP. Pour 9,95\$, 100 titres locatifs et 100 titres en *streaming* sont offerts, mais via un seul ordinateur et sans possibilité de gravure ou de transfert vers un baladeur.

réaction des usagers n'est pas concluante en raison des importantes restrictions que les MTP font peser sur ces plates-formes qui ne parviennent pas à dés-inciter le recours désormais massif et largement implanté dans la population aux échanges pair-à-pair. *Universal* sera la seule Major à s'aventurer sur le marché français en distribuant en ligne son catalogue via le site *E-compil.fr*. Mais la formule d'abonnement plus libérale qui permet un téléchargement définitif, gravable et transférable est handicapée par des tarifs très élevés⁴⁹. Au niveau européen, c'est *OD2* qui va dominer le marché légal de la musique en ligne en reprenant les formules d'abonnement pratiquées Outre-Atlantique et en obtenant la licence de 150 000 titres des cinq Majors en mars 2003, avec la solution de MPT de *Microsoft*. *OD2* va gérer les portails d'offre musicale en ligne de *Wanadoo*, de *Tiscali* et de la *FNAC* et devenir ainsi le premier distributeur de musique légale en ligne en France.

Cherchant finalement à transposer le concept du magasin de CD sur internet en y implantant une batterie de MTP censée jouer le rôle de barrière physique du CD dans l'environnement numérique, les industriels manqueront de clairvoyance sur l'évolution même de l'attachement à l'écoute musicale et aux changements corporels, sociaux et manipulateurs que vont permettre les terminaux mobiles. Pourtant, le succès ancien du *walkman* de *Sony*, sans lequel la cassette audio n'aurait pas eu autant de succès, aurait pu être perçu plus clairement. Mais la focalisation sur l'instauration d'une « police technique » comme choix stratégique face aux disruptions aura gravement méconnu la dimension socio-technique de l'évolution des attachements à l'ère numérique. En effet, c'est bien la question de la transférabilité des fichiers musicaux sur les baladeurs numériques qui va provoquer un nouveau type d'épreuve pour les MTP. L'impact des usages en situation de mobilité, l'ubiquité presque parfaite rendue possible par les terminaux mobiles capables de stocker d'énormes quantités de fichiers, voire la possibilité d'être connecté sans interruption à des services de *streaming*, sont des évolutions majeures soulignées, entre autres, par les travaux de David Kusek et Gerd Leonard (2005), de Michael Bull (2000), ou d'Anthony Pecqueur (2009: 61-72) tant dans le domaine de la sociologie de la mobilité urbaine que de l'économie de l'attention.

En octobre 1999, le premier baladeur numérique⁵⁰ avec disque dur apparaît et va multiplier par dix les

⁴⁹10 titres par mois pour 8 euros, 20 pour 15,5.

⁵⁰Le *PJB* de *Compaq* avec 6 Go de stockage pour 799\$.

capacités de stockage des modèles antérieurs, suivi au second semestre 2000 par deux autres modèles, le *Nomad jukebox* de *Creative* et le *Jukebox 6000* du français *Archos*. En 2001, arrive l'*Ipod* qui va inaugurer une rupture dans l'engouement des usagers pour les baladeurs numériques avec son design épuré, son ergonomie, sa connectique *firewire* qui permet un transfert accéléré des fichiers entre le baladeur et l'ordinateur. Surtout, l'*Ipod* est couplé avec un logiciel de gestion fermé *iTunes* et le format propriétaire de compression d'*Apple* (*AAC, Advanced Audio Coding*). Le logiciel *iTunes* présentant les fonctions principales d'organisation et de stockage des fichiers entre baladeur et ordinateur et surtout la conversion transparente des fichiers au format Mp3 vers le format propriétaire AAC. Le succès est immédiat, d'abord réservé aux possesseurs de Mac à l'automne 2001. Une nouvelle version compatible avec l'environnement PC est commercialisée aux États Unis en juillet 2002. L'*Ipod* sera disponible en France à partir de décembre 2002. De son côté *Sony*, créateur du concept de baladeur audio, va proposer une solution fermée baladeur-MTP, avec une gamme entièrement protégée avec le format *Atrac3* protégé par la MTP propriétaire de *Sony*, l'*Open Magic Gate*. Toutes les autres tentatives vont se baser sur la commercialisation de terminaux mobiles compatibles avec le format Mp3. Mais tous ces baladeurs numériques, y compris l'*Ipod*, sont incompatibles avec les MTP implantées par les services de vente de musique en ligne. Cette divergence stratégique de fond entre industriels de la musique cherchant à stabiliser la distribution en ligne sur le modèle ancien de l'excluabilité des supports restaurée par l'usage des MTP et l'attractivité considérable des utilisateurs pour l'ubiquité et l'écoute de musique en situation de mobilité va dessiner le cadre de l'avenir et des épreuves rencontrées par les MTP et le rêve d'un contrôle *ex-ante* des libéralités.

C'est le 28 avril 2003 que se produit un virage déterminant pour la distribution licite de contenus numérisés avec l'ouverture de l'*iTunes Music Store (iTMS)*. Apple va tirer de la situation tumultueuse du marché de la musique un certain nombre de conclusions basées sur un analyse finalement plus sociale qu'économique ou technique. En premier lieu, la commodité apparaît comme un critère essentiel pour l'usager tant sur le plan de l'ergonomie des objets ou des logiciels que de la clarté et de l'unicité de l'offre tarifaire. Deuxièmement, l'interopérabilité entre le fichier légalement acquis et les appareils de lecture doit être optimale. En effet, si un titre légalement acheté offre moins de libéralités qu'un titre acquis illicitement, l'hésitation à enfreindre les droits d'auteur résistera peu face à un sentiment de tromperie

ressenti par l'utilisateur. Troisièmement, les libéralités permises doivent trouver un équilibre entre la nécessité de rétribuer les ayants droit et une liberté d'usage qui était toujours autorisée par les dispositifs législatifs d'encadrement du droit à l'exception du droit d'auteur pour copie privée. Dans la pratique cette analyse va se traduire par la possibilité d'achat d'un titre à l'unité à un prix unique, contrastant avec les autres offres légales jonglant avec forfaits et abonnements. Mais *Apple* décide surtout une volte-face industrielle sur la question des MTP en assouplissant pour la première fois leur régime de contrôle. Les téléchargements effectués sur *iTMS* sont en effet définitifs et peuvent être gravés et transférés, certes en un nombre limité, mais sans commune mesure avec les restrictions des autres MTP⁵¹. Sur le plan commercial, le succès d'*iTMS* va être fulgurant tant sur le plan des ventes des *Ipod* que sur la part de marché de la vente licite de musique en ligne⁵². Cette violente assignation du marché par *Apple* va obliger l'ensemble des autres acteurs à modifier leur stratégie. Ainsi, le téléchargement définitif, l'assouplissement des restrictions imposées par les MTP et le standard du prix unique au titre vont devenir la norme pour toutes les plates-formes à partir de 2004. L'axe principal de concurrence n'est pas le prix, la qualité de compression ou la diversité du catalogue mais celui des compatibilités par les MTP, notamment vis-à-vis de l'*Ipod* qui domine le marché.

Apple va tenter de profiter de son intrusion victorieuse sur le marché de la musique en ligne en essayant – et en y parvenant d'ailleurs globalement – de verrouiller le lien entre sa gamme de terminaux mobiles et sa plate-forme *iTMS* grâce à sa mesure technique de protection *FairPlay*. En refusant, malgré les protestations, de licencier cette MTP à tout autre acteur du marché, *Apple* va ériger un redoutable système industriel vertical. La mesure technique WMA de *Microsoft*, labellisée *PlayForSure*, va tenter de contrecarrer la stratégie d'*Apple* mais sans succès vu la domination initiale de la « marque à la pomme » sur le marché de la musique en ligne. Malgré la pertinence de l'assouplissement des mesures de « police technique » adopté par *Apple*, les Majors vont s'enfermer dans leur refus de distribuer en ligne leur catalogue sans protection technique. Les labels indépendants, quant à eux, l'acceptent. Ce qui va contribuer à accentuer l'incompréhension des usagers face aux pratiques des Majors, renforcer la

⁵¹Les restrictions de gravure sont limitées à 10 copies d'un même titre et les limitations de transfert des fichiers à trois ordinateurs. En 2004, elles passeront à 7 gravures mais un transfert autorisé à 5 ordinateurs.

⁵²Malgré la difficulté d'obtenir des chiffres absolument fiables, les observateurs s'accordent pour estimer qu'*Apple* est parvenu dès 2005 à conquérir 70% de parts de marché tant sur les baladeurs numériques que sur la vente légale de musique en ligne.

perception d'une crispation sur leur rente de propriété intellectuelle et instaurer un sentiment de légitimité du téléchargement illicite.

À partir de 2004 une véritable guerre des MTP va avoir lieu Outre-Atlantique entre les quatre grandes technologies⁵³. *Microsoft*, bien qu'absent comme à son habitude du marché du hardware, ne va pas s'impliquer sur le marché des baladeurs numériques avant novembre 2006. En adoptant une stratégie de licence de sa MTP associée à son format de compression *Windows Media Audio* (WMA) et d'une politique d'acquisition de nombreux brevets dans le domaine des MTP⁵⁴, *Microsoft* va rallier l'essentiel des services de musique en ligne et des fabricants de baladeurs, hormis *Apple* bien sûr, mais aussi *Sony*.

L'outsider *RealNetworks* va engager un bras de fer avec *Apple* tout d'abord par un appel solennel de son Pdg Rob Glaser à son homologue d'*Apple* Steve Job le 9 avril 2004⁵⁵, l'enjoignant de licencier enfin sa MTP FairPlay en échange de la promotion par *RealNetworks* de l'Ipod et la promesse de ne pas passer d'alliance avec *Microsoft*. Face au refus d'*Apple*, *RealNetworks* tente de passer en force en insérant sur ses services de musique en ligne un logiciel qui détecte le type de baladeur et convertit automatiquement les fichiers au format compatible. S'ensuit entre avril et août 2005 une guerre des MTP via des mises à jour logiciel concurrentes. Mais face aux menaces de poursuites pour violation du *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA) qui, rappelons le, interdit le contournement des MTP, *RealNetwork* abandonne en août 2005 sa montée aux extrêmes. *Microsoft*, alors sous le coup de plaintes antitrust pour abus de position dominante dans le secteur des logiciels de lecture de fichiers audio-visuels, trouve en octobre 2005 avec *RealNetworks* un accord équilibré autorisant ce dernier à convertir automatiquement les fichiers de sa plate-forme au format WMA de *Microsoft*. Cet accord à l'amiable permet à la firme de Redmond d'éviter d'être condamnée pour abus de position dominante et offre une porte de sortie à *RealNetwork* vaincu par la domination d'*Apple* dans le domaine de la distribution légale de musique en ligne.

Concernant le marché français, l'*iTMS*, lancé le 15 juin 2004, va imposer son hégémonie aussi

⁵³*FairPlay* pour *Apple*, *OpenMagicGate* pour *Sony*, *PlayForSure* pour *Microsoft*, *Helix* pour *RealNetwork*.

⁵⁴En avril 2004, *Microsoft* acquiert pour 440 millions de dollars *Intertrust* et ses brevets fondamentaux pour les technologies de base des MTP. La firme de Redmond prend aussi dans le même but des participations en mars 2005 aux côtés de *Time Warner* et *Thomson* dans la firme *ContentGuard*.

⁵⁵<http://www.nytimes.com/2004/04/15/business/technology-realnetworks-seeks-musical-alliance-with-apple.html?ref=robertdglaser>

rapidement qu'aux États Unis, malgré les deux concurrents locaux que sont *VirginMega* et la *FNAC*. L'arrivée de la plate-forme d'Apple et de l'*Ipod*, dont le marché français sera un des plus dynamiques au monde, oblige les acteurs du secteur à revoir et assouplir leur politique de MTP⁵⁶. Cependant, sur le plan judiciaire, des plaintes vont être instruites en France contre le refus d'Apple de licencier sa MTP *Fair Play* par *VirginMega* qui saisit le conseil de la concurrence et par l'association de consommateurs *UFC-Que Choisir* ?. Comme aux États Unis, les labels indépendants multiplient les offres sans MTP en 2006 : la plate-forme *Jamendo* (février 2005), *Independenty Music Shop* (mai 2006), *starzick.com* (juin 2006), *airtist.com* (août 2006) ou encore *eMusic* (le leader américain de la musique indépendante débarquant en France en août 2006) proposent au téléchargement des fichiers Mp3 non sécurisés. Une nouvelle étape va être franchie en octobre 2006 vers l'abandon progressif des MTP comme « police technique » de lutte contre l'infraction au droit d'auteur quand, presque simultanément, *Fnacmusic* et *VirginMega*, deuxième et troisième services de musique en ligne français commercialisent des titres de labels indépendants au format Mp3 sans MTP, isolant encore plus les Majors dans leur refus de reconsidérer l'acceptabilité sociale de plus en plus faible des MTP.

Au contraire, face au succès d'Apple et à l'ingénierie sociale dont cette firme a fait preuve pour comprendre la demande des usagers et parvenir à la monétiser, les Majors vont intensifier les poursuites judiciaires par l'intermédiaire de la *RIAA* (*Recording Industry Association of America*). Après les premiers succès contre les services centralisés pair-à-pair comme *Napster*, la décentralisation des nouveaux services d'échanges illicites va compliquer les poursuites et aboutir à des non-lieux⁵⁷. La *RIAA* modifie alors sa stratégie judiciaire en se tournant vers les utilisateurs et lance une première vague de poursuites en septembre 2003. L'automne 2003 verra près de 400 plaintes déposées contre des usagers qui encourent au pénal jusqu'à 5 ans de prison et 250 000 dollars d'amende et au civil des dommages et intérêts de 750 dollars minimum par titre téléchargé. Les fournisseurs d'accès, qui sont contraints par ces procédures de fournir l'identité des abonnés, tentent de résister à la pression. Le fournisseur *Verizon*

⁵⁶Téléchargement définitif, prix unique et à l'unité, gravure et transfert possibles. En mai 2004, *VirginMega* lance une nouvelle version de son site sur ces principes. En septembre 2004, la *FNAC* lance indépendamment de son prestataire historique *OD2* le site *fnacmusique.com*. *OD2* jusqu'alors dominant en Europe comme prestataire de solutions de vente de musique en ligne (*Alapage*, *M6*, *Supermarchés Cora*, *Magasins U et Leclerc*...) va perdre sa place de leader en France au profit des offres nouvelles de *VirginMega* et de la *FNAC*.

⁵⁷Les tribunaux américains de première instance et d'appel ne retiendront pas en avril 2003 la responsabilité des logiciels *Grokster* et *Morpheus*. Aux Pays-Bas, la Cour Suprême innocente le logiciel *Kazaa* en décembre 2003.

parviendra à faire reconnaître en appel que la *RIAA* doit prouver que les fichiers sont stockés par l'intermédiaire des fournisseurs d'accès et ne font pas que transiter par eux. La *RIAA* est contrainte de revoir son processus de poursuites en entreprenant désormais des procès individuels et non plus collectifs auprès des fournisseurs d'accès. Cette victoire procédurale ralentit et augmente les coûts des procédures⁵⁸.

Le 27 juin 2005, un arrêt de la Cour Suprême des États-Unis va changer la donne. Les logiciels *Grokster* et *Morpheus* sont finalement reconnus à l'unanimité comme responsables des comportements de leurs utilisateurs. Par induction, de nombreux autres services d'échanges pair-à-pair cessent leurs activités⁵⁹ ou parviennent à un accord avec la *RIAA*⁶⁰. Les poursuites sont internationales, puisque certains services américains comme *Kazaa* qui s'étaient exilés en Australie seront lourdement condamnés en septembre 2005, et concluront un accord mondial avec les Majors en juillet 2006 d'un montant d'une centaine de millions de dollars. Au final, l'offensive des Majors sur le front judiciaire face au manque de résultat pratique des MTP se soldera par plus de 20 000 poursuites individuelles entre 2004 et 2006 sur le sol américain et par la condamnation, grâce à « l'arrêt Grokster » de la Cour Suprême, des fournisseurs de logiciels d'échanges pair-à-pair. Mais tel Sisyphe, les ayants droit vont devoir affronter de nouveaux types de logiciels d'échanges « open source » totalement décentralisés qui ne sont plus adossés à des sociétés comme *FastTrack* ou *eDonkey* et envers lesquels les poursuites deviennent juridiquement très complexes.

L'épreuve des exceptions au droit de propriété littéraire et artistique

La protection matérielle des œuvres par les MTP, ne peut, en l'état de la technique, procéder par demi-mesure : soit l'accès à l'œuvre est autorisée soit elle ne l'est pas selon le principe binaire à l'origine des MTP qui ne distingue pas différents degrés d'autorisation en fonction des situations concrètes de reproduction ou de représentation des œuvres. À l'inverse de cette approche technique binaire, les

⁵⁸Malgré ces contraintes, 744 procès auront lieu contre des internautes en août 2004 débouchant le plus souvent sur des règlements à l'amiable, moyennant plusieurs milliers de dollars de dédommagement à chaque fois.

⁵⁹Comme *i2Hub*, *WinMx*, *Warez P2P*, *Qoulsseek* ou *LimeWire*.

⁶⁰*BearShare* et *eDonkey* verseront 30 millions de dollars et seront absorbés ou cesseront leur activité. *Morpheus* sera lourdement condamné en juillet 2006

opérations du droit d'auteur s'appuient sur d'importantes flexibilités qui permettent, nous l'avons vu, une « balance des intérêts » entre auteurs et public. Par une approche de « police technique », les MTP et leur propre défense juridique portent en elles le risque majeur de nier, de fait, les exceptions aux droits exclusifs reconnues par la loi⁶¹ avec, au premier rang d'entre elles, l'exception pour copie privée. Le concept d'exception au droit d'auteur et son effectivité à l'ère numérique ont fait l'objet de nombreux travaux comme ceux de Joëlle Farchy (2013), Christophe Geiger (2014), Pierre Sirinelli et David Vaver (2002). Les MTP voulues comme instrument d'efficacité étendent certes le droit exclusif en lui permettant de conquérir des terres qui lui étaient inconnues, mais l'amoindrissent également dans la mesure où « l'inflexibilité insufflée à la matière conduit à en contraindre l'exercice » (Maillard 2009: 270). Avant de détailler au paragraphe suivant la réception par le droit français des MTP, il faut ici revenir sur la définition et sur les conséquences des exceptions au monopole du droit exclusif qui vont constituer, pour une part essentielle, la zone de friction entre dispositifs techniques et opérations du droit.

D'une manière générale, c'est avec le régime des exceptions que le droit d'auteur va réaliser un subtil équilibre entre droits et libertés fondamentales : liberté d'expression, liberté de la presse, droit au respect de la vie privée et liberté du commerce et de l'industrie. À l'ère numérique, ces zones de liberté au sein d'un monopole sont l'objet de toutes les attentions contradictoires : certains voudraient les limiter pour étendre l'efficacité et sécuriser les MTP, tandis que d'autres voudraient les élargir au point de ravalier le droit exclusif au rang d'exception. C'est sans doute l'accroissement continu du monopole qui a été le terreau favorable au développement des exceptions, que l'on songe à l'élargissement de la notion de représentation⁶² ou à l'allongement de la durée de protection par le monopole du droit d'auteur⁶³. Par ailleurs, en permettant d'assurer l'effectivité du monopole, les MTP en paralysent aussi les limites et

⁶¹Les exceptions au monopole du droit exclusif en droit français :

- représentation privée et gratuite dans le cadre familial, pour copie privée, en matière de revue de presse, de diffusion des discours destinés au public, de reproduction d'œuvres d'art dans les catalogues de vente judiciaire, de représentation ou de reproduction d'extraits d'œuvres à des fins pédagogiques, en matière de parodie, de pastiche et de caricature, en matière de copies techniques provisoires, de représentation ou de reproduction d'œuvres au profit des personnes handicapées, en matière de reproduction effectuée par les bibliothèques, musées et archives à des fins d'archivage et de consultation, de reproduction et représentation d'œuvres d'art à des fins d'information, fondée sur la théorie de l'accessoire ou de l'arrière-plan, pour les actes nécessaires à l'accomplissement d'une procédure parlementaire, juridictionnelle ou administrative, ou entrepris à des fins de sécurité publique, en matière de dépôt légal.

⁶²À l'origine un spectacle en présence de public avec une unité de lieu et de temps, puis simplement une unité de temps avec la télévision, et enfin sans unité de temps ni de lieu avec la télévision de rattrapage ou la vidéo à la demande.

⁶³Multiplié par dix depuis les premières lois sur le droit d'auteur en 1793, soit 7 ans après la mort de l'auteur à l'époque à 70 ans aujourd'hui.

installent chez l'utilisateur un sentiment d'hégémonie du monopole et d'intrusion dans la sphère privée. Le cas de la copie privée est ici symptomatique et constituera l'épreuve ultime des MTP en droit français à l'occasion de la transposition du traité de l'OMPI par la loi DADVSI du 1er août 2006. Depuis la loi de 1985 sur les droits voisins du droit d'auteur qui instaure une rémunération pour copie privée, la balance des intérêts entre usagers et ayants droit est fortement ancrée dans le droit et les habitudes. Mais est-on encore en présence d'une véritable « exception » puisqu'un prix est payé et le monopole pour partie amputé de son exclusivité ? La rémunération pour copie privée semble induire une mutation de la définition juridique de l'exception qui n'est plus tout à fait une exception ni un monopole. Cette exception associée à une rémunération n'est-elle pas aussi une forme de droit d'auteur indolore qui pourrait avoir comme conséquence chez l'utilisateur l'atténuation de l'acte de piratage ? Si une taxe est payée sur les supports vierges et reversée aux ayants droit, n'est-ce pas un signal contradictoire adressé à des usagers dont l'incitation à télécharger illicitement sera en quelque sorte encouragée par ce type de « licence légale » ?

À l'issue de cette série d'épreuves tant industrielles qu'économiques, techniques ou juridiques, les MTP conçues *ex-ante* comme la solution technique au problème technique du piratage vont connaître l'épreuve ultime du passage par le politique et la loi avec la transposition en droit français du traité de l'OMPI de 1996. Nous n'entrerons pas ici dans le détail de la fabrication de cette loi du 1er août 1996, comme nous le ferons pour celles qui la prolongeront et donneront naissance à la Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des Droits sur Internet. Cependant, la confusion des choix du législateur, leur contradiction et leur paradoxe seront riches d'enseignements sur le caractère profondément expérimental de cette tentative de stabilisation des controverses techniques, juridiques, économiques et politiques qui vont marquer le long chemin vers la définition d'une infraction capable de cadrer le téléchargement illicite de masse. Les MTP participent, à notre sens, d'une technologie disciplinaire et d'un instrument par destination de gouvernance que le droit supranational, communautaire et national a tenté de naturaliser comme « technologie de gouvernement » dans la lignée des travaux de Christopher Hood (1983). La particularité des MTP, par rapport à la définition classique des instruments de gouvernement, consiste en ce que les pouvoirs publics délèguent à des firmes et à des logiciels la discipline d'une catégorie d'illégalisme mineure pour l'État, tout en essayant d'en garantir

l'effet et l'inviolabilité par le droit. Face aux trop nombreux inconvénients d'une routine issue du domaine de la sécurité informatique, les acteurs du marché des biens culturels vont « jeter aux orties » la solution qui devait pourtant assurer leur salut. Finalement, et avec un temps de retard par rapport au marché, l'État français va être contraint de transposer dans son droit la directive européenne. Plus que jamais, un processus de « transformations cumulatives », selon l'expression de Bruno Palier (2005), va se déployer pour permettre l'apparition d'un instrument d'action publique original bien qu'éphémère: l'Autorité de Régulation des Mesures Techniques (ARMT).

III – La « mise en loi » des Mesures Techniques de Protection : les difficultés de l'encastrement entre technologie et droit (loi DADVSI, 1er août 2006)

L'arrêt Mulholland Drive du 22 avril 2005, signal d'alarme des juges au législateur

Une situation d'une extrême banalité va exacerber la controverse entre MTP et logique interne du droit d'auteur. Par la radicalité contradictoire de deux jugements en première instance et appel, les juges vont lancer une véritable interpellation au législateur face à la carence législative touchant à la validité de l'exception pour copie privée à l'heure où désormais les formats numériques permettent des copies parfaites.

Quels sont les faits ? Un certain Monsieur P. ayant acquis le film *Mulholland Drive* sur DVD souhaite en faire une copie sur cassette vidéo afin de la visionner « en famille » chez ses parents qui ne possèdent pas de lecteur DVD. Mais une mesure technique de protection l'en empêche. L'utilisateur en informe l'association de consommateurs *UFC-Que Choisir ?* qui introduit une action devant le Tribunal de Grande Instance visant à faire reconnaître un « droit » à la copie privée prévalant sur les MTP et, d'autre part, une obligation d'information des consommateurs des limitations imposées par ces mesures

techniques. La décision du Tribunal du 30 avril 2004, abondamment commentée⁶⁴, déclare les parties recevables à agir mais les déboute de leurs demandes. Les MTP prévalent donc pour les juges sur l'exception pour copie privée. La Cour d'Appel rend le 22 avril 2005 un jugement exactement inverse en considérant que l'acquéreur d'un DVD doit avoir la possibilité de copier l'œuvre à partir de la source même de son acquisition, sans toutefois reconnaître un « droit » à la copie privée. Cette décision et le raisonnement juridique qui l'accompagne sont commentés comme une « révolution allant au-delà du résultat obtenu » (Bénabou 2005: 1). Dans cette affaire, plusieurs éléments indiquent que les juges de la Cour d'appel ont souhaité adresser un signal fort au législateur français peu pressé de transposer la directive européenne du 22 mai 2001 et qui « se trouve en quelque sorte évincé par la Cour d'appel » (Bénabou 2005: 6). Les juges ont ainsi « en l'état du droit interne applicable » considéré que l'existence effective d'une exception de copie privée est entravée par les verrous « de fait » des MTP. Faute de transposition, il n'appartient pas au juge français de trancher entre deux « intérêts » dont l'un n'est pas invocable car sans base légale. Cependant, la corrélation que fait la Cour entre le droit à la copie et l'acquisition du support, défini ici comme caractère essentiel du « support source », laisse entendre que la liberté de copier trouve sa source dans le droit de propriété du support. La Cour d'appel bafoue l'article L. 111-3 du CPI en ignorant la frontière entre propriété matérielle et propriété immatérielle. Enfin, dans l'esprit du jugement, la MTP semble constituer une faute et non la conséquence pratique du monopole du droit exclusif. Par cette décision qui renvoie à l'introduction future d'une disposition particulière issue de la directive européenne, « les juges ont clairement voulu affirmer la nécessité d'un fondement *ad hoc* justifiant la mise en œuvre de mesures anti-contournement ». Par ces décisions de justice, les juges invitent donc urgemment le législateur à transposer la directive du 22 mai 2001 dans l'espoir de mettre fin à l'état instable du droit qui ne permet pas à cette époque d'arbitrer en France entre MTP et exceptions au monopole du droit exclusif. Mais la transposition sera-t-elle capable de stabiliser l'encastrement réciproque de la technique dans le droit ?

⁶⁴TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 30 avril 2004, commentaires voir . C. Caron, *Com. Com. Elec.*, juillet 2004, n° 7-8, chron., p. 23 et suiv. ; C. Geiger, *Licéité de la mesure technique interdisant la copie privée d'un DVD*, JCP, éd. G, 2004 II 1583 ; Th. Maillard, *Licéité de la mesure technique de protection interdisant la copie privée d'un DVD*, JCP, éd. E, 2004, 1101, p. 1204 ; M. Vivant, G. Vercken, *Mesures techniques de protection sur des DVD : le test des trois étapes met en échec l'exception de copie privée*, *Légipresse*, sept. 2004, n° 214, p. 148 ; F. Pollaud-Dulian, *Rev. Trim. Dr. Com.* 2004, n° 3, p. 469 et suiv. Cité par Valérie-Laure Bénabou, *Les routes vertigineuses de la copie privée au pays des protections techniques... À propos de l'arrêt Mulholland Drive*, Juiscom.net

« On ne sait si les négociateurs des Traités OMPI avaient conscience de la complexité des systèmes dont ils ont provoqué la mise en œuvre. Les principes proclamés sont satisfaisants mais les moyens pour y parvenir sont bien délicats à établir » (Sirinelli 2002 : 444). En tout état de cause, et parmi les derniers États européens, la France va procéder à la transposition de la directive européenne qui aboutira certes à une impasse mais qui sera à l'origine d'un nouveau principe juridique validé par le Conseil constitutionnel : l'interopérabilité.

La problématique des MTP va donc être au cœur du projet de loi « Droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'Information » (DADVSI) promulguée le 1er août 2006, après avoir subi une censure de taille du Conseil constitutionnel. Ce projet de loi est la première démarche législative entreprise par les pouvoirs publics français. Il marque les premiers balbutiements d'un droit spécifique contre le téléchargement illégal. Présenté au gouvernement le 12 novembre 2003, le compte rendu du Conseil des ministres précise que le projet de loi vise à adapter « le régime de la propriété littéraire et artistique aux nouveaux usages liés aux technologies de l'information et de la communication [et à renforcer] la protection des auteurs et des créateurs contre les risques accrus de contrefaçon par la voie numérique ». Le contexte légistique de cette loi est utile à rappeler ici. Ce projet, malgré les nombreuses arènes de réflexion qui produisent une expertise sur les problèmes auxquels est confronté l'édifice du droit d'auteur à l'ère numérique, n'a pas, en premier lieu, pour origine une volonté gouvernementale. L'exposé des motifs de la loi DADVSI précise d'ailleurs clairement que son chapitre III « transpose les articles 6 et 7 de la directive européenne du 22 mai 2001, qui visent à lutter plus efficacement contre la contrefaçon. Le texte introduit donc des sanctions en cas de contournement d'une mesure technique efficace de protection d'une œuvre, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme.[...] Les actes préparatoires destinés à faciliter ou à permettre ces actes de contournement sont également incriminés ». Ainsi, nulle évocation des échanges pair-à-pair mais un texte initialement centré sur la répression du contournement des verrous logiciels placés sur les œuvres protégées par le droit d'auteur.

L'Autorité de Régulation des Mesures Techniques et l'interopérabilité

Sans entrer ici dans les péripéties de ce projet de loi, on peut cependant noter d'une part l'important délai – 3 ans – entre sa présentation et sa promulgation. D'autre part, les pouvoirs publics ont cru pouvoir se saisir de l'opportunité de la transposition d'une directive européenne centrée sur le respect des MTP pour y greffer d'autres dispositifs de lutte contre le téléchargement illégal, comme le principe de « contraventionnalisation » qui consiste à transformer le délit de contrefaçon en infraction susceptible d'être punie d'une simple amende sans recours à l'autorité judiciaire. Le 28 juillet 2006, au lendemain de la censure d'une large partie de la loi par le Conseil constitutionnel, le Ministre de la culture s'adresse directement aux internautes par voie de presse sous la forme d'une lettre ouverte. Renaud Donnedieu de Vabres, percevant les interrogations de l'opinion publique sur un projet de loi à la fois complexe et largement censuré, va tenter de faire œuvre de pédagogie. Tout d'abord, le Ministre se félicite de la garantie du maintien de la copie privée⁶⁵. Inconnue dans le droit anglo-saxon, « l'exception pour copie privée » était remise en cause, comme expliqué précédemment, en raison de sa contradiction avec le principe de mesure technique de protection. Le Ministre se félicite, d'autre part, que la France soit un des premiers pays à avoir admis le principe d'interopérabilité dans son droit constitutionnel. Il s'agit en effet de permettre au consommateur de pouvoir lire toute œuvre légalement achetée sur n'importe quel lecteur afin de combattre la tentation de « quelques grands groupes de confisquer l'accès aux œuvres sur Internet ». Plus que jamais, les droits des créateurs et des titulaires de droits voisins sont affirmés avec force par les plus hautes instances publiques mais ils entrent en tension avec les droits reconnus aux utilisateurs, désormais maîtres de technologies qui risquent de vider les premiers de leur force, de leur sens et de leur capacité d'opérer dans la réalité.

Dans la saisine de juillet 2006, le Conseil constitutionnel a eu à examiner les dispositions de la loi votée au regard des « exceptions au droit d'auteur ». Inscrites dans la loi de 1985 sur les droits voisins, les

⁶⁵Instauré en 1985 par la loi sur les droits voisins, la copie privée est une exception au droit patrimonial de propriété littéraire et artistique dans la mesure où elle autorise une reproduction d'œuvres audio-visuelles au sein du cercle familial. La loi sur le droit d'auteur et les droits voisins de 1985 prévoit que « les auteurs, les artistes interprètes ou exécutants et les producteurs de phonogrammes ou d'œuvres audio-visuelles ont droit à une rémunération pour la reproduction privée de leurs œuvres et prestations ». Les droits pour « copie privée » proviennent des redevances perçues lors de la vente des appareils et des supports vierges qui permettent des enregistrements

exceptions au droit d'auteur ne concernent que les seuls droits patrimoniaux, les droits moraux étant eux par nature inaliénables. La plus connue des exceptions au droit d'auteur concerne donc l'exception de copie privée qui autorise une reproduction pour un usage privé et la représentation de l'œuvre dans le cercle familial. D'autres exceptions concernent la possibilité de citer une courte partie d'une œuvre dans un but d'illustration, d'imiter une œuvre à des fins de parodie, pastiche ou caricature, de reproduire et représenter une œuvre à des fins d'information, à des fins d'archive par les bibliothèques, établissements d'enseignement ou musées, de représenter des œuvres et les adapter pour un public handicapé, ou encore d'invoquer l'exception pédagogique. La difficulté est donc importante, nous l'avons dit, pour concilier l'interdiction de contourner les MTP avec l'ensemble des exceptions aux droits d'auteur, adoptées par le législateur pour équilibrer les droits des créateurs et ceux des utilisateurs. Dans les faits, les MTP risquent donc de faire obstacle aux usages parfaitement normaux et légaux de reproduction et de représentation privées. Pour garantir les droits des utilisateurs, le Conseil constitutionnel va valider le concept d'interopérabilité pour lequel la loi DADVSI instaure un nouvel instrument de l'action publique sous la forme d'une autorité administrative indépendante : l'Autorité de Régulation des Mesures Techniques (ARMT). Cette autorité est chargée par la loi de veiller à ce que les MTP « n'aient pas pour conséquence, du fait de leur incompatibilité mutuelle ou de leur incapacité à interopérer, d'entraîner, dans l'utilisation d'une œuvre, des limitations supplémentaires et indépendantes de celles expressément décidées par le titulaire du droit d'auteur sur une œuvre » (art. L 331-6 du CPI). Un nouvel article, inséré dans le code de la propriété intellectuelle, stipule que « les mesures techniques ne doivent pas avoir pour effet d'empêcher la mise en œuvre de l'interopérabilité, dans le respect du droit d'auteur. Les fournisseurs de mesures techniques donnent l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité [...] Les mesures techniques ne peuvent s'opposer au libre usage de l'œuvre ou de l'objet protégé dans les limites des droits prévus par le présent Code, ainsi que de ceux accordés par les détenteurs de droits » (art. L. 331-5 du CPI). L'article L. 331, précise en outre que les mesures techniques peuvent limiter le nombre de copies mais aussi que les distributeurs de services de télévision ne peuvent recourir à ces mesures pour empêcher l'enregistrement à usage privé d'un programme télévisé.

Le régime des exceptions et les tensions entre ordre juridique et ordre technologique

En matière de gestion des illégalismes par l'État de droit, les MTP et leur processus automatique délégué au secteur privé conduisent à une dépolitisation de l'action publique, comme l'a souligné Olivier Borraz (2000: 37-60). La transposition de la directive européenne semble être une occasion paradoxale pour les pouvoirs publics de re-politiser le débat en forgeant un instrument dont la mission est de veiller au respect des exceptions au droit d'auteur et à l'interopérabilité des MTP avec pour objectif de réguler les risques de verrouillage. Malgré son rôle annoncé comme fondamental dans l'adaptation du droit d'auteur à l'ère numérique et ses importants pouvoirs d'injonction, l'ARMT ne sera jamais saisie et n'exercera aucune régulation dans les faits. Certes, sa création officielle le 6 avril 2007, à quelques jours de l'élection présidentielle, et la préparation d'une nouvelle phase d'envergure concernant la régulation des échanges de biens culturels sur internet, peuvent expliquer qu'elle soit morte-née. Malgré cet échec apparent, l'institution de l'ARMT aura permis d'affirmer deux principes fondamentaux pour la suite des événements vis à vis des autorités européennes et des industries culturelles : le principe d'interopérabilité et l'exception pour copie privée. Alors que, selon Renaud Donnedieu de Vabres, « la commission européenne pourrait en contester le principe », la loi DADVSI et son bras armé, l'ARMT, ont permis de re-politiser le débat et de réaffirmer le droit très important des utilisations légitimes face à un excès potentiel de la protection du droit d'auteur. Le consensus dégagé en 1985 par le législateur entre l'exception au droit d'auteur pour copie privée et l'établissement d'une redevance sur les supports de stockage (supports vierges et disques durs), contrarie les modèles économiques des géants de l'Internet commercial. De la même manière, la loi DADVSI, pourtant largement décriée, avait aussi pour objectif de réguler les situations de rente et l'organisation artificielle de la rareté des biens culturels à l'ère numérique en inscrivant dans la loi le principe d'interopérabilité. En effet, l'une des raisons du développement du téléchargement illégal a pour origine la réticence des producteurs et distributeurs à développer une offre légale massive en ligne en raison d'une évaluation très incertaine du risque encouru, au regard des modèles économiques passés, eux mêmes chancelants. Comme le précise solennellement le Ministre lors du discours d'installation de l'ARMT en avril 2007, « tout le monde reconnaît l'interopérabilité comme un facteur important de l'attractivité des nouvelles offres en ligne. L'Autorité

[l'ARMT] sera donc un élément clé pour renforcer cette attractivité. Ce mécanisme unifié permet à la fois la souplesse pour s'adapter aux évolutions technologiques rapides, l'égalité pour que la copie privée soit la même pour tous »⁶⁶.

Concrètement, l'ARMT, du fait de sa seule institution et de l'affirmation de l'exception de copie privée traduite par le concept « d'interopérabilité », oblige progressivement les distributeurs à revoir leur stratégie de conquête économique basée sur l'implémentation universelle de MTP appuyée sur un dispositif juridique lui-même universel garanti par les traités de l'OMPI et transposé dans les droits nationaux. Si la loi DADVSI punit bien, conformément à la directive européenne, le fait « de porter atteinte sciemment, à des fins autres que la recherche, à une mesure technique efficace [...] afin d'altérer la protection d'une œuvre par un décodage, un décryptage ou toute autre intervention personnelle destinée à contourner, neutraliser ou supprimer un mécanisme de protection ou de contrôle », elle renforce et traduit par la notion technique juridiquement admise « d'interopérabilité » le principe d'exception au droit d'auteur.

La loi DADVSI tire néanmoins sa contradiction interne de la volonté de concilier deux mécanismes correcteurs jouant d'une part sur les équilibres du droit d'auteur, de l'autre sur les effets des MTP. L'instauration de l'ARMT veillant à l'effectivité des exceptions est, de l'avis général, la décision la plus cohérente prise par le législateur français. Ce dispositif original rend compte de la logique de l'article 6.4 de la directive européenne qui insiste sur la nécessité de la régulation privée. L'idée de placer un arbitre comme ultime recours pour régler les situations de blocage a sans doute joué en faveur de l'assouplissement de l'usage des MTP par les ayants droit. L'obligation d'inclure des mentions sur la mise en œuvre des MTP dans les contrats entre auteurs, artistes-interprètes et exploitants est aussi révélatrice de la manière dont les MTP deviennent un sujet central pour l'ensemble de la matière. Sur le plan de la régulation des MTP, la loi est en revanche plus confuse. Certains voyaient dans le projet de loi le risque « de faire de la loi sur le droit d'auteur, dont un objectif primordial est de promouvoir la diffusion de la culture, une loi générale de la sécurité informatique » (Dussolier 2000). La loi DADVSI suit en effet cette pente, le premier livre du Code de propriété intellectuelle fourmille de termes issus de la sécurité

⁶⁶Discours d'installation de l'Autorité de régulation des mesures techniques, vendredi 6 avril 2007, Renaud Donnedieu de Vabres.

informatique : interopérabilité, secrets industriels, codes sources, traces de l'œuvre... Certes, le législateur ne pouvait faire autrement que d'entrer dans les détails techniques face à l'inflexibilité de l'automatisme des MTP qui impose de ne pas en rester à des considérations générales. Mais bien des dispositifs créés par la loi DADVSI pouvaient être pris en charge par le droit de la consommation ou celui de la concurrence. C'est sans doute la réaffirmation répétée dans la loi de la nécessité de respecter les droits de propriété intellectuelle sur les MTP mêmes, qui confère une construction vertigineuse au texte (Latreille 2002: 38). La réception des MTP dans le champ de la propriété littéraire et artistique est ainsi loin d'être neutre par le jeu de miroir entre ordre technique et ordre juridique : « le droit protège l'œuvre, la technique assure l'effectivité du droit, le droit parfait l'herméticité de la protection technique, la technique modifie la physionomie du droit, et le droit, enfin, se réapproprie la mesure technique en tant qu'œuvre» (Maillard 2009).

Malgré ces nombreuses objections et difficultés, force est de constater que le droit a certes résisté face à une invasion de contrôle cybernétique *ex-ante* par la technique en lui imposant le concept central « d'exception » mais que les MTP ont, pour leur part, profondément affecté le droit d'auteur historique. Sur la forme, « l'office de la loi [qui] est de fixer par de grandes vues les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds » (Portalis 1801) mais la rigidité des mesures techniques et leur spécificité d'objets inédits pour le droit empêchent de légiférer par de grands principes. Sur le fond, ce sont les équilibres internes de la propriété littéraire et artistique qui sont ébranlés. La balance des intérêts se trouve sclérosée par la garantie du bénéfice des exceptions qui assure l'effectivité des droits exclusifs. Les MTP transforment aussi la matière du droit d'auteur en déplaçant les frontières de l'objet du droit vers ses outils de protection en y introduisant ainsi des « corps étrangers qui en dérangent l'orthodoxie» (Dussolier et Ker 2007). Elles arriment le droit d'auteur et sa matière à des logiques qui lui sont étrangères comme celles du droit de la concurrence, du droit de la consommation ou de la sécurité informatique.

À la fin de l'année 2006, les Majors se rendent à l'évidence : l'espoir de lutter rigoureusement contre le piratage par une solution technique, même protégée théoriquement par le droit, a vécu. L'appropriation des MTP et leur contournement par les utilisateurs a produit les effets classiques de *traduction* décrits par Michel Callon (1984: 183 et suiv.). Tout d'abord des effets d'agrégation d'acteurs hétérogènes (Majors,

distributeurs, éditeurs de logiciels, fabricants d'équipements et... pirates), une représentation spécifique et une problématisation de l'enjeu du piratage et enfin une réouverture continue de l'instrument à partir des modes d'appropriation (mobilisation, contournement, résistance...). Le 6 février 2007, Steve Jobs – Pdg d'*Apple* – publie une tribune sur la page d'accueil du site de la firme : *Thoughts on Music*⁶⁷. L'originalité de la méthode (les prises de parole de Steve Jobs étant toujours placées sous le sceau de la rareté, voire de l'oracle) et l'aura de son auteur vont impulser un changement définitif de l'écosystème numérique à propos des MTP. Jobs affirme solennellement que le principe des MTP et les problèmes d'interopérabilité qu'elles génèrent freinent le marché de la musique en ligne et provoquent le « jeu du chat et de la souris » entre industriels et usagers. Plus les MTP tentent de renforcer leur sécurité, plus les usagers cherchent à les contourner. Steve Jobs se retranche derrière les contrats de licence passés avec les Majors « qui contrôlent 70% de la distribution de musique » pour expliquer qu'il ne peut divulguer le fonctionnement de sa technologie de MTP *Fairplay*. La seule solution pour libérer le marché de la musique est donc de supprimer les MTP des catalogues des Majors. Joignant le geste à la parole, *Apple* et *EMI* annoncent deux mois plus tard la disponibilité du catalogue *EMI* sans MTP à une meilleure qualité de compression mais à un prix supérieur⁶⁸. Cette alliance et la position dominante d'*Apple* sur la distribution légale de musique en ligne ont tôt fait de contraindre les autres acteurs de se plier à cet état à fait accompli : *Universal* en août 2007, *Warner* en décembre et *Sony* en janvier 2008. Ces trois Majors tentent de résister cependant à *Apple* en ne distribuant aux États Unis leur catalogue sans MTP que sur des plates-formes concurrentes. Le retrait des MTP reste donc partiel pendant l'année 2008 et les problèmes d'interopérabilité ne changent pas fondamentalement pour les usagers. En conséquence, les échanges illicites ne faiblissent pas. L'abandon progressif des MTP produit par ailleurs d'autres effets très négatifs pour l'utilisateur, puisque la fermeture des serveurs qui administraient ces logiciels rend encore plus aléatoires les libéralités d'usage⁶⁹. Le 6 janvier 2009 marque le terme de l'aventure des MTP dans le secteur de la musique : *Apple*, après accord des cinq Majors, annonce la suppression totale des MTP sur

⁶⁷<http://www.apple.com/fr/hotnews/thoughtsonmusic/>

⁶⁸ 1,29\$ le titre au lieu de 0,99.

⁶⁹ Dans certains cas de figure, les consommateurs ne peuvent plus bénéficier des transferts (gravure et transfert sur terminal mobile) qui existaient au moment de l'achat. Comble du paradoxe, Sony qui abandonne sa filière verticale exclusive en août 2007, conseille de graver les titres anciens pour les sauvegarder en convertissant les fichiers achetés avec sa MTP au format Mp3, ce qui occasionne une perte de qualité audio. S'ensuivent des plaintes de consommateurs qui permettront le report de la fermeture des serveurs (*MSN Music, Walmart...*).

*l'itune Music Store*⁷⁰. Face à cette situation, les pratiques de téléchargement illicite et les infractions sont toujours aussi nombreuses et sans réelles solutions de masse. Après la promulgation de la loi DADVSI et la publication de ses décrets d'application, il semble évident que l'ouvrage doit être rapidement remis sur le métier pour étendre avec efficacité l'empire du droit sur les échanges illicites, notamment via les réseaux pair-à-pair.

Le prochain chapitre s'intéresse aux Sociétés de Perception et de Redistribution des Droits (SPRD) acteur essentiel de la définition de l'infraction « d'absence de sécurisation de l'accès aux services de communication au public en ligne ». Nous y examinons comment les SPRD, en tant que « public » selon la définition de John Dewey (2005), sont parvenues à prendre prise sur les échanges pair-à-pair illicites en obtenant un pouvoir d'enquête et d'administration de la preuve matérielle de l'infraction sur des réseaux et des biens culturels réputés « immatériels ».

Conclusion : Les MTP, instrument par destination de l'action publique

En s'intéressant à la fortune des Mesures Techniques de Protection entre le milieu des années 90 et le milieu des années 2000, ce chapitre a montré que les industries culturelles n'ont pas été surprises par les effets de la numérisation des contenus. On peut même dire qu'elles l'ont largement provoquée avec le CD dans les années 1980. Nous avons voulu décrire l'histoire contrariée du choix stratégique que les acteurs historiques de la filière ont opéré en privilégiant un mode de protection qui s'est avéré incapable de tenir fermé la clôture informationnelle établie autour des œuvres, une fois celles-ci libérées de leur inscription sur un support physique objet de transaction commerciale.

Ce chapitre a exploré la façon dont un ensemble de dispositifs techniques sous la forme de verrous logiciels a été privilégié par les titulaires des droits et les éditeurs dans la lutte contre le piratage et comment un dispositif de protection juridique y a été greffé au niveau international. Cette modalité de contrôle des illégalismes est à la fois ancienne (dès le début des années 80) et calquée sur les méthodes de

⁷⁰En établissant au passage une nouvelle politique de prix en abandonnant le prix unique de 0,99\$ au profit de trois niveaux 0,69\$, 0,99\$ et 1,29\$ « en fonction des charges imputées par les labels de musique à *Apple* ».

protection issues de la sécurité informatique et de l'industrie du logiciel. Nous avons pu constater que les tentatives antagonistes d'ouverture et de fermeture des barrières censées protéger les rentes tirées de l'exploitation des droits de propriété intellectuelle sur les œuvres, mettent en évidence le caractère éminemment matérialisé des échanges à l'ère numérique. L'examen de l'évolution du problème montre en effet que les ouvertures de la clôture autour des œuvres ont toujours été liées à une modification de l'environnement matériel des équipements. Ainsi, le passage d'appareils dédiés à la lecture des supports des œuvres vers l'ordinateur personnel équipé de série d'un graveur de CD, puis l'écoute de musique en situation de mobilité soulignent une modification profonde des usages et l'entrée brutale de l'utilisateur/amateur dans les processus d'innovation/consommation comme acteur à part entière capable d'agir par effet de *feedback* sur les choix en amont des industriels.

La représentation de l'utilisateur/amateur capable de décrypter et de se jouer des choix technologiques est un enseignement essentiel du rôle du public vis à vis des MTP. Nous avons montré à quel point les effets de sur-réservation produits par les MTP ont transformé l'utilisateur supposé passif en véritable ennemi d'un secteur industriel. Or, transformer un client en ennemi n'est jamais bon et le jeu du « chat et de la souris » qui s'est déroulé pendant une décennie a fini, malgré de brillantes victoires judiciaires y compris devant la Cour suprême américaine, par épuiser les stratégies des Majors de la musique et des géants de l'industrie informatique.

Ce chapitre a également montré le degré de sophistication des articulations entre des instruments d'action publique conduisant à des écheveaux de pouvoirs de plus en plus intriqués. Avec l'influence des lois américaines (*Copyright Act*, DMCA) sur un traité de l'OMPI, lui-même relayé par des accords de l'OMC et une directive de l'Union européenne, on assiste à une illustration des effets de la mondialisation sur l'État soumis à des processus de normalisations supra-étatiques. Mais nous avons aussi pu constater que l'État dispose de ressources pour, d'un même mouvement, transcrire dans son droit national ces contraintes extérieures et y apporter des limitations propres à travers le concept d'interopérabilité imposé aux industriels à travers une agence administrative. Dans ce cas comme dans d'autres, une re-politisation, provoquée par des décisions sciemment contradictoires des juges qui adressent ainsi un signal d'alarme au législateur, reste toujours possible.

Il faut aussi retenir de ce chapitre un cas intéressant d'essai par les pouvoirs publics (dans un contexte de dépolitisation et de forte incertitude) de délégation et de codage d'une prérogative publique – l'efficacité du respect d'un droit – par un dispositif logiciel et, plus largement, un exemple d'embarquement d'une règle de droit dans un dispositif logiciel. S'il est fréquent pour les pouvoirs publics de recourir à des standards et à la technicisation pour un nouvel enjeu encore mal catégorisé, nous avons pu montrer comment et pourquoi ce passage des opérations du droit dans de tels dispositifs n'est pas satisfaisant et finit par échouer : l'inflexibilité insufflée par la technologie à la matière du droit conduit à en contraindre l'exercice (Maillard 2009: 270). Aucun droit n'étant absolu et les externalités proliférant, l'encastrement avec un traitement automatisé ne permet pas de contrôler, loin s'en faut, les débordements, en particulier quand l'utilisateur/amateur est en mesure de décoder, de comprendre et de manipuler la dimension matérielle et discursive des dispositifs techniques censés encadrer les controverses.

Il reste que cette tentative de délégation du contrôle des illégalismes à des dispositifs automatisés a ébranlé les équilibres internes du droit d'auteur en déplaçant les frontières de l'objet du droit d'auteur vers ses outils de protection et les logiques propres du droit de la concurrence, de la consommation ou de la sécurité informatique. L'expérience des MTP appliquées à des œuvres sur le modèle du logiciel hybride la balance historique des intérêts entre auteur et public et déplace les débats et les mesures vers la garantie du bénéfice des exceptions. Exceptions susceptibles de devenir la règle.

Les travaux consacrés aux instruments de l'action publique s'accordent pour considérer que leur adoption s'effectue selon une rationalité limitée (Lascoumes et Simard 2011: 12). Les décideurs recherchent souvent une cohérence minimale ou l'affichage d'un changement et sont enclins à se tourner vers des solutions routinisées. À travers le mécanisme de transposition d'un traité international dans le droit européen puis français, la tentative d'inscription de l'efficacité des MTP dans le droit est une bonne illustration des transformations du rôle de l'État (Salamon et Elliott 2002), contraint de se redéfinir et de trouver des ressources – et des instruments comme l'ARMT – pour faire face à des évolutions issues du changement d'échelle territoriale, de la multiplication des interactions avec le marché et des formes de collaborations public/privé. Les instruments de gouvernement provoquent traditionnellement une dépolitisation de l'action publique par une invasion croissante de « pilotes invisibles », comme l'affirme

Dominique Lorrain (2004 : 163-197). Mais les effets d'opacité et le cadrage de la vision du droit par les MTP ont provoqué un sursaut de repolitisation du problème de la discipline des illégalismes provoqués par le piratage. Cette repolitisation à travers la loi DADVSI se heurte néanmoins à de multiples contre-courants : celui des industries musicales qui viennent d'abandonner la solution des MTP ; celui de l'injonction de transposer la directive européenne ; celui des usagers, discrètement stimulés par les Telecoms, qui craignent une répression accrue et celui des ayants droit impatientes.

Les dangers d'une analyse insuffisante des objets à réguler par le droit sont nombreux. Des conflits ont été entrecroisés entre la protection technique des droits et la protection juridique du droit à la copie privée. En cela, les MTP correspondent bien à la définition des instruments techniques de régulation de Georges Simondon (1958) comme dynamique souvent chaotique de mise en convergence d'informations, d'intégration de contraintes et d'arbitrage entre des voies de développement divergentes. Assurer la protection juridique des mesures techniques sans avoir pris le temps d'analyser ses effets a naturellement conduit à des débordements. Comme Alain Desrosières (2000) a pu le montrer pour la statistique publique, l'instrument technique crée des effets de vérité et d'interprétation du monde qui s'imposent aux acteurs et naturalisent les situations sociales. Les MTP ne sont donc pas des instruments techniques inertes et neutres mais elles produisent, nous l'avons vu, des effets indépendants des objectifs qui leur ont été assignés (Alleaume: 2012a). Le jeu de miroir vertigineux entre le partage des fichiers, la protection technique et le contournement technique de la protection technique, a conduit à la protection juridique de la protection technique qui protège finalement plus la technique que le droit à l'origine de cet enchaînement. L'intérêt de cet « échec » d'un texte de loi, qui fait glisser la nature du droit d'auteur personnaliste vers la sécurité informatique, réside dans la mise en évidence concrète des obstacles à l'encastrement de l'ordre technologique dans l'ordre juridique. Leur dissociation fondamentale provient du fait que ces deux ordres procèdent de logiques contradictoires : flexibilité du droit contre automatisme technique. Le souhait de déléguer à des dispositifs techniques autonomes le transcodage de la lutte contre la contrefaçon du monde analogique vers le monde numérique afin de rendre gouvernable différenciellement l'indiscipline et ces nouveaux illégalismes ne rencontre pas le succès escompté du fait des nombreuses résistances et débordements. La conception du rapport gouvernant/gouverné pour l'application du droit d'auteur et la discipline de la contrefaçon, instrumentée et rigidifiée par

l'automatisme cybernétique d'un logiciel, échouent à instaurer une flexibilité pourtant nécessaire à toute régulation.

CHAPITRE 3 – REPRENDRE PRISE. Faire surgir, enquêter, calculer : les ayants droit comme public

Au cours de notre enquête, les grands commis de l'État, les magistrats, les industriels ou les membres du personnel politique interrogés, nous ont tous affirmé que le réseau d'acteurs dominant dans les controverses autour de la régulation de l'échange des biens culturels sur internet était constitué par les Sociétés de Perception et de Répartition des Droits (SPRD). Souvent confondues et assimilées aux sociétés commerciales des industries culturelles, ces sociétés d'auteurs de droit civil⁷¹ gouvernées par des principes de représentation démocratique, sont chargées d'assurer la collecte et la redistribution à leurs sociétaires du montant financier des droits d'auteur. Nous décrivons empiriquement dans ce chapitre ces réseaux et une de leurs actions concrètes qui a permis d'obtenir des pouvoirs publics un dispositif d'enquête, au sens judiciaire du terme, sur les réseaux d'échange pair-à-pair (« territoire » qui échappait jusque là à leur contrôle) pour y faire respecter le droit d'auteur. Ce chapitre décrit comment ces acteurs sont parvenus à (re)prendre prise, selon la définition issue de la sociologie pragmatique de Christian Bessy et Francis Chateauraynaud (2014), sur tout un univers débordant et nouveau de contrefaçon.

D'emblée, les SPRD frappent par leur discrétion et leur opacité autant que par leur profondeur historique, leur taille, leur amplitude et la diversité des matériaux que ces acteurs sont parvenus à « faire parler ensemble ». Nous exposons ici dans une perspective historique ce phénomène de « boîte noire » si particulier et si fondateur du système de politique culturelle à la française en soulignant combien la valeur cardinale sur laquelle s'appuie tout l'édifice – l'auteur et son droit de propriété patrimonial et moral sur son œuvre – est source d'un puissant mode de véridiction, justement contesté par les dissociations provoquées par les échanges numériques d'œuvres artistiques.

L'approche développée dans ce chapitre s'inspire des travaux déterminants du philosophe pragmatiste

⁷¹Une société civile est constituée et régie conformément aux règles du Code civil propres aux sociétés en général et par des dispositions particulières figurant aux articles 1845 et suivants. La particularité des sociétés civiles par rapport aux sociétés commerciales réside dans le fait qu'elles sont " transparentes". Les créanciers de la société sont recevables à poursuivre les associés sur leurs biens personnels.

américain John Dewey (1859 – 1952) sur la formation de publics capables d'émerger face à des questions ou problèmes posés par l'innovation scientifique et technique. Confrontés à un problème privé comme la perte de profitabilité d'une rente de droits de propriété provoquée par une rupture technologique, les ayants droit, rassemblés, représentés et rendus audibles par les SPRD, sont parvenus efficacement à rendre public leur problème : ceci en produisant d'importants éléments de controverse centrés sur le risque d'un appauvrissement de la culture dû à une réduction de sa diversité, provoquée par l'effondrement de l'incitation économique des auteurs à créer (Le Guern, Bastit: 2011). En effet, selon Dewey (2005: 63), « le public consiste en l'ensemble de tous ceux qui sont tellement affectés par les conséquences indirectes de transactions qu'il est jugé nécessaire de veiller systématiquement à ces conséquences ». C'est exactement pour ces raisons que les SPRD ont émergé comme organisations sociales dès le XVIIIème siècle. Les externalités provoquées par ce que Dewey souligne dès les années 30 comme « l'ère de la machine » influent sur la construction de l'État et de ses lois par l'engagement de publics nouveaux. Pour Dewey, partisan d'une conception pluraliste des mondes sociaux, les systèmes de gouvernement sont le résultat d'une élaboration et d'un processus. En accordant une place centrale à leur étude, leur construction historique et empirique, Dewey souligne l'importance d'approcher les phénomènes sociaux « in the making » : « Les formes politiques ne naissent pas d'une seule manière une fois pour toutes. [...] Rétrospectivement, il est possible de discerner une tendance plus ou moins ferme au changement dans une direction unique. Mais répétons-le, c'est un mythe à l'état pur que d'attribuer l'unité de résultat existante (unité qu'il est facile d'exagérer) à une force ou à un principe unique » (2005: 111).

Pour voir à l'œuvre ce public formé par les ayants droit représentés par les SPRD et ses capacités de mobilisation, de résistance et d'action face à l'épreuve du numérique, nous allons suivre les étapes qui ont jalonné leur conquête d'un nouveau pouvoir de contrôle et d'enquête sur les réseaux pair-à-pair. Ce chapitre traite de la façon dont les diverses SPRD sont parvenues par leurs ressources à établir de nouvelles associations sur un territoire sur lequel elles n'avaient pas étendu, jusque là, leur mode de véridiction et de « publicisation » de leurs problèmes. Outre la dynamique politique de cette conquête du pouvoir d'enquête indispensable pour rendre effectif la poursuite de l'infraction, nous détaillons les dispositifs et les modalités techniques, la « connectique coûteuse et fragile » (Latour 2012: 73) de ce

nouveau pouvoir de contrôle qui permettent aux SPRD d'apporter à l'ordre judiciaire la preuve légale de l'infraction à travers sa matérialité même.

I – Les Sociétés de Perception et de Répartition des Droits d'auteur et droits voisins (SPRD)

En février 2000, l'Inspection générale de l'administration des affaires culturelles remettait à son ministre de tutelle le premier rapport sur les Sociétés de perception et de répartition des droits d'auteur et droits voisins (SPRD). Vu la fragilité structurelle des emplois du secteur culturel, le système de rémunération indirecte constitué par le mécanisme du droit d'auteur est déterminant pour le revenu global de ce secteur économique. Les pouvoirs publics pressentent-ils l'impact du basculement numérique sur ce système hyper-complexe, opaque et très fermé ? Toujours est-il que ce rapport confirmera des lacunes dans la transparence de ces sociétés civiles et donnera lieu à la mise en place d'une commission permanente de la Cour des comptes chargée de remettre un rapport annuel sur l'activité des SPRD. En évitant de nous perdre à notre tour dans la nébuleuse de la « gestion collective », nous allons tenter de souligner combien ces multiples sociétés sont parvenues à construire un tissu d'acteurs particulièrement robuste, qui permettra, le moment venu, d'obtenir du législateur un nouveau pouvoir : celui d'enquêter sur les réseaux pair-à-pair.

Origines, périmètres et fonctions de représentation

L'édifice du droit d'auteur se confond dès ses origines avec l'histoire des sociétés chargées de percevoir, de répartir et de contrôler – en un mot de gérer – les flux économiques produits par les conséquences des textes législatifs. À tel point que l'on peut considérer que c'est autant le dispositif légal du droit de propriété littéraire et artistique qui a produit les SPRD que l'inverse. Avant l'adoption du décret du 13

janvier 1791 qui instaure « la liberté des théâtres et confère à l'auteur, pendant sa vie, le droit d'autoriser ou d'interdire la représentation de ses œuvres, sur tout le territoire de la République », les auteurs dramatiques s'étaient organisés en société autour du célèbre Pierre-Auguste Caron de Beaumarchais qui prit la tête de la bataille contre les comédiens du roi. Le 3 juillet 1777, se constitua ainsi le premier « Bureau de la législation dramatique », premier collectif civil d'auteurs au monde à s'organiser de la sorte. Immédiatement, les sociétaires, bien que confortés par la loi, se heurtent à la difficulté de son application : comment, en effet, concilier ce nouveau droit individuel de l'auteur d'être en capacité théorique d'autoriser ou d'interdire toute représentation de son œuvre sur l'ensemble du territoire national avec l'impossibilité matérielle pour chacun d'eux de vérifier personnellement l'effectivité de ce droit que l'État s'est bien gardé d'assumer et de garantir directement et en propre. Le problème de la représentation est au cœur de la création du premier mouvement des sociétés d'auteurs. Le partage des privilèges juridiques dont bénéficiait la Comédie française est revendiqué par des citoyens ordinaires, profanes du droit mais particulièrement attachés et concernés par le sujet en tant qu'auteurs des œuvres. Face à cette controverse un public va émerger, se mobiliser et s'organiser empiriquement sur le long terme. Afin de cadrer les conséquences indirectes – sous la forme d'un manque à gagner – de la situation juridique antérieure de privilège royal, un nouvel instrument – le droit d'auteur – va être instauré par la loi. Mais, et c'est peut-être là le plus important, des dispositifs empiriques de construction de la représentativité des auteurs, de coordination des droits et de surveillance de leur respect par des pouvoirs d'enquête, vont être immédiatement érigés. Ainsi, pour coordonner une action nécessairement collective de contrôle de la représentation des œuvres, le Bureau de la législation dramatique s'est doté d'une agence de perception mandatée par les sociétaires pour assurer la perception, la répartition et le contrôle de leurs droits sur le territoire français. Par voie d'annonce dans la *Gazette nationale* et le *Mercur de France*, les auteurs sont invités dès 1792, « à déposer chez un notaire une procuration habilitant le sieur Framery à assurer la perception de leurs droits ». Ainsi naquit la fameuse « gestion collective » qui permit de traduire dans les faits les principes légaux du droit de propriété littéraire et artistique en autorisant une réduction des coûts de transaction entre auteurs et diffuseurs, sans laquelle les coûts de contrôle des ayants droit seraient devenus trop élevés par rapport au bénéfice de la cession des droits. Symétriquement, les coûts de recherche pour les diffuseurs auraient été prohibitifs s'ils avaient dû, par eux mêmes, prendre en

charge les coûts de recherche des ayants droit pour sécuriser leurs propres revenus. Certes, organiser une représentativité démocratique des auteurs s'inscrit toujours dans une béance entre les représentés – qui ne savent pas toujours ce qu'ils veulent – et leurs représentants, conférant à la démocratie représentative une imperfection originelle irréductible selon Callon, Lascoumes et Barthe (2001: 163). Près de deux cent cinquante ans après l'établissement de ces grands principes de coordination, le paysage des SPRD s'est considérablement élargi en raison de la multiplication des technologies de distribution de l'information. Parallèlement, les associations entre ayants droit se sont fortement renforcées, complexifiées et rigidifiées au point de représenter une force politique essentielle de l'économie de la culture, tant sur le plan national qu'international.

Qu'il s'agisse du domaine du luxe, des médicaments ou des pièces automobiles, la sophistication des procédés d'imitation n'a cessé de s'accroître. De nombreux autres secteurs économiques sont parvenus à établir une collaboration de long terme avec les pouvoirs publics. Plusieurs travaux d'historiens, comme ceux de Gérard Béaur (2006: 9-16), ont montré l'ancienneté et la diversité de ce travail de « publicisation » pour enrôler la puissance publique dans une planification stratégique « d'actions en contrefaçons ». Avec la numérisation, la frontière entre produits authentiques et contrefaçons est devenue pour le moins mouvante, voire totalement effacée. L'accélération entre un cycle d'innovation et un cycle de contrefaçon a fait, selon Bessy et Chateauraynaud (2014) « basculer l'ancien régime de la propriété intellectuelle dans une zone de turbulences, rendant incertaines et douteuses les revendications fondées sur des droits, très vite rapportées à de purs rapports de forces : comment ne pas relever que le droit est tendanciellement attribué à celui qui possède le plus de ressources juridiques en amont ? ».

Comme évoqué plus haut, le droit de propriété littéraire et artistique est une construction hybride qui associe droits moraux et droits patrimoniaux. Ce sont ces derniers qui font seuls l'objet d'une activité économique et de gestion, principalement – mais non exclusivement – assurée par les SPRD⁷². Aux droits patrimoniaux exclusifs des auteurs⁷³ de représentation et de reproduction se sont ajoutées, grâce

⁷²Il existe certains cas, mais rares, de gestion individuelle des droits patrimoniaux. Il s'agit en général d'artistes extrêmement célèbres comme Matisse ou Picasso pour lesquels l'effet de réseau et de plates-formes multifaces ne joue pas.

⁷³Ils sont essentiellement constitués par le droit de représentation (art. L 122-1 du CPI : récitation publique, exécution lyrique, représentation dramatique, présentation publique, projection publique, transmission dans un lieu public de l'œuvre télédiffusée, télédiffusion « par tout procédé de télécommunication de sons, d'images, de documents, de données et de messages de toute nature) et le droit de reproduction (art. L 122-3 du CPI :

aux capacités d'enroulement des pouvoirs publics par les SPRD, des évolutions législatives, notamment celle du 3 juillet 1985 relative aux droits voisins (artistes-interprètes, producteurs de phonogrammes et vidéogrammes et entreprises de communication audio-visuelle). Les droits patrimoniaux exclusifs des artistes-interprètes résultent de l'autorisation de fixation de leur prestation, de sa reproduction et de sa communication au public (art. L 212-3 du CPI). Leur rémunération est régie par le Code de la propriété intellectuelle (art. 212-6) et le Code du travail (art. L 762-1 et 2). La cession de ces droits est organisée par un principe de spécialité, chaque utilisation devant être précisée et autorisée sauf dans les cas prévus de présomption de cession des droits des artistes interprètes (contrat pour la réalisation d'une œuvre audio-visuelle et licence légale)⁷⁴. Le producteur de phonogrammes a le droit d'autoriser ou non toute reproduction et mise à la disposition du public par la vente, l'échange ou le louage autres que celles qui donnent lieu à « rémunération équitable ». La loi de 1985 instaure aussi de nouveaux droits non-exclusifs des artistes-interprètes et des producteurs ouvrant à de nouveaux droits à rémunération dite « équitable » en échange de deux formes d'utilisation auxquelles ils ne peuvent s'opposer. Ces deux formes d'utilisation sont la communication directe dans un lieu public (dès lors qu'il n'est pas utilisé dans un spectacle), et la radiodiffusion ou la distribution par câble simultanée et intégrale de cette radiodiffusion. La répartition de cette « rémunération équitable » résulte de barèmes fixés par accord entre organisations représentatives des ayants droit et des utilisateurs ou, à défaut d'accord, par une délibération exécutoire d'une commission administrative spéciale. Enfin, un dernier et nouveau droit à rémunération défini par la loi de 1985 concerne la rémunération pour copie privée. Mesure essentielle à l'époque, cette loi prend acte de l'évolution des technologies facilitant la copie analogique non lucrative des œuvres de l'esprit – cassette audio et vidéocassette – et de l'impossibilité de lutter efficacement contre cette pratique par un arsenal répressif. La loi dispose donc que les ayants droit ne peuvent s'opposer à la copie et à la reproduction d'œuvres lorsqu'elle est réalisée pour l'usage privé « dans le cercle de famille ». Ce droit à la

imprimerie, dessin, gravure, photographie, moulage, tout procédé des arts graphiques et plastiques, enregistrement mécanique, cinématographique ou magnétique, pour l'architecture, exécution répétée d'un plan ou d'un projet-type). Les droits de représentation sont cessibles à titre onéreux ou gratuit, indépendamment l'un de l'autre. Chaque cession doit préciser les modes d'exploitation donnant lieu à cession, une cession à titre général étant inopérante (art. L 22-7 du CPI).

⁷⁴Art. L 214-1 du CPI : « Lorsqu'un phonogramme a été publié à des fins de commerce, l'artiste-interprète et le producteur ne peuvent s'opposer : 1/ à sa communication directe dans un lieu public, dès lors qu'il n'est pas utilisé dans un spectacle, 2/ à sa radiodiffusion non plus qu'à la distribution par câble simultanée et intégrale de cette radiodiffusion ». Ces utilisations de phonogrammes publiés à des fins de commerce, quel que soit le lieu de fixation de ces phonogrammes, ouvrent droits à rémunération [dite rémunération équitable] au profit des artistes-interprètes et des producteurs. »

« copie privée » s'accompagne en retour au profit des ayants droit d'un nouveau droit à rémunération pour copie privée via une taxe sur la vente des supports vierges. Les types de supports, les taux de rémunération et les modalités de rémunération sont déterminés par une commission présidée par un représentant de l'État et constituée pour moitié par les ayants droit, pour un quart par les fabricants et importateurs de supports et pour un autre quart par les consommateurs. De la même manière que pour la rémunération équitable, les répartitions de la rémunération pour copie privée font l'objet d'une gestion collective obligatoire⁷⁵. Cette rémunération bénéficie pour moitié aux auteurs, pour un quart aux artistes-interprètes, pour le dernier quart aux producteurs.

Régime juridique

La notion de « gestion collective » qui est au cœur du dispositif opératoire du droit d'auteur ne présente pas une définition univoque, que l'on se place sur le plan des usages ou sur le plan du droit. Certes, dans le langage courant on peut considérer que la gestion collective s'exerce dès qu'un même opérateur tient les comptes, perçoit et rémunère en droits d'auteur ou droits voisins, plusieurs ayants droit. Ainsi, dans le domaine littéraire, les éditeurs jouent pour partie ce rôle, de même que les producteurs pour l'audio-visuel. Au sens du droit, tel qu'exposé dans le Code de propriété intellectuelle, la gestion collective caractérise plutôt, de manière volontaire ou obligatoire par décision législative, des groupements d'ayants droit en fonction des secteurs culturels (musique, audio-visuel, littérature...) et des catégories de droits évoqués plus haut (droits exclusifs, droits voisins, rémunération équitable, copie privée...). Fidèles à l'origine personnaliste du droit d'auteur, les SPRD cumulent ou associent d'une part une gestion collective volontairement décidée sous cette forme par les ayants droit et de l'autre une gestion collective rendue obligatoire sous cette forme par la loi. Si les SPRD sont des sociétés civiles d'une forme particulière régies par le code de propriété intellectuelle, elles sont néanmoins soumises à d'autres droits comme celui de la concurrence au regard duquel elles présentent aussi de nombreuses singularités tant au niveau national qu'europpéen ou international. Comme l'a indiqué le Conseil de la concurrence (avis n°

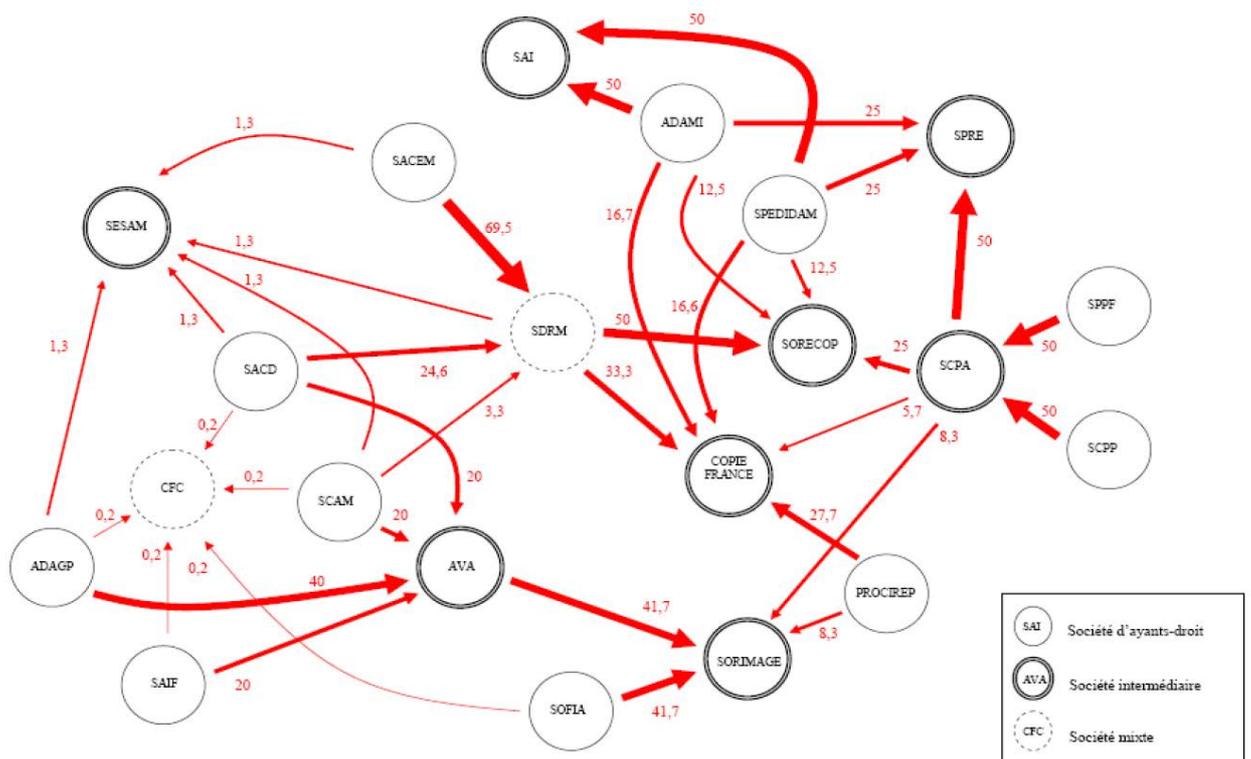
⁷⁵C'est aussi ce même modèle qui est en œuvre pour la gestion collective obligatoire du droit de reproduction par reprographie, introduite par la loi du 3 janvier 1995 et gérée par le Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC).

93-A-05 du 20 avril 1993), les activités des SPRD sont pour l'essentiel des prestations de service. Dans la mesure où leur fonction principale réside, tant pour les ayants droit que pour les diffuseurs, à faciliter la coordination et ainsi réduire les coûts de transaction et sécuriser les activités économiques, le fait que chaque SPRD soit en situation de monopole de fait sur un territoire est une dimension essentielle de l'efficacité de son modèle socio-économique. Ayants droit et utilisateurs ont un intérêt réciproque à une simplicité maximale et une concentration des répertoires afin d'éviter leur émiettement qui serait un obstacle et à une contradiction à l'efficacité de l'exploitation économique des œuvres. Cette position de monopole de fait au regard des règles européennes de libre circulation des biens, des personnes et des services a été contestée tant par la Cour de justice européenne que par le Conseil français de la concurrence. Position dominante sur un territoire national accentuée par le fait que chaque SPRD nationale a tissé un vaste réseau d'accords de réciprocité pour chaque catégorie de droits et d'ayants droit avec les sociétés homologues des autres États. Ainsi, le degré d'intrication déjà très élevé au niveau national s'est renforcé par l'établissement de dizaines d'accords de réciprocité entre sociétés sœurs afin de cadrer rigoureusement les flux de biens culturels transfrontaliers.

D'autre part, les SPRD sont des sociétés civiles d'une forme particulière. Régies par le Code de la propriété intellectuelle, et non par le Code du commerce, le législateur français a tenu compte du caractère particulier et dual du droit de propriété littéraire et artistique. Pour transcrire dans la nature même des actes, le fait que les œuvres sont l'expression de la personnalité des auteurs, et non des marchandises au sens classique du terme, les contrats conclus dans ce cadre ne sont pas des actes commerciaux mais des actes civils (art. L 321-2 du CPI). La constitution des SPRD obéit, en outre, à des règles particulières qui permettent aux pouvoirs publics d'exercer une régulation sur leur nombre et leur nature. Une SPRD peut être constituée après une information préalable du ministère chargé de la culture. Si ce dernier ne peut interdire directement la constitution d'une SPRD, il peut, en cas de désaccord, saisir le tribunal de grande instance pour « apprécier la qualification professionnelle des fondateurs [...], les moyens humains et matériels qu'ils proposent de mettre en œuvre pour assurer le recouvrement des droits et l'exploitation de leur répertoire ». Par cette disposition originale au regard du droit général des sociétés civiles, l'État se réserve ainsi la possibilité – encore jamais utilisée – de dissuader la constitution de nouvelles SPRD qui pourraient être source de déséconomies d'échelle.

Le réseau des SPRD

Si le législateur a prévu que le ministère chargé de la culture puisse réguler un tant soit peu la prolifération des SPRD, force est de constater qu'au terme d'une existence plus que bicentenaire et de nombreuses révolutions technologiques, la galaxie des SPRD est aujourd'hui d'une extrême complexité. Sans décrire ici dans le détail ce réseau, il nous faut cependant en décrire les grandes lignes afin d'éclairer la puissance, la taille et la robustesse des associations dont il est le résultat et qui lui permettent de peser fortement sur les structures politiques, administratives, économiques et législatives au niveau national, qu'eupéen ou international. Le schéma suivant, qui représente en pourcentage les participations inter-sociales en décembre 2011 entre les SPRD, permet de prendre la mesure de leur très haut degré d'intrication.



Source : Cour des Comptes - Rapport de la Commission permanente de contrôle des sociétés de perception et de répartition des droits. Huitième rapport annuel, mai 2011, p. 26

Cette complexité croissante de la gestion collective depuis la loi de 1985, soulignée par la Commission permanente de contrôle des SPRD de la Cour des Comptes, s'explique par trois facteurs : 1/ la diversification croissante des catégories légales de rémunération des ayants droit et des modalités d'utilisation des œuvres, 2/ la multiplication des SPRD spécialisées par type de droits et type de bénéficiaires et, simultanément, 3/ la recherche de modes de mutualisation de moyens aboutissant à une « très grande complexité du système de participations capitalistiques et de mandats de gestion »⁷⁶. Tentons de mieux comprendre la structure du réseau de la trentaine de SPRD qui agissent sur le territoire français. L'organisation repose sur un ensemble de sociétés dites « de premier rang » qui constituent le cœur du système dans la mesure où celles-ci reposent sur des apports de droits de leurs membres⁷⁷. Les conditions d'apports imposés par ces sociétés de premiers rang constituent un puissant levier de pouvoir. Ainsi, la SACEM exige de disposer de l'ensemble du répertoire de ses membres, en laissant la liberté quant aux droits d'utilisation apportés. La SACD pose quant à elle en principe que l'acte d'adhésion vaut apport de l'ensemble du répertoire pour toutes les utilisations.

À ces sociétés de « premier rang » s'ajoutent des sociétés de « deuxième rang » ou « sociétés intermédiaires », dont les missions se rapprochent davantage de sociétés professionnelles assurant des prestations de service communes dans l'intérêt de leurs membres. Elles constituent souvent une mutualisation de moyens pour la fonction de perception auprès des utilisateurs. La principale d'entre elles est la SDRM (Société pour l'administration des Droits de Reproduction Mécanique), une société de sociétés qui compte comme membres l'ensemble des sociétés d'auteurs (SACEM, SACD, SCAM, ADAGP). Cette galaxie est le résultat de la création de sociétés nouvelles à chaque évolution législative et non une extension de l'objet social des sociétés historiques. Au contraire, les dernières décennies ont vu une multiplication très spécialisée par types de ressources et par catégories et sous-catégories d'ayants

⁷⁶ Cour des Comptes - Rapport de la Commission permanente de contrôle des sociétés de perception et de répartition des droits. Huitième rapport annuel, mai 2011, p. 15.

⁷⁷Pour les auteurs : la Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM), la Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD) qui regroupe les auteurs dramatiques, auteurs de livrets, compositeurs lyriques, réalisateurs, scénaristes..., la Société civile des auteurs multimédia (SCAM), La Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP);

Pour les artistes-interprètes : la Société pour l'administration des droits des artistes et musiciens interprètes (ADAMI), la Société de perception et de distribution des droits des artistes interprètes de la musique et de la danse (SPEDIDAM),

Pour les producteurs : la Société civile des producteurs de phonogrammes en France (SCPP), la Société civile des producteurs de phonogrammes en France (SPPF), la Société des producteurs de cinéma et de télévision (PROCIREP)

droit, caractérisée « par la recherche, dans chaque cas, de l'*affectio societatis* la plus spécifique »⁷⁸. À titre documentaire, on retiendra par exemple l'existence de trois micro-sociétés spécialisées dans des domaines de gestion étroits et spécialisés : La Société des auteurs de jeux (SAJE) dédiée aux auteurs de jeux télévisés et à la répartition de la rémunération pour copie privée ; la Société des éditeurs et auteurs de musique (SEAM) consacrée au droit de reproduction des partitions musicales ; la Société des auteurs de l'image fixe (SAIF) répartissant la rémunération pour copie privée et les droits de reprographie pour les photographes. Ces sociétés qui ne représentent pas directement des ayants droit jouent néanmoins un rôle formel essentiel dans les mécanismes d'association du réseau des SPRD. Parmi les singularités de ce système de gestion collective et de coordination, il faut noter que la plupart de ces sociétés intermédiaires ne disposent pas de moyens propres et sont « opérées » par des SPRD dites de « premier rang ». Le cas le plus parlant est celui de la Société pour l'administration du Droit de Reproduction Mécanique des auteurs, compositeurs et éditeurs (SDRM), créée en 1935 pour faire face au développement technologique de la radiodiffusion et du disque et gérer les nouveaux droits et rémunérations associés. Malgré une quasi-fusion fonctionnelle entre la SACEM et la SDRM en 1974, du fait que l'essentiel des œuvres gérées par cette dernière appartenait au répertoire de la SACEM ou des sociétés étrangères qu'elle représentait en France, et bien que la SACEM soit majoritaire au capital de la SDRM et destinataire de l'essentiel des droits collectés, les ayants-droit ont choisi de maintenir son existence. Qui plus est, ce dispositif a été poussé « jusqu'à l'artifice complet » quand il a été décidé par toutes les sociétés d'auteurs (SACEM, SACD, SCAM) de confier à la SDRM la mission de les représenter au sein des nouvelles sociétés créées après la loi de 1985 pour la perception de la rémunération pour copie privée. La SDRM, dont l'existence n'est que juridique, s'interposait à triple titre entre la SACEM et les autres sociétés d'auteurs 1/ comme chargée de la perception et de la répartition des droits de reproduction mécanique 2/ comme représentante des sociétés d'auteurs au sein des sociétés de copie privée 3/ comme mandataire des sociétés de copie privée pour collecter ces mêmes droits. Comme le conclut par euphémisme la Cour des comptes : « Il n'est guère démontré que ces intermédiations multiples et de pure forme aient contribué à la transparence des relations économiques entre les sociétés partenaires ».⁷⁹

Cette sur-médiation est elle-même prolongée au sein des sociétés chargées de la gestion de la

⁷⁸Idem p. 16.

⁷⁹Idem p. 20

rémunération pour copie privée et de la « rémunération équitable » instaurées en 1985. Plutôt que d'élargir les prérogatives de sociétés déjà existantes, il a été choisi de créer trois nouvelles sociétés intermédiaires. Pour la rémunération pour copie privée, deux nouvelles entités apparaissent : la Société pour la Rémunération de la copie privée sonore (SORECOP) et la Société pour la perception de la rémunération de la Copie privée audio-visuelle (COPIE FRANCE). Le partage semble donc justifié par la distinction entre phonogrammes et vidéogrammes et par les clés de répartition inscrites par la loi au Code de propriété intellectuelle⁸⁰. Pour la rémunération équitable, destinée aux titulaires de droits voisins sur les phonogrammes, une autre société a été créée : la Société pour la Perception de la Rémunération Équitable (SPRÉ). Enfin, l'évolution technologique dans le domaine numérique a encore engendré la création de plusieurs sociétés, certes de petite taille, mais qui s'ajoutent pour l'essentiel en « bout de chaîne » des sociétés plus anciennes. À ce titre, elles sont tributaires pour la plus grande partie de leurs ressources de réseaux de coordination très complexes avec un nombre important de sociétés en amont⁸¹.

Le pivot SACEM-SDRM-SACD

Si le réseau des SPRD est très complexe, sa structure reste néanmoins très asymétrique et gravite autour d'un cœur constitué de la SACEM, de la SDRM et de la SACD. Au sein de ce pivot, la SACEM joue un rôle essentiel car elle contrôle par effet de cascade une grande partie des SPRD, même si les catégories d'ayants droit et les répertoires touchés sont éloignés de ses missions historiques. Ainsi, la SACEM participe à hauteur de 69,5% au capital de la SDRM, qui elle-même est le principal détenteur de parts

⁸⁰Art. L 311-7, partage entre auteurs, artistes-interprètes et producteurs différent pour les phonogrammes (1/2, 1/4, 1/4) et les vidéogrammes (1/3, 1/3, 1/3).

⁸¹SESAM (1996), sous un contrôle majoritaire de la SACEM et de la SDRM, les sociétés d'auteurs SACD, SCAM et ADAGP, en vue de gérer les droits liés à des produits multimédia, perçus auprès de producteurs ;

- la Société des arts visuels associés (AVA), formée en 2001 par l'ADAGP, la SAIF et la SCAM, vise la gestion d'œuvres constituées en tout ou partie d'œuvres des arts visuels
- EXTRA-MEDIA (2001), regroupe la PROCIREP et la SACD dans l'attente d'une exploitation d'extraits des œuvres audio-visuelles dans les programmes multimédia ; elle n'a pas eu d'activité à ce jour ;
- la SORIMAGE (2005) créée par des sociétés d'auteurs (l'AVA et la SOFIA) et d'éditeurs ou producteurs (la SOFIA, la PROCIREP et la SCPA) pour gérer les droits de copie privée audio-visuelle revenant aux œuvres des arts visuels.

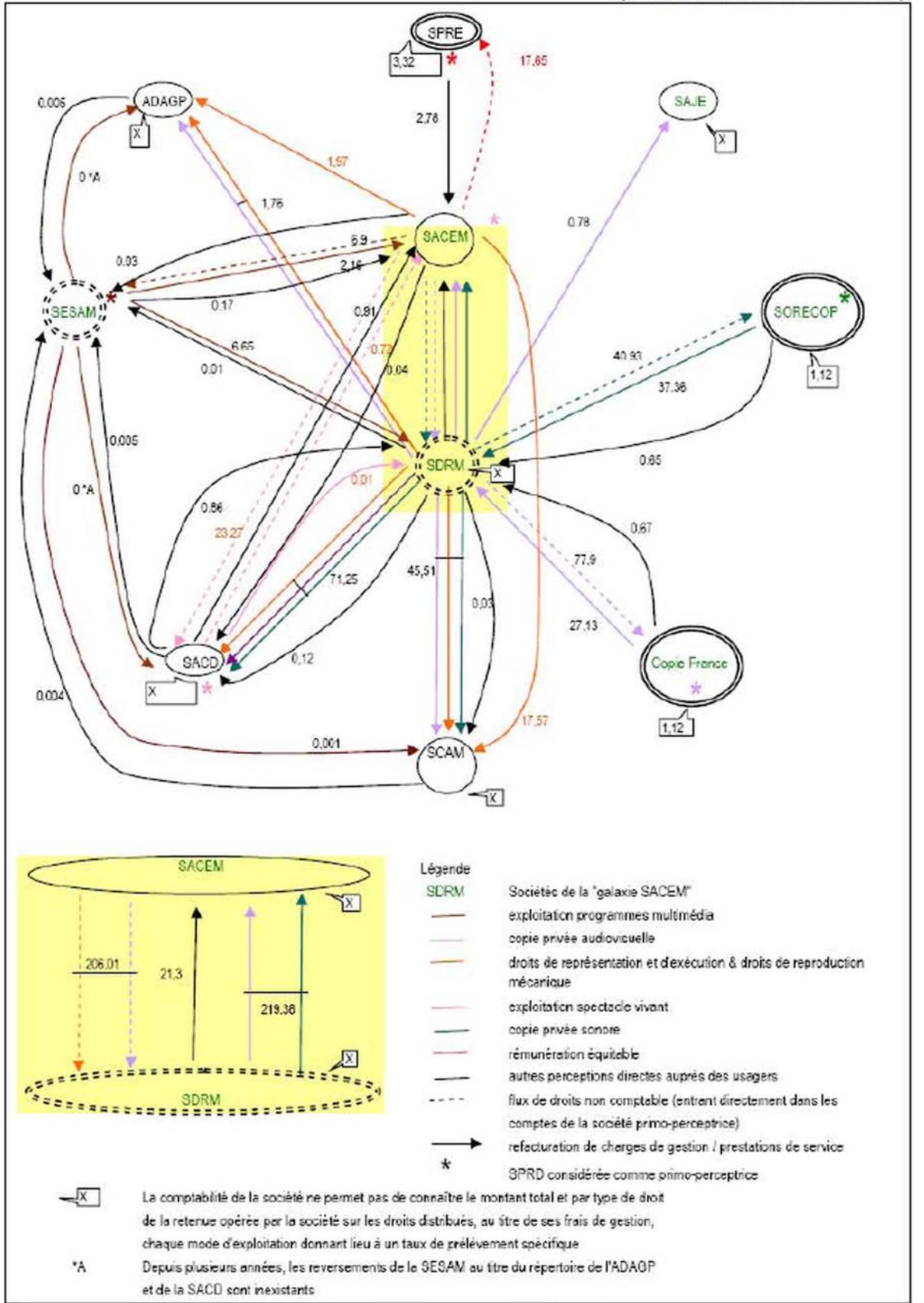
dans des sociétés comme la SORECOP, COPIE FRANCE ou encore le SESAM⁸². C'est non seulement à travers une domination capitaliste que la SACEM exerce son influence sur tout un ensemble de SPRD mais aussi par son patrimoine d'expérience et les économies d'échelle qu'autorise le recours à ses services administratifs et de gestion par les autres sociétés. La SACEM est donc parvenue à étendre sa taille et sa puissance en associant fortement et durablement un grand nombre d'éléments. En stabilisant dans le temps un état de rapports de force et en s'associant avec le plus grand nombre d'éléments durablement liés, la SACEM a vu sa force d'intervention s'accroître par rapport aux autres acteurs. De plus, la SDRM, tout comme la SORECOP et COPIE FRANCE sont des « coquilles vides » qui ne disposent d'aucun moyen propre et se contentent de confier un mandat de gestion à la SACEM pour effectuer concrètement leur mission. Ainsi, tous les responsables de ces sociétés sont des salariés de la SACEM, voire même leurs dirigeants. De fait, et la Cour des Comptes s'en inquiétera, ces liens hiérarchiques (même si la SACEM ne contrôle pas juridiquement ces sociétés en termes de sièges aux conseils d'administration), sont gérés par des agents de la SACEM. Du fait de son ancienneté, de son expertise et de la taille de son réseau territorial qui contrôle partout en France les modalités de perception des divers droits, la SACEM est aussi le principal prestataire de services de l'ensemble des SPRD. Ainsi, la SACEM, tout en détenant près de 70% du capital de la SDRM, en est aussi la mandataire, puisqu'elle effectue et refacture des prestations de services liées à la perception des droits. Le verrouillage du système de gestion collective par le trio SACEM-SDRM-SACD se joue aussi au niveau territorial par une coopération entre SACEM et SACD sur le contrôle des salles de spectacles parisiennes et le partage du réseau des délégations régionales. Le réseau national qui procède à la perception et au contrôle des dispositions légales en matière de droits d'auteur auprès des diffuseurs et utilisateurs représente à la fois la SACEM et la SACD au titre d'un protocole d'accord datant de 1987 et modifié en 1992. Ce protocole donne lieu à un système complexe et négocié au niveau syndical de versements de commissions par la SACD aux délégués régionaux et un paiement de frais de gestion à la SACEM (locaux, matériels, personnels et déplacements).

⁸²SESAM est l'interlocuteur des producteurs et fournisseurs de contenus multimédia souhaitant mettre à disposition du public, via un support ou un réseau numérique, un programme multimédia reproduisant des œuvres des répertoires qu'il représente. En fédérant les diverses sociétés de droit d'auteur, SESAM permet aux auteurs de bénéficier de l'exploitation de leurs œuvres et aux producteurs de les utiliser à leur juste valeur, dans tous les domaines du multimédia. Source : <http://www.sesam.org/>

Le schéma suivant permet de visualiser la réalité du pivot SACEM-SDRM-SACD en traçant les flux financiers du cœur du réseau vers les sociétés périphériques (dites de « second rang » ou « intermédiaires »).

Source : Cour des Comptes - Rapport de la Commission permanente de contrôle des sociétés de perception et de répartition des droits. Huitième rapport annuel, mai 2011, p. 46

(En M€, chiffres de l'année 2008)



Les SPRD, dont nous avons tenté de mieux comprendre le degré d'intrication, s'inscrivent dans la définition canonique du « public » énoncée par les pragmatistes américains comme Lippmann et Dewey : des communautés d'acteurs affectées par les conséquences indirectes de transactions rendues possibles par une innovation technologique et pour lesquelles il n'existe pas, selon Noortje Marres (2007: 772), « d'institutions » suffisamment équipées pour les cadrer et qui réclament donc l'intervention d'acteurs politiques pour correctement les définir et les articuler. L'engagement du public se manifeste par sa capacité à alimenter, construire et « publiciser » un risque à travers un entremêlement de controverses capables d'enrôler des institutions politiques pour transformer une question (*issue*) privée en un problème public.

Dispositif essentiel de l' « État culturel » à la française, les SPRD sont de véritables « léviathans » (Callon et Latour 2006 : 11 et suiv) assis sur un nombre considérable de liens et d'associations durables et ductiles : échafaudage de textes législatifs, de codes, de jugements ; dispositif étroitement tissé de comptabilité, de calcul et de gestion ; accords de réciprocité internationaux, réseaux territoriaux de contrôle et d'enquête ; encadrement et structure technocratique assurée par des transfuges des administrations centrales de l'État ; statut juridique souple et mutualiste de sociétés civiles capables de parler au nom de centaines de milliers d'artistes et d'ayants-droit, etc. En un mot, les SPRD sont un exemple archétypal de « l'agencement » d'acteurs autant fabriqués par le dispositif du droit d'auteur que fabriquant ce même droit. Le résultat immédiat de cet agencement réside dans la taille et la force des SPRD capables de plier leur environnement à leurs intérêts et profits et de jouer le rôle de centre de coordination de tout le secteur culturel, notamment au plan économique. Ce public, malgré ou à cause de sa complexité déroutante, étonne par sa taille et l'intrication des relations entre ses membres. Sa prolifération pourrait s'expliquer par les tensions inhérentes au monde de la création entre auteurs, interprètes et producteurs. La « valeur » du droit d'auteur tel que défini au XVIII^{ème} siècle, centré sur une approche personnaliste et sur le caractère sacré de la propriété individuelle, a permis dans le temps et l'espace de coordonner des disciplines artistiques très diverses (musique, cinéma, documentaire, livre, photographie...) ; de résister aux ruptures technologiques de diffusion (concert, radio, disque, reprographie, télévision...) qui non seulement évoluent sans cesse mais se cumulent – le numérique n'a aboli ni le concert, ni la radio, ni le

support physique – ; d'articuler des échelles extrêmes de lieux de diffusion (du salon de coiffure à la mondiovision) et de réguler des usages toujours plus « débordants » (lecture, spectacle, *broadcasting*, vente de supports physiques, copie privée analogique, basculement numérique, piratage...).

Cependant, le contrôle rigoureux exercé par les SPRD a été mis brutalement à l'épreuve par l'avènement des échanges pair-à-pair. Le flot des échanges, dopé par un attachement d'une rare intensité des internautes, a littéralement submergé les routines coordonnées par les SPRD. À l'orée des années 2000, une bataille s'est ouverte avec pour objet l'extension du contrôle des SPRD vers ces nouveaux canaux d'une part par la loi, ce que nous évoquerons ci-après et, d'autre part, par des dispositifs matériels et techniques *ad hoc* capables d'établir la matérialité de la preuve de l'infraction au droit d'auteur sur les réseaux numériques.

II – L'obtention d'un pouvoir d'enquête sur les réseaux pair-à-pair

Pour contrôler et déclencher la poursuite des contrevenants au droit de propriété littéraire et artistique, il est indispensable que les ayants droit obtiennent une sécurisation juridique de leur pouvoir d'enquête sur les réseaux pair-à-pair. Les SPRD vont ici faire jouer au maximum leur capacité de représentation de centaines de milliers d'auteurs en parlant et agissant concrètement en leur nom ; tout en les faisant taire, selon un paradoxe désormais bien connu de la démocratie représentative (Callon, Lascoumes, et Barthe 2001: 165). Si Dewey avait bien identifié que les problèmes publics (*public affairs*) affectaient collectivement des associations d'acteurs non directement impliqués dans leur production, Marres (2007: 772)⁸³ complète cette idée en montrant qu'elles sont non seulement affectées collectivement mais de manière antagoniste tant sur le plan des intérêts que du matériau technique et juridique. Dès l'été 2004, va se jouer un épisode clé de l'élaboration d'un droit spécial de lutte contre le téléchargement illégal doté de moyens opératoires visant à assouplir les procédures générales de répression de la contrefaçon. Il va

⁸³ « *It now becomes clear how Dewey's understanding of public affairs must be amended : Dewey defined a public affair as a problem that jointly affects an association of actors who were not directly involved in its production, but it seems mor appropriate to say that actors are jointly and antagonistically implicated in issues* ».

mettre en jeu quatre acteurs : la Commission Nationale Informatique et Libertés (CNIL), le Conseil d'État, le Conseil constitutionnel et les SPRD dans le cadre de la révision de la loi du 6 janvier 1978, dite « Informatique et libertés ». Afin d'enrayer le téléchargement illégal, les ayants droit ont donc rapidement perçu les limites et les paradoxes des procès pour contrefaçon. Si le caractère dissuasif des peines est un élément essentiel du dispositif judiciaire, la publicité des quelques procès engagés au début des années 2000 se retourne médiatiquement contre les plaignants rapidement taxés de persécuteurs des modestes internautes. L'acceptation sociale de la répression pénale s'abattant sur des jeunes, des enseignants ou des personnes âgées est très limitée, surtout quand les peines théoriques encourues sont de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende. Les ayants droit vont donc tenter dès 2003 d'obtenir les conditions d'une procédure à la fois plus souple, plus efficace et plus massive. Une première étape va consister à obtenir la possibilité d'industrialiser la collecte des preuves matérielles des infractions au droit d'auteur sur les réseaux numériques et notamment les réseaux pair-à-pair qui représentent de loin, à l'époque, la plus importante source d'échanges illicites et la plus grande menace de substitution à l'achat d'œuvres légales du point de vue des ayants droit et des industriels. Le principe même de l'échange pair-à-pair offre la possibilité d'une surveillance et d'une infiltration aisée, sans porter atteinte à la correspondance et à la vie privée, puisqu'il repose sur une vaste mise à disposition collective d'œuvres repérables par des logiciels qui mettent en relation des ordinateurs personnels via leur adresse IP. Les ayants droit vont donc s'organiser pour obtenir du législateur un véritable pouvoir d'enquête privée sur les réseaux pair-à-pair, afin de pouvoir collecter légalement puis transmettre à une juridiction les constats d'infraction. Si les ayants droit revendiquent la possibilité de mener ces opérations d'enquête, c'est aussi pour maîtriser en amont la chaîne de la répression en contrôlant le débit du flux des procès verbaux ainsi que la qualité et la quantité des œuvres qui feront l'objet d'une surveillance.

La révision de la loi Informatique et libertés

Repérer les adresses IP des contrevenants, les archiver et en faire un traitement informatique, se heurte à la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 « relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ». Cette loi,

historique à plus d'un titre, est admise comme un élément important de l'ordonnement juridique français. S'opposant dès la fin des années soixante dix à l'interconnexion naissante des fichiers informatiques, elle a servi de modèle à plusieurs pays européens. Ce texte se fonde sur d'importants acquis constitutionnels, au premier rang desquels l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 concernant le respect de la vie privée, la liberté individuelle en tant que telle mais aussi en tant que protégée par l'autorité judiciaire au titre de l'article 66⁸⁴ de la Constitution, et plus largement, par la compétence exclusive que le législateur tient de l'article 34⁸⁵ de la Constitution de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques.

Plus précisément, la loi « informatique et libertés », stipule en son article premier que l'informatique « ne doit porter atteinte [...] ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques ». Les données à caractère personnel doivent être « collectées et traitées de manière loyale et licite [...] pour des finalités déterminées, explicites et légitimes » (article 6). « Un traitement de données à caractère personnel doit avoir reçu le consentement de la personne concernée ou satisfaire à l'une des conditions énumérées » (article 7). En outre, ce texte institue une des premières autorités administratives indépendantes, la Commission Nationale Informatique et Libertés (CNIL) chargée de délivrer les autorisations de fichiers informatiques qui font exception, dont ceux relatifs aux infractions supposées commises, permettant la poursuite de leurs auteurs et leur sanction. Vingt-cinq ans après son adoption, le législateur a décidé de procéder à une modification de la loi de 1978 pour mieux l'adapter à l'évolution des réseaux numériques.

Modifié par la loi du 6 août 2004, l'article 9 de la loi originelle accorde désormais expressément « aux personnes morales mentionnées aux articles L. 321-1 et L. 331-1 du Code de la propriété intellectuelle [sociétés de gestion collectives ou de perception et de répartition des droits d'auteurs et des artistes interprètes] agissant au titre des droits dont elles assument la gestion ou pour le compte des victimes d'atteintes aux droits d'auteurs et aux droits voisins, afin d'assurer la défense de ces droits » la possibilité de mettre en œuvre des « traitements de données à caractère personnel relatives aux infractions ». Cet

⁸⁴« Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ».

⁸⁵« La loi fixe les règles concernant : les droits civiques et les garanties fondamentales pour l'exercice des libertés publiques [...] »

amendement, dont on sait qu'il a été proposé par la SACD⁸⁶, permet donc la mise en place de la première pierre d'un droit spécial nouveau de lutte contre le téléchargement illégal en autorisant à collecter et traiter des informations constitutives de l'infraction de contrefaçon. Certes, l'assimilation de l'adresse IP à la catégorie des données personnelles est extrêmement controversée⁸⁷ et cette modification de l'article 9 de la loi Informatique et libertés va, comme nous allons le constater, être largement contestée et diversement interprétée par la CNIL, le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel.

Saisine et réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel, juillet 2004

Cette modification de la loi Informatique et libertés va faire l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel en juillet 2004. Les soixante députés de l'opposition de l'époque, auteurs de la saisine, attirent l'attention du Conseil constitutionnel sur le fait qu'« en autorisant [...] des sociétés de gestion de droits d'auteur et de droits voisins, à constituer de tels « casiers judiciaires privés », le législateur a rompu tout l'équilibre du mécanisme protecteur de la loi de 1978 et a affaibli radicalement les dispositions valant garanties du droit à la vie privée et de la liberté individuelle. La loi de 1978 proscrivait ce type de listes noires, « ces procédés de stigmatisation à vie par des officines non contrôlées » pour reprendre l'expression de personnalités⁸⁸ engagées dans la défense des libertés face à l'informatique »⁸⁹. Pour justifier leurs craintes, les auteurs de la saisine rappellent aux Sages que la CNIL avait déjà refusé le 15 mars 2001 à une société de gestion de droits l'autorisation de constitution de fichiers d'adresses IP de contrevenants au droit d'auteur.

Le Conseil constitutionnel répondra à ces objections par la décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004. Il conclura, à propos de l'article 9, 4° qui concerne spécifiquement la question de l'autorisation faite aux SPRD de collecter et de traiter des informations recueillies sur les réseaux pair-à-pair, que « la disposition contestée est de nature à assurer, entre le respect de la vie privée et les autres droits et libertés,

⁸⁶Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques.

⁸⁷Voir Chap 5.

⁸⁸*Le Monde*, du 14 juillet 2004.

⁸⁹Saisine par 60 députés, Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée ». Cette décision semble aller dans le sens de la requête des ayants droit de pouvoir procéder à des collectes massives d'IP de contrevenants et à l'établissement de procès verbaux. Mais le considérant n° 13 de la décision du Conseil constitutionnel, (il s'agit là de toute la subtilité d'équilibre de cette institution), introduit une « réserve d'interprétation »⁹⁰. Cette réserve d'interprétation est de taille et marquera très profondément la doctrine juridique pour tous les débats à venir concernant HADOPI. Ainsi, le Conseil constitutionnel, dans le considérant en question, affirme que la lutte contre les nouvelles pratiques de contrefaçon qui se développent sur le réseau Internet répond à un « objectif d'intérêt général qui s'attache à la sauvegarde de la propriété intellectuelle et de la création culturelle ». Mais, il ajoute la réserve d'interprétation suivante : « les données ainsi recueillies ne pourront en vertu de l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques, acquérir un caractère nominatif que dans le cadre d'une procédure judiciaire et par rapprochement avec des informations dont la durée de conservation est limitée à un an ; que la création des traitements en cause est subordonnée à l'autorisation de la CNIL ».

Cette réserve d'interprétation porte en filigrane les éléments des controverses à venir : la collecte et le traitement légitime des données permettant d'identifier les contrevenants instaurant un pouvoir d'enquête sont associés à l'obligation de passer par une procédure judiciaire pour obtenir le rapprochement entre l'IP et l'identité du titulaire de l'abonnement. Rapidement, la décision du Conseil constitutionnel du 29 juillet 2004 va faire l'objet d'interprétations discordantes. Le 26 octobre 2004, la CNIL précise dans une note explicative le sens de la modification de l'article 9, 4° de la loi de janvier 1978. Cette modification permet, selon la CNIL, deux choses : tout d'abord la possibilité pour les sociétés de gestion collective et les organismes de défense des intérêts des auteurs et des titulaires de droits voisins de mettre en œuvre des « traitements ayant pour finalité la constatation des infractions », visant à « recenser les actes de contrefaçon sur Internet et à engager des poursuites » en utilisant « des logiciels

⁹⁰ « À l'occasion du contrôle qu'il exerce sur les lois organiques, les lois ordinaires ou les règlements des assemblées, le Conseil constitutionnel dispose d'une option : déclarer conforme ou non à la Constitution. Toutefois, de sa propre initiative, il a trouvé une solution qui lui permet d'échapper au caractère quelque peu brutal de cette alternative. Il s'agit de la technique des réserves d'interprétation. Cette technique permet au Conseil de déclarer une disposition conforme à la Constitution, à condition que cette disposition soit interprétée ou appliquée de la façon que le Conseil indique. »

Les réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel, Accueil des nouveaux membres de la Cour de cassation au Conseil constitutionnel le 26 janvier 2007. Exposé présenté par M. Xavier Samuel, Chargé de mission au Conseil constitutionnel.

permettant de relever les adresses IP des internautes, ainsi que d'identifier la nature des œuvres de l'esprit qu'ils mettent à disposition du public et, ce, dans la perspective de réunir les preuves nécessaires à l'engagement des poursuites pénales ou civiles ». En second lieu, ces dispositions permettent aux ayants droit d'entreprendre des mesures de prévention en « adressant aux internautes concernés des messages de prévention sur les conséquences économiques de la contrefaçon, ainsi que sur les sanctions encourues ».

« Erreurs d'appréciation » de la CNIL, annulation par le Conseil d'État, mai 2007

Un an plus tard, le 18 octobre 2005, la CNIL durcit sa position, en refusant finalement « d'autoriser quatre sociétés d'auteurs et de producteurs de musique à mettre en œuvre des dispositifs permettant la détection automatisée des infractions au Code de propriété intellectuelle et à envoyer des messages de sensibilisation aux internautes ». L'autorité administrative indépendante revient aussi sur la possibilité d'envoi de messages de prévention en considérant « que les sociétés d'auteurs ne pouvaient avoir recours aux fournisseurs d'accès à internet pour qu'ils identifient les internautes et relayent les messages de prévention, dans la mesure où l'envoi de messages pédagogiques pour le compte de tiers ne fait pas partie des cas de figure où les fournisseurs d'accès à internet sont autorisés à conserver les données de connexion des internautes ». La CNIL estime en outre « que les dispositifs présentés [n'étant] pas proportionnés à la finalité poursuivie, (dans la mesure où ils n'ont pas pour objet la réalisation d'actions ponctuelles strictement limitées au besoin de la lutte contre la contrefaçon), ils peuvent aboutir à une collecte massive de données à caractère personnel ; ils permettent la surveillance exhaustive et continue des réseaux d'échanges de fichiers « peer to peer » ; la sélection [s'effectuant] sur la base de seuils relatifs au nombre de fichiers mis à disposition qui sont déterminés uniquement par les sociétés d'auteurs. »

Face à ce refus de la CNIL de délivrer l'autorisation de mise en œuvre d'un dispositif de collecte d'IP de contrevenants, les sociétés de gestion collective déboutées⁹¹ décident de saisir le Conseil d'État pour faire annuler les délibérations de la CNIL qui a rejeté leur demande. Ce n'est que le 23 mai 2007, soit un an et

⁹¹ Société des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs de Musique (SACEM), Société pour l'administration du Droit de Reproduction Mécanique des Auteurs (SDRM), Société Civile des Producteurs Phonographiques (SCPP) et Société civile des Producteurs de Phonogrammes en France (SPPF).

deuxième après la décision contestée de la CNIL et quelques mois avant le dépôt de loi HADOPI et alors que l'opinion publique commence à se mobiliser sur le sujet, que le Conseil d'État rend son avis.

Pour justifier l'annulation de la décision du 18 octobre 2005 de la CNIL, le Conseil d'État va démontrer que la CNIL a commis une « erreur d'appréciation » concernant la proportionnalité entre les mesures techniques demandées par les sociétés de gestion de droits et le but recherché. Dans sa décision, la CNIL affirmait que les traitements informatiques envisagés auguraient « d'une surveillance exhaustive et continue des réseaux d'échanges de fichiers ». Le Conseil d'État conteste cette analyse en s'appuyant sur les pièces du dossier fournies par les SPRD qui affirment « s'être engagées à constituer une base commune de contrôle portant simultanément sur 10 000 titres musicaux, faisant l'objet d'une actualisation hebdomadaire à hauteur de 10% des titres composant la base ». En comparaison avec les « centaines de millions de fichiers » échangés illégalement, et en affirmant que les traitements envisagés conduisaient à une surveillance exhaustive et continue, la CNIL a donc entaché sa décision d'une erreur d'appréciation. Par ailleurs, cette dernière avait fondé son refus en raison des critères uniquement quantitatifs des traitements informatiques envisagés. Une seconde fois, le Conseil d'État affirme que la CNIL a commis une erreur d'appréciation « en estimant que ces critères quantitatifs étaient dépourvus de pertinence eu égard à la finalité du traitement envisagé ». Néanmoins, le Conseil d'État donne raison à la CNIL qui avait relevé que les traitements envisagés ayant pour finalité l'envoi de messages pédagogiques étaient contraires aux dispositions de l'article L. 34-1 du code des postes et communications électroniques. Conformément à la décision du 29 juillet 2004 du Conseil constitutionnel, les IP collectées par les ayants droit ne pouvaient être transformées en données nominatives que par l'intermédiaire de l'autorité judiciaire pour le besoin de la poursuite des infractions pénales. Or, pour adresser des messages pédagogiques aux internautes, les sociétés de gestion de droits devaient procéder à cette transformation des données techniques en données nominatives, avec le risque juridique majeur d'enfreindre la présomption d'innocence dans le cas d'erreurs matérielles sur la désignation du titulaire de l'IP ou simplement parce que personne ne peut être accusé, même à titre pédagogique, d'avoir commis une infraction hors d'un cadre judiciaire. Les 8 et 22 novembre 2007, la CNIL se conforme à l'arrêt du Conseil d'État et autorise la SACEM, la SDRM, et la SCPP « à mettre en œuvre des traitements ayant pour objet la recherche d'infractions aux droits d'auteur sur les réseaux peer to peer », mais n'autorise pas

l'envoi de messages pédagogiques.

Ces péripéties de plus de trois ans entre la révision de la Loi Informatique et libertés et l'autorisation délivrée par la CNIL aux SPRD de procéder à la collecte et au traitement des IP marquent un tournant dans l'établissement des modalités concrètes de la mise en place d'un droit spécial de lutte contre le téléchargement illicite. Elles soulignent aussi la ténacité et la capacité des SPRD à obtenir un pouvoir d'enquête en amont de ce futur droit spécial et l'efficacité de leur organisation collective comme public capable de modifier les intérêts d'autres acteurs comme la CNIL, en remettant en cause les associations antérieures par l'intermédiaire d'acteurs politiques comme le Conseil d'État. L'engagement politique des SPRD peut se traduire comme une pratique dont l'objet est de réorganiser l'articulation de questions (*issues*) que les instruments institutionnels existants échouent à maîtriser. La controverse entretenue par les SPRD vis-à-vis de la CNIL autour des divergences d'approche des données à caractère nominatif comme objet socio-technique permet de faire émerger l'engagement des SPRD comme public concerné. L'observation de ce pouvoir d'agencement des SPRD des droits de la filière musicale mises à l'épreuve par la crise traversée par ce secteur est une phase essentielle qui permet de comprendre comment un droit spécial a pu être progressivement formulé et de quelle manière des acteurs ont pu commencer à reprendre prise sur un objet incertain qui échappait jusque là à toute opération de contrôle.

III – Mise en œuvre du pouvoir d'enquête et matérialité de la preuve sur les réseaux pair-à-pair

Les informations concernant les modalités pratiques du recueil de la matérialité de la preuve par les ayants droit sur les réseaux pair-à-pair sont très difficiles à obtenir en raison de leur caractère confidentiel tant sur le plan judiciaire que technique. Les méthodes et les logiciels permettant ces constats étant eux-mêmes minutieusement protégés par le secret industriel. Mais un épisode de la mise en place tumultueuse de la Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des droits sur Internet va

nous autoriser à lever une partie du voile du processus technique et matériel concret de constat des infractions. Ce pouvoir d'enquête et ces méthodes vont permettre aux ayants droit de « prendre prise » selon l'expression de Bessy et Chateauraynaud (2014: 93) sur le phénomène du piratage par un mécanisme empirique d'authentification des flux illicites de biens culturels. Ces mécanismes socio-techniques vont avoir pour effet de faire sortir du silence les échanges illicites et de les inscrire dans un processus juridique de surgissement de la matérialité de la preuve d'échange de biens contrefaits en instaurant un « art de la prise » inédit dans l'espace-temps numérique.

Le rapport « Znaty »

Il faut tout d'abord rappeler que les ayants droit ont fait appel à des prestataires pour mettre en œuvre le pouvoir d'enquête sur les réseaux pair-à-pair. Ces prestataires sont au nombre de quatre, le plus important étant la société Trident Media Guard (TMG) qui opère la plate-forme de traitement automatisé de constatation de faits de contrefaçon sur les réseaux pair-à-pair et de collecte des adresses IP à partir desquelles les faits sont commis. Ces preuves matérielles sont ensuite adressées à des agents assermentés des ayants-droit qui dressent des saisines de constatation d'infraction transmises ensuite à la Commission de protection des droits de la HADOPI qui s'assure de leur exactitude tant matérielle que procédurale avant une éventuelle transmission de l'IP aux fournisseurs d'accès pour identification de l'abonné et poursuite par le Parquet. Trois autres prestataires entrent dans le processus : *Kantar Media* chargé de fournir les masters (fichiers certifiés originaux) des œuvres phonographiques afin de permettre à TMG de calculer les « empreintes » ; ainsi que deux autres prestataires dont les noms sont inconnus pour raisons de confidentialité, qui apportent les solutions logiciels pour le calcul des empreintes des œuvres musicales et audio-visuelles. Bien que la CNIL au moment de la délivrance de ses autorisations aux ayants droit ait souhaité, en juin 2010, qu'il soit procédé à une évaluation de la robustesse technique des procédés de traitement des preuves matérielles par un tiers de confiance⁹², ayants-droit et HADOPI n'ont

⁹² « Les premières étapes de la « riposte graduée » (envoi d'email et de lettre recommandée) reposeront donc uniquement sur la collecte opérée par le système de TMG. Votre rapporteur considère qu'il serait préférable que le système de collecte soit « homologué » par un tiers de confiance, pour renforcer la sécurité juridique des constats. », CNIL, *Rapport relatif aux demandes de modification d'autorisation des traitements ayant pour finalité la recherche et la constatation des délits de contrefaçon commis via les réseaux d'échanges de fichiers*

pas jugé utile de suivre cette recommandation. Mais c'était sans compter sur l'opiniâtreté des opposants à la loi HADOPI qui sont parvenus à mettre à jour de très importantes failles de confidentialité chez le prestataire TMG⁹³. Ayant découvert qu'un des serveurs test de TMG n'était pas du tout protégé contre les intrusions, ces militants ont pu porter à la connaissance du grand public et de la presse généraliste des listes entières d'adresses IP que TMG avait stockées sur ce serveur test. Malgré les démentis du prestataire qui minimisait l'incident en arguant du fait qu'il ne s'agissait que d'un serveur périphérique de test à la mise en place du système de recueil des preuves matérielles d'infraction, la HADOPI est contrainte d'annoncer sans délai la suspension provisoire de son interconnexion avec TMG. En toute logique, dès le 23 mai 2011, dix jours après que les failles de sécurité aient été rendues publiques, un expert indépendant, David Znaty, est missionné pour expertiser le système de traitement automatisé de TMG. C'est ce rapport, rendu partiellement public en janvier 2012, qui permet d'éclairer concrètement le processus d'enquête des ayants droit sur les réseaux pair-à-pair.

Calculer et certifier l'empreinte d'une œuvre

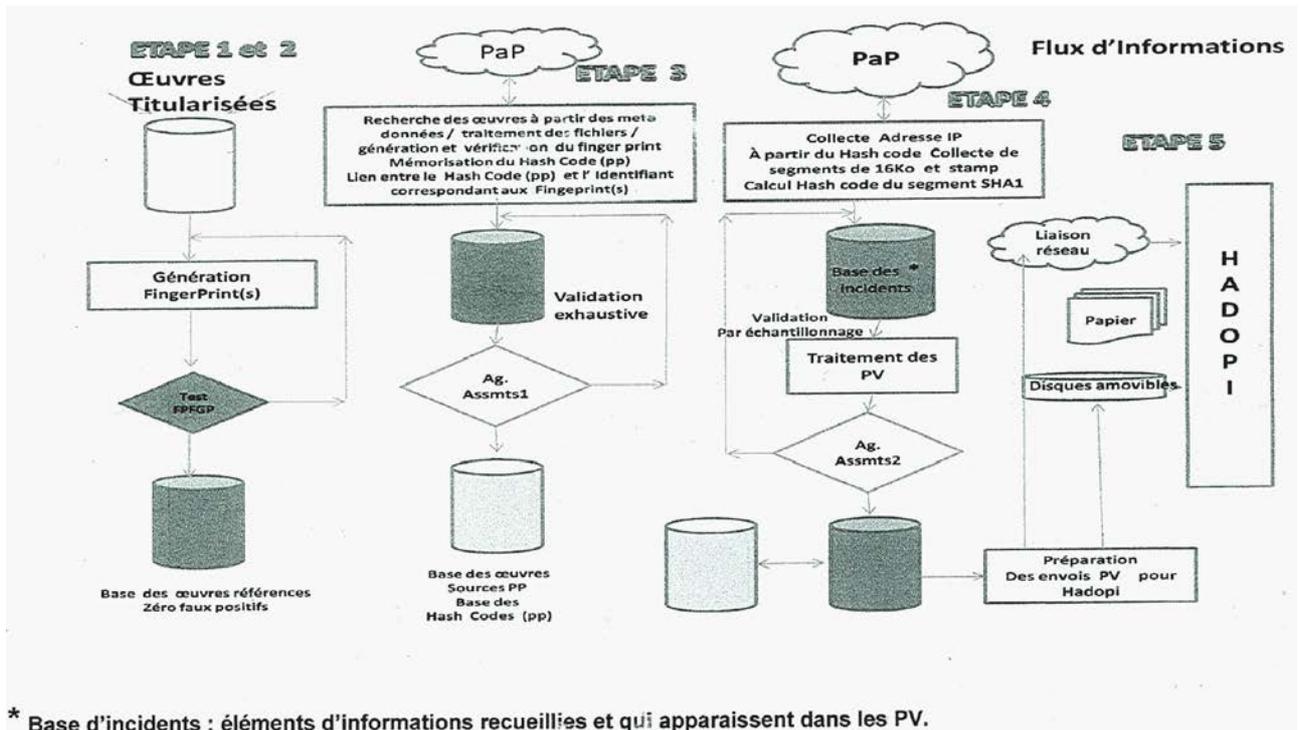
Affirmer la nécessité de lutter contre la mise à disposition au public d'œuvres protégées par un droit de propriété littéraire ou artistique est certes juridiquement et moralement fondé mais elle se heurte sur le plan pratique à de nombreux obstacles matériels. Le premier d'entre eux consiste simplement à identifier de manière formelle une œuvre qui circule illicitement sur les réseaux pair-à-pair. L'identification de l'œuvre et la possibilité d'établir la liste des ayants droit qui ont donné mandat à une SPRD est l'élément primordial de la chaîne instaurée par le législateur. Compte tenu de la masse considérable de fichiers échangés, cette identification formelle doit pouvoir être automatisée, contrairement au travail de terrain des agents assermentés des SPRD qui sont amenés à effectuer des contrôles auprès de salles de spectacles, de distributeurs de supports physiques ou de divers lieux publics. La première mission de l'expert a donc été d'analyser avec précision la méthode utilisée pour créer l'empreinte numérique d'une œuvre musicale ou audio-visuelle. Pour administrer une preuve et organiser socialement sa tangibilité, Bessy et

dénommés "*peer to peer*", Monsieur Emmanuel de GIVRY, Vice-président délégué, p. 6

⁹³Le 13 mai 2011, Olivier Laurelli du site www.reflets.info, révèle cette information.

Chateauraynaud (2014: 397) ont montré que la production négociée d'un espace de calcul commun est indispensable afin de produire une liste de descripteurs stabilisés permettant de construire des données commensurables. L'empreinte d'une œuvre permet d'identifier automatiquement une œuvre musicale ou audio-visuelle. Elle est indépendante du support ou de l'encodage de l'œuvre et réputée robuste si le système de génération d'empreintes assure l'unicité de l'empreinte de chaque œuvre. Le procédé du « hashage » est utilisé pour simplifier l'automatisation de comparaison entre deux fichiers. Ce principe, issu de la cryptographie, permet de transformer tout document électronique en un petit nombre d'octets (16 à 32) au moyen de fonctions mathématiques. Ce « condensat » permet de traiter massivement, au regard de la faible taille des *hashcode*, un processus de comparaison de fichiers. Grâce aux fonctions mathématiques utilisées pour générer les *hashcode*, la moindre modification d'un fichier produit un résultat différent et permet à l'inverse d'identifier avec certitude deux fichiers semblables. Pour l'usage qui nous intéresse, ce procédé permet de comparer avec certitude une base de données d'œuvres protégées avec des fichiers circulant sur des réseaux pair-à-pair. Ces outils algorithmiques permettent donc une identification rapide et à moindre coût d'une masse considérable de données. La condition unique d'efficacité de ce système est de vérifier que deux œuvres différentes ne présentent pas le même *haschcode* ou que deux *haschcodes* ne caractérisent pas une même œuvre. Ces défauts – que le rapport Znaty cherche à contrôler – sont appelés « faux positifs ». L'intérêt d'utiliser cette méthode pour traquer les œuvres mises illicitement à disposition est que précisément, les réseaux pair-à-pair se basent eux-mêmes sur cette méthode pour identifier un fichier.

Le schéma ci-dessous, issu du rapport Znaty (p. 22), synthétise le flux général du système de génération des procès verbaux de constatation réalisés par le prestataire TMG et validés par les agents assermentés des SPRD avant transmission à la HADOPI.



Cinq étapes constituent le processus d'élaboration de la preuve matérielle de fait de contrefaçon. Il s'agit en premier lieu de la phase de « titularisation » qui permet de dresser la liste d'un ensemble d'œuvres de référence. Les SPRD ne traquent pas toutes les contrefaçons de leurs catalogues, ce qui nécessiterait des investissements colossaux⁹⁴ sans pertinence économique. Seule une fraction des catalogues, qui représente les œuvres les plus récentes et les plus demandées, font l'objet d'une recherche sur les réseaux d'échange. Soit une liste de 10 000 œuvres musicales et 1000 films renouvelés chaque semaine à hauteur de 10%. La deuxième étape de l'établissement de la matérialité de la preuve consiste dans la constitution de la base des empreintes des œuvres de référence à laquelle une série de tests est appliquée pour éviter un phénomène de faux-positifs. Ces empreintes sont réalisées à partir des masters des œuvres de référence fournis par le prestataire *Kantar*. En troisième lieu, est constituée une base de fichiers et leur *hashcode* à surveiller sur les réseaux pair-à-pair. Les fichiers sont recherchés sur les réseaux à partir de mots clés du titre de l'œuvre. Une première validation automatique par comparaison à partir des empreintes des œuvres de référence est réalisée puis vérifiée manuellement par les agents assermentés afin de garantir que les fichiers repérés contiennent sans erreur possible l'œuvre détectée. Chaque fichier ainsi identifié et son

⁹⁴La SACEM, à elle seule, possède un catalogue de 40 millions d'œuvres...

hashcode rejoint une base de fichiers dont la surveillance va pouvoir commencer.

La quatrième étape est donc la constatation proprement dite de la mise à disposition des fichiers surveillés. Le système TMG collecte alors massivement les adresses IP des accès internet à partir desquels sont mis à disposition les fichiers surveillés et constitués lors de l'étape précédente. Pour chaque IP repérée, il est procédé au téléchargement à partir de cette dernière d'un segment du fichier mis à disposition. Le résultat de cette étape est un ensemble de constats de mise à disposition illicite de fichiers contenant l'adresse IP à partir de laquelle un fichier est mis à disposition, le segment de fichier et un horodatage de la mise à disposition indispensable pour qualifier l'infraction. Ces constats sont validés manuellement par échantillonnage (compte tenu de leur nombre important⁹⁵) par des agents assermentés. Enfin, cinquième et dernière étape avant la transmission à la HADOPI, la génération automatique des procès verbaux à partir des constats. Ces actes juridiques accompagnés en pièces jointes du segment de l'œuvre illicitement mise à disposition, de l'adresse IP, du jour et de l'heure de la mise à disposition, revêtent donc la valeur de preuve matérielle de l'acte de téléchargement illégal que l'autorité administrative indépendante reçoit comme constatation de l'infraction au droit d'auteur.

Conclusion

Dans ce chapitre nous nous sommes intéressés, au milieu d'une situation où la confusion et l'identification des acteurs semblent régner, aux Sociétés de perception et de redistribution des droits, acteurs à la fois essentiels et peu connus bénéficiant de deux siècles et demi d'expérience dans le domaine qui nous intéresse. Alors que notre sujet traite d'innovations technologiques récentes, certains acteurs, outre l'État, enracinent leur action sur le temps long. En décrivant ces acteurs et leurs spécificités nous avons souligné que, contrairement aux idées reçues, la question des échanges de biens culturels numérisés est alimentée par des expertises, des routines et des enjeux politiques profondément ancrés dans l'histoire et tissés par des associations sociales larges et robustes.

⁹⁵Plusieurs dizaines de milliers par semaine si on en juge par le fait qu'en mars 2013 la Haute autorité avait adressé 84000 mails de première recommandation.

Notre projet était de suivre un type d'acteur concerné depuis l'origine du droit d'auteur au XVIIIème siècle à travers les étapes, les effets de vérité, les dispositifs techniques concrets et le cheminement difficile d'un nouvel « art de la prise » dans un environnement inédit. Finalement, les décisions engagées, les actes concrets effectués et la méthodologie suivie sont assez classiques et ont montré une certaine efficacité, non pas pour clore définitivement les débordements produits par une nouvelle situation mais pour contribuer néanmoins efficacement à leur cadrage.

Ce chapitre suit donc la façon dont les SPRD vont matérialiser un rapport de pouvoir au milieu du flot des échanges illicites de biens culturels numérisés. Les SPRD sont, avant tout, des « sociétés » au sens premier du terme : il s'agit de regroupements spécifiques autour d'une *affectio societatis* assez diversifiée mais explicite. Il existe en effet plusieurs dizaines de sociétés organisées autour d'un type d'expression artistique (musique, cinéma, documentaire, photographie, image animée...) ayant pour but, *stricto sensu*, de défendre les intérêts financiers des auteurs.

Nous avons souligné combien la numérisation des contenus a émoussé les capacités des règles classiques de lutte contre la contrefaçon. Nous avons montré concrètement comment de telles sociétés, capables de parler au nom de centaines de milliers d'individus, ont – en se constituant en public – restauré avec acharnement un rapport de pouvoir grâce à une mise en convergence d'informations calculables susceptibles de faire surgir une preuve matérielle organisant la vérificabilité d'un problème public.

La première étape, relativement aisée en raison de l'expérience historique des SPRD, a été de publiciser le problème du téléchargement illicite. Certes, les artifices de la formulation de la panique morale autour de la « mort de la culture » peuvent être objectivement critiqués mais celle-ci s'est transmise avec efficacité aux pouvoirs publics qui se sont fait alors un devoir de continuer à sanctuariser la valeur du droit d'auteur, même et surtout dans l'environnement incertain du numérique. La seconde étape a consisté à obtenir le pouvoir de construire des données commensurables capables de constituer une preuve matérielle apte à introduire une action en justice. Un obstacle se dresse néanmoins sur ce chemin, celui des données à caractère personnel dont le traitement est sévèrement contrôlé par la loi et la CNIL, son « bras armé ». Nous avons décrit la façon assez brutale avec laquelle les SPRD sont parvenues à faire sauter ce verrou en contestant avec succès un avis de la CNIL devant le Conseil d'État et en engageant

une modification de la loi fondatrice de 1978. Même si l'autorité juridique suprême du Conseil constitutionnel est parvenue en réintroduisant la puissance judiciaire à limiter le renversement des associations espéré par les SPRD, celles-ci ont réussi, certes en trois ans, à étendre leur pouvoir de contrôle et de production de la réalité de la preuve sur les réseaux pair-à-pair. En dernier lieu, et malgré la confidentialité des informations, nous avons pu entrevoir les caractéristiques du script embarqué par les SPRD dans les dispositifs techniques et matériels pour organiser la tangibilité de la preuve. Elles y sont parvenues par la production négociée d'un espace de calcul pratiquement automatisé produisant une liste de descripteurs (hashage, horodatage, IP) stabilisés qui permettent de construire des données commensurables du phénomène de téléchargement illicite capables de produire la matérialité de l'infraction et son imputation.

CHAPITRE 4 – NÉGOCIER LE DROIT. La mission Olivennes, le rapport et les accords de l'Élysée : agir en créant des associations robustes

Introduction

En situation d'incertitude, les états du monde susceptibles de se réaliser sont en grande partie inconnus. Malgré l'amorce de plusieurs scénarios de résolution (MTP, DADVSI, ARMT), l'incertitude face aux échanges de biens culturels numérisés reste complète. Si la dynamique est enclenchée depuis plusieurs années, la liste des scénarios envisageables n'est pas encore établie de manière exhaustive, à l'instar des situations décrites par Callon, Lascoume et Barthe (2001: 29) à propos des forums hybrides au cœur des controverses socio-techniques liées au nucléaire, aux OGM ou aux médicaments. Dresser la liste des scénarios devient une étape indispensable pour établir la cartographie des enchaînements causaux capables d'associer durablement les différents publics qui émergent autour des problèmes inédits posés par la prolifération du piratage. Il s'avère donc nécessaire d'organiser l'investigation des états du monde la plus complète possible pour tenter de passer de l'incertitude radicale au soupçon, du soupçon à la présomption, de la présomption à la preuve et, *in fine*, de la preuve à l'accord. Les pouvoirs publics vont donc entreprendre de stimuler la production d'un consensus en « mettant littéralement en scène » une « prolifération du social » selon l'expression de Marilyn Strathern (1999: 156-180). Ce chapitre traite de la tentative d'organisation du débat par les pouvoirs publics par la convocation des publics concernés en vue d'aboutir à une stabilisation du problème et de s'accorder sur une stratégie d'action.

Pour ce deuxième chapitre de la partie de la thèse consacrée à l'émergence des publics et avant de traiter du cas des militants, nous décrivons le « forum hybride » artificiel initié par les pouvoirs publics au lendemain des élections présidentielles de mai 2007 pour obliger ayants droit, industries culturelles et industries de réseaux à entrer en dialogue afin de tenter de stabiliser les prémices d'un nouveau processus

législatif. La mise en scène de ce dialogue participe d'un art de gouvernement discret : celui de l'art de la légistique. Véritable « art » de faire la loi, selon Vito Marinese (2007), la légistique est une sous-discipline du droit relativement peu connue. Les sciences juridiques – et leur dimension professionnelle – se portant plus volontiers sur l'aval des processus juridiques et législatifs à travers l'étude des contentieux et des diverses jurisprudences. L'amont de la fabrication de la loi est donc le domaine de la légistique qui « énonce des règles pragmatiques d'expérience destinées à renforcer l'efficacité de la législation » (Morand 1999: 33). Le problème de l'efficacité de la loi est central dans la tentative de maîtrise des échanges illicites sur internet et l'impuissance du droit un défi crucial posé par le basculement numérique. L'expérience de la transposition de la directive européenne par la loi DADVSI ayant conduit au comble de l'inefficacité de la loi, le pouvoir exécutif va tenter d'énoncer à nouveaux frais un ensemble de règles concrètes censées aboutir à un dispositif juridique efficace. Les débordements de la loi DADVSI ont mis en évidence les dissociations profondes et les intérêts divergents entre les acteurs des échanges illicites de biens culturels sur internet. Il s'agit donc, pour les pouvoirs publics, de retisser un vaste réseau d'associations robustes apte à faire surgir les conditions d'une efficacité normative. La notion de légitimité joue ici un rôle tout aussi essentiel que celui d'efficacité. Face à son impuissance interne à imposer unilatéralement une règle efficace, l'État va progressivement – et le domaine étudié n'est pas le seul – « abandonner » une partie de son pouvoir souverain en matière d'édiction des normes pour glisser progressivement vers la notion de « droit négocié », dont les concepts de « gouvernance » et de « régulation » sont les deux axes opératoires, comme l'a décrit Jean Lapousterle (2009: 95) dans ses travaux sur l'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes.

L'élection de Nicolas Sarkozy, sa posture volontariste dans une multiplicité de domaines (Surel et Maillard 2012: 17) et l'installation d'un nouveau gouvernement au printemps 2007 ouvrent une nouvelle étape dans la tentative de régulation des échanges sur internet à travers la mission très explicite confiée au nouveau Ministre de la culture de mettre autour d'une même table ayants droit et prestataires techniques d'internet en vue d'établir un accord préalable à l'action publique. « Maintenant il faut légitimer toutes les décisions par des missions, alors on fait des missions », nous déclarait un acteur de cette séquence qui instille une légistique basée sur "le droit négocié" d'inspiration anglo-saxonne, où l'Etat engage *ex ante* la parole de la représentation nationale sur des textes de lois qui ne seront votées qu'ultérieurement. Nous

nous proposons donc ici d'explorer la genèse et l'articulation de la mission dite "Olivennes"- du nom de son animateur – avec la négociation d'un accord tripartite entre pouvoirs publics, ayants droit et prestataires techniques et son incidence dans la fabrication de la loi, dans l'esprit d'un "droit négocié" qui modifie en profondeur l'action publique et qui transforme l'Etat lui-même (Amselek 1982: 275).

I – « La gratuité, c'est le vol »

Genèse de la mission Olivennes

Sur le plan des résultats concrets, le bilan de la transposition tardive de la directive européenne qui voyait dans la généralisation du principe des mesures techniques de protection la solution aux défis posés par le basculement numérique au droit d'auteur, est, nous l'avons vu, très mince. L'échéance des élections présidentielles et législatives de mai-juin 2007, va jeter sur ces questions juridico-techniques très complexes une nouvelle lumière et intensifier le jeu, déjà important, des acteurs. Traditionnellement attachés à une sensibilité « de gauche », les revendications des milieux culturels vont être particulièrement prises en considération par le candidat Nicolas Sarkozy. Celui-ci n'ignore rien de la capacité d'influence électorale qu'exerce ce milieu sur l'opinion générale via un petit nombre de personnalités publiques et voit, d'autre part, dans ce milieu socio-professionnel une pierre de touche essentielle pour sa « stratégie d'ouverture ». La nomination de Frédéric Mitterrand comme Ministre de la culture au plus fort de la controverse HADOPI en juin 2009 en sera une des illustrations les plus visibles, sur laquelle nous reviendrons.

D'un sujet socio-professionnel et juridico-technique traduit dans l'opinion publique par les méandres de la loi DAVDSI popularisés par des collectifs de militants, la thématique des échanges de biens culturels sur internet prend donc un tour ouvertement politique dans le cadre de la campagne électorale de 2007. Dans le débat sur la régulation d'internet à inventer et à expérimenter, une partie importante des controverses provient du fait que les « populations » situées aux deux extrémités de la chaîne – artistes et internautes – restent très silencieuses. Pour diverses raisons, les données objectives capables de mesurer

les comportements de ces catégories sont très pauvres et leurs porte-parole difficilement repérables. Concernant les internautes, la masse des 18 millions d'abonnés se combine aux contraintes juridiques liées au respect de la vie privée qui interdit, dans les faits, toute surveillance qualitative des échanges. D'autre part, la singularité des professions artistiques et l'extrême compétition qui règne dans ce domaine ne permettent pas de voir clairement émerger des porte-parole. La précarité des situations semble plutôt encourager les artistes à observer les débats plutôt qu'à y prendre part explicitement, à de rares exceptions près. En revanche, nous avons souligné au chapitre précédent, combien les Sociétés de Perception et de Répartition des Droits (SPRD) sont parvenues à parler et à agir au nom des artistes, au prix de leur silence. De même, s'agissant des collectifs de militants défenseurs de la « culture libre », leur représentativité, sur laquelle nous reviendrons au prochain chapitre, reste très difficile à estimer concrètement. Un des moteurs de l'activisme vise précisément à « faire croire » à la légitimité de leur action en s'autoproclamant comme les porte-parole de fait d'une majorité silencieuse. Politiquement donc, les prémices de la « mise en politique » du sujet se présentent d'une certaine manière à front idéologique renversé, la droite cherchant à réguler un secteur économique en émergence en restaurant l'autorité de l'État avec les ayants droit, la gauche prônant une approche dérégulatrice libérale considérant le droit de propriété littéraire et artistique, pourtant d'origine révolutionnaire, comme un vestige et un symbole du conservatisme.

Le préalable à toute nouvelle initiative sur ce terrain mouvant va être de construire un jeu d'alliances et d'associations le plus large et le plus robuste possible. Pour cela, il est nécessaire de déterminer pour les parties prenantes qui parle avec qui, au nom de qui et pour faire quoi. Nous l'avons dit, les internautes d'une part et les artistes de l'autre ne sont pas en mesure de susciter des porte-parole. Il faut ici se rappeler que lorsque Nicolas Sarkozy était Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie (mars 2004 - novembre 2004), il avait déjà initié, par l'élaboration d'une « charte musique », une première tentative de régulation des échanges de biens culturels en ligne associant pouvoirs publics et acteurs économiques. La méthode avait consisté à obliger les parties à s'asseoir autour d'une table de négociation pour leur faire signer un document d'engagement réciproque afin d'éviter de passer par une phase réglementaire ou législative. Cette charte visait en premier lieu à régler le contentieux entre Fournisseurs d'Accès (FAI) et filière musicale concernant l'abus des campagnes publicitaires des FAI qui leur avaient permis de bâtir le

consentement à payer des abonnés à l'ADSL sur la promesse implicite d'accès gratuit à des œuvres soumises au droit d'auteur. Les FAI s'engageaient donc à « ne plus initier de campagnes publicitaires vantant le téléchargement illégal ou encourageant les échanges de fichiers musicaux protégés ». Autre point important, la charte, certes de manière péremptoire, commençait à introduire l'idée d'un « processus automatisé mis en œuvre en coopération avec les ayants droit permettant d'adresser, à la demande de ces derniers dans des délais les plus courts possibles [...] un message personnalisé à tout abonné offrant ou téléchargeant illégalement des fichiers protégés, d'ici la fin de l'année 2004 ». Le texte de 2004 glisse aussi l'idée d'une suspension de l'abonnement en demandant de « poursuivre les efforts entrepris contre la violation des droits de propriété littéraire et artistique dans les clauses de résiliation ou de suspension de l'abonnement figurant dans leurs conditions contractuelles avec les abonnés ». Les FAI s'étaient en outre engagés à ne référencer que les offres de musique légale sur leurs portails et à procéder au dé-référencement, sur demande des ayants droit, de sites violant les droits d'auteur. Pour leur part, les ayants droit s'engageaient « avant la fin de l'année 2004 à mener des actions civiles et pénales ciblées à l'encontre de pirates et à donner à ces actions la visibilité nécessaire pour atteindre l'objectif de sensibilisation voulu par les signataires de la présente charte ». Ils annonçaient par ailleurs accroître l'offre licite de musique en ligne et accorder de manière non discriminatoire et transparente l'autorisation d'exploiter leur répertoire aux exploitants de services en ligne. Enfin, les pouvoirs publics et les signataires annonçaient étudier la mise en place d'instruments de mesure de la contrefaçon et vouloir expérimenter des solutions de filtrage. Les pouvoirs publics déclaraient « faire de la lutte contre la piraterie sur internet une priorité de l'action politique, policière et judiciaire ; en particulier étudier les possibilités de renforcer les moyens des ayants droit pour agir contre la piraterie en ligne ».

Si les points de cette charte musique resteront essentiellement des vœux pieux, on retrouve ici la méthode que le candidat⁹⁶ va promettre de mettre en œuvre une fois installé à l'Élysée, avec cette fois

⁹⁶Au cours de la pré-campagne électorale, deux rencontres importantes en ce sens auront lieu en janvier 2006. D'une part à l'occasion d'une table ronde le 16 janvier 2006 avec des acteurs du numérique fortement centrée sur la question du piratage d'où sortiront 6 points : 1. La solution est le développement de l'offre légale 2. Le *peer to peer* est l'économie de l'échange. La rémunération doit être attachée au nombre de consultations. 3. On ne peut pas accepter le piratage, le piratage doit être défini et sanctionné 4. Pas de refus de la gratuité pour faire connaître les auteurs qui le souhaitent 5. Protéger l'open source français 6. Promouvoir l'innovation et l'entrepreneuriat.

D'autre part, le 24 janvier 2006, à l'occasion d'une convention thématique de l'UMP consacrée à la Culture, où le candidat affirme : « Enfin, que la culture soit chère pour certains de nos concitoyens, en particulier les jeunes, n'est pas une raison pour sacrifier la rémunération des auteurs, des interprètes et des

l'autorité du chef d'État. Un accord pré-électoral oral va donc être conclu avec les ayants droit (artistes et producteurs) dans le cadre de la campagne présidentielle de 2007. Comme nous l'a relaté lors d'un entretien Sylvie Forbin⁹⁷, Directrice des affaires institutionnelles et européennes de Vivendi :

« [...] Ce qui est intéressant de voir c'est la fracture entre le monde de la culture et le monde politique de gauche, puisque le monde politique de gauche fait des déclarations donnant plus de poids aux consommateurs qu'aux artistes et du coup Sarkozy a eu les votes des artistes alors qu'ils sont traditionnellement de gauche.

Il se trouve que pendant la campagne [présidentielle de 2007], Pascal Rogard [Directeur Général de la SACD (Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques)] va voir Nicolas Sarkozy et lui dit : « Voilà, si vous nous promettez de remettre la DAVDSI et la riposte graduée sur le tapis et de revoir la loi pour intégrer la riposte graduée, eh bien le monde du cinéma et de la culture votera pour vous ». Je me souviens, j'étais présente quand il a dit ça, c'était incroyable, c'était juste avant les élections. Et Nicolas Sarkozy prend l'engagement. Ce qui fait qu'au lendemain de son élection, toc, toc, toc, Pascal Rogard retourne voir l'Élysée et dit "Il y a une promesse". C'était dans un cadre officiel à l'occasion d'une rencontre avec le candidat Sarkozy et le monde de la culture trié sur le volet. [...] Sur les questions de propriété intellectuelle il promet de revoir le sujet et au lendemain de son élection il tient parole et c'est là qu'il mande Denis Olivennes en se disant : "je vais mandater un professionnel de renom de grande envergure non contestable pour mener cette réflexion et il mandate Olivennes en lui disant : vous allez voir tous les professionnels et vous me faites une proposition»

« L'arraisonnement » des ténors des ayants droit et des industriels est scellé par la promesse de légiférer à nouveau sur la question de la régulation des échanges de biens culturels sur internet. Cette dimension électorale était jusque là sous-jacente et connue des initiés, peu d'artistes s'étant exprimés sur une lecture

autres acteurs de la chaîne de production et de diffusion. Leur mission est de créer et d'avoir du talent, pas de régler les problèmes du pouvoir d'achat. Le téléchargement illégal par voie de peer-to-peer n'est nullement une économie de l'échange ou du partage, car en l'espèce celui qui « donne » ne se dépossède en réalité de rien. La licence globale va à l'encontre de la diversité culturelle et est économiquement inconciliable avec le développement d'une offre légale riche et diversifiée. »

⁹⁷Entretien du 30 novembre 2011.

explicitement politique du projet de loi, se limitant plutôt, pour les plus loquaces, à approuver ce texte qui défendait leur source de revenus.

Dès le 1er août 2007, l'objectif de repartir sur de nouvelles bases pour lutter contre le téléchargement illicite va être traduit dans la lettre de mission⁹⁸ de la nouvelle Ministre de la culture, Christine Albanel. En rappelant en introduction que « tout au long de la campagne présidentielle, des engagements ont été pris dans le champ de vos compétence ministérielles », cette lettre demande de conduire « dans les plus brefs délais un plan de sauvetage de l'industrie musicale et plus largement de protection et de promotion des industries culturelles couvertes par les droits d'auteur et droits voisins ». Trois objectifs sont fixés : « la montée en puissance d'une offre numérique diversifiée, bon marché et simple d'utilisation ; la prévention et la répression de la piraterie numérique ; l'aide à l'adaptation des structures et des modèles économiques des industries concernées ». Les moyens sont déjà énoncés : amélioration de l'offre légale, modification de la chronologie des médias, numérisation des catalogues et « priorité majeure » de l'interopérabilité. La méthode est, elle aussi, définie : « Vous rechercherez les voies et moyens pour conclure un accord interprofessionnel permettant de dissuader efficacement et de réprimer la contrefaçon de masse » ; « à partir d'un bilan de la loi DADVSI, vous préparerez enfin les prochaines échéances législatives et communautaires ». Pour conclure, le Président de la République insiste sur l'inscription de ce sujet sur l'agenda international et le rôle de premier plan qu'il entend faire jouer à la France « Notre pays doit être en position pionnière en Europe pour la défense des droits, la diffusion de contenus numériques, la promotion de l'interopérabilité et la responsabilité des acteurs de l'internet ». Restait donc à Christine Albanel à exécuter cette feuille de route d'ores et déjà assez précise sur ses objectifs, ses moyens, son agenda et sa méthode en nommant le personnage idoine pour réaliser concrètement ces objectifs qui apparaîtront, au fil des controverses, comme le point essentiel que le nouveau Président de la République souhaite voir mis en œuvre par le Ministère de la culture.

⁹⁸<http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/index-lettre2mission07.htm>

Le choix de Denis Olivennes – son essai « La gratuité, c'est le vol »

Un peu plus d'un mois plus tard⁹⁹, Christine Albanel confiait à Denis Olivennes une mission « sur la lutte contre le téléchargement illicite et le développement des offres légales d'œuvres musicales, audiovisuelles et cinématographiques ». Le choix de Denis Olivennes comme responsable de la délicate mission de concilier les intérêts des industries culturelles (producteurs et ayants droit) et des industries des télécommunications (fournisseurs d'accès et diffuseurs) n'est sans doute pas lié seulement à sa qualité de Pdg de la FNAC à l'époque des faits, mais plutôt à son profil relativement atypique associant haute fonction publique, chef d'industrie, médias et journalisme. Agrégé de lettres modernes, auditeur à la Cour des comptes à sa sortie de la promotion Michel de Montaigne de l'ENA, Denis Olivennes a successivement connu le cabinet de Pierre Bérégovoy alors Ministre de l'économie, la Direction générale adjointe d'Air France puis celle du fournisseur d'accès à internet Numéricable avant d'être recruté par Pierre Lescure¹⁰⁰, Directeur général de Canal + France. Il rejoindra le groupe Pinault Printemps Redoute (PPR) comme directeur général de la distribution en 2002, puis en 2003 prend la tête du groupe FNAC, filiale de PPR, en tant que président-directeur général. En mars 2008, il intégrera *Le Nouvel Observateur* comme directeur général délégué et directeur de la publication. En novembre 2011, il devient président du directoire de Lagardère Active, après avoir été nommé patron d'Europe1 en décembre 2010. Sur le plan politique, Denis Olivennes sera membre des « Gracques », groupe informel d'anciens hauts fonctionnaires socialistes qui prône, en vue des présidentielles de 2007, une rénovation de la gauche française autour de valeurs sociales-libérales. Il rejoindra aussi le club politique « La Diagonale » fondé en mai 2006 dont l'objectif est de réunir les « sarkozystes de gauche »¹⁰¹. Cette biographie associant connaissance précise des arcanes tant administratives, industrielles que médiatiques explique sans doute l'autorité dont bénéficiait Denis Olivennes auprès de ses pairs professionnels et éclaire la confiance que lui manifestaient les pouvoirs publics.

Ce *curriculum vitae* n'est pas le seul atout de Denis Olivennes puisqu'il a publié en février 2007 aux

⁹⁹La conférence de presse aura lieu le 5 septembre 2007.

¹⁰⁰Qui sera lui même chargé, dès l'élection présidentielle de 2012, d'une nouvelle mission sur la même problématique.

¹⁰¹En tant que directeur de la publication du *Nouvel Observateur*, sa proximité avec Nicolas Sarkozy fera plus d'une fois débat, notamment à l'occasion d'un long interview exclusif et de sa participation dans l'avion présidentiel à un voyage du chef de l'État en Libye.

éditions Grasset¹⁰² un essai remarqué et opportunément titré : « La gratuité, c'est le vol. Quand le piratage tue la culture ». Il est utile de s'arrêter, même brièvement, sur les arguments développés par l'auteur. En premier lieu, il faut souligner la dimension parodique du titre qui détourne la fameuse maxime de Pierre-Joseph Proudhon (1840) : « La propriété, c'est le vol ». Clin d'œil appuyé à ce penseur qui a mis au centre de sa réflexion le problème de la propriété et accessoirement le cas de la propriété littéraire et artistique. Le propos général de l'essai vise à proposer une analyse politico-économique de la tension entre culture et commerce. Le premier chapitre, *La Sainte Alliance des antimodernes et des hyper-libéraux*, décrit le paradoxe de l'alliance autour de la thématique de la gratuité : « voir avancer d'un même pas *l'UFC-Que Choisir ?* et le *Monde diplomatique*, Christine Boutin et l'Association des audionautes, l'aile gauche du Parti socialiste et AOL, *Libération* et le *Wall Street Journal*, constitue à soi seul une cause de perplexité ! » (Olivennes 2007: 17). L'auteur déplore que la mythologie d'une culture qui existerait hors du marché soit devenue le lieu commun de ses compatriotes, alors que les dispositifs de régulation économique abondent pour permettre la survie de « l'exception culturelle » française. Olivennes affirme que la démocratisation culturelle est indéfectiblement liée à une massification de l'accès à la culture permise par l'émergence d'un marché fortement régulé des biens culturels, pour lesquels les règles classiques du marché restent imparfaites pour en assurer la diversité. La baisse des coûts que permet le marché bénéficie certes à la démocratisation culturelle mais, sans régulation, elle aboutit à une standardisation des contenus. C'est pourquoi Olivennes appelle à « repenser l'exception culturelle à l'âge numérique ». Le second chapitre – *Marx en avait rêvé, le capitalisme l'a fait* – est consacré à une brève histoire de la culture de masse assimilée par l'auteur à la démocratisation culturelle. Une triple révolution, juridique, technique et économique aurait permis ainsi de mettre un terme à l'inégalité devant les biens culturels en permettant l'émergence d'un marché et d'industries culturelles. Olivennes traite ensuite du problème intéressant de la haine du commerce et du mépris des élites culturelles, notamment françaises, pour la culture de masse et plus largement pour le commerce des biens culturels. Convoquant tour à tour St Thomas d'Aquin, Hume et Montesquieu, l'auteur brosse une histoire de la pensée politique en matière économique un peu rapide pour conclure que « la culture apparaissant comme un bastion de l'univers non marchand, il est assez naturel que l'on retrouve à son sujet des préjugés qui ont globalement disparu

¹⁰²Filiale du Groupe Lagardère.

ailleurs » (Olivennes 2007: 43). Olivennes évoque aussi les procès en corruption esthétique de l'art par l'industrie et la dénonciation de l'aliénation marchande comme autant de postures idéologiques qui ont empêché de prendre la pleine mesure du basculement numérique dont l'accomplissement de l'individualisme démocratique porterait en lui-même l'antidote, si bien illustré, selon l'auteur par le slogan de Youtube : « *Broadcast yourself* ». Le chapitre suivant consacre la notion de « divertissement » comme une « nouvelle étape de l'avancée démocratique » et conteste le procès en hégémonie de la culture américaine. Certes, rappelle Olivennes en citant Tocqueville, « la démocratie ne fait pas seulement pénétrer le goût des lettres dans les classes industrielles, elle introduit l'esprit industriel au sein de la littérature », de nouvelles catégories d'objets sont apparues à côté des catégories de l'œuvre ou de l'auteur, des « biens de consommation destinés à être usés, comme n'importe quel autre bien de consommation », des « commodités de loisirs » (Arendt 1972), provoquant une double métamorphose : le brouillage des hiérarchies traditionnelles et la prédominance du principe de plaisir et de bien-être social. L'avant dernier chapitre, aborde le cœur de la controverse : « les impasses de la cyber-gratuité ». La révolution numérique vient déployer le mouvement de démocratisation de la fin du XIX^{ème} et le « triomphe progressif du divertissement ». Olivennes s'emploie à décrire l'idéologie libertaire qui a accompagné la genèse et les premiers développements d'Internet en soulignant la portée anthropologique de cette conception émancipatrice du web. « Internet n'a pas seulement la puissance d'une technique, il possède également la force de l'utopie technicienne optimiste dont il est issu : la « culture internet », qui s'enracine dans un refus de l'opacité et du secret qui enveloppe toute institution tenue d'emblée pour aliénante, et dans un désir, celui de la transparence absolue par la communication universelle » (Soubrillard 2006: 88). L'auteur retrace les différentes étapes de la croyance (« ce nouveau mythe ») d'un internet capable, grâce à la mobilisation collective de compétences et de connaissances, de renouveler l'idéal démocratique. Tous ces éléments idéologiques, voire mythiques, auraient constitué le terreau du développement de la gratuité universelle des contenus. Mais pour Olivennes, il existe une bonne et une mauvaise gratuité. La bonne est celle des logiciels et encyclopédies libres et de leurs fameuses « externalités » positives qui créent de la richesse collective. Mais la prédation des contenus par l'argument ambigu de la numérisation qui s'accompagne d'un grignotage voire d'une violation des droits d'auteur représente la face obscure de la révolution numérique et la « mauvaise » gratuité. Car, nous

rappelle l'auteur, l'internet gratuit est en fait payant. En définitive – il cite ici les travaux d'Olivier Bomsel – la prédation des contenus a permis le déploiement de l'internet haut débit par un processus qui peut s'assimiler à une subvention. Le coût mensuel que l'utilisateur consent pour s'abonner à l'internet haut débit se serait substitué au budget qu'il aurait pu consacrer à l'acquisition de biens culturels. L'apparente gratuité des biens culturels permet de vendre des abonnements à internet. Cette fois, il s'agit d'une puissante externalité négative produite sciemment, selon Olivennes, par les industries de télécommunication et de réseau. En plus, affirme l'auteur, cette destruction économique se double d'une destruction politique, celle de l'exception culturelle française mise en péril par l'effondrement de tout l'édifice du financement français de la création, si d'aventure les industries culturelles devaient disparaître. Le dernier chapitre dresse trois scénarios pour l'avenir des industries culturelles et leurs enjeux politiques de démocratisation culturelle. Soit c'est la victoire de Proudhon, dès que l'œuvre a rencontré son public, elle devient un bien public. La « licence globale » s'inscrit « dans cette perspective proudhonienne » : une subvention aux auteurs en contrepartie de la « socialisation forcée » de leur œuvre ou de son utilité sociale. Olivennes adopte donc ici une position farouchement opposée à l'idée de « licence globale » : « une solution [qui] consiste à fabriquer un monstre collectiviste pour compenser une dérive individualiste de la société libérale ». Un second scénario prône un nouveau cycle d'adaptation du droit d'auteur à la nouvelle donne créée par internet. Avec l'abandon pur et simple des mesures techniques de protection et la mise en place d'une lutte efficace contre le téléchargement illégal engageant les intermédiaires techniques et faiblement répressive pour l'utilisateur, Olivennes pense que « des espaces immenses s'ouvriraient à l'échange désintéressé », que le piratage serait réduit à des proportions raisonnables dans les limites du droit de propriété privée et que le prix des œuvres baisserait probablement. Les modèles publics de redistribution devront s'adapter, comme ils l'ont toujours fait, en imaginant de nouveaux mécanismes de prélèvement adaptés aux nouveaux usages et dispositifs techniques. Le troisième et dernier scénario, intitulé « Walras revisité », tenterait une voie médiane entre le tout gratuit et le tout payant. Olivennes introduit ici l'élément déterminant de la durée de protection des œuvres par le droit d'auteur et plus largement l'importance du facteur temps dans les échanges de biens culturels. Comme l'avait théorisé Walras par son approche économique générale de l'équilibre, il faut réexaminer la durée de protection des œuvres et accroître ainsi l'accès au domaine public. La théorie de la « longue traîne » qui valorise la diversité des

catalogues et qui pose que lorsque les coûts de stockage et de distribution sont faibles – ce qui est le cas sur internet – il est rentable de vendre des produits très peu demandés, pourrait permettre l'apparition de modèles économiques viables dans l'univers numérique. Dans cette économie de l'abondance qui accomplirait la quête ultime de l'individualisation, le futur des marchés culturels résiderait dans une infinité de marchés de niches cachés au fin fond du flux numérique. C'est la notion de marchés individus de la société d'hyper-consommation décrite par Gilles Lipovetsky et Sébastien Charles (2006). Cet essai, et son « frère jumeau » économique d'Olivier Bomsel (2007), vont constituer l'une des rares tentatives de synthèse des enjeux posés par la numérisation des échanges de biens culturels et conférer à son auteur une légitimité objective pour piloter une mission « à risques » sur la protection des œuvres soumises au droit d'auteur sur internet. S'il fallait personnifier la publicisation des problèmes liés aux échanges de biens culturels numérisés, Denis Olivennes apparaît de fait comme le personnage idoine. Polyvalent, fin connaisseur des écosystèmes impliqués et des arcanes étatiques et publics, situé politiquement sur une position médiane, voire neutre, ouvert et non dogmatique, Olivennes va relever le défi d'endosser le rôle complexe de « go-between » et d'alchimiste du consensus.

II – Retisser des associations fortes

En date du 26 juillet 2007, une lettre de Christine Albanel dresse le contour de la mission « Olivennes » qu'elle souhaite axer sur l'aide au développement de l'offre légale et les perspectives de croissance économique du secteur des « nouvelles technologies ». En conséquence, la Ministre assure que l'État assumera ses responsabilités pour garantir les droits « qui protègent la juste rémunération des auteurs et des investisseurs ». Dès le troisième paragraphe, l'accent est mis sur la nécessité d'associer à nouveaux frais tous les acteurs du problème afin d'agir de concert sur ses nombreuses facettes « commerciales, économiques, juridiques et technologiques ». La Ministre donne comme objectif concret la négociation d'un accord professionnel associant « créateurs, producteurs, professionnels et usagers de l'internet », censé permettre symétriquement le développement de l'offre légale et la dissuasion du téléchargement

illégal. À défaut d'un accord, notamment avec les acteurs de l'internet, Christine Albanel affirme que le gouvernement entamera une phase législative et réglementaire. Le délai de la mission est très court puisque qu'un rapport doit être remis dès le 31 octobre, soit moins de deux mois après la date de la conférence de presse du 5 septembre.

Lors de son discours du 5 septembre, Christine Albanel va préciser le projet gouvernemental placé sous la « ferme volonté du Président de la République »¹⁰³. Les « éléments de langage » sont ici importants à détailler, dans la mesure où ils vont être continuellement ré-énoncés tout au long du processus HADOPI. Tout d'abord, le réseau internet est systématiquement présenté comme « une chance extraordinaire, et sans précédent, de diffuser facilement et largement les œuvres ». Mais, les modèles économiques censés accompagner cette évolution n'existent pas encore, pire cette opportunité historique détruit de la valeur, menace le financement de la création et hypothèque en conséquence la diversité culturelle. En illustration de ces affirmations, des chiffres sont ensuite annoncés : celui du milliard de fichiers « échangés » en 2006 sera très souvent cité, mais jamais avec sa source. L'effondrement en cinq ans de 40% du chiffre d'affaire du marché du disque¹⁰⁴ fait aussi partie des effets d'annonce impressionnants, aggravé par le fait que le téléchargement illicite commencerait à produire ses effets dévastateurs sur le cinéma¹⁰⁵ et le livre. Malgré ces indicateurs, propres à frapper les esprits, Christine Albanel reconnaît que l'effet du basculement numérique sur la richesse et le renouvellement de la création contemporaine est « difficilement quantifiable »¹⁰⁶. Une autre thématique centrale abordée dans le discours, et qui dévoile sans doute le cœur des controverses en cours et à venir, concerne le triangle création-prix-valeur. Naturellement, la Ministre plaide pour la reconnaissance du travail du créateur et de ceux qui contribuent à son existence (éditeurs, producteurs, investisseurs), l'appréciation de la valeur de son œuvre et sa traduction financière. Christine Albanel constate néanmoins que cette convention sociale qui reconnaît que tout travail mérite salaire et qu'un bien de consommation s'échange par

¹⁰³*Discours de Christine Albanel, Ministre de la culture et de la communication prononcé à l'occasion de la conférence de presse présentant la mission confiée à Denis Olivennes sur la lutte contre le téléchargement illicite et le développement des offres légales d'œuvres musicales, audio-visuelles et cinématographiques.*, p. 1, <http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/DPOLivennes.pdf>

¹⁰⁴Paradoxalement le montant des perceptions de la SACEM augmente de manière continue sur cette période.

¹⁰⁵Pourtant, la fréquentation des salles de cinéma passera de 165,8 millions en 2000 à 203,4 millions en 2012 avec un pic à 217,1 millions en 2011. La part du cinéma français étant de 28,5% en 2000 et 40,3% en 2012, avec un pic à 45,4% en 2008.

¹⁰⁶op. cit. p.1

convention sur un prix a volé en éclat et que la numérisation des biens culturels a détruit cette forme de consensus social, phénomène aggravé par l'impunité presque totale des adeptes du téléchargement illicite. Ce discours souligne ainsi la difficulté préalable à la mission qui consiste en de profondes imprécisions métrologiques sur le piratage lui même et ses effets, mais aussi sur la complexité et la subjectivité de la mesure de la valeur des biens d'expérience, ainsi que l'aléa de leur traduction financière en prix.

Christine Albanel aborde ensuite le point important de l'acceptabilité sociale de la répression du piratage. La Ministre insiste sur l'approche pédagogique, il ne s'agit pas de réprimer l'internaute – ce que la loi permet d'ailleurs déjà – mais de « faire en sorte que le piratage devienne un risque inutile aux yeux des internautes » en améliorant sensiblement l'offre légale, son attractivité commerciale, la taille des catalogues disponibles et la facilité d'utilisation par l'interopérabilité. Les prémices de prise de conscience de la convergence des intérêts entre industries culturelles et des industries de réseaux semblent, selon la Ministre, être apparus au cours de l'été 2007. En effet, quelques offres commerciales ont été proposées associant fournisseurs d'accès, producteurs et ayants droit. Christine Albanel veut croire « qu'un paysage nouveau » peut se dessiner dans le sens de nouveaux modes d'association entre acteurs, faisant table rase des débats récents autour de la loi DADVSI. C'est donc sur ces propos généraux mais fondamentaux pour la suite de la mission que la Ministre confie à Denis Olivennes ces objectifs ambitieux, non sans désamorcer les critiques, déjà nombreuses, sur le choix d'une personnalité directement impliquée dans le débat en tant que Pdg de la FNAC¹⁰⁷ et non sans rappeler la « hauteur de conception » de Denis Olivennes dans ses prises de positions publiques, faisant ici référence à la publication de son essai quelques mois plus tôt : *La gratuité, c'est le vol !*

Outre cette lettre de mission et ce discours inaugural, la constitution de l'équipe qui va entourer Denis Olivennes est intéressante pour cerner dans quel état d'esprit et avec quels pré-requis la mission engage ses travaux. La Ministre annonce une équipe relativement resserrée de cinq personnes. Au moment de la rédaction de la lettre de mission seules deux personnes sont nommées, d'une part Isabelle Falque-Pierrotin, conseillère d'État, et Damien Botteghi, auditeur au Conseil d'État. In fine, l'économiste cité

¹⁰⁷« D'aucuns pourraient en tirer argument pour considérer que vous serez, en quelque sorte, juge et partie. Cependant, vous avez su manifester, à l'occasion de vos prises de position dans le débat public, une hauteur de conception et une capacité à intégrer la diversité des points de vue qui vous qualifient pour mener à bien cette tâche difficile. », op. cit. p.3.

dans la lettre sera Olivier Bomsel du CERNA (Centre d'économie industrielle) de l'École des Mines. Fera également partie de l'équipe, l'ingénieur spécialiste des NTIC, Pascal Faure. Mais, contrairement à la constitution annoncée de l'équipe, aucun magistrat de l'ordre judiciaire n'en sera membre. Détaillons brièvement ces profils. Isabelle Falque-Pierrotin en tant que membre du Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique (CSPLA) et de la Commission nationale Informatique et Liberté (CNIL¹⁰⁸) est à l'intersection de deux structures administratives impliquées au premier chef par le projet de régulation des échanges de biens culturels en ligne. Conseillère d'État, elle fut la directrice-adjointe du Cabinet de Jacques Toubon alors Ministre de la culture (1993-1995). À ce titre, elle a directement participé à l'élaboration du concept « d'exception culturelle » à la française qui a permis en 1994, lors des cycles de négociations de l'*Uruguay Round*¹⁰⁹ du GATT, d'extraire les biens culturels des négociations commerciales. Négociations d'ailleurs menées à l'époque par le diplomate Bernard Miyet qui deviendra par la suite, pendant toute la décennie 2000, président de la SACEM. Jacques Toubon deviendra lui-même un des membres éminents et actifs du collège de la HADOPI. Autre atout déterminant pour cette mission de conciliation, Isabelle Falque-Pierrotin, a été chargée en décembre 2000 de mettre en place le Forum des droits sur l'internet, censé agréger les usagers et construire un espace d'expression de cette catégorie d'acteurs. Ce forum est issu des travaux du Conseil d'État sur les réseaux numériques entre 1997 et 1998 coordonnés par Isabelle Falque-Pierrotin¹¹⁰. Elle en deviendra la présidente de son Conseil d'orientation en mai 2001.

Olivier Bomsel, ingénieur des Mines de Saint Étienne et professeur d'économie industrielle a une activité académique centrée depuis la fin des années 90¹¹¹ sur l'économie numérique et notamment sur

¹⁰⁸Dont elle deviendra présidente le 21 septembre 2011.

¹⁰⁹L'Uruguay Round est le dernier cycle de négociations internationales ayant eu lieu dans le cadre du GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*, l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce) entre 1986 et 1994. Cette négociation a abouti aux accords de Marrakech (avril 1994), puis à l'Organisation mondiale du commerce (1995).

¹¹⁰Ces travaux seront repris au niveau politique par le Premier Ministre Lionel Jospin en 2000, par l'intermédiaire d'un rapport du député Christian Paul, auteur d'un second rapport en juillet 2000 « Du droit et des libertés sur internet » et acteur déterminant des futurs débats parlementaires d'HADOPI. Le 13 juin 2007, à l'occasion d'une révision des statuts de l'association, une tension s'installe entre le collège des acteurs économiques et celui des utilisateurs. Un vote contesté par le collège des utilisateurs qui permet à Isabelle Falque Pierrotin de rester à la tête de l'association met à mal la participation des utilisateurs, dont les principales composantes réduisent leur participation. L'association est dissoute en 2011.

¹¹¹Depuis 1998, Olivier Bomsel dirigeait avec Gilles Le Blanc les recherches du CERNA sur l'économie numérique. Ce dernier deviendra le 6 juin 2012, directeur adjoint de cabinet en charge de la presse, du numérique et de l'enseignement supérieur d'Aurélien Filippetti, Ministre de la culture. Il disparaîtra brutalement le 23 janvier 2013 à 44 ans des suites d'un malaise cardiaque.

l'économie des biens culturels dans cet environnement. Il publie quelques mois avant sa nomination au sein de la mission Olivennes un ouvrage, déjà évoqué, sur la question de la gratuité dans les échanges numériques (Bomsel 2007). Dans ce livre, que cite à plusieurs reprises Denis Olivennes dans son essai, Olivier Bomsel affirme grâce à la théorie économique des externalités que le téléchargement illicite engendre de graves externalités négatives assimilables à une « pollution due à l'émission croissante de produits gratuits contournés ». Il conclut à un transfert d'utilité des industries de contenus vers les industries de réseaux : « la subvention associée aux contenus gratuits se traduit par l'incitation au recrutement des abonnés par une offre de débits croissants et la structuration du chiffre d'affaires autour de la vente d'accès. Le modèle d'affaires du bas-débit, calé sur de la vente d'information et d'audience, cède la place à la vente d'accès indifférencié. Ce phénomène amplifie les effets de club associés au P2P et à l'échange de fichiers incontrôlés » (Bomsel 2007: 47). Il est à noter, par ailleurs, qu'Olivier Bomsel est producteur de programmes audio-visuels (films et séries télévisées). Pascal Faure, quant à lui, est issu du monde du secteur des télécommunications, des réseaux et de l'informatique. X-Telecom, Pascal Faure a débuté sa carrière Outre-Atlantique chez Bell et Apple, dans le domaine de la sécurisation des communications et de la cryptologie. Membre de plusieurs cabinets ministériels¹¹², il est à l'époque de sa nomination vice-président du Conseil Général des Technologies de l'Information (CGTI)¹¹³. Ce conseil exerce un rôle central dans les politiques publiques ayant trait au volet des réglementations techniques et économiques des télécommunications. Ses missions d'inspection générale des organismes publics, de suivi et d'évaluation des politiques publiques dans les domaines des télécommunications, des services postaux, de l'informatique, de l'électronique, de l'audio-visuel, de l'espace et de l'internet, ainsi que sa gestion du Corps interministériel des ingénieurs des télécommunications, le positionnent *de facto* comme interface entre le pouvoir politique, les grands corps techniques de l'État et le secteur industriel, notamment celui des fournisseurs d'accès pour le sujet qui nous intéresse. Ce quatuor de choix qui concentre à lui seul les nombreux cercles et réseaux qui vont s'entrecroiser au cours des controverses à venir est assisté d'un jeune auditeur du Conseil d'État, Damien Botteghi. Conseiller juridique du Centre National de la Cinématographie (CNC) et de l'Autorité de Régulation des Communications

¹¹²Défense (2001-2006), Aménagement du territoire (1995-1997), Budget (1992-1995).

¹¹³Le CGTI est érigé par le décret n° 96-1092 du 13 décembre 1996, c'est l'un des éléments de la réforme de 1996 dans le domaine des télécommunications avec la Loi de Réglementation des Télécommunications, le changement de statut de France Télécom et le rattachement à l'État des établissements publics d'enseignement supérieur des télécommunications.

Électroniques et des Postes (ARCEP), il est membre de la 5ème sous-section du Conseil d'État qui traite, entre autres, du contentieux des problèmes de télécommunications notamment avec le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA). Damien Botteghi va être la cheville ouvrière du rapport et l'expert juridique, comme il est de coutume dans ce genre de missions initiées par l'exécutif au lendemain d'élections présidentielles.

Les pistes ouvertes par le rapport « Le développement et la protection des œuvres culturelles sur les nouveaux réseaux »

Une fois la mission lancée et les personnages ad hoc désignés, l'étape suivante va consister à produire un rapport issu d'une soixantaine d'auditions avant la négociation proprement dite entre les parties prenantes que le nouveau gouvernement, sous l'impulsion forte du chef de l'État, souhaite voir assises à la même table : les ayants droit, les industries culturelles et les fournisseurs d'accès à internet.

Forts de leurs appuis au plus haut niveau de l'État, les ayants droit vont exercer sur la mission Olivennes une pression déterminante. Lors d'un long entretien avec un acteur de la mission Olivennes (qui souhaite garder l'anonymat) et à la lecture des documents de travail, nous sommes en mesure d'éclairer les jeux de pouvoir très puissants qui ont traversé la rédaction de ce rapport sur lequel seront scellés les accords de l'Élysée. Comme toutes les missions de ce type qui inaugurent les premiers mois d'un nouveau quinquennat, celle-ci démarre de manière très classique avec la constitution d'une équipe resserrée mais missionnée, nous l'avons vu, pour un temps très court. La dimension de « guerre éclair » est retenue pour permettre aux parties prenantes de maintenir la pression sur le processus. Dès le départ, cependant, il apparaît que les auditions, compte tenu du contexte politique, sont des auditions de « légitimation », selon les termes de notre témoin¹¹⁴. L'idée généreuse d'un droit négocié capable de jaillir de ce genre de mission se révèle ici pour partie illusoire tant la position des ayants droit est dominante dans les coulisses de la mission Olivennes. Au fil des discussions avec les membres de la mission, Denis Olivennes, les

¹¹⁴Entretien 13 novembre 2012.

cabinets ministériels et l'Élysée, se dégage une requête dominante des ayants droit à propos de la configuration procédurale que ceux-ci souhaitent voir adoptée à l'encontre du téléchargement illicite. Les ayants droit font le constat que le système actuel de lutte contre la contrefaçon qui les oblige à passer par un juge est impraticable, trop lourd, stigmatisant sur le plan médiatique et finalement inefficace vu la disproportion entre le délit et la peine théoriquement encourue. Mais, tout en regrettant la lourdeur de la procédure pénale, les ayants droit ne veulent pas s'engager pour des raisons symboliques vers la dépenalisation du téléchargement, qui aurait accredité l'idée d'un droit de propriété à deux vitesses : une sanction pénale pour la propriété matérielle et une sanction civile pour la propriété immatérielle. Une contradiction essentielle apparaît donc clairement aux membres de la mission Olivennes : comment concilier le caractère délictuel du téléchargement illicite et la volonté d'automatiser des sanctions sans passer par un juge ? La piste de la sanction civile aurait pu être approfondie et a fait l'objet de discussions au sein de la mission, notamment lors des premières séances de travail où toutes les options étaient « sur la table ». Au début des discussions et auditions, les « deux pieds » de la mission – développement de l'offre légale et répression du piratage – étaient relativement équilibrés, comme le demandait la lettre de mission. Le volet incitatif d'une offre légale améliorée semblait même être prioritaire. Mais rapidement, d'équilibrée, l'approche des ayants droit et des industriels de la culture glissa progressivement vers le préalable : sans volet répressif, pas d'effort sur l'offre légale. Le pouvoir exécutif s'est trouvé en quelque sorte piégé, ne pouvant contraindre les acteurs économiques à prendre le risque d'améliorer l'offre légale sans d'abord avoir répondu à leurs exigences en matière de massification du processus pénal de répression du téléchargement illicite.

La mission Olivennes a donc tenté de faire bouger les choses en avançant les avantages de la « réponse contractuelle » à l'anglo-saxonne basée sur un accord contractuel entre ayants droit et fournisseurs d'accès à internet. Ce principe repose sur un accord entre ces deux parties pour avertir les abonnés qui se seraient rendus coupables de téléchargement illicite pour, *in fine*, arriver à une coupure ou une diminution du débit après plusieurs avertissements. Mais cette privatisation du règlement d'infraction au droit de propriété littéraire et artistique, étrangère à la tradition juridique française, se heurte à une fin de non recevoir des ayants droit qui arguaient, non sans raison, qu'en tant que titulaires des droits pillés et méconnus par les fournisseurs d'accès, ils n'avaient pas d'obligation à devoir conclure un arrangement

avec ceux qui réalisaient leur profit en violant leurs droits. C'est à l'État de faire respecter le droit et non à un accord contractuel privé entre parties prenantes dont l'une est lésée par l'autre. De surcroît, les coûts financiers internalisés nécessaires aux termes du contrat (recherche des contrevenants, envoi des messages, mise en œuvre de la coupure d'internet...) seraient anormalement à la charge de la partie lésée. C'est donc aussi à l'État d'assumer les frais du respect des droits.

Par ailleurs, la fameuse réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel à l'occasion de la saisine sur la loi de 2004 de révision de la loi Informatique et libertés, qui pose comme principe de sécurité l'article L 34-1 du code des postes selon lequel le rapprochement entre adresse IP et nom du titulaire de l'abonnement ne peut être fait que par le juge, va être invoquée, notamment par la Chancellerie, pour mettre un terme définitif au projet de réponse contractuelle. Comme l'expliquait le membre de la mission Olivennes :

"Le droit est toujours manipulable par principe, et donc il y a eu une coalition pour faire dire à la décision de 2004 ce qu'elle n'impliquait pas réellement. Et là, on avait un argument magnifique parce que l'on avait un argument objectif, c'est un argument avec les apparences de la technique qui évitait d'expliquer les arrières pensées de chacun. C'est un argument très fort. Les ayants droit, cela les arrangeait, la Chancellerie je pense qu'elle était plutôt convaincue sur le plan juridique, mais aussi parce que, pour elle, cela devait rester du pénal, il y avait cette idée que c'était de la justice privée et que c'était inacceptable [...]. Ce que je veux dire c'est que juridiquement, pour moi, on a un peu manipulé cette décision de 2004 qui n'impliquait pas que l'on mette en place le mécanisme qui a été mis en place et c'est pourtant, je crois, l'argument principal qui a décidé tout le monde : en France pour des raisons juridiques, ce n'était pas possible de faire la réponse contractuelle et il fallait donc une réponse de type étatique. Parce que c'était constitutionnellement impossible".

Le filtrage

Les avis initiaux étaient donc très partagés au sein de la mission Olivennes pour aller dans la direction

d'un dispositif d'avertissement et de sanction piloté par une entité publique. Une autre piste originale et courageuse de la mission a été d'aborder clairement l'option du filtrage, mais celle-ci a, cette fois, rencontré l'opposition des fournisseurs d'accès. Certes, le rapport rappelle qu'au regard de la Loi de Confiance dans l'Économie Numérique (LCEN) du 21 juin 2004, les fournisseurs d'accès ne sont pas soumis à une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher les faits ou des circonstances révélant des activités illicites. Cette disposition est une transposition de l'article 15 de la directive européenne 2000/31/CE du 8 janvier 2000 relative au commerce électronique. De nombreux commentateurs, et notamment les services juridiques des fournisseurs d'accès, considèrent que ces dispositions empêchent la mise en place de filtres puisqu'« une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites » ne peut leur être imposée. À ce propos, le rapport de la mission Olivennes nuance cette quasi immunité très protectrice pour les intermédiaires techniques. Au regard des principes d'engagement des responsabilités des intermédiaires techniques, le texte de 2004 vise à éviter de déduire une faute de l'intermédiaire du fait de la simple présence sur ses réseaux d'une information illicite. La directive européenne (art 14 et 15) précise qu'une condamnation pour dommages et intérêts ne peut être prononcée que pour des faits identifiés, selon une conception étroite de la responsabilité civile ou pénale. Le rapport en conclut que ces dispositions « semblent sans incidence sur une action en cessation ou en filtrage. Un filtre n'aboutit pas à une surveillance des réseaux : il ne s'agit que d'un instrument technique qui ne nécessite pas l'intervention du fournisseur d'accès »¹¹⁵.

La mise en œuvre de contravention

Une deuxième piste ouverte par le rapport propose de « déclasser » la contrefaçon du délit vers la contravention, dont l'émission pourrait suivre la voie normale (établissement des faits par un agent de police judiciaire, émission d'une contravention et constat par un juge qui détermine la peine) ou automatisée comme en matière de sécurité routière en ne faisant intervenir le juge qu'en cas de refus de

¹¹⁵*Le développement et la protection des œuvres culturelles sur les nouveaux réseaux*, Novembre 2007, Mission confiée à Denis Olivennes, p. 34.

paiement. Cette dernière hypothèse serait particulièrement adaptée au traitement de masse des infractions au droit d'auteur sur internet mais devrait être hautement sécurisée. Même les agents assermentés des SPRD ne pourraient dresser ce type de contravention du seul ressort des agents de police judiciaire. Le rapport énonce les deux bases juridiques susceptibles d'établir ces contraventions. C'est un point essentiel du rapport car il va servir de base à la définition ultérieure de l'infraction qui nous intéresse. L'une des bases juridiques est simplement l'acte de contrefaçon. C'est une base solide à condition qu'un déclassement ait lieu du délit vers la contravention. La censure du Conseil constitutionnel de la loi DADVSI n'avait pas rejeté la contraventionnalisation par principe, mais avait jugé que ne viser que les échanges pair-à-pair entraînait une inégalité de la sanction vis à vis des autres modalités de téléchargement illicite. Des pistes semblent exister pour « déclasser partiellement » la contrefaçon en fonction de la gravité des actes (simple téléchargement, mise à disposition, critère de volume, activité lucrative, mise à disposition avant la diffusion légale, primo-diffuseur...). L'autre base juridique consiste à explorer la piste de la sécurisation du poste de l'internaute. Ici encore, la loi DADVSI avait ouvert la voie¹¹⁶ mais de manière imparfaite, d'une part, en ne prévoyant pas de sanction à une absence de sécurisation et, d'autre part, en instaurant une grave insécurité juridique au regard du principe de personnalité de la peine et de présomption de responsabilité, (même si un tel principe existe déjà, dans des conditions très encadrées, par exemple dans le cas de présomption de responsabilité du titulaire de la carte grise d'un véhicule pour certaines contraventions au code de la route).

La mise en œuvre d'un dispositif d'avertissement

Clé de voûte de l'atténuation de la perception répressive de la lutte contre le piratage, les parties prenantes s'accordent depuis déjà plusieurs années sur la mise en place d'un système d'avertissement avant le déclenchement de poursuites. Cette idée simple et « pédagogique » se heurte néanmoins à de nombreux obstacles juridiques et techniques. L'idée même d'un fondement juridique d'un avertissement alors qu'une infraction a bel et bien été commise pose problème et génère de fortes insécurités. De plus, à l'occasion du processus compliqué qui a vu les SPRD obtenir finalement un pouvoir d'enquête sur les

¹¹⁶Art. L. 335-12 du code de la propriété intellectuelle.

réseaux, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État ont entouré de nombreuses réserves la possibilité d'adresser des messages, et donc de constituer des fichiers, en vue de prévenir une infraction. Qu'il s'agisse du principe de présomption de culpabilité, des risques concernant les libertés individuelles, de la durée de conservation des données personnelles, des voies de recours, des prérogatives des divers acteurs (FAI, ayants droit, CNIL...), de nombreuses restrictions ont été apportées au principe même de cette idée de message de prévention. Se pose aussi la question de l'imputation du coût de ces opérations d'envoi de messages, non négligeable à une vaste échelle. Le rapport dresse ainsi la liste de quatre arguments plaidant pour cette hypothèse, malgré les risques évoqués : 1/ Une directive européenne de 1995 prévoit la possibilité d'envoi de messages purement informatifs par les sociétés d'auteurs. Il ne semble donc pas possible d'exclure a priori cette option 2/ L'avis du Conseil constitutionnel de 2004 a affirmé que la sauvegarde de la propriété intellectuelle et de la création culturelle constitue un motif d'intérêt général 3/ la dérogation au principe fondamental d'effacement des données et de leur traitement automatisé pourrait être strictement encadrée, 4/ une autorité administrative permettrait de garantir les procédures, leur déontologie et servir de voie de recours.

La mise en œuvre d'une sanction civile

Enfin, le rapport affirme qu'une sanction n'est pas nécessairement pénale. Une sanction civile pourrait être envisagée en réparation des ayants droit lésés par un acte de contrefaçon. En fonction de la gravité des actes de téléchargement illicite, il semble possible d'envisager que la loi fixe une amende forfaitaire, comme d'ailleurs le prévoit l'article L. 331-1-1 de code de la propriété intellectuelle¹¹⁷. Dans cette hypothèse, la réparation civile peut être facilitée par l'adaptation de la procédure de l'injonction de payer. Un ayant droit constatant une utilisation non autorisée pourrait obtenir d'un juge civil un état exécutoire obligeant un débiteur à s'acquitter de la sanction forfaitaire prévue. À la lumière des éléments de preuve

¹¹⁷« Art. L. 331-1-3. – Pour évaluer le préjudice résultant de la contrefaçon, d'une atteinte à un droit voisin du droit d'auteur ou aux droits du producteur de base de données, la juridiction prend en considération les conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits et le préjudice moral causé au titulaire du droit du fait de l'atteinte. /Toutefois, la juridiction peut, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire qui ne peut être inférieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte. »

apportés par l'ayant droit, le juge pourra vérifier l'exigibilité de la créance au regard des critères fixés par la loi pour définir un périmètre de sanction. Portée devant le juge d'instance, instruite sans audition et uniquement sur dossier, la procédure correspondrait aux demandes de souplesse de certaines parties prenantes. En outre, au titre des garanties en matière de libertés individuelles, c'est bien le juge qui procède au rapprochement entre adresse IP et nom de l'abonné auprès du fournisseur d'accès.

Rétrospectivement, les conclusions du rapport de la mission Olivennes sont en fait très ouvertes. Aucune hypothèse, y compris le filtrage, véritable épouvantail dans l'opinion publique, n'est écartée, ni aucune adaptation juridique exclue d'emblée. Si les voies choisies par la suite sont présentes dans le document, elles le sont parmi beaucoup d'autres. Comment expliquer alors le choix de telle ou telle option qui sera ultérieurement gravée dans les Accords de l'Élysée, en particulier celle de créer une autorité administrative indépendante appelée à devenir la « tour de contrôle » des échanges de biens culturels sur internet ?

Cette hypothèse semble s'être dessinée en fin de parcours, notamment au stade où le rapport a été finalisé en lien avec le cabinet du ministère de la culture, voire directement avec l'Élysée. Comme nous l'a confirmé notre interlocuteur, il y a toujours un "petit lien avec le cabinet pour savoir, une fois que la mission a fait ses travaux, comment présenter les choses au mieux pour qu'ensuite le rapport ait des chances d'être repris politiquement". Se pose alors la question récurrente pour ce genre de mission gouvernementale : de quel impact sur la décision politique disposent ces travaux quand dès le départ ils participent d'un souci de légitimation ? Malgré l'ouverture, voire l'audace, dont fait preuve le rapport dans ses conclusions, il semble que les parties prenantes aient eu à ce stade des positions encore contradictoires. En effet, les ayants droit ne veulent pas de déclassification de la contrefaçon de délit en contravention, donc sans espoir de possibilité de sanction civile. Mais ces derniers souhaitent un dispositif de répression plus souple et massif sans toutefois passer par le juge. Les pouvoirs publics, quant à eux, ne goûtent pas l'idée de réponse contractuelle qui laisserait des acteurs privés seuls pour réguler les contentieux, au risque, comme en Allemagne, de voir des dizaines de milliers de procès au civil engagés par les ayants droit. Quant au filtrage, les fournisseurs d'accès ne veulent pas en entendre parler en raison des coûts techniques et médiatiques considérables et parce que le terme même de filtrage est perçu très

négativement dans l'opinion publique. Concernant la volonté de pédagogie par un système de messages d'avertissement ciblés sur des contrevenants repérés par les SPRD, les risques juridiques semblent presque insurmontables.

En l'état, le rapport de la mission Olivennes en ouvrant ces multiples pistes, soulève donc plus de problèmes qu'il n'en résout. Mais, dans l'esprit des parties prenantes, il ne constitue qu'une première étape de légitimation, notamment médiatique, du pouvoir politique en vue de se saisir du problème épineux du téléchargement illicite. La seconde étape, qui se déroule à huis clos, va concerner la négociation des accords Olivennes, dits aussi « accords de l'Élysée », puisque le chef de l'État ne va pas hésiter à s'engager personnellement, et dans le lieu le plus emblématique du pouvoir politique, pour ratifier ces accords.

D'un rapport, il faut donc passer à un accord entre les acteurs réunis par la mission Olivennes dont les termes sont censés servir d'appui au législateur pour transcrire avec la force de la loi les problèmes ainsi publicisés, politisés puis légitimés. Nous sommes donc ici dans un processus typique du concept en émergence « d'ordre négocié », selon l'expression de l'anthropologue du droit Étienne Le Roy (1986 : 117-133 et 1996 : 341-351). Si la conception historique du droit continental s'organise autour de la notion d'ordre, de hiérarchie, d'unicité et d'unité, Etienne Le Roy souligne combien l'idéologie moderne a contraint cet ordonnancement à intégrer l'idée contradictoire d'égalité, source d'intense innovation juridique. Ces innovations se sont particulièrement traduites par un pluralisme juridique, articulé au principe général de négociation et de performativité de l'oralité juridique : "Pour simplifier, on supposera qu'on est en face de deux formules fondamentalement divergentes, l'une recourant à la négociation pour assurer l'ordre au sein du groupe, par la maîtrise responsable de tous les enjeux qui s'y décèlent ; l'autre qui fait confiance à une autorité publique, extérieure et supérieure au groupe, pour déterminer les normes de référence, définir la solution du conflit et imposer le caractère obligatoire. (...) Dans le domaine juridique, deux conceptions divergentes du Droit s'en sont déduites. D'un côté, l'oralité juridique qui permet à chacun de justifier ses intérêts et de trouver une solution sans remettre en question la possibilité de trouver "la paix dans le ventre" du groupe. De l'autre, le modèle unitaire qui est à la base de l'État et qui a produit le code et l'écriture juridiques. Ce modèle est devenu, par le biais du droit

romain revisité au Moyen Age, le seul cadre possible en fonction duquel le théoricien du Droit conçoit le phénomène de judiciarisation. Le double effet de l'herméneutique et de la dogmatique a produit une occultation des phénomènes [d'oralité juridique] marginalisés mais ne cessant cependant de se reproduire en s'adaptant".

La négociation des accords de l'Élysée

Obtenir un accord de principe des acteurs économiques et industriels fournisseurs de contenus et fournisseurs d'accès¹¹⁸ est donc l'objectif ultime de la mission Olivennes dans le sillage de son rapport. Cet objectif général ne peut entrer dans les détails de la mise en œuvre d'un tel accord ni même, nous le constaterons, dans la définition des appuis juridiques et matériels des moyens par lesquels une procédure pourrait être engagée. Cet établissement d'associations nouvelles entre acteurs aux intérêts internes et externes contradictoires va faire l'objet de négociations assez précises qui ne seront « révélées » qu'au cours des débats parlementaires à partir de l'automne 2008.

Interactions et négociations entre acteurs

Le texte est solennellement baptisé « Accords de l'Élysée » le 23 novembre 2007 et annoncé personnellement par le chef de l'État. Sur la forme, l'accord rassemble en effet une très large palette des parties prenantes et sera paraphé par plusieurs ministres. Il est tripartite : les pouvoirs publics, les ayants

¹¹⁸ *Fournisseurs d'accès* : France Télécom / Orange, Iliad / Free, Neuf Cegetel, Numericable, Télécom Italia / Alice

Télévisions (producteurs et diffuseurs) : Canal +, TF1, France Télévisions, SPECT (syndicat des producteurs et créateurs d'émissions de télévision), USPA (union syndicale de la production audiovisuelle)

Filière musicale (auteurs et producteurs) : SACEM, SCPP (Société Civile des Producteurs de Phonogrammes), SNEP (Syndicat National de l'Édition Phonographique), SPPF (Société des Producteurs de Phonogrammes en France, UPFI (Union des Producteurs Français Indépendants)

Filière cinématographique : ALPA (Association de Lutte contre la Piraterie Audiovisuelle), ARP (Société Civile des Auteurs, Réalisateurs, Producteurs), BLOC (Bureau de Liaison des Organisations du Cinéma), dont les membres : APC, DIRE, GNCR, SDI, SFA, SFAAL, SNAC, SNTPT, SPFA, SPI, SRF, UNEVI, UPF, BLIC (Bureau de Liaison des Industries Cinématographiques), dont les membres : API, FICAM, FNCF, FNDF, SEVN

droit et les prestataires techniques s'engageant réciproquement. Les premiers promettent d'initier un processus législatif en vue d'ériger une autorité chargée d'un mécanisme d'avertissement reposant sur l'article L. 335-12 du Code de la propriété intellectuelle qui affirme le principe de responsabilité de l'abonné du fait de l'utilisation frauduleuse de son accès. Les seconds – les ayants droit –, s'engagent à modifier leur politique vis-à-vis des mesures techniques de protection et plus largement d'accélérer l'amélioration de l'offre légale en acceptant une modification de la chronologie des médias par la réduction du délai de mise à disposition des œuvres cinématographiques. Les prestataires techniques – principalement les fournisseurs d'accès – s'engagent à collaborer à l'envoi des messages d'avertissement et à lancer l'expérimentation des technologies de filtrage. Malgré un effet d'annonce prometteur et en raison d'un délai de près d'un an entre sa signature et les premières discussions législatives, les accords Olivennes se sont peu à peu fissurés et un certain nombre d'éléments de la négociation censés rester secrets sont dévoilés par les députés de l'opposition et même, par imprudence, par la Ministre elle-même. Ce sont ces éléments non publics de la négociation des accords Olivennes/Élysée que nous allons détailler en analysant les échanges entre députés de l'opposition et le Ministre de la culture le 2 avril 2009, dernier jour du très long et tumultueux débat sur la loi Création et Internet, dite « HADOPI », à l'Assemblée Nationale.

À l'occasion du débat sur la suspension ou le maintien du paiement de son abonnement par l'internaute privé de connexion, le député Jean Dionis du Séjour – un des députés de la majorité publiquement défavorable au projet de loi – soutient, sans être démenti ou repris par la Ministre ou le rapporteur, que les accords Olivennes s'appuient sur une volonté de punir les fournisseurs d'accès de s'être rendus coupables de parasitisme envers les industries culturelles lors du déploiement du haut débit :

« Politiquement, comment avez-vous pu en arriver là ? J'ai ma petite explication : vous avez construit un système qui implique les FAI, et dans un but un peu punitif : pour le monde de la culture, les FAI s'étaient montrés à un moment très laxistes et il fallait les punir. Aussi avez-vous imaginé ce système de la coupure ».

Par cette remarque, Jean Dionis du Séjour souligne la position de certains économistes qui ont observé dans la phase de déploiement fulgurante du haut débit en France – qui cumule le record d'abonnés à

l'ADSL et celui du téléchargement illicite – que le consentement à payer des usagers s'est construit, comme nous l'avons déjà évoqué, sur la promesse tacite faite aux usagers de pouvoir télécharger sans limite et gratuitement des œuvres protégées par le droit d'auteur. Certains ont pu soutenir (Bomsel 2007) que l'industrie culturelle avait ainsi indirectement subventionné, à son corps défendant, le déploiement de l'internet haut débit engendrant des gains considérables depuis le début des années 2000 pour les fournisseurs d'accès. La remarque du député semble indiquer que les accords Olivennes avaient pour arrière plan une forme de culpabilité des fournisseurs d'accès dont la réparation du préjudice était réclamée à cor et à cri, notamment par les acteurs de la filière musicale. La filière du cinéma, plus structurée et organisée du fait du processus proprement industriel de la production cinématographique, avait connu moins de préjudice que la musique mais avait parfaitement analysé les risques de l'accroissement toujours plus important des débits.

D'autres prémices des accords Olivennes permettent d'éclairer les raisons pour lesquelles les fournisseurs d'accès, par ailleurs tous opérateurs de téléphonie mobile (Orange, Bouygues, SFR) se sont assis à la table de négociation avec les industries culturelles. Selon le député Didier Mathus :

« On découvre peu à peu, au fil des explications du rapporteur et de la Ministre, que loin de la bande dessinée style Bambi qu'on nous a racontée à propos des accords de l'Élysée (Sourires.) il y a eu, derrière tout ça, un énorme marchandage avec les FAI. D'ailleurs, la Ministre l'a explicitement dit hier, de façon peut-être inopportune d'ailleurs, en parlant de la quatrième licence ».

La veille, lors d'un vif échange entre les partisans de l'amende et ceux de la suspension de l'accès à internet, Christine Albanel avait effectivement fait allusion au revirement d'un des quatre fournisseurs d'accès français. Près d'un an après leur signature, en juillet 2008, le fournisseur d'accès *Free* avait dénoncé avec fracas la méthode Olivennes en prétendant avoir signé une page blanche.

Mme Christine Albanel, Ministre de la culture : [...] Nous sommes sans cesse en discussion avec les fournisseurs d'accès Internet. Je vois souvent M. Lombard [Pdg de France Telecom], M. Levy [Pdg de Vivendi].

Jean-Pierre Brard : M. Niel ! [Pdg de Free],

Mme Christine Albanel, Ministre de la culture : Évidemment ! Les propos des fournisseurs d'accès Internet varient parfois en fonction d'autres dossiers. Je pense à la quatrième licence.

Plusieurs députés du groupe SRC. Quel rapport ?

Mme Christine Albanel, Ministre de la culture. Cela a un rapport !

M. Patrick Bloche. Lequel ? Plusieurs députés du groupe SRC. Chantage !

Mme Christine Albanel, Ministre de la culture. Laissez-moi parler ! [...] Tous les fournisseurs d'accès Internet ont signé les accords et proposé – personne ne les y a obligés – la suspension de l'abonnement Internet, preuve qu'il s'agissait de la solution la plus appropriée et que c'était évidemment possible tout de suite et non dans dix ans.

Free cherchait déjà, à l'époque, à accéder au marché de la téléphonie mobile et tentait d'obtenir une licence 3G, la « quatrième » du nom, les trois autres étant détenues par Orange, Bouygues et SFR. Il semble que la signature des accords Olivennes par Free ait été obtenue grâce à un chantage sur l'obtention de cette licence. C'est en tout les cas ce que le député Mathus assène, sans être vigoureusement démenti, à la Ministre, le lendemain :

« Nous avons bien compris que la quatrième licence avait joué un rôle fondamental dans cette affaire pour expliquer les évolutions possibles de quelques FAI. [...], on s'aperçoit qu'il y a eu, sous la table ou derrière le rideau, je ne sais, un véritable marchandage entre les FAI et le Gouvernement, qui conditionne beaucoup d'aspects de ce projet de loi. Et l'on subodore qu'il n'a pas été des plus vertueux, c'est le moins qu'on puisse dire, et que le marché conclu suffisamment honorable pour être exposé au vu et au su des internautes et de la population ».

Au printemps 2008, le Gouvernement renonce à lancer un appel d'offres pour l'attribution de cette quatrième licence au grand soulagement du tripole Orange, Bouygues et SFR, condamnés par ailleurs en juin 2007 à 442 millions d'euros d'amende pour entente illégale, et menacés ouvertement par Free d'une guerre des prix sur les tarifs de téléphonie mobile français qui sont parmi les plus élevés au monde. L'échange parlementaire et la chronologie des faits semblent donc attester que les accords Olivennes se

sont conclus sur des promesses non tenues vis-à-vis d'un ou plusieurs signataires. La rapidité et la méthode de Denis Olivennes semblent aussi être sujettes à caution, dans la mesure où plusieurs signataires ont déploré le cloisonnement, l'absence de discussion collective, et le déroulement exclusivement oral, aucun document n'étant laissé à la disposition des négociateurs. Plusieurs témoignages confirment une certaine opacité dans l'élaboration du texte final, comme celui de Sylvie Forbin, lobbyiste de Vivendi lors d'un entretien :

« En 3 mois, Olivennes a dit, « Moi je donnerai un accord qui tiendra sur une feuille A4 », et il inaugure un mode de négociation extraordinairement original dans lequel il va voir les professionnels les uns après les autres sans faire jamais de réunion croisée, sans jamais laisser de papier y compris dans les réunions où il réunit tout le monde, il distribue la page de l'accord et il la reprend. Donc le jour de la signature tout le monde était furieux, parce que la veille les éditeurs de télévision disent : " nous, on ne va pas signer, on ne comprend pas, on ne voit rien de cet accord, il n'y a aucune visibilité...". Donc on les supplie, nous, notamment via Canal, on dit « pas de blagues, ces accords il faut les signer », et donc les accords allaient fonder le projet HADOPI, les accords dits de l'Élysée de novembre 2007 ».

Ainsi, les accords de l'Élysée, salués avec peu de critiques parlementaires lors de la première lecture du Sénat, comme la clef de voûte pré-législative permettant d'éviter la réédition du chaos de la précédente loi DAVDSI, vont, plus de dix-huit mois après leur signature, sortir passablement affaiblis par les interventions des parlementaires. Ces accords semblent avoir été acceptés par les fournisseurs d'accès comme une sorte « d'expiation » de leur enrichissement insolent face au marasme des industries culturelles. Ils ont aussi – semble-t-il – été l'enjeu d'une forme de « chantage » entre les pouvoirs publics et les fournisseurs d'accès : la signature de trois d'entre eux semble avoir été conditionnée par l'abandon de l'octroi d'une quatrième licence de téléphonie mobile au nouvel entrant ; pour celui-ci au contraire l'espoir de pouvoir prendre pied dans la téléphonie mobile semble avoir été l'argument déterminant.

L'influence légistique des accords de l'Élysée

Les accords de l'Élysée et le droit négocié

À la croisée du contrat et de l'acte unilatéral, un droit négocié s'est progressivement constitué dans la doctrine juridique ces dernières décennies. Si, en théorie, il n'y a qu'une seule légitimité, celle de la loi, l'observation des pratiques conduit à nuancer sensiblement cette représentation homogène et impériale de « l'État de droit ». De nombreux observateurs ont relevé par leurs travaux une importante activité conventionnelle entre acteurs publics et privés notamment depuis les années 1980, fruit d'une intrication toujours plus grande entre rationalité techno-économique et rationalité juridique (Chevallier et Loschak 1982: 11). Ces activités gouvernementales de négociation du droit s'inscrivent dans le cadre des interrogations juridico-politiques sur la légitimité de nouveaux types d'action publique. Deux types d'arguments s'affrontent sur le plan théorique : les uns concernent la validité de telles décisions publiques au regard des règles démocratiques ; les autres insistent sur l'efficacité pragmatique de cette gestion contemporaine des problèmes sociaux et économiques. La pertinence du droit négocié oscille entre outil d'une démocratie plus libérale et instrument opérationnel de gestion technocratique. L'influence deweyenne sur le rôle des publics, la valorisation progressive de revendications émanant de la société civile, l'idéal libéral anglo-saxon ont atténué sur plusieurs décennies une conception législative s'imposant du sommet pour faire droit à une forme « émanée » (Lascoumes 1993: 49), selon l'expression de Pierre Lascoumes, s'appuyant sur des groupes d'intérêts organisés de la société civile (des publics) collaborant avec les instances étatiques. Trois types d'avantages sont escomptés : une implication directe des acteurs concernés sans filtres de type bureaucratique ; une valorisation des normes et des pratiques contextualisées supposées plus efficaces que les normes abstraites et générales (dans le cas qui nous intéresse : la répression générale de la contrefaçon) ; une réduction du rôle de l'État qui n'agit plus qu'en tiers régulateur, cadrant les accords, fixant les seuils, définissant les procédures, s'engageant sur une transposition législative de l'accord et se posant comme agent de diffusion-extension des acquis de la négociation. Le droit négocié postule la participation des représentants de groupes sociaux à l'édition de normes auxquelles les détenteurs de la puissance publique reconnaissent un effet contraignant. L'intensité

de cette contribution peut varier. Dans certains cas, il s'agit d'une véritable délégation expresse du pouvoir normatif. Dans ce cas, le droit social est la matrice de l'élaboration du droit négocié. La tradition juridique française n'est pas portée historiquement sur cette conception juridique, ne distinguant qu'entre intérêt particulier et intérêt général. La loi Le Chapelier de 1791, qui interdit la constitution de groupements professionnels, a longtemps interdit toute émergence du droit négocié. Mais après guerre, la participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail a amorcé la consécration d'un droit de négociation collective. La notion de convention collective du droit du travail a progressivement installé dans le droit français l'idée d'un droit négocié, l'État assurant l'articulation entre l'activité législative et la négociation collective. On pourra se reporter aux nombreux travaux portant sur les pratiques conventionnelles dans le domaine du droit social (Harrington 1988 : 293-316), (Di Mento 1986), (Abel, 1982) (Grace et Wilkinson 1981), (Shinio, 1982), (Verdier et Langlois 1972), (Jemmaud et Lyon-Caen 1986) en France et à l'étranger. Récemment, la loi de modernisation du dialogue social de 2007 a même instauré une obligation de concertation avant toute adoption de normes en droit du travail.

Par effet de dissémination, la doctrine du droit négocié s'est aussi notamment étendue au domaine de l'écologie par une « gestion conventionnelle des pollutions et des risques » (Lascoumes 1994: 169). Le Ministère de l'écologie a ainsi souhaité conclure avec les représentants de secteurs industriels (cimenterie, papeterie, chimie...) des accords par lesquels ces industriels prenaient un certain nombre d'engagements en échange de délais de mise en conformité ou d'aides financières. Du point de vue du droit comparé, les anglo-saxons, notamment les États-Unis, développent la technique du « negotiated rulemaking » pilotée par les agences fédérales. Appuyées sur le principe de subsidiarité, ces techniques présentent un caractère hybride, contractuel dans leur formation et unilatéral dans leurs manifestations. Le principe du « negotiated rulemaking » américain, sous l'égide d'une agence fédérale, consiste à donner la possibilité aux parties prenantes d'un intérêt quelconque de négocier eux-mêmes un projet de règlement dans le cadre d'un certain nombre de principes encadrés par l'agence. Celle-ci convoque lors d'une première phase une personne indépendante – le *convener* – chargée d'identifier les intérêts, les difficultés et les perspectives de succès¹¹⁹. Si les chances de succès sont réelles, l'agence fédérale publie un avis annonçant l'ouverture d'une procédure de « negotiated rulemaking », précisant l'objet, l'étendue de l'accord

¹¹⁹Dans une certaine mesure, la personnalité de Denis Olivennes correspond à ce rôle dans le processus américain.

envisagé et la liste des parties prenantes à la commission de négociation. Le caractère public de l'annonce autorise toute personne à se prononcer sur l'opportunité de la procédure, voire à intégrer la commission. Ce mode de droit négocié dans le domaine culturel n'est cependant pas totalement nouveau, y compris en France. La loi de 1985 sur les droits voisins et la rémunération pour copie privée a vu la mise en place de commissions administratives mixtes, dotées d'un pouvoir normatif, chargées de négocier en présence de représentants de l'État le montant et les modalités de la rémunération pour copie privée. Les compromis issus des négociations sont relayés par des normes contraignantes pour l'ensemble des secteurs industriels concernés. La directive européenne du 22 mai 2001 qui, rappelons-le, traduit les traités OMPI de 1996, fait aussi place à ce droit négocié pour opérer la conciliation entre la mise en œuvre des mesures techniques de protection des œuvres de l'esprit et la garantie du bénéfice de certaines exceptions au droit de propriété littéraire et artistique. L'autorité de régulation des mesures techniques (ARMT) prévue par la loi DADVSI jouait ce rôle de cadre à la négociation entre acteurs privés pour éviter d'imposer une résolution autoritaire en droit de propriété littéraire et artistique. Enfin, la charte musique de 2004, déjà évoquée, participe aussi largement du paradigme du droit négocié. En effet, comme le souligne Eric Savaux (2005: 37) dans son article sur la dilution des catégories juridiques : « le modèle de droit négocié que constitue le contrat inspire aussi les chartes et codes de conduite par lesquels les acteurs se fixent les normes de comportement qu'ils acceptent, en attente de la loi ou à sa place ».

Mais, s'ils y participent largement, le rapport et les accords Olivennes ne sont pas le fruit d'une délégation expresse du pouvoir normatif comportant la force doctrinale d'un processus de « negotiated rulemaking » à l'américaine ou d'un droit négocié semblable à celui du droit du travail ou de l'environnement. Les pratiques de droit négocié sont en effet loin d'être uniformes et une typologie a pu être dressée par Pierre Lascoumes (1993: 67): 1/ la négociation « contrainte retenue » dans le cas d'un rapport de force très favorable à l'administration (par exemple le cas de négociation sur des dossiers de santé publique type amiante avec une très forte mobilisation de l'opinion publique), 2/ la négociation « pression » qui oblige l'administration à faire évoluer une situation problématique mais complexe (notamment pour des cas de seuils de pollution d'activités économiques sans alternative), la fermeté se heurtant ici aux problèmes de mise en œuvre et d'évaluation, 3/ la négociation « émulation » dont l'objectif est de faire évoluer en douceur une « situation-problème » avec des partenaires dotés d'une forte compétence technique et

maîtrise informationnelle. Le degré de complexité et d'incertitude ainsi que le nombre d'acteurs s'accroissent (comme dans le cas de dossiers qui mêlent composantes environnementale, économique, sociale, technologique et fiscale), 4/ enfin, la négociation « affichée » souvent à l'initiative des industriels qui conservent ainsi le rapport de force et jouent des failles de cohérence interne de l'administration. L'objectif est de maintenir le *statu-quo* de promettre une mise en conformité et de tirer des bénéfices de retombées médiatiques de part et d'autre (tel fut le cas par exemple lors de négociations environnementales entre des groupes sidérurgiques et le Ministère de l'environnement à la fin des années 70). Cette typologie se traduit juridiquement par des textes d'autorité décroissante de la loi au décret en passant par l'arrêté et jusqu'au simple échange de lettres pour le dernier type. Dans de nombreux cas, le législateur préfère inciter les représentants d'intérêts privés à trouver un accord entre eux, charge à lui de reprendre, sous la forme d'un loi, le compromis ainsi dégagé. Contrairement à ce que laissait entendre la lettre de mission de la Ministre de la culture, c'est cette méthode qui sera finalement retenue par l'exécutif face aux implications techniques, à la définition juridique encore imprécise de l'infraction et au processus pénal à garantir. Cette forme « alternative de droit négocié » (Lapousterle 2009), permet au législateur d'imprimer sa marque au projet de loi envisagé tout en acceptant l'idée qu'il puisse faire l'objet d'une négociation avec les représentants des intérêts privés concernés, ici ayants droit et fournisseurs d'accès internet. Cette variante du droit négocié met l'accent sur une conception de la négociation, qui, selon l'expression de Marie-Laure Morin (2002), « vaut davantage comme processus d'association à la décision et de légitimisation de la règle que comme manifestation d'un pouvoir autonome de réglementation ».

Le rôle de l'accord de l'Élysée dans la fabrique de la loi

Dans le sillage de cette doctrine du droit négocié, le rapport Olivennes, mentionné 48 fois au cours de la première lecture au Sénat, va jouer un rôle déterminant et apparemment inédit dans une enceinte parlementaire. Malgré la banalisation des procédures de droit négocié, des parlementaires vont vivement réagir à ce qu'ils considèrent comme un « diktat » extérieur à la fonction législative. *"Mais depuis quand le*

Parlement doit-il se conformer à un accord préalable entre professionnels ?" s'exclame ainsi le sénateur Retailleau et de poursuivre "Si nous n'avons le droit que de déplacer les virgules dans les projets de loi qui nous sont soumis, qu'on nous le dise !". Ce moment d'exaspération, rare au Sénat, survient à la fin des débats en première lecture le 30 octobre 2007, en épilogue d'une discussion qui a montré, pendant toute sa durée, une attention et une référence constantes au Rapport Olivennes et aux Accords de l'Élysée. Les débats sénatoriaux feront souvent allusion à ce "droit négocié", étranger à la tradition juridique française, avec lequel les sénateurs semblent mal à l'aise. Ce débat ayant été largement soulevé dans la presse, la Ministre tente de déminer le terrain dès sa première prise de parole lors de la discussion :

« Cette loi n'est donc pas celle des majors, c'est celle de tous les créateurs et de toutes les industries culturelles. Ce n'est pas non plus la loi des artistes les plus réputés, mais celle des jeunes talents. (Exclamations sur les travées du groupe socialiste).

[...]J'en viens à présent à la troisième objection : cette loi serait dictée par les majors. Je tiens à le souligner, et tous ceux qui sont en contact avec les milieux culturels le savent bien, le présent projet de loi a reçu le soutien massif des créateurs et des entreprises du cinéma, de la musique et de l'internet ».

Mais les salves de quelques sénateurs viendront brutalement contester cet irénisme. Le sénateur Renar par exemple,

« Ce sont les majors qui ont la prétention de vouloir arrêter un phénomène de société qu'elles ont elles-mêmes favorisé par leur attentisme et leur conservatisme étriqué. Ne les laissons pas dicter des mesures dont l'obsolescence n'a d'égale que l'inefficacité ! Incapables d'être en phase avec leur temps, les industries culturelles sont en train de vouloir arrêter le progrès au nom du profit ! [...] Le problème, c'est que ce secteur considère que la rente du paiement à l'acte reste encore lucrative et essaye de la préserver ».

En effet, si on compare les termes des accords de l'Élysée avec l'objectif de la loi HADOPI, force est de constater qu'ils impliquent clairement que les pouvoirs publics s'engagent dans une voie législative

combative pour résorber le piratage.

Les pouvoirs publics s'engagent :

– à proposer au Parlement les textes législatifs et à prendre les mesures réglementaires, permettant de mettre en œuvre un mécanisme d'avertissement et de sanction visant à désinciter l'atteinte portée aux droits de propriété intellectuelle sur les réseaux numériques. Ce mécanisme devrait reposer sur le principe de la responsabilité de l'abonné du fait de l'utilisation frauduleuse de son accès, actuellement posé à l'article L. 335-12 du Code de la propriété intellectuelle, et sera piloté par une autorité publique spécialisée, placée sous le contrôle du juge, en sorte de garantir les droits et libertés individuels. Cette autorité sera dotée des moyens humains et techniques nécessaires à l'avertissement et à la sanction. Sur plainte des ayants droit, directement ou à travers les structures habilitées par la loi à rechercher les manquements au respect des droits, elle enverra sous son timbre, par l'intermédiaire des fournisseurs d'accès à internet, des messages électroniques d'avertissement au titulaire de l'abonnement. En cas de constatation d'un renouvellement du manquement, elle prendra, ou saisira le juge en vue de prendre, des sanctions à l'encontre du titulaire de l'abonnement, allant de l'interruption de l'accès à internet à la résiliation du contrat Internet.

Si les sénateurs en première lecture ont unanimement loué la méthode et le résultat de la mission Olivennes et des Accords de l'Élysée qui en ont découlé, les prévenances de la Ministre de la culture et les interventions parfois acerbes de sénateurs de la majorité mettent en lumière le rôle direct et important joué par les intérêts, certes légitimes, des acteurs économiques d'internet. Non seulement pour l'impulsion de la loi mais jusque dans ses principales dispositions : riposte graduée, création d'une autorité publique interposée entre ayants droit et fournisseurs d'accès et surtout suspension de l'abonnement à internet. D'un point de vue politique, l'adoption relativement aisée du texte en cette première étape du projet de loi Création et Internet au Sénat est un succès pour les promoteurs du texte et semble être de bon augure. Les discussions ont été courtes, argumentées et, selon la tradition du Sénat, sans débordements. Peu de sénateurs – une dizaine – ont pris part à la discussion l'épisode malheureux de la

loi DAVDSI n'a pas été exploité à des fins politiciennes, les parlementaires impliqués ont manifestement travaillé leur dossier avec sérieux. Il n'en reste pas moins que l'analyse des débats et les « signaux faibles » qui les traversent font déjà apparaître les conditions futures du conflit. Tout d'abord, et comme premier signe de fragilité du texte de loi, un souci constant et diffus des sénateurs vise à pointer les risques nombreux en matière de sécurité juridique. À au moins une dizaine de reprises, les sénateurs attirent l'attention sur les risques de blocage juridique du dispositif. Michel Mercier – futur Garde des Sceaux – met ainsi clairement en garde :

« Il s'agit non pas de gripper la machine, mais de rester fidèles aux principes de notre droit, même avec une technologie moderne. Les façons d'y parvenir peuvent être diverses, mais que le principe du contradictoire ne soit pas respecté me semble condamnable. [...] »

« Nous souhaitons que chaque internaute, qui reste un sujet de droit, puisse faire valoir les droits fondamentaux que la République reconnaît à tout citoyen, c'est-à-dire la règle du principe du contradictoire ».

L'insécurité juridique s'est de plus édifiée sur une instabilité méthodologique et presque épistémologique. Quelques parlementaires commencent à souligner que les arguments rationnels employés pour justifier le projet de loi et organiser le « sauvetage » de la filière culturelle française et partant, de la culture dans son ensemble, ne reposent pas sur des faits absolument rationalisés et scientifiquement justifiés : en d'autres termes, personne n'est en mesure de donner une explication nuancée et des éléments de mesure indiscutables prouvant la corrélation stricte entre le téléchargement illicite et les difficultés financières des industries culturelles.

Une autre dimension des accords Olivennes inspirée par le droit négocié va traverser les échanges parlementaires qui soulignent une forme d'invasion du droit anglo-saxon dans le processus d'élaboration de la loi et dans la création d'une Autorité Administrative Indépendante. Une « soft law » normative semble manifestement avoir inspiré la forme et le fond de la mission Olivennes. La forme administrative et l'autonomie accordée à l'Autorité administrative en gestation, en écho au modèle de l'agence fédérale américaine, participent chez les constitutionnalistes français d'une atténuation de la puissance de l'État et de son « démembrement ». On note aussi à l'issue du débat une sorte d'incompatibilité de fond entre les

plans législatif et technique qui semblent agir dans deux dimensions différentes : la moindre proposition d'ordre législatif articulée aux principes d'équité, de justice et de démocratie se brise sur les écueils de sa mise en œuvre technique. Ainsi, s'exclame la Ministre lors de l'exposé des motifs de la loi : *« Ce n'est pas aux technologies de nous dicter leurs règles, c'est à nous de leur imposer celles que notre société a choisi de se donner à elle-même. Tel est le sens de ce projet de loi. »*. Malheureusement, les débats attestent du contraire, l'impuissance du législateur et du juriste à tordre et à soumettre le mode d'existence de la technique semblant presque totale à ce stade des discussions parlementaires. Les problèmes concrets et pratiques de stabilisation des piliers de l'infraction, que nous aborderons ci-après, seront renvoyés aux décrets d'application de la loi à venir.

L'effet attendu de la loi vise à modifier les comportements des usagers. Inciter l'internaute à modifier son comportement est le fil conducteur de tout l'édifice législatif. Comme le souligne quelques interventions, « l'usager-consommateur » est une sorte de fantôme qui plane sur les débats sans qu'à aucun moment ne soit posée la question plus sociologique des raisons qui poussent des individus à s'adonner au téléchargement massif de contenus culturels et à l'usage continu de terminaux mobiles. Certes, et c'est une surprise de cette première lecture au Sénat, les conclusions de la commission des affaires économiques et l'amendement n° 75 porté par le rapporteur Retailleau tentent de provoquer une réflexion sur la perception du sens de la sanction. En insistant pour remplacer la coupure de l'accès par une amende, avec des arguments modérés et convaincants, le sénateur semble le seul à avoir mené un début de réflexion sur la notion de sanction, sa proportionnalité, sa légitimité, son efficacité et son acceptation par les usagers dans ce nouveau « domaine » constitué par Internet. Mais le débat tourne court en raison, semble-t-il, de la promesse faite aux signataires des accords Olivennes d'adopter une mesure symbolique et forte et par l'argument paradoxal de souhaiter « décriminaliser » la sanction en ne recourant pas à l'amende qui rappellerait trop dans « l'esprit » de l'internaute la sanction prononcée par le juge. Ce problème de la fiction de la sanction se révélera pourtant dans le futur comme l'élément de friction d'HADOPI : non seulement la disproportion de la coupure de l'accès et la riposte graduée sans intervention du juge seront le « chiffon rouge » des débats houleux à l'Assemblée Nationale, mais leurs bases juridiques, techniques et administratives se révéleront d'une grande fragilité. Au fil des débats, la négociation des parties prenantes des accords Olivennes sur le volet de la sanction/incitation de la

coupure internet et sur la volonté d'exclure le juge obtenue dans le cadre d'un droit négocié se révélera comme un puissant repoussoir pour les parlementaires et une prise essentielle pour les militants et activistes anti-HADOPI.

Conclusion

En examinant dans le détail la chaîne de construction d'associations et de consensus entre une commission initiée par l'exécutif, son rapport et un accord interprofessionnel qui servira de pilier à l'élaboration d'une loi, ce chapitre illustre concrètement l'importance des modalités de prise en compte de la dimension politique des activités de choix dans l'élaboration d'un instrument de gouvernement. La commission Olivennes constitue, pour notre sujet, le point d'articulation entre *politics* et *policies*, les dynamiques de fonctionnement d'un régime politique, ses acteurs individuels et l'action procédural de l'État (Hassenteufel et Smith 2002, cités par Maillard et Surel 2012: 17). Comment l'État organise-t-il un espace d'échange à court terme pour la négociation d'un accord ? Comment parvient-il à faire croire qu'il est capable d'organiser le social en l'ordonnant ? Tel est l'objectif de ce chapitre. Nous avons décrit à travers les travaux de la mission Olivennes et l'élaboration des Accords de l'Élysée un changement de méthode dans le gouvernement des échanges numériques. Jusque là, le législateur avait subi des injonctions extérieures qui l'avaient poussé à légiférer. Préparé de longue date pendant sa campagne électorale, Nicolas Sarkozy va chercher à réorganiser la geste étatique en tentant de prendre en main le sujet tant sur le plan des bénéfices électoraux attendus que sur celui du calendrier et de la méthode. Ce thème qui brouille les clivages politiques classiques est identifié comme politiquement utile car le candidat y détecte un sujet clivant : tant sur le plan intérieur car il prend à contre-pied la Gauche et ses relations au monde de la culture que sur le plan extérieur en étant capable de réalimenter hors des frontières le récit de « l'exception culturelle française ».

Face à l'enlisement des processus de transposition des directives européennes dans le droit national, nous avons souligné que le nouvel exécutif reçoit pour mission explicite de scénariser et scénographier un certain nombre d'espaces dialogiques démonstratifs d'un État animateur d'une construction négociée de la

norme en matière de gouvernance d'internet. Nous sommes ici en présence d'un cas intéressant de construction négociée de la mise en politique des problèmes. Il s'agit d'une entreprise de type performatif que l'exécutif adopte, selon nous, pour tenter de revenir au centre de la dimension politique de choix et de sélection des options. Il faut donc dans un premier temps ouvrir et favoriser les chemins possibles afin de mieux pouvoir les refermer ensuite.

Il est utile de remarquer que ce séquençage est produit et orchestré par un très petit nombre de personnes : une « poignée » de hauts fonctionnaires répartis au sein de la mission Olivennes elle-même et dans les cabinets du chef de l'État et de la Ministre de la culture. Dans un premier temps, l'étape du rapport permet d'ouvrir de nombreuses pistes, certaines originales (la sanction civile) ou très controversées (le filtrage). Une fois ces options posées, l'exécutif légitimé par une implication personnelle du Chef de l'État délègue à un négociateur la tâche de produire un consensus précis d'action pour parvenir à satisfaire les intérêts divergents des acteurs (notamment ayants-droit et intermédiaires techniques) en engageant *ex ante* la représentation nationale sur un véhicule législatif de ces décisions. Nous avons montré que ce processus de négociation, marqué par la performativité de l'oralité juridique, construit un consensus qui comporte d'une part des accords publics mais repose aussi sur des éléments de négociation économique très concrets (promesse de licence, internalisation et répartition des coûts des mesures). Cet art de la négociation, avec sa part d'engagements secrets permet de refermer les options ouvertes par le rapport pour produire un texte court qui sera capable, malgré les résistances de quelques élus, de cadrer parfaitement le projet de loi et de garantir au Gouvernement une certaine témérité pour défendre son texte devant la représentation nationale.

« Aujourd'hui, un accord est signé, et je veux saluer ce moment décisif pour l'avènement d'un internet civilisé. Internet, c'est une « nouvelle frontière », c'est un territoire à conquérir. Mais Internet, cela ne doit pas être « Far West » high-tech, une zone de non droit où des « hors-la-loi » peuvent piller sans réserve les créations, voire pire, en faire le commerce en toute impunité, sur le dos de qui ? Des artistes. D'un côté, des réseaux flambant neufs, des équipements ultra-perfectionnés et de l'autre des comportements parfaitement moyenâgeux, où, sous prétexte que c'est du numérique, chacun pourrait, parce que c'est du numérique, pratiquer librement le vol à l'étalage. »¹²⁰.

¹²⁰Nicolas Sarkozy, 23 novembre 2007 : Signature des Accords de l'Élysée qui ont ouvert la voie à la loi Création

Cette citation du discours du chef de l'État prononcé à l'occasion de la signature des « accords de l'Élysée » le 23 novembre 2007 a été largement commentée, notamment pour souligner la rudesse des termes employés. Les expressions « civiliser internet », « territoire à conquérir », « hors-la-loi », « Far West », « vol à l'étalage » ont été largement dénoncées par la presse et l'opinion publique. Si l'on replace ces termes au regard de l'objectif de relégitimation de la parole publique et de recherche d'efficacité de la loi grâce au processus engagé par ces accords, on comprend mieux la finalité de l'artifice rhétorique qui cherche manifestement à frapper les esprits, aux premiers rangs desquels la presse spécialisée qui tout en combattant sans relâche le projet de loi va jouer un rôle paradoxal dans la large sensibilisation du plus grand nombre aux problèmes complexes du droit d'auteur sur les réseaux numériques. Cette volonté de publiciser par une politisation brutale du problème et une exacerbation des termes est une tactique récurrente et efficace en communication politique. Le conseiller culturel du chef de l'État, Olivier Henrard, nous a confirmé cette stratégie qui visait à extraire le traitement de ce sujet complexe sur le plan juridique et technique des rubriques et des médias spécialisées pour contraindre la presse grand public et les rubriques société et culture à se saisir du sujet pour en faire un traitement plus neutre et distancié. Soumettre la technologie à la légitimité de l'action publique et restaurer l'empire du droit sur ses manifestations n'est pas, en effet, un sujet secondaire, malgré l'apparente innocuité des échanges illicites de biens culturels.

En engageant un processus de droit négocié à travers les accords de l'Élysée, les pouvoirs publics ont reconnu que la matière échappait à une imposition unilatérale de la norme illustrant ainsi des mutations de la technique juridique solidaires des transformations de l'État. Comme l'affirme Étienne Leroy (1996: 347), « l'objectif fondamental est de faire émerger des règles du jeu social qui soient à la mesure des problèmes que rencontrent les acteurs de la vie sociale quand, pour diverses raisons, le mode formel ou officiel de mobilisation du Droit (écrit et étatique) est inopérant ou évanescent. Plus précisément, quand les solutions passées ne sont plus mobilisables et que la manière de penser les rapports sociaux doit privilégier des problèmes nouveaux à résoudre plutôt que des objets à traiter, il paraît indispensable d'aborder le Droit autrement, interdisciplinairement ».

Les « accords de l'Élysée », scénarisés et mis en scène par les pouvoirs publics, participent d'une définition

et Internet - discours du Président de la République,

du concept de gouvernance et d'une conception du pouvoir fondé, selon Philippe Moreau Defarges (2006: 53), « sur les relations entretenues par des acteurs réunis en réseaux se manifestant par l'incitation et la persuasion, de préférence à toute affirmation autoritaire ». Découlant de ce concept de gouvernance, celui de régulation, défini par Antoine Jeammaud (1998 : 53) comme « consistant à introduire des régularités dans un objet social, à assurer sa stabilité, sa pérennité, sans en fixer tous les éléments ni l'intégral déroulement, donc sans exclure des changements» apparaît nettement à l'aune des conclusions de la mission Olivennes et de la négociation de l'accord.

Si l'introduction d'une part de droit négocié semble une méthode fructueuse en ce qu'elle parvient à stabiliser les débordements de la tentative précédente, voire même à établir des associations durables entre acteurs aux intérêts divergents, il reste que la « mesure rapide d'incitation » négociée par Denis Olivennes n'a fait qu'effleurer les aspects concrets et empiriques du problème. En effet, ni l'objectivisation de la mesure du « piratage » et de son préjudice, ni la clarté des fondements de l'infraction ne sont encore ni durablement stabilisés ni l'objet de consensus.

« L'enfer étant pavé de bonnes intentions », la mission Olivennes, malgré la qualité de la mise en scène et des acteurs, ne parvient pas à jouer pleinement le rôle d'un véritable forum hybride. L'espace dialogique, sans doute espéré avec sincérité, est incomplet et encore trop confiné malgré l'élargissement notable des cercles de négociations des publics concernés. L'enrichissement de sens permis par le caractère théoriquement exploratoire de ce type de négociations, par ailleurs source d'apprentissage collectif, reste limité par la liste des options pré-établies en amont de la discussion par les acteurs officiels. De nouveaux acteurs, un nouveau public tenu à l'écart des discussions et négociations va spectaculairement faire irruption dans la controverse, renverser la situation et ruiner les efforts des acteurs ayant théoriquement l'autorité pour parler et agir. Le prochain chapitre porte sur ce nouveau public qui va ouvrir à nouveau en grand l'espace de dialogue.

CHAPITRE 5 – NATURALISER L'ACCÈS À INTERNET

L'assemblage de l'adresse IP aux normes communautaires et constitutionnelles

Le troisième chapitre de la partie de la thèse consacrée aux publics, porte, après les SPRD et la mission Olivennes, sur les collectifs de militants anti-hadopi et leur entrée en scène. À la question classique de Robert Dahl (1971) « Qui gouverne ? », ces collectifs illustrent et documentent un cas intéressant de « coalition de cause » théorisée par Paul Sabatier et Jenkins-Smith (1993) dans ses contributions au renouvellement des études de politiques publiques dans les années 90 avec la notion d'*Advocacy Coalition Framework*. Ce chapitre s'intéresse ainsi aux modalités du blocage de l'action législative par une partie des acteurs des controverses générées par le projet de loi HADOPI qui ont obtenu de l'instance supérieure de contrôle de constitutionnalité la censure de l'ensemble du dispositif répressif de la loi en juin 2009. Il s'agit d'un processus original qui est parvenu à naturaliser un élément technique – l'adresse IP – maillon essentiel de l'accès au réseau des réseaux, en le faisant entrer dans le champ du droit constitutionnel. En déclarant que l'accès à internet constitue une des possibilités, désormais notable, d'exercer la liberté d'expression et d'information, le Conseil constitutionnel acclimate la thématique de l'accès à l'ordonnement constitutionnel érigé sur les droits naturels. La notion de droits naturels irrigue en effet le préambule de la Constitution française de 1958 qui expose «les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme, afin que cette déclaration, constamment présente à tous les membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs ; afin que les actes du pouvoir législatif et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à tout instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés ; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur les principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous.»¹²¹. Pour comprendre comment une série d'acteurs a réussi ce tour de force, nous rappelons en

¹²¹Voir aussi l'article 2 de cette Déclaration, «le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression » et l'article 4 de cette Déclaration, « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à

premier lieu la définition de l'adresse IP, sa dimension matérielle et son administration comme preuve en droit pénal. Cette description des relations entre humains et non-humains s'inscrit dans le sillage des concepts relevant des *Science and Technology Studies* appliqués au numérique et des travaux de Janet Abbate (2010: 170-180) ou Niva Elkin-Koren (2006). La seconde partie du chapitre explique comment la riposte graduée contenue dans la loi HADOPI a pu concourir à l'hypothèse d'une clarification du statut juridique contradictoire de l'adresse IP au regard du concept de donnée personnelle. La troisième partie détaille le cheminement d'un amendement du parlement européen en parallèle des débats parlementaires qui, de l'extérieur, parviendra à infléchir le cours du débat français. Enfin, la dernière partie du chapitre porte sur l'étape ultime de la saisine et de la décision du Conseil constitutionnel dont l'un des considérants dispose qu'« *en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, [la libre communication des pensées et des opinions] implique la liberté d'accéder à ces services* ». La naturalisation déterminante de l'accès à internet dans le droit constitutionnel suit donc plusieurs étapes et canaux : construction de l'association juridique entre IP et données personnelles, matérialité de la preuve, amendement au niveau européen, et *in fine* saisine et décision du Conseil constitutionnel. Par l'entrée en scène et en action de collectifs de militants – en réalité une poignée d'individus – l'accès à internet parvient à se frayer un passage et à s'arrimer au droit constitutionnel. Cette naturalisation d'un dispositif socio-technique dans la norme juridique supérieure constitue une étape essentielle, quoique déstabilisante pour les artisans des lois HADOPI, du désir de « civiliser internet ».

autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ».

I – La matérialité de l'adresse IP

L'adressage IP, maillon essentiel du réseau des réseaux.

Le courant des *Sciences and Technology Studies (STS)* affirme depuis les années 80 que les architectures techniques ne sont pas, comme l'a montré pour internet Barbara Van Schewik (2010), de simples artefacts « pertinents seulement pour les ingénieurs »¹²² mais performant et sont performées par des dynamiques économiques, politiques, juridiques et sociales. Le courant des STS a souligné, à travers la théorie de l'acteur-réseau (Hård et Jamison (2005), Callon, Latour (2005)), que les préférences et les objectifs humains sont ancrés dans les artefacts techniques. L'agentivité n'est pas propre à l'être humain mais appartient collectivement à une association ou un réseau d'acteurs humains et non-humains où s'entremêlent les agentivités des personnes et des moyens technologiques. La recherche multidisciplinaire récente sur l'Internet a pu faire référence aux travaux de Winner (1980: 121-136) pour analyser les politiques incorporées dans ce medium. Lawrence Lessig (1999), pour sa part, a examiné dans *Code is law* la manière dont la conception des infrastructures et des services logiciels peut limiter le droit constitutionnel de l'utilisateur à la vie privée et à la liberté d'expression. En dépassant un simple déterminisme technologique, Lessig souligne que les acteurs humains à l'origine du code produisent une interchangeabilité du code avec d'autres formes culturelles de régulations comme le droit, les marchés et les normes sociales. Dans cette perspective et pour mieux saisir un agencement entre un objet technique (l'adresse IP) et une norme juridique de haut niveau (le droit constitutionnel), rappelons en premier lieu dans ce chapitre les principales étapes historiques, les notions fondamentales et les grandes définitions techniques du protocole TCP/IP (Transmission Control Protocol/Internet Protocol) qui sous-tend toutes les transmissions de données numériques sur internet.

¹²²Cité par Musiani et Schafer (2011 : 62-71).

Notions essentielles

La notion de *protocole de communication* désigne une spécification d'un ensemble de règles lié à un type de communication particulier. Ces règles permettent à deux machines de communiquer en transformant des données en informations, non seulement en parlant un langage commun mais en s'accordant sur des règles minimales d'émission et de réception des données. Une notion essentielle connexe à celle de protocole de communication est celle de *couche de protocole*. Le principe d'un protocole de communication est de pouvoir interconnecter deux machines quelles qu'elles soient. Les protocoles sont composés de plusieurs modules effectuant chacun une opération. Ces opérations étant effectuées dans un ordre précis et de manière contiguë, on parle alors d'un modèle en couches. Les données qui transitent dans le réseau sont traitées successivement par chaque couche du protocole en émission comme en réception. Chaque couche du protocole va ajouter un élément d'information aux données sous la forme d'un en-tête aux données transmis à la couche suivante par un principe de concaténation. Sur un plan logique, un modèle en couches permet de séparer le problème en différentes parties selon leur niveau d'abstraction.

La transmission des données s'appuie sur le principe cardinal de *commutation par paquets*. C'est une innovation essentielle bien qu'ancienne qui désigne un processus d'acheminement des données dans lequel les messages sont découpés « en paquets » de petite taille informatique. Chaque paquet est doté d'un en-tête contenant les informations nécessaires à son transit par les nœuds du réseau. Une fois arrivés à destination, les messages sont reconstitués à partir des paquets reçus et des informations des en-têtes. Les paquets peuvent être acheminés selon deux modes : un « circuit virtuel » (un chemin est construit entre le nœud entrant et le nœud sortant, tous les paquets suivant dans l'ordre ce même circuit) ; ou selon le principe du « datagramme » (chaque paquet est traité indépendamment en fonction des ressources de transit disponibles, les paquets arrivent donc dans le désordre et doivent être remis en séquence au moment de leur arrivée au destinataire). Ce principe simple permet d'optimiser fortement la réservation des ressources nécessaires à la transmission des données. A l'inverse, en effet, la commutation de circuits – le modèle historique du réseau téléphonique – nécessite durant toute la durée de la transmission des données la réservation du circuit complet à débit constant entre deux machines, y compris pendant les

nombreux silences d'une communication informatique. La commutation par paquets optimise ainsi fortement les ressources de communication par une utilisation uniquement pendant la durée effective de transmission du paquet.

Deux dernières notions essentielles, qui vont heurter dans les années 70 la rationalité des normalisateurs historiques des télécommunications, caractérisent le protocole TCP/IP. En premier lieu, il s'agit du concept de « *best-effort delivery* » qui concerne un réseau n'offrant pas de garantie sur la qualité de service, notamment en matière de débit et de durée de transmission des données. La seule garantie est que les intermédiaires vont fournir le meilleur effort, à l'image du courrier postal dont la durée de transmission n'est pas garantie, les ressources n'étant pas allouées à l'avance, comme pour la commutation par paquets. Une autre notion liée à la précédente et au design d'internet concerne le « *principe de bout-en-bout* » (*end-to-end arguments*). Cet autre concept central de l'architecture du réseau internet (Bärwolff 2010) pose comme principe de repousser aux marges du réseau la couche applicative, « l'intelligence », diront certains. L'intérêt de cette idée permet de préserver la flexibilité et l'ouverture d'internet notamment en réduisant la complexité du cœur du réseau et les coûts induits de maintenance. Cette simplification du centre permet aussi d'accroître les chances que de nouvelles applications puissent être ajoutées sans risque pour le cœur du réseau. Symétriquement, les applications sont fiables puisqu'elles ne souffrent pas des modifications des couches inférieures du réseau. Dans cette perspective, le réseau doit transporter des paquets sans privilégier ni une adresse, ni un protocole, ni porter atteinte au contenu transmis.

Bref historique du protocole TCP/IP

Le protocole TCP/IP est en fait une « pile » de protocoles, puisqu'il associe deux protocoles différents aux opérations complémentaires dont nous proposons de retracer brièvement les principales étapes historiques. En 1969, l'agence américaine DARPA¹²³, rattachée au ministère de la défense, lance un projet expérimental d'étude de technologies de la communication basé sur la commutation de paquets

¹²³Defense Advanced Research Projects Agency, <http://www.darpa.mil>

(ARPANET). Parallèlement en France, en 1972, le projet « Cyclades » basé lui aussi sur cette architecture et l'usage de datagrammes, est initié par Louis Pouzin mais se heurtera à la fin des années 70 à des choix politiques divergents sous la pression de l'opérateur national historique. L'expérience ARPANET est si concluante que les différentes entités rattachées à la DARPA l'utilisent quotidiennement. Elle passe officiellement du statut expérimental au statut opérationnel en 1975. ARPANET ne fonctionne pas encore avec le protocole TCP/IP, les arènes de normalisation des protocoles sont plurielles et hétérogènes, à ceci près que chacune d'entre elles a conscience qu'il ne sera pas possible de concevoir des réseaux monopolisés par un seul constructeur et qu'il est indispensable de créer un protocole ouvert capable de connecter toutes sortes de machines hétérogènes sur le plan de leur fonctionnement interne. En 1977, l'Organisation Internationale de Standardisation (ISO) se lance avec enthousiasme dans un vaste programme de normalisation d'interconnexion de systèmes ouverts (OSI : *Open Systems Interconnection*). L'OSI qui stabilise le principe des protocoles en couches empilables n'est publié qu'en 1984. La visée « babélique » de l'entreprise de l'ISO, sa lenteur, sa complexité et la prolifération de normes transitoires – comme la définition de l'IP en 1978-1981 par Jon Postel – ont abouti à un échec opérationnel. Pendant sa laborieuse conception au sein de comités techniques de l'ISO, la norme TCP/IP est parvenue à s'imposer *de facto*. Son processus d'innovation, fondamentalement opposé à l'élaboration classique d'une standardisation internationale opérée par les arcanes de l'ISO, s'est construit sur la mise en place par Stephen Crocker en 1969, d'un système original de documentation technique et de réflexion collective : les *Requests For Comments*. Cette méthode permet une participation large et informelle de collectifs d'ingénieurs à l'élaboration des protocoles. Une démarche souple et réactive, particulièrement adaptée à l'objet technique recherché qui a pu contourner le processus politique de normalisation de l'ISO et pris de vitesse l'effort multilatéral pour produire le protocole TCP/IP. Le milieu universitaire américain (l'Université de Berkeley en tête) et la « National Science Foundation », saisissent l'intérêt majeur de l'interconnexion des réseaux informatiques de recherche par le biais du protocole TCP/IP et allouent d'importants financements à son développement. Dès lors, le protocole TCP/IP a envahi l'intégralité du réseau des réseaux, y compris les réseaux locaux eux-mêmes, en raison de l'intérêt d'utiliser les mêmes protocoles pour l'interconnexion des machines au sein des réseaux locaux et pour l'interconnexion des réseaux locaux entre eux.

Pour atteindre ce degré de transparence pour l'utilisateur et acquérir cette robustesse d'utilisation planétaire, le design du protocole TCP/IP s'appuie sur quatre caractéristiques : 1/ il s'agit d'un protocole ouvert dont le code source est disponible gratuitement, développé indépendamment d'une architecture, d'un système d'exploitation, d'une structure commerciale particulière. Il est en outre transportable sur n'importe quel type de plate-forme, 2/ il est indépendant du support physique du réseau et de la technologie utilisée (câble, liaison radio, fibre optique, laser...) 3/ Le mode d'adressage est commun à tous les utilisateurs quelle que soit la plate-forme. Si l'unicité de l'adresse IP est respectée les communications aboutissent 4/ Les protocoles de haut niveau sont standardisés, rendant des développements inter-opérables sur tous types de machines.

Concernant sa structure en couches, le protocole TCP/IP simplifie le protocole OSI en ne comportant que quatre couches au lieu de sept.

Couche 4 Application	Applications standard du réseau (HTTP, SMTP, FTP, DNS ...)
Couche 3 Transport (TCP)	Assure l'acheminement des données et les mécanismes permettant de connaître l'état de la transmission
Couche 2 Internet (IP)	Fournit le paquet de données (datagramme)
Couche 1 Accès réseau	Spécifie la forme sous laquelle les données doivent être acheminées quel que soit le type de réseau utilisé

L'adressage IP

Internet est donc un réseau virtuel qui interconnecte des réseaux physiques hétérogènes via des passerelles. Pour assurer l'homogénéité et rendre transparents les détails physiques des réseaux locaux, le principe de l'adressage est essentiel pour permettre la mise en relation d'un hôte avec n'importe quel autre. Pour assurer cette fonction cruciale, il est absolument nécessaire de parvenir à une unicité du principe général d'identification des machines connectées. Intuitivement, comme pour se rendre chez une personne physique, trois informations sont nécessaires : son nom, son adresse et la route à suivre pour s'y rendre. C'est exactement ce que permet l'adresse IP. A la différence près que, si les humains

utilisent des mots pour ces différentes informations, le processeur d'une machine informatique va utiliser des nombres au format binaire. Les adresses IP sont standardisées sous la forme d'un nombre de 32 bits permettant de connaître deux informations fondamentales : l'identification de chaque hôte et le réseau physique auquel il appartient. Le choix des nombres constituant une adresse IP est essentiel pour assurer les opérations de routage, c'est à dire pour définir la route à emprunter par les paquets de données. La combinaison de l'adresse du réseau d'appartenance et de l'adresse de l'hôte au sein de ce réseau permet de désigner de manière unique une machine et une seule sur internet. Les adresses IP sont données aux abonnés par les Fournisseurs d'Accès (FAI), adresses qu'ils ont eux mêmes reçues de l'organisme chargé de définir les procédures d'attribution et de résolution de conflits : l'ICANN (*Internet Corporation for Assigned and Numbers*), société à but non lucratif fonctionnant grâce à un *memorandum* du Département du commerce américain et de ses structures régionales et locales. Par sa capacité à coordonner la distribution des adresses IP, le pouvoir de cet organisme est entier sur internet.

L'efficacité de l'ouverture du protocole TCP/IP et son design par couches le rendant indépendant des supports physiques du réseau et du type de machine utilisée sont conditionnés par un seul point de passage obligé: l'unicité de l'adressage IP. Ce point pratique, loin d'être dénué d'enjeu socio-politique, constitue le maillon essentiel pour réaliser le projet d'interconnexion potentiel de n'importe quelle machine avec n'importe quelle autre à l'échelle globale. L'architecture distribuée que permet entre autres le protocole originel TCP/IP est porteuse d'une vision politique, notamment à l'œuvre dans les échanges pair-à-pair qui « façonnent différemment les frontières entre l'utilisateur et le réseau, mettent à disposition des utilisateurs un outillage techno-juridique pour se protéger, échanger, construire la légitimité de connaissances communes : avec le déploiement de ces dynamiques, sont en jeu l'attribution, la reconnaissance, la modification et l'équilibre des droits d'utilisateurs et fournisseurs au sein des services » (Musiani 2012: 315). Comme le montre Niva Elkin-Koren (Elkin-Koren et Salzberger 2012) dans ses travaux, le droit n'est pas simplement une réponse aux nouveaux problèmes posés par la technologie, dans bien des cas c'est aussi le droit qui façonne les technologies et en influence la conception. La co-construction entre ordre technologique et ordre juridique, explorée par des auteurs comme Séverine Dussollier (2012: 297-317), Danièle Bourcier (2010) ou Mélanie Dulong de Rosnay (2007), trouve ici un terrain particulièrement intéressant d'articulation entre l'objet technologique constitué par l'adresse IP

et les concepts juridiques de délit, d'infraction, d'identité et de preuve. En attribuant une adresse IP et une seule à une machine donnée, le protocole TCP/IP offre la possibilité de déterminer quelle machine a été utilisée pour commettre une infraction au droit. En matière d'instruction de la preuve à l'occasion d'un délit pénal, la notion de « preuve électronique » a progressivement constitué, comme nous allons le voir, un premier agencement entre l'objet technique qu'est l'adresse IP et l'ordre juridique.

Preuve et identité électroniques

La collecte de la preuve numérique en matière pénale

Il faut ici rappeler que tout mode de preuve est recevable en matière pénale. Tel est donc aussi le cas pour le téléchargement illicite qui entre dans la catégorie d'un délit de contrefaçon. Mais, si la matérialité des preuves est réelle dans l'univers numérique, elle s'avère difficile à rapporter et demeure facilement corrompible par les délinquants. Difficulté aggravée par l'ubiquité des données et leur localisation hors du territoire juridictionnel du droit national.

C'est pourquoi, grâce à sa flexibilité inhérente, le droit a pu et su s'adapter pour permettre aux autorités de police judiciaire de pouvoir appréhender des infractions qui paraissaient mettre le droit en échec par leur apparente dématérialisation et leur dimension transnationale. La loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN, 21 juin 2004), élargit ainsi la notion de perquisition en disposant qu'il « [...] est procédé à la saisie des données informatiques nécessaires à la manifestation de la vérité en plaçant sous main de justice soit le support physique de ces données, soit une copie réalisée en présence des personnes qui assistent à la perquisition ». Si une copie a été réalisée, il peut être procédé sur ordre du juge d'instruction, « à l'effacement définitif sur le support physique qui n'a pas été placé sous main de justice, des données informatiques dont la détention ou l'usage est illégal ou dangereux pour la sécurité des personnes ou des biens »¹²⁴. Au niveau européen, une procédure standard de collecte de preuves numériques a été établie sous le nom de *Cybertools online search evidence* (CTOSE). Entre autres

¹²⁴ Loi du 21 juin 2004, art. 41 et 43 - c. pr. pén., art. 97.

dispositions législatives récentes, on notera la loi du 23 janvier 2006 sur la lutte contre le terrorisme¹²⁵ qui introduit l'obligation de conservation des données de connexion des opérateurs de communications électroniques.

La particularité de l'évolution de la collecte des preuves numériques réside dans le rôle de plus en plus important des auxiliaires de justice et des acteurs privés. Plusieurs décisions ont ainsi écarté les constats établis à l'initiative du demandeur et contribué à préciser progressivement les contraintes de l'établissement de preuves sur internet. Les huissiers ont ainsi vu leurs procédures clarifiées. Les agents agréés par le ministère de la culture, qui nous intéressent au premier chef, ont eux-aussi vu leur compétence dans ce domaine renforcée par des décisions importantes qui nous détaillons ci-après. Les experts, dont le rôle est incontournable pour ces dossiers de procédure très techniques, ont aussi vu leur contribution stabilisée dans la collecte de la preuve numérique¹²⁶, ainsi que les fournisseurs d'accès qui se sont volontairement organisés à travers le réseau *InHope*¹²⁷ en vue de coordonner la lutte contre la pédopornographie de concert avec les autorités judiciaires.

Le mode de collecte de la preuve s'est donc adapté pour répondre à l'instabilité du domaine des échanges numériques en élargissant le spectre des acteurs et en dotant d'assise juridique leur action, à condition de respecter la définition canonique de la preuve du droit pénal qui en raison de son caractère nécessairement répressif et attentatoire aux libertés, oblige au respect des principes de loyauté, de proportionnalité et du contradictoire. Mais comme toujours, si le juge nourrit un doute sur les techniques probatoires utilisées, il peut en toute souveraineté écarter ces éléments de la procédure.

L'identité numérique : entre matérialité et présomption

La notion d'identité préside aux relations de l'individu avec les droits et permet aux institutions publiques de définir la titularité des droits et devoirs (élections, impôts...). Une identité se définit comme un

¹²⁵ Articles L. 34-1-1 du code des postes et des communications électroniques et 6 II bis de la loi du 21 juin 2004.

¹²⁶ Article 156 du nouveau code de procédure civile, « toute juridiction, d'instruction et de jugement, dans le cas où se pose une question d'ordre technique, peut, soit à la demande du ministère public, soit d'office, soit à la demande des parties, ordonner une expertise ».

¹²⁷ <http://www.inhope.org/gns/home.aspx>

ensemble de données, elle est souvent accompagnée d'un qualificatif (civile, génétique, biométrique, numérique...) qui permet de caractériser le régime juridique applicable à travers un réseau de temps, de lieux et de filiation. La loi LOPPSI 2 (Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, du 14 mars 2011) a étendu l'infraction d'usurpation d'identité « punie des mêmes peines lorsqu'elle est commise sur un réseau de communication au public en ligne ». Cet article admet donc que l'identité peut être établie selon des éléments de nature numérique.

Dans l'économie du cadre processuel, la fiabilité de l'identité repose sur deux types d'éléments qui sont : soit des données considérées comme faisant intrinsèquement partie de la personne (données génétiques ou biométriques) qui relèvent de son unicité ; soit des éléments détachables de l'individu (n° de sécurité sociale, matricule...). L'identité numérique ressort de cette catégorie. L'identité numérique « n'a aucun lien naturel ni institutionnel avec la personne de sorte qu'elle peut aisément être partagée, prêtée, échangée ou usurpée » (Deharo 2011: 87-102). L'administration de la preuve se trouve donc plus difficile à réaliser pour des éléments comme l'adresse IP qui présentent des liens très faibles avec l'unicité d'un individu.

Il importe de remarquer que les codes de procédure civile et pénale utilisent avec parcimonie le terme « d'identité » mais privilégient les éléments qui la composent (nom, date et lieu de naissance...). Il est également paradoxal de constater que le système numérique qui génère de vastes incertitudes sur les éléments de l'identité des individus est en revanche capable de tracer la relation entre les systèmes et machines informatiques qui ont servi aux échanges. L'établissement de connexions informatiques laisse toujours des traces et l'anonymat des machines utilisées est en principe impossible, puisque précisément l'adressage des machines, à elle et elle seule, permet l'établissement des flux de données. L'identité numérique produit un effet limité en matière d'identification car elle est dépourvue de signification propre attachée à la personne. En raison de ces effets limités, les juges font toujours preuve d'une grande prudence quant à son instrumentalisation possible. La jurisprudence enseigne donc que l'identité numérique est une identité incomplète qui doit être corroborée par d'autres éléments, comme nous le verrons ultérieurement dans les controverses autour du traitement de l'adresse IP par les agents assermentés des Sociétés de Perception et de Répartition des Droits (SPRD).

L'identité numérique matérialisée notamment par l'adresse IP présente donc des liens très faibles d'attachement à l'identité civile d'une personne. Si elle permet la traçabilité des échanges de données entre des machines informatiques, elle échoue à remplir les critères complets d'une identification au sens juridique du terme. Il est néanmoins possible, comme la jurisprudence l'a montré, de surmonter ces carences par le mécanisme classique de la présomption « qui existe uniquement lorsqu'un fait, c'est-à-dire un événement de la vie quotidienne qui n'a pas été réalisé dans le seul but de la préconstitution d'une preuve, permet d'établir un second fait jusqu'alors difficile, voire impossible à prouver » (Quétand-Finet 2013: 143).

II – Le rôle de l'adresse IP dans le concept de riposte graduée

Jusqu'au milieu des années 2000, l'adresse IP permettait certes une traçabilité des échanges, mais difficilement, à elle seule, une identité. Sa qualification comme « donnée personnelle » demeurait très instable sur le plan juridique. Les innovations en matière préventive et répressive du projet de loi DADVSI puis HADOPI reposent sur le concept de « riposte/réponse graduée ». Cette idée originale prévoit, dans un souci initial de prévention, de pouvoir adresser à l'internaute en infraction un ou plusieurs avertissements par mel et courrier avant de déclencher des mesures de répression proprement dites comme, ultimement, la coupure de l'accès à internet. Nous détaillons ici les prémices de cette idée et leurs implications dans le domaine de la clarification du statut juridique de l'adresse IP. Dans un second temps, nous examinons une controverse portant sur la nature juridique du mécanisme de traduction d'une adresse IP en donnée personnelle qui opposa la CNIL et les SPRD autour des constats de leurs agents assermentés. Dans un dernier paragraphe, une analyse des débats parlementaires concernant la fiction de la sécurisation de l'accès à internet souligne une certaine contradiction à admettre – d'un côté – que l'adresse IP échappe à la supervision de la CNIL parce qu'elle ne serait pas une donnée personnelle, et à affirmer – de l'autre – que cette même adresse IP est suffisamment personnalisée pour identifier et sanctionner l'internaute (Teller 2009: 2001) et qu'il faille en assurer l'inviolabilité par des procédés techniques dont les spécifications sont renvoyées aux décrets d'application de la loi.

La riposte graduée : une chance de clarification du statut juridique de l'adresse IP

« La charte musique » du 28 juillet 2004

Signée par Nicolas Sarkozy, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, Renaud Donnedieu de Vabres, Ministre de la culture et de la communication, Patrick Devedjian, Ministre délégué à l'industrie, cette charte constitue le premier engagement symbolique mais effectif des pouvoirs publics dans la lutte contre le téléchargement illicite de biens culturels. La méthode qui consiste à obliger des parties à s'asseoir autour d'une table de négociation pour leur faire signer un document d'engagement réciproque pour éviter de passer par la phase réglementaire ou législative est à souligner car elle sera rééditée dans la phase préliminaire à HADOPI¹²⁸. Cette charte vise en premier lieu à régler le contentieux entre fournisseurs d'accès et filière musicale concernant l'abus des campagnes publicitaires des FAI qui ont bâti le consentement à payer des abonnés à l'ADSL sur la promesse implicite d'accès gratuit mais illicite à des œuvres soumises au droit d'auteur. Les FAI s'engagent donc à « ne plus initier de campagnes publicitaires vantant le téléchargement illégal ou encourageant les échanges de fichiers musicaux protégés ». Autre point important, la charte, certes de manière un peu péremptoire, commence à introduire l'idée d'un « processus automatisé mis en œuvre en coopération avec les ayants droit permettant d'adresser, à la demande de ces derniers dans des délais les plus courts possibles [...] un message personnalisé à tout abonné offrant ou téléchargeant illégalement des fichiers protégés, d'ici la fin de l'année 2004 ». Le texte glisse aussi l'idée d'une suspension de l'abonnement en demandant de « poursuivre les efforts entrepris contre la violation des droits de propriété littéraire et artistique dans les clauses de résiliation ou de suspension de l'abonnement figurant dans leurs conditions contractuelles avec les abonnés ». Les FAI se sont en outre engagés à ne référencer que les offres de musique légale sur leurs portails et à procéder au dé-référencement, sur demande des ayants droit, de sites violant les droits d'auteur. Pour leur part, les ayants droit s'engagent « avant la fin de l'année 2004 à mener des actions civiles et pénales ciblées à l'encontre de pirates et à donner à ces actions la visibilité nécessaire pour

¹²⁸Voir chapitre 4.

atteindre l'objectif de sensibilisation voulu par les signataires de la présente charte ». Ils s'engagent par ailleurs à accroître l'offre licite de musique en ligne et à accorder de manière non discriminatoire et transparente l'autorisation d'exploiter leur répertoire aux exploitants de service en ligne. Enfin, avec les pouvoirs publics, les signataires annoncent étudier la mise en place d'instruments de mesure de la contrefaçon et aussi vouloir expérimenter des solutions de filtrage. Les pouvoirs publics, quant à eux, s'engagent « à faire de la lutte contre la piraterie sur internet une priorité de l'action politique, policière et judiciaire en étudiant en particulier les possibilités de renforcer les moyens des ayants droit pour agir contre la piraterie en ligne ». Enfin, FAI et ayants droit s'engagent « à s'abstenir de se mettre publiquement et réciproquement en cause sur le sujet ».

Cette charte tranche nettement avec les rapports et avis policés du CSPLA. Là où le Conseil tente d'approfondir avec des autorités académiques les enjeux juridiques très complexes et s'efforce de rendre des avis et recommandations équilibrés, la charte est un véritable texte de combat. En annonçant brutalement, et sans en mesurer les risques juridiques, l'avènement d'accords entre FAI et ayants droit pour mener des opérations d'envoi de messages auprès d'internautes supposés coupables de téléchargement illicite (qui reste un délit), en suggérant la suspension de l'abonnement, en prônant le dé-référencement, en envisageant l'expérimentation du filtrage et en annonçant une vague de procédures civiles et pénales pour l'exemple, le tout co-signé par trois ministres, la charte aura surtout pour effet d'attirer l'attention des associations de défense des libertés sur internet et de laisser transparaître une certaine « panique » de la filière musicale.

Prémices de « l'approche graduée » au Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique

Le Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique (CSPLA) est la première instance publique créée avec l'objectif explicite de conseiller l'exécutif face à l'évolution des échanges de biens culturels à l'ère numérique, notamment dans leur dimension juridique. Cette arène va donc être déterminante pour forger les positions politiques vis-à-vis de ce défi à la fois technologique, économique et juridique dès le début de la décennie 2000. Ses membres, ses avis et recommandations, ses relations avec les autres grands

acteurs des controverses vont progressivement dessiner les contours de la mise en politique des problèmes posés par l'extension des échanges de biens culturels numérisés, en particulier entre 2003 et 2005, c'est à dire dans la période qui précède la première tentative d'élaboration législative, la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information (DAVDSI) du 1er août 2006. Cette instance consultative a pour origine le rapport « Désir de France » du député PS de la 7ème circonscription de Paris, Patrick Bloche¹²⁹. Un nom à retenir puisqu'il sera un des principaux ténors de l'opposition au moment des débats sur la loi HADOPI. Ce rapport, remis au premier Ministre de l'époque Lionel Jospin en décembre 1999, porte sur « la présence internationale de la France et de la francophonie dans la société de l'information ». Son auteur y prône la constitution d'une instance consultative indépendante chargée de la médiation pour les questions de propriété intellectuelle liées « à la société de l'information et plus particulièrement à l'internet ».

C'est chose faite par un arrêté conjoint du ministère de la culture et de la communication et du Garde des Sceaux du 10 juillet 2000 qui institue auprès du ministre chargé de la culture le CSPLA pour une durée de six ans. Son existence sera par la suite pérennisée par l'article 17 de la loi du 1er août 2006, dite DAVDSI. Le CSPLA, stipule l'arrêté de création, a pour but de conseiller le ministre de la culture sur les questions de propriété littéraire et artistique, de remplir une fonction d'observatoire de l'exercice et du respect des droits d'auteur et droits voisins et de suivi de l'évolution des pratiques et des marchés à l'exception des questions de concurrence qui relèvent du Conseil de la concurrence. Il peut aussi aider à la résolution des différends relatifs à l'application de la législation sur des sujets qui mettent en cause les intérêts collectifs des professions. Son objectif est donc « de concilier les intérêts légitimes des professionnels des industries culturelles et l'intérêt général de la création et de l'accès à la culture ». Sa présidence est assurée par un conseiller d'État et sa vice-présidence par un conseiller à la Cour de cassation. Le nombre de ses membres titulaires est assez important puisqu'il atteint la cinquantaine. Le CSPLA comprend plusieurs catégories de membres : des membres de droit de l'administration centrale¹³⁰,

¹²⁹On retrouve aussi parmi les contributeurs, David Kessler, conseiller médias et culture du Président de la République depuis mai 2012 et Jean Noël Tronc, Directeur général de la SACEM depuis septembre 2012.

¹³⁰Le directeur de cabinet du Ministre de la culture, le directeur de l'administration générale assisté du sous-directeur des affaires juridiques et du chef du bureau de la propriété littéraire et artistique qui assurent le secrétariat du CSPLA. Le directeur du service juridique et technique de l'information et de la communication, le directeur des affaires civiles et du sceau au ministère de la justice, un représentant du ministère de l'éducation nationale et de la recherche, un représentant du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, un représentant du ministère des affaires étrangères.

trente deux membres représentant les professionnels¹³¹, et huit personnalités qualifiées en matière de propriété littéraire et artistique nommées par le Ministre de la culture dont trois professeurs d'université et deux avocats à la Cour. Cette structure fait donc qualitativement et quantitativement une place presque exclusive aux professionnels des industries culturelles. Les opérateurs des Télécoms sont pratiquement absents et les usagers marginalisés. En revanche, la structure techno-étatique encadre fortement l'ensemble, tant sur le plan de la présidence et de la vice-présidence que pour le secrétariat. L'arrêté précise aussi que la création des commissions spécialisées est décidée par le président et les rapporteurs désignés par ce dernier de manière privilégiée au sein du Conseil d'État, de la Cour des comptes ou de l'ordre judiciaire. Selon le règlement intérieur, les séances du CSPLA ne sont pas publiques et les membres et experts sont tenus à l'obligation de discrétion.

L'avis 2005-2 du CSPLA cible les échanges pair-à-pair et surtout la « licence globale » ; il évoque étrangement, au détour d'un paragraphe et pour la première fois, le concept de « l'approche graduée » qui consiste à assurer en aval d'un téléchargement illicite la mise en place de mécanismes prévoyant des actions de sensibilisation et de responsabilisation et, le cas échéant, des sanctions appropriées. Mais la commission du CSPLA chargée de la rédaction du rapport et de l'avis en question déclare ne pas avoir étudié cette voie, puisqu'elle a été, écrit-elle, élaborée « en parallèle » par les représentants de la filière cinématographique¹³² et les FAI membres de l'Association des Fournisseurs d'Accès (AFA). Le CSPLA précise, pour semble-t-il se démarquer de cette initiative, que « les travaux visant à finaliser ce projet se poursuivent entre les parties intéressées ». Ces mentions laconiques attestent de la constitution de regroupements d'acteurs hors du CSPLA qui cherchent à rendre effectif le droit d'auteur sur les réseaux numériques. A la différence du CSPLA, très encadré sur le plan technocratique par le ministère de la culture, d'autres acteurs ont choisi une méthode plus pragmatique en approchant, directement comme le précise l'avis du CSPLA, « les cabinets des ministres ». Clairement, plusieurs acteurs cherchent à se libérer d'une tutelle ministérielle pour s'adresser directement aux membres de l'exécutif. D'autre part, les ministères approchés ne se limitent pas au seul ministère de la culture et de la communication, qui bien

¹³¹10 représentants des auteurs, et à chaque fois deux représentants des auteurs et éditeurs de logiciels, des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes, des éditeurs de presse, des éditeurs de livre, des producteurs audio-visuels, des producteurs de cinéma, des radiodiffuseurs, des éditeurs de services en ligne, des consommateurs.

¹³²ALPA, ARP, BLIC, BLOC, PROCIREP, SACD.

que prestigieux, ne dispose pas d'une administration aussi organisée, nombreuse et puissante que ceux des finances et de l'industrie, structurée par de grands corps comme les inspecteurs des finances ou les corps techniques, notamment celui des Télécoms. Si le ministère de la culture compte bien dans son périmètre la communication, au sens classique du terme, tout le secteur des Télécoms et des fournisseurs d'accès à internet échappe à ses prérogatives. Ainsi, « parallèlement » au CSPLA, les fournisseurs d'accès et la filière cinématographique vont entamer des discussions afin de proposer, non plus des avis, mais des ébauches d'« opérations » susceptibles de résoudre cette perte d'efficacité du droit dans l'univers numérique. Le rapport du CSPLA qui s'en fait publiquement l'écho, indique deux souhaits fondamentaux des parties aux négociations, très importants pour comprendre la suite des événements et les positions profondes des parties prenantes. En premier lieu « la solution législative retenue ne devra entraîner aucune confusion avec le champ actuel de la contrefaçon » ; en second lieu, cette solution devra être « véritablement efficace ».

Nous avons ici une étape clé du processus qui se propose d'établir un droit spécial de lutte contre le téléchargement illicite visant « à créer un outil de lutte contre les actes des abonnés permettant des échanges illégaux d'œuvres cinématographiques commis de manière ponctuelle par des non professionnels dans un but non lucratif. Il se distingue des actions en responsabilité délictuelle que les ayants droit de cette filière se réservent d'engager à l'encontre de la piraterie réalisée à titre onéreux, des actes de téléchargement massif ou encore des actes de première mise à disposition sur les réseaux ». Cette « approche graduée » comporterait trois étapes, indique le rapport du CSPLA. Les FAI transmettraient en premier lieu par courrier électronique à leurs abonnés un message d'avertissement relayant les constatations faites par les agents assermentés des ayants droit¹³³; un courrier en recommandé serait adressé à l'abonné en cas d'absence de modification de son comportement ; un troisième niveau consisterait à sanctionner financièrement l'abonné toujours récalcitrant. L'importance réside dans le degré suffisamment dissuasif de la sanction financière et son application effective. Le but général de « l'approche graduée » est de faire changer les comportements avant les poursuites judiciaires, sans toutefois abaisser le niveau de protection du droit d'auteur.

Le CSPLA conclut son compte rendu de cette initiative parallèle en émettant des réserves sur le plan

¹³³Au titre des dispositions des art. L. 331-2 du CPI

juridique en raison, notamment, de l'inachèvement de la réflexion entre parties aux négociations. Les ayants droit du secteur musical, membres du CSPLA, soulignent par ailleurs que n'ayant pas été associés aux travaux, ils « réservent leur position ». Réserve d'autant plus prudente qu'eux aussi ont mené des actions importantes débouchant sur la signature par trois ministres, la filière musicale et les fournisseurs d'accès d'une « charte d'engagement pour le développement de l'offre légale de musique en ligne » près d'un an plus tôt.

Le principe de l'approche graduée, appelée successivement « riposte » puis « réponse » graduée au fil du processus HADOPI, fait de l'adresse IP, élément matériel de l'accès d'une machine au réseau, la pierre angulaire de la lutte contre le téléchargement illicite. La commission Olivennes de novembre 2007 recommande ainsi de « mettre en place soit une politique ciblée de poursuite, soit un mécanisme d'avertissement et de sanction allant jusqu'à la suspension et la résiliation du contrat d'abonnement, ce mécanisme s'appliquant à tous les fournisseurs d'accès ». Idée « inscrite dans le marbre » des Accords de l'Élysée qui stipulent, en engageant *ex-ante* la représentation nationale, que les pouvoirs publics s'engagent « à proposer au Parlement les textes législatifs et à prendre les mesures réglementaires permettant de mettre en œuvre un mécanisme d'avertissement et de sanction visant à « désinciter » l'atteinte portée aux droits de propriété intellectuelle sur les réseaux numériques. Ce mécanisme devrait porter sur le principe de responsabilité de l'abonné du fait de l'utilisation frauduleuse de son accès [...] ». Cette perspective n'est pas sans réjouir par avance les juristes qui voient dans la notion hybride d'approche graduée, volontairement à la fois pédagogique et répressive, une occasion de clarifier la qualification juridique de l'adresse IP. En premier lieu, l'opération induite par l'approche graduée doit conduire à une clarification du statut de l'adresse IP vis-à-vis de la notion cardinale de donnée personnelle inscrite dans la grande loi « Informatique et libertés » de 1978. Cette question est conditionnée par le type de « traitement » subi par les données brutes des adresses IP – automatisé ou non – et par l'agent de ce traitement – humain ou non-humain. En outre, les données numériques ainsi traitées doivent à un certain moment de la procédure être traduites en données nominatives pour identifier le titulaire de l'abonnement mis en cause. La stabilisation du cadre juridique et procédural de la réconciliation entre données collectées et traitées et identification nominative est à la fois une condition d'opérationnalité de la mesure « d'approche graduée » et, plus largement, un moment essentiel et attendu

pour l'assemblage du concept d'accès à internet avec l'ordre juridique. Un arrêt du 13 janvier 2009 de la chambre criminelle de la Cour de cassation illustre dans les faits sur le plan de la jurisprudence les controverses entremêlées de la matérialité de l'adresse IP dans l'instruction d'un délit pour contrefaçon, et l'hésitation entre traitement humain et non-humain de cette donnée pour lui conférer ou non un statut direct ou indirect de donnée personnelle à caractère nominatif.

Le rôle du traitement de l'adresse IP dans sa traduction en donnée personnelle

(arrêts de la Chambre criminelle, Cour de cassation du 13 janvier 2009, n° 08-84.088 et du 16 juin 2009, n° 08-88.560).

L'extension du pouvoir d'enquête des agents assermentés des Sociétés de Perception et de Redistribution des Droits (SPRD) aux réseaux numériques est une condition essentielle pour la lutte contre le téléchargement illicite¹³⁴. C'est l'étendue de ce pouvoir et son appréciation progressive par les différentes instances judiciaires qui vont permettre de stabiliser le statut et la qualification de l'adresse IP au regard notamment du droit au respect de la vie privée et plus largement dans l'articulation de cette notion à la norme suprême de la Constitution et aux normes communautaires supra-nationales, comme nous le verrons ultérieurement avec l'amendement 138 dit Bono/Cohn Bendit et la saisine du Conseil constitutionnel après le vote de la première loi HADOPI.

Avant cela, examinons deux arrêts de janvier et juin 2009 de la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui vont participer à un début de clarification du statut juridique de l'adresse IP en fonction de la nature de son traitement. Cette sous-controverse liée à l'instabilité entre matérialité de l'adresse IP et donnée personnelle à travers le traitement automatisé ou humain de ces données constitue un cas exemplaire d'articulation entre humains et non-humains chère à l'anthropologie des sciences et des techniques de Michel Callon et Bruno Latour. Les faits à l'origine du premier arrêt remontent au 4 janvier 2005, lorsque qu'un agent assermenté de la SACEM et de la SPRD entame une procédure de constatation d'actes de contrefaçon d'œuvres musicales, conformément à l'article L. 331-2 du Code de la

¹³⁴Voir chapitre 3.

propriété intellectuelle¹³⁵. L'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation relate avec précision les étapes techniques qui ont permis d'engager les poursuites :

« [...] en se livrant à des opérations que tout internaute peut effectuer, après avoir ouvert une session sur un logiciel de pair à pair et s'être connecté à un réseau, l'agent verbalisateur a lancé, sur Internet, une requête portant sur une œuvre musicale du répertoire de la SACEM avant de sélectionner, dans la liste des nombreux résultats affichés, l'offre émanant d'un internaute puis de lire, dans la rubrique « parcourir l'hôte », son adresse IP (Internet Protocol) qui s'est affichée spontanément ainsi que le nombre total d'œuvres musicales mises à disposition des autres internautes dans le dossier de partage de l'internaute concerné ; que l'agent a, ensuite, procédé, à titre d'échantillon, au téléchargement de dix-neuf de ces œuvres musicales, encodées au format Mp3, avant de déterminer les coordonnées du fournisseur d'accès correspondant à l'adresse IP susvisée et de s'assurer de l'exactitude de cette adresse ; que, sur la base du procès-verbal ensuite dressé, la SACEM a porté plainte auprès des services de gendarmerie ; que ces services ont, après autorisation du Parquet, adressé une réquisition au fournisseur d'accès pour identifier l'abonné utilisant l'adresse IP relevée par l'agent assermenté ; que les vérifications effectuées ont révélé que l'ordinateur portable de cet abonné était utilisé par C. S. qui a reconnu qu'il avait procédé au téléchargement de nombreuses œuvres musicales avant de les mettre à disposition d'autres internautes ».

Cyrille S., l'internaute incriminé, sera condamné en première instance pour contrefaçon à 2000 euros d'amende dont 1000 avec sursis, en plus de la confiscation de ses CD et de son ordinateur, ainsi qu'à 3000 euros de dommages et intérêts au profit de la SACEM et de la SDRM. Faisant appel de ce jugement, Cyrille S. voit la Cour d'appel de Rennes annuler en mai 2008 toute la procédure au motif que le traitement effectué par l'agent assermenté tombe sous le coup de la loi Informatique et Libertés qui requiert une autorisation de la CNIL – que l'agent n'avait pas sollicitée – pour procéder à l'établissement de tous fichiers de données indirectement nominatives, même si l'article 9-4 de la loi en question autorise les SPRD à rassembler des informations relatives au téléchargement illicite sur les

¹³⁵ « Outre les procès-verbaux des officiers ou agents de police judiciaire, la preuve de la matérialité de toute infraction aux dispositions des livres Ier, II et III du présent code peut résulter des constatations d'agents assermentés désignés selon les cas par le Centre national du cinéma et de l'image animée, par les organismes de défense professionnelle visés à l'article [L. 331-1](#) et par les sociétés mentionnées au titre II du présent livre. Ces agents sont agréés par le ministre chargé de la culture dans les conditions prévues par un décret en Conseil d'État ».

réseaux pair-à-pair¹³⁶. Cette affaire survient alors que les ayants droit intensifient le recours aux constats de leurs agents assermentés et que leur validité est fréquemment mise en cause, empêchant de prouver la matérialité du délit de contrefaçon. La loi Informatique et Libertés entre en effet en conflit avec le Code de propriété intellectuelle au sujet de la constitution de fichiers d'adresses IP, de la nature du traitement conféré à ces données et de la nature juridique de l'adresse IP comme donnée personnelle, nominative ou indirectement nominative. La cour d'appel de Rennes conclut ainsi : « *en l'absence d'autorisation préalable de la CNIL pour procéder à ces opérations, les constatations relevées par l'agent et ayant pour finalité la constatation du délit de contrefaçon, commis via les réseaux d'échange de fichiers "peer-to-peer", portent atteinte aux droits et garanties des libertés individuelles que la loi du 6 janvier 1978 a pour but de protéger et aux intérêts du prévenu.* ». Face à cette jurisprudence qui remet en cause le pouvoir d'enquête par la fragilité de la validité des constats, les SPRD décident de se pourvoir en cassation. La question posée à la chambre criminelle de la Cour de cassation est simple et cruciale : les constatations de l'agent assermenté peuvent-elles être ou non qualifiées de traitement de données personnelles soumis à déclaration auprès de la CNIL car portant sur des infractions ? La Cour de cassation répond par la négative en décidant que les constatations de l'agent assermenté « ne constituent pas un traitement de données à caractère personnel relatives à ces infractions ».

Pour parvenir à cette conclusion audacieuse qui vise à mettre un terme à un conflit de lois entre le Code de la propriété intellectuelle et la loi Informatique et Libertés, la Haute juridiction va concentrer en premier lieu son analyse sur le type de traitement effectué par l'agent assermenté. Pour échapper à toute obligation de déclaration préalable à la CNIL, l'arrêt va souligner que le traitement n'est pas, en l'espèce, automatisé. L'agent assermenté ayant accédé « manuellement » aux œuvres, son comportement n'est pas automatisé mais bien le résultat d'une activité humaine. Dans ce cas le « traitement automatisé de

¹³⁶Cour d'appel de Rennes, 3ème chambre, le 22 mai 2008, Monsieur S C / SACEM, SDRM et Ministère Public :

« (...) Il s'ensuit, que si l'article 9-4° de la loi [Informatique et Libertés], permet à la SACEM, dans le cadre de la lutte contre les atteintes à la propriété littéraire et artistique, de rassembler des informations relatives à l'utilisation des réseaux d'échange « peer-to-peer » pour le téléchargement illicite des œuvres protégées et de constituer ainsi des fichiers de données indirectement nominatives, la mise en œuvre de ces traitements reste soumise en raison de leur nature, à autorisation préalable de la CNIL (...)

En l'absence d'autorisation préalable de la CNIL pour procéder à ces opérations, les constatations relevées par l'agent et ayant pour finalité la constatation du délit de contrefaçon, commis via les réseaux d'échange de fichiers « peer-to-peer », portent atteinte aux droits et garanties des libertés individuelles que la loi du 6 janvier 1978 a pour but de protéger et aux intérêts du prévenu. (...)

données à caractère personnel » n'est pas recevable, l'autorisation de la CNIL est sans objet et le constat qui apporte la preuve de la matérialité du délit ne peut donc être déclaré nul. Mais, l'article 2 de la loi Informatique et Libertés vise aussi des « *traitements non automatisés de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans des fichiers* ». Le comportement de l'agent assermenté entre de plain pied dans la définition générale donnée par la loi Informatique et libertés du traitement de données à caractère personnel : « *constitue un traitement de données à caractère personnel toute opération ou tout ensemble d'opérations portant sur de telles données, quel que soit le procédé utilisé, et notamment la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction* ». Donc, si la Cour de cassation affirme que les faits examinés « ne constituent pas un traitement de données à caractère personnel relatives à ces infractions », soit il n'y a pas eu « traitement » – ce qui est difficile à soutenir, vu la définition très large admise par la loi Informatique et libertés –, soit les données ne sont pas « à caractère personnel ».

Si l'on suit le syllogisme de l'arrêt, des commentateurs concluent que « si le traitement non automatisé n'est pas soumis à autorisation préalable de la CNIL, c'est parce qu'il ne porte pas sur des « données à caractère personnel » » (Caron 2009). Ces arguments apparemment contradictoires et sibyllins soulignent en fait que la traduction factuelle de l'adresse IP en donnée à caractère personnel est un processus. L'adresse IP n'est pas, en soit, une donnée à caractère personnel au moment où elle est collectée par l'agent. La Cour de cassation tente d'introduire une nuance entre la matérialité de l'adresse IP au moment de sa collecte (une suite de chiffres) et ce qu'elle peut révéler ultérieurement dans le cadre d'une réquisition du Parquet à un fournisseur d'accès (l'identité de l'abonné). L'arrêt fait donc sortir du domaine d'application de la loi Informatique et libertés les constats manuels des agents qui se contentent de collecter des adresses IP, qui, à cet instant, ne relèvent pas de la définition de donnée personnelle. Les agents assermentés peuvent donc réaliser ces constatations sans obtenir préalablement l'autorisation de la CNIL et sans craindre leur nullité dans le cadre d'une procédure.

Cet arrêt de la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire français qui, de ce fait, revêt un caractère normatif très puissant va jeter un trouble considérable sur le plan juridique et médiatique : la Cour de

cassation a-t-elle décidé de contredire frontalement la position de la CNIL qui a toujours affirmé que l'adresse IP était une donnée personnelle ? Voire de faire dissidence avec les autorités communautaires et la directive relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel¹³⁷ qui institue dans son article 29, un groupe de travail constitué des autorités de protection des données de chaque pays membre de l'Union européenne. Groupe de travail qui a conclu sans ambiguïté que les adresses IP sont des données à caractère personnel. En réalité, la Cour de cassation se garde de trancher et de qualifier l'adresse IP de donnée intrinsèquement nominative. C'est l'action humaine sur cette donnée matérielle qui est au cœur de l'arrêt. Comme le traitement de la donnée a été manuel et non automatique, la Cour distingue selon les moyens utilisés par l'agent pour collecter les informations et dont un certain type – dans le cas d'une automatisation du traitement – aurait dû donné lieu à une déclaration auprès de la CNIL. Mais cette décision feint d'ignorer que, quelle que soit la nature du procédé et les moyens mis en œuvre, l'autorisation préalable de la CNIL est nécessaire dès lors qu'il s'agit d'une donnée à caractère personnel (Teller 2009: 1988). En conclusion, la fragilité de cet arrêt permet de progresser quelque peu sur le chemin étroit de l'assemblage de l'adresse IP avec la norme juridique. Sans avoir définitivement stabilisé la controverse, il est simplement possible d'affirmer avec certitude que « l'adresse IP constitue un des éléments du faisceau d'indices permettant d'identifier l'internaute » (Teller 2009: 1988).

Les règles de l'identité juridique ne semblent pas transposables dans l'univers numérique. Nous avons vu en effet que la jurisprudence de la Cour de cassation ne permet pas de manière catégorique de conclure que l'adresse n'est pas une donnée à caractère personnel. Cette fragilité est sans doute à considérer comme un moyen de faciliter l'administration de la preuve qui demeure toujours délicate en matière de contrefaçon sur les réseaux pair-à-pair. Pourtant, signale Marina Teller, pour la Cour de Justice de l'Union Européenne la protection de la propriété intellectuelle « ne peut pas préjudicier aux exigences liées à la protection des données à caractère personnel [...]. Dans le cadre d'une action relative à une atteinte à un droit de propriété intellectuelle et en réponse à une demande justifiée et proportionnée du requérant, les autorités judiciaires compétentes [peuvent] ordonner que des informations sur l'origine

¹³⁷Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 oct. 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOCE L 281 du 23 nov. 1995, p. 31.

ainsi que sur les réseaux de distribution des marchandises ou des services qui portent atteinte à un droit de propriété intellectuelle soient fournies»¹³⁸. La CJUE s'appuie sur un principe de proportionnalité à la charge des législateurs nationaux en vue de concilier droits et intérêts.

L'arrêt de la Cour de cassation inscrit la matérialité de l'adresse IP dans un faisceau d'indices qui, corroborés mutuellement, permettent *in fine* l'identification d'un internaute. Il faut notamment y intégrer les circonstances et la possibilité matérielle qu'a un internaute mis en cause de s'être connecté à internet au moment de la commission de l'infraction¹³⁹. Il faut aussi considérer que l'usurpation d'adresse IP (spoofing) est à la fois très fréquente et très difficile à prévenir et que les perspectives de généralisation de la riposte graduée risquent d'accroître ces pratiques d'usurpation d'identité numérique. Concernant la riposte graduée, il y a bien *une certaine contradiction à admettre, d'un côté, que l'adresse IP échappe à la supervision de la CNIL parce qu'elle ne serait pas une donnée personnelle et à affirmer, de l'autre, que cette même adresse IP est suffisamment personnalisée pour identifier et sanctionner l'internaute* (Teller 2009: 2001). Mais la jurisprudence évoquée ici à travers l'arrêt symptomatique de la Cour de cassation de janvier 2009 s'inscrit dans un courant favorable à la lutte contre les actes de téléchargement illicite dont les lois HADOPI seront l'aboutissement. L'efficacité de cette orientation repose sur le rassemblement probant d'éléments de preuve par les agents assermentés des SPRD, comme c'est le cas pour d'autres Autorités Administratives Indépendantes comme la HALDE, le CSA ou encore l'Autorité des Marchés Financiers (AMF).

Le caractère hybride de l'adresse IP et le principe de symétrie entre matérialité technique et signification juridique présentent donc un cas intéressant de la nécessité de dépasser la dichotomie « des choses entre elles » et des « acteurs eux mêmes » et d'interroger une vision essentialiste et explicative du naturel et du social au profit de réseaux de médiations peuplés de collectifs nature-culture. Selon Jean-Marc Weller (1997 : 94-101), « le principe de symétrie et la considération des hybrides interdisent de réduire les échanges entre les humains au social et montrent comment la possibilité même d'une interaction dépend également des objets qui la peuplent ». Ainsi, la description de cette situation ne peut faire sens sans la

¹³⁸CJCE 29 janv. 2008, op. cit. V. C. Caron, *Appréciation de l'obligation de communiquer des données à caractère personnel dans le cadre d'une procédure civile*, JCP E 2008. 1270.

¹³⁹Dans le cas des auditions de la Commission de Protection des Droits, un internaute a pu ainsi invoquer une raison valable qui le disculpait d'une infraction de contrefaçon, bien que titulaire de l'abonnement : il était en effet incarcéré au moment des faits.

prise en compte de l'hybridation capable d'établir des associations entre des matériaux si divers. Mais, pour trancher entre deux visions du monde, celle de la CNIL qui interdit sans son consentement l'inscription d'un individu dans un fichier informatique et celle des SPRD qui n'y voit que la seule prise possible pour faire respecter ses droits de propriété, la Cour de cassation, pour élaborer son jugement et le justifier, a dû, certes mobiliser des objets, mais aussi intégrer des contraintes de cohérence, de justification, de pertinence, de logique ou de sens. Les arrêts rendus par la Chambre criminelle en 2009 ont pu ainsi faire craindre un certain « laxisme » au regard de la loi Informatique et Libertés. « Il semble plutôt que c'est dans un souci de compromis et de réalisme – ne pas désarmer la répression par des protections excessives – que ces solutions ont été retenues. » (Francillon 2010: 173).

La coupure de l'accès – et la fiction technique de sa « sécurisation » –, mère des controverses

Le véritable point de fixation, au-delà de la difficulté pratique à qualifier juridiquement l'adresse IP, est le projet de procéder à la coupure de l'accès à internet de l'internaute récalcitrant qui aurait bravé un avertissement par mel doublé d'un courrier recommandé. Cette menace ultime va, à elle seule, cristalliser les passions en raison de la portée symbolique de l'atteinte à la liberté d'un individu de se connecter à internet entravant par là même l'expression de certaines libertés fondamentales comme la liberté d'expression et d'information. Si l'on peut comprendre que les victimes du téléchargement illicite souhaitent brandir une menace d'autant plus grande que le délit de contrefaçon est complexe à définir et à appréhender, il est étonnant de constater que ses promoteurs n'ont pas mesuré les conséquences symboliques, constitutionnelles, procédurales et pratiques de cette idée. La prise ainsi offerte aux opposants à la lutte contre le téléchargement illicite va générer une large controverse centrée sur la désignation de l'autorité judiciaire capable de décider de la suspension de l'accès à internet. Une sous-controverse toute aussi florissante va prospérer sur l'effectivité technique de la décision juridique de la suspension et, corrélativement, sur la possibilité de sécuriser un accès internet par l'internaute.

Une controverse technique, et non des moindres, va donc être soulevée à propos des moyens de sécurisation des connections, de leur fiabilité et de l'absence, au moment de la discussion, des

spécifications techniques de ces logiciels laissant entrevoir des risques notables en matière de respect de la vie privée. Ces mesures sont résumées par le court article Art. L. 331-30 : « *La Haute Autorité établit la liste de moyens de sécurisation regardés comme efficaces pour prévenir les manquements à l'obligation mentionnée à l'article L. 336-3*¹⁴⁰ ». Lors des débats parlementaires , l'amendement 451¹⁴¹ des députés Brard et Billard, va amener cette question avec l'exposé des motifs suivants : « *Il est inacceptable d'obliger les internautes à faire l'acquisition de logiciels commerciaux privés de « sécurisation », ce qui s'apparente à l'obligation de recourir aux services d'une société privée de vigiles, adaptée à l'Internet* ». Les discussions de cet amendement sont symptomatiques des tensions entre des mesures apparemment simples et la réalité des faits en matière de sécurité informatique.

Mme Martine Billard. [...] « Par l'amendement 451, nous proposons de supprimer ces dispositions, sur lesquelles il vaut la peine de se pencher plus longuement. L'utilisation des ces moyens de sécurisation est censée exonérer les utilisateurs d'Internet de la responsabilité que cette loi va leur faire porter. [...] Puisque c'est l'utilisation de tels dispositifs qui exonère le titulaire de l'accès de sa responsabilité, comme le précise l'article L. 336-3, chaque abonné à Internet se trouvera obligé d'en installer, ce qui constitue à nos yeux une réduction arbitraire de son droit à l'information, à la communication et au respect de la vie privée. [...]

Imposer une telle obligation est inadmissible. On peut discuter de la philosophie de la riposte graduée. Mais comment justifier qu'on oblige à sécuriser ainsi un poste de travail, alors qu'on ne demande pas la même sécurisation pour d'autres fonctions de l'Internet ? Rappelons que l'accès à des contenus ou applications sur internet ne peut être limité que suite à une décision de l'autorité judiciaire. [...] Ajoutons qu'obliger à l'utilisation de ces techniques peut poser un problème de respect de la libre concurrence.

¹⁴⁰ Art. L. 336-3. - Le titulaire d'un accès à des services de communication au public en ligne a l'obligation de veiller à ce que cet accès ne fasse pas l'objet d'une utilisation à des fins de reproduction, de représentation, de mise à disposition ou de communication au public d'oeuvres ou d'objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sans l'autorisation des titulaires des droits prévus aux livres Ier et II lorsqu'elle est requise.

« Le fait, pour la personne titulaire d'un accès à des services de communication au public en ligne, de manquer à l'obligation définie au premier alinéa peut donner lieu à sanction, dans les conditions définies par l'article L. 331-25.

¹⁴¹<http://www.assemblee-nationale.fr/13/amendements/1240/124000451.asp>

[...] Selon une étude parue récemment dans une revue de sécurité, dans les 5e et 13e arrondissements de Paris, sur 31 000 points d'accès à Internet étudiés, plus de 2 000 étaient totalement ouverts et plus de 40 % utilisaient le protocole WEP notoirement inefficace, puisqu'il peut être cassé en moins de quatre minutes. En résumé, je suis totalement opposée à ce dispositif pour des raisons de fond ; au demeurant, il est irréaliste, inapplicable et donc inefficace.

M. le président. Quel est l'avis de la commission ?

M. Franck Riester, rapporteur. Avis défavorable. Il vaut la peine de disposer, dans la palette de sanctions, de cette possibilité d'adresser au titulaire d'un accès Internet une injonction de le sécuriser. L'article L. 331-30 prévoit d'établir une liste des spécifications nécessaires pour que la sécurisation soit effective, mais ne désigne pas les logiciels de telle ou telle société. C'est tout à la fois transparent et efficace. Qui plus est, la procédure d'évaluation et de labellisation des moyens de sécurisation sera fixée par décret.

M. le président. Quel est l'avis du Gouvernement ?

Mme Christine Albanel, ministre de la culture. Avis défavorable. Nous souhaitons encourager l'utilisation la plus systématique possible de ces logiciels de sécurisation, car il y a là également une dimension pédagogique. De même, il faut encourager l'activation des codes de sécurité de la Wi-Fi par les particuliers. L'abonné à Internet n'a pas d'obligation de se doter de ces moyens de sécurisation. Mais celui qui fait cet effort est présumé s'être ainsi acquitté de son obligation de surveillance et dégagé de toute responsabilité. Des logiciels de ce type sont sur le marché, et ils fonctionnent. Il y a des pare-feux, des logiciels de contrôle parental.

M. Lionel Tardy. Mais non, cela ne marche pas !

Mme Christine Albanel, ministre de la culture. [...] La liste des moyens de sécurisation parmi lesquels l'abonné choisira librement sera établie, aux termes de l'article L. 331-30 du code de la propriété intellectuelle, sur la base de spécifications fonctionnelles objectives. Figureront donc sur cette liste tous les dispositifs qui remplissent les fonctions jugées

nécessaires pour empêcher le renouvellement du manquement. La Haute autorité, en établissant cette liste, ne donnera en aucun cas la préférence à tel dispositif, propriétaire ou non, et se bornera à vérifier que les dispositifs présentés par le fabricant en vue de leur inscription remplissent bien les fonctionnalités nécessaires.

Mme Martine Billard. Je ne sais si nous allons finir par arriver au bout de ce débat : il est tout de même surprenant ! Je souhaite bien du plaisir à la HADOPI pour parvenir à établir la liste des « spécifications nécessaires fonctionnelles objectives » dont parlait Mme la ministre. Monsieur Riestter, il suffit de lire les pages de votre rapport consacrées aux problèmes que cela pose pour constater que les choses ne sont pas si simples. »

À elle seule, la question de la sécurisation de l'accès à internet et notamment de la connexion sans fil ouvre une quantité de problèmes en plus de la fragilité intrinsèque de la sécurité en matière informatique : comment imposer de telles contraintes aux usagers alors que même les professionnels ne sont pas capables de garantir la sécurité des réseaux ? Quelles seront les spécifications techniques et dans quels délais seront-elles disponibles pour que le marché s'en saisisse ? Comment arguer que la simple déclaration d'installation d'un logiciel de sécurisation dédouane l'utilisateur s'il peut le désactiver facilement ? Dans le cas contraire, si la désactivation du logiciel est transmise automatiquement à la HADOPI, la Haute Autorité prend le risque juridique d'établir, de fait, la surveillance des réseaux. À l'issue de ces discussions très techniques et beaucoup plus développées que lors de la lecture au Sénat, plusieurs points importants sont à souligner. Très peu de députés ont réellement pris part à la discussion, quatre de l'opposition (Patrick Bloche, Christian Paul, Jean-Pierre Brard et Martine Billard) et deux pour la majorité (Lionel Tardy et Jean Dionis du Séjour). Ils ont dénoncé les obstacles techniques risquant de rendre le projet de loi inapplicable. Les défenseurs, au delà des invectives sans contre-arguments techniques, n'étaient représentés que par la Ministre de la culture Christine Albanel et surtout le député Franck Riestter qui vivait son « baptême du feu » en tant que rapporteur d'un projet de loi.

Les quatre principaux blocages techniques abondamment développés au cours des débats semblent rendre le projet de loi objectivement déconnecté de la réalité des contraintes techniques qui pèsent sur les échanges numériques et la matérialité des réseaux de communications électroniques. Plutôt que de

simplifier les obstacles matériels, le processus de « dématérialisation » des échanges semble au contraire générer une multitude de problèmes pratiques dès lors qu'il s'agit de confronter les mesures préconisées par le projet de loi avec la matérialité du réseau. À chaque étape cruciale du processus, l'application de la loi semble très fragile : pour le repérage des délits, l'adresse IP ne peut jouer à elle seule comme preuve entraînant une présomption de culpabilité ; les aléas de la réception du premier courrier électronique d'avertissement affaiblissent le droit de l'utilisateur à prouver sa bonne foi dès le début de la procédure ; la sécurisation de la connexion internet par un logiciel se heurte à de nombreuses inconnues et pourrait ouvrir la voie à des phénomènes de surveillance des réseaux ; enfin, même la sanction de coupure de l'accès ne semble pas techniquement applicable avec la même rigueur à tous les abonnés, provoquant ainsi une inégalité des usagers devant la loi.

Malgré le flot continu d'arguments techniques, les amendements sont systématiquement rejetés par le rapporteur du projet de loi et la Ministre de la culture représentant le gouvernement. Certes, le rapport de force politique permet ces avis négatifs sans théoriquement mettre en doute l'adoption de la loi par la majorité de l'Assemblée Nationale. L'argument d'autorité employé par les défenseurs du texte repose sur le consensus dégagé par la mission Olivettes entre industries des réseaux et industries culturelles et, plus politiquement, sur la défense de la « sacralité » du droit de propriété littéraire et artistique, déclinaison du droit non moins « inviolable et sacré » de propriété selon la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, rappelé par Franck Riester lors des débats.

III – Contrepoint communautaire : le Paquet Télécom et l'amendement

Bono/Cohn-Bendit

Pour les tenants d'une régulation minimale des échanges de biens culturels sur les réseaux numériques, l'axe politique, pour civiliser internet dans la perspective d'en faire un espace public à part entière,

consiste à tenter d'établir une association juridique et morale entre la matérialité de l'accès à internet et l'exercice des libertés et droits fondamentaux dans l'espace public commun, en particulier les libertés d'expression, de communication et d'information. Ces acteurs, groupes militants et opposants politiques à la majorité parlementaire française, s'appuient stratégiquement sur l'échelon européen et la primauté du droit communautaire sur le droit national inscrit dans le traité de Lisbonne¹⁴². L'épisode de l'amendement Bono/Cohn-Bendit n'est pas le premier dans la série du « net-activisme » européen. Ces mouvements s'inscrivent dans un renouveau des modes d'action collective stimulé sur le fond et sur la forme par l'accès massif et démocratisé aux technologies de l'information étudiés entre autres par Blondeau et Allard (2007), Bennett, Diani (2003: 143-168), McCaughey et Ayers (2003). Mais, pour la première fois, insiste Raphaël Delarue¹⁴³, attaché parlementaire du député européen Guy Bono, et cheville ouvrière de ce contrepoint communautaire au projet de loi HADOPI, « un amendement à un projet de directive européenne entrave directement le processus parlementaire français ». Dans cette situation, l'échelon européen est clairement une arène politique pour bloquer l'initiative gouvernementale française. L'arène européenne et la concomitance des agendas européens et français permettent de déplacer au niveau supra-national les débats, controverses et polémiques. *In fine*, l'action politique menée essentiellement par le groupe socialiste français au sein du Parlement européen pour soumettre à un juge toute décision concernant l'interruption de l'accès à internet dans le cas d'acte de contrefaçon, provoque un vaste débordement et une grave menace pour le projet législatif français. En retour, les autorités politiques françaises opposent à ces actes politiques une virulente contre-offensive, conscientes du risque très réel d'un blocage complet du projet de riposte graduée par le droit réglementaire européen.

Le Paquet Télécom, l'agenda et les acteurs en présence

La maîtrise de l'agenda est une opération essentielle à l'action politique. Dans le cas du projet de loi Création et Internet qui projette d'instaurer le processus de riposte graduée, le parallélisme est pratiquement parfait avec la réforme dite du « Paquet Telecom » que la Commission européenne met sur

¹⁴²La déclaration 17 relative à la primauté, annexée à l'Acte final du traité de Lisbonne, précise que « les traités et le droit adoptés par l'Union sur la base des traités priment le droit des États membres ».

¹⁴³Entretiens des 27 septembre et 4 octobre 2013.

le métier en novembre 2007. Ces deux vastes projets politiques vont entrer directement en collision, la gauche française détectant dans le Paquet Telecom un vecteur de choix pour gêner l'adoption de la loi Création et Internet dont l'issue positive semble inéluctable au regard des forces parlementaires en présence au Parlement français.

Qu'est ce que le « Paquet Télécom » ? Ce terme recouvre un ensemble assez vaste et hétérogène de réformes de directives européennes ayant trait aux questions de télécommunication. Il est constitué de trois directives. La première (2009/140/CE)¹⁴⁴ amende trois directives existantes : directive accès (2002/19/CE)¹⁴⁵, directive autorisation (2002/20/CE)¹⁴⁶, directive cadre (2002/21/CE)¹⁴⁷. La directive (2009/136/CE)¹⁴⁸ réforme la directive service universel (2002/22/CE)¹⁴⁹ et la directive vie privée et communications électroniques (2002/58/CE)¹⁵⁰. Le Paquet Telecom adopte enfin un règlement (CE) N° 1211/2009¹⁵¹ qui institue l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE). Initialement, le Paquet Telecom se gardait d'aborder la régulation des contenus en se centrant sur la question des services apportés aux consommateurs européens par les fournisseurs d'accès. Mais, dès le début des discussions, Viviane Reding, alors Commissaire européenne à la société de l'information et aux médias et porteuse du projet de réforme, laisse inclure une mesure proposée par amendement touchant à la question du droit d'auteur qui impose aux fournisseurs d'accès d'alerter leurs abonnés sur la question du téléchargement illicite, voire d'appliquer une procédure de riposte graduée.

¹⁴⁴<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:337:0037:0069:FR:PDF>

¹⁴⁵http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=fr&type_doc=Directive&an_doc=2002&nu_doc=19

¹⁴⁶http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=fr&type_doc=Directive&an_doc=2002&nu_doc=20

¹⁴⁷<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002L0021:FR:NOT>

¹⁴⁸<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:337:0011:0036:fr:PDF>

¹⁴⁹<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002L0022:FR:NOT>

¹⁵⁰http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=fr&type_doc=Directive&an_doc=2002&nu_doc=58

¹⁵¹<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:337:0001:0010:FR:PDF>

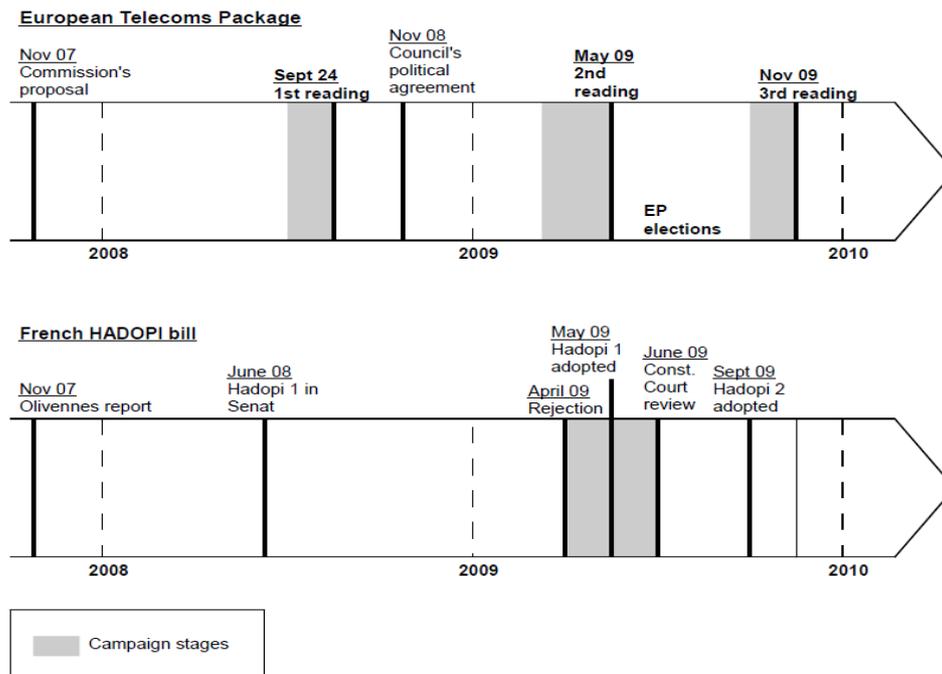


Figure 6.1: Telecoms package and Hadopi bill timelines

Cette frise chronologique (Breindl 2011: 299) qui superpose les étapes de la loi « Création et Internet » avec celles du Paquet Telecom souligne le contrepoint presque parfait des deux processus parlementaires : le coup d'envoi de novembre 2007 avec d'une part la proposition de réforme du Paquet Telecom par la Commission et la Mission Olivennes ; l'adoption au Sénat français du projet de loi et la première lecture du projet de directive (juin 2008/septembre 2008) ; la seconde lecture du Paquet Telecom et la seconde lecture à l'Assemblée nationale et sa censure par le Conseil constitutionnel (mai/juin 2009) et enfin l'adoption d'HADOPI 2 et la 3ème lecture du texte européen (sept/nov 2009) dessinent le cadre de l'influence réciproque entre parlement français et instances européennes.

L'acteur essentiel du débordement européen du projet de loi Création et Internet est le député européen Guy Bono. Membre de la Commission culture, éducation, médias et sport, il rend le 9 avril 2008 un rapport sur les industries culturelles en Europe¹⁵², qui sera à l'origine du conflit entre processus européen et français. Dans l'entourage immédiat de Guy Bono, son attaché parlementaire de l'époque, Raphaël

¹⁵²<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A6-2008-0063&language=FR>

Delarue, joue un rôle de pivot sur le plan opérationnel, politique et technique comme interface entre les associations militantes, les milieux bruxellois, le parti socialiste français, et le parti socialiste européen, par le biais du « premier lobby bruxellois », que constituent les attachés parlementaires. Pour complexifier le jeu politique déjà subtil entre niveau national et supra-national, le rapporteur de la directive « accès » (2002/19/CE), ici principalement en question dans le Paquet Telecom, n'est autre que Catherine Trautmann, ancienne ministre socialiste de la culture (1997-2000) et figure du Parti socialiste français.

Au niveau du Parti socialiste français, deux députés assurent l'interface entre niveau européen et français, il s'agit de Patrick Bloche et de Christian Paul. A l'interne du Parti socialiste, absorbé par les préparatifs du congrès de Reims essentiel pour les échéances présidentielles de 2012 et tiraillé dans un premier temps entre sa proximité historique avec les milieux culturels qui réclament une régulation des échanges de biens culturels sur internet et l'approche plus « libertaire » d'une dérégulation des échanges au profit d'une idéologie du partage généralisé, Christian Paul va obtenir de Martine Aubry élue première secrétaire en novembre 2008 à l'issue du congrès de Reims, une position du Parti résolument opposée à la riposte graduée¹⁵³. Patrick Bloche et son collègue Christian Paul sont les principaux ténors lors des débats parlementaires.

Sur le plan à la fois de l'agenda et des forces politiques en présence, il faut souligner que la présidence de l'Union européenne est assurée par la France du 1er juillet au 31 décembre 2008. Cet élément est déterminant pour saisir la violence du choc politique entre adversaires à la loi française Création et Internet et l'exécutif français assuré du soutien de la majorité parlementaire au Palais Bourbon et provisoirement président de l'Union européenne. Pour assurer la coordination politique et diplomatique de cette présidence, la France a dépêché en qualité de représentant spécial auprès de l'Union européenne, un de ses plus brillants diplomates, Pierre Sellal, maître d'œuvre de la présidence française à Bruxelles du second semestre 2008. Il est ici utile de remarquer que Pierre Sellal est l'époux de Sylvie Forbin, directrice des affaires institutionnelles et européennes de Vivendi, elle-même ancienne diplomate (Pékin, Rome, Bruxelles) notamment en charge des questions de politique audio-visuelle européenne.

¹⁵³Membre de l'équipe de Martine Aubry, il crée un groupe de travail au sein du PS pour harmoniser la position du Parti au sujet de la riposte graduée, *La section numérique du PS*, <http://lasectionnumeriquedups.net/qui-sommes-nous/>

Enfin, une association de fait de militants de défense des droits et des libertés des citoyens sur internet, la Quadrature du Net¹⁵⁴, va jouer le rôle d'aiguillon, de « watch dog » et d'initiateur d'actions politiques opposées à l'intégration de la riposte graduée dans la directive accès. Dans ce groupe, le porte-parole Jérémie Zimmerman va tenir avec une énergie hors norme un rôle d'activiste redoutable et redouté. Nous ne développons pas ici les modalités de la mobilisation de ces acteurs au niveau européen qui ont été explorées dans le détail par les travaux de Yana Breindl et François Briatte (Breindl 2011a, 2011b) (Breindl et Briatte 2013). Ces auteurs ont souligné le rôle d'outil, d'objet et de plate-forme de mobilisation qu'a joué internet pour ces organisations militantes mobilisées pour la protection et la défense des libertés civiles dans l'environnement numérique à travers deux campagnes européennes, celle du « No Software Patents » et celle du « Paquet Telecom ». Ces travaux montrent comment « l'affordance politique » d'internet permet une intervention novatrice dans le processus de fabrication de la loi au niveau européen par trois types de pratiques : la mise en réseau des acteurs, la gestion de l'information et l'action militante directe. Les croyances et valeurs partagées par ces militants (liberté, décentralisation, ouverture, créativité et progrès) inspirent certains types de militances basées sur l'individualisme, l'autonomie, la participation, l'efficacité et un certain consumérisme politique, comme Nicolas Baygert (2014: 75-95) a pu l'identifier.

Le projet politique de l'amendement Bono/Cohn Bendit

« *On s'en fout du parlement européen !* »

À quelques jours du vote final de la loi Création et Internet, un élément en provenance du Parlement européen illustre ces tensions et manœuvres entre les échelons parlementaires national et européen. Le 6

¹⁵⁴Telle qu'elle se définit : « *La Quadrature du Net est une association de défense des droits et libertés des citoyens sur Internet. Elle promeut une adaptation de la législation française et européenne qui soit fidèle aux valeurs qui ont présidé au développement d'Internet, notamment la libre circulation de la connaissance. À ce titre, la Quadrature du Net intervient notamment dans les débats concernant la liberté d'expression, le droit d'auteur, la régulation du secteur des télécommunications ou encore le respect de la vie privée. Elle fournit aux citoyens intéressés des outils leur permettant de mieux comprendre les processus législatifs afin d'intervenir efficacement dans le débat public.* » <https://www.laquadrature.net/fr/qui-sommes-nous>

mai 2009, lors de la session de soirée consacrée à la nouvelle lecture de la loi Création et Internet, Jean-Pierre Brard se fait une joie d'apporter l'information suivante à l'occasion d'un rappel au règlement du début de séance :

M. Jean-Pierre Brard. [...] « un événement extrêmement important est intervenu aujourd'hui : le Parlement européen a adopté, pour la troisième fois et à une majorité écrasante – bien que l'UMP n'y soit pas majoritaire –, par 407 voix contre 57 et 171 abstentions, un texte anti-HADOPI aux termes sont dénués de toute ambiguïté puisqu'il interdit toute coupure arbitraire de connexion Internet sans décision d'un juge.

M. Patrick Roy. Ah, ah !

[...] M. Patrick Bloche. L'amendement voté est court, net, précis, il tombe tel un couperet : « Aucune restriction ne peut être imposée aux droits et libertés fondamentaux des utilisateurs finaux sans décision préalable des autorités judiciaires. »

Nous avons terminé nos débats d'hier nuitamment, à deux heures et demie du matin, après avoir examiné les dispositions de l'article 2 qui traitent précisément de cette sanction que vous avez souhaité introduire dans votre projet de loi, à savoir la suspension de l'accès à Internet. Le démenti du Parlement européen, acquis aujourd'hui à une si large majorité, est une gifle, un déni de ce que vous avez approuvé hier.

Nous connaissons vos arguments, Madame la ministre. Vous allez nous dire, une nouvelle fois, que l'accès à Internet n'est pas un droit fondamental, contrairement à ce qu'indique la recommandation de la Commission européenne qui vous a été notifiée avant l'examen de ce projet de loi, et alors même que le rapport Lambrinidis – auquel nous avons fait référence à plusieurs reprises – a démontré que l'accès à Internet est désormais quasiment vital dans tous les instants de la vie quotidienne. Oui, l'accès à Internet est un droit fondamental !

[...]

M. Patrick Bloche. Je conclus, Monsieur le président, mais ce que je me permets d'exprimer à ce micro est essentiel pour la suite des débats. S'ils faisaient preuve d'un peu de

sérieux, les ministres représentant le Gouvernement dans cet hémicycle devraient décider,
toutes affaires cessantes, d'interrompre l'examen de ce projet de loi.

Cet amendement validé pour la troisième fois par le Parlement européen a pour origine un premier texte du 10 avril 2008, adopté à l'occasion du vote d'un rapport du député français Guy Bono (PS) sur les industries culturelles, qui dispose :

22 bis. engage la Commission et les États membres à reconnaître qu'Internet est une vaste plate-forme pour l'expression culturelle, l'accès à la connaissance et la participation démocratique à la créativité européenne, créant des ponts entre générations dans la société de l'information, et, par conséquent, à éviter l'adoption de mesures allant à l'encontre des droits de l'homme, des droits civiques et des principes de proportionnalité, d'efficacité et d'effet dissuasif, telle que l'interruption de l'accès à Internet.

L'expression « telle que l'interruption de l'accès à internet », vise expressément à contrer le principe de riposte graduée, comme le précisera lui-même Guy Bono. Adopté par un scrutin serré, cet amendement sera la genèse de « l'épée de Damoclès » qui pèsera sur les débats français. Le 24 septembre 2008, en première lecture, le Parlement européen adopte à 88 % l'amendement n° 138¹⁵⁵ qui reprend l'idée émise en avril d'un accès à internet élevé au rang de moyen d'exercice d'un droit fondamental que seule une décision de justice peut remettre en cause. Du 1er juillet au 31 décembre 2008, la présidence française de l'Union européenne va permettre à l'exécutif français de peser de tout son poids pour tenter de limiter le risque que fait peser l'amendement 138 sur le projet français de loi HADOPI. Le 4 octobre, événement rare, le Président français adresse à titre personnel une lettre au président de la Commission, José Manuel Barroso, lui demandant de retirer l'amendement. Face au refus de la Commission européenne, le gouvernement français est finalement parvenu à réunir une majorité qualifiée d'États membres pour supprimer le texte le 27 novembre 2008 au sein du Conseil européen des ministres des télécommunications. Mais Guy Bono annonce déjà que : « Si cet amendement est retiré, je le redéposerai de toute façon en deuxième lecture au printemps 2009. 88% des députés l'ont voté, donc on

¹⁵⁵Cosigné par des eurodéputés des groupes Verts (dont Daniel Cohn-Bendit), PSE, ALDE et PPE, le texte stipulait que toute « restriction aux droits et libertés des utilisateurs finaux », ne pouvait être décidée que par l'autorité judiciaire « sauf cas de force majeure ou impératifs de préservation de l'intégrité et de la sécurité des réseaux ».

aura un vote équivalent, car ils ont bien compris le projet. La France va se mettre hors-la-loi en Europe et sera obligée de rectifier, ce qui est stupide ».

Au printemps 2009, une série d'opérations politico-diplomatiques va avoir lieu sous l'égide de l'ancienne ministre de la culture socialiste Catherine Trautmann. Vice-présidente de la Commission de l'industrie, de la recherche et de l'énergie et rapporteur du «Paquet télécoms », elle est chargée de trouver un consensus dans un «trilogue», terme désignant dans le processus législatif européen une procédure de conciliation entre Parlement, Commission européenne et Présidence du Conseil. Le Comité des représentants permanents¹⁵⁶ (COREPER) chargé de préparer les décisions du Conseil de l'UE propose un texte de consensus, nouvelle version de l'amendement Bono/Cohn Bendit qui indique « qu'aucune restriction ne peut être imposée sur les droits fondamentaux des utilisateurs, sans une décision préalable d'autorités légalement compétentes ». Toute la subtilité de la manœuvre consiste dans le remplacement des termes « autorité judiciaire » par « autorités légalement compétentes ». Cette atténuation de l'autorité compétente pour juger d'une suspension de l'accès à internet rend légal, au niveau européen, le système de riposte graduée à la française. De surcroît, le statut de l'amendement est aussi modifié : du statut d'article il devient un considérant, c'est à dire une opinion qui n'a pas à être imposée en droit national.

Catherine Trautmann, sous la pression opposée de son groupe politique et sous la menace de la France de bloquer l'adoption du « paquet Telecom » en cas de retour de l'amendement 138, laisse une nouvelle porte ouverte à la négociation avant le vote du Parlement français le 6 mai 2009. Les 27 États membres de l'Union Européenne réunis le 29 avril en COREPER valident le nouveau compromis obtenu par Catherine Trautmann deux jours plus tôt avec la Commission et le Parlement Européen. Un subtil équilibre sémantique permet de conserver l'esprit de l'amendement 138 et son message politique mais dans une forme qui en atténue largement la portée contraignante et juridique. Le nouveau texte de l'amendement dispose ainsi que :

¹⁵⁶Le Comité des représentants permanents ou COREPER est chargé de préparer les travaux du Conseil de l'Union européenne. Il est composé de représentants des États membres ayant rang d'ambassadeurs des États membres auprès de l'Union européenne et est présidé par l'État membre qui assure la Présidence du Conseil. Le COREPER occupe une place centrale dans le système de prise de décision communautaire où il est à la fois une instance de dialogue (dialogue entre les représentants permanents et de chacun d'entre eux avec sa capitale) et de contrôle politique (orientation et supervision des travaux des groupes d'experts). Il est ainsi chargé de l'examen préalable des dossiers qui figurent à l'ordre du jour du Conseil (propositions et projets d'actes soumis par la Commission). À son niveau, il s'efforce de trouver un accord sur chaque dossier, à défaut il peut présenter des orientations au Conseil. Source : http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/coreper_fr.htm

"les mesures prises concernant l'accès des utilisateurs finaux (d'internet) ou leur utilisation de services et d'applications à travers des réseaux de communications électroniques doivent respecter les droits fondamentaux et les libertés des individus, y compris (...) le droit à un jugement par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi et agissant dans le respect du procès équitable tel que défini par l'Article 6 de la Convention pour la Protection des Droits de l'Homme et les Libertés Fondamentales".

En terme de déficit par rapport au texte initial, il n'est plus fait référence à l'obligation d'avoir un jugement "préalable" à la suspension de l'accès à Internet . D'autre part, on trouve à la place de « l'autorité judiciaire », un « tribunal indépendant et impartial », terminologie suffisamment vague pour autoriser d'autres types d'autorités et donc permettre la riposte graduée à la française. Coté gain politique pour le député Bono satisfait du compromis, «le respect du procès équitable tel que défini à l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme » permet de maintenir l'idée que l'accès à internet est un droit assimilable à un droit fondamental puisque dans cette version du texte la référence doctrinale invoquée – la Convention européenne des Droits de l'Homme – est ratifiée par tous les États membres, contrairement à la Charte des Droits fondamentaux dans la première version.

À quelques jours du vote du Parlement européen, le texte de compromis, accepté notamment par la France, semblait pouvoir permettre l'adoption du Paquet Telecom, au grand soulagement de Catherine Trautmann. Mais, insatisfaits de ce consensus, les eurodéputés Verts et une partie des socialistes européens décident de présenter à nouveau l'amendement Bono/Cohn Bendit dans sa version originale. À ce moment, de nombreuses associations de militants vont exercer une intense pression sur les députés européens pour peser sur la procédure de vote qui va voir s'affronter les deux textes d'amendement : la version initiale Bono/Cohn Bendit et le texte de consensus de Catherine Trautmann.

La tactique va consister à influencer sur l'ordre de vote des amendements. La semaine précédant le vote au Parlement, les groupes parlementaires reçoivent traditionnellement la liste de vote qui précise l'ordre dans lequel les amendements vont être votés. Il permet aux présidents de groupe d'indiquer les préférences de vote à leurs membres en annotant les amendements par un nombre de croix plus ou moins important en fonction de la priorité. Sur la première liste, le vote de l'amendement Bono était

placé avant le vote du compromis de Trautmann. Les groupes favorables à l'amendement Bono avaient donc choisi de mettre "+++" dans la colonne de l'amendement Bono, et de laisser un "++" dans celle du compromis de Trautmann pour se ménager une solution de repli en cas de rejet de l'amendement Bono. L'avant veille du vote, les députés reçoivent une feuille de vote où l'ordre entre l'amendement Bono et le compromis a été inversé, à la demande de l'administrateur de la commission industrie, recherche et énergie (ITRE) du Parlement européen. Cette modification est de plus accompagnée d'une précision réglementaire de taille : si le compromis est voté par les députés, l'amendement Bono tombe et n'est donc pas voté.

Suite à une ultime intervention des Verts, l'ordre entre les deux textes est de nouveau inversé et le fameux amendement 138/46 (selon sa nouvelle numérotation) est adopté le 6 mai 2009 dans la matinée à une écrasante majorité avec 407 voix pour et 57 contre. Il annule le compromis Trautmann qui ne sera pas présenté aux voix. En conséquence, l'adoption du « Paquet Telecom » est, par la même occasion, suspendue comme annoncé par la France au niveau du Conseil. Cette fois, comme le rapporte Sylvie Forbin¹⁵⁷, il ne s'agit plus du baroud d'honneur du « coup du rideau »¹⁵⁸ mais d'un vote massif du Parlement européen qui fait chanceler tout le projet HADOPI :

« Sauf que ça a été terrible, la Quadrature du Net¹⁵⁹ s'est déchaînée sur cet amendement et a fait une action incroyable à Bruxelles avec le parlement européen. Et là ce n'est plus de la rigolade, ce n'est plus l'assemblée ou le rideau, c'est 700 députés qui tout à coup à l'unanimité ou quasi adoptent un amendement qui va détruire la portée du texte... ça fait un gros gros impact. [...] Et là c'est une catastrophe pour nous, c'est une vraie catastrophe où l'on reconnaît que la liberté d'expression est un droit fondamental, ce qui est vrai, mais c'est le débat sur les libertés dans lequel, nous, on ressort complètement nus et grelottant de stupeur.

Et cela a une influence sur le débat français au moment où c'est adopté [...] ce qui est

¹⁵⁷Entretien du 30 novembre 2011

¹⁵⁸Cette expression fait référence à un épisode rocambolesque du débat parlementaire quand le 9 avril 2009 pour faire basculer artificiellement le vote contre HADOPI le Parti socialiste avait amassé derrière le rideau qui masque l'entrée de l'hémicycle quelques députés qui, en faisant irruption au dernier moment, ont pu faire changer la majorité parlementaire en raison du nombre réduit de députés de la majorité alors présents.

¹⁵⁹Une des plus actives organisations de militants citoyens défendant la liberté d'expression sur internet.

intéressant, c'est l'interaction et la façon dont le débat à Bruxelles devient complètement délirant. Pourquoi ? Parce que les socialistes et les verts en font un cheval de bataille, soutiennent l'émergence d'un parti pirate en Suède, soutiennent indirectement toutes les actions de Pirate Bay alors que Pirate Bay va être condamné un peu plus tard par la justice suédoise. En fait, on a un vrai débat de société qui en plus est très intéressant car au Parlement européen on a tous les nouveaux États membres, tous les pays d'Europe centrale et orientale pour lesquels quand on parle de liberté d'expression on parle d'or. Qu'est-ce qu'ils vont s'encombrer de la propriété intellectuelle alors qu'on leur parle de liberté d'expression ? Et toute la dialectique depuis ce temps là va s'articuler autour de ces deux pôles : la liberté d'expression comme socle de toutes les positions – on a de façon récurrente des rapports, des résolutions, à chaque fois on a une polarisation sur ce niveau là. »

Revenons au débat de l'Assemblée nationale française ce 6 mai 2009. Les députés de la majorité vont se déchaîner contre le vote du Parlement européen allant jusqu'à s'écrier comme le député Franck Gilard. « On s'en fout, du Parlement européen ! Être élu européen, c'est une pantalonnade ! ».

Les députés de l'opposition ont beau jeu de dénoncer les manœuvres révélées par le coup de tonnerre bruxellois et sa médiatisation. La Ministre de la culture minimise et feint d'ignorer l'avis européen, assurée du vote positif au niveau français et rappelle une nouvelle fois le soutien de deux anciens ministres socialistes de la culture, Catherine Tasca et Jack Lang et indirectement Catherine Trautman rapporteuse du Paquet Telecom. Mais la succession des manœuvres au Parlement européen depuis un an et le vote ultime intervenu quelques jours avant le vote français semblent avoir scellé la fortune constitutionnelle du texte Création et Internet. Malgré les dénégations gouvernementales et le mépris affiché pour le législateur européen de quelques députés, la disposition phare qui consistait en la possibilité de suspendre la connexion internet sans recours au juge par une autorité administrative semble morte-née. La députée Martine Billard (Les Verts) s'en fait ainsi l'écho :

Mme Martine Billard. « Madame la ministre, vous n'avez jamais varié dans vos déclarations concernant l'amendement Bono, c'est indéniable. Reste que vous avez engagé une course de vitesse avec le Parlement européen...

M. Jean-Luc Warsmann, président de la commission des lois. Une course de lenteur plutôt !

Mme Martine Billard. ...en espérant que le compromis, négocié par le Gouvernement français avec Catherine Trautmann serait voté, ce qui vous aurait permis de dire que la loi HADOPI le respectait. Face à un vote aussi massif, et pour la seconde fois, malgré les députés français du PPE, peut-être faudrait-il commencer à vous poser des questions ! Même le PPE, groupe auquel appartient votre majorité, ne suit pas les demandes du Gouvernement français ! C'est bien la preuve que le débat dépasse les clivages entre la gauche et la droite françaises, et qu'il porte, depuis le début, sur l'impossibilité de couper l'accès à l'Internet sans une décision de justice.

Vous ne pourrez pas, pour expliquer ce vote massif, prétendre que des députés européens se sont cachés derrière un rideau : leur vote, parfaitement transparent, est un camouflet pour le Gouvernement français. Allez-vous donc enfin, Madame la ministre, tirer les conséquences de la volonté majoritaire des parlementaires européens ?

M. Philippe Gosselin. Ben voyons !

Mme Martine Billard. Vous pourriez demander une suspension de séance pour déposer un amendement, comme la procédure vous y autorise, afin de préciser, tout simplement, que la coupure à l'Internet ne peut être décidée que par décision de justice. Votre texte se conformerait ainsi aux deux votes du Parlement européen, ce qui rendrait notre travail plus fructueux.

J'ajoute que le projet de loi sera déposé devant le Conseil constitutionnel ; or sa jurisprudence constante est de prendre en compte les décisions prises au niveau européen. Vous savez bien qu'en l'occurrence, il ne pourra que constater le désaccord entre votre position et celle du Parlement européen.

IV – La saisine du Conseil constitutionnel

La séquence des débats parlementaires de la loi Création et Internet, dite HADOPI 1, jusqu'à la censure du Conseil constitutionnel, constitue un laboratoire intéressant pour tenter de répondre à la question du rôle des publics et pour savoir « qui gouverne ? » et même si « quelqu'un gouverne ? », selon l'interrogation célèbre de Pressman et Wildavsky (1973). L'analyse de la genèse des politiques publiques trouve ici en effet un cas typique du concept d'*Advocacy Coalition Framework* de Paul Sabatier (1993). Ce cadre qui permet d'identifier les acteurs pertinents des politiques publiques tente de tracer pour leur étude les limites entre un « sous-système de politique publique » (le réseau des SPRD), une coalition de cause (la mission Olivettes *versus* les opposants à la régulation des échanges sur internet) et des intermédiaires de politique publique (*policy brokers*, ici les parlementaires en premiers lieu, puis les Sages du Conseil constitutionnel), chargés de gérer les croyances, valeurs et intérêts des protagonistes. Mais, alors que Sabatier suggère que les politiques publiques sont le plus fréquemment le résultat d'une « intentionnalité limitée » et qu'en général une coalition, partiellement affectée par des coalitions « challengers », domine, le cas de la censure complète du volet répressif par le Conseil constitutionnel constitue une situation extrême et relativement rare.

L'assemblage de l'accès à internet avec les droits fondamentaux dans les débats parlementaires

Les débats à l'Assemblée Nationale vont constituer l'arène où va se construire l'idée, qui deviendra une ligne politique déterminante pour l'issue de la loi, de l'accès à internet comme moyen d'exercice d'un droit fondamental. Tout l'enjeu des débats va consister à prendre la mesure de la dépendance de la société française à l'accès à internet en tentant de départager les arguments en faveur d'internet comme « commodité » ou comme « droit fondamental ».

Le jeudi 12 mars 2009, deuxième jour des débats à l'Assemblée Nationale, marque le véritable début des discussions parlementaires après l'exposé des motifs et la discussion générale. Déposé par le député Patrice

Martin-Lalande, membre de la majorité, le premier amendement (n°200) propose ainsi d'affirmer avant le premier article du projet de loi que l'accès à internet est un droit fondamental :

AMENDEMENT N° 200 Rect.

présenté par

M. Martin-Lalande

ARTICLE ADDITIONNEL

AVANT L'ARTICLE PREMIER, insérer l'article suivant :

L'accès à internet constitue un droit fondamental.

Le droit d'accès numérique aux services publics, aux procédures administratives ou judiciaires est garanti.

Toute personne a droit à une vie numérique comprenant: la libre communication, la sûreté et la propriété numériques.

Le droit à l'anonymat numérique est reconnu à chaque individu.

EXPOSÉ SOMMAIRE

Le présent article additionnel vise à garantir, solennellement, l'accès à internet – notamment un droit d'accès aux sites d'intérêt général (portails administratifs, services publics, banques, etc.) pour l'accomplissement de certaines procédures, notamment administratives et judiciaires – ainsi que la protection de la vie privée des internautes de leur propriété numérique.

Cette proposition d'amendement, pourtant proposée par un membre de la majorité, vise à déborder le débat du projet de loi centré sur la régulation des échanges de biens culturels sur internet en le déplaçant sur le terrain plus macroscopique des droits fondamentaux. Cette assimilation de l'accès à internet à un droit fondamental aurait comme conséquence un blocage complet de l'esprit de la loi HADOPI. Si, à court ou moyen terme, cette qualité était reconnue ainsi que « le droit à une vie numérique » et un « droit à l'anonymat numérique », la conséquence serait l'impossibilité du recours à la suspension de l'accès et corollairement la nécessité d'en appeler à un juge pour toute décision sur l'accès à internet, comme cela est le cas pour toute privation d'une liberté fondamentale.

Avant d'examiner la discussion des députés sur cet amendement d'importance, il convient d'éclairer les prémices de ce texte laconique mais qui menace de déstabiliser les fondements du projet de loi, voire d'inaugurer un régime juridique tout à fait nouveau si l'accès à internet devait être considéré comme un droit fondamental. Cette idée, que nous avons évoquée précédemment à propos des acteurs extérieurs au Parlement français, n'est pas récente et a déjà fait l'objet d'un parcours riche en rebondissements dans l'enceinte du Parlement européen à l'occasion du « Paquet Telecom »¹⁶⁰. Ce projet de directives a exercé, nous l'avons évoqué, une forte influence sur les débats législatifs français dans la mesure où lobbyistes des industries culturelles et forces politiques françaises de la majorité ou de l'opposition vont se saisir du « Paquet Telecom » pour tenter de peser sur le débat national. Les premières versions du « Paquet Telecom » vont ainsi inclure dès novembre 2007 des dispositifs de riposte graduée, très proches de ceux prônés par la mission Olivennes. Cette volonté du gouvernement français de jouer sur les deux niveaux – français et européen – pour instaurer le principe de la riposte graduée va être repérée par les parlementaires de l'opposition et aboutir au contre-amendement des députés Guy Bono et Daniel Cohn-Bendit visant à interdire par les États membres la suspension de l'abonnement internet sans l'intervention de l'autorité judiciaire.

Les débats français se jouent en miroir de ceux du Parlement européen. Dans un interview au journal *Le Monde*, Guy Bono explicitera la méthode de coordination instaurée entre parlementaires nationaux et européens¹⁶¹ :

« [...] Nous étions convenus que dans un premier temps ce point que je porte moi-même au niveau du Parlement européen soit fait par les députés européens. Et nous avons décidé la semaine dernière que Patrick Bloche, député socialiste, prenne maintenant le relais au niveau national, puisque le débat va passer au niveau national. Nous nous tenons bien au courant et il n'y aucune gêne au niveau du PS. »

Revenons dans le détail à cette discussion sur la qualification de l'accès à internet au regard des droits fondamentaux qui constitue la controverse majeure de notre sujet. Franck Riester, rapporteur de la loi et animateur des positions du gouvernement, ouvre l'échange sur l'amendement n° 200. Après les politesses

¹⁶⁰<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:337:FULL:FR:PDF>

¹⁶¹http://www.lemonde.fr/technologies/chat/2008/09/25/l-amendement-bono-cohn-bendit-signe-t-il-l-arret-de-mort-de-la-riposte-graduee_1099609_651865.html

d'usage pour le député Martin-Lalande (« J'ai vraiment apprécié, Monsieur Martin-Lalande, quand vous avez dit qu'il fallait avoir une vision exigeante des droits de l'homme dans la société numérique. »), il demande directement à son collègue de retirer son amendement en vertu de la discipline de groupe parlementaire, en affirmant qu'internet constitue une commodité essentielle mais pas un droit fondamental. Argument relayé par la Ministre Christine Albanel, qui rappelle, en tentant de déminer à l'avance les critiques sur la suspension de l'accès du titulaire de l'abonnement, que « l'on peut y avoir accès partout hors de chez soi ».

Le député Didier Mathus, futur membre du collège de la HADOPI, prend alors la parole pour souligner la contradiction gouvernementale entre le plan « France numérique 2012 » d'Éric Besson, secrétaire d'État chargé de la prospective, et l'esprit de la loi HADOPI qui vise à remettre en cause l'accès à internet au détriment d'une éventuelle amende qui aurait pour intérêt de ne pas couper l'usage de l'indispensable accès quotidien à internet :

« Il suffit d'observer la société pour constater que l'accès à Internet devient indispensable à la vie quotidienne, [...] et que, demain, il ne sera plus possible de s'en passer. Vouloir couper cette connexion constitue une atteinte extrêmement grave aux libertés individuelles, mais aussi aux conditions de vie ordinaires de nos concitoyens. C'est une grave erreur. »

Le député de la majorité Lionel Tardy (UMP) insiste sur cet argument en soulignant que l'État a fait de la fracture numérique son cheval de bataille et qu'au quotidien les élus s'emploient à connecter au haut débit les zones rurales. Martine Billard (Les Verts) renchérit en soulignant que l'administration, frappée par les réductions d'effectifs, s'est lancée dans une vaste dématérialisation des démarches et qu'une coupure d'accès pénaliserait les citoyens notamment en matière de recherche d'emploi. Plus largement, la députée écologiste souligne, en faisant le parallèle avec l'électricité et l'eau courante, que les « droits doivent évoluer en fonction des besoins de la société ». Après ces soutiens qui traversent les partis politiques, Marc Laffineur, vice-président de l'Assemblée Nationale, tente de montrer qu'il ne faut pas confondre la fin et les moyens en matière de droits fondamentaux. Il souligne que dans le cas contraire, le risque de judiciarisation sera élevé puisqu'il n'est pas possible de garantir dans les faits l'accès à internet sur

la totalité du territoire.

Jean-Pierre Brard, ténor du groupe communiste, se livre alors à une surenchère dans le domaine de la solennité du vote et en appelle « à des textes qui font honneur à notre État républicain » pour mieux appuyer l'amendement qui, à lui seul, pourrait ruiner tout le projet de loi. Sans oublier au passage l'allusion « à la vieille dame isolée » et une pointe de sarcasme à l'endroit du passé de Directrice du château de Versailles de la Ministre :

« L'accès à l'électricité et à l'eau est un droit fondamental, et le droit à la communication est devenu, lui aussi, un droit fondamental. Songez à la vieille dame isolée dans son village du Massif Central et qui, aujourd'hui, peut communiquer avec ses petits-enfants. Vous voulez les priver en ne reconnaissant pas cette faculté comme étant un droit fondamental. Vous qui avez été à Versailles [...] À Versailles, du temps de sa splendeur et de la présence de son résident le plus illustre, le Roi Soleil, il n'y avait pas de robinet, et ce n'était pas un droit fondamental que d'avoir l'eau chez soi. Aujourd'hui, chacun considère que c'en est un. Vous avez dit que l'accès à Internet était possible dans nombre de lieux en dehors de son domicile. Mais pour l'eau, c'est la même chose. Si je suis votre raisonnement, allez-vous alors renvoyer les gens qui n'ont pas pu payer leur facture d'eau à la borne-fontaine la plus proche ou bien au lavoir, ou bien encore faire appel aux porteurs d'eau qui descendraient en ligne directe des familles spécialisées qui ravitaillaient Versailles à l'époque ? Bien sûr que non. Si nous raisonnons par analogie, il est incontestable que l'accès à la communication numérique est un droit fondamental. À ce titre, j'apprécie particulièrement le caractère solennel que notre collègue Martin-Lalande a donné à la rédaction de son amendement. Les collègues, quel que soit leur banc, sont placés ce matin devant leurs responsabilités. Comme ce projet de loi est globalement médiocre et dangereux, ils ont là l'occasion de prendre position. Vous voyez bien, mes chers collègues, que, si cet amendement est adopté, il donnera une autre portée et un autre sens au projet de loi, et il amènerait évidemment l'Assemblée à en décliner toutes les conséquences dans la suite de son examen. »

Comme pour l'analogie fréquente avec le Code de la route qui a pour objectif la sécurité physique des personnes, la comparaison entre des besoins vitaux de subsistance et l'accès à internet, moyen de communication non exclusif, ne semble pas heurter la rationalité des élus. Le député Christian Paul (PS), conseiller en 2000 de Lionel Jospin sur les questions numériques, renchérit à son tour en évoquant une politique de civilisation devant donner naissance à la civilisation numérique, suivant le syllogisme suivant : la liberté de communication est aujourd'hui le droit d'accès à internet, la liberté de communication est un droit fondamental, donc l'accès à internet est un droit fondamental.

M. Christian Paul : « Qu'y a-t-il d'essentiel dans cet amendement ? L'idée que depuis les années soixante-dix, depuis une trentaine d'années, nous sommes entrés progressivement dans la civilisation numérique, quittant peu à peu la civilisation industrielle, et qu'il faut en tirer les conséquences dans le domaine de la vie privée comme celui de la vie de la cité numérique. Cela passe par la reconnaissance de droits. Actuellement, la liberté de communication s'appelle droit d'accès à Internet. Or, porter atteinte à la liberté de communication, c'est porter atteinte à un droit fondamental. Ce n'est pas une simple commodité de vie quotidienne, Monsieur le rapporteur !

M. Franck Riester, rapporteur. Ce n'est pas un droit fondamental !

M. Christian Paul. C'est le droit à la communication, la liberté de communiquer avec les autres, donc un droit essentiel. »

Le député poursuit sa critique et dévoile sa stratégie dans les débats à venir, malgré sa position minoritaire, en se plaçant au niveau d'un combat de civilisation et de projet de société :

« la majorité n'est pas préparée à ce type de débat. Elle est venue pour un texte qui aurait pu être rebaptisé Surveiller et punir, alors le concept de liberté de communication lui est assez étranger. Tout au long de ce débat, avec les bons interprètes présents, nous allons essayer de faire en sorte que cette langue étrangère, celle d'une civilisation nouvelle, devienne celle de la représentation nationale. En guise de premier travail pratique, je vous propose de voter l'amendement de M. Martin-Lalande. »

Dans le cadre de cette stratégie qui vise à solenniser le débat, le groupe de la Gauche démocrate et républicaine demande et obtient de droit un scrutin public qui permet de connaître le sens du vote de chaque député présent. Cette demande est faite par les partis d'opposition pour des questions particulièrement importantes et a pour conséquence, médiatique notamment, que chaque député doit assumer publiquement son vote. Mais avant le scrutin, Jean-Pierre Brard surenchérit de nouveau en reprenant les propos de prudence de Marc Laffineur pour les comparer aux débats révolutionnaires, n'hésitant pas affubler les députés de la majorité du terme d'assoiffeurs et d'affameurs :

« En gros, il [Marc Laffineur] a dit : reconnaître qu'il s'agit d'un droit fondamental serait aller trop loin. Qu'est-ce qu'un droit fondamental ? C'est un droit ouvert à tous, nous le savons depuis la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Souvenez-vous, à l'époque, qui disait que tout ça allait trop loin. [...] vous représentez bien la noblesse, celle des coffres-forts (Exclamations sur les bancs du groupe UMP) – [qui] ont expliqué que cela allait trop loin, et ils se sont opposés aux droits conquis par le tiers état, que nous représentons ici – nous en sommes les filles et les fils, et fiers de l'être ! Nous sommes donc pour un droit pour tous, un droit fondamental, le droit numérique, le droit de la communication.

M. Christian Paul. Chantons la Carmagnole ! (Sourires.)

M. Jean-Pierre Dupont. Je suis très surpris d'entendre parler de droit fondamental, en particulier s'agissant de l'eau et de l'électricité. D'où tenez-vous que les maires accordent ce droit fondamental aux gens qui achètent une maison en pleine campagne ou en pleine montagne et s'engagent à leur amener l'eau et l'électricité ? Où avez-vous vu cela ? Cela n'existe pas ! (Applaudissements sur les bancs du groupe UMP.) Il n'existe pas de droit fondamental à l'eau et l'électricité !

M. Jean-Pierre Brard. Assoiffeurs ! Il y avait les affameurs, maintenant nous avons les assoiffeurs ! »

Pour conclure cet épisode symptomatique et annonciateur des débats de l'Assemblée Nationale sur le projet de loi Création et Internet, le député Martin-Lalande à l'initiative de l'amendement, précise les

raisons de son texte et finalement le retire... avant qu'il ne soit repris par Jean-Pierre Brard. Finalement, après le vote public, l'amendement ne sera pas adopté¹⁶².

M. Patrice Martin-Lalande. « Tout à l'heure, en présentant l'amendement, j'ai dit textuellement : son objectif n'est pas de régler cette question des droits de l'homme et du citoyen numérique, mais de rappeler que le projet de loi dont nous discutons doit s'inscrire dans une certaine conception exigeante et plus respectueuse des droits. Voilà ce que je voulais dire. Le débat a eu lieu. Chacun a dit son attachement à cet objectif. Cela étant, je pense que ce n'est pas le moment d'inscrire, dans ce texte, une disposition très générale. C'est pourquoi je retire l'amendement. »

Les trois amendements suivants, cette fois déposés par l'opposition, vont continuer à soutenir l'idée cardinale de l'accès à internet comme droit fondamental. Les deux premiers, les n° 336¹⁶³ et 401¹⁶⁴, soutenus respectivement par Jean-Pierre Brard et Patrick Bloche, visent notamment à introduire dans le projet de loi l'esprit de l'amendement Bono que nous évoquions précédemment. Jean-Pierre Brard ajoute à l'argument de l'atteinte à la liberté d'expression par la coupure d'accès à internet, celui du principe de proportionnalité pour en renforcer la portée juridique :

« Les prérogatives de l'HADOPI entrent également en contradiction avec le principe de proportionnalité. La Cour de justice des communautés européennes a rendu un arrêt du 29 janvier 2008, «Promusicae contre Telefonica », stipulant que les droits de propriété intellectuelle ne pouvaient être placés au-dessus des droits fondamentaux de respect de la vie privée, qui seront bafoués par le fonctionnement de la Haute autorité. Madame la ministre, vous vous improvisez ainsi gendarme des communications. Dans quel but ? Pour protéger les intérêts financiers des grands groupes ! Votre gouvernement privilégie encore une fois l'application des droits relatifs à la propriété privée, exploités ici au premier chef par les majors du disque, au détriment de la liberté de citoyens et du droit des auteurs. Il devient nécessaire dans ce pays que les parlementaires se mobilisent pour protéger la vie privée des citoyens contre ces dérives autoritaires. En se passant de la justice, votre gouvernement se

¹⁶²57 votants et suffrages exprimés, 11 pour, 46 contre.

¹⁶³<http://www.assemblee-nationale.fr/13/amendements/1240/124000336.asp>

¹⁶⁴<http://www.assemblee-nationale.fr/13/amendements/1240/124000401.asp>

détourne des fondements constitutionnels qui font – faut-il parler à l'imparfait ? – de notre pays un État de droit, et que nous défendrons ici farouchement. »

Au sujet de l'amendement 401, proche du précédent, Patrick Bloche brandit déjà la menace d'un recours devant le Conseil constitutionnel. Il entreprend de démontrer le caractère inconstitutionnel du projet de loi qui tente de s'exonérer de l'intervention du juge pour une sanction que les députés de l'opposition considèrent comme attentatoire aux libertés fondamentales :

« Vous dites, Madame la ministre, Monsieur le rapporteur, que rien n'empêche une autorité administrative de couper l'accès à l'Internet. Certes, la puissance publique peut lui donner une telle délégation ; sauf que le Conseil constitutionnel, heureusement très vigilant pour ce qui touche aux privations ou aux restrictions de libertés individuelles, considère qu'une haute autorité ne peut remplir ce rôle. C'est là une faiblesse juridique essentielle du texte. L'amendement n° 138 au Paquet Télécom, que nous reprenons, rappelle ainsi qu'en matière de restriction des libertés, une décision judiciaire, avec la garantie de procédure contradictoire qu'elle implique, est nécessaire.

Cette disposition du texte est donc inconstitutionnelle ; elle remet également en cause, non seulement la Déclaration des droits de l'homme, mais aussi la Convention européenne des droits de l'homme. Il serait donc raisonnable de prendre en compte le principe démocratique élémentaire que soutient notre amendement. »

En réponse à ces deux amendements, le député Franck Riester et la Ministre de la culture, martèlent que l'accès à internet ne peut être considéré comme un droit fondamental. Christine Albanel ouvre alors une discussion qui reprend une nouvelle fois l'analogie avec le permis de conduire, avant de mentionner la liste des Autorités administratives autorisées à prendre des sanctions :

« Si l'on appliquait votre logique, Monsieur Bloche, on ne pourrait plus, au nom de la liberté d'aller et de venir, retirer le permis de conduire, ...[...] à cette différence près que les retraits de permis interdisent de conduire aucune voiture, quand la coupure de l'abonnement à l'Internet n'empêche pas d'y avoir accès dans quantité d'autres lieux. »

Christian Paul, anticipant l'enlissement de la discussion, recentre le débat, non plus sur la question de l'accès mais sur celle des libertés fondamentales touchées par le texte, et pose finalement la question cruciale de la préservation des libertés fondamentales dans le contexte inédit d'internet :

« Votre texte, Madame la ministre, touche en effet à plusieurs libertés : celle qui relève de la vie privée ; la liberté d'expression et de communication ; celle, enfin et surtout, des droits de la défense s'agissant des libertés fondamentales. [...] Il ne s'agit pas du droit d'accès ou de la fracture numérique, mais d'un problème juridique essentiel. Comment préserver, sous le contrôle du juge, certaines libertés fondamentales dans la civilisation numérique ? On ne peut comparer une question de vie privée et de liberté d'expression ou de communication au dopage. Puisque vous persistez à vouloir surveiller et punir, Madame la ministre, que ce soit au moins sous le contrôle du juge et non sous celui, inconséquent, de je ne sais quelle autorité administrative. »

Jean-Pierre Brard, usant de l'argument de la modernité de la loi, attaque brutalement le raisonnement par analogie de la Ministre :

« Il y a un désaccord fondamental entre nous, Madame la ministre : vous ne voulez pas reconnaître l'époque où nous vivons. [...] Il n'y a pas, dites-vous, de droit imprescriptible au permis de conduire. Mais les droits fondamentaux ont évolué ! Du temps de Louis XIV, les droits à la santé, au logement, au repos ou à la retraite n'existaient pas ; ils ont été conquis par les forces vives de notre peuple auxquelles s'opposent nos collègues de l'UMP. Comparaison n'est pas raison, Madame la ministre ; j'en ferai une qui prouvera votre erreur. Le droit de posséder un compte bancaire est désormais reconnu, y compris pour ceux qui n'ont plus de compte. Vous voyez bien que vos comparaisons, Madame la ministre, ne sont pas raisonnables : le droit à la communication est assurément aussi fondamental que celui de posséder un compte bancaire. Quant à votre comparaison entre l'accès à l'Internet et le problème du dopage, elle témoigne d'une certaine audace de votre part, ce qui ne me semble pas être votre caractère premier. »

Compte tenu du rapport de force politique à l'Assemblée nationale, et malgré différentes appréciations au sein même de la majorité, ces amendements ne seront pas adoptés. Nous avons voulu ici donner un compte rendu rigoureux du début des débats parlementaires sur un lot d'amendements qui ont contribué d'une part à faire émerger les principaux acteurs des débats dans l'hémicycle et qui posent les bases d'une ligne de partage politique mais aussi transversale aux partis politiques. La définition de l'accès à Internet et son lien avec les libertés fondamentales constitue ainsi le pivot de la controverse au sujet de la loi Création et Internet. De la réponse et de la solidité des arguments avancés dépend la construction juridique applicable aux usagers d'internet : en ayant accès à un dispositif technique de communication, et malgré la contractualisation avec un fournisseur d'accès, l'utilisateur exerce-t-il de plein droit ses libertés fondamentales ? La dimension englobante d'internet sur les autres modes de communication (courrier, téléphone, presse, télévision...) justifie-t-elle d'élever ce moyen technique au rang de moyen d'exercice des droits fondamentaux ? Dans ce contexte, que signifient l'exploitation par des sociétés civiles des droits d'auteur et de propriété littéraire ? Nous voyons ici se dessiner les contours mal définis de la relation entre internet et ses contenus, comme bien commun, bien public et domaine public et la difficulté, notamment pour le politique, à arbitrer entre intérêt général et intérêts particuliers.

L'épisode européen de l'amendement Bono et son incidence directe sur les débats parlementaires sont le prélude à la saisine du Conseil constitutionnel dont Patrick Bloche avait menacé la majorité parlementaire. Le 19 mai 2009, cent quatre vingt députés déposent une saisine immédiatement après le vote à l'encontre, en particulier, des articles, 5, 10 et 11 de la loi Création et Internet. La décision du Conseil constitutionnel est donc largement préparée et particulièrement attendue pour trancher, au niveau du respect du principe de constitutionnalité, la nature des relations entre l'accès à internet matérialisé par l'adresse IP et les normes fondamentales du droit.

La rédaction de la saisine, acteurs, méthode et objectifs

Au cours de notre travail de terrain, nous avons eu la chance de mener plusieurs entretiens¹⁶⁵ avec l'acteur pivot de la rédaction de la saisine de la loi Création et Internet, en la personne de Vito Marinese (2007), jeune constitutionnaliste et conseiller juridique du Parti socialiste à l'Assemblée Nationale. Cette expérience fondatrice – il fut embauché en contrat à durée indéterminée à l'issue de cette séquence – est intéressante à rapporter ici pour comprendre comment des éléments aussi nombreux, disparates et contradictoires vont s'assembler dans le texte de la saisine pour modifier le cours de la controverse sur la nature de l'accès à internet et de l'adresse IP et constituer un point d'appui pour la suite des épreuves autour du projet de « civiliser internet ».

Alors que Vito Marinese travaillait sur la loi organique relative à la réforme du Parlement et du règlement de l'Assemblée nationale suite à la réforme constitutionnelle de 2008, Olivier Fort, le secrétaire général du groupe PS à l'Assemblée, l'interpelle à propos d'une pétition de dix mille artistes¹⁶⁶ en faveur de la loi Création et Internet, initiée par la majorité parlementaire, les SPRD et les industriels de la culture. Choqué par la manœuvre et proche des milieux artistiques, Vito Marinese rétorque à Olivier Fort : *« Olivier, si tu me laisses une semaine, je te trouve le double d'artistes qui signeraient une pétition contre cette loi. – La question culturelle m'intéresse beaucoup à titre personnel, j'ai beaucoup d'amis artistes – . c'est une loi qui protège les artistes– enfin certains d'entre eux, les plus privilégiés – mais je connais une pléthore d'artistes qui paieraient pour être légalement téléchargés sur le net»*. Quelques semaines plus tard, le secrétaire général du groupe PS lui propose de rédiger un projet de saisine sur le texte de loi Création et Internet. Une proposition “qui ne se refuse pas” pour un jeune juriste et qui tient aussi au fait que Marc Mosset, le conseiller juridique “senior” du PS à l'époque et directeur juridique de Microsoft France, se trouve empêché en raison du conflit d'intérêt direct entre son employeur et la loi en question. La méthode de travail d'un constitutionnaliste au sein d'un parti politique dans le travail de rédaction d'une saisine est assez simple. Il est pour sa part l'expert dans le domaine de l'architecture constitutionnelle mais doit impérativement s'adjoindre le concours de deux autres catégories d'acteurs :

¹⁶⁵Entretien du 17 octobre 2012, Assemblée nationale.

¹⁶⁶Cette pétition aura un effet désastreux, puisque l'analyse rigoureuse des signataires par les associations de militants anti-hadopi, notamment la Quadrature du Net, fera apparaître de nombreuses signatures de salariés des Sociétés de perception et de redistribution des droits et du secteur industriel. http://www.lexpress.fr/actualite/high-tech/hadopi-couacs-autour-de-la-petition-des-10-000-artistes_754193.html

les élus¹⁶⁷ qui déterminent la ligne politique de la saisine et “les acteurs de la société civile” capables d'expliquer au constitutionnaliste la réalité des faits, parfois très techniques comme dans ce cas, et du terrain sur lequel la loi a vocation à prendre prise :

« J'étais ravi de cette proposition et je trouvais le sujet beau, mais je dois être sincère, je ne connaissais rien à l'informatique. Infichu d'expliquer et de savoir ce qu'était une adresse IP [...] Je vais avoir des contacts réguliers avec les élus Patrick Bloche et Christian Paul, avec lesquels on va cadrer les lignes, en même temps c'était assez simple, il faut aller le plus loin dans la censure du texte. Et je suis très très en lien avec des acteurs de la société civile très actifs par le biais de deux associations LQDN (Jérémie Zimmerman) et l'APRIL (Alix Cazenave)... C'est avec eux que je vais essentiellement travailler, c'est remarquable ce qui a été fait grâce à eux.

Le droit constitutionnel a irrigué toutes les branches du droit, il n'y a pas une part de législation qui ait échappé à la constitutionnalisation. Pour autant, on peut très bien connaître la Constitution, encore faut-il bien cerner et comprendre le dispositif législatif. C'est un syllogisme, la majeure c'est la Constitution, la mineure c'est la loi, la conclusion c'est ce que dira le Conseil constitutionnel. Ce qui va être intéressant, c'est que je vais rencontrer des gens qui connaissent très très bien la question de l'informatique là où, moi, je connais bien le droit et le contentieux constitutionnel. On aura plusieurs réunions qui sont des réunions d'échanges et de partage de compétences.

Être un novice dans le domaine informatique a été mon atout, je n'ai pas eu de difficulté à adopter le point de vue que j'imaginai être celui des membres du Conseil constitutionnel, qui spontanément ne me sont pas apparus comme des geeks en puissance. Et du coup je leur disais : "vous allez trop vite, doucement, reprends le début, c'est quoi une adresse IP, explique moi comment ça marche, tout le dispositif vraiment lentement." Ce que l'on pourra faire de plus utile pour le Conseil constitutionnel, c'est une saisine qui aurait des vertus pédagogiques et donc d'expliquer le plus simplement possible, comment ça fonctionne l'informatique, qu'est ce que cherche à faire la loi, en quoi cette approche de l'informatique par la loi, montrer que le législateur ne colle pas à la réalité et que tout cela aboutira à une inefficacité. »

¹⁶⁷“Sur HADOPI, ni Patrick Bloche, ni Christian Paul [tous deux députés] qui donnaient le "la" pour le PS, je ne pense pas qu'ils étaient opposés à la défense des artistes et au droit d'auteur.”

L'angle essentiel choisi par Vito Marinese pour tenter d'obtenir la censure la plus large de la loi par le Conseil constitutionnel va être de prouver aux Sages son inefficacité. Cet axe maximaliste cherche non seulement à terrasser définitivement la loi Création et Internet mais à accréditer l'idée que la notion même de riposte graduée est vouée intrinsèquement à l'échec en raison de la nature particulière d'Internet et du renouvellement permanent des parades techniques face aux moindres tentatives de régulation des contenus. L'argument de l'incompatibilité de la réalité du réseau avec la réalité de l'action de la loi semblait être une piste recevable par les Sages qui avaient déjà rendu des décisions qui censuraient des textes de lois "manifestement inappropriés pour atteindre les objectifs" poursuivis. Le point 2 de la saisine va donc s'attacher à démontrer aux Sages le caractère "aisément contournable, contre-productif, inapplicable et coûteux" de la loi.

« Moi ce qui m'intéressait, c'est tous les moyens possibles et inimaginables de contourner la loi. Ce qui m'est apparu comme argument le plus « massue », c'est l'argument de l'inefficacité. Au final je me suis fourvoyé, ce n'est pas du tout cet argument qui a fait mouche. Mais il est développé et c'est je crois le premier point de la saisine "un dispositif manifestement inefficace" [en fait « Des mesures législatives manifestement inappropriées à l'objectif poursuivi par le législateur »], c'est une jurisprudence que je cite sur la TGAP [Taxe générale sur les activités polluantes, ancêtre de la taxe carbone¹⁶⁸]. Et du coup, le Conseil constitutionnel avait estimé que les moyens mis en œuvre dans la loi étaient manifestement inappropriés pour atteindre les objectifs qu'elle poursuivait. Autrement dit, il exigeait une cohérence interne de la loi. Je voulais montrer à quel point cette loi était inefficace, autrement dit je me suis attaché à démontrer qu'elle ne collait pas à la réalité d'un réseau au sein duquel il serait trop facile de faire passer pour un "pirate" des gens qui, simplement, se sont fait pirater leur connexion et donc de montrer que la loi rendrait vulnérables les personnes qui le sont déjà. Et ça, c'est de loin ce qui m'a paru le plus intéressant, ce travail de compréhension de la loi à travers toutes les explications que j'ai pu avoir sur le fonctionnement du réseau. »

Le paragraphe suivant, en détaillant la décision du Conseil constitutionnel, montre que –bien qu'en censurant une des mesures phare de la loi qui consistait à conférer à une Autorité Administrative

¹⁶⁸Dans sa décision 2000-441 DC du 28 décembre 2000, le Conseil d'État avait censuré la disposition prévoyant l'élargissement de l'assiette de la taxe générale sur les activités polluantes entre autres à la production d'électricité. Produite à 95% en France par le nucléaire qui ne participe pas à la propagation de l'effet de serre, les Sages avaient censuré le texte manifestement inapproprié à l'objectif poursuivi par le législateur.

Indépendante (AAI) la faculté de suspendre l'accès à internet sans passer par le juge – l'argument général d'inefficacité de la loi n'a pas été retenu, loin s'en faut, par les Sages.

Les experts de la société civile

Sur le plan de la méthode de rédaction de la saisine, le recours aux experts de la société civile n'est pas un simple apport d'information pour le rédacteur il mais atteste plutôt d'une véritable co-écriture de la saisine. La technicité particulière du sujet de la loi Création et Internet et l'aguerrissement de quelques acteurs sur des dossiers antérieurs (comme le Paquet Telecom, la loi DADVSI, et la directive européenne de 2007 sur la brevetabilité du logiciel) ont permis de faire émerger en France deux associations de référence déjà mentionnées : la Quadrature du Net et l'April¹⁶⁹. Deux personnes vont directement travailler avec Vito Marinese : Jérémie Zimmerman, rencontré à l'occasion de l'amendement Bono et porte-parole de la Quadrature du Net et Alix Cazenave, en charge des affaires publiques à l'April d'octobre 2007 à mai 2010. Alix Cazenave, assistante parlementaire de son père, le député UMP de la première circonscription de l'Isère (1988-2007) Richard Cazenave, fut très active sur la thématique de l'interopérabilité à l'occasion des débats sur la loi DADVSI¹⁷⁰.

« Il y a tout ce travail mené avec Alix et Jérémie, ça va se faire en « off », je ne suis pas censé communiquer les documents mais en même temps ils ont été de tels alliés... En fin de compte ils sont plutôt contents du résultat, ils auraient pu être déçus que tel ou tel argument ne soit pas dans le texte. Mais en même temps on est là pour « tabasser » la loi.

Pour revenir à la question sur la manière dont on rédige une saisine avec l'apport de la société civile, même s'il y avait de la part d'élus socialistes une appétence pour la matière informatique c'était trop complexe. Eux, même s'ils sont experts dans la société civile, sont plutôt contents de venir à l'Assemblée

¹⁶⁹Présentation sur son site internet , <http://www.april.org/association> : Pionnière du logiciel libre en France, l'April est depuis 1996 un acteur majeur de la démocratisation et de la diffusion du logiciel libre et des standards ouverts auprès du grand public, des professionnels et des institutions dans l'espace francophone. Elle veille aussi, dans l'ère numérique, à sensibiliser l'opinion sur les dangers d'une appropriation exclusive de l'information et du savoir par des intérêts privés. L'association est constituée de personnes, d'entreprises, d'associations et d'organisations d'horizons très divers qui se retrouvent autour des valeurs du libre. La mobilisation de ses bénévoles et de ses permanents lui permet de participer activement à la reconnaissance du logiciel libre au travers d'actions nombreuses et variées.

¹⁷⁰<https://www.april.org/alix-cazenave-se-presente>

- ce n'est quand même pas rien - pour la discussion du texte. Et ils disent aux députés : « ici il y a un problème de telle nature » ou « techniquement comment ça va passer » ?...

Chaque fois que l'on rédige une saisine on est en contact étroit avec la société civile. Moi je suis expert de la majeure : le droit constitutionnel, mais pour la mineure à chaque fois j'ai besoin de cette méthode de travail. J'ai travaillé sur la qualité de la loi, donc j'ai beaucoup travaillé sur l'interdisciplinarité, sur le croisement des disciplines. Il y a nécessité pour le législateur de comprendre la matière sur laquelle il va légiférer. Si HADOPI a révélé la présence d'une société civile particulièrement demandeuse de participer, ça a été révélé de manière spectaculaire, car eux mêmes maîtrisaient les outils de communication internet. Eux mêmes ont assuré la promotion du débat. D'ailleurs nosdeputes.fr est issu de ce mouvement. J'ai le souvenir d'une saisine que j'avais rédigée, c'était l'accord franco-roumain sur l'expulsion de mineurs. Sur cette saisine, j'ai eu au téléphone, car c'était en urgence, des gens du milieu associatif qui connaissaient très bien ces questions auxquels j'ai posé des questions très précises : comment ça se passe ? quels sont les chiffres ? expliquez moi comment se fait matériellement l'expulsion ?.. C'est aussi une question de méthode, mais il y a toujours dans la société civile des amateurs et des experts. »

La décision du Conseil constitutionnel n° 2009-580 DC du 10 juin 2009

Face à une saisine particulièrement développée sur un sujet éminemment technique, la décision du Conseil constitutionnel est très attendue puisque c'est la première fois qu'il est amené à s'exprimer sur la nature du lien entre accès à internet et Constitution. Le résultat le plus direct de cette décision est la censure de dispositions opérationnelles d'une partie des articles 5 et 11 de la loi Création et Internet déclarées non conformes à la Constitution. L'article 5 ajoute au Code de propriété intellectuelle une troisième section au chapitre 1er du titre III¹⁷¹ relative à la Haute Autorité pour la Diffusion des Oeuvres et la Protection des droits sur Internet. Cette section est elle-même divisée en trois sous-sections : la première porte sur les compétences, la composition, l'organisation et le fonctionnement de la Haute

¹⁷¹Code de la propriété intellectuelle : Livre III : Dispositions générales relatives au droit d'auteur, aux droits voisins et droits des producteurs de bases de données, Titre III : Prévention, procédures et sanctions, Chapitre 1er : Dispositions générales.

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069414>

autorité ; la deuxième sous-section aborde la mission d'encouragement au développement de l'offre légale ; la troisième est directement centrée sur la mission relative à la protection des œuvres et sur les dispositions répressives du téléchargement illicite. L'article 11, quant à lui, est le cœur du dispositif puisqu'il définit, d'une part, l'obligation de surveillance de l'accès à internet et qu'il détermine d'autre part les cas d'exonération de sanction.

Si l'opinion publique et l'opposition parlementaire ont retenu, de fait, le succès objectif de la saisine qui a contraint le gouvernement à « revoir sa copie » en l'obligeant à déposer une nouvelle loi dite HADOPI 2, débarrassée des articles censurés, le Conseil constitutionnel a néanmoins validé le fond de la loi Création et Internet en reconnaissant la validité des arguments novateurs introduits par le législateur. La décision du Conseil constitutionnel, comme à son habitude, instaure un équilibre subtil entre deux libertés fondamentales mises singulièrement en tension par les échanges numériques : la liberté de communication et la liberté d'expression vis-à-vis de la propriété privée.

Le Conseil constitutionnel valide les dispositions de fond de la loi Création et Internet

Les requérants, nous l'avons dit, avaient choisi d'attaquer la loi sous l'angle de son inefficacité consubstantielle, espérant effondrer définitivement toute prétention du droit à sanctionner efficacement les échanges numériques de biens culturels. Le Conseil constitutionnel n'a, bien sûr, pas suivi cette forme d'abdication du droit sur le réel, fût-il numérique. Pour couper cours à toute hypothèse d'obsolescence du droit et de son pouvoir civilisateur, les Sages réaffirment solennellement au considérant 13¹⁷², « le droit, pour les titulaires du droit d'auteur et de droits voisins, de jouir de leurs droits de propriété intellectuelle et de les protéger dans le cadre défini par la loi et les engagements internationaux de la France ». La saisine attaquait le concept de « manquement à l'obligation de surveillance de l'accès à

¹⁷²Considérant n° 13 de la décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009 : « Considérant que la propriété est au nombre des droits de l'homme consacrés par les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 ; que les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont connu depuis 1789 une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux ; que, parmi ces derniers, figure le droit, pour les titulaires du droit d'auteur et de droits voisins, de jouir de leurs droits de propriété intellectuelle et de les protéger dans le cadre défini par la loi et les engagements internationaux de la France ; que la lutte contre les pratiques de contrefaçon qui se développent sur internet répond à l'objectif de sauvegarde de la propriété intellectuelle. »

internet » en tentant d'établir que l'imprécision des termes employés était telle que l'article en question¹⁷³ avait été édicté « en méconnaissance du principe de la légalité des délits et des peines » qui dispose que nul ne peut être condamné qu'en vertu d'un texte pénal précis et clair, selon l'adage romain *Nullum crimen, nulla poena sine lege*¹⁷⁴. En outre, les requérants affirmaient que la loi n'avait pas clairement défini la frontière entre « piratage » et « manquement à l'obligation de surveillance » de l'accès à internet, aboutissant à une confusion entre partage de fichiers et défaut de sécurisation. Le concept central de « méconnaissance de l'obligation de surveillance » a cependant été déclaré comme énoncé « en des termes suffisamment clairs et précis et se distinguait du délit de contrefaçon, même si l'une et l'autre pouvaient reposer sur les mêmes faits, à savoir la constatation d'une utilisation d'un accès internet en méconnaissance de la législation sur les droits d'auteur et droits voisins. Dans ces conditions, le Conseil constitutionnel a jugé qu'en édictant le premier alinéa de l'article L. 336-3 du code de la propriété intellectuelle, le législateur n'avait méconnu ni la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution, ni l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi.¹⁷⁵».

Le Conseil constitutionnel affirme encore que le législateur est « bien évidemment compétent pour réaliser la conciliation délicate entre deux droits constitutionnellement protégés et placés par lui en situation de contrariété ». Or, le principe même de sanctions administratives prononcé par la HADOPI a été contesté par les requérants, arguant du principe de proportionnalité concernant les échanges numériques. Considérant qu'il existe un pouvoir répressif inhérent à l'action administrative afin de lui conférer un gage d'efficacité dans son pouvoir de régulation, les Sages ont réaffirmé leur jurisprudence à propos d'une autre Autorité administrative indépendante, la Commission des opérations de bourse. En effet, «Le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle, ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dès lors, d'une part, que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que

¹⁷³Art. L. 336-3 : « La personne titulaire de l'accès à des services de communication au public a l'obligation de veiller à ce que cet accès ne fasse pas l'objet d'une utilisation à des fins de reproduction, de représentation, de mise à disposition ou de communication au public d'œuvres ou d'objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sans l'autorisation des titulaires des droits prévus aux livres Ier et II lorsqu'elle est requise ».

¹⁷⁴« Nul crime, nulle peine sans loi ».

¹⁷⁵Les cahiers du Conseil constitutionnel, « Commentaire de la décision n°2009-590 DC - 10 juin 2009, Loi relative à la diffusion et à la protection de la création sur internet », *Cahier n° 27*, p. 5. http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2009580DCccc_580dc.pdf

l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis¹⁷⁶». Le principe de “riposte graduée” et l'instauration d'une Autorité administrative indépendante chargée de réguler les échanges de biens culturels sur les réseaux numériques par des sanctions effectives se trouvent ainsi confortés par la décision du Conseil constitutionnel. Mais les requérants vont "faire mouche" sur la limite posée par la norme suprême au pouvoir de sanction administrative qui ne doit pas entraîner une “privation de liberté”. La naturalisation de l'accès à internet et de l'adresse IP va ici trouver son point d'ancrage constitutionnel.

Censure du dispositif répressif par l'établissement d'une nouvelle extension du droit à la liberté d'expression

Le considérant n° 16 de la décision du Conseil constitutionnel porte le « coup de grâce » au pouvoir direct de sanction de la HADOPI :

« Considérant que les pouvoirs de sanction institués par les dispositions critiquées habiliter la commission de protection des droits [de la HADOPI], qui n'est pas une juridiction, à restreindre ou à empêcher l'accès à internet de titulaires d'abonnement ainsi que des personnes qu'ils en font bénéficier ; que la compétence reconnue à cette autorité administrative n'est pas limitée à une catégorie particulière de personnes mais s'étend à la totalité de la population ; que ses pouvoirs peuvent conduire à restreindre l'exercice, par toute personne, de son droit de s'exprimer et de communiquer librement, notamment depuis son domicile ; que, dans ces conditions, eu égard à la nature de la liberté garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789, le législateur ne pouvait, quelles que soient les garanties encadrant le prononcé des sanctions, confier de tels pouvoirs à une autorité administrative dans le but de protéger les droits des titulaires du droit d'auteur et de droits voisins ; [...] »

Par ce considérant, l'accès à internet entre dans le champ du droit constitutionnel par la protection à la fois passive (liberté d'accéder à l'information) et active (liberté de parler, d'écrire, d'imprimer librement) de l'exercice de la liberté énoncée à l'article 11¹⁷⁷ de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen

¹⁷⁶Décision n° 89 - 260 DC du 28 juillet 1989, cons. 6

¹⁷⁷Article XI : La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de

de 1789. Le Conseil constitutionnel, souligne le commentaire de la décision, a pris en compte « l'état actuel » tant des moyens de communication que du développement généralisé d'internet ainsi que la place prise par internet dans le débat démocratique et l'expression des idées et des opinions. Il s'est fondé « à la fois sur l'état des technologies, sur l'état du marché (la part respective des différents moyens de communication), sur la pratique sociale actuelle qui consacre une utilisation massive d'internet par le public et, enfin, sur le rôle occupé par ce nouveau moyen de communication dans la vie démocratique et le débat public »¹⁷⁸. Il a donc été jugé que les pouvoirs de coupure de l'accès internet conférés par la loi Création et Internet à la commission de protection des droits de la HADOPI, même dans le but de protéger les droits de propriété intellectuelle, ne pouvaient pas être exercés par une autorité administrative puisqu'ils peuvent entraîner une privation de liberté, que seul un juge peut ordonner.

Contrairement à ce que demandaient les requérants de la saisine et à ce que certains commentateurs ont prétendu, le Conseil constitutionnel n'a cependant pas consacré l'accès à internet comme un droit fondamental mais il a reconnu l'accès à internet comme une nouvelle extension du champ couvert par l'article 11 de la Déclaration de 1789. Ce n'est pas la première fois que le Conseil étend le champ d'application de cet article fondateur : ainsi en 1984 il avait jugé qu'il impliquait le principe d'indépendance des professeurs d'université, en 1994 « le droit pour chacun de choisir les termes jugés par lui le mieux appropriés à l'expression de sa pensée » ; en 1995 « le droit d'expression collective des idées et des opinions » (droit de manifestation). Le Conseil constitutionnel juge en outre : « que le droit de se connecter à internet relève de l'exercice de la liberté de communication et d'expression. Internet peut également constituer un outil professionnel permettant l'exercice de la liberté du commerce et de l'industrie, mais fondamentalement, au-delà de l'usage qu'il peut en être fait, il est d'abord un moyen de communication. C'est donc à l'exercice de la liberté énoncée à l'article 11 de la Déclaration de 1789 que le Conseil s'est référé. [...] Compte tenu du rôle que joue internet dans l'accès à l'information, la protection constitutionnelle de la liberté de communication et d'expression s'applique également à internet.¹⁷⁹»

l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté, dans les cas déterminés par la Loi.

¹⁷⁸Les cahiers du Conseil constitutionnel, « Commentaire de la décision n°2009-590 DC - 10 juin 2009, Loi relative à la diffusion et à la protection de la création sur internet », *Cahier n° 27*, p. 75. http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2009580DCccc_580dc.pdf

¹⁷⁹Les cahiers du Conseil constitutionnel, n° 27, Commentaire de la décision n° 2009-580 DC – 10 juin 2009 Loi

En se fondant prioritairement sur la liberté d'expression (et non sur le volet économique de la loi), et sur l'intérêt d'Internet dans la vie économique et la liberté d'entreprendre, le Conseil insiste sur l'accès à Internet comme liberté politique. Chaque liberté n'étant pas absolue, le Conseil stipule symétriquement que la lutte contre le piratage s'inscrit dans la défense de la propriété intellectuelle et notamment du droit d'auteur et des droits voisins qui ressortent du droit, non moins constitutionnel, de propriété. En ce sens, une limitation à la liberté de l'internaute est aussi admise.

Ces fondements rappelés, le contrôle de constitutionnalité se concentre alors sur la conciliation opérée par le législateur entre droit d'auteur et liberté d'accès à Internet. Les juges constitutionnels retiendront notamment que la suspension de l'accès à internet « n'est pas limitée à une catégorie de personnes mais s'étend à la totalité de la population [et] restreint l'exercice par toute personne de son droit de s'exprimer et de communiquer librement depuis son domicile » et « méconnaît le principe de présomption d'innocence ». Autrement dit, et avec une certaine audace selon certains observateurs, la liberté d'expression et de communication et sa portée politique semblent être considérés par le Conseil constitutionnel comme une liberté de premier rang – même s'il n'existe pas de hiérarchie formelle entre les principes constitutionnels – constituant à la fois un « droit-garantie » et un principe de « chien de garde ».

C'est un « droit-garantie », reconnu tant par le Conseil que par la Cour européenne des droits de l'homme, en raison du fait que la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels des sociétés démocratiques. Le considérant¹⁸⁰ utilisé par le juge constitutionnel souligne que c'est parce qu'elle est une des conditions de la démocratie que la liberté d'expression autorise et garantit le respect des autres droits et libertés. En outre, la liberté d'expression est un principe de « chien de garde » dans la mesure où elle permet de dénoncer des atteintes à la démocratie, voire de la défendre. À ce titre, les événements concomitants qui se déroulaient en Iran, à l'occasion des élections présidentielles et du rôle d'internet

relative à la diffusion et à la protection de la création sur Internet.

¹⁸⁰Considérant n° 12 de la décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009 : « Considérant qu'aux termes de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La libre communication des pensées et opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi » ; qu'en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services. »

dans la dénonciation des crimes commis par le régime, ont sans doute renforcé la position du juge constitutionnel.

En censurant l'intégralité du dispositif répressif de la loi HADOPI 1, le Conseil constitutionnel crée ainsi les conditions d'une défense possible de la démocratie par internet, même si la loi déférée ne concernait pas directement cette question de fond. Enfin, il est à noter que la décision du Conseil souligne et garantit l'exercice des deux dimensions de la liberté de communication en protégeant émetteurs et récepteurs, dimensions active et passive, permises symétriquement par internet.

Conclusion

À travers l'analyse de la mobilisation de divers types de publics (militants, ayants droit et parlementaires) dans différentes arènes (parlements français et européen, Cour de cassation et Conseil constitutionnel), ce chapitre rend compte du processus de naturalisation de l'accès à internet, à travers la dimension matérielle de l'adresse IP, dans le droit constitutionnel français. Qu'est ce qu'un accès à internet ? Comment se matérialise-t-il ? Comment s'assemble-t-il aux normes communautaires et constitutionnelles ? Telles sont les questions que ce chapitre éclaire à travers l'observation précise du cheminement complexe d'un objet technologique comme l'adresse IP à travers un réseau de textes, de lois, de jugements et de débats tant techniques que législatifs. Tout d'abord, nous avons souligné que le progrès du pivot de la controverse de l'accès à internet et le lien avec les libertés fondamentales s'effectuent dans le temps. Ce chapitre permet de suivre et de documenter un exemple probant des enjeux socio-politiques inscrits au cœur d'un dispositif technique comme l'adresse IP. Ici, plus que jamais, l'articulation entre un dispositif technique et des concepts juridiques (délict, infraction, identité et preuve) engendre des effets performatifs réciproques. D'une part, les concepts juridiques tentent d'étendre leur régime sur de nouveaux objets matériels pour prendre prise sur des réalités qui leur échappent, de l'autre cet objet lui-même modifie la définition de ces concepts et leurs limites. S'ensuit un conflit, dont témoignent les controverses pour stabiliser l'adresse IP, au regard des catégories de données à caractère personnel, de traitement automatisé et de l'incomplétude de l'adresse IP à identifier un individu. La fermeture de cette controverse par la

Cour de cassation – l'IP n'est pas une donnée à caractère personnel – feint d'ignorer la lourde contradiction entre le fait de dénier à l'IP le statut de donnée à caractère personnel tout en lui conférant le pouvoir d'initier l'identification, avec force probante, de l'auteur d'un acte illicite. Par cet arrêt, la Cour de Cassation pose une limite nouvelle aux moyens de la loi Informatique et libertés de 1978. Avec cette première étape dont les faits constitutifs remontent à 2005, ce chapitre souligne aussi la dynamique temporelle, voire historique, d'une telle naturalisation d'un élément technique dans le droit. Le processus de formulation du concept cardinal de réponse graduée y est aussi décrit. À partir d'une charte rédigée en 2004 sous les auspices du Ministère du budget et des travaux d'une enceinte spécialement dédiée au conseil du Gouvernement sur l'effêt du numérique sur le droit d'auteur (le CSPLA), un instrument de contrôle, ancré au réel par l'adresse IP, se forge pour doter un futur texte de loi de pouvoirs de constat, préambule à un pouvoir de répression et d'incitation.

Alors que la définition juridique de l'IP progresse, que les armes se fourbissent par un processus distribué sur plusieurs enceintes de fabrication de la norme (Cour de Cassation, CSPLA, Conseil d'État, cabinets ministériels) et que le texte de la loi prospère, certes péniblement, vers son adoption, des acteurs vont déplacer ces avancées vers d'autres arènes de fabrication de la norme. En premier lieu vers le Parlement européen avec l'amendement Bono et ultimement vers le Conseil constitutionnel, dernier lieu à pouvoir rouvrir les controverses minutieusement closes les unes après les autres. Au final, avec la censure du Conseil constitutionnel qui annule tout le volet répressif de la loi, c'est bien à la question « qui gouverne ? » que ce chapitre voudrait apporter une contribution. En déployant subtilement le lien entre un modeste objet matériel, quoiqu'essentiel au fonctionnement d'internet, et l'exercice d'une liberté fondamentale, et en l'insérant au-delà du processus HADOPI en tant que tel, dans un rythme et un réseau de faits (amendement Bono, avis de la CNIL, mobilisation de publics militants), ce sont bien toutes les dimensions pratiques présentes et à venir d'internet qui se trouvent assemblées au droit constitutionnel. L'art de gouvernement comme « économie générale du pouvoir », révèle, grâce à l'étude de ce cas précis, combien il est fondamentalement le fruit d'une connexion fragile et provisoire de l'hétérogène.

CHAPITRE 6 – L'INFRACTION POUR DÉFAUT DE SÉCURISATION

Ce chapitre et le suivant se fixent comme objectif de décrire l'agence HADOPI comme instrument innovant de l'action publique de l'État sur le nouvel espace-temps que représentent internet et le problème des échanges de biens culturels numérisés. Nous nous inscrivons ici notamment dans le sillage des travaux sur les instruments de gouvernement de Christopher Hood (1983, 2007), Pierre Lascoumes et Patrick Le Galès (2004). Si le prochain chapitre porte sur l'agence HADOPI comme structure porteuse d'un nouvel instrument de gouvernance sur les réseaux, nous voulons à présent concentrer notre attention sur l'infraction nouvelle créée par le législateur qui constitue le point d'appui au déploiement institutionnel d'HADOPI. Selon l'expression de Michel Callon (1984: 183-184), cette infraction constitue un point de passage obligé et participe de l'étape de « problématisation » permettant à des acteurs hétérogènes de se retrouver sur des questions autour desquelles ils acceptent de s'associer. Cette infraction permet donc, comme micro-instrument, de produire un effet d'inertie (Lascoumes et Le Galès 2004: 31) qui permet de « refroidir », même provisoirement, les controverses. Cette infraction permet aussi de donner une représentation spécifique de l'enjeu qu'elle traite en permettant de reconnaître que le domaine visé relève bien des activités de « bonne police » et de surveillance de l'État qui prend en charge les risques créés par les échanges de biens culturels sur les réseaux. Enfin, cette infraction, par les choix et l'originalité de sa construction, induit une problématisation particulière de l'enjeu du droit d'auteur dont la légitimité se trouve, même de manière incertaine, réaffirmée et étendue aux réseaux numériques, par un « consensus ambigu », selon l'expression de Bruno Palier (2004: 273-300).

Homicide involontaire, menace de mort, expérimentation biomédicale sur une personne, évasion, diffusion sur internet de plans de fabrication de bombe, provocation au suicide... : voici un court florilège non exhaustif de délits punis d'un maximum de trois ans de prison, tout comme celui de contrefaçon auquel le téléchargement illicite est juridiquement identifié. L'importance de la peine, sans doute liée à une recherche de dissuasion pour un délit déjà complexe à constater pour les biens matériels,

devient dès lors totalement irrationnelle et perd toute notion de proportionnalité à l'ère numérique. Les pouvoirs publics, les victimes du téléchargement illicite (ayants droit et industriels) font ainsi face à une définition canonique de la « lacune de la loi » : « lorsque la règle figurant dans l'ordonnement juridique pour résoudre un cas déterminé s'applique, mais n'apparaît pas opportune, satisfaisante ou juste » (Foliers 1968: 9-29).

Ce chapitre va donc tenter de comprendre la façon dont le législateur a pu imaginer, construire et rendre efficace par une opération du droit la résolution de cette lacune, brèche ouverte par le basculement numérique dans le droit général de la contrefaçon. Nous verrons que bien des « contraires » ont dû être tenus ensemble : l'impossibilité de mesurer réellement le préjudice provoqué par l'infraction, voire le phénomène du piratage lui-même ; l'extrême diversité de la réalité criminologique recouverte par le terme de « téléchargement illicite » ; la faiblesse de l'intentionnalité de la commission du délit par les internautes ; la conciliation des revendications paradoxales des victimes, entre maintien du délit de contrefaçon, invention d'une nouvelle infraction et internalisation des coûts par l'État. Au final, grâce à la fragilité et à la flexibilité des fictions juridico-techniques, une nouvelle infraction, aux éléments légaux, matériels et moraux inédits, va permettre d'assurer un point d'appui capable de restaurer, même maladroitement, l'empire du droit sur ces objets insaisissables et indéfinissables.

I – Le préjudice, sa réalité, sa quantification

Tout l'échafaudage des lois HADOPI repose sur le postulat que le développement du téléchargement illicite de contenus culturels explique, à lui seul, les pertes de chiffres d'affaires rencontrées par les filières culturelles (musique et cinéma). Chaque intervention des promoteurs du texte¹⁸¹ (Ministre, rapporteur...) débute sans exception par le raisonnement suivant : 1/ le haut débit s'est fortement développé 2/ la conséquence est une explosion des échanges illicites de contenus culturels 3/ le chiffre d'affaires du secteur culturel est en chute libre 4/ la diversité culturelle et les emplois culturels sont en danger en raison

¹⁸¹Le rapport de Michel Thiollière : <http://www.senat.fr/rap/108-053/108-053.html>, l'exposé des motifs de Christine Albanel : <http://www.senat.fr/leg/pjl07-405.html>

du “piratage” malgré une offre légale existante 5/ il faut mettre un terme au “piratage”, condition *sine qua non* du développement de l'offre légale.

Ce raisonnement logique et apparemment implacable est cependant faiblement étayé sur le plan des faits et, à plusieurs reprises, cet élément déterminant mais fragile du débat sera souligné par plusieurs parlementaires, sans toutefois constituer un élément de blocage. Le rapport de la "Mission Olivennes" avoue lui-même la difficulté d'établir des faits indiscutables, en particulier pour le domaine musical, en soulignant l'importance de mettre en place à l'avenir des mécanismes de mesure précis du piratage, indiquant en creux que ce n'est pas le cas¹⁸². Comme pour toutes les controverses socio-techniques, la question de la mesure et de la quantification des phénomènes est au cœur de la production des arguments (les « claims ») des différents acteurs, de l'élaboration de procédures véridictoires et du surgissement des objets de la controverse eux-mêmes. Qu'il s'agisse du domaine du chômage, de la pollution, des crises économiques, du classement des universités ou de la délinquance, dans le sillage d'Alain Desrosières (2000) et ses travaux sur la statistique publique, de nombreux auteurs, comme Albert Ogien (2013), Isabelle Bruno (2010) ou Jean Claude Barbier (2010: 123-140) ont souligné le poids déterminant et souvent souterrain des politiques de quantification dans l'art de gouverner. Quand le législateur intègre la controverse pour tenter d'y mettre un terme par la force du droit, l'absence de consensus sur les mesures d'un phénomène rend plus fragile son intervention et émousse la légitimité de son action. Dans le cas du téléchargement illicite, nous allons voir que cette dimension est très flottante, d'une part dans la simple quantification du volume des échanges illicites et dans leur corrélation exclusive avec la baisse du chiffre d'affaires de l'industrie phonographique, mais surtout dans l'estimation du préjudice subi par les industries en question.

¹⁸²« *Le piratage est une externalité économique négative, une nuisance préjudiciable à la collectivité. Il convient donc de mesurer, au moyen d'un indicateur pertinent et dynamique, l'ampleur réelle du phénomène et son évolution dans le temps. Cet indicateur mesurant, par échantillonnage, les volumes de téléchargements illicites de fichiers musicaux, audio-visuels et cinématographiques peut être aisément établi et actualisé quotidiennement. Il devrait être commandé par le ministère de la culture et publié par lui au maximum trimestriellement, de préférence mensuellement.* », Rapport Olivennes, p. 14.

Fragilité de l'objectivisation et de la mesure

La difficulté à mesurer et à trouver un accord de tous les acteurs, ne serait-ce que sur des méthodes métrologiques, vient de deux dimensions intrinsèques au problème. En premier lieu, le caractère illicite de l'activité induit *ipso facto* une difficulté de quantification. La mise en graphe, le comptage, le calcul, la mise en formule supposent en effet de la part de « celui qui compte » une position dominante qui lui permet « d'embrasser » le phénomène observé. Recenser un phénomène avec force de loi réclame une position politique instituée. Placer des compteurs ne suffit pas, encore faut-il pouvoir et savoir où les introduire dans la chaîne de transmission de l'information et empêcher leur neutralisation ou contournement. Or, par définition, ce qui échappe au droit échappe aussi à la comptabilité des institutions du droit. Par braconnage ou bricolage, une activité illicite doit sa seule survie à son caractère discret et dissimulé. Ainsi, mener une enquête par sondage sur les pratiques réelles de téléchargement illicite – ce qui a été massivement le cas – peut prêter méthodologiquement et logiquement à confusion ou a minima à contradiction¹⁸³. Une autre source de difficulté propre à notre sujet pour établir une mesure objective des flux de biens culturels échangés illicitement se rapporte à la protection de la vie privée de l'internaute et au spectre, dévastateur pour un fournisseur d'accès qui livrerait ce genre d'informations, de la surveillance continue et intégrale des réseaux. Si, comme nous l'ont confirmé sous couvert d'anonymat certains administrateurs de fournisseurs d'accès, des études officieuses de quantification sont réalisées au sujet de l'administration technique de leur réseau, en aucun cas il ne faudrait que le consommateur en ait l'écho public. Même si ces études ne cherchent pas à savoir qui télécharge quoi, la confiance de l'internaute envers son fournisseur risquerait en effet de s'effondrer. D'un point de vue technique, les échanges pair-à-pair ont pu, au pic de leur notoriété vers 2005–2006, occuper plus de la moitié des capacités de transport des réseaux numériques. Là encore, la mesure reste très imprécise, certaines sources techniques¹⁸⁴ affirmaient que 65% du trafic mondial en 2005 était

¹⁸³L'essentiel des rapports publics sur le téléchargement illicite prennent ce genre de précautions liminaires : « les études disponibles sur le lien entre le piratage et baisse des ventes d'œuvres musicales sont peu nombreuses, empiriques et souvent contradictoires » Rapport Cédras, avril 2007, p. 5. Ou prennent soin de préciser : « Selon les informations transmises par les éditeurs de phonogrammes... », ou encore, « Naturellement, il est sans doute excessif d'imputer la totalité de la baisse du chiffre d'affaires constatée au seul développement des échanges gratuits de fichiers sur internet. », Rapport Vanneste, relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, 1er juin 2005.

¹⁸⁴<http://www.nextinpact.com/archive/38674-P2P-peertopeer-traffic-mondial-37-90-.htm>

monopolisé par les échanges pair-à-pair ; deux ans plus tard les mesures oscillaient entre 37% et 90 %¹⁸⁵, ce qui a aussi encouragé les fournisseurs d'accès qui avaient fondé implicitement leur offre d'abonnement haut débit sur l'attractivité des téléchargements illicites, à accepter des pouvoirs publics un début de processus de régulation de l'usage de ce protocole, en vue de décongestionner leurs infrastructures. Enfin, le périmètre des œuvres de l'esprit et les types de technologies observées influent non seulement sur l'objectivisation du résultat mais produisent même des modifications dans les comportements et les délits. Ainsi, la tentative laborieuse de régulation des échanges illicites par les réseaux pair-à-pair par les lois HADOPI, en mettant cette technologie d'échange sur la sellette, a tôt fait de modifier fortement les comportements vers d'autres solutions techniques. Une baisse du téléchargement a donc été constatée sur les réseaux pair-à-pair à partir de la mise en œuvre de ces lois mais avec le « trompe-l'œil » éventuel d'autres techniques de braconnage numérique. Parvenir à mettre en place un système de mesure sur un type d'œuvres via une technologie agit directement sur le phénomène que l'on cherche à observer, quantifier et tracer.

Face à ces nombreux obstacles et incertitudes, la croyance dans les chiffres va devenir paradoxalement un enjeu central dans les discours produits notamment à l'occasion des débats parlementaires. La rationalité semble ne plus compter au profit de l'effet produit par l'annonce spectaculaire de données métriques proclamées dans les diverses arènes de la controverse. Les ayants droit et les industriels – qui défendent légitimement leurs intérêts – vont donc s'organiser pour produire chiffres, formules, statistiques et études dont les méthodologies sont parfois grossièrement pliées aux positions défendues. En toute logique, et compte tenu des particularités énoncées précédemment, ces discours économétriques initiés, financés, promus et médiatisés auprès du législateur par les parties prenantes à la controverse ne visent pas et ne peuvent pas établir des arguments stabilisés sur lesquels bâtir de nouvelles associations. Sans doute sont-ils plutôt de nature performative pour faire surgir le problème et l'objet que les acteurs ne parviennent pas à définir de manière consensuelle. La formulation du problème passe par « faire croire » à deux corrélations : celle du téléchargement avec la baisse du volume d'affaires et celle du téléchargement avec un préjudice sans lequel l'infraction ne pourra être fondée.

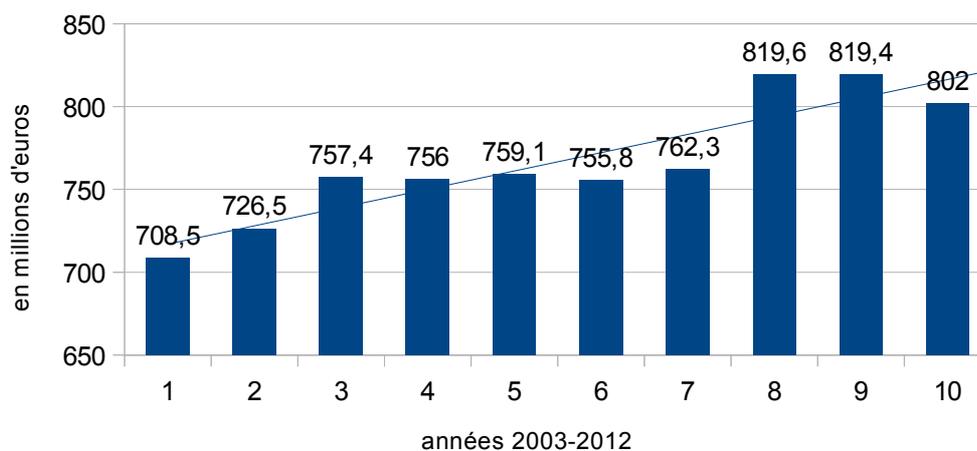
¹⁸⁵<http://arstechnica.com/uncategorized/2007/09/p2p-responsible-for-as-much-as-90-percent-of-all-net-traffic/>

Corréler téléchargement et volume d'affaires

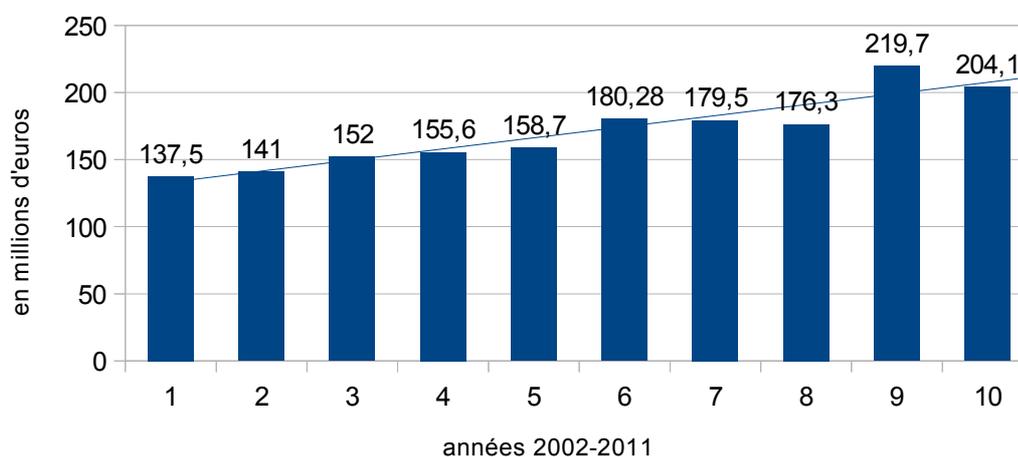
Pour asseoir la légitimité du recours aux pouvoirs publics et solliciter un acte législatif visant à « sauver la culture », les requérants des industries culturelles, frappés objectivement par une baisse importante de leur chiffre d'affaires, vont s'employer à prouver que la situation économique est directement à corréler avec la hausse vertigineuse des échanges illicites. Mais la crise économique du secteur tant invoquée n'est pas non plus si claire à établir. Certes, s'il y a un secteur de l'économie de la culture qui souffre, c'est bien celui de la production phonographique. Mais, même en ne parlant que du secteur musical, la production phonographique ne représente pas, loin s'en faut, l'intégralité économique du secteur. Qui plus est, c'est bien la rentabilité du secteur en question qui baisse et non la demande de musique qui, elle, est exponentielle à en juger par les ordres de grandeurs que représente le téléchargement illicite. Si on élargit le périmètre économique du secteur culturel aux frais d'abonnement à internet et aux équipements, (mobiles notamment), la masse financière consacrée par les consommateurs à la consommation culturelle ne semble pas baisser. D'autre part, sur le temps long, il ne faut pas oublier que l'industrie phonographique a connu au cours des années 80 et 90 avec l'avènement du CD une hausse vertigineuse de sa rentabilité. Certains observateurs font ainsi remarquer que le taux de profit actuel de ce secteur est, bon an mal an, comparable à celui qui a précédé l'explosion numérique du CD. Pour illustrer le « trompe l'œil » de la chute de rentabilité du secteur phonographique, il est intéressant de prendre en considération un indicateur quantitatif comme celui de la perception globale des droits par les SPRD, notamment les deux principales d'entre elles : la SACEM et la SACD¹⁸⁶.

¹⁸⁶Sources : rapports annuels d'activités de la SACD, <http://www.sacd.fr/Le-rapport-annuel.30.0.html> , et de la SACEM, <http://www.sacem.fr/cms/home/la-sacem/rapports-activite>

Perceptions SACEM 2003-2012



Perceptions SACD 2002-2011



Sur plus d'une dizaine d'années, l'évolution globale des montants perçus par les sociétés d'auteurs ne font pas apparaître de baisse, mais plutôt – avec quelques irrégularités – une hausse continue des montants. Ces indicateurs impactent directement les revenus des auteurs à la hausse, même relativement. Selon les arguments des SPRD qui défendent légitimement le droit d'auteur comme condition de la diversité de la création culturelle, les auteurs ne se trouvent donc pas dans une situation qui les ferait renoncer à produire.

Par contre, d'autres études et arguments tout aussi recevables vont renforcer l'idée qu'il existe une corrélation absolument mécanique entre le téléchargement illicite et le danger d'un tarissement de la rentabilité des industries culturelles qui pourrait entraîner une perte d'intérêt à créer pour les artistes.

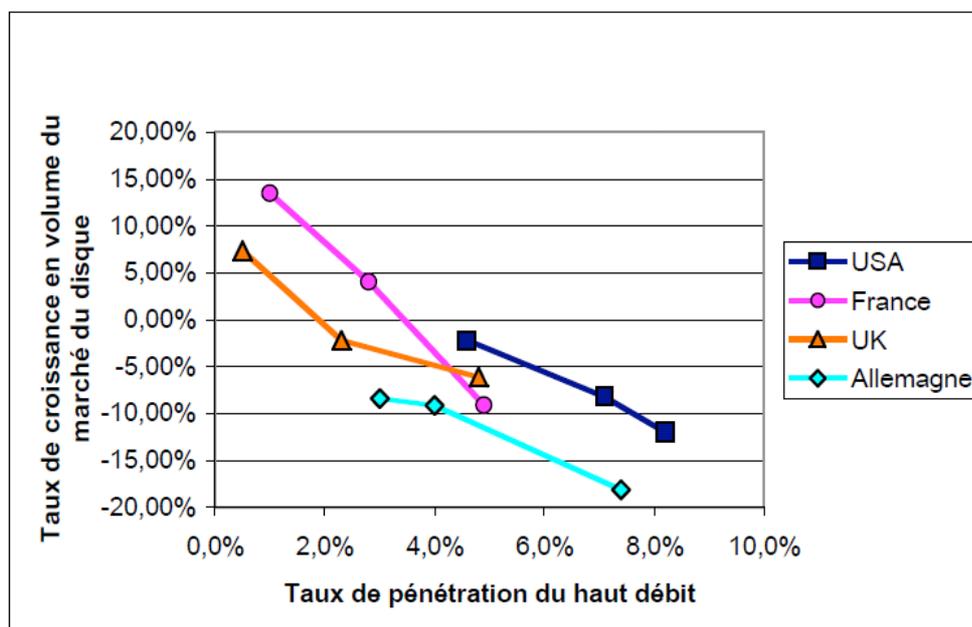
Une étude du CERNA de 2004¹⁸⁷, qui est sans doute une des premières à tenter de comprendre comment l'industrie culturelle réagit au basculement numérique, attire ainsi l'attention sur l'évolution du marché audio-visuel américain qui a vu entre 1980 et 2000 la part relative des recettes de salles fondre de moitié. Pour ces auteurs, les difficultés rencontrées par l'industrie du disque ne sont que l'avant-garde des épreuves que va connaître tout le secteur audio-visuel et notamment cinématographique, autrement plus important que le secteur musical¹⁸⁸: « Ces chiffres traduisent l'importance de l'élévation de la part relative de la consommation résidentielle des contenus audio-visuels et soulignent les enjeux de leur distribution numérique. Ils montrent aussi que le disque ne constitue que la partie émergée (10%) de l'iceberg des contenus, indiquant que par-delà la distribution numérique de la musique, se profilent des enjeux industriels bien plus amples ».

L'argument le plus frappant pour corréliser la baisse de rentabilité du secteur phonographique avec le téléchargement illicite est de ne pas s'intéresser seulement à la numérisation des biens culturels eux-mêmes mais de prendre conscience que simultanément, une autre numérisation a eu lieu : celle du réseau téléphonique cuivré (téléphone fixe). Face à l'explosion de la téléphonie mobile numérique, les opérateurs historiques ont été confrontés au risque majeur de la « déshérence » de leur réseau cuivré qui avait mobilisé sur des décennies des sommes considérables pour son déploiement et son entretien. Puisque ce réseau câblé ne servait plus aux échanges téléphoniques vocaux, les pouvoirs publics ont saisi dans la technologie de l'ADSL l'opportunité de « numériser » ce réseau physique. Le déploiement de l'internet haut-débit a donc eu en France pour caractéristique l'absence de concentration horizontale entre propriétaires de réseaux et de contenus. Les intérêts respectifs ne peuvent pas faire l'objet d'une régulation économique autre que celle des pouvoirs publics. D'autre part, l'introduction tardive du haut débit mais avec des abonnements illimités à un coût très attractif a assigné très rapidement un grand nombre de consommateurs. En 2003, la France avait rattrapé son retard sur les États Unis (respectivement 38 et 35%) et même largement dépassé le pourcentage de connectés au haut-débit par rapport au Royaume Uni (22%).

¹⁸⁷Bomsel, Le Blanc, Zakaria, 2004.

¹⁸⁸Le poids économique du secteur audiovisuel européen pesait 94 milliards d'euros en 2001, avec une croissance moyenne de 7,9% par an entre 1997 et 2001. Source : Observatoire Européen de l'Audiovisuel, Annuaire 2003, vol.1, pp 34-35.

Le schéma suivant, produit par la fédération internationale de l'industrie phonographique (IFPI), qui consiste à corréler dans le temps pour différents pays la pénétration du haut débit avec la baisse de profitabilité de l'industrie phonographique, semble « parler de lui-même » :



Sources : Idate/Ifpi. Valeurs de croissance 2003 : 1^{er} semestre.

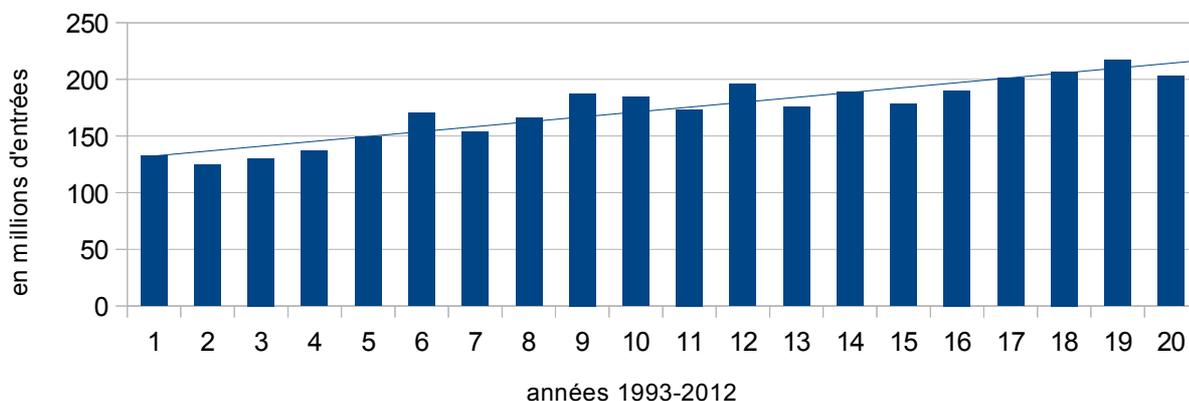
La force performative de ce type de graphique dominera l'ensemble des débats parlementaires. À notre connaissance, les simples constats de la hausse des perceptions des SPRD sur la même période n'ont jamais été soulevés ou mis en regard des externalités, certes négatives, du basculement numérique. Plus étonnant, sur le plan mondial, alors que les échanges illicites croissent exponentiellement de 7500% entre 1999 et 2003, le marché phonographique mondial ne chute « que » de 25%. Certes, le choc est rude, mais alors qu'un fichier échangé sur les réseaux pair-à-pair pourrait théoriquement être un substitut parfait de la version payante, 75% du marché légal reste debout. Malgré la vigueur et l'ampleur de l'attaque, le marché phonographique semble finalement présenter une résistance non négligeable.

Alors que le secteur musical au début des années 2000 tire le signal d'alarme et voit son marché phonographique s'éroder de manière importante, l'industrie de l'audio-visuel encore préservée par un besoin de qualité de compression supérieur à celui de la musique et donc à un transport plus difficile des fichiers sur les réseaux numériques, est aussi prise d'une forme de « panique » et se tourne préventivement vers les pouvoirs publics pour exiger une régulation publique des échanges de biens

culturels sur les réseaux numériques. Ici encore, les chiffres sont contradictoires car le nombre d'entrées de cinéma a singulièrement cru en France au cours des vingt dernières années¹⁸⁹.

Fréquentation des salles de cinéma en France

1993-2012



Sans même prendre en considération l'évolution large de « l'économie des loisirs », l'objectivisation empirique des effets du basculement numérique sur les volumes d'affaires des différentes branches (musique, audio-visuel, cinéma, livre...) et secteurs (création, production, distribution et diffusion) semble très difficile, voire impossible à mesurer en raison de l'ampleur des débordements provoqués et des associations historiques brisées qui rendent véritablement « sourds et aveugles » les acteurs historiques de ces industries. Comme le reconnaissent honnêtement des auteurs de rapports parlementaires qui n'ont pas d'intérêts directs à la controverse : « Naturellement, il est sans doute excessif d'imputer la totalité de la baisse du chiffre d'affaires constatée au seul développement des échanges gratuits de fichiers sur internet »¹⁹⁰. Dans le rapport du sénateur Thiollière, rapporteur de la commission des affaires culturelles sur le projet de loi HADOPI, le rôle exclusif du piratage est fortement atténué par la prudence des expressions : « Une situation de crise en partie due à ce phénomène de masse [le piratage] », « Au total, on estime qu'un milliard de fichiers piratés d'œuvres musicales et audiovisuelles ont été échangés en France en 2006 », « Le Syndicat National de l'Édition Phonographique (SNEP) avance que sur un milliard de fichiers téléchargés »...

¹⁸⁹Source : Centre national de la Cinématographie, <http://www.cnc.fr/web/fr/statistiques>

¹⁹⁰Rapport Vanneste p. 7., http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r2349.asp#P188_18518

Mentionnés noir sur blanc dans plusieurs textes et rapports de commissions parlementaires, d'autres critères convergents avec le développement de l'internet haut débit expliqueraient l'effondrement des ventes de supports physiques. Le rapport du député Vanneste donne une large liste des facteurs de destruction de profitabilité de l'industrie phonographique :

- *les conséquences de la politique éditoriale des éditeurs, parfois accusés de privilégier la rentabilité à court terme plutôt que l'installation d'artistes dans la durée ;*
- *un appui excessif sur le réseau de la grande distribution, qui se limite par construction, en raison de la taille limitée de ses rayons consacrés à la musique, aux produits les plus vendus.*
[...]
- *une part trop importante laissée aux sous-produits de la télévision réalité ;*
- *la concurrence accrue d'autres produits de loisirs [...] dont le coût s'impute sur un budget de consommation de biens ou de services culturels qui n'est pas indéfiniment extensible ;*
- *une certaine obsolescence technologique du support que constitue le CD ;*
- *la gestion des prix unitaires, avec en particulier des écarts considérables entre les nouveautés et les fonds de catalogues, voire pour le même produit au fil de sa vie commerciale et des promotions successives, qui peuvent perturber la notion de valeur du CD pour les consommateurs.*

Et de conclure : « Il est à l'évidence difficile de partager équitablement les responsabilités réelles entre ces différentes causes supposées et de quantifier l'importance respective de ces multiples facteurs. Pour autant, il est certain que les téléchargements ont connu une simultanéité manifeste avec la diminution des ventes ».

Corréler téléchargement et préjudice

Plutôt que mettre en scène l'association entre le téléchargement illicite sur les réseaux pair-à-pair et la chute de profit du secteur phonographique, les pouvoirs publics, pour engager une réponse législative, doivent être convaincus d'une autre association : celle du téléchargement illicite traduite en un préjudice quantifiable et un manque à gagner sur lequel une poursuite pénale pourra se fonder. Les requérants doivent ici montrer qu'une œuvre téléchargée « gratuitement » aurait été achetée et que cette substitution constitue une perte de valeur pour leur activité. Si tel est le cas, l'équité et l'ordre social réclameront la condamnation de l'internaute et la réparation de son acte envers la partie lésée.

Aux importantes difficultés à mesurer le phénomène, va donc s'ajouter le défi de traduire en chiffres, et jusqu'en emplois détruits, le phénomène du téléchargement illicite. L'option la plus brutale et la plus frappante sur le plan symbolique est de poser comme équivalent le téléchargement illicite d'un bien culturel et le vol. Le chef de l'État, lui-même, ne se privera pas de confirmer solennellement cette équivalence, en affirmant qu'il s'agit d'un véritable « vol à l'étalage » dans son discours entérinant les Accords de l'Élysée le 23 novembre 2007¹⁹¹. En suivant cette même logique, les tribunaux américains ont pu réclamer des dommages et intérêts faramineux à des internautes, certes coupables de violation du droit d'auteur toutefois sans but lucratif, mais condamnés dans des proportions¹⁹² qui mettent au défi l'esprit de la règle de proportionnalité entre le délit et la peine. Le secteur cinématographique, notamment relayé par l'Association de Lutte contre le Piratage Audio-visuel (ALPA), va pour sa part considérer que chaque film téléchargé se substitue à une entrée payante en salle et accrédi-ter l'idée – malgré des résultats excellents en nombre d'entrées sur cette période – qu'il y a autant de films téléchargés que de places de cinémas vendues et que la « seconde vie » des films (location, DVD, télévision) est frappée de plein fouet par le phénomène ou le sera dans un avenir proche¹⁹³. Certains acteurs de la controverse vont tenter de prédire à une échelle macroéconomique les conséquences négatives du

¹⁹¹« D'un côté, des réseaux flambant neufs, des équipements ultra-perfectionnés, et de l'autre des comportements parfaitement moyenâgeux, où, sous prétexte que c'est du numérique, chacun pourrait, parce que c'est du numérique, pratiquer librement le vol à l'étalage. [...] Si tout le monde vole la musique et le cinéma, on ne va pas légaliser le vol. », <http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/conferen/albanel/disPRolivennes.pdf>

¹⁹²En août 2012, un tribunal du Massachusetts a confirmé la condamnation au paiement de 675 000 dollars d'un étudiant ayant téléchargé puis mis à disposition 30 titres. La Cour suprême ayant par ailleurs refusé de se saisir de l'appel de l'étudiant. <http://fr.scribd.com/doc/17299117/Plaintiffs-Supplemental-Disclosure-Statement-102808>

¹⁹³La piraterie de films sur Internet, Étude CNC/ALPA, 2007.

téléchargement. Un cabinet de consultants parviendra même à estimer cet impact au niveau européen à une perte évaluée entre 1,2 million et 611 000 emplois¹⁹⁴.

Un autre biais plus argumenté va consister à construire le préjudice, non pas comme une perte sèche en matière de chiffre d'affaires, mais comme le parasitage des industries culturelles par les industries des réseaux et de l'informatique grand public. Le téléchargement illicite, qualifié « d'externalité négative » du basculement numérique, sera assimilé à une « pollution due à l'émission croissante de produits gratuits contournés » (Bomsel 2007). Pour des économistes comme Olivier Bomsel, futur membre de la commission Olivennes, « la subvention associée aux contenus gratuits se traduit par l'incitation au recrutement des abonnés par une offre de débits croissants et la structuration du chiffre d'affaires autour de la vente d'accès. Le modèle d'affaires du bas-débit, calé sur de la vente d'information et d'audience, cède la place à la vente d'accès indifférencié. Ce phénomène amplifie les effets de club associés au P2P et à l'échange de fichiers incontrôlés » (Bomsel 2004: 47).

Pourtant, ces arguments qui visent à traduire le phénomène du téléchargement illicite en préjudice dont l'ampleur (substitution parfaite entre téléchargement illicite et achat) et la symbolique (destruction d'emplois, mort de la culture) seront répétées à l'envi lors des débats parlementaires, restent éminemment controversés. Le Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique (CSPLA) instance chargée de conseiller le Ministère de la culture, l'affirmera dans un de ses rapports en 2005 :

« Parallèlement, si les acteurs participant aux industries de contenus apparaissent à ce jour comme « les perdants » du développement des échanges non autorisés sur les réseaux P2P, l'impact réel de ces réseaux est un sujet controversé. Les multiples études économiques sur le « taux de substitution » entre la vente de CD et les échanges de contenus en P2P sont peu satisfaisantes et parviennent à des conclusions contradictoires sur l'ampleur des pertes subies. Au delà de ces conclusions, il semble que le débat soit amorcé sur des bases

¹⁹⁴ *Impact économique de la copie illégale des biens numérisés en France, quand le chaos économique s'immisce dans la révolution technologique*, Étude cabinet Tera Consultants, Equancy & Co, novembre 2008. Cette enquête et ses biais méthodologiques seront très largement critiquées. Les sources utilisées proviennent presque exclusivement de parties prenantes en conflit d'intérêt avec le sujet traité. Seuls 3% des sources citées pourraient être qualifiées d'études académiques. En outre, aucune des nombreuses études scientifiques, qui cherchent à objectiver l'effet du basculement numérique sur les modèles d'affaire ne sont citées.

inadéquates. On part de l'idée qu'il faut d'abord mesurer le préjudice causé à la filière pour ensuite l'indemniser : on se demande moins comment créer de la valeur que comment ne pas en détruire. Plutôt que de se limiter à ce schéma, il convient de saisir l'opportunité de l'actuelle logique d'expansion de la demande. »

Pourtant, dès les années 2000, la littérature scientifique, issue de prestigieuses enceintes intellectuelles, apportera de très profondes nuances au simplisme de la substitution entre téléchargement et achat. Ces articles qui tentent de comprendre l'extrême complexité des relations entre la transformation des attachements aux biens culturels à l'ère numérique, la perception de leur valeur ainsi modifiée et leur prix ne sont jamais évoqués par les « claims makers » qui vont parvenir ainsi à créer les conditions pour l'énoncé d'une nouvelle infraction. À titre d'illustration, nous ne mentionnerons ici qu'une des nombreuses « externalités positives » que l'article de Myriam Davidovici-Nora (2005 : 107-149), a tenté de souligner¹⁹⁵. Les biens numériques étant des biens d'expérience (puisqu'ils se caractérisent *ex ante* par une asymétrie informationnelle concernant la qualité du bien et son ajustement aux attentes des consommateurs), le consommateur va valoriser toute information disponible avant l'achat. Le téléchargement illicite va donc entrer de plain pied dans les moyens que le consommateur va pouvoir utiliser pour bénéficier d'un « effet d'exposition », c'est à dire pouvoir consulter un bien dans un premier temps, avant de l'acheter éventuellement. Selon Takeyama (2002), ou Silva et Ramello (2000: 415-422), le rôle du piratage comme moyen d'acquisition avant l'achat n'est pas à exclure et même à rechercher comme moyen de publicité auprès de consommateurs à faible valorisation afin d'augmenter leur disposition à payer. Pour Liebowitz (2002: 438), l'effet d'exposition peut permettre en outre au consommateur d'acheter des biens qui correspondent davantage à ses goûts. Les échanges « pirates » produisent une meilleure compatibilité entre les produits et les préférences des consommateurs en créant un « effet de matching ». Les réseaux « pirates » permettent aussi une stratégie d'entrée pour les nouveaux artistes et les nouveaux labels. Duchêne et Waelbroeck (2002: 1-24) et Zhang (2002) ont pu montrer que les réseaux pair-à-pair en abaissant le coût d'entrée sur un réseau de distribution permettent aux labels moins connus ou très spécialisés de se faire connaître à moindre coût et d'augmenter leurs profits face aux

¹⁹⁵On pourra aussi mentionner ici les nombreuses publications de Patrick Waelbroeck, chercheur à Telecom ParisTech et vice-président de l'association European Policy for Intellectual Property, qui se sont penchées sur l'analyse critique du phénomène de partage de fichiers. http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=354513

labels dominants.

Finalement, quels rôles jouent toutes ces mesures et ces chiffres dont nous avons souligné la grande fragilité empirique ? Cette question de l'objectivisation et de la quantification n'est pas un élément secondaire. Est-ce la mesure qui crée l'objet et sa réalité, tout autant que l'objet crée la mesure ? Quelle est l'autorité instituée capable d'instaurer un instrument de mesure apte à quantifier le délit de contrefaçon "renouvelé" par son amplitude inédite – des actes répréhensibles par centaines de milliards – et capable de faire taire les acteurs de la controverse ? Une chose est certaine cependant, ces échanges soulignent en creux un attachement considérable des individus aux biens culturels. "Jamais la demande n'a été aussi forte" souligne le CSPLA. Les données avancées par les "claims makers" du secteur culturel semblent fonctionner comme des récits qui, comme l'écrivait Michel de Certeau (1980: 185), "marchent devant les pratiques sociales pour leur ouvrir un champ". Les controverses autour de la mesure du phénomène du téléchargement illicite permettent de savoir qui parle, montre ou raconte quoi, à qui et pourquoi, dans quelles circonstances, en recourant à quels « savoirs procéduraux et sociaux » (Widmer 1999: 8-14) et en empruntant à quelles « ressources sociales et culturelles ». Dit autrement : quels sont les dispositifs d'énonciation qui se mettent en place ? Sélectionner un contexte de description, comme l'ont fait en amont du projet de loi ayants droit et industriels de la culture, permet, selon Louis Quéré (1994: 17-41), de spécifier la particularité d'un problème, d'en réduire la contingence, de le normaliser en le comparant et en lui attribuant des caractères génériques et de « l'inscrire dans un champ pratique » en déterminant « qui est affecté » et « qui a une capacité de réponse ». Ce processus se fait sous la forme d'attribution de responsabilités, de définition d'orientations d'action, de proposition de rôles à endosser, de personnages à incarner et de systèmes d'action à actualiser (Quéré 1994: 24).

Dans la hiérarchie des dispositifs d'énonciation, le texte de loi occupe, de fait, une position particulière par sa capacité à conférer la force du droit à un énoncé. Nous allons maintenant détailler les opérations par lesquelles une nouvelle infraction a été instaurée dans le but d'agir sur le phénomène incontrôlé et indéfinissable du téléchargement illicite. Tout aussi instable que les mesures qui ont servi de ressources aux pouvoirs publics pour instaurer cette infraction, nous voudrions néanmoins souligner combien ce processus a permis de contribuer à définir l'objet insaisissable que sont les biens culturels numérisés et leurs modalités d'appropriation.

II – Construire un artifice du droit

Entre les dénonciations des victimes, la puissance de leurs collectifs, leur demande de réparation et les outils du droit, la porte est étroite pour le législateur. À l'issue de la mission Olivennes, une situation paradoxale s'installe, issue des demandes et des exigences contradictoires des « claim-makers ». Comme nous l'a confirmé un conseiller d'État fortement impliqué dans le sujet, souhaitant garder l'anonymat, les ayants droit veulent, depuis le début des années 2000, massifier les poursuites, c'est à dire éviter le passage par le juge correctionnel, tout en maintenant symboliquement le téléchargement au niveau pénal de la contrefaçon. Or, punir un délit sans le juge correctionnel n'est pas concevable pour la doctrine. Le législateur a dû faire preuve d'innovation et d'inventivité pour élaborer un artifice du droit, au sens positif du terme, capable de tenir ensemble ces diverses injonctions contradictoires : ne pas poursuivre l'internaute pour un délit de contrefaçon au vu de la lourdeur de la procédure et de la disproportion de la peine encourue mais instaurer une contravention nouvelle susceptible d'un traitement massif capable de modifier les comportements¹⁹⁶.

L'échec de la contraventionnalisation

Il nous faut revenir à la loi DADVSI du 1er août 2006 pour suivre et comprendre le cheminement du paradoxe entre la volonté d'assimiler le téléchargement illicite à un délit de contrefaçon et son inefficacité pratique. La mesure phare de la loi DAVDSI consistait à introduire dans les textes la transformation du téléchargement sur les réseaux pair-à-pair en contravention et non plus en délit. Ce dispositif, essentiel dans l'esprit des ayants droit, aurait permis une massification des poursuites sans la nécessité de recourir au juge. La comparaison avec le Code de la route et les infractions routières, l'analogie entre l'adresse IP et la plaque d'immatriculation, la référence au constat robotisé par des « radars » et au traitement automatisé des contraventions sont permanentes et laissent entrevoir une solution idéale au problème du téléchargement illégal. Mais « comparaison n'est pas raison » et une nouvelle décision du Conseil

¹⁹⁶La mise en œuvre de la peine prévue pour cette nouvelle infraction et son efficacité par le dispositif d'une autorité administrative indépendante feront l'objet de la partie suivante consacrée à la question de l'incitation.

constitutionnel va mettre définitivement un terme à cette hypothèse. La disposition ayant « pour objet de soustraire certains agissements aux dispositions applicables au délit de contrefaçon » visait ainsi à mener une répression à la fois moins sévère que le droit général de lutte contre la contrefaçon et plus efficace. Elle énonçait que seraient « désormais constitutives de contraventions, et non plus de délits, d'une part la reproduction autorisée, à des fins personnelles, d'une œuvre, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme protégés par un droit d'auteur ou un droit voisin lorsqu'ils auront été mis à disposition au moyen d'un logiciel d'échange de pair-à-pair ». De même, « la communication au public à des fins non commerciales [de tels objets] au moyen d'un service de communication au public en ligne, lorsqu'elle résulte automatiquement et à titre accessoire de leur reproduction au moyen d'un logiciel d'échange de pair-à-pair » serait, elle aussi, dépénalisée.

Face à cette disposition de la loi DAVDSI, les parlementaires de l'opposition auteurs de la saisine auprès du Conseil constitutionnel, ont contesté la constitutionnalité du texte en dénonçant son illégalité devant la loi pénale, levier central de la conformité constitutionnelle. En arguant que « cette disposition méconnaît le principe d'égalité devant la loi pénale en instituant une différence de traitement injustifiée entre les personnes qui reproduisent ou communiquent des objets protégés [...] selon qu'elles utilisent un logiciel de pair-à-pair ou un autre moyen de communication électronique », les opposants à toute limitation et sanction, même précisément atténuées par rapport à la répression générale de la contrefaçon, ont trouvé la faille pour entacher la loi DAVDSI d'inconstitutionnalité. Le Conseil constitutionnel jugera donc « qu'au regard de l'atteinte portée au droit d'auteur ou aux droits voisins, les personnes qui se livrent, à des fins personnelles, à la reproduction non autorisée ou à la communication au public d'objets protégés [...] sont placées dans la même situation, qu'elles utilisent un logiciel d'échange de pair-à-pair ou d'autres services de communication au public en ligne. [...] Les particularités des réseaux d'échanges de pair-à-pair ne permettent pas de justifier de traitement qu'instaure la disposition contestée ». La censure du Conseil constitutionnel ne disqualifie pas l'idée de contraventionnaliser le téléchargement illicite mais elle précise qu'en ne visant que les échanges sur les réseaux pair-à-pair, la loi DADVSI viole le principe d'égalité devant la loi, en laissant dans l'ombre les autres procédés technologiques. La disposition essentielle qui visait à instaurer des mesures spécifiques contre la contrefaçon par le biais d'une « contraventionnalisation » visant spécialement les échanges via les réseaux pair-à-pair est, en

conséquence, intégralement vidée de sa substance.

La loi promulguée le 1er août 2006 comporte néanmoins des dispositions déterminantes pour les étapes ultérieures. Tout d'abord, la loi DADVSI va tenter d'équilibrer la garantie des droits de propriété intellectuelle avec celle des droits des utilisateurs légitimes. Concernant ces derniers, la loi va consacrer d'importantes limitations aux mesures techniques de protection en garantissant d'une part la notion d'interopérabilité (art. L 331-5¹⁹⁷), en limitant leurs effets (art. L 331-6¹⁹⁸), en insistant sur la protection des données personnelles (art. 15¹⁹⁹), en imposant le bénéfice des exceptions au droit patrimonial (copie privée art. L 331-11²⁰⁰) et en instituant une autorité administrative indépendante chargée de leur régulation : l'ARMT.

Concernant les garanties des droits de propriété intellectuelle, la loi du 1er août 2006 intègre déjà deux dispositions centrales pour les débats à venir. D'une part, elle consacre l'obligation de surveillance du titulaire de l'accès en énonçant que « le titulaire d'un accès à des services de communication au public en ligne doit veiller à ce que cet accès ne soit pas utilisé à des fins de reproduction ou de représentation d'œuvres de l'esprit sans l'autorisation des titulaires des droits [...] ; d'autre part, elle les incite à mettre en œuvre les moyens de sécurisation qui lui sont proposés par le fournisseur de cet accès ». Mais, précision de taille, aucune sanction ne vient punir le manquement à cette obligation. Future pierre d'achoppement, la loi DAVDSI prévoit aussi l'envoi de messages à caractère pédagogique : « Les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne adressent, à leurs frais, aux utilisateurs de cet accès, des messages de sensibilisation aux dangers du

¹⁹⁷« Les mesures techniques ne doivent pas avoir pour effet d'empêcher la mise en œuvre effective de l'interopérabilité, dans le respect du droit d'auteur. Les fournisseurs de mesures techniques donnent l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité [...] Les mesures techniques ne peuvent s'opposer au libre usage de l'œuvre ou de l'objet protégé dans les limites des droits prévus par le présent Code, ainsi que ceux accordés par les détenteurs de droits ».

¹⁹⁸L'Autorité de régulation des mesures techniques veille à ce qu'elles « n'aient pas pour conséquence du fait de leur incompatibilité mutuelle ou de leur incapacité d'inter-opérer, d'entraîner, dans l'utilisation d'une œuvre, des limitations supplémentaires et indépendantes de celles expressément décidées par le titulaire d'un droit d'auteur sur une œuvre.

¹⁹⁹« L'importation, le transfert depuis un État membre de la Communauté européenne, la fourniture ou l'édition de logiciels susceptibles de traiter des œuvres protégées et intégrant des mesures techniques permettant le contrôle à distance direct ou indirect d'une ou plusieurs fonctionnalités ou l'accès à des données personnelles sont soumis à une déclaration préalable auprès du service de l'État chargé de la sécurité des systèmes d'information ».

²⁰⁰L'Autorité de régulation des mesures techniques « veille à ce que la mise en œuvre des mesures techniques de protection n'ait pas pour effet de priver les bénéficiaires des exceptions ». [...] Les éditeurs et distributeurs de services de télévision « ne peuvent recourir à des mesures techniques qui auraient pour effet de priver le public du bénéfice de l'exception pour copie privée, y compris sur un support et dans un format numériques ».

téléchargement et de la mise à disposition illicites pour la création artistique ». Malgré son imprécision générale, l'expression « à leurs frais », est importante à souligner pour prendre, d'ores et déjà, la mesure des enjeux économiques sous-jacents à la problématique de la lutte contre le téléchargement illégal. Au cours des débats qui vont accompagner la suite des tentatives de régulation des échanges de biens culturels sur internet, les coûts induits par la prévention et la répression feront l'objet d'âpres négociations et d'arguments pratiques de poids.

Enfin, si la sanction particulière des échanges pair-à-pair par la contravention a été censurée, la loi DAVDSI rappelle, étend et précise les sanctions générales encourues en cas de téléchargement illégal. À côté de la sanction générale pour contrefaçon, la loi instaure une sanction de l'offre des moyens techniques de téléchargement illégal. Est ainsi puni de 3 ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende le fait « d'éditer, de mettre à disposition du public ou de communiquer au public, sciemment et sous quelle que forme que ce soit, un logiciel manifestement destiné à la mise à disposition non autorisée d'œuvres ou d'objets protégés au public et d'inciter sciemment, y compris à travers une annonce publicitaire, à l'usage d'un logiciel [de ce type] » (art. L. 335-2-1). D'autre part, est instaurée une sanction pour atteinte aux mesures techniques de protection du fait « de porter atteinte sciemment, à des fins autres que la recherche, à une mesure technique efficace [...] afin d'altérer la protection d'une œuvre par un décodage, un décryptage ou toute autre intervention personnelle destinée à contourner, neutraliser ou supprimer un mécanisme de protection ou de contrôle » (Art. L. 335-3-1).

La circulaire aux procureurs du 3 janvier 2007

Cette censure sibylline de la loi DADVSI obtenue par les opposants politiques au texte et qui annule la principale décision de la loi non sur le fond mais sur la forme, fait paradoxalement courir désormais un risque plus grand aux internautes que si elle avait été validée. En effet, en l'absence d'une solution atténuée pour le téléchargement illicite, il n'y a plus d'alternative à la poursuite pénale pour contrefaçon et son cortège de peines très lourdes. C'est un échec personnel pour le Ministre de la culture de l'époque, Renaud Donnedieu de Vabres qui va tenter d'en limiter les conséquences en adressant une « lettre

ouverte aux internautes » et en diffusant une circulaire pénale inédite aux procureurs. Dans sa lettre ouverte, le Ministre de la culture déplore la décision de censure de la « contraventionnalisation » mais souligne les points positifs concernant les mesures équilibrées que la loi instaurait entre protection du droit d'auteur et droits des utilisateurs. Dans ce texte, le Ministre annonce cependant qu'il « [est] nécessaire que les sanctions soient justes et proportionnées en fonction de la gravité des faits » et qu'il s'apprête à saisir le Garde des Sceaux « afin que les poursuites soient orientées vers les cas les plus graves ». Par le biais d'une circulaire aux procureurs du 3 janvier 2007, le Ministre, et par conséquent le gouvernement, va préciser officiellement sa politique pénale et sa lecture de la décision du Conseil constitutionnel. D'une certaine manière la circulaire ne fait que rappeler aux juridictions que la peine prévue par la loi pour réprimer la contrefaçon constitue un maximum (3 ans de prison et 300 000 euros d'amende, rappelons le) et qu'elles ont, comme toujours et par fonction, toute latitude et liberté pour adapter la sanction à la nature et à la gravité de la contrefaçon ainsi qu'aux antécédents du justiciable. Mais la promesse du Ministre qui assure dans sa lettre ouverte « qu'il n'y aura pas de peines de prison contre les internautes qui téléchargent » a choqué les constitutionnalistes dans la mesure où le Ministre semble se substituer aux juridictions alors que la loi censurée permet parfaitement l'application des sanctions du droit général de la contrefaçon, y compris la prison. Le ton de la circulaire aux procureurs renforce ce sentiment de volonté de contournement de la décision du Conseil constitutionnel de la part du Ministre. S'il distingue trois niveaux de responsabilité : l'offre illicite de moyens de mise à disposition, la mise à disposition prohibée de contenus et l'usage de cette mise à disposition par téléchargement, le Ministre estime que le dernier cas de figure, qui correspond aux usages illicites des réseaux pair-à-pair non lucratifs, « se situe indiscutablement à un moindre niveau de responsabilité ». Il est annoncé dans la circulaire que « des peines de nature exclusivement pécuniaire, à l'exclusion de toute menace de peine de prison, apparaissent parfaitement adaptées et proportionnées à la répression de ce type de faits ». Manifestement, la décision du Conseil constitutionnel qui a censuré la principale innovation juridique de la loi DADVSI qui visait à une forme de dépenalisation des échanges illicites sur les réseaux pair-à-pair au profit d'une simple infraction punissable facilement par un système de contravention, a laissé un profond sentiment d'amertume. Ce résultat opérationnel désastreux au regard de l'énergie investie depuis plusieurs années par les différents protagonistes ne doit pas cacher quelques progrès dans le domaine du

contrôle des mesures techniques et de la recherche d'un équilibre entre droit d'auteur et droit des utilisateurs. Mais, plus que jamais à l'issue de cette première séquence législative, personne ne semble en mesure de maîtriser la réalité créée par l'environnement numérique et le défi lancé à la capacité du droit à se saisir d'un nouvel objet.

Le téléchargement illicite : une pluralité de réalités criminologiques

La circulaire pénale du 3 janvier 2007 souligne un élément important, source de conflits et d'inefficacité de la loi : le téléchargement illicite n'est pas une réalité uniforme et un concept clair, il traduit et résume en fait une pluralité criminologique diversifiée. Si le principe d'égalité devant la loi est bien un principe constitutionnel, celui de proportionnalité l'est tout autant. Dans la doctrine juridique la plus évidente, on ne doit punir qu'avec des peines proportionnées à la gravité du comportement. Or, le délit de contrefaçon, par extensions successives, a englobé des attitudes antisociales et criminologiques très différentes dont la gravité et les dommages sont sans commune mesure. L'unicité trompeuse du délit est dénoncée et argumentée par le rapport de Jean Cédras d'avril 2007, initié par Renaud Donnedieu de Vabres par une lettre de mission du 17 janvier 2007, dans la foulée de sa circulaire pénale. Jean Cédras souligne par exemple les conséquences très différentes en matière de préjudice quand un film entier ou un pré-montage est mis à disposition sur les réseaux pair-à-pair avant sa sortie officielle ou quand un simple fichier musical est téléchargé plusieurs mois après sa commercialisation initiale. Dans un cas, la première personne qui met à disposition – et non celle qui télécharge – a commis un délit qui a des conséquences dramatiques pour les investisseurs et est souvent commis en bande organisée par des professionnels parties prenantes de la chaîne de production et de commercialisation (monteurs, post-producteurs, ou même journalistes qui reçoivent un DVD de promotion avant la sortie en salle). Il faudrait donc pouvoir distinguer et ajuster le délit entre celui qui le premier met à disposition (*upload*) dans un but lucratif une œuvre non encore commercialisée et ceux qui téléchargent (*download*) pour un usage personnel des œuvres déjà distribuées, même s'il faut reconnaître que dans ce cas et en raison du fonctionnement des réseaux d'échange pair-à-pair, tout téléchargeur (*download*) devient *ipso facto*

diffuseur (*upload*) une fois que l'œuvre est sur son disque dur et offerte au téléchargement des autres utilisateurs du réseau d'échanges. Entre délinquance organisée et contrefacteurs occasionnels qui ignorent bien souvent de bonne foi que leur disque dur est ouvert à tout vent aux échanges illicites ou ne savent pas comment désinstaller leur logiciel d'échanges pair-à-pair, l'écart criminologique n'est pas négligeable.

Jean Cédras pointe aussi un autre élément de généralisation qui conduit à une perte d'efficacité sociale de la loi : l'élément, central en matière répressive, du « dol général » qui désigne l'intention de commettre un acte que l'on sait interdit par la loi. Il n'y a en effet, rappelle la doctrine, « *point de crime ou de délit sans intention de le commettre* ». En effet, comment établir qu'un internaute commet une faute intentionnelle ou non au regard du droit quand il commet un téléchargement illicite ou laisse accessible son disque dur pour des échanges pair-à-pair ? Certes, depuis 2003-2004 et le début des controverses publiques sur ces questions, rares sont les internautes qui n'ont pas acquis la conscience généralisée de la violation d'un interdit à l'occasion d'un téléchargement illicite. Résultat non négligeable du débat public, la perception du délit dans la population est passée d'une « criminalité artificielle », objet d'une réprobation sociale faible ou inexistante, à une « criminalité naturelle »²⁰¹ fruit d'une conscience généralisée de violation d'un interdit. Si, dans le temps, la situation du dol général s'est affermie concernant le téléchargement descendant (*download*), il en est sans doute différemment, à propos de la mise à disposition de fichiers (*upload*) via les logiciels d'échanges pair-à-pair. Les quelques cas de jugements dont les éléments ont été portés à la connaissance du public et selon les propos recueillis lors d'un entretien²⁰² avec Mireille Imbert Quaretta, présidente de la Commission de protection des droits de la HADOPI, la compréhension du fonctionnement des logiciels en question, qui, une fois un fichier téléchargé, le mettent à disposition de tous les membres du réseau, n'est manifestement pas acquise par l'ensemble des utilisateurs de ces logiciels. Dans de nombreux cas, il semble que la faute de mise à

²⁰¹Jean Cédras, *Le téléchargement illicite d'œuvres protégées par le droit d'auteur, Rapport à M. le Ministre de la culture et de la communication*, avril 2007, § 7.

²⁰²Entretien du 4 juillet 2013, Mireille Imbert Quaretta, présidente de la Commission de protection des droits, HADOPI,

« *Comme les gens ne savent pas comment marche la mise en partage, c'est à dire qu'une fois qu'ils ont l'œuvre sur leur ordinateur et que leur connexion est ouverte c'est mis à disposition sans arrêt on a des constats où dans la même journée on peut avoir 30 faits sur la même personne. [...] Grosso modo on pensait bien que le public qui était visé c'était les 80% de la population des titulaires de l'accès internet qui n'étaient pas des geeks chevronnés et qui ne savaient pas du tout ce qu'étaient les VPN, les adresses IP, c'est des vrais gens, c'est des pères de famille... [...] l'accès internet c'est comme la voiture, vous tournez votre clé, le moteur à 4 temps vous savez pas comment ça marche* ».

disposition illicite d'une œuvre soit, de bonne foi, non intentionnelle. S'introduit ici un concept juridique clé dans l'élaboration de la nouvelle infraction, celui de négligence ou de manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement. Mais cette faute n'est réprimée que si elle est à l'origine directe d'un dommage. En l'absence de preuve directe du dommage et de sa quantification, comme nous l'avons vu plus haut, la loi DADVSI n'avait légitimement pas prévu de sanction. Mais l'imprudence volontaire, dont le coupable est donc conscient, est juridiquement une « violation manifestement délibérée » d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité (art 121-3 du Code pénal²⁰³).

Un dernier élément confère au délit de téléchargement illicite une dimension multiforme qui permet très difficilement un traitement répressif univoque. Il s'agit du fait que ce délit est souvent constitué d'un ensemble d'actes qui ne se produisent pas de façon ponctuelle dans le temps et dont la granularité variable pose des difficultés pour la poursuite pénale. Pour un vol ou une infraction routière par exemple, l'unicité dans le temps est relativement aisée à établir et il est donc possible de définir une infraction pour chaque acte délictueux commis. Ainsi, sur un même trajet, si un automobiliste enfreint plusieurs fois les limitations de vitesse, il est susceptible de recevoir autant de contraventions. La règle du droit stipule qu'à chaque infraction constatée, une sanction doit être appliquée. Or, la granularité de la faute concernant le téléchargement illicite est si fine – une seule œuvre mise à disposition pouvant ouvrir à des poursuites – que le montant théorique des amendes peut atteindre en quelques heures des montants considérables, sans que l'internaute fautif n'en soit même conscient²⁰⁴, puisque ce n'est pas lui qui télécharge mais les

²⁰³ Article 121-3, modifié par Loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 - art. 1 JORF 11 juillet 2000

Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre.

Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui.

Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait.

Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer.

Il n'y a point de contravention en cas de force majeure.

²⁰⁴ Entretien du 4 juillet 2013, Mireille Imbert Quaretta, présidente de la Commission de protection des droits, HADOPI,

« Ce qui veut dire que si vous passez à une contravention même faible en disant « un fait c'est une infraction c'est une sanction », vous arrivez à des montants d'amende... On a fait ça sur la période du mois de

membres du réseau pair-à-pair qui viennent sur son disque dur copier l'œuvre ainsi mise à disposition. L'hypothèse de la contraventionnalisation des échanges illicites sur les réseaux pair-à-pair n'ignore donc pas seulement l'égalité devant la loi comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel, mais elle n'est pratiquement pas possible à mettre en œuvre compte tenu de la nature socio-technique du téléchargement, de la diversité des réalités criminologiques qu'il recouvre, de l'incertitude sur l'intention de la faute et de la masse de faits individuels à sanctionner par une amende.

La facette économique de la lutte contre le téléchargement illicite

Une autre option aurait été, comme l'a d'ailleurs suggéré le rapport Olivennes, de vraiment dépénaliser le téléchargement illicite en envisageant une sanction civile. D'après un des conseillers d'État proche du dossier²⁰⁵, il aurait été parfaitement possible d'orienter la solution vers ce type de sanction qui aurait permis à la fois la massification recherchée et la dissuasion d'une amende éventuellement importante. Mais selon notre interlocuteur :

« Progressivement cette idée a paru compliquée pour des bonnes et des mauvaises raisons. Moi je mets dans les mauvaises raisons, on va commencer par là, le fait que au fond les ayants droit n'en voulaient pas parce qu'il fallait que ce soit l'État qui le fasse. Pour eux, c'est quelque chose auquel ils tenaient à la fois pour des raisons symboliques et des raisons financières : c'était que cette police là elle devait être faite par l'État. Et on revient au droit de propriété, c'était toujours le parallèle avec le droit de propriété immobilière, c'est l'idée que la propriété immatérielle n'est pas d'une nature différente, et qu'il y a un système étatique qui protège la propriété privée immobilière et il faut qu'il y ait un système étatique qui protège la propriété immatérielle, c'était très fort symboliquement. On n'a jamais demandé aux gens d'aller eux mêmes trouver une solution avec leur voisin si leur voisin vient sur leur terrain. L'image est un peu simpliste mais c'est çà l'idée. L'idée était de dire : "nous qui avons les droits sur des produits que

janvier [2010], on s'est dit « on va faire en temps réel, on regarde de quoi on a été saisi sur le mois de janvier et on va faire des vrais dossiers ». C'était un premier constat au début très bien mais à la fin il y en a qui avaient 3000 constats sur le mois. Vous faites même en contravention de première classe 34€ vous aviez pour certains, je ne sais plus combien de millions ! »

²⁰⁵Entretien du 13 novembre 2012 au Conseil d'État.

l'on pille et que l'on méconnaît, nous ne voyons pas pourquoi nous devrions nous arranger avec ceux qui font de l'argent en violant nos droits (les FAI)". Il faut que l'État soit présent, que l'État réponde. L'idée n'était pas formulée comme ça mais c'est ce qu'ils disaient, c'était important pour eux symboliquement et aussi financièrement, quand même. »

Par le parallèle avec la propriété matérielle, les ayants droit sont donc parvenus à assigner aux pouvoirs publics de prendre leur responsabilité. Cet argument moral est aussi associé à de fortes conséquences financières. En effet, dans le cas de l'hypothèse d'une sanction civile ou d'un accord contractuel entre ayants droit et fournisseurs d'accès pour réprimer le téléchargement illicite, comme aux États Unis, les frais de recherche de la preuve incombent entièrement aux plaignants. Vu le volume des actes à traiter, le repérage des adresses IP des contrevenants, les garanties procédurales à prendre pour l'établissement des procès verbaux, les requêtes auprès des fournisseurs d'accès pour obtenir l'identité des abonnés, tout cela aurait représenté un coût élevé à internaliser pour les ayants droit. Pour externaliser tout ou partie de ce coût vers les pouvoirs publics, les ayants droit ont pesé de tout leur poids et mis dans la balance le développement de l'offre légale. La difficulté, voire l'impossibilité d'accéder à une offre légale large, aggravée par la chronologie des médias, est en effet un facteur décisif pour encourager l'internaute à se procurer illicitement l'œuvre recherchée. Les pouvoirs publics sensibles aux arguments du secteur culturel avaient dès les premières négociations souhaité une amélioration de l'offre légale en ligne. Mais les ayants droit n'ont pas cédé sur la question de l'externalisation des coûts induits par la répression du téléchargement illicite et obtenu que la répression soit un préalable à un effort sur l'offre légale :

« Il y avait des positions très idéologiques, il fallait d'abord traiter le répressif, et ça a été vu par les ayants droit et Denis Olivennes s'est attaché dès le début et dans la communication qu'il a faite du rapport à ce que ce soit équilibré [entre la répression et l'offre légale]. Médiatiquement et politiquement c'est un très bon choix mais en réalité le rapport s'est vite orienté comme ça, l'offre légale a été vue comme une contrepartie nécessaire aux efforts de l'État pour finalement faire ce que les ayants droit demandaient depuis plusieurs années. Ce mécanisme là, il faut bien voir que les cabinets [ministériels] avant ont résisté à ce que l'État internalise la dépense parce que l'HADOPI, c'est 12 millions d'euros de budget, c'est un coût internalisé par l'État pour aider une industrie, c'est quand même ça le mécanisme. C'est ce qu'ils

voulaient avant et qu'ils ont réussi à obtenir et, donc, l'offre légale a été la contrepartie. ²⁰⁶»

Quelle que soit la manière dont on aborde le fondement du délit de contrefaçon dans le droit général, compte tenu de la censure du Conseil constitutionnel sur la contravention, des diversités criminologiques insaisissables du délit, de la fragilité de l'intention de la faute et de la question de l'imputation des coûts induits par la répression, le législateur se voit contraint d'imaginer de toutes pièces une nouvelle infraction comme artifice pour restaurer l'efficacité du droit au milieu de ces objets fuyants et des « claims » contradictoires des victimes.

« Ça peut paraître baroque mais pas plus qu'un certain nombre d'incriminations pénales où la vérité policière n'est pas la même chose que la vérité pénale, où la vérité commune n'est pas la même chose. Tout le monde tape là dessus mais c'est le seul moyen d'arriver à dépénaliser et de ne pas se retrouver face à des infractions de contrefaçon. C'est effectivement le titulaire de l'abonnement qui est l'auteur des faits, ce n'est pas le téléchargement. Le téléchargement ce n'est pas ce qu'on lui reproche, c'est de ne pas avoir fait en sorte que son accès à internet ne soit pas utilisé à des fins de contrefaçon ²⁰⁷.

III – Les éléments légaux, matériels et moraux de la nouvelle infraction

« Baroque ». Le mot revient plusieurs fois dans la bouche de Mireille Imbert-Quaretta lors de nos entretiens. À la réflexion, ce terme emprunté au champ de l'esthétique n'est pas qu'une simple expression courante. Il renvoie en effet à des qualités étrangement pertinentes pour cet objet juridico-technique « bizarre » : précision, complexité, fragilité, imperfection, tension, foisonnement, excentricité, démonstrativité, artifice, confusion du réel et de l'illusion, « un monde où tous les contraires seraient harmonieusement possibles » (Beaussant 1988). Tous ces contraires – et nous avons vu qu'ils sont nombreux – vont trouver une stabilisation provisoire et fragile dans une nouvelle infraction traversée par de multiples fictions juridiques et techniques : *la contravention de négligence caractérisée d'absence de*

²⁰⁶Entretien du 13 novembre 2012 au Conseil d'État.

²⁰⁷Entretien du 4 juillet 2013, Mireille Imbert Quaretta, présidente de la Commission de protection des droits, HADOPI.

sécurisation de l'accès aux services de communication au public en ligne sans motif légitime. Détaillons à présent les éléments légaux, matériels et moraux de cette infraction « originale et complexe » (Imbert-Quaretta, Montfort, et Carpentier 2012: 591) établie à la suite de l'adoption législative de la loi « relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet », dite HADOPI 2 du le 15 septembre 2009, et des commentaires du Conseil constitutionnel du 22 octobre 2009.

L'élément légal de la contravention de négligence caractérisée

La nouvelle contravention trouve son origine légale dans l'article (L. 336-3) du Code de la propriété intellectuelle, élément déjà présent dans la loi DAVDSI d'août 2006, qui stipule :

« La personne titulaire de l'accès à des services de communication au public en ligne a l'obligation de veiller à ce que cet accès ne fasse pas l'objet d'une utilisation à des fins de reproduction, de représentation, de mise à disposition ou de communication au public d'œuvres ou d'objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sans l'autorisation des titulaires des droits prévus aux livres Ier et II lorsqu'elle est requise.

Le manquement de la personne titulaire de l'accès à l'obligation définie au premier alinéa n'a pas pour effet d'engager la responsabilité pénale de l'intéressé, sous réserve des articles L. 335-7 et L. 335-7-1. »

En outre, deux décisions du Conseil constitutionnel sont déterminantes pour fonder l'élément légal. Une première décision du 12 juin 2009 qui censurait la première mouture de la loi dite HADOPI affirmait que la suspension d'un accès internet, en tant que relevant de l'exercice de la liberté de communication, est de la seule compétence du juge judiciaire. D'autre part, une seconde décision, suite à la nouvelle version de la loi du 28 octobre 2009, validait le principe d'une sanction pénale applicable aux faits de négligence caractérisée et d'une peine complémentaire de suspension de l'accès à internet. Suite à ces décisions, le texte de référence pour cette nouvelle infraction est le décret n° 2010-695 du 25 juin

2010²⁰⁸ qui introduit dans le Code la propriété intellectuelle le nouvel article R. 335-5, qui stipule :

Article 1

Le chapitre V du titre III du livre III de la partie réglementaire du code de la propriété intellectuelle est complété par un article R. 335-5 ainsi rédigé :

« Art.R. 335-5.-I. — Constitue une négligence caractérisée, punie de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe, le fait, sans motif légitime, pour la personne titulaire d'un accès à des services de communication au public en ligne, lorsque se trouvent réunies les conditions prévues au II :

« 1° Soit de ne pas avoir mis en place un moyen de sécurisation de cet accès ;

« 2° Soit d'avoir manqué de diligence dans la mise en œuvre de ce moyen.

« II. — Les dispositions du I ne sont applicables que lorsque se trouvent réunies les deux conditions suivantes :

« 1° En application de l'article L. 331-25 et dans les formes prévues par cet article, le titulaire de l'accès s'est vu recommander par la commission de protection des droits de mettre en œuvre un moyen de sécurisation de son accès permettant de prévenir le renouvellement d'une utilisation de celui-ci à des fins de reproduction, de représentation ou de mise à disposition ou de communication au public d'œuvres ou d'objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sans l'autorisation des titulaires des droits prévus aux livres Ier et II lorsqu'elle est requise ; « 2° Dans l'année suivant la présentation de cette recommandation, cet accès est à nouveau utilisé aux fins mentionnées au 1° du présent II.

« III. — Les personnes coupables de la contravention définie au I peuvent, en outre, être condamnées à la peine complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne pour une durée maximale d'un mois, conformément aux dispositions de l'article L. 335-7-1. »

²⁰⁸<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022392027&categorieLien=id>

L'élément matériel de la contravention de négligence caractérisée

Pour concilier les contraires du constat de téléchargement illicite tout en évitant les poursuites pénales pour contrefaçon, l'élément matériel est double. La contravention de négligence caractérisée réprime une faute d'omission. Nous sommes ici au cœur de la dimension « baroque » de la nouvelle infraction : il s'agit d'une « infraction de commission par omission » (Imbert-Quaretta, Montfort, et Carpentier 2012: n° 9). Un acte de téléchargement illicite a été commis par l'intermédiaire d'un accès à internet mais ce n'est pas cet acte ni son potentiel auteur qui est réprimé mais le fait que le titulaire de l'abonnement n'a pas pris des mesures de sécurisation pour empêcher un tel acte de contrefaçon, par ailleurs susceptible d'être poursuivi au pénal. La loi DADVSI enjoignait déjà à l'abonné de sécuriser son accès, mais, comme nous l'avons vu, sans toutefois prévoir de sanction. Cette fois, le législateur va plus loin pour rendre cette obligation de sécurisation efficace en soulignant que cette omission a bien entraîné un résultat dommageable précis : la commission « d'actes matériels de contrefaçon ».

L'élément matériel est donc double ou plutôt dual. D'une part, il y a le manquement à l'obligation de sécurisation de l'accès à internet afin d'éviter son usage à des fins illicites qui peut prendre lui-même deux formes : soit le défaut total de sécurisation, soit le manque de diligence dans la mise en œuvre des moyens de sécurisation, pour pallier le cas où l'internaute affirme avoir installé un moyen de sécurisation sans l'avoir activé. Il est très important de remarquer que le moyen de sécurisation n'est pas défini d'un point de vue technique dans les textes, même si l'article L. 331-26 du Code de la propriété intellectuelle stipule que des moyens techniques de sécurisation seront labellisés par la HADOPI²⁰⁹. Si l'obligation pèse sur l'abonné, les textes ne s'aventurent pas, malgré l'art. 336-21, à préconiser telle ou telle solution technique qui aurait été labellisée comme capable d'assurer la sécurisation de l'accès. Et, ce, pour une raison simple : aucun moyen technique n'est en mesure pratique de le faire. En inscrivant l'illusion de moyens techniques de sécurisation capables de sécuriser une connexion, le législateur cherche très subtilement en réalité à faire peser sur l'internaute cette obligation aux solutions techniques fictionnelles, pour l'inciter à

²⁰⁹Extrait de l'art. du CPI 331-26 : *Après consultation des concepteurs de moyens de sécurisation destinés à prévenir l'utilisation illicite de l'accès à un service de communication au public en ligne, des personnes dont l'activité est d'offrir l'accès à un tel service ainsi que des sociétés régies par le titre II du présent livre et des organismes de défense professionnelle régulièrement constitués, la Haute Autorité rend publiques les spécifications fonctionnelles pertinentes que ces moyens doivent présenter.* Le décret d'application de cet article ne sera jamais publié.

prendre les moyens qui lui semblent les plus adaptés pour y parvenir, à savoir... cesser de télécharger.

« En pratique, pour la Commission de protection des droits, le parent qui décide de confisquer l'ordinateur de ses enfants qui téléchargent illégalement, met en œuvre un moyen de sécurisation au sens de la contravention de négligence caractérisée. Tel est le cas également de l'abonné qui, ayant donné à un tiers le code d'accès WIFI à son boîtier de connexion ou box, le modifie après que ce tiers a utilisé, à son insu, son accès à Internet à des fins illicites. Enfin, le seul moyen de sécurisation efficace pour celui qui, lui-même, télécharge illégalement des œuvres protégées est, bien sûr, de... cesser de télécharger. »

(Imbert-Quaretta, Montfort, et Carpentier 2012: n° 13)

Le second élément matériel concerne l'utilisation de l'accès à internet. Le seul élément du défaut de sécurisation n'est pas suffisant pour caractériser la contravention de négligence et d'ailleurs, sans ce second élément, le premier ne pourrait pas être détecté. Il s'agit donc de l'utilisation de l'accès à internet à des fins de reproduction, représentation, mise à disposition ou communication au public d'œuvres protégées. Avec cet élément, la contravention de « commission par omission » de sécurisation s'aggrave par une « infraction d'habitude » qui sanctionne la répétition à trois reprises d'un manquement et de son résultat dommageable, qui, constaté isolément, ne constitue pas une infraction pénale. S'introduit ici le sujet non moins épineux du constat et de l'administration de la preuve matérielle de la contravention. Ces constats, nous l'avons vu²¹⁰, sont transmis par les organismes habilités et doivent obligatoirement contenir un extrait de l'œuvre contrefaite.

L'élément moral de la contravention de négligence caractérisée

En règle générale, à la différence des délits et des crimes, les contraventions ne supposent ni intention de violer la loi, ni imprudence ou négligence. La simple constatation de l'élément matériel de l'infraction peut suffire à la caractériser. Tel n'est pas le cas pour cette infraction d'un type vraiment particulier qui suppose l'existence d'un élément intentionnel qui ne peut néanmoins s'analyser comme une faute d'imprudence ou de négligence ordinaire. Les membres de la Commission de protection des droits

²¹⁰Voir chapitre 2.

d'HADOPI, dans l'analyse qu'ils ont livrée des textes après dix-huit mois de pratique, soulignent que « l'élément intentionnel de la contravention est plus étroit que la seule faute de négligence et se rapproche davantage de la faute manifestement délibérée ²¹¹ ». En effet, la négligence caractérisée n'est pas une simple infraction par omission en raison du fait qu'à trois reprises le titulaire de l'abonnement a été rappelé à l'ordre par la Commission de protection des droits. Celui-ci ne peut donc arguer d'une simple omission mais se trouve sous le coup d'un dol particulier et limite lié à la persistance de faits délictueux en dépit des mises en garde répétées et solennelles qui lui ont été adressées. Il ne peut légitimement ignorer l'obligation qui pèse sur lui ni les conséquences pénales éventuelles pour contrefaçon qu'il encourt du fait de sa négligence, toujours possibles si les ayants droit le souhaitent.

Enfin, comme pour toute infraction, l'existence des faits matériels n'entraîne pas automatiquement la constatation de l'infraction. Des faits justificatifs peuvent être invoqués comme la force majeure ou l'autorisation par la loi. Un motif légitime peut ainsi être invoqué pour justifier le manquement à l'obligation de surveillance et exonérer le prévenu de sa responsabilité pénale²¹².

Une procédure et une structure d'instruction dédiées

Face à la complexité et à la fragilité de la construction de l'infraction, une procédure dédiée a dû être simultanément conçue par le législateur. Au sein de la HADOPI, une juridiction originale a été instaurée sous le nom de Commission de protection des droits (CPD). Constitué de trois magistrats des hautes juridictions (Conseil d'État, Cour de cassation, Cour des comptes) et soumis au secret de l'instruction, cet organe a le pouvoir de constater les manquements à l'obligation de surveillance susceptibles, en cas de renouvellement, de constituer une contravention de négligence caractérisée ; de mettre en œuvre la procédure de réponse graduée ; et surtout d'apprécier l'opportunité de transmettre au procureur de la République du Tribunal de Grande Instance territorialement compétent les dossiers arrivés au terme du

²¹¹Code pénal art. 121-3 al.4.

²¹²Les cas sont rares, mais ce fut le cas pour un titulaire d'accès à internet incarcéré au moment des faits et qui a donc pu justifier d'un motif légitime pour son manquement à l'obligation de surveillance.

dispositif de réponse graduée et de leur instruction par la CPD. Le statut, les pouvoirs et les prérogatives de la CPD présentent un certain nombre d'originalités. En premier lieu, cette commission, bien que liée à la procédure de réponse graduée inscrite dans le Code de propriété intellectuelle, est un dispositif inscrit dans le cadre d'une procédure pénale²¹³. Son intervention par le dispositif de réponse graduée est ainsi un acte de procédure obligatoire, dont seule la seconde recommandation par lettre recommandée après une première par courrier électronique, est une condition de l'infraction. S'agissant du cadre de la procédure pénale, le procureur de la République peut aussi saisir la CPD s'il le juge opportun comme alternative à des poursuites pénales pour contrefaçon.

Concernant l'instruction des dossiers, les membres de la CPD et les agents assermentés – véritables officiers de police judiciaire, différents des agents assermentés des ayants droit faisant un simple constat de l'infraction sans force de droit – peuvent recueillir les saisines des ayants droit s'estimant victimes de téléchargement illicite, obtenir des opérateurs de communications électroniques tous les documents utiles à la manifestation de la vérité, notamment l'identité des abonnés, et enfin recueillir les observations et entendre par procès-verbal les personnes concernées²¹⁴. Réception des saisines, pouvoir d'investigation, auditions, constatation des faits, confèrent donc à la CPD des prérogatives explicites de police judiciaire²¹⁵. Mais, et il s'agit là encore d'une particularité essentielle, les membres de la CPD ne sont pas soumis aux dispositions de l'article 40 du Code de procédure pénale qui oblige toute autorité constituée, officier public ou fonctionnaire, à dénoncer tout crime ou délit dont il acquiert la connaissance dans l'exercice de ses fonctions. Cette grande singularité permet à la CPD d'exercer un pouvoir d'appréciation des faits, notamment en terme de délais. De plus, comme le souligne à plusieurs reprises Mireille Imbert-Quaretta, la CPD « peut ou peut ne pas » décider de transmettre ses

²¹³Conseil d'Etat, 19 oct. 2011, n° 342405 : JurisData n° 2011-022463 ; Comm. com. électr. 2012, comm. 3, note Ch. Caron : « les recommandations adressées par la Commission de protection des droits sont indissociables d'une éventuelle procédure pénale conduite ultérieurement devant le juge judiciaire ». <http://www.conseil-etat.fr/fr/selection-de-decisions-du-conseil-d-etat/ce-19-octobre-2011-french-data-network-n.html>

²¹⁴L'article L. 331-21-1 du Code de la propriété intellectuelle prévoit en effet que : « *Les membres de la Commission de protection des droits, ainsi que ses agents habilités et assermentés devant l'autorité judiciaire mentionnés à l'article L. 331-21, peuvent constater les faits susceptibles de constituer des infractions prévues au présent titre lorsqu'elles sont punies de la peine complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne mentionnée aux articles L. 335-7 et L. 335-7-1. Ils peuvent en outre recueillir les observations des personnes concernées. Il est fait mention de ce droit dans la lettre de convocation. Lorsque les personnes concernées demandent à être entendues, ils les convoquent et les entendent. Toute personne entendue a le droit de se faire assister d'un conseil de son choix.* »

²¹⁵Art. 15, 28 et 537 du Code de procédure pénale.

constatations au Parquet. Dérogeant donc à l'article 40 du Code de procédure pénale, ces dispositions lui confèrent un pouvoir d'appréciation très important, non sur les poursuites dont l'opportunité appartient au seul ministère public, mais sur les suites à donner aux saisines qui lui sont adressées. Ces pouvoirs importants, qui répondent à l'esprit des lois HADOPI visant, malgré les nombreuses critiques, à faire œuvre de pédagogie et à envisager la sanction pénale en dernier recours, ont aussi pour conséquence de filtrer la quantité de dossiers transmis aux tribunaux et de participer ainsi à une « bonne administration de la justice », c'est à dire, à veiller aussi à limiter le coût que représentent ces infractions pour l'État²¹⁶.

Conclusion

Ce chapitre a détaillé la pointe du dispositif de « bonne police », de discipline et de conduite des comportements de masse constituée par la formulation d'une nouvelle infraction. Nous avons montré en quoi la HADOPI se distingue comme instrument de gouvernement dans la mesure où son ancrage dans les faits a dû passer par la formulation d'une procédure pénale qui a mobilisé de nombreux acteurs. L'originalité du problème à formuler et à résoudre a conduit les pouvoirs publics, après plusieurs tâtonnements et essais, à devoir inventer une infraction capable de se frayer un chemin entre les exigences contradictoires des acteurs et de produire un effet de vérité qui doit à la fois atténuer les dispositifs répressifs de la contrefaçon déjà existants et les massifier en leur insufflant une part d'automatisation, tout en faisant peser sur la population à contrôler un risque suffisant pour modifier des habitudes profondément ancrées dans les usages. Le contexte d'énonciation d'une nouvelle infraction est lourdement handicapé, en outre, par la production d'arguments capables de réifier le préjudice et le dommage causés aux victimes. Nous avons souligné en effet que le préalable à l'énoncé d'une nouvelle infraction comme micro-instrument de gouvernement résidait dans la capacité des acteurs à s'associer pour produire un effet de vérité suffisant pour décider les pouvoirs publics à formuler dans la loi une

²¹⁶Comme le remarque avec sagesse le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 10 juin 2009, « par l'ampleur des contrefaçons commises au moyen d'Internet et l'utilité, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, de limiter le nombre d'infractions dont l'autorité judiciaire sera saisie », *Cons. const., déc. 10 juin 2009, n° 2009-80 DC, préc. note (7), consid. 28.*

nouvelle infraction. Ceci, afin de ne pas remettre en cause la routine politico-économique du triangle création-valeur-prix des biens culturels.

Nous avons cherché à décrire le plus clairement possible la façon dont s'est construit un artifice du droit et à suivre le cheminement de la fabrication des associations entre des contraintes politiques, économiques, techniques et juridiques. Il a fallu construire un élément de prise juridique sur le problème qui devait laisser intact le délit de contrefaçon en lui-même. L'axe de la sécurisation de l'accès à internet a donc été privilégié. Eu égard à la nature particulière des actes visés : une mise à disposition d'œuvres laissées téléchargeables par le truchement des échanges pair-à-pair, la réalité criminologique et le dol général échappent à une mise en calcul. Les coûts sociaux de telles mesures doivent être aussi minutieusement cadrés (coûts directs de recherche et d'exploitation des données et coûts indirects de bonne administration de la justice). Mais un défaut de sécurisation ne suffit pas : encore faut-il qu'effectivement des « actes matériels » aient été effectivement constatés et surtout que les agents publics aient la faculté de poursuivre la procédure « comme si » un délit n'avait pas été commis. À cette pure fiction juridique s'ajoute celle de l'impossibilité technique de garantir la sécurisation d'un accès à internet. Nous avons pu montrer qu'à partir de ces contraires qui défient la rationalité, un effet sur les comportements peut se produire : cesser de télécharger sur les réseaux pair-à-pair devient l'option la plus raisonnée. Cela se vérifiera d'ailleurs dans les faits, même si on peut largement estimer que les usages de téléchargement illicite se sont reportés sur d'autres technologies (*streaming, direct download...*).

Les fictions juridiques ne sont certes pas rares quand on examine les questions posées par la pragmatique du droit. Le « manquement à l'obligation de sécurisation et son utilisation à des fins de reproduction » caractérisant une infraction de commission par omission doublée d'une infraction d'habitude revêt selon nous un caractère particulièrement hardi, technique et performatif. L'originalité de l'infraction a d'ailleurs nécessité pour son administration la création d'une entité *ad hoc* au sein de la future Autorité administrative indépendante : la Commission de protection des droits a ainsi été explicitement instaurée, comme un véritable laboratoire, dans le but de pouvoir manipuler dans un environnement juridiquement très contrôlé, stabilisé et professionnalisé des constructions techno-juridiques d'une extrême fragilité afin d'exercer un très large pouvoir d'appréciation des faits délictueux, inédit d'après notre analyse.

Faire « comme si » l'acte de contrefaçon n'était pas punissable et dénonçable pour détourner les foudres du droit pénal général, « comme si » on pouvait techniquement sécuriser une connexion internet, « comme si » l'abonné n'était pas l'auteur du délit, « comme si » la qualification du préjudice était claire, « comme si » le piratage recouvrait une réalité criminologique uniforme, etc. Travestir les faits en les déclarant autres qu'ils ne sont vraiment, est la définition de la « fiction juridique », pratique étonnante bien que fréquente de la pragmatique du droit. Cet artifice consiste, selon l'anthropologue du droit Yan Thomas, « à tirer de cette adultération même et de cette fausse supposition les conséquences de droit qui s'attache[nt] à la vérité que l'on feint, si celle-ci existait sous les dehors qu'on lui prête » (Thomas, 2011: 133). Cette « force fragile » du droit, comparable à aucune autre réalité anthropologique, permet d'agir contre les faits en supposant les faits autrement qu'ils ne sont, soit quant à leur existence même (des préjudices du piratage), soit quant à leurs modalités (l'abonné n'a pas commis de délit de contrefaçon, il a omis de sécuriser sa connexion). Comme l'affirme Mireille Imbert-Quaretta, « la vérité policière et la vérité pénale [...], ou la vérité commune ne sont pas la même chose ».

L'infraction pour défaut de sécurisation, dont nous avons décrit l'originalité permet, comme point de passage obligé, de problématiser, de simplifier et de traduire dans les faits et le réel la volonté des pouvoirs publics d'agir sur les externalités produites par les échanges de biens culturels numérisés. À ce titre, cette infraction peut être classée dans la catégorie des instruments « effecteurs » de l'action publique selon les travaux de Christopher Hood (1983). La dimension fortement constructiviste de cette infraction et l'étude empirique de sa formulation permettent d'observer le processus de fabrication des solutions dans une situation de fortes incertitudes et de stabiliser quelque peu le concept « d'instrument » parfois difficile à définir. En produisant, même de manière fictionnelle, un puissant effet de vérité pénale par le principe d'autorité de la loi, la nouvelle infraction constitue comme le souligne Patrick Le Galès (2004 : 237-271) « une forme condensée et finalisée de savoir sur le pouvoir social et les façons de l'exercer ». Désormais, entre les débordements de l'individualité des comportements et les institutions publiques, un principe de filtrage produisant un effet de cliquet a été formulé. Reste maintenant à déployer cet effet de vérité pénale de l'infraction sur le réel et à lui donner les moyens de se saisir des faits.

CHAPITRE 7 – FABRIQUER UN INSTRUMENT D'ACTION PUBLIQUE. L'apparition de l'agence HADOPI par ses décrets en Conseil d'État

Les mois de juin et de juillet 2009 sont riches en événements sur le front de la régulation des échanges numériques de biens culturels. Outre la censure, le 10 juin, par le Conseil constitutionnel de l'essentiel de la première mouture de la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, dite HADOPI 1, promulguée néanmoins le 12, c'est un second projet de loi qui est présenté en Conseil des Ministres le 24, soit moins de quinze jours plus tard. Cette nouvelle loi voit la sémantique de son titre se durcir puisqu'il ne s'agit plus de favoriser et de protéger quoique ce soit mais d'une loi « relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet ». Un autre événement plus politique intervient le 23 juin avec le changement de Ministre de la culture et de la communication. Christine Albanel, étrangère au sérail politique et très peu combative politiquement, s'est laissée littéralement déborder par les débats parlementaires et *in fine* se voit dé-crédibilisée par la censure du Conseil constitutionnel. Elle cède brutalement sa place à Frédéric Mitterrand qui reprend vigoureusement le flambeau de la loi HADOPI 2. Comme nous l'a rapporté Olivier Henrard²¹⁷, à l'époque conseiller culturel du Chef de l'État, ancien membre du cabinet de Christine Albanel et principal rédacteur de la loi HADOPI 1 : « *Le discours de Frédéric Mitterrand pour ouvrir le débat sur la deuxième loi a fait date parce que il y avait énormément de monde dans l'hémicycle – 300 personnes – d'abord c'était la première prise de parole de Mitterrand, c'est un petit événement politique en soi, ensuite, ce n'est pas parce que je l'ai écrit (rires) mais il a fait un très bon discours parce qu'il n'a pas fait l'erreur de Christine Albanel. Justement pour arriver à briser le mur du « complot » entre guillemets évidemment, je m'en rends compte rétrospectivement, ou d'irrationalité, Christine Albanel aurait dû sur-politiser le débat, c'était le seul moyen d'échapper aux spécialistes technologico-techniques parce qu'à ce moment là le débat aurait été saisi par les journalistes politiques, on serait revenu sur un débat sur les principes, le respect de la loi,*

²¹⁷Entretien du 9 février 2012.

etc. Et moi, je lui ai proposé cinquante fois de faire des discours de cette nature là parce que c'était le seul moyen pour nous d'arriver à la lumière, d'arriver à l'oxygène, mais comme ce n'est pas du tout son tempérament elle a toujours refusé. Et au contraire F. Mitterrand a sauté sur l'occasion, il a eu du « pif », et donc le discours a produit ce qui était attendu, plus le talent spécifique de F. Mitterrand. Donc on a redonné du relief à la position du gouvernement. »

Au delà de ce contexte politique utile à rappeler pour situer notre propos, ce chapitre s'intéresse à la phase de rédaction, de publication et de contestation des décrets d'application des lois HADOPI 1 et 2, la seconde loi n'abrogeant pas la première. Cette étape est déterminante pour rendre opératoire la lettre de la loi et mieux comprendre comment l'agence, encore à l'état virtuel et « gisant » dans le texte de loi, va concrètement se constituer comme épreuve, expérimentation et instrument d'un agencement étatique à l'ère numérique. Le Conseil d'État est l'acteur central mais pas unique puisque ces décrets bien que « pris en Conseil d'État » font en premier lieu l'objet d'une rédaction interministérielle. Ces petits textes que sont les décrets font passer le texte législatif sous l'empire d'un autre type de logique de production des faits, celui du droit administratif. À travers le passage de la loi par la petite douzaine de ces textes, nous voyons véritablement la Haute autorité apparaître. Leur examen, que nous avons tenté de mener de manière précise, souligne combien et comment selon Louis Assier-Andrieu, « le droit n'est pas une série arrêtée de normes, de règles, de principes, d'interdictions. C'est beaucoup plus une façon sans cesse renouvelée d'imaginer le réel » (Assier-Andrieu 1996: 38).

Nous prenons le temps, au début de ce chapitre, de décrire la nouvelle version de la loi et les mouvements du texte ainsi que les conséquences d'une énième saisine du Conseil constitutionnel. Dans un second temps, nous discutons, dans le sillage des nombreux travaux sur les instruments de l'action publique, de la nature d'autorité administrative/publique indépendante de l'agence créée par la loi. Cette forme hybride qui met au défi le dogme de la séparation des pouvoirs concrétise une aspiration récente à de nouveaux modes de médiation, de régulation et de transparence de l'action publique. Enfin, l'essentiel de ce chapitre est consacré aux décrets d'application pris en Conseil d'État. Tout d'abord, ceux qui constituent les quatre pierres angulaires de l'agence : le traitement automatisé, son volet pénal, la création de l'infraction de négligence caractérisée et la procédure devant la Commission de protection des droits,

mais aussi les controverses et recours qu'ils ont suscités. Les deux décrets consacrés à la labellisation de l'offre légale et des moyens de sécurisation de l'accès à internet, qui constituent les aspects essentiels du volet pédagogique d'incitation de la loi, concluent ce chapitre.

Le propos de ce chapitre terminal de la thèse s'inscrit donc délibérément dans les recherches nombreuses – notamment en France depuis une décennie – portant sur l'instrumentation de l'action publique²¹⁸. En prenant ici comme terrain les décrets et les résistances qu'ils ont suscitées, nous espérons combler quelque peu le manque de travaux, souligné par Jean-Pierre Le Bourhis et Pierre Lascoumes (2014: 501), qui s'intéressent à « l'espace où l'arbitrage politique est le plus manifeste [...] fixant le design final de l'outil, mais aussi conservant parfois une ambiguïté et un flou calculés quant à certaines caractéristiques ».

I – D'HADOPI 1 à HADOPI 2, de la « riposte » à la « réponse ».

HADOPI 2, une rejudiciarisation

Après les lois DADVSI et HADOPI 1, la nouvelle loi adoptée le 28 octobre 2009 « relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet » va tenter de combler les lacunes de la loi précédente dont l'intégralité du dispositif répressif a été déclaré non conforme à la Constitution. Cette troisième tentative législative n'abroge pas les deux précédentes mais tente de tenir ensemble l'objectif initial de lutte contre le téléchargement illicite et les injonctions du Conseil constitutionnel. Douze jours après la promulgation de la loi précédente le 24 juin 2009, amputée du dispositif de sanction administrative qui donnait à l'autorité administrative indépendante un moyen d'agir, un nouveau projet de loi complémentaire est présenté en Conseil des ministres et transmis en procédure accélérée au Sénat.

²¹⁸Pour une synthèse des travaux sur les instruments de gouvernance depuis une décennie : Charlotte Halpern, Pierre Lascoumes, Patrick Le Galès (dir.), *L'instrumentation de l'action publique. Controverses, résistance, effets*, Paris, Les Presses de Sciences Po, coll. « Gouvernances », 2014, 520 p., Introduction, p. 15-59.

On peut citer entre autres travaux en France, ces dernières années ceux de Luc Berlivet (2007: 93-113), François-Joseph Daniel (2010: 159-177), Fabrice Hamelin et Laurent Carnis (2007 : 103-128), Jean-Pierre Le Bourhis (2007 : 75-96), Anaïk Purenne et Jérôme Aust (2010: 7-28).

L'exposé des motifs de la nouvelle loi rappelle que « les recommandations adressées à la Haute autorité n'auront d'effet dissuasif que si elles sont assorties d'une possible sanction en cas de renouvellement des infractions » et prend acte que « le Conseil constitutionnel a considéré que, dans la mesure où une sanction de cette nature pouvait conduire à restreindre l'exercice, par toute personne, de son droit de s'exprimer et de communiquer librement, le législateur ne pouvait, quelles que soient les garanties encadrant le prononcé des sanctions, confier de tels pouvoirs à une autorité administrative ». Soucieux par ailleurs de ne pas inonder les services du Ministère de la justice, le nouveau projet de loi envisage de conférer « aux membres de la Commission de protection des droits [...] des prérogatives de police judiciaire leur permettant de constater les infractions », ainsi qu'un recours « à la procédure du juge unique²¹⁹ et aux ordonnances pénales²²⁰ en matière de délits de contrefaçon ». Le projet de texte instaure ici une confusion entre le manquement à l'obligation de sécurisation et le délit de contrefaçon en tant que tel que le texte cherche pourtant à parfaitement distinguer. Alors que le projet initial du législateur était de forger un droit spécial pour alléger la répression du téléchargement illicite par rapport au délit de contrefaçon, le projet de loi HADOPI 2, non seulement entremêle la répression du manquement à l'obligation de surveillance et le délit de contrefaçon, mais il va tenter d'isoler l'épineux problème de la suspension de l'accès à internet, inscrit dans les gènes d'HADOPI 1, en le transformant en peine complémentaire. Pour cela, il est envisagé de donner au juge la possibilité de prononcer « une suspension de l'accès au service pour une durée maximale d'un an, assortie de l'interdiction de souscrire, pendant la même période, un autre contrat portant sur un service de même nature auprès de tout opérateur ». Les campagnes de presse reprennent de plus belle, plusieurs députés de la majorité suppliant le gouvernement

²¹⁹*Il existe traditionnellement des juridictions composées d'un seul magistrat : le tribunal d'instance et le tribunal de police, qui connaissent respectivement des litiges civils et des affaires pénales les moins graves, sont présidés par un magistrat qui siège et délibère seul. De même, les juges du tribunal de grande instance (TGI) qui occupent une fonction spécialisée exercent seuls leur mission juridictionnelle : non seulement le juge des enfants, le juge aux affaires familiales, le juge d'instruction ou le juge d'application des peines (tous ces magistrats occupant des fonctions dites "de cabinet"), mais encore le juge de l'exécution, le juge des référés, ou le juge des libertés et de la détention (qui exercent des fonctions dites "présidentielles", car relevant de la compétence du président du TGI ou de ses délégués). Source : <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/justice/approfondissements/question-du-juge-unique-etat-lieux.html>*

²²⁰*Le procureur de la République peut décider de recourir à la procédure simplifiée de l'ordonnance pénale pour les délits mentionnés au II du présent article lorsqu'il résulte de l'enquête de police judiciaire que les faits reprochés au prévenu sont simples et établis, que les renseignements concernant la personnalité, les charges et les ressources de celui-ci sont suffisants pour permettre la détermination de la peine, qu'il n'apparaît pas nécessaire, compte tenu de la faible gravité des faits, de prononcer une peine d'emprisonnement ou une peine d'amende d'un montant supérieur à celui fixé à l'article 495-1 et que le recours à cette procédure n'est pas de nature à porter atteinte aux droits de la victime. Art. 495 du Code de procédure pénale*

de surseoir au projet de maintenir la coupure de l'accès dans le nouveau projet de loi au profit d'un système d'amende : « une approche pédagogique [qui] sera opérationnelle immédiatement, modulable en fonction de la gravité des faits et efficace »²²¹. Les organisations syndicales de la magistrature, malgré le recours au juge unique et à l'ordonnance pénale, pensent que « les procureurs ne pourront pas se contenter d'une simple dénonciation, et qu'ils devront donc procéder à des enquêtes complémentaires [...], ça va être un truc monstrueux à gérer »²²².

Nouvelle saisine et décision du Conseil constitutionnel

La loi est adoptée le 22 septembre 2009. Les députés de l'opposition déposent une semaine plus tard, comme ils l'avaient annoncé, une nouvelle saisine du Conseil constitutionnel. En effet, le problème de fond de la coupure d'internet que le Conseil constitutionnel avait stigmatisée comme non conforme à la Constitution car attentatoire à la liberté fondamentale d'expression, n'est pas réglé, quand bien même cette sanction n'est plus infligée par une autorité administrative mais par un juge. La nouvelle saisine insiste sur la présomption de culpabilité qui, selon les députés signataires, entache encore la procédure aboutissant à une contravention pour « négligence caractérisée » de surveillance de la connexion internet. Il est ainsi estimé que les garanties procédurales ne sont pas honorées au regard de la sanction encourue qui porte sur la liberté d'expression des internautes. Les députés auteurs de la saisine insistent aussi sur le caractère jugé disproportionné de la sanction de coupure d'internet au regard de la « négligence caractérisée ». L'ambiguïté soulignée plus haut entre répression de la contrefaçon et répression de la « négligence caractérisée » semble introduire par ailleurs un risque de rupture d'égalité devant la loi. « En créant deux régimes juridiques distincts pour réprimer le délit de contrefaçon selon qu'il a été commis ou non au moyen d'un service de communication au public en ligne, le législateur a porté une atteinte injustifiée au principe d'égalité [...] tant pour les sanctions encourues (suspension de la connexion) que pour ce qui est de la procédure judiciaire applicable ». En appui de cet argument, les requérants

²²¹Dionis du Séjour, J., Vanneste, C., Suguenot, A., « Et maintenant, que faire de la loi HADOPI ? », *Le Monde*, 25 juin 2009.

²²²Patrick, Roger, « Piratage sur internet : la crainte d'une multiplication des contentieux », *Le Monde*, 8 juillet 2009.

rappellent la décision du 27 juillet 2006 du Conseil constitutionnel qui avait, à l'occasion de la loi DADVSI, déclaré anticonstitutionnel, car introduisant une rupture d'égalité devant la loi pénale, le fait de considérer comme une contravention les échanges illicites sur les réseaux pair-à-pair et comme un délit lorsqu'ils sont commis par d'autres moyens²²³. *In fine*, la saisine défend trois arguments d'anticonstitutionnalité dont la nouvelle loi et surtout le concept de « négligence caractérisée » se trouvaient entachés : rupture du principe de légalité des délits et des peines, méconnaissance du principe de présomption d'innocence et de celui de responsabilité personnelle en matière répressive. Le 22 octobre 2009, le Conseil constitutionnel rend sa décision n° 2009-590 DC²²⁴. À part une disposition annexe concernant l'imprécision des règles de procédure de demande de dommages-intérêts par la victime du téléchargement illicite, le texte est intégralement validé par les Sages du Palais Royal. En voici le résumé²²⁵ :

« Les députés requérants contestaient ces orientations et soulevaient des griefs à l'encontre des articles 1er, 6, 7, 8 et 11. Le Conseil a rejeté l'ensemble de ces griefs à l'exception de celui dirigé contre l'article 6.II de la loi. Il a, sur ce point, censuré la disposition relative au prononcé de dommages et intérêts civils par le juge de l'ordonnance pénale.

I - L'article 1er de la loi porte sur la HADOPI et les pouvoirs de ses membres et de ses agents. Les requérants soutenaient que ces dispositions étaient obscures et ambiguës et demandaient au Conseil constitutionnel de les interpréter. Le Conseil a écarté ce grief au regard des termes clairs de la loi qu'il incombera aux autorités judiciaires d'appliquer.

L'article 6 institue une procédure pénale spécifique applicable aux délits de contrefaçon commis par internet (jugement à juge unique et procédure simplifiée de l'ordonnance pénale). Le Conseil

²²³Le Conseil constitutionnel déclare : « comme contraire au principe d'égalité devant la loi pénale, l'article 24 [de la loi DADVSI], qui, dans le cas particulier de l'utilisation d'un logiciel d'échanges " pair à pair ", qualifiait de contraventions des actes de reproduction ou de mise à disposition d'œuvres protégées qui constitueraient des délits de contrefaçon s'ils étaient commis par tout autre moyen de communication en ligne. », <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2006/2006-540-dc/communiquede-presse.87319.html>

²²⁴<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2009/2009-590-dc/decision-n-2009-590-dc-du-22-octobre-2009.45986.html>

²²⁵<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2009/2009-590-dc/communiquede-presse.88605.html>

constitutionnel a déjà eu l'occasion de juger cette procédure conforme à la Constitution (Décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002). Il a confirmé cette jurisprudence et écarté les griefs des requérants contestant cette procédure pénale.

L'article 7 instaure une peine complémentaire, délictuelle, de suspension de l'accès à internet. Cette instauration ne méconnaît ni le principe de nécessité des peines ni le principe d'égalité devant la loi. Elle n'est notamment pas caractérisée par une disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue. Son instauration relevait donc du pouvoir général d'appréciation du législateur.

L'article 8 instaure la même peine complémentaire de suspension de l'accès à internet en matière contraventionnelle. Il reviendra au pouvoir réglementaire de définir les éléments constitutifs de cette infraction, dont le Conseil constitutionnel n'est pas saisi. Dès lors, le grief ne pouvait qu'être écarté. »

La loi HADOPI 2 parvient paradoxalement, tout en s'inscrivant dans la volonté ancienne du législateur d'adoucir la répression du délit de contrefaçon quand il est commis sur internet, à rejudiciariser et à aggraver la répression particulière des échanges illicites de biens culturels. La loi précédente avait tenté de dépénaliser le téléchargement illicite en le réprimant par une sanction administrative conférée par une autorité administrative indépendante sans le passage par le juge. Disposition déclarée non conforme à la Constitution parce qu'elle conférerait à une instance administrative le pouvoir de suspendre la liberté fondamentale d'expression, pouvoir réservé au juge et à la justice pénale. Ce n'est ainsi pas moins de trois types d'infractions qui sont définies à nouveaux frais par la loi HADOPI 2. D'une part, la définition du téléchargement illicite comme constitutif du délit de contrefaçon sort renforcée de cette longue séquence législative. La loi DADVSI avait tenté en 2006 de sortir de cette définition générale pour contourner l'application des lourdes peines prévues à l'article L. 335-2-1 du Code de propriété intellectuelle (3 ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende), mais le Conseil constitutionnel avait, nous l'avons dit, considéré cet argument contraire au principe d'égalité devant la loi pénale. Le moyen de commission de l'infraction par un réseau numérique et un protocole donné (le P2P) ne modifiait pas la nature de l'acte délictueux et donc n'autorisait pas une répression différente, mais la loi HADOPI 2 ne se contente pas de renforcer la définition du délit de contrefaçon, elle y ajoute une peine complémentaire de suspension de

l'accès à internet. En outre, la loi HADOPI 2 définit la « négligence caractérisée » dans la surveillance de l'usage fait de l'accès à internet qui devient à son tour constitutive d'une infraction spécifique, le Conseil constitutionnel affirmant solennellement que la notion de « négligence caractérisée » ne « revêt pas un caractère équivoque ». Une troisième infraction qui interdit de souscrire un nouvel abonnement en cas de coupure de l'accès à internet est enfin créée par la loi « relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet ».

Les dispositions promulguées de la loi du 28 octobre 2009

À l'issue de cette séquence législative mouvementée, longue et complexe, où trois lois successives (DADVSI, HADOPI 1 et 2) s'entremêlent sans se remplacer, il nous paraît utile, avant d'examiner le *design* de l'autorité administrative indépendante HADOPI, de clarifier les dispositions effectivement promulguées. Nous exposons ici en premier lieu la nature des infractions établies par la nouvelle loi et dans un second temps la sanction de ces infractions. Les dispositions de la loi « relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet » ont vocation pour l'essentiel à s'intégrer dans le Code de la propriété intellectuelle mais aussi dans le Code de procédure pénale.

La nature des infractions

Les infractions pénales définies par la nouvelle loi portent sur trois éléments : le délit de contrefaçon, la négligence caractérisée de surveillance de l'usage fait de la connexion internet et la violation de la suspension de la connexion. Concernant la contrefaçon définie à l'article L. 335-3 du CPI comme « toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur » mais aussi des droits voisins de « l'artiste-interprète, du producteur de phonogrammes ou vidéogrammes ou de l'entreprise de communication audio-visuelle », celle-ci reste, nous l'avons déjà évoqué, constitutive d'un délit. Mais, élément nouveau, à côté de ces dispositions

générales, l'article L. 335-7 considère de manière spécifique l'infraction « commise au moyen d'un service de communication au public en ligne », ce qui fonde la possibilité d'appliquer la peine complémentaire de suspension de l'accès à internet.

Une infraction distincte de la contrefaçon est créée par la loi du 28 octobre 2009 : la négligence caractérisée dans la surveillance de l'usage fait de la connexion internet (art. L. 335-7-1). Celle-ci est fondamentale pour « écarter l'argument, sinon le risque, de l'atteinte à la présomption d'innocence que comporte le fait de retenir automatiquement le titulaire de l'abonnement à internet, détenteur de l'adresse IP, comme coupable des faits de violation des droits d'auteur et des droits voisins » (Derieux et Granchet 2010: 183).

Enfin, la troisième infraction concerne la violation de la peine complémentaire de suspension de l'accès à internet, soit du fait du fournisseur d'accès qui ne met pas en œuvre avec diligence la décision de justice, soit du fait de l'internaute qui souscrit un abonnement auprès d'un autre fournisseur d'accès. Il est à noter ici une contrainte technique supplémentaire imposée au fournisseur d'accès qui doit suspendre l'accès à internet tout en laissant disponible l'accès aux services de téléphonie ou de télévision.

La sanction des infractions

Les sanctions instaurées par la loi HADOPI 2 obéissent à des règles spécifiques tant dans le domaine du constat et du jugement que du mode de sanction à appliquer. Concernant le constat, l'article L. 331-21-1 attribue aux membres de la Commission de protection des droits de la HADOPI le pouvoir de « constater les faits susceptibles de constituer des infractions ». L'article ajoute, et c'est un élément important pour l'agir futur de la CPD, qu'elle peut « recueillir les observations des personnes concernées » et établir « un procès-verbal d'audition », conférant ainsi à la CPD de véritables pouvoirs d'enquête de police judiciaire avec le cycle du constat des faits, de l'établissement de procès-verbal d'audition et de transmission au Parquet. Avant cette ultime étape de l'audition, l'envoi de recommandations par la CPD (art. L. 331-25) est une étape obligatoire déjà affirmée dans la loi HADOPI 1 du 12 juin 2009. Ces recommandations, pivot de la mise en œuvre de la « réponse » (et non plus de la riposte) graduée, rappellent à l'internaute mis en cause l'obligation de veiller à ce que son accès

internet « ne fasse pas l'objet d'une utilisation à des fins de reproduction, de représentation, de mise à disposition ou de communication au public d'œuvres ou d'objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sans l'autorisation des titulaires des droits ». La nouvelle loi ajoute que les recommandations doivent aussi informer des « sanctions encourues ».

Les modes de jugement ont été profondément modifiés entre les deux lois HADOPI, le Conseil constitutionnel ayant relevé que seule l'autorité judiciaire avait compétence pour la suspension de la connexion à internet, considérée de nature à porter atteinte à une liberté fondamentale. Nous sommes ici au cœur du processus de « rejudiciarisation » de la loi du 28 octobre 2009. Une des contraintes importante et tacite qui pèse sur les tentatives de répression du téléchargement illicite n'est pas seulement celle de l'efficacité mais aussi l'objectif, central pour la politique pénale du gouvernement, de ne pas inonder les tribunaux de dossiers. Dans le domaine qui nous intéresse, le risque est grand d'atteindre des volumétries considérables, eu égard à la typologie particulière des faits considérés. La porte est étroite pour concilier l'opérationnalité de la loi qui fait peser sur l'internaute un risque de sanction proportionnée l'incitant à suspendre ses actes délictueux, et le souci de mettre en place un dispositif de régulation qui ne fasse aboutir devant le juge qu'un nombre très limité de dossiers. Mais cette option de politique pénale peut à son tour affecter la perception de l'efficacité du dispositif général si trop peu de poursuites ont lieu, accréditant l'idée d'une inutilité de la loi et d'un coût social trop élevé au vu du résultat du nombre d'incriminations. Critique de l'action insuffisante de la CPD qui sera portée par ceux-là mêmes qui craignaient l'avènement d'une police généralisée d'internet. L'un des modes instauré pour juger les faits de téléchargement illicite concerne l'ajout au Code de procédure pénale (art. 398-1) du délit de contrefaçon dans la liste des délits sur lesquels un juge unique peut statuer. L'autre mode, introduit dans la loi HADOPI 2 par l'article 495-6-1 du Code de procédure pénale, concerne l'utilisation de la procédure simplifiée de l'ordonnance pénale²²⁶ « lorsqu'ils [les délits de contrefaçons] sont commis au moyen d'un service de communication au public en ligne ».

²²⁶Ainsi définie dans le Code de procédure pénale (Art. 495-1) : *Le ministère public qui choisit la procédure simplifiée communique au président du tribunal le dossier de la poursuite et ses réquisitions. Le président statue sans débat préalable par une ordonnance pénale portant relaxe ou condamnation à une amende ainsi que, le cas échéant, à une ou plusieurs des peines complémentaires encourues, ces peines pouvant être prononcées à titre de peine principale. Le montant maximal de l'amende pouvant être prononcée est de la moitié de celui de l'amende encourue sans pouvoir excéder 5 000 €. S'il estime qu'un débat contradictoire est utile ou qu'une peine d'emprisonnement devrait être prononcée, le juge renvoie le dossier au ministère public.*

Après les constats et les modes de jugements, la nouvelle loi établit les sanctions encourues. Ne tenant pas compte pour l'instant des décrets d'application qui vont notablement infléchir la politique de sanction d'HADOPI 2 (voir ci après III), relevons que la loi du 28 octobre 2009 ajoute à la sanction générale et commune du délit de contrefaçon la peine complémentaire de la suspension de l'accès à internet. Cette peine complémentaire est encourue, tant pour des faits de contrefaçons (art. L. 335-7) que pour la « négligence caractérisée ». Elle sera d'un an maximum dans le cas du délit de contrefaçon et d'un mois pour la « négligence caractérisée ». Il est précisé que la suspension ne doit pas concerner les services de téléphonie et de télévision dans le cas d'abonnement à un bouquet de services (dit offre *triple play*). En outre, le paiement de l'abonnement est maintenu pendant le temps de la suspension. L'article L. 121-84 du Code de la consommation qui prévoit qu'un consommateur peut résilier son abonnement sans pénalité ni droit de résiliation en cas de modification des conditions contractuelles de fourniture d'un service de communications électroniques, ne s'applique pas en l'espèce. Enfin, une série de nouvelles sanctions est instaurée, tant pour l'internaute que pour le fournisseur d'accès, en cas de non-respect de la suspension de la connexion à internet (voir tableau ci-après pour le détail des peines.).

Tableau récapitulatif des dispositions promulguées de la loi HADOPI 2²²⁷.

Agissements visés	Textes	Peine privative de liberté	Amende	Peines complémentaires
DELIT Contrefaçon par captation d'une œuvre cinématographique ou audiovisuelle en salle de spectacle cinématographique («camcording»)	Art. L. 335-3 du CPI, nouvel alinéa 3 (art. 8 de la loi du 12 juin 2009)	3 ans	300 000,00 €	Peines complémentaires prévues par l'article L. 335-6 du CPI
		5 ans en BO	500 000 € en BO	Nouvelle peine complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne pour une durée maximale d'un an, assortie d'une interdiction pendant le même délai de souscrire un abonnement auprès d'un autre fournisseur, prévue par le nouvel article L. 335-7 du CPI issu de l'article 7 de la loi du 28 octobre 2009
DELIT Défaut de mise en œuvre, par un fournisseur d'accès, de la peine de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne	Art. L. 335-7 du CPI (art. 7 de la loi du 28 octobre 2009)	-	5 000,00 €	-
DELIT Non respect de l'interdiction de souscrire un autre contrat d'abonnement par une personne condamnée à la peine complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne pendant la durée de la suspension, lorsque cette peine complémentaire a été prononcée en matière contraventionnelle	Art. L. 335-7-1 du CPI (art. 8 de la loi du 28 octobre 2009)	-	3 750,00 €	-
DELIT Non respect de l'interdiction de souscrire un nouveau contrat d'abonnement à un service de communication au public en ligne résultant de la peine complémentaire prévue en matière délictuelle par l'art. L. 335-7 du CPI	Art. 434-41 du code pénal (art. 11 de la loi du 28 octobre 2009)	2 ans	30 000,00 €	Confiscation de la chose ayant servi à l'infraction ou destinée à la commettre Interdiction des droits civiques, civils et de famille ≤ 5 ans
C5 Négligence caractérisée de défaut de sécurisation de l'accès à des services de communication au public en ligne	Art. R. 335-5 (art. 1 du décret du 25 juin 2010)	-	1 500,00 €	Nouvelle peine complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne pour une durée maximale d'un mois, conformément aux dispositions de l'article L. 335-7-1 du CPI
C5 Défaut de réponse d'un fournisseur d'accès à un service de communication au public en ligne aux agents de la HADOPI	Art. R. 331-38 du CPI (art. 1 du décret du 26 juillet 2010)	-	1 500,00 €	-

²²⁷« Circulaire du 6 août 2010 relative à la présentation des lois n° 2009-669 du 12 juin 2009, favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet, et n° 2009-1311 du 28 octobre 2009, relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet, ainsi que de leurs décrets d'application », NOR : JUSD1021268C, *Bulletin officiel du Ministère de la Justice et des libertés*, n° 2010-06 du 31 août 2010.

En conclusion de cet exposé des dispositions définitives en vigueur à l'issue d'un cycle législatif de trois ans (2006–2009 avec DADVSI, HADOPI 1 et 2), le constat est complexe, contradictoire, hybride et incertain à la veille de l'entrée en scène de la Haute autorité qui s'apprête à œuvrer désormais dans le réel et à opérer sur des faits. Il faut d'abord se souvenir qu'en 2006, le législateur entreprend d'imaginer un système de répression pénale allégé pour les contrefaçons réalisées par la voie du téléchargement illicite, à la fois pour massifier les poursuites, les automatiser pour partie et combler une lacune de la loi générale de lutte contre la contrefaçon désarmée face au monde numérique. Moins de loi pénale pour plus d'efficacité. Le système original de recommandation, dont il est espéré qu'à lui seul il « désincite » le gros de « la troupe des internautes lambda », ajoute au droit général de lutte contre la contrefaçon un contrôle administratif exercé par la Commission de protection des droits de la HADOPI. Après l'échec de la contraventionnalisation de la loi DADVSI et l'instauration d'un contrôle administratif d'HADOPI 1, la nouvelle loi – sous l'effet de la décision du Conseil constitutionnel – surajoute un nouveau contrôle judiciaire comportant, comme toute autre infraction de contrefaçon, peine d'amende et peine d'emprisonnement augmentées de la peine complémentaire de suspension de l'accès à internet. Parallèlement à cette rejudiciarisation, la loi HADOPI 2 continue de tenter d'instaurer par l'introduction de la « négligence caractérisée » à côté du délit de contrefaçon, un biais pour traiter avec plus de pédagogie et de « douceur » pénale le débordement du téléchargement illicite. De fait, la situation globale offre un paysage étonnant d'une volonté initiale de répression pénale alléguée qui aboutit, au final, à un régime de sanction associant et cumulant contrôle administratif et judiciaire, ajoutant aux condamnations pénales d'amende et de prison une peine complémentaire de suspension de l'accès, dont le non-respect est lui-même l'objet d'une sanction pénale. Ajoutons que la mise en œuvre technique – la téléphonie et la télévision ne devant pas être coupées – pose des problèmes assez conséquents en terme de faisabilité selon les zones dégroupées ou non et en terme d'internalisation des coûts de mise en œuvre par les opérateurs. La question essentielle qui se pose au terme de ces débats et actes législatifs est la difficulté à tenir ensemble le fait de considérer le téléchargement illicite comme relevant exclusivement du droit général du délit de contrefaçon et de distinguer ces délits de contrefaçon commis au moyen d'un service de communication au public en ligne en essayant de leur appliquer une répression pénale particulière. Alors que le Conseil constitutionnel avait tranché le fait qu'il ne pouvait être établi de

distinction entre les moyens de commettre un délit de contrefaçon au risque d'une inégalité devant la loi, la volonté de traiter par un droit spécial et des sanctions particulières le téléchargement illicite révèle une véritable contradiction opérationnelle.

Que retenir de cet imbroglio ? Si traditionnellement l'étude des formes de résistance aux instruments se porte sur la phase de mise en œuvre et d'appropriation par les publics cibles, le cas de la HADOPI souligne de manière spectaculaire que la phase de formulation et le choix du *design* sont des lieux tout aussi fondamentaux d'affrontements et de frictions. Peter Bachrach et Morton Baratz (1962: 947-952) ont, depuis les années soixante, montré l'importance des non-décisions, en explorant les espaces décisionnels « où sont élaborées et parfois écartées certaines options, sous la pression d'acteurs intéressés à leur neutralisation » (Halpern, Lascoumes, et Le Galès 2014: 501). Si besoin était, les résistances observées dans l'élaboration du *design* de l'agence HADOPI comme instrument illustrent l'affirmation de Michel Foucault (1976: 121) selon laquelle les résistances ne sont pas extérieures, mais constituent une des polarités des rapports de pouvoir, « qui ne peuvent exister qu'en fonction d'une multiplicité de points de résistance ; ceux-ci jouent [...] le rôle d'adversaire, de cible, d'appui, de saillie pour une prise ». Avant d'examiner comment l'agence HADOPI est parvenue à devenir un instrument à travers les décrets d'application de la loi et la réintroduction de l'hypothèse initiale de la contravention, arrêtons nous quelques instants sur la définition et les implications juridiques et instrumentales du statut d'Autorité administrative indépendante dont jouit la HADOPI.

II – Les Autorités administratives indépendantes, acteurs et instruments hybrides

Le type d'instrument juridico-administratif choisi pour forger le *design* de la HADOPI est central pour notre propos. Les instruments de l'action publique, rappellent Patrick Le Galès et Pierre Lascoumes, ne sont pas des outils axiologiquement neutres et indifféremment disponibles, « ils sont au contraire porteurs de valeurs, nourris d'une interprétation du social et de conceptions précises du mode de régulation

envisagé ». Selon leur définition des instruments de l'action publique, ceux-ci « constituent un dispositif à la fois technique et social qui organise des rapports sociaux spécifiques entre la puissance publique et ses destinataires en fonction des représentations et des significations dont il est porteur » (Lascoumes et Le Galès 2004: 13). La sociologie des sciences et des techniques a participé notablement à l'étude et à l'élaboration du concept d'instrument de l'action publique (Akrich, Callon et Latour 1988), (Callon, Lascoumes et Barthe 2001) en refusant un regard analytique qui ignorerait les moments d'incertitude et qui présenterait l'action publique comme un enchaînement rationalisé de l'abstrait au concret, de l'idée politique à sa mise en œuvre technocratique. Pour comprendre l'action de la HADOPI, il est donc indispensable d'approfondir les traits juridiques, politiques et administratifs que lui confère son statut d'Autorité administrative indépendante. Au regard des catégories juridiques héritées de Montesquieu et de la stricte indépendance des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire, les autorités administratives indépendantes ont pu être dénoncées comme hérétiques, en ce sens qu'elles relèvent à la fois du pouvoir exécutif et d'un pouvoir quasi-juridictionnel. Depuis plus de trente ans, ces autorités ont acquis une réelle légitimité institutionnelle, ce « modèle, quelque peu hybride, fonctionne et il fait la preuve de son efficacité. Il participe d'un nouveau mode d'action publique dont il serait dommageable de ne pas préserver les spécificités », affirme Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État²²⁸.

Hasard et nécessité, régulation plutôt que réglementation

Le concept d'autorité administrative indépendante pose le problème de l'articulation concrète entre pouvoir exécutif, pouvoir administratif, régulation et gouvernance. « On considère jusqu'à présent le pouvoir administratif comme une branche dépendante du pouvoir exécutif. Au contraire, il ne doit jamais l'entraver, mais il ne doit point en dépendre », affirmait ainsi l'homme politique Benjamin

²²⁸ *Autorités administratives, droits fondamentaux et opérateurs économiques*, Intervention de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État le 12 octobre 2012 lors du colloque de la Société de législation comparée à Paris au Conseil d'État.

Constant (1767-1830), (1991: 409-412). En France, c'est la Commission Nationale Informatique et Libertés (CNIL), qui inaugure en 1978 cette qualification juridique à l'occasion du vote de la loi éponyme. Le législateur hésita longuement à l'époque pour en faire soit un établissement public à la tutelle allégée soit une commission dont la légalité des décisions aurait été contrôlée par un juge. Finalement, c'est un amendement déposé au Sénat qui instaurera l'Autorité administrative indépendante comme nouvel objet juridico-administratif et non comme un simple service du ministère de la Justice, tel que le proposait l'Assemblée Nationale²²⁹. Le contexte de naissance de la CNIL n'est pas sans relations avec la thématique de la HADOPI. En effet, cette innovation juridique a pris corps en réaction à une tentative du Ministère de l'Intérieur d'interconnecter les bases de données informatiques. Dès l'origine, l'autorité administrative indépendante est née dans le contexte des effets potentiellement négatifs du début de la numérisation des activités humaines sur les libertés fondamentales. Il faut attendre 1984 et une décision du Conseil constitutionnel²³⁰ qui érige l'existence de la Haute autorité de la communication audio-visuelle (ancêtre du CSA) en « garantie fondamentale pour l'exercice d'une liberté publique ». La régulation de l'audio-visuel nécessite en effet, au moins théoriquement, une indépendance du pouvoir exécutif pour garantir, vis-à-vis du pouvoir politique, les libertés fondamentales, notamment celles de la presse et de la liberté d'expression. Après l'institution de ces deux autorités administratives indépendantes, la décision du Conseil constitutionnel et de premières études effectuées (Gazier et Cannac 1984: 13) sur ce nouvel objet, la notion entre peu à peu dans l'ordonnement juridique et le recours à la dénomination devint plus significatif et systématique. Aujourd'hui, il existe plus d'une quarantaine²³¹

²²⁹Voir à l'Assemblée nationale le rapport de M. Foyer, au nom de la commission des lois (n° 3125) ; au Sénat le rapport de M. Jacques Thyraud, au nom de la commission des lois, n° 72 (1977 -1978) ; et les discussions en séance les 4 et 5 octobre 1977 en première lecture à l'Assemblée nationale ainsi qu'au Sénat, le 17 novembre 1977.

²³⁰ Décision n° 84-173 DC du 26 juillet 1984, Rec. p. 63, considérant n° 5 : « *La désignation d'une autorité administrative indépendante du Gouvernement pour exercer une attribution aussi importante au regard de la communication que celle d'autoriser l'exploitation du service de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé constitue une garantie fondamentale pour l'exercice d'une liberté publique* ».

²³¹Liste mise à jour : <http://www.legifrance.gouv.fr/Sites/Autorites-independantes> Agence française de lutte contre le dopage (AFLD), Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur (AERES), Autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires (ACNUSA), Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), Autorité des marchés financiers (AMF), Autorité de la concurrence (anciennement Conseil de la Concurrence), Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF), Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), Autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL), Autorité de sûreté nucléaire (ASN), Bureau central de tarification.(BCT), Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (CCNE), Commission d'accès aux documents administratifs (CADA), Commission centrale permanente compétente en matière de bénéfices agricoles, Commission consultative du secret de la défense nationale (CCSDN), Commission des infractions fiscales, Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (CCFP), Commission nationale de contrôle de la campagne électorale relative à l'élection du Président de la République, Commission nationale de contrôle des interceptions de

d'autorités administratives indépendantes dont la création ne répond à aucun plan d'ensemble mais à des problèmes de médiation précis qui peuvent se classer en deux grandes catégories : ceux qui protègent des droits et défendent des libertés et ceux qui interviennent dans le domaine économique sous l'impulsion des politiques communautaires, de la fin des monopoles nationaux et de l'ouverture mondiale des marchés à la concurrence. À chaque fois, il s'agit bien d'un problème particulier, qui concerne une partie de la population et qui se présente à un moment donné en fonction, souvent, de l'introduction dans la vie collective d'une innovation technologique ou économique qui impacte la sphère politique, juridique et administrative et qui nécessite une régulation plutôt qu'une réglementation.

Influences étrangères et communautaires

L'acclimatation des autorités administratives indépendantes (AAI) dans le paysage juridique français a pour origine historique la création dès la fin du XIXe siècle dans la sphère anglo-saxonne d'instruments politiques d'accompagnement de la régulation économique à l'aune des doctrines du libéralisme. Dès 1887, les États-Unis créent la Commission du commerce entre États, modèle des futurs *Independent Regulatory Commissions* (IRC), créées par le Congrès et connues sous l'acronyme de QUANGO (*quasi non governmental organisations*). En 1967, lors de l'ordonnance qui instaure la Commission des opérations de bourses (COB), Michel Debré fera explicitement référence au modèle américain de la *Securities and Exchange Commission*, chargée de la police de l'information autour des opérations boursières et qui veille sur la qualité, la transparence et la bonne diffusion de l'information boursière en vue de lutter contre le délit d'initié. De même, la création de la CNIL s'inspirera de travaux similaires du Land de Hesse d'octobre 1970 et de la Suède en 1973. En 1974, le *Privacy Act* américain lutte contre

sécurité (CNCIS), Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), Commission nationale du débat public (CNDP), Commission nationale d'aménagement commercial (CNAC), Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), Commission paritaire des publications et agences de presse (CPPAP), Commission des participations et des transferts, Commission de régulation de l'énergie (CRE), Commission de la sécurité des consommateurs (CSC), Commission des sondages, Commission pour la transparence financière de la vie politique, Conseil supérieur de l'agence France-Presse, Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Défenseur des droits, Haute autorité de santé (HAS), Haut conseil des finances publiques (HCFP), Haut conseil du commissariat aux comptes (H3C), Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI), Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, Médiateur national de l'énergie, Médiateur du cinéma.

l'utilisation abusive des fichiers détenus par les administrations fédérales en autorisant un droit d'accès aux citoyens. Plus largement, la création d'AAI centrées sur la fonction de médiation (médiateur de la République, médiateur du cinéma, médiateur de l'énergie, défenseur des enfants, contrôleur des lieux de privation de libertés...) s'inspire du concept d'*Ombudsman* suédois, instauré au début du XIXe siècle dans un contexte monarchique, pour équilibrer le pouvoir royal par une institution indépendante chargée de contrôler l'exécutif, le domaine des libertés publiques et la vie démocratique.

Le droit communautaire et ses exigences d'ouverture à la concurrence des services publics en réseaux, comme le secteur des télécommunications, de l'énergie ou de la poste, et plus largement la fin des monopoles publics, ont donné la principale impulsion à la multiplication des AAI. La transposition des directives européennes oblige les États à dissocier les fonctions de réglementation qui reviennent à l'État, de l'exploitation par des opérateurs publics ou privés et de la régulation qui doit être indépendante des parties. Les États membres ont dû mettre en place des structures de ce type pour permettre l'accès de tiers aux réseaux historiquement dépendants d'un opérateur public afin de garantir une impartialité à la dérégulation de tel ou tel marché ouvert à la concurrence. Chaque État membre en fonction du degré de contrôle économique qu'il exerçait sur les opérateurs historiques, a opté pour des formes différentes de régulation. Sur le plan du droit européen, la notion d'autorité administrative indépendante a été renforcée sur le plan théorique et doctrinal par la Cour de Justice Européenne. Le 9 mars 2010, l'Allemagne est en effet condamnée pour avoir méconnu la directive n° 95/46, qui exige une « totale indépendance » des autorités chargées de garantir la protection des données, en raison d'une lecture restrictive de la directive qui ouvrait la possibilité d'un contrôle de tutelle des autorités au sein des Länder allemands. Cet important arrêt clarifie les contours de la notion d'autorité administrative indépendante en droit européen, en indiquant qu'elle « n'est pas contraire au principe de démocratie, que l'absence de toute influence parlementaire sur ces autorités ne saurait se concevoir et que le législateur peut leur imposer l'obligation de rendre compte de leurs activités au Parlement ²³²».

²³²Dosière, R, Vanneste, C, *Rapport d'information fait au nom du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes*, 28 octobre 2010, p. 16., <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rap-info/i2925-tl.pdf>

Les besoins auxquels répondent les autorités administratives indépendantes

Dans le contexte de la construction européenne, de la globalisation des échanges et de l'évolution de la figure de l'État dans ce contexte, le principal besoin auquel tentent de répondre les autorités administratives indépendantes est la garantie d'impartialité des interventions de l'État, qui sous la poussée d'une approche économique libérale doit donner des gages de la transparence de son action. En ce sens, les autorités administratives indépendantes sont la traduction de la dévolution de pouvoir que les États ont consenti depuis trois décennies pour adapter leur agencement à la nouvelle donne politique et économique mondiale de l'après-guerre froide. Les AAI semblent parées d'une légitimité de naissance vis-à-vis des citoyens en raison de leur indépendance de lien hiérarchique avec un ministre.

Le deuxième besoin comblé par les AAI est l'élargissement de l'expertise professionnelle susceptible d'être mobilisée par ces entités hybrides. Cette expertise technique développée et élargie aux acteurs économiques permet aux AAI d'accroître leur crédibilité vis-à-vis des acteurs de controverses que l'AAI cherche à contenir, là où traditionnellement ces compétences ne sont pas reconnues par les milieux concernés aux administrations centrales des ministères. À la vue de la technicité des domaines concernés par les AAI (opérations boursières, financières ou bancaires, régulation de technologies en constante évolution...) ce recours à une large expertise permet de garantir l'information la plus complète pour les AAI, garantes de mesures adaptées au terrain et surtout acceptées par les acteurs régulés tant sur le plan national qu'international. Cette expertise permet *in fine* une efficacité des sanctions éventuelles par une meilleure acceptation sociale d'une décision prise par des pairs, à condition que la qualité des membres du collège de l'autorité administrative indépendante puisse faire valoir une totale impartialité, notamment par le jeu de déclarations d'intérêts préalables.

La troisième justification avancée porte sur une meilleure efficacité et rapidité d'action supposées des AAI au regard des processus en cours au sein de l'administration centrale et de la lenteur constitutive du fonctionnement judiciaire. Il est vrai que les AAI sont exemptées d'un certain nombre de contraintes qui pèsent sur le pouvoir administratif et réglementaire. Les contraintes extrêmement chronophages des relations interministérielles et les droits de regard des cabinets ministériels ne pèsent pas, théoriquement, sur le fonctionnement des AAI. Le pouvoir direct de décision, la simplification des règles de

fonctionnement et la faible étendue des chaînes de décision permettent aux AAI de répondre rapidement aux opérateurs qui, par ailleurs, ont besoin de réactivité pour assurer la continuité de leur rôle économique. Les litiges sont ainsi tranchés beaucoup plus rapidement que par la voie des juridictions pénales de droit commun. La matière très évolutive de la plupart des AAI, qui impose une certaine immédiateté, explique aussi les pouvoirs de sanctions de plus en plus étendus que le législateur a souhaité leur conférer.

Aspiration à de nouveaux modes de médiation, de régulation et de transparence de l'action publique

Au delà de ces justifications opérationnelles, les AAI répondent à une aspiration politique plus large et plus diffuse. Au plan national, on note par exemple un accroissement considérable des saisines du médiateur de la République et de ses 300 délégués (de 2000 à 65 000 de 1977 à 2009) ou des demandes à la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA, un millier en 1985, 5000 aujourd'hui). Les observateurs remarquent depuis quelques années, non seulement une demande d'explication de la décision publique, mais une demande d'explicitation de la légitimité même de la procédure, dans une exigence toute habermasienne « d'exigence moderne d'impartialité »²³³ et d'une certaine « modestie de l'État » (Crozier 1987).

La première des aspirations qui a provoqué l'innovation des AAI réside dans le positionnement complexe de l'État dans une économie de marché face aux modalités d'exercice de la régulation publique de l'économie mondialisée. Le secteur de l'audio-visuel et sa libéralisation à compter des années 80 constituent un espace essentiel d'émergence des AAI tant en France que dans toute l'Europe. Les AAI s'inscrivent ainsi dans la tension politique entre un désengagement de fait de l'État et de son administration centrale et la nécessité de faire perdurer une série de garanties qui ressortent de l'utilité publique des secteurs concernés (transparence, pluralisme, continuité territoriale d'un service...). Une « autolimitation du pouvoir exécutif central » (Gazier et Cannac 1984) se fait jour dans un objectif de

²³³Conseil d'État, *Rapport public 2001, Jurisprudence et avis de 2000, Les autorités administratives indépendantes*, p. 277.

régulation qui caractérise l'État déchargé de ses tâches d'opérateur.

Cependant, la définition doctrinale de la régulation n'est pas univoque. Elle peut désigner une autorité régulatrice intermédiaire entre un pouvoir qui fixe les règles et les opérateurs de terrain. Cette conception dite pyramidale s'attache à faire respecter les textes et engage les poursuites en cas de violation. L'État conserve ici la responsabilité principale en tant qu'instance édictant les règles. Il s'agit ici d'une conception de la régulation que l'on pourrait qualifier de « civiliste » telle qu'envisagée par l'État français. L'autre définition de la régulation, plus anglo-saxonne et proche de la philosophie de la *common law*, cherche plutôt « par tous moyens à susciter des standards de comportements dictés par l'observation attentive de la réalité et une capacité de réaction rapide et proportionnée aux déviations constatées ²³⁴ ». Dans cette perspective, les autorités de régulation sont dotées de l'ensemble des pouvoirs quasi-législatif, quasi-exécutif, et quasi-juridictionnel. Au sein de la quarantaine d'AAI françaises, les deux acceptions du concept de régulation existent, ce qui explique aussi la variété des formes et des pouvoirs conférés aux différentes autorités. Leur point commun reste le souci d'effectivité des opérations d'interactivité entre le droit et le fait en autorisant l'AAI à faire évoluer la règle qu'elle applique par un phénomène de boucle rétroactive, propre au principe de régulation ²³⁵. Ce sera le cas, nous le verrons, de la HADOPI une fois confrontée à la réalité des faits du téléchargement illicite.

Les AAI répondent en dernier lieu à une volonté d'agir au nom de l'État sans être subordonné au gouvernement, à dépolitiser en quelque sorte l'action gouvernementale en étendant « la fonction arbitrale de l'État et le poids des instances arbitrales en son sein » (Chevallier 1986 : 3254) afin de mettre des bornes au pouvoir du gouvernement et préserver les citoyens d'un risque d'une politisation excessive. Cette aspiration entre cependant en tension avec le principe du système institutionnel français qui subordonne l'ensemble des administrations de l'État au Gouvernement ²³⁶. Le débat reste ouvert à propos des AAI et de leur capacité à produire une sorte de « disjonction entre l'État personne morale et l'État pouvoir politique » (Chevallier 1986) en introduisant une brèche dans le dogme de la séparation des

²³⁴ *Ibid.*, p. 280.

²³⁵ « qui définit la règle l'applique ; qui applique la règle enquête ; qui enquête tranche les différends et sanctionne ».

²³⁶ Voir le principe de souveraineté nationale défini à l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément ». La Constitution de 1958 précise que « le Gouvernement dispose de l'administration ».

pouvoirs tout en demeurant cependant sous le contrôle du législateur qui peut à tout moment décider de leur suppression ou de modifications de leurs règles de fonctionnement.

Limites et ambiguïtés

En inventant la CNIL, première AAI, le législateur n'a pas voulu instaurer une nouvelle catégorie juridique tout en refusant de faire de la CNIL une commission «comme les autres ». La notion d'autorité administrative indépendante est-elle pour autant introuvable ? L'absence d'un statut unifié et d'une intégration claire dans l'ordre institutionnel, trouvent leurs racines dans le débat sur chacun des trois éléments d'autorité, d'indépendance et de nature administrative.

Ne se bornant pas seulement à un rôle consultatif, les AAI exercent de fait une certaine forme d'autorité par leur pouvoir de décision. Dans certains cas, l'intervention publique se manifeste simplement dans la décision et le pouvoir de mettre en lumière (*sunshine regulation*) des pratiques contraires à l'intérêt public. Sans portée juridique, certaines appréciations peuvent revêtir néanmoins une importante force de mobilisation pour les membres d'un groupe social donné. «C'est la conjonction de leur organisation particulière et de leurs pouvoirs propres qui en fait de véritables autorités » (Vedel et Delvolvé 1990: 448).

L'indépendance est, quant à elle, un élément essentiel de la création d'une AAI. Indépendante, mais de qui ? La notion comporte deux facettes : indépendance du pouvoir politique mais aussi des intérêts professionnels et économiques régulés. En France, l'indépendance organique de tout ordre, instruction ou tutelle gouvernementale a concentré l'essentiel des débats. La collégialité a aussi permis d'assurer l'indépendance des AAI, notamment quand les membres sont eux-mêmes issus des hautes juridictions²³⁷, comme c'est le cas pour la HADOPI. La présence à parité de parlementaires dans les collèges des AAI ainsi que l'irrévocabilité du mandat des membres des AAI peuvent aussi garantir une indépendance vis-à-vis du gouvernement. Reste cependant, en terme d'indépendance, la question budgétaire qui a été une pierre d'achoppement, voire un moyen de pression entre la HADOPI et le nouveau gouvernement en

²³⁷Cour de cassation, Cour des comptes, Conseil d'État.

mai 2012. Certains auteurs ont avancé l'argument que l'indépendance des AAI devait comprendre des ressources extra-budgétaires comme par exemple des redevances liées à son activité. Les ressources humaines sont aussi importantes à considérer comme facteur d'indépendance. Une AAI doit avoir les moyens de faire appel à d'autres ressources humaines que les agents d'un corps d'État placés sous une autre autorité que la sienne.

Quant à leur nature administrative, les AAI ne sont pas extérieures à l'État sauf celles dotées de la personnalité juridique comme la HADOPI (voir infra). Ne pouvant être rattachées ni au pouvoir législatif ni au pouvoir judiciaire, elles ressortent par défaut du pouvoir exécutif et leurs actes sont reconnus par la doctrine de nature administrative²³⁸. Ainsi, dès 1960, « le Conseil d'État avait admis qu'une faute lourde commise par une autorité administrative indépendante dans sa mission administrative de surveillance (il s'agissait de la Commission de contrôle des banques) était de nature à engager la responsabilité de l'État »²³⁹. Malgré ces limites et leur caractère profondément hybride, ces différents arguments attestent que les AAI ne sont pas des corps étrangers à l'administration de l'État mais bien une forme d'intervention innovante et d'expression de l'État.

HADOPI : Autorité... publique indépendante

Pour complexifier encore davantage la nature institutionnelle de la HADOPI, il convient de remarquer que cette dernière fait partie d'une catégorie particulière d'AAI. Il s'agit, comme l'explique Ospina Garzon (2007) d'une Autorité Publique Indépendante (API) dont la particularité est d'être dotée de la personnalité morale. Cette nouvelle innovation administrative voit le jour en 2003 à l'occasion de la création de l'Autorité des Marchés Financiers (AMF), fusion d'une AAI, la Commission des opérations de bourses (COB) et d'une organisation professionnelle dotée de la personnalité morale, le Conseil des marchés financiers (CMF). La personnalité morale, fiction juridique qui confère à une organisation des droits et des obligations, ajoutée au statut initial des AAI, renforce théoriquement leur indépendance,

²³⁸CE, Section, 12 février 1960, Kampmann, p. 107.

²³⁹Conseil d'État, *Rapport public 2001, Jurisprudence et avis de 2000, Les autorités administratives indépendantes*, p. 298.

notamment sur le plan financier et accroît encore un peu plus leur caractère hybride. Bien que le Parlement n'ait pas voulu créer une énième catégorie juridique, les commentateurs se sont fortement interrogés sur la définition théorique et doctrinale des API. Pour certains, les API peuvent être définies comme des établissements publics non-rattachés²⁴⁰. Pour Linotte et Simonin et leurs travaux sur l'Autorité des Marchés Financiers, les API, par ce nouvel attribut de la personnalité morale, seraient des AAI « de plein exercice » (Linotte et Simonin 2004: 147) ou encore une catégorie de personnes publiques spéciales. La personnalité morale est perçue comme une réponse à l'éparpillement antérieur des AAI et à la contradiction juridique qui résidait entre l'absence de personnalité morale et des pouvoirs de sanctions, une indépendance financière ou l'engagement d'agents issus de la profession. La personnalité morale confère aussi la possibilité de signer des conventions internationales de coopération avec les instances européennes et des homologues étrangers. Le statut des API peut aussi être une tentative de réintégrer la prolifération des AAI dans le schéma administratif français pour mieux les soumettre au contrôle politique et administratif (Traore 2004: 16). Reste que la personnalité morale qui instaure une indépendance financière peut se révéler comme un « cadeau empoisonné » qui soulève la question de la responsabilité en matière d'autonomie financière, alors que la plupart des API ne sont pas viables sans un financement public. La floraison des AAI et l'apparition plus récente des API sont les symptômes d'une certaine crise des formes d'organisation de l'État, de son unité et de sa cohérence, voire de son « démembrement » (Gazier 1985: 52). Traditionnellement, l'administration française est soumise à une seule commande, celle du gouvernement. Avec ces entités nouvelles, on assiste à ce que certains ont défini comme un « fédéralisme administratif », malgré le caractère unitaire de l'État. Or, selon Yves Gaudemet (2002: 572) les AAI n'en sont pas la cause, puisque *stricto sensu* « elles n'existent pas », n'ayant pas de personnalité juridique propre. En revanche, les API peuvent elles, du fait de leur personnalité morale, cumuler des fonctions normatives, administratives et contentieuses. Cette situation aboutit à un « polycentrisme administratif », décrit par Jacques Chevallier (1998: 44 et suiv.) « comme si le modèle unitaire était en voie d'être mis en cause au profit d'un nouveau modèle de type polycentrique, [où] les entités administratives ne sont plus unies par des liens verticaux de subordination mais par des relations

²⁴⁰ « Une nouvelle catégorie juridique à côté des piliers institutionnels que sont les établissements publics, les collectivités territoriales ou les groupements d'intérêt public : celle d'un établissement public non rattaché ». Paule Quilichini (2004: 106).

horizontales d'interactions et d'interdépendance ».

En conclusion, et pour éclairer l'agencement de la HADOPI comme instrument de l'action publique, nous pouvons retenir à propos du statut d'Autorité administrative/publique indépendante les points suivants. Tout d'abord, sa nature institutionnelle participe d'un processus hybride instaurant une sorte de tiers-lieu politique qui vient troubler le dogme de la séparation des pouvoirs. Les AAI participent du pouvoir exécutif avec une délégation de compétence pour des avis, recommandations, décisions individuelles, voire dans certaines conditions d'un pouvoir réglementaire ; du pouvoir législatif par l'adoption d'avis sur les projets de loi entrant dans leur champ de compétence et l'établissement de lignes directrices ou guides de bonnes pratiques permettant d'appliquer la loi – la *soft law* anglo-saxonne – et aussi du pouvoir judiciaire avec des activités de médiation, de règlement des différends et surtout de sanction. La HADOPI par sa tentative de réglementer les logiciels de sécurisation de connexion (voir *infra*), sa mission clairement pédagogique et régulatrice, sa capacité à adresser des recommandations, d'instruire des dossiers avec la possibilité de les transmettre ou non au Parquet, participe ouvertement de ce mouvement de polycentrisme et de fédéralisation du pouvoir administratif, non seulement au niveau national mais aussi communautaire et international du fait de la thématique, par essence transfrontalière, des échanges illicites de biens culturels. En opérant une disjonction avec l'approche « normativiste » de l'action administrative classique de l'État, la régulation produite par les autorités administratives indépendantes émane d'une vision plus concrète, où selon Autin et Ribot (2005) « le droit est envisagé sous l'angle de l'action, comme une composante de la réalité sociale et saisi dans une dynamique. (...) La régulation apparaît comme une alternative à l'intervention autoritaire de la puissance publique dans le jeu des relations sociales ; elle désigne un mode d'ajustement des intérêts faisant appel à des procédés plus souples, moins contraignants, et s'inscrit plutôt dans une perspective de déréglementation ».

En contrebalancement de la diversité, de l'hétérogénéité des pouvoirs et des statuts des AAI puis des API, il faut sans doute interpréter la censure complète du système de sanction d'HADOPI 1 par le Conseil constitutionnel comme une tentative de coup d'arrêt à l'extension, hors du contrôle constitutionnel et démocratique, de ces formes hybrides d'action de l'État. Il faut aussi souligner l'environnement parfois

conflictuel de la HADOPI avec d'autres AAI comme la CNIL, l'ARCEP²⁴¹, la défunte ARMT et le CSA, de même les importantes controverses, notamment budgétaires²⁴², dont la HADOPI a fait l'objet lors du changement de l'exécutif à l'issue des élections présidentielles de 2012. Ces prises à partie publiques ont souligné la conflictualité sous-jacente entre pouvoir exécutif et AAI, quand l'État, dans sa dimension politique, cherche à affirmer son pouvoir, voire à punir ou au moins à discréditer une AAI symbole, aux yeux du nouveau gouvernement, des dérives et erreurs politiques de ses prédécesseurs.

²⁴¹ Autorité de régulation des communications électroniques et des Postes, <http://www.arcep.fr/>

²⁴² En Août 2012, la nouvelle ministre de la culture Aurélie Filippetti avait déclaré à plusieurs reprises : « "Je préfère réduire le financement de choses dont l'utilité n'est pas avérée. [...] Une chose est claire : l'HADOPI n'a pas rempli sa mission de développement de l'offre légale. [...] Douze millions d'euros annuels et soixante agents, c'est cher pour envoyer un million d'e-mails". »

III– L'apparition de l'agence HADOPI à travers les décrets d'application de la loi

Huit décrets en Conseil d'État sont annoncés dans le corps de la loi HADOPI 2²⁴³. Les décrets en Conseil d'État sont des textes fondamentaux du pouvoir réglementaire. Dans la hiérarchie des normes, ils se situent entre la loi et l'arrêté. En nous intéressant aux décrets en Conseil d'État des lois HADOPI, et à leurs recours, nous voyons apparaître concrètement l'agencement des textes de loi avec le réel et la matérialité mouvante des échanges numériques, ainsi que la résistance qu'ils ont suscitée. Ces petits textes très limités matériellement permettent de mieux saisir l'absence d'extériorité du droit et le caractère performatif de ses opérations. Le droit n'apparaît donc plus comme une technique et un ensemble d'énoncés de règles. Les décrets permettent réellement d'effectuer le passage du texte de loi dans le réel, de traduire le geste législatif dans le monde, de procéder à son « épiphanie ». Nous proposons ici

²⁴³« Art.L. 331-21.-Pour l'exercice, par la commission de protection des droits, de ses attributions, la Haute Autorité dispose d'agents publics assermentés habilités par le président de la Haute Autorité dans des conditions fixées par un décret en Conseil d'Etat. Cette habilitation ne dispense pas de l'application des dispositions définissant les procédures autorisant l'accès aux secrets protégés par la loi.

« Les agents doivent en outre remplir les conditions de moralité et observer les règles déontologiques définies par décret en Conseil d'Etat.

« Dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, la Haute Autorité attribue aux offres proposées par des personnes dont l'activité est d'offrir un service de communication au public en ligne un label permettant aux usagers de ce service d'identifier clairement le caractère légal de ces offres. Cette labellisation est revue périodiquement.

« Un décret en Conseil d'Etat précise la procédure d'évaluation et de labellisation de ces moyens de sécurisation.

« Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, fixe les modalités d'application du présent article. Il précise notamment :

« — les catégories de données enregistrées et leur durée de conservation ;

« — les destinataires habilités à recevoir communication de ces données, notamment les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne ;

« — les conditions dans lesquelles les personnes intéressées peuvent exercer, auprès de la Haute Autorité, leur droit d'accès aux données les concernant conformément à la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

« Art.L. 331-38.-Un décret en Conseil d'Etat fixe les règles applicables à la procédure et à l'instruction des dossiers devant le collège et la commission de protection des droits de la Haute Autorité.

« Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'application du présent article et notamment la composition, les modalités de saisine et de fonctionnement de la commission ainsi que les voies de recours juridictionnel contre ses décisions.

d'expliciter ce mode d'existence si particulier du droit en pénétrant l'alchimie des décrets en Conseil d'État qui le font apparaître dans le monde des êtres humains et non-humains.

Comment se fabrique un décret en Conseil d'État ?

Depuis l'adoption de la Constitution de la Vème République de 1958, les rapports entre pouvoir législatif et pouvoir réglementaire font l'objet de vives controverses. Avant cette date, le domaine d'action de la loi n'avait pas de bornes et le pouvoir réglementaire n'avait qu'une fonction limitée d'exécution de la loi. Le parlementarisme régnait donc sans partage sur l'édiction des normes de gouvernement et de gouvernance, avec les limites connues de la IIIème et IVème République d'instabilité gouvernementale et du risque de blocage de la moindre volonté d'action législative, même concernant un point de détail. En 1958, l'article 37 de la Constitution²⁴⁴ instaure un pouvoir réglementaire autonome et édicte des domaines d'attribution de la loi pour limiter le légicentrisme. L'article 34 fixe, quant à lui, les domaines dans lesquels la loi fixe les détails ou détermine les principes fondamentaux dont le détail est renvoyé à des décrets d'application. Suite à cette disposition de rupture de la Constitution de 58, la pratique du pouvoir a cependant subordonné clairement le pouvoir réglementaire qui n'a pas acquis l'autonomie inscrite dans la lettre du texte constitutionnel. Ainsi, les normes réglementaires, en particulier les décrets, doivent toujours respecter les lois et peuvent être contestés par quiconque considère que ce n'est pas le cas.

Il existe plusieurs types de décrets dont ceux « pris en Conseil d'État ». Cette institution, aux fonctions pratiquement inconnues des administrés entretient – comme Bruno Latour en a fait l'étrange expérience comme anthropologue – un savant détachement, une subtile indifférence au regard extérieur et à toute velléité de réflexivité, alors que tout autour de lui le monde s'agite, « orgueilleusement relié à rien » (Latour 2002: 270). Pourtant, cette institution occupe une position centrale dans l'État puisqu'elle

²⁴⁴ Art. 37 de la Constitution de 58 : *Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire. Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'Etat. Ceux de ces textes qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent.*

contrôle la production juridique et possède la faculté de peser sur le contenu même des normes et du droit en constituant, sans doute plus concrètement que les enceintes parlementaires, l'une des principales *fabriques*. Jacques Chevallier souligne, pour sa part, que le Conseil d'État n'est pas seulement une institution mais surtout un Corps de hauts fonctionnaires qui occupent des fonctions essentielles à l'intérieur de la machinerie étatique et gouvernementale, notamment au sein du Secrétariat général du gouvernement, véritable « dispositif essentiel d'aiguillage » (Chevallier 2007: 11) de la production législative. Par ailleurs, la plupart des directions juridiques des ministères sont occupées par des conseillers d'État. Au sens large, un décret fait ainsi partie de ce que l'ordre administratif qualifie d'acte administratif unilatéral dans la mesure où l'Administration modifie l'ordonnement juridique, fixant de nouvelles règles, droits et obligations qui ne requièrent pas le consentement des administrés. C'est en cela qu'il est unilatéral. C'est donc le type même de l'action administrative auquel est attaché une véritable présomption de légalité et qui bénéficie à ce titre du « privilège préalable » obligeant les administrés à s'y conformer. En conséquence, un recours devant le juge pour un tel acte n'interrompt pas son œuvre, la doctrine administrative affirme même qu'il est vain de demander à l'Administration la permission d'agir : elle n'en a pas, presque ontologiquement, besoin²⁴⁵. Il s'agit d'un effet de droit particulièrement important dans la mesure où une décision administrative peut être imposée aux administrés sans leur consentement en vertu de la prérogative de puissance publique. Ce caractère décisoire fait naître des effets de droit comme la possibilité de former un recours devant le juge, ou de faire exécuter ces décisions administratives par la force. La plupart de ces décisions sont écrites (décrets, arrêtés...), mais elles peuvent être aussi orales, voire se manifester par un simple geste, comme celui d'un agent de police. Certains de ces actes administratifs peuvent être non réglementaires comme les permis de construire.

Un décret, réglementaire ou individuel, pris par le Président de la République ou le Premier ministre constitue la forme essentielle des activités politiques et administratives de ces deux autorités. D'un point de vue formel, un décret comporte deux parties. En premier lieu, des « visas » faisant référence à un réseau de textes antérieurs sur le fondement desquels le décret est pris ; suit le « dispositif » en plusieurs articles explicitant le contenu du décret et les conséquences juridiques. La portée des décrets est diverse :

²⁴⁵Cette faculté de l'acte administratif unilatéral n'a pas, par exemple, à être reconnue par un juge (Jurisprudence du Conseil d'État, Préfet de l'Eure, 30/5/1913).

soit elle est réglementaire et ils s'adressent à tous les administrés, soit elle est individuelle lorsqu'ils portent sur des individus, par exemple dans le cas d'un décret de nomination d'un haut fonctionnaire.

Il existe une hiérarchie entre les décrets en fonction de l'institution qui les édicte. Les plus importants normativement sont ceux délibérés en Conseil des ministres et signés du Président de la République. Suivent, les décrets en Conseil d'État, qui nous intéressent ici, obligatoirement soumis pour avis avant leur édicition, au Conseil d'État. Ils portent à la fin de leurs visas la mention « Le Conseil d'État (section [concernée]) entendu » et sont signés par le premier ministre et les ministres concernés par son application. On peut d'ores et déjà noter qu'un recours vis-à-vis d'un décret pris en Conseil d'État revient à demander de statuer sur sa valeur par l'institution même qui l'a préalablement validé. Enfin, les décrets simples, pris aussi par le Premier ministre, constituent le mode le plus classique d'exercice du pouvoir réglementaire.

La rédaction concrète d'un décret suit un circuit très formalisé. Les acteurs de la rédaction d'un décret sont le directeur de cabinet du ministère concerné (le « ministère porteur ») et les magistrats détachés auprès du secrétariat général du ministère en question. Pour les décrets étudiés ci-après, il s'agit de la magistrate Pascale Compagnie, sous-directrice du service des affaires juridiques du Secrétariat général du Ministère de la culture et ancien commissaire du gouvernement auprès de la CNIL qui a supervisé la rédaction des décrets²⁴⁶. Au niveau ministériel, le projet de texte doit comporter une notice explicative. Les autres ministères concernés par le décret doivent être aussi consultés, notamment le Ministère de la justice dès que le décret inclut des sanctions pénales. Après accord entre les ministères, les organismes dont l'avis est prévu ou requis doivent être aussi consultés. Ce point fera l'objet, comme nous le verrons ultérieurement, d'un recours sur l'un des décrets HADOPI. Pour les décrets HADOPI, une contribution de la Chancellerie est à noter pour celui qui concerne spécifiquement la sanction pénale²⁴⁷. Les Ministères de l'industrie et de la consommation ont aussi suivi, « de loin » selon Pascale Compagnie, la rédaction des décrets. La période usuelle de rédaction est en général de deux mois au niveau ministériel et deux autres mois pour l'interministériel. Une fois le texte du décret finalisé en réunion

²⁴⁶Entretien du 2 décembre 2013 en compagnie de son conseiller technique, David Pouchard, chargé de mission au bureau de la propriété littéraire et artistique au Ministère de la culture et de la communication.

²⁴⁷Décret instituant une contravention de négligence caractérisée (2010-695 – 25 juin 2010). Pour le Ministère de la justice, Francis Le Gunehec, chef du bureau de la législation pénale générale.

interministérielle, il est « bleui » (en raison de la couleur du papier utilisé). Cette expression signifie que la couleur du papier sur lequel est imprimé le projet de texte du décret constitue une décision du gouvernement. Le secrétaire général du gouvernement endosse cette responsabilité. Une fois « bleui », le texte est transmis obligatoirement au Conseil d'État à l'occasion d'une saisine adressée à la section compétente, ici celle de l'Intérieur. À l'occasion d'une « réunion de bibliothèque », le Conseil d'État donne un avis sur le texte. Le gouvernement, après retouche éventuelle du texte et nouvelle saisine du Conseil d'État, ne peut retenir un texte différent de l'avis du Conseil d'État²⁴⁸. Le texte est ensuite envoyé pour contreseing des ministres, puis adressé enfin au Premier ministre.

Parmi la douzaine de décrets²⁴⁹ pris dans le sillage de la loi HADOPI 2 nous examinons principalement

²⁴⁸La jurisprudence du Conseil d'État témoigne de la rigueur de ces règles (voir par exemple CE, 2 mai 1990 Joannides, n° 86662), de sorte que le Gouvernement court les plus grands risques, sur le plan contentieux, en adoptant une rédaction qui s'écarte, même sur des points de détail, tant de celle adoptée par le Conseil d'État que de celle du projet initial. <http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique/II.-Etapes-de-l-elaboration-des-textes/2.4.-Decret/2.4.2.-Elaboration-d-un-decret-en-Conseil-d-Etat>

²⁴⁹[Décret n° 2009-887 du 21 juillet 2009 pris pour l'application de l'article L. 331-18 du code de la propriété intellectuelle](#)

fixe le modèle de déclaration d'intérêts que les membres du Collège et de la Commission de protection des droits ainsi que le secrétaire général de la Haute Autorité déposent à l'occasion de leur désignation.

[Décret du 23 décembre 2009 portant nomination des membres du collège et de la Commission de protection des droits de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet](#)

porte sur la nomination des membres du Collège et de la Commission de protection des droits de la HADOPI. Le Collège est composé de neuf membres titulaires et de quatre membres suppléants. La Commission de protection des droits est composée de trois membres titulaires et de trois membres suppléants.

[Décret n° 2009-1773 du 29 décembre 2009 relatif à l'organisation de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet.](#)

établit les règles d'organisation et de fonctionnement du Collège et de la Commission de protection des droits, prévoit les compétences du président et du secrétaire général, fixe les conditions de recrutement des agents de l'HADOPI et définit les procédures financières et comptables de la Haute Autorité. Il prévoit en outre les conditions de délivrance des agréments aux agents des sociétés de perception et de répartition des droits, des organismes de défense professionnelle et du Centre national du cinéma et de l'image animée (CNC).

[Décret du 20 janvier 2010 portant nomination de la présidente de la Commission de protection des droits de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet - Mme IMBERT-QUARETTA \(Mireille\).](#)

[Décret n° 2010-236 du 5 mars 2010 relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel autorisé par l'article L. 331-29 du code de la propriété intellectuelle dénommé « Système de gestion des mesures pour la protection des œuvres sur internet ».](#)

précise la finalité du traitement de données à caractère personnel mis en œuvre par la Haute Autorité dans le cadre du mécanisme de réponse graduée. Il établit la liste des informations et données à caractère personnel enregistrées dans le traitement, leur durée de conservation et la liste des personnes pouvant y avoir accès. Il rappelle les modalités d'exercice des droits d'accès et de rectification.

[Décret n° 2010-695 du 25 juin 2010 instituant une contravention de négligence caractérisée protégeant la propriété littéraire et artistique sur internet.](#)

introduit dans le code de la propriété intellectuelle un article R. 335-5 sanctionnant la négligence caractérisée du titulaire de l'abonnement qui, sans motif légitime, n'aurait pas mis en place un moyen de sécurisation de son accès à internet ou aurait manqué de diligence dans la mise en œuvre de ce moyen. Contravention de cinquième classe, la négligence caractérisée est punissable pour les personnes physiques d'une amende de 1 500 euros et d'une peine complémentaire de suspension de l'accès à internet pour une durée maximale d'un mois.

[Décret n° 2010-872 du 26 juillet 2010 relatif à la procédure devant la Commission de protection des droits de la](#)

les quatre décrets qui concernent la mise en œuvre de la réponse graduée, dispositif de la loi HADOPI 1 précédemment et intégralement censuré par le Conseil constitutionnel ; celui qui porte sur la labellisation de l'offre légale ; et enfin le décret portant sur la labellisation des moyens de sécurisation. Les autres décrets sont moins utiles à notre propos car ils concernent soit des mesures individuelles (nominations par exemple), soit des mesures administratives et comptables standard et sont, de plus, des décrets simples qui ne revêtent pas l'importance et l'autorité de ceux pris en Conseil d'État.

Les quatre décrets instaurant la réponse graduée

Les décrets sur le traitement automatisé (2010-236, 5 mars 2010 et 2011-264 et 11 mars 2011)

Avec le décret du 5 mars 2010 (2010-236), nous sommes au cœur de la mise en œuvre matérielle et informatisée des procédures inscrites dans les lois HADOPI, de la controverse entre données numériques matérielles, de l'imputation des faits et finalement des opérations d'un droit spécial de lutte contre la contrefaçon sur les réseaux numériques. Ce décret permet donc véritablement une apparition dans le réel de l'agence HADOPI et de son bras armé, la Commission de protection des droits. Pour cette raison, il

[Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet.](#)

précise la procédure applicable devant la Commission de protection des droits de la Haute Autorité, chargée de mettre en œuvre le mécanisme dit de « réponse graduée ».

[Décret n°2010-1366 du 10 novembre 2010 relatif à la labellisation des offres de services de communication au public en ligne et à la régulation des mesures techniques de protection et d'identification des œuvres et objets protégés par le droit d'auteur](#)

précise les modalités de la procédure de labellisation de l'offre légale ainsi que les règles (générales et particulières) applicables pour la mission de régulation des mesures techniques de protection.

[Décret n° 2010-1630 du 23 décembre 2010 relatif à la procédure d'évaluation et de labellisation des moyens de sécurisation destinés à prévenir l'utilisation illicite de l'accès à un service de communication au public en ligne](#)

relatif à la procédure d'évaluation et de labellisation des moyens de sécurisation destinés à prévenir l'utilisation illicite de l'accès à un service de communication au public en ligne a été publié au JORF le 26 décembre 2010. Ce texte précise la procédure d'évaluation des moyens de sécurisation par des centres agréés et le mécanisme de labellisation par la Haute Autorité.

[Décret n° 2011-386 du 11 avril 2011 relatif aux indicateurs de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet](#)

relatif aux indicateurs de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet est paru le 13 avril 2011 au Journal Officiel. Il fixe la liste des indicateurs, mentionnés à l'article L. 331-23, relatifs au développement de l'offre légale, qu'elle soit ou non commerciale, et à l'observation de l'utilisation, qu'elle soit licite ou illicite, des œuvres et des objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sur les réseaux de communications électroniques.

[Décret du 6 janvier 2012 portant nomination à la Haute Autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur internet](#)

fera l'objet de plusieurs recours devant le Conseil d'État et d'une modification en date du 11 mars 2011. Son objectif factuel est de jeter les bases administratives de la constitution d'un système de gestion automatisé de données à caractère personnel, dont la base légale est inscrite à l'article L. 331-29 du Code de la propriété intellectuelle²⁵⁰. Cet article de la loi HADOPI 2 du 28 octobre 2009 annonçait explicitement ce décret. L'objet central de ce décret est donc de donner le cadre légal et technique de la structure des données personnelles susceptibles d'être recueillies et traitées automatiquement, de préciser les acteurs autorisés de la chaîne de traitement informatisé, la durée légale de conservation de ces données à caractère personnel et les droits d'accès que peuvent exercer les personnes concernées en vertu de la loi informatique et libertés de 1978.

Ce fichier de données personnelles est la pierre angulaire de la procédure de recommandations – la réponse graduée – qui trouve, quant à elle, son fondement dans l'article L. 331-25 du CPI²⁵¹. Les données répertoriées en annexe du décret sont de trois types : les saisines²⁵² qui proviennent des « organismes de défense professionnelle régulièrement constitués, des sociétés de perception et de

²⁵⁰ « Est autorisée la création, par la Haute Autorité, d'un traitement automatisé de données à caractère personnel portant sur les personnes faisant l'objet d'une procédure dans le cadre de la présente sous-section.

Ce traitement a pour finalité la mise en œuvre, par la commission de protection des droits, des mesures prévues à la présente sous-section, de tous les actes de procédure afférents et des modalités de l'information des organismes de défense professionnelle et des sociétés de perception et de répartition des droits des éventuelles saisines de l'autorité judiciaire ainsi que des notifications prévues au cinquième alinéa de l'article L. 335-7.

Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, fixe les modalités d'application du présent article. Il précise notamment :

- les catégories de données enregistrées et leur durée de conservation ;
- les destinataires habilités à recevoir communication de ces données, notamment les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne ;
- les conditions dans lesquelles les personnes intéressées peuvent exercer, auprès de la Haute Autorité, leur droit d'accès aux données les concernant conformément à la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

Source :

http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=13F2F74546A36D6537C661440BBBAF37.tpdjo14v_3cidTexte=LEGITEXT000006069414&idArticle=LEGIARTI000021211047&dateTexte=29990101&categorieLien=cid

²⁵¹ Lorsqu'elle est saisie de faits susceptibles de constituer un manquement à l'obligation définie à l'article L. 336-3, la commission de protection des droits peut envoyer à l'abonné, sous son timbre et pour son compte, par la voie électronique et par l'intermédiaire de la personne dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne ayant conclu un contrat avec l'abonné, une recommandation lui rappelant les dispositions de l'article L. 336-3, lui enjoignant de respecter l'obligation qu'elles définissent et l'avertissant des sanctions encourues en application des articles L. 335-7 et L. 335-7-1. Cette recommandation contient également une information de l'abonné sur l'offre légale de contenus culturels en ligne, sur l'existence de moyens de sécurisation permettant de prévenir les manquements à l'obligation définie à l'article L. 336-3 ainsi que sur les dangers pour le renouvellement de la création artistique et pour l'économie du secteur culturel des pratiques ne respectant pas le droit d'auteur et les droits voisins.

²⁵² Date et heure des faits, adresse IP de l'abonné, protocole pair-à-pair utilisé, pseudonyme utilisé, informations relatives aux œuvres ou objets protégés, nom du fichier tel que présent sur le poste de l'abonné, nom du fournisseur d'accès auprès duquel l'abonnement a été souscrit.

répartition des droits, du Centre national du cinéma et de l'image animé » ; les données personnelles recueillies auprès des opérateurs de communications électroniques à des fins d'identification des titulaires²⁵³ des abonnements mis en cause ; et l'historique des recommandations adressées par la Commission de protection des droits par voie électronique et/ou voie postale.

L'article 4 du décret énumère les personnes autorisées à accéder aux données personnelles et le niveau de connaissance. Toutes les données sont accessibles aux membres de la commission de la protection des droits et aux agents assermentés de la HADOPI. Seules les données techniques nécessaires à l'identification des abonnés et à l'historique des recommandations sont adressées aux opérateurs et prestataires de communications électroniques. Dans sa version initiale les ayants droit ne reçoivent aucune information descendante du système de gestion automatisé des mesures de protection des œuvres sur internet.

L'article 8 instaure, quant à lui, une interconnexion entre plusieurs systèmes d'informations et commence ainsi à dessiner l'architecture technique de l'important système d'informations nécessaire à la mise en œuvre de la réponse graduée. Il s'agit, en premier lieu, du système d'information placé sous la responsabilité des ayants droit qui concerne l'interception des adresses IP des contrevenants et de l'œuvre téléchargée. Ces données constituent les éléments matériels de la saisine adressée à la HADOPI par les agents assermentés des ayants droit. Le second système d'information est constitué par le traitement automatisé de données propres à la Commission de protection des droits, administré par des agents assermentés de la HADOPI qui vérifient la recevabilité des informations et des preuves matérielles transmises lors de la saisine. Le troisième et dernier système interconnecté est celui des opérateurs et prestataires de communications électroniques (les fournisseurs d'accès) permettant d'identifier nominalement les titulaires des abonnements mis en cause. Le décret précise, si besoin était, que les interconnexions sont effectuées « selon des modalités assurant la sécurité, l'intégrité et le suivi des données et informations conservées ». Un dernier article du décret précise les durées de conservation de ces données à caractère personnel soumises à la loi Informatique et libertés²⁵⁴. Enfin, il est important de

²⁵³Nom, prénom, adresse postale et électronique, adresse de l'installation téléphonique.

²⁵⁴2 mois par la CPD si aucune recommandation n'est adressée au titulaire de l'abonnement, 14 mois après l'envoi d'une première recommandation, 20 mois après la date de présentation de la lettre remise contre signature constituant la deuxième recommandation. (article 3 du décret du 5 mars 2010)

souligner que si théoriquement les lois HADOPI ne se limitent à aucun moyen technique de téléchargement illicite, le décret du 5 mars qui établit les modalités de transmission des données entre ayants droit, fournisseurs d'accès et Commission de protection des droits ne vise que les échanges pair-à-pair. D'autres protocoles techniques comme le streaming nécessiteraient une modification du décret²⁵⁵.

*La modification du décret du 5 mars 2010 un an plus tard*²⁵⁶

Une seconde version du décret du 5 mars 2010 est publiée au Journal officiel le 11 mars 2011. Cette modification complète la première mouture centrée sur la phase pédagogique de la réponse graduée (mail et lettre recommandée) pour doter la Commission de protection des droits du fondement administratif du dispositif complet pour mener à bien le versant pénal de sa mission à partir de la deuxième recommandation jusqu'à la saisine du Parquet et l'exécution de la décision éventuelle de suspension de l'accès à internet.

Ainsi, l'article 1er du décret inclut désormais dans le périmètre de ses finalités la possibilité de la mise en œuvre des « saisines du Procureur de la République de faits susceptibles de constituer des infractions prévues aux articles L. 335-2, L. 335-3, L. 335-4 et R. 335-5 ». Il intègre aussi le principe d'une information descendante des Parquets vers les organismes de défense professionnelle et des sociétés de perception et de répartition des droits. Pour compléter la chaîne répressive, le décret intègre dans le système de gestion les mesures de notification des peines prévues aux articles L. 335-7 et L. 335-7-1 du code de la propriété intellectuelle. Il est aussi précisé les délais d'effacement des données suite à la mise en application d'une éventuelle peine de suspension ou de l'abandon des poursuites par le Procureur de la République. En toute logique, les organisations qui ont accès aux données à caractère personnel et à l'application de la peine de suspension sont élargies aux ayants droit, aux autorités judiciaires destinataires des procès-verbaux de constatation de faits susceptibles de constituer des infractions et au casier judiciaire. En outre, les opérateurs de communications électroniques ont connaissance des éléments

²⁵⁵« Interview de Mireille Imbert-Quaretta, présidente de la Commission de protection des droits », *Legipresse*, novembre 2010.

²⁵⁶modifiant le décret n° 2010-236 du 5 mars 2010 relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel autorisé par l'article L. 331-29 du code de la propriété intellectuelle dénommé « Système de gestion des mesures pour la protection des œuvres sur internet »

nécessaires à la mise en œuvre des peines complémentaires de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne. Enfin, le système de gestion des mesures de protection des œuvres sur internet instauré par ce nouveau décret inclut dans la catégorie des données à caractère personnel les saisines du Procureur de la République, les courriers d'information des organismes de défense professionnelle et des sociétés de perception et de répartition des droits et les décisions de justice exécutoires comportant des peines complémentaires de suspension de l'accès à internet.

Controverses et résistances autour des deux décrets

Nous nous proposons dans les paragraphes suivants de détailler les modes de résistance qui se sont exercés sur les décrets et qui permettent, nous l'espérons, de jeter un peu de lumière sur les modalités de fabrication des instruments de l'action publique. En l'espèce, les résistances ont pris corps dans l'espace très formalisé des recours devant le Conseil d'État. À ce titre, ils constituent un laboratoire intéressant d'un des types de comportements énoncé par Albert Hirschman (1970) pour penser le rapport aux institutions : celui de la prise de parole par les publics cibles de l'action publique²⁵⁷.

Compte tenu de leur rôle central dans le processus de réponse graduée, la rédaction de ces décrets a été très observée et a fait l'objet de trois controverses importantes. La première est due à la découverte d'une importante faille de sécurité du prestataire technique des ayants droit par un internaute militant. En mai 2011, Olivier Laurelli²⁵⁸ – dit Bluetouff – confirme publiquement, grâce au signalement de plusieurs internautes (dès juin 2010), que sur les serveurs de la Société Trident Media Gard (TMG), prestataire de service pour les sociétés de perception et de répartition des droits, des milliers d'adresses IP et d'identifiants de fichiers surveillés sont librement accessibles. Malgré le caractère très sensible du sujet et la vigilance extrême des adversaires de la loi, la société TMG a commis une faute considérable de sécurité qui compromet la sécurité de l'interconnexion entre elle et le système d'information de la HADOPI. En

²⁵⁷ À côté de la prise de parole (*voice*), Hirschman énonce deux autres types de comportements face aux institutions : le contournement (*exit*) et l'appropriation (*loyalty*).

²⁵⁸ Coutumier du fait et hacker revendiqué, Olivier Laurelli sera condamné le 5 février 2014 à 3000 euros d'amende pour « maintien frauduleux dans un système d'information » et « vol » de document sur internet. Ce sont en effet plusieurs milliers de documents « non-sécurisés » de l'Agence Nationale de Sécurité, de l'Environnement et du Travail que le journaliste militant a téléchargé sans toutefois s'être introduit frauduleusement sur l'extranet de l'ANSES. Relâché en première instance en avril 2013, l'ANSES reconnaissant sa faille de sécurité, le Ministère public interjettera appel.

dépit des termes du décret qui stipulaient que les interconnexions devaient assurer la sécurité, l'intégrité et le suivi des données, cet incident incroyable – alors que l'agence est l'objet d'une fronde médiatique qui ne s'essouffle pas – produit un blocage immédiat de l'échange de données entre ayants droit et la HADOPI. Immédiatement informé des faits, le secrétaire général de la HADOPI, Eric Walter, suspend techniquement les liens avec TMG. Pour sa part, la CNIL qui avait donné son autorisation à la société TMG de collecter des adresses IP au profit des ayants droit, se trouve aussi sur la sellette. Les conditions posées à cette autorisation, comme le cryptage des adresses IP, ont manifestement été ignorées par le prestataire technique. Dans les plus brefs délais, la CNIL effectuera un contrôle de la société TMG²⁵⁹ et lui adressera une mise en demeure le 16 juin, ainsi qu'aux ayants droit clients de ce prestataire technique. En octobre 2011, la mise en demeure sera levée auprès de TMG mais pas auprès des ayants droit qui étaient les destinataires juridiques de l'autorisation. Il leur faudra attendre le 16 novembre 2012 pour que la CNIL lève la mise en demeure les concernant après qu'ils aient apporté : « de nombreuses mesures correctives [qui] ont permis d'assurer la conformité du traitement. Les SPRD ont en effet détaillé les procédures mises en œuvre pour améliorer la sécurité de leur système d'information. Les mesures correctives retenues par ces dernières et l'importance du plan d'action déployé ont fait l'objet d'une vérification sur place par une délégation de la Commission [CNIL] »²⁶⁰. Parallèlement à la procédure de la CNIL, la HADOPI, en tant qu'autorité indépendante, a diligenté les services d'un expert, David Znaty, pour évaluer les procédures de collecte d'adresses IP de TMG, leur degré de fiabilité et de sécurité. Lors d'un entretien Jean Berbineau²⁶¹, membre fondateur de l'ARMT et de la HADOPI, révèle avoir regretté l'absence d'audit de sécurité initial de TMG par la HADOPI :

« Si l'audit avait eu lieu avant la mise en place opérationnelle, on aurait vu les failles. Actuellement il y a

²⁵⁹La CNIL publiera un communiqué particulièrement sévère qui déplorera : "un certain nombre de manquements aux obligations de sécurité, incompatibles avec l'activité de TMG : manque de rigueur dans la mise à jour des équipements informatiques, mesures de sécurité physique défaillantes et absence de procédure formalisée garantissant la bonne application de ces mesures".

²⁶⁰Communiqué du 16 novembre 2012 de la CNIL. <http://www.cnil.fr/linstitution/actualite/article/article/cloture-des-mises-en-demeure-adressees-aux-societes-de-perception-et-de-droits-dauteurs-srpd/>

²⁶¹Entretien du 19 mai 2011, Ingénieur Général des Télécommunications et membre du CGTI (Conseil Général des Technologies de l'Information) depuis 2001, Jean BERBINAU a été notamment Directeur du Plan pour les Télécommunications de l'Ile-de-France hors Paris, Directeur technique de l'Agence France Presse au cours des années 80 puis Délégué Général d'EDIFRANCE-AFNOR. Au CGTI, les ministères de la culture et de l'industrie lui ont confié les missions relatives à la propriété intellectuelle. Commissaire du gouvernement pour le MINEFE lors de la discussion de la loi DADVSI, il siège depuis mai 2007 au CSPLA (Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique) comme personnalité qualifiée.

une vérification tous les trimestres par les ayants droit, mais la HADOPI aurait dû, en février 2010, procéder elle-même à un audit. Mais il y a eu des juristes pour dire, ce qui est vrai, « on n'a aucun lien contractuel avec TMG, donc on ne fera rien », ce qui est évidemment une vision qui montre bien la limite de s'en tenir au pur juridique. On est toujours fondé à un contrôle de qualité et à dire : nous n'accepterons pas les constats s'il n'y a pas un audit de fait. Nous avons tout pouvoir pour faire cela mais la HADOPI ne l'a pas fait. »

La seconde controverse au sujet des deux décrets instaurant le « système de gestion des mesures pour la protection des œuvres sur internet » concerne l'avis de la CNIL que le Ministère de la culture a été tenu de recueillir pour les visas du décret en vertu de l'article 11 alinéa 4 de la loi Informatique et libertés²⁶². Nous l'avons souligné antérieurement, les rapports entre la CNIL et les ayants droit ont été une succession de « passes d'armes » à propos de l'extension du pouvoir d'enquête de ces derniers sur les réseaux pair-à-pair²⁶³. On se souvient aussi que l'avis de la CNIL sur le projet de loi HADOPI avait été gardé secret par l'exécutif au moment de l'élaboration de la loi et de sa discussion, puisqu'il avait été opportunément « fuité » six mois plus tard pour révéler une position très critique vis-à-vis du projet de loi dans son ensemble. Le rapport annuel d'activité de la CNIL de 2008 reviendra sur cet épisode et réaffirmera son jugement critique du projet de loi, en particulier sur la question de la fiabilité des dispositifs techniques de sécurisation de la connexion des usagers²⁶⁴. Le 20 janvier 2011, la CNIL met à l'ordre du jour de sa séance plénière l'examen du projet de décret modifiant celui du 5 mars 2010 qui se voit complété en vue du volet pénal (transmission au Parquet et suivi de la décision éventuelle de suspension de l'accès).

²⁶² Article 11, 4° : Elle [la CNIL] se tient informée de l'évolution des technologies de l'information et rend publique le cas échéant son appréciation des conséquences qui en résultent pour l'exercice des droits et libertés mentionnés à l'article 1er ; A ce titre :

a) Modifié par la loi n°2009-526 du 13/05/2009 art.104.

Elle est consultée sur tout projet de loi ou de décret relatif à la protection des personnes à l'égard des traitements automatisés. A la demande du président de l'une des commissions permanentes prévues à l'article 43 de la Constitution, l'avis de la commission sur tout projet de loi est rendu public ;

²⁶³ Voir chap. 4 sur le pouvoir d'enquête des SPRD.

²⁶⁴ « Bien que le gouvernement n'ait pas souhaité au moment des débats que l'avis de la Cnil soit rendu public, la presse s'en était fait l'écho en novembre 2008. Non autorisée à répondre aux réactions ainsi suscitées, la Cnil précise cependant aujourd'hui la nature des réserves formulées. Celles-ci portaient principalement sur le dispositif de "riposte graduée" : la Cnil indiquait notamment qu'il était envisageable d'imposer une phase préalable d'information des internautes avant l'adoption d'une sanction et que "la fiabilité des dispositifs techniques destinés à garantir la sécurité des connexions n'est pas acquise . », CNIL, 29ème rapport d'activité, 2009, p. 18.

Les observateurs, une fois le décret publié en mars 2011, s'empressent de solliciter la CNIL pour qu'elle rende public son avis sur la constitution de ce système de gestion des mesures de protection sur internet qui entre de plain pied dans ses prérogatives. La loi ne l'oblige pas cependant à publier systématiquement ses avis. Alors que pour d'autres projets de loi touchant à ses prérogatives la CNIL avait pris soin de rendre public²⁶⁵ le compte rendu de ses séances, elle oppose dans ce cas une fin de non recevoir à plusieurs journalistes spécialisés. Ceux-ci pressentent dans l'embarras et la rétention d'information, que la CNIL, dont l'expertise dans ces domaines n'est plus à démontrer, cherche à soustraire au débat public des éléments d'analyse susceptibles de contredire le volontarisme du législateur. L'insistance redouble au moment de la publication de la modification du décret du 5 mars complété cette fois de son volet pénal (11 mars 2011). Devant de nouveaux refus de la CNIL, Marc Rees, rédacteur en chef du site spécialisé Pcinpact, décide de saisir la Commission d'Accès aux Documents Administratifs (CADA), une autre autorité administrative indépendante chargée de permettre l'accès des citoyens aux sources administratives, au besoin contre l'avis de l'administration elle-même. Le pressentiment des journalistes spécialisés était en effet fondé. Parmi les documents rendus publics, la CADA diffuse une lettre du président de la CNIL, Alex Türk, qui justifie son refus par le fait qu'« [il] estime que la partie relative à « la mise en œuvre du dispositif proposé » [de l'avis de la CNIL], qui porte sur des éléments qui ne figuraient pas dans le projet de décret soumis à la Commission, ne devrait pas figurer dans le document à transmettre. [Il] considère, en effet, que cette partie est de nature à porter atteinte « au déroulement des procédures engagées devant les juridictions ou d'opérations préliminaires à de telles procédures ». En mai 2011, l'avis de la CNIL du 20 janvier 2001 « fuite » dans la presse spécialisée²⁶⁶ et révèle deux arguments en effet embarrassants pour l'effectivité technique d'application de la réponse graduée. Le premier concerne les obstacles techniques objectifs à la suspension de l'accès à internet par les FAI sans interruption des services de téléphonie et de télévision²⁶⁷. L'autre point, dont nous verrons plus loin tout

²⁶⁵Par exemple à la même période, le 3 mars 2011, la CNIL publie son avis sur le décret relatif à la conservation d'informations par les hébergeurs et les Fournisseurs d'Accès Internet (FAI). <http://www.cnil.fr/linstitution/actualite/article/article/la-cnil-publie-son-avis-sur-le-decret-relatif-a-la-conservation-dinformations-par-les-hebergeurs/>

²⁶⁶http://electronlibre.info/archives/spip.php?page=article&id_article=01243

²⁶⁷« la procédure pénale vise à suspendre l'accès à internet d'un abonné, sans le priver des autres services associés à cet accès, comme la téléphonie ou la télévision. Or il semble que tous les opérateurs ne disposent pas, à ce jour, des capacités techniques pour effectuer une telle suspension sélective. La Commission [la CNIL] estime qu'il est essentiel que les personnes ne se voient pas privées de l'accès à certains services dont la suspension n'est pas prévue par la loi. Elle [la CNIL] attire l'attention du ministère sur le besoin impératif de s'assurer des capacités techniques des opérateurs sur cette question ».

l'enjeu, insiste sur l'urgence de disposer de moyens de sécurisation labellisés afin de permettre aux internautes de se prémunir contre l'engagement de poursuites²⁶⁸.

Une troisième controverse autour du décret du 5 mars 2010 va prendre cette fois la forme, non plus de la révélation d'une faille de sécurité essentielle ou d'une dissimulation d'un avis d'une autorité indépendante divergeant de la politique gouvernementale, mais d'un recours en annulation auprès du Conseil d'État. Le 6 mai 2010, une requête est enregistrée au secrétariat du contentieux du Conseil d'État. Celle-ci est présentée par l'association French Data Network (FDN), un fournisseur d'accès à internet associatif, présidé par Benjamin Bayart²⁶⁹. FDN attaquera à plusieurs reprises des décrets HADOPI mais nous ne nous intéressons ici qu'à sa requête du 6 mai 2010. Dans le sillage des réserves techniques émises par la CNIL qui s'interroge sur la possibilité technique de rendre réelles plusieurs exigences de la loi, Benjamin Bayart va tenter par ce recours de déborder la logique administrative des décrets en affirmant que le décret est entaché d'un vice de forme, le Gouvernement ayant omis, selon lui, de consulter l'Autorité de Régulation des Communications Électroniques et des Postes (ARCEP), une autre autorité administrative indépendante convoquée à son tour dans la controverse. L'intérêt à agir de FDN – élément essentiel d'un recours auprès du Conseil d'État – réside dans le fait que la mise en place d'un traitement interconnecté avec les traitements mis en œuvre par les opérateurs de communications, (dont FDN fait partie en tant que fournisseur d'accès à internet répertorié auprès de l'ARCEP) aurait des répercussions financières importantes et potentiellement fatales pour un FAI associatif. Benjamin Bayart fait état de l'article L. 36-5 du Code des postes et communications électroniques qui dispose en effet que : « L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes est consultée sur les projets de loi, de décret ou de règlement relatifs au secteur des communications électroniques et participe à leur mise en œuvre. ». Le recours affirme donc que : « Cette consultation imposée par la loi fait donc défaut en l'espèce. Or, il s'agit au sens de votre jurisprudence d'une formalité substantielle justifiant une

²⁶⁸« En second lieu, la Commission [CNIL] a pris bonne note du fait qu'il n'existe pas de lien entre le recours aux moyens de sécurisation labellisés et la capacité pour le parquet à poursuivre des faits de manquement à l'obligation de sécuriser son accès internet. Toutefois, la Commission [CNIL] regrette que les moyens de sécurisation labellisés par la HADOPI aux termes de l'article L. 331-26 du code de la propriété intellectuelle ne soient pas encore à la disposition des internautes, et cela encore pour plusieurs mois. Dans la mesure où l'utilisation de tels moyens de sécurisation peut constituer un élément essentiel pour la défense des internautes, notamment en cas d'engagement des poursuites, la Commission [la CNIL] estime que ces moyens devraient être rendus disponibles dans les plus brefs délais ».

²⁶⁹Entretien du 21 janvier 2014.

annulation dudit décret. Non seulement la consultation est imposée par la loi mais en outre cette omission a pu exercer une influence sur la décision. Plus généralement cette formalité avait à l'évidence pour objet d'accorder des garanties aux administrés (votre arrêt Baillou rendu le 27 juillet 1984 Rec. p. 306). Cette omission est donc de nature à entraîner l'illégalité du décret attaqué ».

FDN n'ayant pas choisi d'utiliser la procédure du recours en référé-suspension, la réponse du Conseil d'État ne sera communiquée que le 19 octobre 2011. Sans surprise, le Conseil d'État rejette la requête de FDN au motif que le décret visait à fixer les modalités du traitement automatisé pour permettre la mise en œuvre de la procédure de recommandations par la Commission de protection des droits. Le Conseil d'État rappelle que la loi n'imposait pas au gouvernement de consulter l'ARCEP. Le décret porte en effet sur un traitement de données à caractère personnel qui ne concerne pas les attributions de l'ARCEP. Et le Conseil d'État de conclure : *“ le moyen tiré de ce que le décret attaqué serait entaché d'irrégularité faute d'avoir été précédé d'une consultation de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ne peut qu'être rejeté ; qu'il résulte de ce qui précède que l'association FRENCH DATA NETWORK n'est pas fondée à demander l'annulation du décret attaqué ”*.

Ces trois controverses de nature assez différente soulignent que l'autorité du pouvoir administratif à travers ses décrets pris en Conseil d'État peine encore à totalement refermer le tissu du droit autour des débordements causés par les échanges de biens culturels numérisés. Et encore, il ne s'agit ici que des deux décrets qui établissent la structure du système de gestion des mesures pour la protection des œuvres sur internet. Si, à travers eux, la HADOPI et la Commission de protection des droits émergent progressivement du texte de la loi vers le monde matériel des humains et des non-humains, nous allons constater que le nombre de décrets à stabiliser reste encore important et que leurs capacités à opérer vont être tout autant contestées.

Le décret instituant une contravention de négligence caractérisée (2010-695 – 25 juin 2010)

Autre décret essentiel : celui qui établit dans le droit la contravention de négligence caractérisée protégeant la propriété littéraire et artistique sur internet en créant l'article 335-5 du Code de la propriété

intellectuelle²⁷⁰. Compte tenu de sa dimension pénale²⁷¹, c'est la Chancellerie et notamment Francis Le Gunehec, chef du bureau de la législation pénale générale au Ministère de la justice, qui va se charger de la rédaction du décret. Le décret²⁷² définit ainsi la négligence caractérisée : « le fait, sans motif légitime, pour la personne titulaire d'un accès à des services de communication au public en ligne, lorsque se trouvent réunies les conditions prévues au II : 1° Soit de ne pas avoir mis en place un moyen de sécurisation de cet accès ; 2° Soit d'avoir manqué de diligence dans la mise en œuvre de ce moyen. ». Il précise aussi que cette négligence est punie à titre principal de l'amende prévue pour les contraventions de cinquième classe.

L'expression « motif légitime » est d'une importance capitale pour permettre à la loi et au droit de saisir dans leur mode de vérification le phénomène du téléchargement illicite. Ces deux mots rendent possibles l'interprétation des faits matériels de l'infraction et leur traduction en poursuites éventuelles par la Commission de protection des droits de la HADOPI. Si cette précaution avait été omise et qu'une automaticité avait lieu entre les saisines des ayants droit et la peine principale d'amende, la violation du droit à un procès équitable aurait pu être invoquée pour contester le décret et, partant, enrayer une nouvelle fois l'ensemble du dispositif répressif. Comme l'explique Mireille Imbert-Quaretta²⁷³ : « Étudier le « motif légitime » signifie que l'infraction est caractérisée, c'est-à-dire qu'il y a eu répétition des faits à trois reprises malgré l'envoi de deux recommandations préalables, que l'accès à internet n'a pas été sécurisé et que l'on a retrouvé des œuvres téléchargées via cet accès. C'est alors que l'abonné pourra faire valoir des « motifs légitimes », autrement dit d'exonération, examinés au cas par cas par la CPD, pour éviter d'être poursuivi en justice ». Mais, dans sa grande sagesse, le pouvoir réglementaire n'a pas précisé ce qu'il fallait entendre par « motif légitime », laissant ainsi aux magistrats de la Commission de protection des droits une marge d'appréciation pour transmettre ou non le dossier au Parquet.

Pour appliquer ces dispositions pénales, le décret précise que deux conditions doivent être réunies. En

²⁷⁰Partie réglementaire, Livre III : dispositions générales, Titre III : procédures et sanctions, Chapitre V : Dispositions pénales.

²⁷¹Voir chap. 6, consacré à l'infraction pour défaut de sécurisation.

²⁷²http://legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=1431990B2E4324501A86DCDD32F153A5.tpdjo12v_2?cidTexte=LEGITEXT000006069414&idArticle=LEGIARTI000022402015&dateTexte=20140216&categorieLien=id#LEGIARTI000022402015

²⁷³« Interview de Mireille Imbert-Quaretta, présidente de la Commission de protection des droits », *Legipresse*, novembre 2010.

premier lieu, une recommandation par la Commission de protection des droits de mettre en œuvre un moyen de sécurisation de son accès à internet pour « prévenir le renouvellement d'une utilisation de celui-ci à des fins de reproduction » ; en second lieu le renouvellement dans l'année suivant la recommandation d'une utilisation de l'accès à internet à des fins de reproduction, de représentation ou de mise à disposition ou de communication au public d'œuvres ou d'objets protégés par un droit d'auteur ou un droit voisin. Enfin, le décret du 25 juin instaure la fameuse suspension de l'accès à internet d'une durée maximale d'un mois mais – nuance de taille par rapport au projet répressif initial – comme peine complémentaire que le juge pourra prendre s'il l'estime pertinent en fonction du dossier (antécédents, récidive, quantité d'œuvres téléchargées...).

... Et sa modification le 10 juillet 2013 (décret n° 2103-596), supprimant la peine contraventionnelle complémentaire de suspension de l'accès

Nous l'avons déjà souligné, le spectre de la suspension de l'accès à internet, exigée par les *claims makers* pour affirmer la force du droit de propriété intellectuelle a agi comme un véritable « chiffon rouge », au cours des débats parlementaires et dans la presse. Cette disposition maximaliste a même été à l'origine de la censure du Conseil constitutionnel qui a estimé qu'elle pouvait être assimilée à une atteinte à la liberté fondamentale d'expression et de communication. L'opposition de l'époque avait même promis, dans le cadre de la campagne présidentielle de 2012, une abrogation pure et simple de l'ensemble des lois HADOPI. Arrivée aux affaires à l'issue de l'élection de François Hollande, le ton de la nouvelle majorité et de la nouvelle Ministre de la culture et de la communication Aurélie Fillipetti à l'encontre de l'Autorité publique administrative fut dans un premier temps virulent et sarcastique, laissant notamment planer publiquement un doute sérieux sur le financement et l'intérêt de l'institution. Ces attaques répétées eurent pour conséquence de « braquer » les filières des industries culturelles²⁷⁴. Par ailleurs, les propos tenus publiquement contraignirent les responsables de la HADOPI et ses agents à se défendre en

²⁷⁴« Les propos de Fillipetti sur la HADOPI créent des tensions avec la filière musicale », *Le Monde*, 15 septembre 2012. http://www.lemonde.fr/technologies/article/2012/09/15/les-propos-de-fillipetti-sur-la-hadopi-creent-des-tensions-avec-la-filiere-musicale_1760713_651865.html

soulignant que si le nouvel exécutif voulait changer la loi, il avait toute latitude pour le faire mais que l'opportunité politique de la création de la HADOPI ne pouvait pas être légitimement portée par les fonctionnaires qui y travaillaient.

Alors que le nouveau pouvoir exécutif avait menacé de ses foudres l'agence honnie pendant la campagne électorale et les premiers mois d'exercice du pouvoir, c'est finalement par une modification du décret du 25 juin 2010 qui se traduit le volontarisme de la Ministre de la culture. C'est donc la suspension de l'accès à internet qui fut supprimée par décret, soulageant une partie des controverses sur la possibilité technique de suspendre l'accès à internet sans couper la téléphonie et la télévision, satisfaisant les militants les plus opposés à la loi en réalisant une promesse de campagne, tout en garantissant aux ayants droit que les missions répressives de la HADOPI seraient non seulement maintenues mais quantitativement intensifiées par le biais d'amendes de cinquième classe²⁷⁵.

Le décret relatif à la procédure devant la Commission de Protection des Droits (2010-872, 26 juillet 2010)

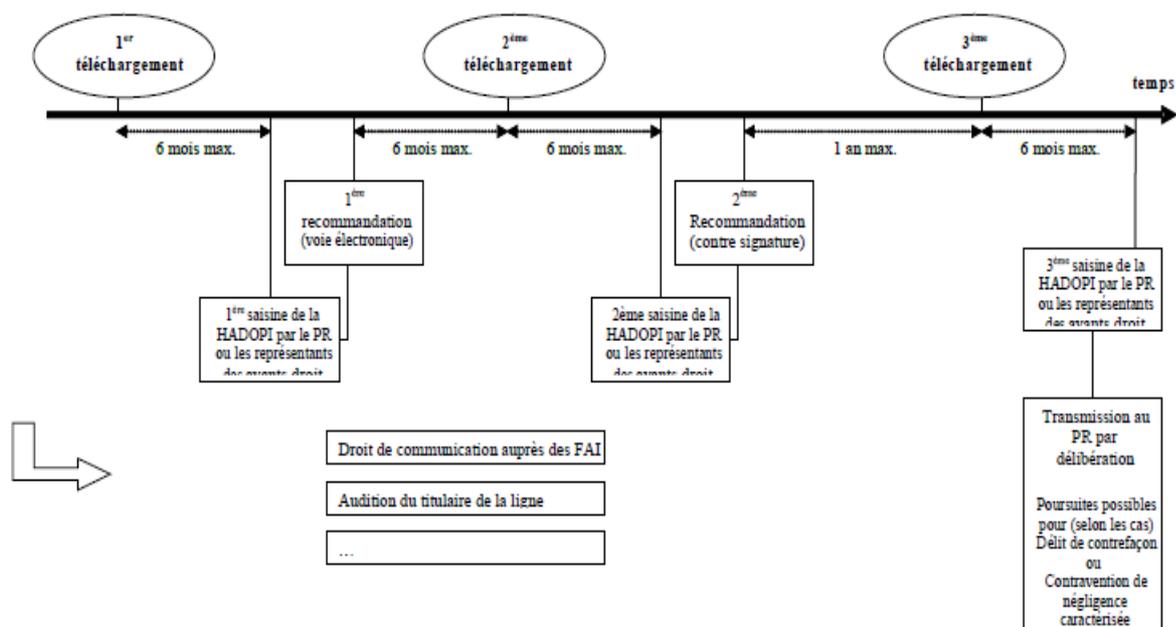
Après l'organisation du système de gestion des données et l'instauration de la contravention, le dernier décret fondateur permettant à la HADOPI de « passer à l'acte » décrit le chemin suivi par l'acte de téléchargement illicite, de sa commission à l'instruction par un juge. Il établit de manière symptomatique les « passages » du droit décelés par Bruno Latour (2002) dans son ouvrage ethnographique sur le Conseil d'État. Ce décret s'appuie fortement sur celui du 5 mars 2010 qui répertoriait les données à caractère personnel qu'ayants droit et fournisseurs d'accès échangeaient avec la Commission de protection des droits, les uns pour attester matériellement de l'acte de téléchargement, les autres pour traduire les données recueillies en identifiants du titulaire de l'abonnement. Nous ne détaillerons pas le chemin déjà évoqué à maintes reprises et synthétisé dans le schéma ci-dessous issu de la circulaire du Ministère de la justice du 6 août 2010²⁷⁶ précisément dédiée au personnel chargé de l'instruction pénale des dossiers, en

²⁷⁵D'un maximum de 1500 euros.

²⁷⁶Circulaire du 6 août 2010 relative à la présentation des lois n° 2009-669 du 12 juin 2009, favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet, et n° 2009-1311 du 28 octobre 2009, relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet, ainsi que de leurs décrets d'application. NOR :

particulier les Procureurs de la République (PR dans le schéma).

ANNEXE 2 : schéma du déroulement de la procédure devant la commission de protection des droits de la HADOPI



Il est plus utile de retenir de ce texte court, le processus de fabrication du droit défini par Bruno Latour comme « un espace clos, rendu plus ou moins discutable par l'accumulation de pièces et sur lequel on n'aura bientôt plus besoin de revenir » (Latour 2002: 227). On voit très clairement apparaître la *superficialité* (De Sutter et Gutwirth 2004 : 276) du droit qui tient paradoxalement sa capacité de tout lier par le fait qu'il ne fait qu'effleurer l'essence des situations, des personnes et des actes qu'il inter-relie : « Rien que de la surface, rien que des filets, mais des liaisons qui vont vite et qui vont droit et qui nous emberlificotent, et qui nous tiennent, et qui nous protègent – à condition qu'elles restent à la surface, qu'elles engagent peu, et que l'on reste soi-même à la surface, peu engagé, afin de les suivre et de les interpréter » (De Sutter et Gutwirth 2004 : 286). On voit en effet défiler dans le texte de ce décret tout un maillage de petits travaux fragiles de saisines comportant une liste précise et fermée de données, de déclarations sur l'honneur d'agents assermentés, de signatures électroniques, de réception d'accusés de réception, de transmission, d'obligation de fournitures de documents, de sollicitations d'audition, d'envoi

JUSD1021268C, Bulletin officiel n° 2010-06 du 31 août 2010, <http://www.textes.justice.gouv.fr/bulletin-officiel-10085/bulletin-officiel-n-2010-06-du-31-aout-2010-20581.html>

de mels et de lettres en recommandé, de procès verbaux établis, signés, transmis, et enfin de décisions exécutoires sur le versant de l'application des sanctions. Le droit, fût-il administratif, est bien un travail de liaison, de rattachement, de tissage et d'assignation et non pas, comme on le pense trop souvent, un grand appareil de règles et de normes qui surplombe le réel des liens entre humains et non-humains.

Nouveau recours en Conseil d'État

Une nouvelle fois, un décret fondateur de l'agence HADOPI va faire l'objet d'un recours. Malgré une très faible chance de succès, nous allons constater que ce recours va permettre d'éclaircir le statut juridique controversé du premier mel de recommandation : s'agit-il d'un rappel à la loi ? Fait-il grief puisqu'il inaugure un processus pouvant aboutir à une sanction pénale ? C'est encore le fournisseur d'accès associatif FDN et son président Benjamin Bayart qui, au cœur de l'été 2010, vont adresser un recours en référé au Conseil d'État. Cette procédure d'urgence se justifiait selon les requérants en raison du fait qu'une fois le décret signé, la HADOPI était pleinement opérationnelle. Elle avait d'ailleurs annoncé que les premières procédures débuteraient dès la rentrée en septembre. Trois éléments distincts sont apportés pour contester la conformité du décret : son lien avec le décret du 5 mars 2010 lui même contesté, l'allégation de l'atteinte à la présomption d'innocence et une prétendue violation du principe du contradictoire. Le recours contre le décret du 5 mars 2010 ayant été entre temps rejeté par le Conseil d'État, le premier élément de contestation tombe de lui même. Concernant la présomption d'innocence, le Conseil d'État affirme dans sa décision que « l'ensemble de ces prescriptions n'emportent aucune automaticité entre les constats de manquements aux obligations prévues par la loi et le prononcé éventuel d'une sanction pénale par l'autorité judiciaire ; que dès lors le moyen tiré de ce que le décret attaqué méconnaîtrait le principe de la présomption d'innocence garanti par l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ne peut qu'être écarté »²⁷⁷. La réponse du Conseil d'État est plus intéressante s'agissant de la violation prétendue du principe du contradictoire. Dans son recours, FDN soulevait le problème de la définition juridique de la première recommandation par mel. L'association croyait percevoir dans cette recommandation un acte susceptible de revêtir les traits d'une sanction, voire

²⁷⁷<http://www.conseil-etat.fr/fr/selection-de-decisions-du-conseil-d-etat/ce-19-octobre-2011-french-data-network-n.html>

d'une accusation, puisqu'elle est susceptible de constituer la première étape d'une procédure judiciaire. Si tel est le cas, tout individu accusé d'avoir commis un acte répréhensible doit pouvoir se défendre de telles accusations, ce qui n'est pas le cas pour la première recommandation. En droit interne, les requérants font appel à la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs : si la recommandation par mel est un acte assimilable à une sanction administrative, elle doit être motivée et éventuellement pouvoir être contestée. En droit européen, c'est la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme qui énonce à son article 6²⁷⁸ les principes du droit à un procès équitable et à la présomption d'innocence qui est invoquée. Le Conseil d'État apportera une précision utile à propos du statut juridique du mel de première recommandation qui est, sauf erreur, une innovation dans le domaine du droit réglementaire. En effet, il ne semble pas exister d'autres cas pour lesquels un mel constitue une étape, certes initiale, mais inauguratrice d'éventuelles poursuites pénales. Il affirme donc que les recommandations adressées par la HADOPI « ne revêtent aucun caractère de sanction ni d'accusation » et qu'elles n'ont d'autre effet « que de rendre légalement possible l'engagement d'une procédure judiciaire ». Certes, la porte est étroite mais cela permet au Conseil d'État de conclure que « le moyen tiré de ce que l'envoi de ces recommandations prévu par le décret attaqué méconnaîtrait le caractère contradictoire résultant de la loi précitée ne peut être qu'écarté ».

Le décret sur la labellisation de l'offre légale et la régulation des mesures techniques de protection (n° 2010-1366, 10 novembre 2010)

Ce décret a pour objectif de rendre opérationnel le volet d'encouragement au développement de l'offre légale voulue par le législateur comme élément d'équilibre en regard de la réponse graduée qui, même atténuée sémantiquement, constitue l'axe répressif et pénal de la loi. En effet, il est utile de rappeler ici que le téléchargement illicite provient notamment du fait que l'offre de téléchargement légal des œuvres audio-visuelles est particulièrement pauvre au moment des débats parlementaires et avant le décollage de

²⁷⁸« Droit à un procès équitable. 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle (...) 2. Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie (...). »

l'offre de téléchargement musical en streaming. Cette rareté est explicitement voulue et organisée par le secteur des industries culturelles qui s'appuie historiquement sur une économie de la rente des droits de propriété littéraire et artistique. Organiser la pénurie pour accroître les prix est en effet une règle canonique du marché, même si les biens culturels sont loin d'être des biens théoriquement parfaits du point de vue des théories économiques classiques²⁷⁹. La sacro-sainte chronologie des médias, moteur de l'industrie audio-visuelle française, accentue encore cette tendance. Le législateur a donc entrepris de tenter de corriger cette rareté d'œuvres légalement téléchargeables qui induit une très forte incitation à la commission d'actes illicites attentatoires au droit d'auteur. D'autre part, et de manière contiguë, ce décret aborde la question de la régulation des mesures techniques de protection²⁸⁰, elles aussi conçues pour empêcher techniquement l'accès aux biens culturels numérisés. Dans un même souci d'équilibre, le législateur a depuis la loi DADVSI de 2008 tenté d'imposer une interopérabilité entre ces mesures techniques qui ont bien souvent été instrumentalisées par les industriels comme des moyens d'excluabilité et de « sur-réservation » conduisant, d'une part à des tentatives de verrouillage vertical de filières de biens culturels et de l'autre, à une pénalisation accrue des consommateurs qui ne pouvaient pas lire les supports légalement achetés sur n'importe quel équipement. Ces inconvénients liés aux MTP sont aussi de très puissants vecteurs d'encouragement à enfreindre les dispositions légales de la propriété littéraire et artistique.

La mission d'encouragement au développement de l'offre légale : une loi pour promouvoir des offres commerciales légales ?

L'idée de confier à la nouvelle agence un rôle dans la promotion de l'offre légale est arrivée tardivement dans le débat législatif. Si cette mission pédagogique, maintes fois rappelée par les promoteurs du texte comme un équilibre à une approche répressive, peut se comprendre d'un point de vue politique, elle interroge fortement les constitutionnalistes. En effet, inscrire dans la loi une mission de promotion d'offres économiques légales outrepassé largement le périmètre dévolu au pouvoir législatif par la

²⁷⁹Voir Introduction générale.

²⁸⁰Voir chapitre 2.

Constitution et son article 34²⁸¹. Ce nouvel élément « baroque » des lois HADOPI embarrasse les rédacteurs du décret qui se retrouvent dans une situation totalement inédite, sans aucun modèle sur lequel appuyer leur rédaction et confrontés à une « absence de sachant »²⁸² en matière juridique sur ce point de la loi dont ils sont censés rédiger le décret. Le principal écueil à éviter pour les rédacteurs du décret est de ne pas transformer la HADOPI en arbitre et garant de la licéité des offres commerciales et de la préserver de tout contentieux à cet égard. Autrement dit, si la HADOPI apporte un label de garantie que telle ou telle offre commerciale de téléchargement d'œuvres respecte le droit d'auteur, il faut veiller à ce que sa responsabilité ne soit pas engagée. De l'avis des rédacteurs, le processus a été très laborieux entre la phase interministérielle et le Conseil d'État. La difficulté de distinguer ce qui est légal de ce qui ne l'est pas en matière de mise à disposition d'œuvres au public demeure épineuse. Une première question porte sur les destinataires de la norme, dont la terminologie doit être suffisamment globalisante pour les différents cas de figure. Par exemple, le cas des plates-formes de mise à disposition de photographies présente des problèmes de vérification presque insolubles. Si pour des œuvres musicales ou audio-visuelles les sociétés d'ayants droit ont pu développer des outils et procédés de marquage et de repérage des œuvres, il n'en est pas de même pour les professionnels de la photographie qui ont vu leur secteur d'activité pratiquement détruit par le basculement numérique²⁸³.

Pour sortir de cette impasse, les rédacteurs du décret vont d'abord s'appuyer sur l'exemple de l'Institut National de la Propriété Intellectuelle (INPI), qui bien que n'étant pas une juridiction, joue le rôle de garant en matière de dépôt de brevets et de marques. Pour éviter d'engager la responsabilité directe de la HADOPI, le choix est donc fait de lui conférer un rôle d'organe de publicité des demandes de labellisation d'une offre commerciale légale ; charge aux ayants droit, dans un délai de quatre semaines, de présenter une objection à la labellisation si l'offre de téléchargement contrevient à la législation sur le droit de propriété littéraire et artistique. En l'absence d'objections, la HADOPI accorde pour un an un

²⁸¹<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do?idArticle=LEGIARTI000019241018&cidTexte=LEGITEX T000006071194>

²⁸²Entretien avec Pascale Compagnie, magistrate, sous-directrice des affaires juridiques du Ministère de la culture et de la communication, 5 janvier 2014.

²⁸³Le cas de la plate-forme *Fotolia* défraya la chronique à ce propos, puisqu'elle enfreignait la loi française à de nombreuses reprises, tant sur le plan du droit du travail dans ses conditions de rétribution des photographes que sur le plan du droit d'auteur. Étant éditeur de contenus selon la loi de confiance en l'économie numérique (LCEN) sa responsabilité se trouve engagée si elle met un cliché en vente sans l'accord des ayants droit. Dans ses conditions générales de vente, *Fotolia* reportait cette responsabilité sur l'acheteur du cliché, ce qui est contraire à la loi.

label matérialisé par un signe distinctif apposé de manière lisible sur le site internet « diffusant les œuvres constitutives de l'offre légale et désignant les œuvres couvertes par le label ». Concrètement, ce label se traduira par la création d'un logo et d'un sigle : le label PUR pour « Promotion des Usages Responsables ». Le label PUR et sa campagne de communication feront l'objet de très vives attaques dans la presse. Cette initiative inédite de faire labelliser par une autorité administrative et par la voie législative une offre commerciale déchaîne de nouveau les passions, d'autant plus qu'elle s'accompagne d'une autre démarche de sensibilisation à destination du public jeune par le Ministère de la culture. La Carte Musique Jeune, financée sur fonds publics, prend en effet en charge 50% du prix d'un téléchargement légal sur les plates-formes titulaires du label PUR.

Ce décret qui avalise une décision aux marges du domaine d'action du pouvoir législatif va donc s'accompagner d'un « fiasco » en terme d'image et de résultat pour le volet pédagogique des lois HADOPI et va contribuer, si besoin était, à déprécier dans l'opinion publique la perception des lois de régulation des échanges de biens culturels sur les réseaux numériques. Le label PUR, finalement très peu connu du public, sera abandonné en décembre 2013 et remplacé par une plate-forme internet regroupant les offres commerciales labellisées par la Haute autorité sous le terme, certes plus explicite, de offrelegale.fr.

La mission de régulation des mesures techniques

Occultée par les débats sur le volet répressif et pénal, la mission de régulation et de veille dans le domaine des mesures techniques trouve dans ce décret du 10 novembre 2010 ses moyens d'action, et non des moindres puisqu'il confère à la HADOPI un rôle méconnu de sanction, hérité de l'Autorité de Régulation des Mesures Techniques (ARMT)²⁸⁴, morte-née avec l'échec de la loi DADVSI de 2008 mais non abrogée et ayant donc toujours une existence légale. Ce décret dote ainsi la HADOPI de pouvoirs inédits concernant les questions d'interopérabilité entre les mesures techniques de protection et

²⁸⁴Voir Chap. 3.

les appareils de lecture des fichiers audio-visuels. Elle peut ainsi obliger le propriétaire d'informations techniques liées à l'interopérabilité à communiquer ces données pour garantir une interopérabilité : « Tout éditeur de logiciel, tout fabricant de système technique et tout exploitant de service peut, en cas de refus d'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité, demander à la Haute Autorité de garantir l'interopérabilité des systèmes et des services existants, dans le respect des droits des parties, et d'obtenir du titulaire des droits sur la mesure technique les informations essentielles à cette interopérabilité »²⁸⁵.

Le décret introduit une limitation non négligeable au droit de propriété intellectuelle dans la mesure où le titulaire des droits sur une mesure technique ne peut se soustraire à la publication du code source et de la documentation technique de son logiciel indépendant et interopérant que s'il apporte la preuve que cette publication aurait pour effet de porter gravement atteinte à la sécurité et à l'efficacité de ladite mesure technique. Si, après la saisine de la HADOPI, les parties ne s'accordent pas pour parvenir à une interopérabilité, l'agence peut émettre une injonction prescrivant, au besoin sous astreinte, les conditions dans lesquelles le demandeur peut obtenir l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité et les engagements qu'il doit respecter pour garantir l'efficacité et l'intégrité de la mesure technique, ainsi que les conditions d'accès et d'usage du contenu protégé.

En dernier recours, la Haute Autorité a le pouvoir d'infliger une sanction pécuniaire applicable soit en cas d'inexécution de ses injonctions, soit en cas de non-respect des engagements. Chaque sanction pécuniaire est proportionnelle à l'importance du dommage causé aux intéressés, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionnés et à l'éventuelle réitération des pratiques contraires à l'interopérabilité. Elle est déterminée individuellement et de façon motivée. Son montant maximum peut s'élever dans le cas d'une entreprise à 5 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques contraires à l'interopérabilité ont été mises en œuvre. Le montant maximal peut s'élever à 1,5 million d'euros dans les autres cas.

²⁸⁵ Art. L. 331-32 du Code de la propriété intellectuelle. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000021212211&cidTexte=LEGITEXT000006069414>

Un recours pour une fois partiellement couronné de succès

Comme les précédents, ce décret et notamment l'article consacré à la mission de régulation des mesures techniques a fait l'objet de recours. Dans ce cas c'est la société Apple Inc. particulièrement sensible à la question des mesures techniques de protection qui va parvenir à faire annuler une partie du décret du 10 novembre 2010. Événement remarquable dans la mesure où les décrets pris « en Conseil d'État » et rédigés par cette institution ne sont que très rarement remis en cause par cette même institution. Il s'agit ici d'une particularité souvent soulignée du pouvoir administratif français qui est, dans le cas des décrets pris en Conseil d'État et plus largement dans le cas du contentieux administratif, d'être à la fois en pratique juge et partie. Les moyens de droits soulevés par le recours sont nombreux. Ils abordent tour à tour des points de légalité externe, (comme le défaut de consultation régulière du Conseil d'État ou un défaut de transmission à la Commission européenne), et des points de légalité interne²⁸⁶. Tous ces moyens seront rejetés par le Conseil d'État²⁸⁷ à l'exception d'un seul, et non des moindres, puisqu'il touche à des principes généraux du droit et de valeur constitutionnelle. En effet, le requérant soulève un moyen qui, selon l'expression du Conseil d'État a « prospéré » pour aboutir à l'annulation de la partie de l'article 2 du décret qui introduit dans le code de la propriété intellectuelle le titre IV de l'article R. 331-65 : « les décisions prises par le président de la Haute Autorité en application des dispositions du présent article ne peuvent être contestées qu'à l'occasion du recours dirigé contre les décisions de la Haute Autorité rendues en application des articles R. 331-68 à R. 331-70 ». Cet alinéa anodin ne permet en effet de contester une décision de la HADOPI qu'après son entrée en vigueur. En raison du caractère potentiellement sensible des informations industrielles concernées – le code source des mesures techniques de protection – le requérant a fait valoir que cette disposition, en interdisant un recours en référé, violait le droit constitutionnel à un procès équitable et au respect des droits de la défense²⁸⁸.

²⁸⁶ Comme l'atteinte potentielle aux secrets industriels, aux droits des auteurs des œuvres protégées par des mesures techniques, à la protection juridique des programmes informatiques et au fonctionnement de l'Union européenne dans la mesure où le décret imposerait des restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union

²⁸⁷ Le texte de la décision du Conseil d'État du 30 décembre 2013 :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000028411776&fastReqId=310186288&fastPos=1>

²⁸⁸ *En ne permettant pas de contester la légalité des décisions prises par le président de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI) sur les demandes de classement d'informations, documents ou parties de documents en annexe confidentielle qu'à l'occasion d'un recours contre la décision définitive adoptée par la HADOPI, les dispositions du IV de l'article R. 331-65 du code de la*

Le décret relatif à la procédure d'évaluation et de labellisation des moyens de sécurisation (n° 2010-1630, 23 décembre 2010)

Dès le début des débats parlementaires, la question de la surveillance d'internet a occupé les esprits et « échauffé » les échanges. Réprimer le téléchargement illicite est indissociable d'un processus de constitution de preuve et donc d'intrusion dans les échanges des internautes sur internet qui entremêle espaces de communication privée et publique. Plus la Ministre de la culture Christine Albanel tente de rassurer les parlementaires²⁸⁹, plus le doute s'installe dans les esprits. Pour rassurer et permettre à l'internaute de bonne foi de s'assurer qu'aucun usager de son abonnement – par exemple ses enfants – ne pourra enfreindre les règles de téléchargement sur internet, le législateur a inscrit dans la loi qu'une des missions de la HADOPI consiste, selon les termes du décret du 23 décembre 2010, à labelliser « des moyens de sécurisation destinés à prévenir l'utilisation illicite de l'accès à un service de communication au public en ligne ».

Décret « science fiction »

Un décret « science fiction, pour la gloire », tels sont les termes de la magistrate Pascale Compagnie pour qualifier ce décret le plus sensible et le plus complexe qu'elle ait eu à rédiger. L'idée initiale était relativement cohérente : à l'instar des anti-virus ou des logiciels de contrôle parental, les règles classiques

propriété intellectuelle font obstacle, le cas échéant, à l'exercice d'un recours ou d'une action en référé contre ces décisions devant le juge compétent. Eu égard à l'ampleur et au caractère potentiellement irréversible des effets des décisions que le président de la HADOPI peut prendre en vertu de l'article R. 331-65, les dispositions du IV de cet article méconnaissent le principe général du droit au recours et les exigences liées au respect des droits de la défense.

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000028411776&fastReqId=310186288&fastPos=1>

²⁸⁹« Il n'y a aucune espèce de surveillance générale de la toile ; il s'agit simplement d'expérimentations menées par des acteurs de la culture, d'une part, et des acteurs d'Internet, d'autre part, pour la reconnaissance des contenus » ou encore « Nous entendons agir à la source en créant une sorte de tatouage des œuvres destiné à empêcher les actes de piratage. Il n'y a là rien de choquant. » [...] « installer des dispositifs de reconnaissance des œuvres interdisant de les pirater. Ce n'est pas l'HADOPI qui surveille, ni l'État : il s'agit, je le répète, d'expérimentations conduites par les acteurs culturels et Internet. »

d'offre et de demande devaient inciter des acteurs privés à se lancer dans l'édition de tels logiciels de sécurisation, charge à la HADOPI de mettre en place une procédure d'évaluation afin d'édicter un cahier des charges et de labelliser les offres commerciales satisfaisant aux contraintes. La pression médiatique est très forte sur cet aspect des missions de l'agence. Très rapidement, la presse spécialisée et les rubriques technologiques des médias généralistes dépistent une impasse technique à la possibilité de garantir un système informatique capable de sécuriser un accès à internet assorti des contraintes juridiques ouvertes par la loi. En matière de sécurité informatique on ne parle en effet jamais de sécurisation absolue d'un système d'information mais de niveau de risque. Un tel système reste toujours, de bonne foi ou non, contournable et comme l'usage de ce type de logiciel peut être invoqué pour se prémunir d'éventuelles poursuites y compris pénales, aucun éditeur de logiciel n'est prêt à courir le risque de défaillance dans ce domaine, compte tenu des contentieux potentiels. Outre cette pression médiatique qui va se saisir de cette impasse technico-juridique, nous avons déjà vu que la CNIL va presser la HADOPI de rendre effectif l'offre de logiciels de sécurisation. Son président Alex Türk regrette « que les moyens de sécurisation labellisés par la HADOPI aux termes de l'article L. 331-26 du code de la propriété intellectuelle ne soient pas encore à la disposition des internautes, et cela encore pour plusieurs mois. Dans la mesure où l'utilisation de tels moyens de sécurisation peut constituer un élément essentiel pour la défense des internautes, notamment en cas d'engagement des poursuites, la Commission [CNIL] estime que ces moyens devraient être rendus disponibles dans les plus brefs délais ». Certains fournisseurs d'accès annoncent aussi leur impatience de prendre connaissance des spécifications techniques pour développer des logiciels de sécurisation. Mais l'inquiétude sur le caractère invasif de ces logiciels pour la protection de la vie privée monte d'un cran quand Sylvie Forbin, en charge des relations institutionnelles chez Vivendi, laisse entendre²⁹⁰ que ces logiciels seront directement installés dans les box des fournisseurs d'accès et donc potentiellement hors de contrôle de l'utilisateur final. Enfin, pour contribuer encore à tendre le contexte de rédaction de ce décret, certains ayants droit – comme la SCPP (Société civile des producteurs phonographiques) – ne cachent pas leur souhait de mettre en œuvre des technologies de

²⁹⁰À l'occasion du 16ème Forum européen de la propriété intellectuelle organisé par l'UNIFAB (Union des Fabricants) le 31 mars et 1er avril 2011, « Il y a une autre mission de l'HADOPI, dont nous attendons beaucoup. C'est de publier très rapidement les fameuses spécifications techniques qui vont permettre aux fournisseurs d'accès d'intégrer dans leurs nouvelles offres de prochaines générations, une sécurisation ». Cette sécurisation « va permettre aux usagers de bonne foi d'introduire ou d'activer dans les nouvelles box qu'ils achèteront, des dispositifs qui permettront de les aider à faire ce cheminement et à paramétrer l'usage de leurs enfants, l'usage de leur famille vers des offres légales et à pouvoir eux-mêmes aussi organiser leur propre espace. »

filtrage très proactives connues sous l'acronyme de DPI (Deep Packet Inspection). Ces technologies, véritable hantise des militants de la neutralité technique des réseaux, consistent à inspecter au plus profond des paquets d'information échangés sur les réseaux, ce qui permet de savoir qui envoie et reçoit l'information, selon quel protocole, jusqu'à connaître le contenu des informations échangées. Des documents qui attestent de discussions en ce sens au sein de la Direction générale du marché intérieur et des services de la Commission européenne sont publiés par des sites d'information spécialisée en septembre 2010²⁹¹. Interrogés, les responsables de la SCPP confirment l'avancement des discussions et l'option du filtrage : « C'est du *Deep Packet Inspection*, tout à fait, sauf que c'est un robot qui le fait, donc il ne regarde pas réellement ce qu'il y a. C'est un robot qui vérifie : est-ce qu'il y a un fichier protégé dedans ou pas ? Si oui, le fichier protégé ne suit pas »²⁹².

Pour les rédacteurs, il apparaît donc rapidement « qu'il faut faire le décret pour faire le décret. [...] C'est un décret procédural pour que la HADOPI s'en tire »²⁹³. Le texte se borne donc à décrire la procédure en vue d'obtenir une labellisation d'un moyen de sécurisation et ne s'aventure pas à décrire des éléments de cahier des charges que ce label viendrait valider. Cette procédure implique l'Agence Nationale de Sécurité des Systèmes d'Information (ANSSI). Cette dernière aura pour mission d'agréer des centres aptes à garantir et à évaluer la sécurité offerte par les éditeurs de logiciels de sécurisation. Mais au cours des réunions de rédaction du décret avec l'ANSSI et la Direction générale de la compétitivité, de l'industrie et des services (DGCIS) qui dépend des Ministères de l'économie et de l'industrie, les hauts fonctionnaires confirment l'impossibilité de garantir la fiabilité totale d'un logiciel chargé de la sécurité d'un accès à internet dont l'usage pourrait être opposable dans le cadre d'une suspicion de téléchargement illicite par la HADOPI. Malgré le rôle apparent de pivot essentiel de la loi, il semble donc impossible techniquement de conférer un tel degré de fiabilité à un logiciel. En avril 2011, les fameuses spécifications techniques et fonctionnelles de sécurisation sont rendues publiques par la HADOPI.

²⁹¹<http://www.pcinpact.com/news/59106-hadopi-dpi-vedicis-scpp-filtrage.htm>

²⁹²Marc Guez, directeur de la SCPP, cité par le site spécialisé Pcinpact : <http://www.pcinpact.com/news/69142-hadopi-moyen-securisation-label-filtrage.htm>

²⁹³Entretien avec Pascale Compagnie, 2 décembre 2013.

Le meilleur moyen de sécuriser son accès

Mais, aussi étonnant que cela puisse paraître, ces moyens labellisés, héritage des laborieux débats parlementaires et des exigences radicalisées de filtrage de certains ayants droit, importent peu dans la mise en œuvre active de la HADOPI deuxième version. En effet, la contravention de négligence caractérisée, rappellera Mireille Imbert Quaretta dans un interview²⁹⁴ de novembre 2010, est une infraction de commission par omission qui, comme toute infraction, se constate et ne se prouve pas. « On ne vous demande donc pas de prouver un fait négatif, on constate que vous n'avez pas fait quelque chose qui aurait empêché la réalisation du téléchargement. Ainsi, pour le stationnement interdit par exemple, c'est le PV qui constate l'infraction qui fait foi. C'est la même chose pour la contravention de négligence caractérisée : par trois fois on a constaté sur votre accès internet des œuvres téléchargées de façon illicite, c'est l'élément matériel qui est le même que la contrefaçon. On vous demande de sécuriser votre accès. Le « moyen de sécurisation » est défini dans la loi « HADOPI 2 » en fonction de son objectif : faire en sorte qu'il n'y ait pas de téléchargement illicite via votre accès à internet. Ce n'est pas un renversement de la charge de la preuve, ni la preuve d'un fait négatif. ». Ainsi, il n'existe pas de lien juridique entre l'usage d'un logiciel labellisé et une éventuelle mise en cause de l'abonné. Par cette déconnexion subtile autant qu'étonnante, le seul véritable « moyen de sécurisation » consiste à cesser de télécharger illicitement. La responsabilité qui pèse sur l'abonné est de faire cesser l'utilisation litigieuse de son accès à internet. Pour la Commission de protection des droits de la HADOPI, « le mettre sous clé [l'ordinateur], pour nous, c'est un « moyen de sécurisation » au sens de la contravention ». Juridiquement avec HADOPI 2, le seul moyen disponible est donc de changer de comportement : si l'abonné n'a pas changé de comportement sans motif légitime au bout de trois recommandations, il n'a donc pas mis en œuvre de moyen de sécurisation. Ce syllogisme permet à la présidente de la Commission de protection des droits de justifier par ailleurs l'objectif de pédagogie, de responsabilisation et d'incitation à modifier des comportements de masse : « Si vous persistez, ce sont les conséquences de vos actes qui prouvent l'infraction. [...] La CPD est le contraire d'un radar automatique : chaque dossier avant transmission au parquet fera l'objet d'un examen dans son ensemble, par ses trois membres. Si on a le moindre doute, si

²⁹⁴ *Légipresse*, Novembre 2010, N°277, <http://www.hadopi.fr/actualites/actualites/interview-de-mireille-imberty-quetta>

le dossier est fragile, il ne sera pas transmis. »²⁹⁵. Dans son rapport d'activité 2011–2012 publié en octobre 2012, la Haute autorité annonce, certes de manière sibylline, la fin de sa mission sur la labellisation des moyens de sécurisation en renvoyant au législateur la responsabilité d'une meilleure définition des limites de cette mission : « Une mission de réalisation d'un moyen de sécurisation « global » dépasse les limites des missions confiées et des moyens mis à disposition par le législateur. [...] le Collège de l'HADOPI estime donc que les problématiques liées à la sécurisation de l'accès à Internet doivent s'inscrire dans une approche globale et, ce, dans l'objectif de simplifier et rationaliser le choix de l'utilisateur et de donner la plus grande cohérence possible à l'action publique »²⁹⁶.

Conclusion

Ce chapitre montre comment un instrument d'action publique se construit précisément au delà du texte de loi qui l'institue. L'examen minutieux des textes donnant à ce type d'artefact les pouvoirs concrets sur le réel est souvent peu explicite. C'est pourquoi nous avons souhaité nous arrêter sur la série des décrets d'application de la loi dite HADOPI 2, leur phase de rédaction, de publication et sur les résistances ultimes qu'ils ont soulevées. Ce chapitre illustre le fait que le droit n'est pas une série de normes ou de règles mais une façon sans cesse renouvelée d'imaginer le réel, en l'occurrence celui des problèmes posés par la numérisation du monde. L'examen minutieux de cette phase d'amorçage d'un instrument contribuera – nous l'espérons – à compléter les travaux plutôt orientés en général vers la réception et le résultat des instruments de gouvernement.

Avant d'examiner la rédaction des décrets, nous avons décrit une nouvelle phase de turbulence du problème : en effet, après que le Conseil constitutionnel ait brisé l'accord des acteurs pour éviter le passage par le juge, une nouvelle loi, immédiatement votée, re-judiciarise la répression du téléchargement illicite. Certes, le passage par un juge permet d'apporter les garanties d'un jugement équitable mais il produit aussi une inflation répressive alors que le projet initial visait certes à adoucir les

²⁹⁵*Ibid.* *Légipresse*, Novembre 2007.

²⁹⁶Rapport d'activité de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet, 17 octobre 2012, http://www.hadopi.fr/sites/default/files/page/pdf/Rapport_activite2012HADOPI.pdf

peines encourues pour contrefaçon mais aussi à les simplifier. Le cas des lois HADOPI souligne le paradoxe fréquent qui veut que lorsqu'une bureaucratie cherche à simplifier ses procédures, elle en complexifie les moyens d'action. Une volonté de simplification multiplie les biais et les contraintes au risque d'aboutir à un « monstre ».

Nous avons souligné l'importance des décrets et leur rôle déterminant face à l'incertitude et à la complexité du dispositif législatif. Ils doivent sécuriser absolument les dispositions de la loi, comme par exemple la présomption d'innocence induite par le caractère largement automatisé de la procédure. L'introduction de la modeste expression « sans motif légitime » permet de clore ce risque. Les décrets doivent aussi passer à travers la contradiction de fond entre le maintien de la catégorie du droit général de la contrefaçon et la distinction des délits en fonction du moyen de leur commission. Traiter par un droit et une procédure spéciaux des actes classés sous une même catégorie pénale relève effectivement du « tour de force ».

Nous avons montré la tension qui s'instaure entre l'institution d'une autorité administrative indépendante, (dispositif symbolique du courant de dé-politisation des problèmes publics, de fédéralisme administratif et de recomposition de « l'État propulsif ») et la volonté de re-politiser la question par la nomination médiatique d'un nouveau ministre de la culture qui va brutalement, à travers sa personne et sa notoriété, « reprendre le flambeau » du projet de loi.

Les décrets sont des instruments très modestes mais efficaces pour agencer un texte de loi avec le réel de la matérialité mouvante des échanges numériques et pour désamorcer les erreurs politiques éventuellement commises par le législateur. En faisant glisser la coupure de l'accès à internet, mère des controverses, vers une peine complémentaire ramenée à un mois, les rédacteurs des décrets préparent discrètement, et magistralement selon nous, l'abrogation de cette mesure très décriée et techniquement très difficile à appliquer. Malgré leur effet de droit propre, les décrets ne peuvent pas tout corriger et rendre réels tous les dispositifs imaginés par le législateur. Le premier cas décrit concerne la promotion de l'offre légale qui excède, selon nous, le périmètre constitutionnel du pouvoir législatif et risque de conférer à la Haute autorité un rôle de gardien de la licéité des plates-formes de téléchargement. Le second cas concerne la labellisation des moyens de sécurisation impossible à traduire dans un texte

réglementaire en raison du niveau de risque de défaillance de tels dispositifs. Une ultime déconnexion a dû être faite par les magistrats de la Commission de protection des droits entre l'usage d'un logiciel de sécurisation et la mise en cause du contrevenant. Les résistances légales opposées à ces décrets nous ont enfin permis de montrer leur rôle essentiel pour le fonctionnement d'un instrument de gouvernement et la conception de son *design*. Le système de recommandation qui constitue la véritable innovation socio-technique de la loi, et notamment le statut juridique du premier mel, ont été clarifiés grâce à un recours contre un décret. L'examen minutieux des décrets d'application a donc tenté de décrire les mécanismes empiriques grâce auxquels le droit et la loi peuvent passer dans le réel afin de produire un espace clos et rationalisé rendu le moins discutable possible et propre à discipliner les comportements (énoncé de l'infraction et clôture des risques légaux, préparation de l'abandon de la coupure de l'accès, liste des travaux fragiles et superficiels mais décisives pour produire un effet de vérité de la loi, liste des données constitutives de la preuve matérielle, création d'un système original de recommandation et sa stabilisation juridique).

Dans ce chapitre, nous avons donc exploré le mode d'apparition – « l'épiphanie » – de la Haute Autorité pour la Diffusion des Oeuvres et la Protection des droits sur Internet. Il s'est agi de tenter d'éthnographier le passage du texte législatif au réel à travers un réseau de petits textes produits par le Conseil d'État, instance essentielle de la fabrication, de l'adaptation et de l'invention continue de l'État face aux épreuves qui établissent ou défont de nouvelles coordinations et attachements. La force particulière du droit, administratif notamment, n'est pas celle de grandes linéarités causales des principes aux cas. Elle consiste plutôt en une multiplicité de connexions permettant de lier sans cesse énoncés et énonciateur par le tissage d'un filet souple et flottant d'inter-textualité. Cette phase de rédaction, de publication et de recours des décrets illustre aussi un mode d'existence et d'action propre au droit : celui de ralentir, de temporiser et d'imposer un répit (de Sutter et Gutwirth 2004: 279). Par ces « arrêts », le droit administratif a permis aussi d'imposer un refroidissement à l'emballage législatif sur les questions du numérique. Alors que l'éloge de l'immédiateté, de la rapidité et de l'ubiquité est la matrice du progressisme de l'ère numérique, la « petite musique » des procédures, recours et instructions du droit permet de dire « Assez ! » et « Où en sommes nous ? ». En effet, le droit « n'a jamais été moderne » (Latour 1999: 332).

CONCLUSION GÉNÉRALE

Au terme de cette thèse, voici venu le moment de tirer les conclusions du processus de genèse de la HADOPI comme moment, certes localisé mais néanmoins déterminant, d'un vaste processus de mise en politique et de gouvernabilité d'internet. Nous débuterons notre conclusion en évoquant l'actualité des débats, qui n'ont pas manqué depuis l'adoption en 2010 des décrets d'application de la loi, objet de notre dernier chapitre. Les élections présidentielles de 2012 ont notamment été source d'une nouvelle prolifération de controverses autour de notre sujet. Nous aborderons ensuite quelques limites de notre travail que nous avons d'ores et déjà identifiées. Si l'on en croit King et Le Galès (2001: 453), les recherches les plus intéressantes concernant les politiques publiques combinent une dimension institutionnaliste avec une dimension de mobilisation, d'action, et de contestation qui permettent de rendre compte finement de l'exercice de l'autorité et de la légitimité de l'État, de sa capacité à gouverner et de ses échecs. En d'autres termes, les travaux sur les politiques publiques, dans le cadre desquels nous avons voulu nous inscrire, ont pour objectif de montrer les limites du phénomène de centralisation pour analyser l'État et de comprendre ses transformations par un travail micro-sociologique incessant de redéfinition des règles, des pratiques, des apprentissages et des usages par les acteurs, de construction de catégories (piratage, mesures techniques de protection, adresse IP, infraction pour défaut de sécurisation, arènes de négociation, instruments et dispositifs de contrôle, sanction, incitation) et d'examen de leurs processus de naturalisation. Le processus de formulation de la HADOPI par son caractère localisé et limité, mais polémique et débordant, apparaît comme un cas permettant d'approcher les transformations de l'État et les prémices d'un art de gouverner à l'ère numérique.

I – Actualité du sujet et des débats

Comme premier point de notre conclusion, nous voulons revenir sur la prolifération des débats, des actions et des controverses que la question du numérique a continué de générer dans la sphère de l'action publique depuis l'avènement de la Haute autorité. Nous évoquons, certes trop brièvement, le contexte de la campagne présidentielle de 2012, les controverses autour du bilan de la HADOPI après quatre ans de fonctionnement et l'activité législative à propos de la gouvernance d'internet.

Des promesses de campagne présidentielle au réalisme

La campagne et l'élection présidentielle de 2012 puis les décisions prises à l'endroit de la HADOPI constituent une séquence essentielle des suites et de l'actualité de notre sujet d'étude. Nous n'évoquons ici, pour des raisons de concision, que la manière dont l'équipe de campagne du candidat socialiste vainqueur de l'élection s'est saisie de cette thématique. En raison de l'écho médiatique des débats de 2009, HADOPI a en effet été explicitement intégrée aux thématiques de campagne. Très rapidement, deux lignes ont émergé au sein des animateurs de la campagne électorale du candidat François Hollande qui a très tôt pris la mesure du risque politique que représentent les débordements incontrôlables du sujet mais aussi de son importance toute relative pour une élection présidentielle :

« Le débat sur la culture est totalement phagocyté par HADOPI. Et il y a des lobbies tellement divers ! Faut-il abroger ou pas ? Et si oui, faut-il une nouvelle loi ? Quand je dis que je suis pour la régulation mais contre HADOPI, je ne satisfais personne. La politique, c'est quand même plus compliqué, plus subtil que certains ne se l'imaginent ! De toute façon, les gens ne vont pas voter sur HADOPI. C'est l'absurdité d'une campagne. On est sollicité par tous les groupes, par toutes les catégories. Heureusement, les gens votent quand même pour quelque chose de plus élevé. »²⁹⁷

²⁹⁷François Hollande, cité par Éric Dupin (2012).

À la lecture des différents témoignages d'acteurs de la campagne, outre celui de Fleur Pellerin en charge du numérique, deux équipes différentes se penchent spécifiquement sur les suites à donner aux questions soulevées par la HADOPI. La première se constitue officiellement autour d'Aurélie Filippetti alors chargée de la culture au sein de l'équipe de campagne ; l'autre, plus discrète, autour de Manuel Valls, porte-parole de la campagne, rassemble des soutiens individuels du monde de la culture à François Hollande. L'automne 2011 est propice à de nombreuses fluctuations au sein des différents cercles entourant le candidat²⁹⁸. Les deux équipes/entourages livrent le résultat de leurs travaux et plaident auprès des décideurs ultimes à la charnière des années 2011 et 2012. La ligne de l'équipe d'Aurélie Filippetti est clairement en faveur d'une abrogation de la loi dite HADOPI et envisage de vastes mesures générales concernant la politique culturelle à venir et l'impact de la numérisation des contenus. Le 24 février 2012, Aurélie Filippetti, déjà pressentie comme ministrable en cas de victoire, est très claire dans un interview-programme donné à *Libération*²⁹⁹ :

« Si François Hollande est élu, HADOPI sera-t-elle abrogée d'office ou à la fin de la phase de concertation ? »

AF : La concertation a déjà commencé pour nous. Si François Hollande est élu, elle se poursuivra d'une façon sans doute plus formalisée, en associant les associations d'internautes et de consommateurs. Au terme de ce processus, il y a une abrogation. Tout ça ne prendra pas des mois, ça sera court.

Les travaux d'HADOPI seront suspendus pendant ce temps ?

AF : Oh oui, ça me semble évident. Parce que de toute façon, c'est une instance qui ne sert à rien et qui coûte de l'argent. Ils essayent maintenant de se racheter une légitimité en faisant des études sur les pratiques, etc. Tout ça doit être ramené dans le champ du ministère de la culture qui aurait bien besoin d'avoir un service des études renforcé. »

Même si dans cet interview à deux voix, sa collègue Fleur Pellerin en charge des questions numériques pour la campagne est un peu plus nuancée, les jours de la HADOPI semblent comptés pour le pôle

²⁹⁸L'article de l'hebdomadaire Marianne en livre une chronique assez complète : « HADOPI : flou, tacles et hésitations dans le camp Hollande », *Marianne*, 7 décembre 2011, http://www.marianne.net/HADOPI-flou-tacles-et-hesitations-dans-le-camp-Hollande_a213324.html

²⁹⁹http://ecrans.liberation.fr/ecrans/2012/02/24/reconcilier-les-internautes-et-le-monde-de-la-culture_954950?page=article

culture de l'équipe de campagne du candidat Hollande. Mais, quelques jours plus tard, le 2 mars, le candidat lui-même publie dans *Le Monde*³⁰⁰ une tribune sur la culture, essentiellement axée sur l'avenir de la HADOPI. Cette tribune, rédigée sans la collaboration du pôle culture de la campagne, affirme une seconde ligne politique sensiblement différente de celle de la future ministre de la culture :

« Mais que les choses soient bien claires : pour moi, la protection des auteurs est également prioritaire. Nous ne considérons pas le piratage comme un problème mineur. Nous soutiendrons et rendrons plus efficaces les actions judiciaires visant à tarir à la source la diffusion illégale des œuvres protégées. »

Dans la bouche même du candidat, il n'est plus question d'abrogation mais de « repenser » la HADOPI. Malgré l'émoi de certains membres de l'équipe d'Aurélie Filippetti, cette dernière comprend que face aux soutiens de poids du monde culturel dont bénéficie le candidat, elle ne peut maintenir sa ligne maximaliste, sous peine de compromettre la suite de sa carrière politique. Après la victoire de François Hollande, vient le temps crucial pour mesurer la force des acteurs en présence lors de la constitution des cabinets ministériels et présidentiels au cours de l'été 2012. Cette phase est déterminante pour voir à l'œuvre la permanence des technstructures administratives et ministérielles. Davantage encore que sous la mandature précédente, le dispositif des conseillers impressionne par sa capacité de mobilisation en faveur du positionnement historique de l'action publique et de ses instruments routinisés. On notera par exemple pour l'Élysée, l'arrivée de David Kessler comme conseiller culturel, conseiller d'État, ancien directeur général du CSA, du CNC, de France Culture, de Radio France. Sylvie Hubac, qui fut très critique sur la ligne du pôle culture pendant la campagne, devient directrice de cabinet de François Hollande (conseillère d'État, ancienne directrice adjointe du cabinet de Jack Lang, elle est, entre autres, directrice du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique). Enfin, Constance Rivière – conseillère institutions, société et libertés publiques – est l'ancienne rapporteuse de la mission Zelnik sur le développement de l'offre culturelle légale lors de l'ancien quinquennat. Le cabinet d'Aurélie Filippetti sera, pour sa part, co-dirigé par Gilles Le Blanc, professeur d'économie à l'École des Mines, spécialiste de l'économie numérique. Il co-signera de nombreux travaux à ce sujet avec son collègue Olivier Bomsel, qui fut l'expert économique de la mission Olivennes.

³⁰⁰http://www.lemonde.fr/idees/article/2012/03/02/la-loi-hadopi-doit-etre-repensee_1650922_3232.html

Les militants qui avaient vu dans l'alternance politique une chance pour un changement de politique radical vis-à-vis des échanges de biens culturels numérisés et pour l'abrogation rapide de la HADOPI, prennent rapidement conscience du changement de ton dès le premier discours de la nouvelle ministre de la culture le 22 mai 2012 au Festival de Cannes.

« Sur le numérique, ce sujet suscite de nombreuses inquiétudes et j'en ai tout à fait conscience, je tiens à vous assurer, à vous rassurer, sur ma mobilisation. Le respect du droit d'auteur, le respect de la rémunération, indispensable à la création, sont pour moi tout à fait fondamentaux. Les évolutions technologiques imposent une adaptation des cadres, qui ont historiquement été au cœur de notre évolution cinématographique, l'innovation si elle est bien organisée peut contribuer à élargir, à enrichir, à diversifier l'accès de tous aux œuvres du cinéma, aux œuvres audiovisuelles, mais cela doit se faire dans un cadre régulé. »

Le nouvel exécutif se trouve donc pris dans le filet des associations établies de longue date et que nous avons présentées au fil de nos chapitres (l'instrument du droit d'auteur, les publics et acteurs historiques, l'organisation des corps constitués...). Une loi, même adoptée chaotiquement sous une législature précédente, reste en effet une loi avec sa force propre. De plus, la nature juridiquement et politiquement indépendante de la HADOPI anesthésie les velléités de l'exécutif. Une seule décision, et non des moindres, sera néanmoins prise et exécutée : le 8 juillet 2013, un décret³⁰¹ supprime la peine complémentaire de suspension de l'accès à internet. Nous avons vu à quel point cette disposition avait constitué un véritable « chiffon rouge » lors des débats parlementaires et un épisode de « science fiction » technique et administrative. À l'occasion du point presse au cours duquel la ministre annonce cette mesure symboliquement forte mais qui ne remet pas en cause le processus de réponse graduée lui-même, Aurélie Filippetti ouvre un nouveau front de controverse en affirmant : "la réponse graduée, sous sa forme aménagée résultant du nouveau décret, sera transférée au CSA [Conseil supérieur de l'audiovisuel] et l'HADOPI sera supprimée".

³⁰¹http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=E9B8ED2BA3497C3A238584DAE67CFFC0.tpdjo09_v_1?cidTexte=JORFTEXT000027678782&dateTexte=

Controverses persistantes sur le bilan de la HADOPI

Face aux impossibilités politiques et pratiques d'abroger purement et simplement la loi dite HADOPI et de dissoudre l'autorité publique indépendante, le débat s'est déplacé dans les premiers mois d'existence du nouvel exécutif vers une mise en cause médiatique inédite. En effet, il est rarissime qu'un ministre en exercice conspu publiquement à ce point une des administrations de l'État, fût-elle indépendante, tirant sa légitimité de la loi, ainsi que les agents qui y travaillent. C'est pourtant à cet exercice insolite que s'est livrée la nouvelle ministre de la culture et de la communication, probablement pour donner le change à ceux qui avaient cru à une disparition de la HADOPI une fois Aurélie Filippetti arrivée aux affaires. Dans un entretien accordé au Nouvel Observateur³⁰² le 1er août 2012, la ministre dresse un bilan accablant de la HADOPI et menace ouvertement son financement :

« L'HADOPI n'a pas rempli sa mission de développement de l'offre légale. Sur le plan financier, 12 millions d'euros annuels et 60 agents, c'est cher pour envoyer un million d'e-mails. [...] dans le cadre d'efforts budgétaires, je vais demander que les crédits de fonctionnement de l'HADOPI soient largement réduits pour l'année 2012. Je préfère réduire le financement de choses dont l'utilité n'est pas avérée. ».

Ces propos réitérés officiellement lors d'une audition devant la Commission culturelle de l'Assemblée Nationale et lors de divers déplacements s'accroissent encore quand tombe la première condamnation d'un internaute à 150 euros d'amende le 1er septembre 2012. La ministre dénonce la « disproportion entre les moyens énormes de la HADOPI et le résultat concret [qui] coûte 11 millions d'euros par an, plusieurs dizaines de personnes y travaillent. Ce que je constate, c'est que la décision qui a été prise hier à Belfort, c'est 150 euros de condamnation, et qu'il y a à peine 30 dossiers transmis au juge ». Les ayants droit sont stupéfaits de la position ministérielle. La SACEM fait part de sa « stupeur » dans un communiqué, le Syndicat national des éditeurs phonographiques (Snep) souligne au contraire et non sans raison que la première condamnation « est la preuve que le système fonctionne et qu'on a une sanction proportionnée. S'il n'y avait pas eu HADOPI, cette personne risquait la correctionnelle ». Par ailleurs, la puissante CGT Spectacle invite la ministre à un peu plus de considération pour les agents de la HADOPI

³⁰²<http://obsession.nouvelobs.com/high-tech/20120801.OBS8587/aurelie-filippetti-je-vais-reduire-les-credits-de-l-hadopi.html>

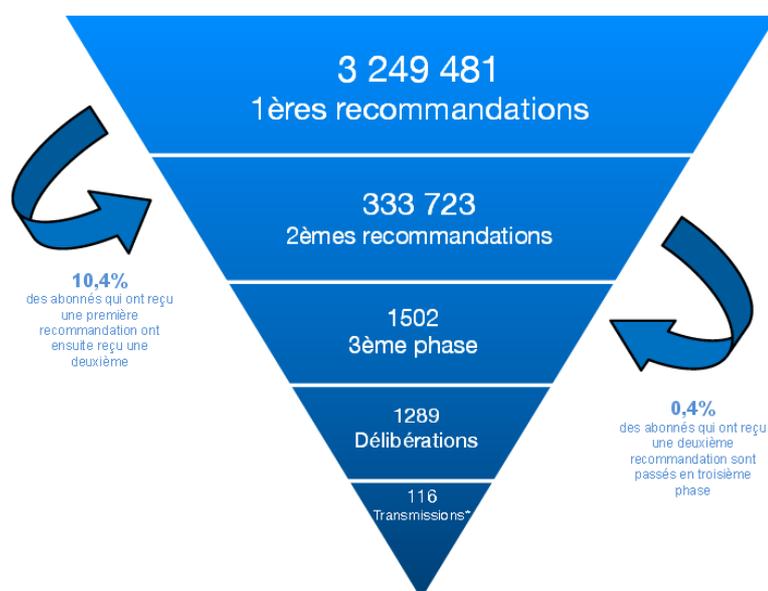
étrangers aux contentieux politiques. Forte de ces différents soutiens, la présidente de la HADOPI, Marie-Françoise Marais publiera le 14 septembre 2012 un communiqué³⁰³ de mise au point à l'adresse du gouvernement en rappelant que la Haute autorité tient sa légitimité de la loi et qu'à ce titre, « l'action de l'institution ne peut être évaluée qu'au regard des missions et outils qui lui ont été confiés par le législateur. [...] En matière d'encouragement à l'offre légale, ces outils sont particulièrement rigides et limités. La Haute autorité n'en porte aucunement la responsabilité et ne peut en être rendue comptable ».

Au-delà de ces passes d'armes médiatico-politiques dont l'objectif est probablement de réactiver un certain nombre de controverses afin de masquer une forme d'impuissance politique vis-à-vis de la HADOPI comme instrument d'action publique, quel bilan dépassionné peut-il être fait de la Haute autorité après quatre ans d'existence ?

Quantitativement, les chiffres clés communiqués par la Haute autorité lors d'un point presse de juillet 2014 sont les suivants³⁰⁴ :

Activité cumulée de la réponse graduée

Chiffres clés au 1er juillet 2014



Depuis l'envoi du premier mail de recommandation, plus de 3 millions de premiers avertissements et plus de 300 000 deuxièmes avertissements ont été adressés par la Commission de la protection des droits à des titulaires d'abonnement. Recommandations par lesquelles ils ont été informés de l'utilisation de leur accès internet à des fins de mise à disposition d'œuvres protégées sur les réseaux pair à pair, et invités à prendre des mesures pour éviter de nouveaux faits.

Au cours de l'année écoulée, la Commission a presque doublé le nombre de recommandations envoyées (plus de 300 000 premiers avertissements et près de 150 000 deuxièmes avertissements).

³⁰³ http://www.hadopi.fr/sites/default/files/page/pdf/CP_HAdopi_14092012.pdf

³⁰⁴ Source : http://www.hadopi.fr/sites/default/files/page/pdf/20140716_Point_presse_CPD_Vdef3_0.pdf

Avec plus de trois millions de recommandations envoyées par mels aux auteurs d'infraction, c'est près de 10% de la population française des abonnés à internet qui a été touchée par une recommandation de la HADOPI. Sans tenir compte des possibilités de contournements techniques toujours possibles, les taux de diminution entre les premières, deuxièmes et troisièmes phases de recommandations, confortés par un sondage CSA de juillet 2014³⁰⁵, atteste a priori d'un fort impact des mesures d'incitation. Si la réception semble, d'après le sondage, ne pas entraîner un report vers d'autres pratiques que les échanges pair-à-pair, la Haute autorité reconnaît elle-même qu'une recommandation n'entraîne pas de report massif vers une offre légale (23%). Ce sondage indique enfin que 45% des français n'ayant pas reçu de recommandation auraient diminué leur consommation illicite. D'autre part, malgré un budget en forte baisse depuis son lancement, la HADOPI a fortement accru le débit de traitement des requêtes des ayants droits : celui-ci a doublé en 2013-2014 et a même atteint un record en juin 2014 avec près de 150 000 mels de recommandation envoyés.

Pour leur part, les ayants droit, bien que déçus que davantage de jugements n'aient pas été prononcés, se déclarent satisfaits des résultats obtenus. Dans son rapport annuel³⁰⁶ publié le 26 juin 2014, la Société civile des producteurs de phonogrammes (SCPP) indique que « l'effet des envois [de mels par la HADOPI] est néanmoins très positif, puisque la piraterie sur Internet en France a fortement diminué (près de 40% sur les réseaux P2P, sans transfert important vers les sites de « Direct Download ») par rapport à la situation qui présidait avant la création de la HADOPI ».

Cependant, si l'industrie musicale note un effet positif, l'avis de l'industrie du cinéma est diamétralement opposé. À l'occasion d'une étude publiée le 1er juillet, l'Association de lutte contre le piratage audiovisuel (ALPA) affirme qu'une « extension massive » du piratage de séries et de films est constatable : « Ces chiffres éclairent d'une lumière crue l'importance du téléchargement illicite en France, [le piratage met] en péril l'ensemble du financement de la création audio-visuelle ». Cette analyse plutôt alarmiste qui remet radicalement en cause le bilan de la HADOPI est reprise le lendemain par la Ministre de la culture : « En 2013, il apparaît que près d'un internaute sur trois a consulté au moins une fois par mois un site dédié à la contrefaçon audio-visuelle. Le pair-à-pair, le téléchargement direct et le *streaming* ont

³⁰⁵ 70% des sondés affirment diminuer leur consommation illicite de biens culturels dématérialisés après la première recommandation, 88% après la seconde.

³⁰⁶ http://www.scpp.fr/SCPP/Portals/0/Downloads/Rapport_annuel_SCPP_2013.pdf

représenté sensiblement un tiers des usages, ce dernier protocole, majoritairement utilisé, ayant connu une très nette hausse ces cinq dernières années ». En effet, à la lumière de son étude, l'ALPA peut prétendre que le nombre de pirates est passé de 2009 à 2013 de 11,4 à 13,2 millions, soit une hausse de 15%. Toutefois, elle omet de prendre en compte qu'en cinq ans le nombre d'abonnés a lui aussi fait un bond de 30% (18 millions en 2009 à 24 millions en 2013). Une fois dépassé cet argument pourtant repris par le ministère, on peut constater au contraire dans la présente étude un infléchissement notable du piratage sur les réseaux pair-à-pair et des résultats comparatifs entre les divers procédés de piratage (P2P, streaming, direct download) très différents entre cette étude et celle de la HADOPI.

Comme nous l'avons déjà souligné, le savoir, la mesure et la métrique sont encore loin d'être stabilisés concernant les phénomènes liés au numérique. À la veille de l'été 2014 et d'une législature qui projette de statuer à nouveau sur un vaste projet de loi Création et internet, les différents acteurs prennent position et tâchent de faire valoir pour les uns un bilan d'action positif, pour les autres le bilan d'un constat d'effet notoirement insuffisant qui doit se prolonger par la garantie d'une dotation budgétaire à la HADOPI. Enquêtes, chiffres, graphiques, interprétation sont mis au service de ces objectifs sinon contradictoires, du moins divergents.

Activité législative et action publique

Dans un contexte de controverses toujours vivaces le bilan et la légitimité de la HADOPI vont être complétés par une activité législative et des initiatives des pouvoirs publics assez intenses après la Présidentielle de 2012. La correction législative des effets jugés négatifs ou insuffisants est d'ailleurs inscrite explicitement dans le programme du candidat socialiste. La proposition 45 de son programme annonce ainsi en janvier 2012 : *« Je remplacerai la loi HADOPI par une grande loi signant l'acte 2 de l'exception culturelle française, qui conciliera la défense des droits des créateurs et un accès aux œuvres par internet facilité et sécurisé. La lutte contre la contrefaçon commerciale sera accrue en amont pour faire respecter le droit d'auteur et développer les offres en ligne. Les auteurs seront rémunérés en fonction du nombre d'accès à leurs œuvres grâce à un financement reposant sur les acteurs économiques*

qui profitent de la circulation numérique des œuvres ».

Prolifération de rapports et de missions

Dans le cadre de la préfiguration de cet « acte 2 de l'exception culturelle française », une mission va être confiée dès septembre 2012 à Pierre Lescure. Sur bien des points, cette méthode rappelle trait pour trait la mission Olivennes de 2009. Le profil même de Pierre Lescure n'est pas sans rappeler celui de Denis Olivennes dont il a d'ailleurs été le supérieur hiérarchique comme PDG de Canal +. Sans être issu de la haute fonction publique, il est un des principaux acteurs du paysage audio-visuel français notamment au titre de Président du Festival de Cannes depuis janvier 2014. Homme de télévision au palmarès impressionnant, PDG de Canal +, directeur de théâtre, membre du conseil de surveillance et administrateur de nombreuses sociétés liées aux industries culturelles et aux médias (Le Monde, Thomson SA-Tehnicolor, Havas, Associated Press Agency, Lagardère...), sa nomination est dénoncée par les adversaires de la HADOPI comme étant beaucoup trop fortement liée aux intérêts des industries culturelles, notamment celle du cinéma. La méthode de la mission Lescure est identique à celle de Denis Olivennes : l'audition d'un nombre important d'acteurs ne masque pas l'objectif de légitimation du nouveau pouvoir exécutif. Le 13 mai 2013, Pierre Lescure remet au Président de la République un volumineux rapport intitulé « Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique »³⁰⁷, rassemblant quatre-vingt propositions. Un an plus tard, les détracteurs de la mission Lescure auront naturellement beau jeu de souligner que l'essentiel des propositions est resté lettre morte. Certes, les grands passages obligés de la question des échanges de biens culturels à l'ère numérique n'ont pas été modifiés, l'intangibilité du droit d'auteur a été réaffirmée, les pistes alternatives écartées et les routines pérennisées. Ce type de mission et de rapport connaissent en général ce genre d'issue du fait qu'ils constituent une occasion idéale pour le pouvoir politique de mettre à distance, au moins temporairement, un problème public.

La période 2010-2014 a d'ailleurs vu une prolifération de rapports et de missions sur le thème de la politique culturelle à l'ère numérique ou plus largement sur le thème des externalités socio-économiques négatives du phénomène. Nous ne faisons ici que les énumérer en évoquant brièvement leurs

³⁰⁷<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/134000278/0000.pdf>

conclusions. Avant l'échéance présidentielle de 2012, et dans la foulée de la loi HADOPI 2, un rapport « Création et Internet » est remis en janvier 2010 par Patrick Zelnik³⁰⁸, directeur de la maison de disque Naïve, sur la thématique de l'amélioration de l'offre légale de contenus culturels sur internet. Saluant, comme il se doit, l'importance de la HADOPI récemment créée, le rapport préconise la création d'une carte musique à destination des jeunes, pour partie subventionnée ; un système de gestion collective pour développer le secteur des plates-formes de *streaming* musical ; le prix unique du livre numérique ; une taxe « copie privée » sur les consommables d'impression (cartouches et toners) ; une modification de la chronologie des médias ; l'élargissement de l'offre de films à la demande chez les fournisseurs d'accès ; diverses taxes (sur les films du domaine public pour numériser le patrimoine cinématographique, sur les abonnements internet et sur les revenus publicitaires en ligne) et une enquête des autorités de la concurrence sur Google.

Un autre rapport³⁰⁹ qui aborde pour sa part le problème global de la fiscalité du secteur numérique va retenir l'attention des acteurs des industries culturelles. Remis en janvier 2013 au ministre de l'économie et des finances par Pierre Collin, Conseiller d'État et Nicolas Colin, Inspecteur des finances, il souligne l'importance de l'exploitation des données personnelles et la nécessité d'instaurer de nouvelles règles fiscales internationales sous peine d'handicaper tous les secteurs de l'économie. Parmi plusieurs arguments essentiels, ce rapport relève que « l'économie numérique est [donc] une forme de dépassement de la théorie de la firme : il y est possible de faire « travailler » les utilisateurs d'une application, comme par le passé on faisait travailler des fournisseurs ou des salariés. L'absence de contrepartie monétaire à l'activité des utilisateurs explique en partie les gains de productivité spectaculaires dans cette économie. Or, la collaboration d'utilisateurs sur le territoire d'un État à la formation de bénéfices déclarés dans un autre État inspire une objection de principe : il est préoccupant que les entreprises concernées ne contribuent pas, par des recettes fiscales, à l'effort collectif sur le territoire où leurs utilisateurs résident et « travaillent » gratuitement. »

En décembre 2013, dans le sillage de la mission Lescure, c'est au tour de Christian Phéline, conseiller maître à la Cour des comptes, de se pencher sur la rémunération des musiciens avec un rapport intitulé :

³⁰⁸Et co-signé par Jacques Toubon et Guillaume Cerruti, Pdg de Sotheby's France.

³⁰⁹http://www.redressement-productif.gouv.fr/files/rapport-fiscalite-du-numerique_2013.pdf

« Musique en ligne et partage de la valeur – État des lieux, voies de négociation et rôles de la Loi ³¹⁰». L'objectif de ce rapport est de mieux prendre en considération les artistes-interprètes sur le plan de la rémunération dans le contexte du numérique en leur appliquant des protections plus larges (protections du Code de la propriété intellectuelle, rémunération sur les œuvres numériques, négociation avec les partenaires sociaux, nomination d'un médiateur entre artistes interprètes et la filière de la musique en ligne).

Un dernier rapport, remis le 12 mai 2014, est à souligner en raison de son sujet et de la personnalité de son auteur. Il s'agit du rapport intitulé « Outils opérationnels de prévention et de lutte contre la contrefaçon en ligne » rédigé par Mireille Imbert Quaretta, présidente de la Commission de protection des droits de la HADOPI. Il prolonge un précédent travail sur la répression du *streaming* et du *Direct download* de février 2013³¹¹. Son objectif est de préfigurer les mesures à prendre pour lutter cette fois contre la contrefaçon lucrative, à la différence de la HADOPI qui discipline certes les échanges illicites mais sans contrepartie financière. Ce rapport cherche en premier lieu à circonvenir les sites lucratifs de contrefaçon illicite en visant l'écosystème, en le « frappant au portefeuille » et en responsabilisant les intermédiaires techniques (hébergeurs), financiers (plates-formes de paiement en ligne) et publicitaires (régies). Le projet consiste à faire signer de manière non coercitive des chartes d'engagement par les acteurs de la chaîne économique de la contrefaçon lucrative. Certes, les outils juridiques existent pour notifier à un intermédiaire le caractère illicite de contenus hébergés ou référencés et contraindre celui-ci à les supprimer ou les déréférencer (« *notice and take down* ») dans un délai raisonnable. Mais les ayants droit ont toujours déploré que les contenus réapparaissent immédiatement à une autre adresse et souhaitent donc depuis longtemps un principe de « *notice and stay down* ». Le rapport plaide en faveur de cette possibilité, tout en naviguant entre les interdictions de filtrage édictées par la Cour de Justice de l'Union européenne. Ce rapport a vocation à contribuer à la grande loi Création, nouvelle appellation de la loi signant l'acte II de l'exception culturelle annoncée aux lendemains de l'élection présidentielle.

³¹⁰http://www.culturecommunication.gouv.fr/content/download/84802/638481/file/20131218_Rapport-C.Pheline-Musique-en-ligne.pdf

³¹¹Rapport sur les moyens de lutte contre le streaming et le téléchargement direct illicites. Mission confiée à Mireille Imbert-Quaretta, Présidente de la Commission de Protection des Droits de l'HADOPI, par Marie-Françoise Marais, Présidente de l'HADOPI. 15 février 2013.

Le projet de loi sur la Création

En application du point 45 du programme de François Hollande et des recommandations de la mission Lescure, une grande « loi Création » est annoncée. Au fil des mois, le texte devient un véritable « Léviathan » avec quatre-vingt neuf articles. Le dépôt du texte est d'abord annoncé pour la fin de l'année 2013 puis pour février 2014 avant les échéances électorales municipales et européennes. Pourtant, une fenêtre aurait été possible en décembre 2013 à l'occasion du vote de la loi sur l'indépendance de l'audio-visuel. À cette occasion, un amendement du sénateur David Assouline avait proposé subrepticement de transférer les compétences de la HADOPI au CSA. Une maladresse ? Un ballon d'essai ? En tout état de cause, ce cavalier législatif a provoqué une véritable « bronca » au sein de la majorité. Au printemps 2014, à l'issue du remaniement ministériel, Aurélie Filippetti est maintenue dans ses fonctions mais le calendrier législatif est très encombré. Un temps repoussé au mois de juin 2014, la grande loi Création, complexe sur le plan juridico-technique, ne cesse de voir l'horizon s'assombrir et présente de plus en plus de risques politiques : de nombreux députés de la majorité ne font pas mystère de leur désaccord avec l'orientation du ministère de la culture. Le problème toujours très sensible de l'intermittence promet un été de tous les dangers pour la ministre qui annonce finalement, lors du 60e Congrès de l'Association des bibliothécaires de France le 19 juin 2014, un report du projet pour début 2015. Les ayants droit s'impatientent et à l'été 2014, on semble s'orienter vers le découpage de la grande loi Création en plusieurs textes, en particulier concernant le numérique. Un autre texte, porté par Axelle Lemaire, secrétaire d'État chargée du numérique, devrait en effet être présenté début 2015, même si cette dernière met sa collègue en garde : « Je ne suis pas certaine qu'il faille rouvrir le dossier HADOPI. Et je ne suis pas certaine qu'il faille étendre les pouvoirs du CSA à internet. Ce sujet est traité par Aurélie Filippetti. Je considère que c'est à Mme Filippetti de s'en occuper ³¹² ».

Pour conclure sur la fortune et sur l'actualité de la HADOPI depuis sa création en 2010, nous souhaitons enfin mentionner deux derniers éléments d'information. D'une part, la création en juin 2014 d'une Commission parlementaire de réflexion sur le droit et les libertés à l'âge numérique. Créée pour une durée d'un an, nous y retrouvons les députés les plus actifs des débats HADOPI (Christian Paul, comme

³¹²<http://www.bfmtv.com/economie/axelle-lemaire-les-revendications-patronat-sont-extremement-conjoncturelles-803799.html>

co-président, Franck Riester, Patrick Bloche, Jean Dionis du Séjour) et, à parité avec les députés, une douzaine d'experts (chercheurs, juristes, avocats, universitaires, journalistes), mais aucun représentant des sociétés d'avants droit. D'autre part, plusieurs projets de lois qui portent sur le contrôle des contenus en ligne sans le recours au juge et sur la responsabilité des intermédiaires, deux points essentiels des controverses sur la régulation des échanges numériques : il s'agit des projets de loi sur la prostitution³¹³, sur l'égalité réelle entre les femmes et les hommes³¹⁴ et sur le terrorisme³¹⁵.

II – Les limites de la thèse

L'arrêt de la thèse avant HADOPI en action

Nous avons conscience que terminer la thèse par un dernier chapitre consacré aux décrets d'application peut laisser le lecteur sur sa faim concernant, justement, la mise en œuvre de l'agence dans le réel. Plusieurs raisons nous ont conduit à ce choix. En premier lieu, au regard de la capacité du sujet à générer et régénérer toujours plus de controverses, des choix de délimitation temporelle du traitement du sujet ont dû nécessairement être faits. La focalisation sur les étapes de fabrication de l'instrument d'action publique nous a semblé essentielle, notamment parce que cette période d'élaboration pourtant cruciale est souvent négligée par les études de sciences politiques qui, comme le souligne Pierre Lascoumes³¹⁶, s'attachent plutôt à l'aval, aux résistances et aux conséquences des instruments de gouvernement. D'autre part, plusieurs éléments factuels rendaient difficile une étude approfondie du travail de l'agence en action. Un chapitre aurait pu être consacré à l'agencement du système

³¹³Les intermédiaires techniques – FAI et hébergeurs – seraient astreints à dénoncer aux autorités les sites signalés par les internautes qui relèvent de la prostitution, du proxénétisme ou de la traite des êtres humains (article 1er de la proposition de loi).

³¹⁴Les intermédiaires techniques devraient ici signaler aux autorités les contenus ou les sites homophobes ou attentatoires à l'identité sexuelle, ou encore les contenus handiphobes et les contenus sexistes.

³¹⁵La commission d'actes de terrorisme ou encore l'apologie des actes de terrorisme s'ajoutent à cette liste en sus d'un blocage administratif des sites.

³¹⁶« L'espace de formulation d'un instrument, le choix de son design sont souvent le lieu d'affrontements et de frictions entre différents acteurs, responsables de l'élaboration du dispositif ou prenant position sur sa configuration idéale. [...] Si peu de travaux rendent compte en détail de ces processus du point de vue du choix des instruments, un certain nombre de recherches offrent néanmoins une série de repères pour penser ce type de résistances. », Le Bourhis et Lascoumes (2014: 501).

d'information de la HADOPI mis en place au premier semestre 2010. Son *design* et les évolutions entre l'appel d'offre et l'outil livré auraient sans doute été intéressants à étudier pour montrer comment une décision législative s'implémente dans un logiciel et comment le traitement humain et non humain des illégalismes s'organise. Malheureusement, beaucoup de ces domaines sont couverts par le secret professionnel ou celui des affaires. Les sociétés retenues suite à l'appel d'offre, eu égard à la pression médiatique et contractuelle, étaient très difficilement accessibles pour une enquête.

Lors des démarches préliminaires à cette thèse, nous avons été confrontés à l'impossibilité d'accéder aux travaux de la Commission de protection des droits dont l'activité est entièrement couverte par le secret de l'instruction, tout comme le sont les séances du Collège de la HADOPI qui se déroulent à huis clos. Le nombre même de procès tenus n'est connu avec précision, ni de la presse ni, apparemment, de la CPD elle-même qui n'est pas automatiquement destinataire des décisions de justice. De plus, une enquête auprès des contrevenants auditionnés par la CDP se révélait impossible ou très parcellaire. Enfin, s'intéresser aux résistances rencontrées dans les premières années d'existence de l'agence s'avérait également délicat, tous les agents assermentés, tant des sociétés d'ayants droit que de la CPD, étant scrupuleusement tenus au secret professionnel.

Les contraintes du secret des sources techniques, juridiques et professionnelles ne permettaient guère une approche scientifique du travail concret de la Haute autorité. À titre d'information, pour expliquer son travail, la CPD n'a diffusé qu'un seul dossier anonymisé transmis au Parquet. Les seules informations disponibles ne provenant que de fuites ou d'informations confidentielles de la presse spécialisée, il n'était pas possible de mener sereinement un véritable travail d'enquête à partir de sources de première main. Si ces contraintes pouvaient être levées, les centaines d'auditions constitueraient sans doute un matériau d'enquête de première importance pour analyser les processus d'action, de réception, de négociation, et d'appropriation, ainsi que son action disciplinaire.

La mission de promotion de l'offre légale

Cette mission, annoncée comme politiquement aussi importante que le volet répressif, est peu traitée dans notre thèse, en tous les cas beaucoup moins que le volet répressif de la loi. D'un point de vue socio-économique, les initiatives engagées en ce sens dans le prolongement des débats législatifs proprement dits auraient pu être analysées. Nous pensons notamment à la « Carte musique jeune » initiée en octobre 2010 dont l'objectif était de dés-inciter un public fortement adepte du téléchargement illicite. Cette carte permettait de télécharger légalement des titres sur des plates-formes partenaires sur le principe « un titre acheté/un titre offert ». Le manque à gagner étant subventionné à 100% par l'État à une hauteur prévue de 25 millions d'euros par an, pour une durée initialement prévue de trois ans. Finalement, ce projet sera stoppé deux ans plus tard dans l'indifférence générale et comme le déplorera un des cofondateurs d'une plate-forme de téléchargement légal : « On y a passé des dizaines d'heures, un nombre de réunions incalculable, pour finalement nous expliquer un dispositif qui était une vraie « usine à gaz ». Et qui ne correspondait vraiment pas au mode de consommation de la musique en ligne aujourd'hui. On nous a annoncé que ça devait arriver le 21 juin, puis que c'était repoussé en septembre, et aujourd'hui que ça pourrait ne pas voir le jour du tout. On y a perdu pas mal de temps et d'énergie ³¹⁷ ». Au sujet de la promotion de l'offre légale, nous aurions pu aussi aborder le label PUR (Promotion des Usages Responsables), remplacé en décembre 2013 par le portail www.offrelegale.fr. Ces initiatives visaient à améliorer l'information des consommateurs vis-à-vis des sites permettant le téléchargement. À bien des égards, s'assurer de la licéité des sites de téléchargement peut en effet s'avérer parfois très difficile pour l'utilisateur. Le principe de labellisation, outre le prix de trois millions d'euros de sa campagne de communication, avait déclenché les foudres de la presse spécialisée et ouvert de nouvelles controverses. Au final, certains membres du collège de la HADOPI n'hésiteront pas à fustiger clairement les initiatives de la Haute autorité dans ce domaine de la promotion de l'offre légale. Lieu d'un très vif affrontement interne à l'agence et objet d'arrière pensées complexes de la part des ayants droit, la thématique de la promotion de l'offre légale fut clairement secondaire dans les débats, les textes de loi, les saisines et avis du Conseil constitutionnel et les décrets. Nous avons donc préféré nous concentrer sur le

³¹⁷Jean Marc Plueger cité par le magazine Numerama, <http://www.numerama.com/magazine/16346-la-carte-musique-jeune-pourrait-ne-pas-voir-le-jour-maj.html>

cœur du sujet et ses dimensions disciplinaire, incitative et répressive. En outre, comme nous l'avons signalé, l'organisation par la loi de la promotion d'une offre légale pose un problème opérationnel de fond tant sur le plan constitutionnel qu'administratif. De tels objectifs législatifs se trouvent effectivement à l'extrême limite du domaine de la loi fixé par l'article 34 de la Constitution.

L'environnement international

Vu la dimension intrinsèquement transfrontalière du sujet et malgré l'ampleur des débats dans le seul contexte national français, notre propos aurait sans doute pu tenter une comparaison internationale en étudiant des lois similaires dans d'autres pays. Cette approche aurait pu être fructueuse d'autant que le gouvernement français stimulé par le Président de la République en personne avait souhaité faire de la politique française une pionnière dans la régulation des échanges de biens culturels numérisés. Plusieurs pays ont ainsi observé et pour partie imité la France, qu'il s'agisse de la Corée du Sud, de la Nouvelle-Zélande, de l'Italie, de l'Espagne ou des États-Unis. À l'occasion de plusieurs rencontres internationales, la France a inscrit à l'agenda la question du droit d'auteur à l'ère numérique, notamment à l'occasion du sommet du G8 à Deauville les 26 et 27 mai 2011, lui-même historiquement précédé, la veille, d'un « e-G8 » consacré à l'économie numérique. Par ailleurs, bien que passé totalement inaperçu de la presse, un sommet informel à huis clos des ministres de la culture a été organisé en marge du Forum d'Avignon le 18 novembre 2011, en présence du chef de l'État et candidat Nicolas Sarkozy et de Victoria Espinal, conseillère pour la propriété intellectuelle à la Maison Blanche.

Mais le principal élément qui aurait pu être traité à titre de comparaison concerne les deux lois américaines concomitantes SOPA (Stop Online Piracy act) et PIPA (Protect IP act). La première, introduite à la Chambre des représentants au mois d'octobre 2011, avait pour objectif de donner la possibilité aux procureurs américains de faire cesser toute activité d'une entreprise américaine avec un site accusé de violer le droit d'auteur. Le tollé suscité parmi les grandes entreprises de la *Silicon Valley* et leur menace de *black out* total du web ont eu raison de ce projet de loi. La seconde loi est déposée au Sénat américain en reprenant les grandes lignes de SOPA en mai 2011. Proposée au vote en janvier 2012, elle

subit le même sort, le chef de la majorité démocrate étant contraint d'annoncer l'annulation du vote. Face à la sensibilité du sujet Outre-Atlantique qui rappelle celui généré par les lois DADVSI et HADOPI, Barack Obama se voit obligé d'annoncer le 24 janvier 2012 qu'il opposera son veto à toute mesure restreignant la liberté d'expression sur internet. Il convient aussi de noter que les lois HADOPI ont fait l'objet au moment de leur adoption des félicitations appuyées des principales organisations internationales d'ayants droit dont les puissantes *Motion Picture Association of America* (MPAA), *Recording Industry Association of America* (RIAA), l'*International Federation of the Phonographic Industry* (IFPI) et CISAC (*International Confederation of Authors and Composers Societies*). D'autre part, si l'on en croit un article du *Monde*³¹⁸ à propos des sources publiées par Wikileaks, l'ambassade américaine à Paris a suivi de très près le processus législatif. Si notre travail aurait pu gagner à élargir son horizon à des législations étrangères, le contexte normatif européen, essentiel pour les questions de propriété intellectuelle et de commerce électronique, est largement pris en compte dans la thèse, tout comme le cadre supra-étatique de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) et ses traités.

La mobilisation de l'opinion publique et le rôle des médias

Au titre des possibles lacunes de notre thèse, nous aurions pu aborder davantage l'approche du phénomène HADOPI par la mobilisation des arènes publiques (militants, médias, opinion publique). Cependant, cette question a déjà été abondamment traitée par de nombreux travaux à l'occasion de l'épisode HADOPI mais aussi de nombreux autres cas où internet a contribué à l'organisation de débats et où le renouvellement de la démocratie par le numérique a été l'objet de recherches. On citera, entre autres, les travaux récents de Yana Breindl (2013), (2012), (2011) sur les mobilisations en ligne au niveau européen, et de Nicolas Benvegnu (2012) sur la démocratie dialogique et le débat public en ligne. La sphère médiatique, qui joua un rôle essentiel dans les échauffements autour du sujet et dans la publicisation des problèmes, aurait pu être un terrain à explorer pour élargir encore le périmètre des

³¹⁸http://www.lemonde.fr/documents-wikileaks/article/2010/12/03/wikileaks-la-loi-hadopi-interesse-au-plus-haut-point-washington_1448827_1446239.html

acteurs des controverses. Si ces deux types d'acteurs n'ont pas été traités de manière approfondie, mais seulement au détour de tel ou tel paragraphe, c'est parce qu'ils constituent, selon nous, des acteurs de second plan dans la fabrication de l'instrument d'action publique que constitue la Haute autorité. Si la mobilisation des militants a pu être épisodiquement importante dans le cas de harcèlement des élus au moment des votes, il n'en reste pas moins – nous l'avons montré – que les effets politiques des opposants, s'ils ont été importants grâce à la censure du Conseil constitutionnel, n'ont été organisés et produits que par une toute petite équipe d'individus que nous avons repérés et décrits précisément. Concernant la sphère médiatique, les médias, tant grand public que spécialisés, ont certes contribué à populariser un débat extrêmement technique. Leur intérêt à agir nous est cependant apparu complexe et aurait sans doute nécessité un travail de recherche à part entière.

III – Les apports de la thèse

Un cas limité et modeste, mais polémique et débordant pour approcher les transformations de l'État et de l'art de gouverner

Le piratage des œuvres ne fait certes pas trembler l'État. Il ne constitue pas une grande épreuve du type de celles habituellement étudiées (chômage, santé, défense, sécurité intérieure, politique énergétique, dette...). Comme nous l'indiquions en introduction, cette thèse s'inscrit dans un courant de regain d'intérêt académique pour l'État et l'art de gouvernement observable depuis le milieu des années 2000 autour de la question récurrente de sa transformation et de sa conceptualisation. Ce « retour de l'État » est cyclique dans la sociologie et s'est exprimé à travers une multitude de travaux et de théories. Mais les questions essentielles restent controversées : ces changements sont-ils significatifs ? Que deviennent les États ? Quelle est la nature, la fonction et l'essence des ces réorganisations ? Comme objet historique, quelles sont les variables et les temporalités à appliquer à l'étude de l'État ? Même si les thématiques de la faiblesse et de l'effacement tendent à dominer, un consensus académique semble néanmoins se dégager : l'État « tient bon », il résiste tant à la globalisation, l'eupéanisation, la

déterritorialisation qu'à l'enrôlement brutal par le capitalisme libéral. En résumé, l'État ne décline pas, mais il se transforme. Mais le consensus s'arrête là, les controverses sont toujours vives entre les tenants wéberiens d'une définition juridique et fonctionnaliste qui prend le risque de la réification (« *L'être de l'État*»: identité unificatrice, récit symbolique, institutions) et les adeptes d'une définition constructiviste et culturaliste qui tend vers le refus d'une définition de l'État au profit d'une étude de son agir et de ses actions (de « *faire de l'État* », les politiques publiques, les instruments de gouvernement, de contrôle et de discipline).

Pour éviter ce dualisme et le concevoir plutôt comme en tension féconde, nous pensons que l'étude de la genèse d'un instrument comme la HADOPI, (qui a pour objectif de réguler/contrôler/inciter des actes et des individus, à grande échelle mais par le problème de second ordre de la lutte contre la contrefaçon des biens culturels en ligne), permet d'éviter la tentation d'une réification excessive de l'État et de ses institutions, (même si nous avons vu que celles-ci sont largement impliquées dans les tentatives de cadrage des problèmes), sans, pour autant, verser dans un constructivisme trop marqué en raison d'une mise en perspective historicisée de l'effet de vérité du droit de propriété littéraire et artistique. L'étude de la fabrication de la HADOPI nous paraît utile et innovante en ce que la matière sur laquelle l'État tente d'étendre son pouvoir à travers un instrument d'action publique est nouvelle et incertaine. Observer empiriquement la façon dont s'organise, à la manière d'un laboratoire, une action collective de fabrication d'un instrument d'action publique dont le but est d'étendre une valeur forte de l'État-nation français – la défense de l'exception culturelle – sur un territoire nouveau, constitue l'intérêt essentiel de notre travail.

Bien que modeste dans sa matière, le problème posé par le téléchargement illicite va générer un débordement d'ampleur des cadrages de l'action publique. L'attention que les pouvoirs publics portent à cette question et la mobilisation d'un vaste ensemble d'institutions les plus emblématiques (Parlements, Conseil d'État, Cour des comptes, Conseil constitutionnel, Cour de cassation, Secrétariat général du Gouvernement, cabinets ministériels, etc.) participent d'une entropie de l'État qui fait de plus en plus de choses dans des domaines de plus en plus divers.

Une histoire détaillée, a-disciplinaire et apaisée

Notre thèse s'est inscrite dans les travaux sur les politiques publiques qui s'interrogent sur les transformations de l'État vu au prisme de l'action publique et qui tentent d'éviter tout réification et essentialisme de l'État – et du Droit – en mettant l'accent sur les cadres cognitifs, la multiplication des acteurs, l'illusion de la décision, la dimension collective des politiques publiques et de leur mise en œuvre (Bezes et Pierru 2009). Pour ce faire, nous avons privilégié une approche des plus empiriques. Pour tenter de comprendre ce phénomène complexe en s'éloignant de ses aspects passionnels, nous avons écrit une histoire détaillée des moments clés du débat, des étapes décisives et des points de passage qui ont permis la progression collective de la fabrication de la HADOPI. Avec un certain opportunisme, guidé par l'accès à des matériaux empiriques (étapes de rédaction de la saisine, tentative avortée mais cruciale de l'Agence de Régulation des Mesures Techniques, recours en Conseil d'État, notes de séances de la Mission Olivennes...), l'objectif était d'éviter d'instrumentaliser le sujet en le réduisant à un exemple d'un débat disciplinaire extérieur ou à une illustration d'une théorie générale de l'État et de l'action publique. Plus modestement, il s'agissait de profiter d'une situation assez étrange, polémique, créative, ponctuée de controverses, d'inventions et de paradoxes pour observer comment les pouvoirs publics entreprennent effectivement de faire entrer un phénomène inédit (une technologie qui transforme brutalement un bien excluable et rival en un bien public pur) dans la Cité. Afin d'éviter une méthodologie trop constructiviste et le biais progressiste souvent présent quand il est question des technologies de l'information, nous avons souhaité historiciser notre propos pour souligner une forme de permanence de l'État fort, différencié, institutionnalisé et centralisé à travers la longévité d'une définition de l'État-nation à la française forgée autour d'une défense de l'art, d'une protection et d'un encadrement des auteurs et d'une certaine exception culturelle comme attribut de la puissance publique. Cette valeur de premier rang s'est traduite dans l'instrument du droit de propriété littéraire et artistique et dans son pendant « négatif » qu'est la contrefaçon. La portée politique de ce droit est l'élément essentiel à retenir pour la suite de notre propos. Dans l'histoire culturelle française la défense de la « grandeur » du droit d'auteur comme insigne de la puissance de l'État est une illustration intéressante de l'organisation politique d'un système de croyances en des valeurs constitutives du bien commun et du bien être social comme prérogative des pouvoirs

publics se combinant avec un enchevêtrement de fonctions empiriques, opérationnelles et calculatoires de grande ampleur. Cet écartèlement fragile entre un pôle de généralité (L'État garant de l'exception culturelle française) et un pôle de particularité (calcul de la rétribution) produit des effets de vérité larges et différenciés. Le droit d'auteur – et c'est sans doute une de ses particularités – présente une rationalité polycentrée et hybride entre définition floue de ses catégories (œuvre, auteur, originalité) et calcul, ainsi qu'entre généralité des catégories et singularité des situations. Nous avons montré que les concepts sur lesquels a été érigé le droit d'auteur restent pertinents et que les innovations technologiques successives et débordantes (radio, cinéma, télédiffusion, disque) n'avaient pas eu raison du vieux droit d'auteur personnaliste et qu'elles avaient même renforcé et étendu ses multiples associations dans le temps et dans l'espace. De même, le versant « négatif » du délit de contrefaçon et son outillage de prise sur le réel, de l'imputation des faits à l'application de la sanction, restent parfaitement effectifs. Si nous avons vu qu'il faut relativiser la portée historique d'une innovation technologique sur l'efficacité et le régime de vérité produit par le droit d'auteur, l'épreuve de la numérisation et le piratage dévoilent cependant, comme à chaque innovation rencontrée depuis 250 ans, les fragilités du caractère hybride des associations politiques, économiques et sociales établies par le droit d'auteur. Nous espérons que l'examen attentif historicisé et empirique permet d'observer la mise à l'épreuve de « basse intensité » relativement inédite d'un instrument de gouvernement comme le droit d'auteur. Cet examen permet d'expliquer comment se fabriquent de nouveaux instruments de l'action publique corrigeant les failles et les fragilités d'une institution de premier ordre édifiée par 250 ans de cadrage de controverses sociales, techniques, juridiques, économiques et politiques. Alors que les controverses ont été extrêmement vives à l'époque de la formulation de la HADOPI et qu'elles le sont toujours, (comme en témoigne l'échange de tribunes observé au cœur de l'été 2014 au sujet des échanges de bien culturels, de leurs externalités sur les modèles d'affaires et surtout des vastes incertitudes sur la quantification des effets de la Haute autorité), notre thèse a cherché à « refroidir » en décrivant de manière détaillée et distanciée les *claims* symétriquement légitimes des différents publics (ayants droit, militants, industriels) et en essayant de rendre compte de la subtilité des problèmes économiques, techniques, politiques et sociaux. En décalant l'objet d'étude vers le problème des mesures techniques de protection, la révision de la loi Informatique et libertés, la rédaction des décrets et l'historicisation du cadrage par le droit d'auteur, nous avons pour objectif de présenter une

analyse apaisée décrivant le déroulement d'une séquence de points de passage et de stabilisation, sans toutefois gommer les dissonances, verdicts et affrontements des acteurs.

Vers un art de gouvernement du numérique

Comme l'a montré Charles Tilly (1975) à propos de l'importance de l'organisation des modestes services de postes dans la naissance des États-nation d'Europe, nous pensons que l'étude d'un des premiers instruments de gouvernement d'internet que nous avons conduite permet d'éclairer l'émergence d'un art de gouvernement du numérique encore balbutiant.

HADOPI, un choix hésitant d'un instrument d'action publique

Notre travail s'inscrit dans le sillage des études sur l'art de gouverner par les instruments, sur les transformations du rapport gouverné/gouvernant à partir d'un marqueur concret de l'action publique et du mélange et sur les tensions entre modes de régulation simultanés (répression/incitation). La thèse est un plaidoyer pour prendre au sérieux l'idée que l'action publique et politique est le plus souvent un tâtonnement maladroit, surtout quand la nouveauté de l'objet à réguler oblige à l'inventivité, voire à l'invention pure et simple. Cette action dans un monde incertain est un trait bien connu, constitutif et largement étudié par la sociologie de l'innovation. Le caractère relativement circonscrit et limité du problème permet de révéler sans fard l'art et les artifices pour gouverner l'incertain. Le second chapitre de la thèse examine un cas intéressant d'hésitation, voire d'échec, dans le choix d'un premier modèle de gouvernance des échanges numériques soumis à droit d'auteur. À travers la fortune des Mesures Techniques de Protection (MTP), nous avons voulu écrire une micro-histoire contrariée du choix stratégique que les acteurs historiques de la filière ont fait en privilégiant un mode de protection qui s'est avéré incapable de tenir fermée la clôture informationnelle établie autour des œuvres, une fois celles-ci libérées de leur inscription sur un support physique objet d'une transaction commerciale. Nous avons pu constater que les tentatives antagonistes d'ouverture et de fermeture des barrières censées protéger les

rentes tirées de l'exploitation des droits de propriété intellectuelle sur les œuvres, mettent en évidence le caractère éminemment matérialisé des échanges à l'ère numérique. En effet, l'examen de l'évolution du problème montre que les ouvertures de la clôture autour des œuvres sont toujours liées à une modification de l'environnement matériel des équipements, à une modification profonde des usages, à une intensification des attachements et à l'entrée brutale de l'utilisateur/amateur comme acteur à part entière dans les processus d'innovation/consommation.

La représentation de l'utilisateur/amateur capable de décrypter et de se jouer des choix technologiques est un enseignement essentiel du rôle du public vis-à-vis des MTP. Nous avons montré à quel point les effets de sur-réservation produits par les MTP ont transformé l'utilisateur supposé passif en véritable ennemi d'un secteur industriel, capable de comprendre finement les stratégies économiques de contrôle de la rente des Majors, d'en faire une critique collective et de massivement contourner les mesures techniques de protection par l'arrondissement de compétences socio-techniques au travers d'un véritable « jeu » entre utilisateurs/utilisateurs et ingénieurs/développeurs. Or, ce jeu du « chat et de la souris » qui s'est déroulé pendant une décennie a fini, malgré de brillantes victoires judiciaires, y compris devant la Cour suprême américaine, par épuiser les stratégies des Majors de la musique et des géants de l'industrie informatique.

Comment l'État invente et innove

Notre thèse illustre un cas documenté d'intrication de l'action de l'État avec les arènes de normalisation supra-nationale et représente un bon exemple des effets de la globalisation sur la définition de l'État et des conséquences empiriques de sa transformation. L'incidence de traités et d'accords internationaux (OMPI et OMC) combinés à des directives européennes (Droit d'auteur dans la société de l'information et commerce électronique) permet de voir à l'œuvre la capacité de l'État à gouverner sous la pression de normes supra-nationales, son pouvoir infrastructurel à transformer la société et à modifier les comportements, indépendamment de variables classiques comme le développement d'une administration centralisée. Cette capacité de l'État à innover s'inscrit dans le sillage de beaucoup d'autres travaux qui remettent en cause l'idée que la centralisation est une variable-clé de l'État fort. Le concept de

régulation, qui prend ici tout son sens, voit un État auto-limiter son pouvoir de coercition, engager un « adoucissement » des sanctions d'un délit et développer des capacités nouvelles bien que tâtonnantes, afin de mobiliser, au delà de sa sphère directe, des ressources susceptibles de résoudre des problèmes publics comme ceux des ayants droit et des fournisseurs d'accès. Nous pensons que notre thèse qui s'est attachée à décrire empiriquement un de ces cas de transformation d'un pouvoir fort de coercition en une politique d'incitation et de pédagogie, s'inscrit dans « les recherches les plus intéressantes concernant les politiques publiques [qui] combinent souvent une dimension institutionnaliste avec une dimension de mobilisation, d'action, et de contestation qui permet de rendre compte finement de l'exercice de l'autorité et de la légitimité de l'État de sa capacité à gouverner, et de ses échecs » (King et Le Galès 2011: 470).

Au-delà de l'impact de normes supra-nationales sur la reformulation du pouvoir de l'État, l'étude de la genèse de la HADOPI permet de décrire, par le biais de l'étude de l'art de gouverner, la façon dont de nouveaux illégalismes vont être contrôlés par l'action publique. En introduction, nous avons rappelé la fécondité de ce concept dans la théorisation de la gouvernance. Or, et le cas n'est pas si fréquent, nous avons pu étudier la réaction des pouvoirs publics face à un nouveau type d'illégalisme : le piratage de biens culturels sur internet. Certes, la contrefaçon n'est pas un illégalisme nouveau mais nous avons souligné que le téléchargement illicite ouvrait une béance dans le tissu du droit rendu inopérant par une grave lacune de la loi. Cette situation a contraint plusieurs types d'acteurs à innover et à inventer de nouvelles réponses de discipline. Tout d'abord, il a fallu, en réactivant des routines établies, que la catégorie d'acteurs victimes de ces illégalismes trouve une solution pour reprendre prise sur le phénomène en étant capable de faire surgir et de publiciser un nouveau problème public, en obtenant un élargissement de son pouvoir d'enquête sur ce nouveau phénomène et en modifiant la loi à son profit afin de rendre calculable et vérifiable une preuve des illégalismes commis afin de pouvoir réclamer une répression/contrôle auprès de l'État.

Une fois établie cette étape essentielle que nous avons décrite au chapitre 3, l'État a dû répondre à cette requête d'action publique sous la pression de normes supra-nationales et d'acteurs privés, tout en veillant à équilibrer la réponse législative. Le premier réflexe de l'exécutif confronté à une érosion de son pouvoir

coercitif unilatéral a été d'organiser un espace d'échanges pour entretenir la fiction d'une capacité à organiser le social en l'ordonnant. Le Chapitre 4 a décrit précisément les acteurs de la Mission Olivennes, espace dialogique et démonstratif d'un État animateur d'une construction négociée de la norme en matière de gouvernance d'internet. Nous sommes ici en présence d'un cas intéressant de construction négociée de la mise en politique des problèmes. La solidité des accords issus de cet espace de dialogue toutefois fortement cadré en sous-main par le pouvoir gouvernemental a pu, presque intégralement, être traduite dans la loi. La suite de l'histoire met cependant en évidence un cas non moins intéressant de la faiblesse de l'État en dévoilant l'illusion de la solidité des routines de la gouvernance négociée. La volonté d'extension de la souveraineté de l'État sur un nouveau domaine comme celui des échanges numériques a sous-estimé la faiblesse de l'association entre les principes fondateurs de la loi et de nouveaux objets socio-techniques aussi hybrides que l'accès à internet et que l'adresse IP, son support matériel. Le pouvoir de l'État se brise, avec la suppression du volet répressif de la loi et de la peine de suspension de l'accès, sur la définition du rapport entre libertés fondamentales et accès à internet, quand le Conseil constitutionnel affirme solennellement que l'adresse IP et l'accès à internet sont bien des moyens d'exercer plusieurs libertés fondamentales, dont celle d'expression, que seul un juge peut suspendre.

Un dispositif de « bonne police » doit donc être réinventé pour répondre à l'originalité du problème. Pour prendre prise sur ces nouveaux illégalismes, les pouvoirs publics doivent formuler et stabiliser une nouvelle infraction capable de se frayer un chemin entre les exigences contradictoires des acteurs et produire un effet de vérité qui doit à la fois atténuer les dispositifs répressifs de la contrefaçon déjà existants, les massifier en leur insufflant une part d'automatisation tout en faisant peser sur la population à contrôler un risque suffisant pour modifier des habitudes profondément ancrées dans les usages. Notre but a été de décrire le plus précisément possible la façon dont s'est construit un artifice du droit et de suivre le cheminement de la fabrication des associations entre des contraintes politiques, économiques, techniques et juridiques qui ont conduit à la stabilisation de l'infraction « pour défaut de sécurisation sans motif légitime ». Certes, les fictions juridiques ne sont pas rares quand on s'arrête sur les questions posées par la pragmatique du droit, mais les opérations du droit montrent ici toute leur flexibilité, permettant au législateur d'inventer une nouvelle infraction fortement fictionnelle. Face à cet équilibre qu'ils savent instable et fragile, les pouvoirs publics vont être amenés à organiser un cadre spécial pour explicitement,

à notre avis, expérimenter une action publique sur le nouveau domaine des échanges numériques. Au delà du texte de loi, des décrets vont permettre l'apparition d'une agence au statut volontairement hybride. La Commission de protection des droits sera le laboratoire original et très cadré de l'action publique entre commandement et négociation et entre loi et incitation. La Commission de protection des droits a donc été explicitement instaurée pour pouvoir manipuler des constructions techno-juridiques d'une extrême fragilité dans un environnement juridiquement très contrôlé, stabilisé et professionnalisé et pour permettre d'exercer un large et inédit pouvoir d'appréciation des faits délictueux. Nous espérons que le rôle des agences dans la gouvernance contemporaine tel qu'il est examiné dans notre travail, constitue un cas d'étude original avec son lot d'inventivité de la transformation de l'État et d'une mise en œuvre d'une certaine force de la faiblesse.

Sur-politisation et dé-politisation

Une des questions posée par le processus HADOPI est de déterminer pourquoi tout un dispositif gouvernemental s'est engagé à ce point avec la volonté d'instaurer l'autorité de l'État sur un domaine somme toute secondaire par rapport à d'autres problèmes socio-économiques. Est-ce par calcul électoral ? Est-ce par souci de réalimenter le récit de « l'exception culturelle française » à l'extérieur des frontières en étant l'un des premiers pays à se saisir concrètement du problème ? Est-ce pour répondre à un défi ponctuel qui augure des profonds changements à venir dans l'art de gouverner à l'ère numérique ? Est-ce pour expérimenter la robustesse des techniques de conciliation et de politisation d'un problème ?

Le fait est que l'histoire de la fabrication de la HADOPI témoigne de profondes tensions entre tentations et tentatives de sur-politisation et de dé-politisation. Au titre de la volonté de politiser, voire de sur-politiser le sujet, on remarquera d'abord la ténacité des pouvoirs publics à ne pas remettre en cause la dogmatique du droit de propriété littéraire et artistique. La puissance des parties prenantes, leur poids électoral, leur influence sur le débat médiatique et le marqueur historique de cet ensemble de routines n'ont pas été déstabilisés et les associations tissées ont été maintenues fermées. Alors même qu'une extension notable du droit de propriété littéraire et artistique s'est constituée au fil des siècles et que les

exceptions à ce droit sont très encadrées, le développement des échanges numériques n'a pas eu, pour l'instant, d'incidence sur le consensus historique et politique partagé par les différents partis. Cependant, lors des débats parlementaires, des brèches politiques prônant la dérégulation sont néanmoins étrangement apparues dans les rangs de la gauche. En tant que tel, le droit d'auteur a vu sa politisation renforcée. Cette politisation s'est accrue notamment par l'engagement personnel et les propos volontairement clivants – résumés par l'expression « civiliser internet » – du chef de l'État et par l'éviction d'une ministre de la culture au profit d'une personnalité médiatique beaucoup plus combative politiquement. En miroir du « bricolage » des pouvoirs publics face aux problèmes soulevés par le numérique, la thèse montre l'importance pour les acteurs politiques de (sur)politiser le débat par le volontarisme des discours, au risque de réifier l'art de gouvernement.

À la personnification politique du problème a répondu l'organisation d'arènes dialogiques comme la mission Olivettes, apparemment chargée de dépolitiser l'enjeu par un simulacre de consensus des parties prenantes. Mais nous avons montré que cette méthode classique a davantage été une tentative de légitimation et de prise en main plus souple du problème par l'exécutif à travers les accords solennels de l'Élysée qu'un véritable espace de construction collective d'une solution. À l'inverse, la censure du Conseil constitutionnel correspond à une volonté de dépolitisation du problème que les Sages ont souhaité adresser à un exécutif fortement décidé à instaurer un pouvoir coercitif sur les échanges numériques. Le choix d'une autorité administrative indépendante pour gérer le contrôle des téléchargements illicites entre classiquement dans la catégorie des actes de retrait, voire de « démembrement » de l'État fort et centralisé par une logique de dilatation du pouvoir vertical, le brouillage des frontières politiques et une sorte de fédéralisme administratif. Mais la Commission de protection des droits instituée au cœur de l'agence maintient cependant un îlot robuste de cadrage politique au sens de la discipline, du contrôle et de la modification des comportements sociaux. Le traitement du problème public posé par les échanges illicites de biens culturels numérisés oscille de manière intense et continue entre sur-politisation et dé-politisation. L'actualité et l'attitude du nouvel exécutif depuis 2012 n'ont pas modifié cette tension et l'ont même accentuée eu égard notamment au changement d'attitude politique de la nouvelle ministre de la culture sur ces sujets.

La place de plus en plus importante prise par le numérique dans les relations sociales et ses épreuves définissent, si besoin était, l'État comme « connexion de l'hétérogène », provisoire et en perpétuelle redéfinition et construction. Dans l'étude de la genèse de la HADOPI, nous nous sommes placés délibérément d'un point de vue externe à l'État et à l'action publique. HADOPI comme sujet de recherche a permis, selon nous, d'examiner un processus de gouvernementalisation de l'État mettant à rude épreuve les catégories historiques de pouvoir que sont la souveraineté et les disciplines. Nous avons tenté de nous inspirer de la méthode désormais classique, forgée par Michel Foucault, qui consiste à « passer par le dehors » pour tenter de saisir un moment, une configuration historique d'éléments disparates d'une modalité de pouvoir qui prend les traits d'un « dispositif de sécurité » et de contrôle de nouveaux illégalismes tendu entre l'expression d'un État fort, coercitif et répressif et celle d'un État faible, négociateur, incitateur, cherchant à adoucir les sanctions pour transformer des comportements plutôt que pour les réprimer. Le droit de propriété littéraire et artistique est, selon nous, une expression essentielle rarement soulignée du libéralisme et de la voie révolutionnaire juridico-déductive de reformulation au XVIII^e siècle d'un État qui énonce des droits imprescriptibles (propriété privée et droit moral du créateur). Ce droit présente tous les attributs d'un pouvoir moderne, localisé historiquement et géographiquement, montage impur, grevé d'une hétérogénéité qui ne s'abolit pas (Karsenti 2005: 37-50). Notre travail met en évidence la multiplicité des connexions faisant surgir l'État au détriment de grandes linéarités causales. Le cas de la HADOPI souligne aussi la distinction entre relations de pouvoir et pouvoir institué. En décrivant précisément les points de passage et les controverses, nous espérons avoir évité le piège de l'analyse des micro-relations, des pratiques et d'un simple changement d'échelle, en adoptant au contraire le point de vue externe des formes instituées des modes d'exercice du pouvoir (État, administration, droit). Comme on le sait, l'État n'est pas observable en soi mais seulement à travers ses manifestations de pouvoir et de gouvernance, aussi peu stabilisées soient-elles. L'étude de la HADOPI illustre bien le fait que l'État moderne est une petite chose « fragile et obsédante », selon l'expression de Foucault. L'homogénéité entre souveraineté et discipline est fortement interrogée par la configuration matérielle des échanges numériques. Comment dans un nouvel espace-temps, organiser

des mécanismes disciplinaires et des techniques de mise en œuvre dans le dressage et le contrôle de la population ? Comment l'État peut-il être à la fois fort et faible ? C'est bien la question de la gouvernementalité reposée à nouveaux frais qu'illustre l'expérience de la fabrication de la HADOPI. Les dispositifs de pouvoir inédits et contradictoires instaurés par la HADOPI tentent de produire une certaine efficacité sur la population étrangement opaque des internautes.

Les internautes sont-ils des hommes gouvernables ? Tel est le problème que cherche à résoudre le processus qui a abouti à la création de la HADOPI. Loin de tout essentialisme, il s'agit d'un cas intéressant de tentative de gouvernement d'une population inédite où l'hétérogène prolifère et doit être connecté et reconnecté à nouveaux frais. Au terme de notre analyse, nous pensons que le processus de genèse de la HADOPI a produit un état inédit de gouvernement en équipant l'action publique de techniques nouvelles de discipline, en commençant notamment à accumuler un savoir sur la population des internautes. En effet, HADOPI est la première agence publique, et la seule à notre connaissance, à avoir accumulé une collection de plus de 70 millions d'adresses IP et plusieurs centaines d'auditions de coupables de l'infraction nouvelle. À travers les controverses sur le rapport entre adresses IP et données à caractère personnel, la Haute autorité expérimente de nouveaux outils d'identification massive des individus et d'analyse de leur comportement : c'est en effet toute la population française qui est ici potentiellement concernée. Il s'agit d'une véritable emprise qui avait encouragé le Conseil constitutionnel à limiter les pouvoirs de sanctions administratives que le législateur avait voulu conférer en première instance à la HADOPI. En construisant une représentation de l'utilisateur d'internet, en prônant l'obéissance, en souhaitant modifier des comportements par le biais de divers leviers progressifs d'incitation (de l'information à la sanction pénale) et en produisant autant de comportements de contournement et de résistance, la HADOPI atteint sans doute le résultat politique d'inaugurer une tentative inédite, fragile, peu compacte mais pionnière de gouverner internet et les internautes. Foucault a montré que la gouvernementalité est l'élément enveloppant de tout ce qu'on peut décrire de proprement politique. Au cours de l'histoire, cette gouvernementalité a produit des dispositifs de pouvoir différents (État de justice, administratif, de police) où l'hétérogène se connecte à chaque fois différemment et où souveraineté et discipline présentent une certaine homogénéité. L'effet politique du *numérique*, conséquence déterritorialisée de la globalisation, du libéralisme et de la technologie, est de

réinterroger le rapport entre souveraineté et discipline. La HADOPI comme tentative de réponse localisée en tire à la fois sa fragilité, son originalité et sa force propre.

IV – Développements ultérieurs

En point final de notre conclusion, nous pouvons suggérer quelques pistes de développement et d'approfondissement. L'extension des espaces de calcul que provoquent la numérisation du monde et l'économisation de pans entiers des relations humaines qui y échappaient jusque là constitue un terrain d'études stimulant auquel nous souhaiterions nous consacrer dans l'avenir. Qu'il s'agisse de la normalisation globale de métadonnées dans tous les domaines des activités humaines ou des capacités de gouvernance automatisée permises par les algorithmes, la mise en nombre des activités humaines pose et posera de nombreux problèmes inédits de politique, de droit, de régulation et de gouvernabilité. À l'instar d'HADOPI, de nouveaux instruments d'action publique vont émerger de cette nouvelle et vaste prolifération socio-technique. À titre d'exemple, il existe encore peu de recherches consacrées à l'étude de la politique de taxation des activités économiques générées par l'extension socio-économique du numérique. Cette capacité de l'État à extraire des ressources a fait l'objet d'une forte institutionnalisation dans la durée et contribué à le définir. Les processus de mondialisation rendent possibles des formes sophistiquées d'optimisation fiscale, euphémisme cachant les manœuvres de contournement du paiement de l'impôt par les Majors d'internet. Ces travaux de politiques publiques sur la politique fiscale, sur l'argent des politiques publiques et sur la modification des relations entre États et grandes entreprises sont évidemment intéressants pour rendre compte de la transformation de l'État et utiles à mener dans la perspective du bien commun.

BIBLIOGRAPHIE

ABBATE, J., (2012), « L'histoire de l'Internet au prisme des STS », *Le Temps des médias* 1/ 2012 (n° 18), p. 170-180.

ABEL, R., (1982), "The contradictions of informal justice", *The Politics of Informa/Justice*, New York, Academic Press.

ADERMON, A., & LIANG, C. Y. (2014), "Piracy, music, and movies: A natural experiment" (No. 2010: 18). *Working Paper*, Department of Economics, Uppsala University.

AKRICH, M., CALLON, M., LATOUR, B., (1988), « À quoi tient le succès des innovations ? », *Annales des Mines*, 4 (29).

ALLEAUME, C., (2013), *Pratique de la propriété littéraire et artistique*, (dir. P. TAFFOREAU), LexisNexis, 617 pp.

ALLEAUME, C., (2012a), « Interopérabilité et DRM : l'accès aux œuvres est-il garanti ? », *Au fil des Labs*, n°3, HADOPI.

ALLEAUME, C., (2012b), « Streaming : la situation de l'internaute final est moins claire aujourd'hui qu'avant la loi du 20 décembre 2011 », *Légipresse revue mensuelle du droit de la communication*, février, n°291, pp.67-68.

AMSELEK, P., (1982), « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *Revue de Droit Public*.

ARENDT, H., (1972), *La Crise de la culture*, Gallimard.

ARNOLD, M., DARMON, E., DEJEAN, S., & PÉNARD, T. (2014), "Graduated Response Policy and the Behavior of Digital Pirates: Evidence from the French Three-Strike (HADOPI) Law (No. 201401)". *Center for Research in Economics and Management (CREM)*.

ARROW, K-J, (1962), "Economic welfare and the allocation of resources for invention", in Harold

M. GROVES, Chairman, Universities–National Bureau Committee for Economic Research, 1962. "The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors," *NBER Books*, National Bureau of Economic Research, Inc, number univ 62–1, October.

ASSIER–ANDRIEU, L., (1996), *Le droit dans les sociétés humaines*, Paris, Nathan.

AUTIN, J–L., RIBOT, C., (2005), *Manuel de droit administratif général*, 4ème édition LexisNexis Litec.

AZZI, T., (2009), « La responsabilité des nouvelles plates–formes : éditeurs, hébergeurs ou autres voies », *Contrefaçon sur internet. Les enjeux du droit d'auteur sur le Web*, IRPI, Litec.

BACHRACH, P., BARATZ, M., (1962) « Two faces of power », *American Political Science Review*, 56 (4), p. 947–952.

BAND, J., GERAFFI, J., (2013), *Profitability of copyright intensive industries*,

BARBIER, J–C., (2010), « Évaluation des politiques publiques et quantification en France : des relations ambiguës et contradictoires entre disciplines », avec N. Matyjasik, *Revue française de socio–économie*, n° 5, p. 123–140.

BÄRWOLFF, M., (2010), *End-to-End Arguments in the Internet: Principles, Practices, and Theory*, Thèse.

BASTIAT, F., (1862), *Le Libre–échange*, tome 2, p. 329.

BAYGERT, N., (2014), « L'activisme numérique au regard du consumérisme politique : Pirates et Tea Parties sous la loupe », *Participations*, 2014/1 N° 8, p. 75–95.

BÉAUR, G., (2006), « Fraude, contre–façon et contrebande de l'Antiquité à nos jours », (en coll. avec Hubert Bonin et Claire Lemercier), Genève, Droz, 832 p., avec « Introduction » (avec Hubert Bonin et Claire Lemercier), pp. 9–16.

BEAUSSANT, P., (1988), « Vous avez dit « Baroque » ? », Actes Sud.

BECKER, G. S., LANDES, W. M., (1974), *Essays in the economics of crime and punishment*, New

York : National Bureau of Economic Research : Distributed by Columbia University Press.

BEER, D., (2008), « The iconic interface and the veneer of simplicity : Mp3 players and the reconfiguration of music collecting and reproduction practices in the digital age », *Information, Communication & Society*, Volume 11, Issue 1, p. 71-88.

BERLIVET, L., (2007), « Les démographes et l'alcoolisme. Du « fléau social » au « risque de santé », *Vingtième siècle*, 95, 2007, p. 93-113.

BENABOU, V-L., (2009), Note sous TGI Paris, 1er ch. , UFC que Choisir ? c. amazon.com, *Legipresse*, n° 260.III., pp. 77-82.

BÉNABOU, V-L., « Les routes vertigineuses de la copie privée au pays des protections techniques... À propos de l'arrêt Mulholland Drive », 30 mai 2005, *Juicom.net*, p. 1.

BENNETT, L-W., (2003), « Communicating Global Activism », *Information, Communication & Society*, vol. 6, n°2, p. 143-168.

BENVEGNI, N., (2012), *La politique des netroots – La démocratie à l'épreuve d'outils informatiques de débat public*, Thèse de doctorat, Centre de Sociologie de l'Innovation, Décembre 2012.

BESSY, C., CHATEAURAYNAUD, F., (2014), *Experts et faussaires. Pour une sociologie de la perception*, Éditions Petra.

BEZES, P., PIERRU, F., (2009), « Les dé-liaisons dangereuses. Les trajectoires croisées de la sociologie de l'État, de l'analyse des politiques publiques et de la science administrative. Un essai de comparaison franco-américaine », communication présentée au 10e congrès de l'AFSP, Grenoble, section thématique 14, 7-9 septembre 2009.

BLONDEAU, O., ALLARD, L., (2007), *L'activisme sur Internet, entre déflection et expérimentation*, Paris, Amsterdam.

BOLTANSKI, L., THEVENOT, L., (1991) *De la justification. Les économies de la grandeur*. Gallimard.

BOMSEL, O., (2006), *Après l'exception culturelle... quelques règles économiques*, in Xavier Greffe, Dr., "Création et diversité au miroir des industries culturelles – Actes des journées d'économie culturelle des 12 et 13 janvier 2006", Paris, La Documentation Française.

BOMSEL, O., (2007), *Gratuit ! Du déploiement de l'économie numérique*, Éditions Gallimard.

BOMSEL, O., (2004), *Enjeux économiques de la distribution des contenus* avec la collaboration de Jérémie Charbonnel, Gilles Le Blanc, Abakar Zakaria, Cerna, Centre d'économie industrielle, École Nationale Supérieure des Mines de Paris.

BORRAZ, O., (2000), "Permanences et recompositions du secteur sanitaire, les politiques locales de lutte contre le sida", *Revue Française de Sociologie*, vol. 41, n° 1, pp. 37-60.

BOURCIER, D., (2010), « Commons Digital Works : Thinking Governance ». in Bourcier, D., Casanovas, P., Dulong de Rosnay, M. & Maracke, C. (eds.), *Intelligent Multimedia. Managing Creative Works in a Digital World*.

BREINDL, Y., (2011a), « Promoting Openness by 'Patching' European Directives: Internet-Based Campaigning during the EU Telecoms Package Reform », *Journal of Information Technology & Politics*, Special Issue : The Politics of Open Source, 8(3): 346-366.

BREINDL, Y., (2011b), *Hacking the Law : An Analysis of Internet-based Campaigning on Digital Rights in the European Union*, Thèse, Université Libre de Bruxelles, p. 299.

BREINDL, Y., **BRIATTE, F.**, (2013), « Digital Protest Skills and Online Activism Against Copyright Reform in France and the European Union », *Policy & Internet*, 5(1)

BRESSERS, Hans-Th A., **O'TOOLE, L-J.**, (1998) « The Selection of Policy Instruments : a Network-based Perspective », *Journal of Public Policy*, 18, 3, p. 213-239.

BRIDY, A., (2012), « Copyright Policymaking as Procedural Democratic Process: A Discourse-Theoretic Perspective on ACTA, SOPA, and PIPA (April 19, 2012) ». *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, Vol. 30.

BRUNO, I., (2010), « La déroute du « benchmarking social ». La coordination des luttes nationales

contre l'exclusion et la pauvreté en Europe », *Revue française de socio-économie*, La Découverte, n° 5.

BULL, M., (2000), *Sounding out the city. Personal stereotypes and the management of everyday life*, Oxford / New York, Berg.

CALLON, M., (1984), « Éléments pour une sociologie de la traduction », *L'Année sociologique*, 11, p. 183 et suiv.

CALLON, M., LASCOUMES, P., BARTHE, Y., (2001), *Agir dans un monde incertain*, Éditions du Seuil, p. 163.

CALLON, M., LATOUR, B., (1997), « Tu ne calculeras pas! ou comment symétriser le don et le capital ». In Alain Caillé (sous la direction de) *Le capitalisme aujourd'hui*, *Revue du MAUSS*, n°9, La Découverte, Paris, pp.45-70.

CALLON, M., LATOUR, B., (2006), « Le grand Léviathan s'apprivoise-t-il ? », in Madeleine AKRICH, Michel CALLON, Bruno LATOUR, *Sociologie de la Traduction: Textes Fondateurs*, Presses des MINES, 2006 - 303 p.

CALLON, M., MÉADEL, C., RABEHARISOA, V., (2000), « L'économie des qualités », *Politix*. Vol. 13, N°52, pp. 211-239.

CALLON, M., et al., (2013), *Sociologie des agencements marchands*, Presses des Mines.

CARON, C., (2009), « Validité des constats effectués par des agents assermentés », *Communication Commerce électronique* n° 4, comm. 31.

CHAFIOL-CHAUMONT, F. et FALKMAN, A.-L., (2009), « Note sous Cour d'Appel de Paris, 14ème chambre, 2ème section, 21 novembre 2008 », *Legipresse* janvier-février 2009, n° 258.III., pp. 22-27.

CHANTEPIE, P., (2003), *Mesures techniques de protection des œuvres et DRMS*, CSPLA, p. 32.

CHEVALLIER, J., (1986), « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes » -S. J, G. I. Doctrine n° 3254.

- CHEVALLIER, J.**, (1998) « Régulation et polycentrisme dans l'administration française », *Revue administrative*, n° 301, p. 44 et suiv.
- CHEVALLIER, J.**, (2007), « Le Conseil d'État, au cœur de l'État », *Pouvoirs*, 2007/4 n° 123, p. 11.
- CHEVALLIER, J., LOSCHAK, D.**, (1982), "Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française", *RFAP*, N°24, 1982, pp. 53 et ss. Jacques Chevallier, "La rationalisation de la production juridique", in Charles-André Morand (Ed.) *L'Etat propulsif*, Paris, Publisud, 1991, p. 11.
- CICOUREL, A., V.**, (1968), *The social organization of juvenile justice*.
- CLARK, C.**, (1996), « The answer to the machine is in the machine », in *The future of Copyright in a Digital Environment* : Kluwer, 1996, p. 139.
- CONSTANT, B.**, (1991), *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays, 1795-1810*, édition établie par Henri Grange, Aubier, 1991.
- CROZIER, M.**, (1987), *État modeste, État moderne*, Fayard.
- DAHL, R-A.**, (1971), *Qui gouverne ?*, Paris, A. Colin.
- DANAHER, B., SMITH, M. D., TELANG, R., & CHEN, S.** (2012), *The effect of graduated response anti-piracy laws on music sales: evidence from an event study in France*.
- DANAHER, B., & SMITH, M. D.** (2014), "Gone in 60s: The impact of the Megaupload shutdown on movie sales". *International Journal of Industrial Organization*, 33, 1-8.
- DANIEL, F-J.**, (2010), « La gestionnarisation des politiques de protection de la nature aux Pays-Bas », *Politix*, 23, 2010, p. 159-177.
- DAVIDOVICI-NORA, M.**, (2005), « Les analyses économiques du piratage des biens numériques ». In: *Revue française d'économie*. Volume 20 N°2, 2005. pp. 107-149.
- DE CERTEAU, M.**, (1980), *L'Invention du quotidien*, Paris, UGE 10/18 - p. 185.
- DE MOLINARI, G.**, (1855), « De la propriété des inventions », *Journal des Économistes*, tome 7,

2ème série, n°9, 15 sept. 1855, p. 422.

DE SUTTERN, L., GUTWIRTH, S., (2004), « Droit et cosmopolitique. Notes sur la contribution de Bruno Latour à la pensée du droit », *Droit et société*, 2004/1 n°56-57, p. 259-286., p. 276.

DEHARO, G., (2011), « L'identité numérique dans les procédures judiciaires », *Les Cahiers du numérique*, 2011/1 Vol. 7, p. 87-102.

DEJEAN, S., (2008), “What Can We Learn from Empirical Studies About Piracy ?” LR-MOS, University of La Rochelle; Université de Rennes I - Center for Research in Economics and Management (CREM), August 12, 2008.

DEJEAN, S., (2014), « HADOPI, comment la science économique contribue au débat », 9 juillet 2014, *Économie du numérique*.

DEJEAN, S., SUIRE, R., (2014), “Digital files dealers and prohibition in the context of the French 3 strikes (HADOPI) law (No. 201406)”.

DELEUZE, G., (1990), *Pourparlers 1972-1990*, Éditions de Minuit - Paris.

DEHOUSSE, R., (2011), *The 'Community Method'*, Paldgrave Macmillan.

DERIEUX, E., GRANCHET, A., (2010), *La lutte contre le téléchargement illégal, Lois DADVSI et HADOPI*, Coll. Lamy, Axe Droit, Lamy, p. 183.

DESROSIERES, A., (2000), *La Politique des grands nombres : Histoire de la raison statistique*, Paris, La Découverte, 2e éd.

DEWEY, J., (2005), *Le Public et ses problèmes*, Folio Essais.

DIANI, M., (2000), « Social Movement Networks, Virtual and Real », *Information, Communication & Society*, vol. 3, n°3, 2000, p. 386-401.

DI MENTO, J-F., (1986), *Environmental Law and American Business, Dilemmas of Compliance*, New York, Plenum Press.

DUCHÊNE, A., WAELBROECK, P., (2002), « Peer-to-Peer, Piracy and the Copyright Law : Implications for Consumers and Artists », *working paper, Ecares and FNRS*, Université libre de Bruxelles, octobre 2002, pp. 1-24.

DULONG DE ROSNAY, M., (2007), *La mise à disposition des œuvres et des informations sur les réseaux: régulation juridique et régulation technique*. Thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Assas, Paris, France.

DUPIN, É. (2012), *La Victoire empoisonnée*, Éditions du Seuil.

DUPUIT, J., (1861), «Du principe de propriété. Le juste – l'utile», *Journal des économistes*, 2e série, tomes XXIX et XXX.

DURKHEIM, É. (1894), *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, P.U.F., 14e édition, 1960.

DUSOLLIER, S., (2000), « Incidences et réalités d'un droit de contrôler l'accès aux œuvres en droit européen », in *Le droit d'auteur, un contrôle de l'accès aux œuvres ?*, *Cahiers du CRID*, n° 18, Bruylant, 2000,

DUSOLLIER, S., KER, C., (2007), *Mesures techniques de protection et rémunération pour copie privée*, rapport final, CRID.

DUSOLLIER, S., (2012), « DRM at the intersection of copyright law and technology : a case study for regulation » in Brousseau, E., M. Marzouki & C. Méadel (eds). *Governance, Regulation and Powers on the Internet*. Cambridge : Cambridge University Press, 297-317.

EDELMAN B., *L'adieu aux Arts*, Aubier, 2001.

ELKIN-KOREN, N., (2006), "Making Technology Visible", *NYU Journal of Legislation and Public Policy*.

ELKIN-KOREN, N., SALZBERGER, E-M., (2012), *The Law and Economics of Intellectual Property in the Digital Age: The Limits of Analysis*, Routledge Research in Intellectual Property.

FALQUE-PIERROTIN, I., (2012), « La Constitution et l'Internet », *Les Nouveaux Cahiers du*

Conseil constitutionnel, 2012/3 N° 36, p. 31-44.

FARCHY, J., (2013), « Analyse économique des exceptions », *Revue LAMY – Droit de l'immatériel (RLDI)* – Effectivité des exceptions au droit d'auteur et au droit voisin.

FISCHER, N., (2007), *La rétention administrative dans l'Etat de droit: genèse et pratique du contrôle de l'enfermement des étrangers en instance d'éloignement du territoire dans la France contemporaine*, Thèse de doctorat.

FISCHER, N., SPIRE, A., (2009), « L'État face aux illégalismes », *Politix* 3/ 2009 (n° 87), p. 7-20.

FORIERS, P., (1968), « Les lacunes du droit », in *Le problème des lacunes en droit* (textes publiés par C. PERELMAN), Bruxelles, 1968, Éditions de l'Université de Bruxelles, p. 9-29.

FOUCAULT, M., (1975), *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard.

FOUCAULT, M., (1976a), *La Volonté de savoir*, Paris, Gallimard.

FOUCAULT, M., (1976b) : « Crimes et châtiments en U.R.S.S. et ailleurs... » (entretien avec K. S. KAROL), *Le Nouvel Observateur*, n° 585, 26 janvier- 1er février 1976, pp. 34-37. *Dits et Ecrits*, Tome III, Texte n°172.

FOUCAULT, M., (1994) (1978), « La gouvernementalité », *Dits et écrits*, Tome III, Paris, Gallimard, 1994 (1978), p. 635-657.

FRANCILLON, J., (2010), « Limites de l'application de la loi informatique et libertés du 6 janvier 1968. Pouvoirs des agents assermentés des organismes de perception des droits d'auteur. Constat des délits de contrefaçon commis sur internet », *RSC* 2010 p. 173.

GADREY, J., (2000), « The Characterization of Goods and Services: an Alternative Approach », *Review of Income and Wealth*, 46 (3), pp. 369-387.

GAUDEMET, Y., (2002), « La responsabilité de l'administration du fait de ses activités de contrôle », *Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 572.

GAZIER, F., (1985), « Études sur les établissements publics. Réflexions sur les catégories et les

spécificités des établissements publics nationaux », EDCE, n° 36, 1984-1985, p. 52.

GAZIER, F., CANNAC, Y., (1984), « Les autorités administratives indépendantes », *EDCE*, 1983-1984 n° 35.

GEFFROY, A-G., (2009), *Splendeurs et Misères des DRMs dans la Distribution de Musique en Ligne: Une Analyse Economique*, Mines ParisTech, thèse de doctorat, soutenue le 8 juin 2009 à Paris. p. 24.

GEIGER, C., (2014), « The Rise of Criminal Enforcement of Intellectual Property Rights...and its failure in the context of copyright infringements on the Internet », in: Frankel, S. / D. Gervais (Eds.), *The Evolution and Equilibrium of Copyright in the Digital Age*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

GEIST, M., (2010), « The Trouble with the Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) », *SAIS Review of International Affairs*, Volume 30, Number 2, Summer-Fall 2010, p. 137-147.

GENSOLLEN, M. (2004), « Biens informationnels et communautés médiatées », *Revue d'Économie Politique*, numéro "Marchés en ligne et communautés d'agents", mars 2004.

GIBLIN, R., (2014), « Evaluating Graduated Response », *37 Columbia Journal of Law & the Arts* 147-209, Monash University Faculty of Law Legal Studies Research Paper No. 2013/56.

GIESLER, M., POHLMANN, M., (2003), « The Anthropology of File Sharing: Consuming Napster as a Gift », *Advances in Consumer Research* . 2003, Vol. 30 Issue 1, p. 273-279.

GOLDMAN, W., (1984), *Adventures in the Screen Trade: A Personal View of Hollywood and Screenwriting*, New York, Warner Books, 1984, p. 39.

GRACE, C, WILKINSON, PH., (1981), *Negotiating the Law*, London, Routledge and Kegan.

HALPERN, C., LASCOUMES, P., LE GALÈS, P., dir. (2014), *L'instrumentation de l'action publique. Controverses, résistance, effets*, Paris, Les Presses de Sciences Po, coll.« Gouvernances », 520 p.

HAMELIN, F., et CARNIS, L., (2007 : 103-128), « Le contrôle automatisé de la vitesse : une

machine à remonter le temps ? », *Politiques et Management public*, 25, 2007, p. 103-128.

HÅRD, M., JAMISON, A., (2005), *Hubris and Hybrids : A Cultural History of Technology and Science*, Routledge.

HARRINGTON, C-B., (1988), "Regulatory reform, creating gaps and making markets", *Law and Policy*, X, n°4, 1988, pp. 293-316.

HASSENTEUFEL, P., SMITH, A., (2002), « Essoufflement ou second souffle ? L'analyse des politiques publiques "à la française" », *Revue française de science politique*, 52 (1), p. 53-73.

HENNION, A., (2010), « Soli Deo Gloria, Bach était-il un compositeur ? », *Gradhiva*, 12, pp. 40-55.

HIRSCHMAN, A-O., (1970), *Exit, Voice and Loyalty. Responses to Decline in Firms, Organisations and States*, Cambridge (Mass.), Harvard University press., 1970.

HOOD, C., (1983), *The Tools of Government*, N. J. Chatmann, Chatmann House, 1983.

HOOD, C., MARGETTS, H., (2007), *The Tools of Government in the Digital Age*. London: Palgrave Macmillan, 2007.

HOWLETT, M., (2005), « What is a Policy instrument ? Policy Tools, Policy Miwes, and Policy Implementations Styles », in F. Pearl Eliadis, Margaret M. Hill, Michael Howlett, *Designing Government: From Instruments to Governance*, McGill-Queen's Press - MQUP, 2005 - 454 p.

HUGOT, J-P., (2008), « Un nouveau pouvoir citoyen et une nouvelle responsabilité », *RLDI/43*, novembre 2008, n° 1433, p. 78-81.

IMBERT-QUARETTA, M., MONTFORT, J-Y., CARPENTIER, J-B., (2012), « La contravention de négligence caractérisée à la lumière de la mise en œuvre de la procédure de réponse graduée », *La Semaine juridique Edition Générale*, n° 19, 7 mai 2012, 591.

JEAMMAUD, A., (1998), « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », in *Les transformations de la régulation juridique*, sous la direction de J. Clam et G. Martin, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1998, p. 53.

JEAMMAUD, A., LYON-CAEN, A., (1986), *Droit du travail. Démocratie et crise*, Arles, Actes Sud, 1986.

KARSENTI, B., (2005), « La politique du dehors », *Multitudes* 3/ 2005 (n° 22), p. 37-50.

KING, D., LE GALÈS, P., (2011), « Sociologie de l'État en recomposition », *Revue française de sociologie* 3/ 2011 (Vol. 52), p. 453.

KUSEK, D., LEONHARD, G., (2005), *The Future of Music : Manifesto for the Digital Music Revolution*, Boston, Massachusetts : Berklee Press, 2005.

LAPOUSTERLE, J., (2009), *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes, Illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, Thèse pour le doctorat de droit, Paris II, Dalloz, 2009.

LASCOUMES, P., (1993), « Négocier le droit, formes et conditions d'une activité gouvernementale conventionnelle ». In: *Politiques et management public*, vol. 11 n° 4, 1993. Numéro spécial droit et management public (Numéro préparé par Jean-Bernard AUBY) p. 49.

LASCOUMES, P., (1993), « Négocier le droit, formes et conditions d'une activité gouvernementale conventionnelle ». In: *Politiques et management public*, vol. 11 n° 4, 1993. Numéro spécial droit et management public (Numéro préparé par Jean-Bernard Auby) p. 67

LASCOUMES, P., (1994), *L'éco-pouvoir, environnements et politiques*, Éditions de la découverte, 1994, p. 169.

LASCOUMES, P., (1996), « Rendre gouvernable : de la "traduction" au "transcodage" : l'analyse des processus de changement dans les réseaux d'action publique », *La Gouvernabilité*, CURAPP, Paris, Presses Universitaires de France, 1996, pp. 325-338.

LASCOUMES, P., LE GALÈS, P., dir. (2004), *Gouverner par les instruments*, Presses de Sciences Po, 370 p.

LASCOUMES, P., SIMARD, L., (2011), « L'action publique au prisme de ses instruments », *Revue française de science politique*, 61, 1, p. 12.

- LATOUR, B.**, (2012), *Enquêtes sur les modes d'existence*, La Découverte.
- LATOUR, B.**, (2005), *Reassembling the Social : an Introduction to Actor–Network–Theory*, Oxford, Clarendon.
- LATOUR, B.**, (2002), *La Fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, La Découverte & Syros, Paris.
- LATOUR, B.**, (1999), *Politique de la nature*, La Découverte.
- LATREILLE, A.**, (2002), « La protection des dispositifs techniques (I) : Entre suspicion et sacralisation », *La directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information. Bilan et perspectives* : Propr. intell. 2002, n° 2, p. 38.
- LATREILLE, A., MAILLARD, T.**, (2011), « Mesures techniques de protection et d'information », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 19 avril 2011.
- LE BOURHIS, J-P.**, (2007), « Du savoir cartographique au pouvoir bureaucratique. La politique des risques en France 1970–2000 », *Genèses* 2007/3, 68, p. 75–96.
- LE BOURHIS, J-P., LASCOUMES, P.**, (2014), « Les résistances aux instruments de gouvernement, essai d'inventaire et de typologie des pratiques », in HALPERN, C., LASCOUMES, P., LE GALÈS, P., dir. (2014), *L'instrumentation de l'action publique. Controverses, résistance, effets*, Paris, Les Presses de Sciences Po, coll.« Gouvernances », p. 493–520.
- LE GALÈS, P.**, (2004), « Contrôle et surveillance. La restructuration de l'État en Grande-Bretagne », in Pierre Lascoumes, Patrick Le Galès, dir., *Gouverner par les instruments*, Presses de Sciences Po, 2004.
- LE GUERN, P., DAUNCEY, H.**, (2012), « The French Recording Industry : between Defence of Cultural Exception, Anti-Piracy Interventionism and new export strategies », in Lee Marshall (dir.), *The international recording industries*, Routledge.
- LE GUERN, P., BASTIT, P.**, (2011), « Crise de l'industrie musicale et politique anti-piraterie en France. HADOPI : internet civilisé ou politique répressive ? », in Chris Tinker (dir.), *Popular music and french medias, Contemporary French Civilization Journal*, Liverpool University Press.

LE ROY, E., (1986), « L'ordre négocié : l'oralité juridique et les mutations techniques et sociales », *Cahiers Science, Technologie, Société*, N° spécial, Ordre juridique et ordre technologique,, 1986, Vol. 12, p. 117-133.

LE ROY, E., (1996), « L'ordre négocié. À propos d'un concept en émergence », in Philippe Gérard, 84. Philippe Gérard, François Ost et Michel van de Kerchove (éds.) *Droit négocié, Droit imposé ?*, Bruxelles, Publication des Facultés Universitaires Saint Louis, 1996, 703 pp. 341- 351.

LESSIG, L., (1999), *Code : And Other Laws of Cyberspace*, New York, Basic Books, 1999.

LIEBOWITZ, S., (2002), « Copyright, Piracy and Fair Use in the Networked Age », *Cato Policy Analysis*, p. 438, 2002.

LINHARDT, D., (2012), « Avant-propos : épreuves d'État » Une variation sur la définition webérienne de l'État, *Quaderni*, 2012/2 n° 78, p. 10.

LINHARDT, D., (2007), *L'État et ses épreuves – Éléments d'une sociologie des agencements étatiques*, Working paper, Centre de sociologie de l'Innovation, École nationale supérieure des Mines de Paris, septembre 2007.

LINOTTE, D., SIMONIN, G., (2004), « L'autorité des marchés financiers, prototype de la réforme de l'État », *AJDA*, janvier 2004, p. 147.

LIPOVETSKY, G., CHARLES, S., (2006), *Les Temps hyper-modernes*, éd. Grasset, 2006, 186 p.

LIPSKY, M., (1980), *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services*, New York : Russell Sage Foundation.

LORRAIN, D., (2004), « Les pilotes invisibles de l'action publique. Le désarroi du politique ? », in P. Lascoumes et P. Le Galès (dir.), *Gouverner par les instruments*, Paris, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 2004, p. 163-197.

LUCAS, A., (1997), « Le droit d'auteur et protections techniques », in *Le droit d'auteur en cyberspace*, Actes journées d'étude ALAI, Amsterdam juin 1996 : Otto Cramwinckel, 1997, p. 345 et 348.

MCCAUGHEY, M., AYERS, M., (2003), (dir.), *Cyberactivism : Online Activism in Theory and Practice*, Londres, Routledge, 2003.

MAILLARD, T., (2009), *La réception des mesures techniques de protection et d'information en droit français*, Thèse, Paris-Sud 11, mars 2009, 485 p.

MAILLARD, J., SUREL, Y., (2012), « Introduction. De la rupture à la présidence ordinaire », in Jacques de Maillard et Yves Surel, *Politiques publiques 3, Les politiques publiques sous Sarkozy* ; Presses de Sciences Po « Académique », p. 15-45.

MARINESE, V., (2007), *L'idéal législatif du Conseil constitutionnel, Étude sur les qualités de la loi*, Thèse de doctorat de Droit, Paris X – Nanterre, sous la direction de Guy CARCASSONE, 2007.

MARRES, N., (2007), « The Issues Deserve More Credit: Pragmatist Contributions to the Study of Public Involvement », *Controversy, Social Studies of Science*, 2007 37: 759, p. 772.

MORAND, C-H., (1999), « Éléments de légistique formelle et matérielle », in Charles-Albert Morand (dir.), *Légistique matérielle et légistique formelle*, p.33.

MORIN, M-L., (2002), « Droit imposé et droit négocié : regards à partir du droit des salariés à la négociation collective en France », in *Droit négocié, droit imposé ?*, sous la direction de P. Gérard, F. Ost, et M. van de Kerchove, facultés Universitaires de Saint-Louis Bruxelles, 2002, p. 674.

MOREAU DEFARGES, P., (2006), *La gouvernance*, PUF.

MUSIANI, F., SCHAFER, V., (2011), « Le modèle Internet en question (années 1970-2010) », *Flux*, 2011/3 n° 85-86, p. 62-71.

MUSIANI, F., (2012), *Nains sans géants, Architecture décentralisée et services internet*, Thèse de doctorat, CSI – MinesParisTech, octobre 2012, p. 315.

OGIEN, A., (2013), *Désacraliser le chiffre dans l'évaluation du secteur public*, Paris, Quae (« Sciences en questions »), 2013, 120 p.

OLIVENNES, D., (2007), *La Gratuité c'est le vol*, Grasset.

OST, F., VAN DE KERCHOVE, M., (1996), (éds.) *Droit négocié, Droit imposé ?*, Bruxelles, Publication des Facultés Universitaires Saint Louis, 1996, 703 p.

OSPINA GARZON, A-F., (2007), « La crise des autorités publiques indépendantes », *Actes du colloque : La personnalité publique*, Université Panthéon-Assas.

PALIER, B., (2005), « Les transformations des systèmes de protection sociale. », *Revue Tocqueville: Tocqueville Review*, 2005.

PALIER, B., (2004), « Les instruments, traceurs du changement », in Pierre Lascoumes, Patrick Le Galès, dir., *Gouverner par les instruments*, Presses de Sciences Po, 2004, p. 273-300.

PARIS, T., (2002), *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système [Copyright: the ideology and the system]*. Paris, Presses Universitaires de France, Collection Sciences sociales et sociétés. 236 p.

PECQUEUX, A., (2009), *Comment la musique vient au territoire*, Y. Raibaud (Ed.2009) p. 61-72.

PEUKERT, C., CLAUSSEN, J., & KRETSCHMER, T. (2013), *Piracy and movie revenues: evidence from megaupload*, ZBW - Deutsche Zentralbibliothek für Wirtschaftswissenschaften, Leibniz-Informationszentrum Wirtschaft Kiel und Hamburg.

PRESSMAN, J-L., WILDAVSKY, A., (1973), *Implementation*, Berkeley, University of California Press, 1973.

PORTALIS, J-E-M., (1801), *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, présenté le 1er pluviôse an IX.

PROUDHON, P-J., (1863), *Les Majorats littéraires*.

PROUDHON, P-J., (1840), *Qu'est-ce que la propriété ? ou Recherche sur le principe du Droit et du Gouvernement*, 1840.

PURENNE, A., et AUST, J., (2010), « Piloter la police par les indicateurs ? Effets et limites des instruments de mesure des performances », *Déviance et Société*, 34, 2010, p. 7-28.

QUÉTAND-FINET, C., (2013), *Les présomptions en droit privé*, IRJS 2013 p.143 §211.

QUÉRÉ, L., (1994), « Sociologie et sémantique : le langage dans l'organisation sociale de l'expérience », *Sociétés contemporaines*, 18-19, 1994, pp. 17-41.

QUILICHINI, P., (2004), « Réguler n'est pas juger. Réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique », *AJDA* 2004, p. 106.

ROQUES-BONNET, M-C., (2010), *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Éd. Michalon, p. 403.

ROGER, P., (2009), « Piratage sur internet : la crainte d'une multiplication des contentieux », *Le Monde*, 8 juillet 2009.

SABATIER, P., JENKINS-SMITH, H., (1993), eds. *Policy Change and Learning: An Advocacy Coalition Approach*. Boulder: Westview Press, 1993.

SALAMON, L-M., ELLIOTT, O-V., (2002), *The Tools of Government: A Guide to the New Governance*, Oxford University Press, 669 p.

SAGOT-DUVAUROUX, D., (2002), *La propriété intellectuelle, c'est le vol ! Le débat sur le droit d'auteur au milieu du XIXème siècle. « Les Majorats Littéraires » de Proudhon et autres textes choisis*. Les Presses du Réel, décembre 2002.

SAVAUX, E., (2005), « La dilution des catégories », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, sous la direction de G. Pignarre, Dalloz, 2005, p. 37.

SEHELLART, M., (1995), *Les arts de gouverner*, Paris, Le Seuil.

SHINIO, H., (1982) (1972), "Administrative guidance in Japan", *Public Administration in Japan*, Tokyo, 1982 ; Davis., P A., "Administrative guidance in Japan, legal considerations", Sophia University Sock - Economic Institute Bulletin, n° 41, Tokyo, 1972.

SILVA, F., RAMELLO, G-B., (2000), « Sound Recording Market : the Ambiguous Case of Copyright and Piracy », *Industrial and Corporate Change*, 9, 2000, pp. 415-22.

SIMONDON, G., (1958), *Du mode d'existence des objets techniques*, Paris, Aubier.

- SIRINELLI, P.**, (2001), « L'évolution juridique du droit d'auteur », *Réseaux*, 2001/6 no 110, p. 42-59.
- SIRINELLI, P.**, (2002), « L'étendue de l'interdiction de contournement des dispositifs techniques de protection des droits et les exceptions aux droit d'auteur et droits voisins », *Régimes complémentaires et concurrentiels au droit d'auteur*, Actes du Congrès de l'ALAI, 13-17 juin 2001, ALAI-USA, Inc., New York, 2002, p. 444.
- SIRINELLI, P., VAVER, D.**, (2002), *Principles of Copyright, Cases and Materials*, 2002, WIPO Publication.
- SIRINELLI, P.**, (2007), *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, juillet 2007, n° 213, p. 305.
- SOUBROUILLARD, R.**, (2006), « Gratuits : le prix à payer », *Le Débat*, Gallimard, n° 139, mars-avril 2006.
- STRATHERN, M.**, (1999), « What is intellectual property after ? », in John Law, John Hassard (éd.), *Actor Network Theory and After*, Oxford, Blackwell, 1999, p. 156-180.
- SUREL, Y.**, (1997), "Quand la politique change les politiques. La loi Lang du 10 août 1981 et les politiques du livre". *Revue française de science politique*, 47e année, n°2, pp. 147-172.
- STERNE, J.**, (2006), « The Mp3 as cultural artifact », *New Media & Society*, 2006, p. 825 – 842.
- TELLER, M.**, (2009), « Les difficultés de l'identité numérique : quelle qualification juridique pour l'adresse IP ? », *Recueil Dalloz 2009*, p. 1988.
- TAKEYAMA, L-N.**, (2002), « Piracy, Asymmetric information, and Product Quality Revelation », *Preliminary*, Department of Economics, Amherst College, janvier 2002.
- THOMAS, Y.**, (2011), *Les opérations du droit*, EHESS Seuil/Gallimard, 2011, 386 p.
- TRAORE, S.**, (2004), « Les autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité morale : vers une réintégration institutionnelle de la catégorie juridique ? », *Droit administratif n°8*, Août 2004, Étude 16.
- VAN SCHEWIK, B.**, (2010), *Internet Architecture and Innovation*, Cambridge, The MIT Press,

2010, cité par Musiani Francesca et Schafer Valérie, « Le modèle Internet en question (années 1970–2010) », *Flux*, 2011/3 n° 85–86, p. 62–71.

VARONE, F., NAHRATH, S., (2014), « Regulating the uses of natural resources », in Charlotte Halpern, Pierre Lascoumes, Patrick Le Galès, *L'Instrumentation de l'action publique*, Presses de Sciences Po, p. 237.

VATIN, F., (2002), « La morale utilitaire de Jules Dupuit », L'œuvre *multiple de Jules Dupuit (1804–1866)*, *Calcul d'ingénieur, analyse économique et pensée sociale*, Presses Universitaires d'Angers, 2002.

VEDEL, G., DELVOLVÉ, P., (1990), *Droit administratif*, tome 2, PUF, p. 448.

VERDIER, J-M., LANGLOIS, P., (1972), « Aux confins de la théorie des sources du droit : une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif », *Dalloz chronique*, XXXIX, 1972, p. 253 ss.

VERMELLE, G., (1999), « Immatériel et la répression », *Le Droit et l'immatériel, Archives de Philosophie du droit*, n° 43.

WAELEBROECK, P., (2013), “Digital Music: Economic Perspectives”, Telecom ParisTech, April 10, 2013, *Handbook of the Digital Creative Economy*, Forthcoming.

WALRAS, L., (1859), « De la propriété intellectuelle » , *Journal des économistes*, 1859, p. 394.

WEAVER, R., K., (1988), *Automatic government : The Politics of Indexation*, Brooking Institution Press.

WEYL, E., G., (2010), "A Price Theory of Multi-sided Platforms." *American Economic Review*, 100(4): 1642–72.

WELLER, J-M., (1997), « L'humanité des non-humains ». *Espaces Temps*, 64–65, 1997. Construire un événement. Mouvement social, sciences sociales. pp. 94–101.

WIDMER, J., (1999), « Introduction » in Jean Widmer, Cédric Terzi (éds.), « Mémoire collective et pouvoirs symboliques », *Discours & société*, n° 1, 1999, pp. 8–14.

WINNER, L., (1980), “Do Artifacts Have Politics?”, *Daedalus* 109 (1), 1980, p. 121–136.

ZHANG, M-X., (2002), *Stardom, Peer-to-peer and the Socially Optimal Distribution of Music* ,
Sloan School of Management, MIT, mimeo, 2002.

LISTE DES SIGLES CITES

AAC	Advanced Audio Coding
AAI	Autorité Administrative Indépendante
ACTA	Anti-Counterfeiting Trade Agreement
ADAMI	(société pour l') Administration des Droits des Artistes et Musiciens Interprètes
ADAGP	(société des) Auteurs Dans les Arts Graphiques et Plastiques
ADPIC	Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce
ADSL	Asymmetric Digital Subscriber Line
AFA	Association des Fournisseurs d'Accès
ALPA	Association de Lutte contre le Piratage Audio-visuel
AMF	Autorité des Marchés Financiers
ANSES	Agence Nationale de Sécurité de l'Environnement et du Travail ???
ANSSI	Agence Nationale de Sécurité des Systèmes d'Information
API	Autorité Publique Indépendante
APRIL	Association pour la démocratisation et la diffusion du logiciel libre
ARCEP	Autorité de Régulation des Communications Électroniques et des Postes
ARMT	Autorité de Régulation des Mesures Techniques
ARP	(société civile des) Auteurs, Réalisateurs, Producteurs
ARPANET	Advanced Research Projects Agency Network
AVA	(société) des Arts Visuels Associés

BLIC	Bureau de Liaison des Industries Cinématographiques
BLOC	Bureau de Liaison des Organisations du Cinéma
BMG	Bertelsmann Music Group
CADA	Commission d'Accès aux Documents Administratifs
CD	Compact Disc
CERNA	Centre d'Économie industrielle de Mines-ParisTech
CGTI	Conseil Général des Technologies de l'Information
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
CMF	Conseil des Marchés Financiers
CNC	Centre National de la Cinématographie
CNIL	Commission Nationale Informatique et Libertés
COB	Commission des Opérations de Bourses
COREPER	Comité des Représentants Permanents
COPIE FRANCE	Société de perception de la rémunération pour copie privée
CPD	Commission de Protection des Droits (de la HADOPI)
CPI	Code la Propriété Intellectuelle
CSA	Conseil Supérieur de l'Audio-visuel
CSPLA	Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique
CSS	Content Scrambling System
CTOSE	Cyber Tools Online Search Evidence
DADVSI	Droit d'Auteur et Droits Voisins dans la Société de l'Information (Loi)

DARPA	Defense Advanced Research Projects Agency
DAT	Digital Audio Tape
DGCIS	Direction Générale de la Compétitivité, de l'Industrie et des Services
DMCA	Digital Millenium Copyright Act
DPI	Deep Packet Inspection
DRM	Digital Rights Management
DRMs	Digital Rights Management Systems
DVD	Digital Video Disc
ENA	Ecole Nationale d'Administration
FAI	Fournisseurs d'Accès Internet
FCC	Federal Communication Commission
FDN	French Data Network
FNAC	Fédération Nationale d'Achat des Cadres
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
HADOPI	Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des droits sur Internet
HALDE	Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité
ICANN	Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
IFPI	International Federation of the Phonographic Industry
INPI	Institut National de la Propriété Intellectuelle
IP	Internet Protocol
IRC	Independent Regulatory Commission

ISO	International Organization for Standardization
iTMS	iTunes Music Store
ITRE	Committee on Industry, Research and Energy
LCEN	Loi pour la Confiance dans l'Économie Numérique
LOPPSI2	Loi d'Orientation et de Programmation pour la Performance de la Sécurité Intérieure
LQDN	La Quadrature du Net
MINEFE	Ministère de l'Économie, de l'Industrie des Finances et de l'Emploi
Mp3	Moving Picture Experts Group, MPEG-1/2 Audio Layer 3
MTP	Mesures Techniques de Protection
NTCI	Nouvelles Technologies de la communication et de l'Information
OD2	(Société) On Demand Distribution
OGM	Organismes Génétiquement Modifiés
OMC	Organisation Mondiale du Commerce
OMG	Open Magic Gate
OMPI	Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle
ONU	Organisation des Nations Unies
ORECE	Organe des Régulateurs Européens des Communications Électroniques
OSCE	Organisation pour la Sécurité et la Coopération en Europe
OSI	Open Systems Interconnection
PIPA	Protect IP Act
PPE	Parti Populaire Européen

PPR	Groupe Pinault Printemps Redoute
PROCIREP	(Société des) Producteurs de Cinéma et de Télévision
PUR	Promotion des Usages Responsables
QUANGO	Quasi Non Governmental Organisations
RIAA	Recording Industry Association of America
RMCS	Real Media Commerce Suite
SACD	Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques
SACEM	Société des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs de Musique
SAIF	Société des Auteurs de l'Image Fixe
SAJE	Société des Auteurs de Jeux
SCAM	Société Civile des Auteurs Multimédia
SCPP	Société Civile des Producteurs Phonographiques
SCMS	Serial Copy Management System
SCPA	Société Civile des Producteurs Associés
SDMI	Secure Digital Music Initiative
SDRM	Société pour l'administration du Droit de Reproduction Mécanique des auteurs, compositeurs et éditeurs
SEAM	Société des Éditeurs et Auteurs de Musique
SESAM	Société qui gère pour le compte de la SACEM et de la SDRM la collecte des droits d'auteur sur Internet
SOFIRAD	Société Financière de Radiodiffusion
SOPA	Stop Online Piracy Act

SORECOP	Société pour la Rémunération de la Copie Privée sonore
SORIMAGE	Société de perception et de répartition de la copie privée pour les images fixes
SPRE	Société pour la Perception de la Rémunération Équitable
SNEP	Syndicat National de l'Édition Phonographique
SPECT	Syndicat des Producteurs et Créateurs d'émissions de télévision
SPEDIDAM	Société de Perception et de Distribution des Droits des Artistes interprètes de la Musique et de la danse
SPPF	Société civile des Producteurs de Phonogrammes en France
SPRD	Société de Perception et de Redistribution des Droits
STS	Sciences and Technology Studies
TCP/IP	Transmission Control Protocol / Internet Protocol
TGAP	Taxe Générale sur les Activités Polluantes
TGI	Tribunal de Grande Instance
TMG	(société) Trident Media Guard
UE	Union Européenne
UFC Que Choisir ?	Union Fédérale des Consommateurs
UNIFAB	Union des Fabricants
UPFI	Union des Producteurs Français Indépendants
USPA	Union Syndicale de la Production Audio-visuelle
WMA	Windows Media Audio
WI-FI	Wireless Fidelity

SOURCES

Liste des entretiens

Par ordre alphabétique. Titres et fonctions au moment de l'entretien.

*** : Double entretiens**

M. Michel ALLAIN, Directeur opérationnel des systèmes d'information de la SACEM.

M. Benjamin BAYARD, Président de *French Data Network*.

M. Jean BERBINEAU, Membre du collège de la HADOPI, Ingénieur général des télécommunications

M. Jean-Samuel BEUCART, Sociologue, Orange Labs.

M. Jean MUSITELLI, Membre du collège de la HADOPI, Conseiller d'État.

M. Guy BONO, Député européen.

M. Damien BOTTEGHI, Conseiller d'État.

M. François CLAROU ; Directeur des ventes, *Universal Music France*

Mme Pascale COMPAGNON, Magistrate, Directrice de la sous-section des affaires juridiques, Ministère de la culture.

M. Raphaël DELARUE, conseiller parlementaire de Guy Bono.

Mme Sylvie FORBIN*, Directrice des affaires institutionnelles et européennes de Vivendi.

M. Séverin GROISNE, *Société Générale – So Music*.

M. Olivier HENRARD*, Conseiller culturel du Président de la République.

Mme Mireille IMBERT-QUARETTA, Présidente de la Commission de Protection des Droits de la HADOPI.

M. Benjamin LABARTHE-PIOL, Économiste, Orange et DDEX.

M. Samuel LE GOFF, Conseiller parlementaire du député Lionel Tardy

M. Vito MARINESE*, Conseiller parlementaire du groupe socialiste à l'Assemblée Nationale.

M. Bernard MYIET, Directeur de la SACEM.

M. Frédéric NASSAR, Directeur de l'Information et de la Sensibilisation de la HADOPI.

M. Marc REES, Rédacteur en chef de *Pcinpact*.

M. Eric WALTER, Secrétaire général de la HADOPI.

M. Jérémie ZIMMERMANN*, Porte-parole de La *Quadrature du Net*.

Documents

Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle

Traité sur le droit d'auteur (1996) , http://www.wipo.int/treaties/fr/text.jsp?file_id=295168

Organisation Mondiale du Commerce

Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (1994)

http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/27-trips_01_f.htm

Lois américaines

Digital Millennium Copyright Act (1998)

<http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>

Stop Online Piracy Act (2011)

<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d112:h3261:>

Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act (2011)

<https://www.govtrack.us/congress/bills/112/s968>

Union européenne

Directive 2001/29/CE – Droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information (2001)

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32001L0029&from=FR>

Directive 2000/31/CE – Commerce électronique

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0031&from=FR>

Paquet Telecom :

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:337:FULL:FR:PDF>

Accord commercial anti-contrefaçon (2011)

http://en.wikisource.org/wiki/Anti-Counterfeiting_Trade_Agreement

Codes

Code de propriété intellectuelle

http://legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=0A38DE6BC9C928E5C43ECF6CC109D318.tpdjo06v_2?cidTexte=LEGITEXT000006069414&dateTexte=20100604

Partie législative du code de la propriété intellectuelle :

Les dispositions des lois du 12 juin 2009 et du 28 octobre 2009 ont été « codifiées » dans la première partie du code de la propriété intellectuelle, au titre III du Livre troisième. Les articles mentionnés ci-dessous fixent les compétences, la composition et les modalités d'organisation de la Haute Autorité (chapitre I, section III) et l'obligation de surveillance de l'accès à internet (chapitre VI, art. L. 336-3).

Chapitre I – Dispositions générales

Section III : Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet

Sous-section 1 : Compétences, composition et organisation (articles L. 331-12 à L. 331-22)

Sous-section 2 : Mission d'encouragement au développement de l'offre légale et d'observation de l'utilisation licite et illicite d'œuvres et d'objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sur les réseaux de communications électroniques (article L. 331-23)

Sous-section 3 : Mission de protection des œuvres et objets auxquels est attaché un droit d'auteur ou un droit voisin (articles L. 331-24 à L. 331-30)

Sous-section 4 : Mission de régulation et de veille dans le domaine des mesures techniques de protection et d'identification des œuvres et des objets protégés par un droit d'auteur ou un droit voisin (articles L. 331-31 à L. 331-37)

Chapitre V – Dispositions pénales

Article L. 335-7, Article L. 335-7-1 , Article L. 335-7-2

Chapitre VI – Prévention du téléchargement et de la mise à disposition illicite d'œuvres et d'objets protégés par un droit d'auteur ou un droit voisin, Article L. 336-3

Partie réglementaire du code de la propriété intellectuelle

Les décrets d'application des lois du 12 juin 2009 et du 28 octobre 2009 ont été « codifiés » dans la première partie du code de la propriété intellectuelle, au titre III du Livre troisième. Les articles mentionnés ci-dessous précisent les règles d'organisation et de fonctionnement de la Haute Autorité.

Chapitre I – Dispositions générales

Section III : Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet

Sous-section 1 : organisation de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (articles R. 331-2 et suivants)

Paragraphe 1 : Le Collège de la Haute Autorité (articles R. 331-2 et D. 331-5)

Paragraphe 2 : La Commission de protection des droits (articles R. 331-6, R. 331-7 et D. 331-8)

Paragraphe 3 : Le président et le secrétaire général de la Haute Autorité (articles R. 331-9 à R. 331-14)

Paragraphe 4 : Dispositions relatives au personnel (articles R. 331-15 à R. 331-19)

Paragraphe 5 : Dispositions financières et comptables (articles R. 331-20 à R. 331-32)

Paragraphe 6 : Dispositions diverses (articles D. 331-33 et D. 331-34)

Code de procédure pénale

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154>

Lois

Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000886460>

Loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000693451>

Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000801164>

Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000266350>

Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000023707312&categorieLien=id>

Processus législatif HADOPI 1 et 2

Rapports des commissions parlementaires

Rapport n° 53 (2008-2009) de M. Michel THIOLLIÈRE, fait au nom de la commission des affaires

culturelles, déposé le 22 octobre 2008.

<http://www.senat.fr/rap/l08-053/l08-053.html>

Rapport n° 1486 de M. Franck RIESTER, fait au nom de la commission des lois, déposé le 18 février 2009

<http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r1486.asp>

Compte rendu des débats

Dossier législatifs complets :

<http://www.senat.fr/dossier-legislatif/pjl07-405.html>

<http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/internet.asp>

Sénat ; 1ère lecture, compte rendu intégral des débats en séance publique (29 et 30 octobre 2008)

http://www.senat.fr/interventions/crisom_pjl07-405_1.html

Assemblée Nationale ; 1ère lecture, compte rendu intégral des débats en séance publique (11 mars – 2 avril 2009)

<http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/internet.asp>

Assemblée Nationale, 2ème lecture, compte rendu intégral des débats en séance publique (9 avril 2009)

<http://www.assemblee-nationale.fr/13/cri/2008-2009/20090221.asp>

Sénat, 2ème lecture, compte rendu intégral des débats en séance publique (13 mai 2009)

http://www.senat.fr/interventions/crisom_pjl07-405_5.html

Texte de loi

Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet

<http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?>

[cidTexte=JORFTEXT000020735432&fastPos=1&fastReqId=1885736834&categorieLien=id&oldAction=rechTexte](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020735432&fastPos=1&fastReqId=1885736834&categorieLien=id&oldAction=rechTexte)

Loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet

[http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?](http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000021208046&fastPos=1&fastReqId=1775307367&categorieLien=id&oldAction=rechTexte)

[cidTexte=JORFTEXT000021208046&fastPos=1&fastReqId=1775307367&categorieLien=id&oldAction=rechTexte](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000021208046&fastPos=1&fastReqId=1775307367&categorieLien=id&oldAction=rechTexte)

Décrets

<http://www.hadopi.fr/actualites/textes-juridiques/textes-reglementaires>

Décret n° 2009-887 du 21 juillet 2009 pris pour l'application de l'article L. 331-18 du code de la propriété intellectuelle

Décret du 23 décembre 2009 portant nomination des membres du collège et de la Commission de protection des droits de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet.

Décret n° 2009-1773 du 29 décembre 2009 relatif à l'organisation de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet.

Décret du 20 janvier 2010 portant nomination de la présidente de la Commission de protection des droits de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet – Mme IMBERT-QUARETTA (Mireille).

Décret n° 2010-236 du 5 mars 2010 relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel autorisé par l'article L. 331-29 du code de la propriété intellectuelle dénommé « Système de gestion des mesures pour la protection des œuvres sur internet ».

Décret n° 2010-695 du 25 juin 2010 instituant une contravention de négligence caractérisée

protégeant la propriété littéraire et artistique sur internet.

Décret n° 2010-872 du 26 juillet 2010 relatif à la procédure devant la Commission de protection des droits de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet.

Décret n° 2010-1202 du 12 octobre 2010 modifiant l'article R.331-37 du Code de la propriété intellectuelle.

Décret n°2010-1366 du 10 novembre 2010 relatif à la labellisation des offres de services de communication au public en ligne et à la régulation des mesures techniques de protection et d'identification des œuvres et objets protégés par le droit d'auteur

Décret n° 2010-1630 du 23 décembre 2010 relatif à la procédure d'évaluation et de labellisation des moyens de sécurisation destinés à prévenir l'utilisation illicite de l'accès à un service de communication au public en ligne

Décret n° 2011-386 du 11 avril 2011 relatif aux indicateurs de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet

Décret du 6 janvier 2012 portant nomination à la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet

Décret n° 2013-596 du 8 juillet 2013 supprimant la peine contraventionnelle complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne et relatif aux modalités de transmission des informations prévue à l'article L. 331-21 du code de la propriété intellectuelle.

Conseil constitutionnel

Décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-con..ecision-n-2004-499-dc-du-29-juillet-2004.904.html>

Décision n°2009-580 DC du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision//2009/decisions-par-date/2009/2009-580-dc/decision-n-2009-580-dc-du-10-juin-2009.42666.html>

Décision n°2009-590 DC du Conseil constitutionnel du 22 octobre 2009

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2009/2009-590-dc/decision-n-2009-590-dc-du-22-octobre-2009.45986.html>

Conseil d'État

Décision portant annulation de la délibération de la CNIL n° 2005-235, du 18 octobre 2005.

<http://arianeinternet.conseil-etat.fr/arianeinternet/getdoc.asp?id=99889&fonds=DCE&item=15>

Conseil d'État, Juge des référés, du 14 septembre 2010, 342406, recours FDN contre un décret HADOPI

http://www.hadopi.fr/sites/default/files/page/pdf/Decision_refere_FDN_CE_14092010.pdf

Rapport public 2001, Jurisprudence et avis de 2000, Les autorités administratives indépendantes

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/014000275/0000.pdf>

Cour de Cassation

Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 13 janvier 2009, 08-84.088

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000020186427>

Cour des Comptes

Commission permanente de contrôle des Sociétés de Perception et de Répartition des Droits (SPRD)

Rapports annuels 2006-2013

[http://www.ccomptes.fr/Publications/Recherche-avancee/%28offset%29/10/%28filters%29/root-parent_jurisdiction_s:Commission%20permanente%20de%20contr%C3%B4le%20des%20SPRD\\$root-type_of_document_k:Rapports](http://www.ccomptes.fr/Publications/Recherche-avancee/%28offset%29/10/%28filters%29/root-parent_jurisdiction_s:Commission%20permanente%20de%20contr%C3%B4le%20des%20SPRD$root-type_of_document_k:Rapports)

Ministères

Ministère de la culture et de la communication

Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique – Rapports d'activité 2001-2006

<http://www.culturecommunication.gouv.fr/Politiques-ministerielles/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique/Rapports-d-activite>

Mission Olivennes (novembre 2007) – Rapport, accords de l'Élysée et discours présidentiels et ministériels

<http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/index-olivennes231107.htm>

Mission Création et internet, Patrick Zelnik, Jacques Toubon, Guillaume Cerruti (2010)

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/104000006/>

Mission Lescure – Acte 2 de l'exception culturelle (2012-2013) – Les auditions, le rapport

<http://www.culture-acte2.fr/>

http://www.culturecommunication.gouv.fr/var/culture/storage/culture_mag/rapport_lescure/index.htm

Rapport « Outils opérationnels de prévention et de lutte contre la contrefaçon en ligne », Mireille

Imbert-Quaretta (2014)

http://www.culturecommunication.gouv.fr/content/download/94294/846505/file/201405_Rapport-outils-operationnels_Imbert-Quaretta.pdf

Ministère du redressement productif

Rapport sur la fiscalité du numérique, Nicolas Colin et Pierre Collin (2013)

http://www.redressement-productif.gouv.fr/files/rapport-fiscalite-du-numerique_2013.pdf

Ministère de la justice

Circulaire de présentation et de commentaire des dispositions pénales de la loi n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information et de l'action publique dans le domaine de la lutte contre les atteintes à la propriété intellectuelle au moyen des nouvelles technologies informatiques

Circulaire du 6 août 2010 relative à la présentation des lois n° 2009-669 du 12 juin 2009, favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet, et n° 2009-1311 du 28 octobre 2009, relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet, ainsi que de leurs décrets d'application.

http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSD1021268C.pdf

Commission Nationale Informatique et Libertés

Délibération portant refus d'autorisation de la mise en œuvre par les SPRD (SACEM, SDRM, SPPF, SCPP) d'un traitement de données à caractère personnel ayant pour finalités, d'une part, la constatation des délits de contrefaçon commis via les réseaux d'échanges de fichiers dénommés "peer to peer", d'autre part, l'envoi de messages pédagogiques informant les internautes sur les sanctions prévues en matière de

délit de contrefaçon.

http://www.lexinter.net/JPTXT4/JP2005/deliberations_de_la_cnil_du_18_octobre_2005.htm

Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des droits sur Internet

Rapport d'expertise de David Znaty

<http://www.hadopi.fr/sites/default/files/page/pdf/rapport-znaty.pdf>

Rapports annuels 2010-2013

<http://www.hadopi.fr/ressources/rapport-annuel>

Réponse graduée

<http://www.hadopi.fr/actualites/219>

Ouverture des données relatives aux plates-formes labellisées

<http://www.offrelegale.fr/sites/default/files/opendata/plateformes-offrelegale.fr.csv>

HADOPI comme expérimentation

Récit d'une instrumentation de l'action publique

RÉSUMÉ : La Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des Droits sur internet (HADOPI) a reçu du législateur en 2009 la mission de discipliner les actes de contrefaçon de biens culturels sur internet. L'objectif central de la thèse est de produire un récit empirique de la genèse de cet instrument d'action publique comme expérience de gouvernement d'internet et des internautes. Bien que modeste et circonscrit, le problème posé par le téléchargement illicite va générer un débordement d'ampleur des cadrages de l'action publique, historiquement traduits par le droit de propriété littéraire et artistique. L'effet politique du numérique, conséquence déterritorialisée de la globalisation, du libéralisme et de la technologie, est de réinterroger le rapport entre souveraineté et discipline. Entre l'impasse des Mesures Techniques de Protection, les normes supra-nationales, les détournements des usagers/amateurs, la force collective des ayants droit, l'inaltérabilité du droit de propriété et les militants de la liberté d'accès à la culture, les pouvoirs publics ont dû inventer et innover pour organiser, à la manière d'un laboratoire, une action collective de fabrication d'un instrument d'action publique dont l'un des buts est d'étendre une valeur forte de l'État-nation français : la défense de l'exception culturelle. Les internautes sont-ils des hommes gouvernables ? En construisant une représentation de l'utilisateur d'internet, en prônant l'obéissance, en modifiant les comportements par le biais de divers leviers progressifs d'incitation (de l'information à la sanction pénale) et en produisant autant de comportement de contournements et de résistance, la HADOPI produit le résultat politique d'inaugurer une tentative inédite, fragile, peu compacte mais pionnière de gouverner internet et les internautes.

Mots clés : HADOPI, instrument de gouvernement, propriété intellectuelle, droit d'auteur, sociologie du numérique, piratage, internet, économie des biens culturels

The HADOPI experiment

Instrumenting public action : a narrative

ABSTRACT : The High Authority for Transmission of Creative Works and Copyright Protection on the Internet (HADOPI) was adopted in 2009 with the mission to discipline acts of intellectual property infringement on the internet. The main purpose of this thesis is to produce an empirical account of the creation of this new law (an instrument of public action as an experience of internet governance and internautes). While it is a somewhat minor public issue, illegal downloading creates a myriad of issues across the framework of public action, historically recognised as literary and artistic property rights. The political effects of the digital age, deterritorialised consequences of globalisation, liberalism and technology necessitate a rethinking of the relationship between sovereignty and discipline. The gridlock between DRM; supranational norms; the hijacking of content by users; the collective power of rights holders; the unalterable nature of intellectual property and the militants for free access to culture; the public authorities had to invent and innovate an instrument of public action. The goal of which is to extend an added value of the French nation state: the defense of the *cultural exception*. Are internautes governable? In constructing a representation of the internet user, through promoting obedience, and by modifying behaviour through incremental incitation (from being informed to being penalised) and by producing as much unwanted behaviour, the HADOPI has effected the political result of inaugurating the first ever attempt (albeit fragile, yet pioneering) to govern the internet and internautes.

Keywords : HADOPI, instrument of government, intellectual property, copyright, digital sociology, hacking, internet, cultural goods economy