

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 proudhonnienne » : 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'Auréliette 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.