Préserver le potentiel émancipateur d'Internet

(Ce texte est paru dans une version légèrement modifiée dans Politique, revue de débats, n°77, Novembre-Décembre 2012.)

Maxime Lambrecht,
chercheur en droit à la Chaire Hoover (UCL)

Depuis la fin des années 90, les difficultés de faire respecter le droit d'auteur sur Internet ont donné lieu à une série de rebondissements, avec d'abord des procès impliquant des utilisateurs, puis progressivement de plus gros poissons, avec l'affaire Napster, et plus récemment *The Pirate Bay* et *Megaupload* (voir l'article de Serge Coosemans dans le présent numéro). Au fil du temps, la problématique du droit d'auteur sur Internet s'est cristalisée autour d'un schéma un peu éculé. On oppose souvent les artistes, qui ont besoin du droit d'auteur pour vivre, à une génération de "pirates" baignée dans la culture de la gratuité et de l'instantanné. Cette présentation campe la vertu presque exclusivement du côté des auteurs (et de leurs éditeurs), en même temps qu'elle pointe la trivialité de l'enjeu défendu par le camp adverse : d'un côté, la nécessité de financer la création, de l'autre, la pulsion consommatrice de télécharger gratuitement le dernier épisode de *Game of Thrones*.

Or, un autre discours émerge aujourd'hui, qui s'est notamment fait entendre dans la contestation du traité ACTA (récemment rejeté par le Parlement européen), et qui défend l'ouverture et la neutralité du réseau Internet contre une politique excessive d'application du droit d'auteur. Ce nouveau type de discours pourrait lui aussi faire l'objet de caricatures : on pourrait le voir soit comme un cache-sexe pour défendre le téléchargement illicite sous un jour plus respectable, soit comme un plaidoyer anarchiste opposé à toute application du droit sur le réseau. Notre propos est ici de montrer en quoi l'enjeu de l'ouverture de l'environnement numérique dépasse largement le débat sur le droit d'auteur, et de démentir ce faisant ces deux caricatures.

La régulation de l'environnement numérique a souvent été conçue en tant que pur instrument pour l'application du droit d'auteur. Le slogan « The answer to the machine is in the machine », repris par bon nombre de représentants d'ayants-droits, est assez significatif : les nouvelles technologies sont un problème puisqu'elles bouleversent les modèles économiques traditionnels, et il faut donc leur trouver un remède par la technologie. De nombreux moyens thérapeutiques ont dès lors été présentés, suivant parfois une approche préventive, parfois curative. D'un point de vue curatif, on est peu à peu passé du retrait de contenu litigieux au bloquage de sites entiers sur ordre judiciaire, comme dans l'affaire *The Pirate Bay*. D'un point de vue préventif, des dispositifs anti-copies (ou DRMs) ont d'abord été greffés sur les fichiers eux-mêmes. Toutefois, un véritable vaccin nécessitait des moyens plus conséquents : c'est la raison pour laquelle la SABAM a demandé au juge d'imposer aux fournisseurs de service Internet une obligation de filtrer *a priori* et pour une durée *illimitée*, *toutes les communications* sur leurs réseaux, afin de bloquer le transfert de fichiers non-autorisés. Une demande exorbitante que le juge européen a heureusement fini par recaler. En France, la

riposte graduée version Hadopi prétendait apporter la synthèse entre ces deux approches, avec un volet curatif passant par la sanction du téléchargement illicite, et un volet préventif par une obligation de surveillance de sa connexion Internet, notamment au moyen de dispositifs de filtrage. Si l'Hadopi semble avoir aujourd'hui du plomb dans l'aile avec le récent changement de majorité en France, le modèle n'est pas pour autant abandonné, et une version américaine de la riposte graduée est déjà en préparation[1].

Face à ces tentatives, on pourrait réagir en critiquant la légitimité du régime actuel du droit d'auteur ou de son extension excessive. En effet, à une époque où les coûts de diffusion et une bonne partie des coûts de création ont chuté considérablement, la justification du droit d'auteur par la nécessité d'un incitant économique à la création intellectuelle a perdu de sa superbe. Mais d'un point de vue plus positif, aux seules fins de faire respecter le droit d'auteur. En effet, les enjeux de la régulation de l'environnement numérique sont beaucoup plus larges que la question du financement de la création. Loin d'être confinés aux préoccupations d'une minorité de technophiles férus de logiciels libres, ces enjeux peuvent se ramener à un choix fondamental : voulons-nous exploiter le potentiel d'autonomie et de changement social porté par Internet, ou allons-nous nous contenter d'un nouveau média de masse un peu moins unilatéral que la télévision ?

Selon nous, le potentiel émancipateur d'Internet porte au moins sur trois dimensions.

Premièrement, le réseau Internet a le potentiel de diminuer grandement les inégalités de capacité d'expression au sein de la société. À une époque où chacun est en quelque sorte sa propre agence de presse, en même temps qu'il communique avec ses proches (dans un mélange des genres parfois déconcertant), Internet est devenu un médium incontournable pour l'expression individuelle. Certes, la question de savoir si Internet permettra vraiment de démocratiser la sphère publique est complexe. Toutefois, même si le Web reste concentré autour d'un certain nombre de sites très populaires, on peut considérer qu'il y a un saut qualitatif entre une situation où toute l'attention est focalisée sur les sources d'information dominantes (les médias traditionnels), et une situation où une multitude de sources plus modestes renvoient les unes aux autres en plus de renvoyer aux sources dominantes (c'est l'effet « longue traîne »[2]). Il y a en tout cas un changement qualitatif dans l'opportunité toujours imparfaite mais de plus en plus grande d'être un participant actif au débat public. Le rôle de l'ouverture d'Internet dans la protection de la liberté d'expression commence d'ailleurs à être reconnu. Il a d'ailleurs été épinglé récemment par diverses autorités comme le Conseil de l'Europe, ou le Haut représentant des Nations Unies pour la liberté d'expression. Dans deux arrêts importants[3], le Cour Européenne de Justice a jugé que le filtrage *a priori* réclamé par la SABAM serait contraire au droit européen, et constituerait notamment une restriction disproportionnée à la liberté d'expression des individus.

Deuxièmement, l'environnement numérique présente également d'importantes promesses en matière de participation et d'activisme politique. L'avantage d'un réseau dont les

1 Cf. le « Memorandum of Understanding » entre les principaux représentants d'ayants-droit (RIAA, MPAA) et fournisseurs d'accès américains, disponible à l'adresse suivante : http://beckermanlegal.com/pdf/?file=/Lawyer_Copyright_Internet_Law/RIAA_MPAA_ISP_Deal.pdf

2 Y. Benkler, *La Richesse des Réseaux – Marchés et libertés à l'heure du partage social*, 2009, p. 307.

3 CJUE, arrêts SABAM c. Scarlet du 24 novembre 2011, et SABAM c. Netlog, 16 février 2012

fonctionnalités ne sont pas entièrement bornées est qu'il ouvre de nombreuses opportunités d'usage subversif. Les mêmes outils qui sont utilisés pour diffuser des photos de chatons peuvent se transformer en de redoutables relais pour l'activisme politique. Considérons par exemple la façon dont les images de violences policières, publiées sur des plate-formes comme Youtube ou Facebook, alimentent l'indignation publique et contribuent à la mobilisation lors de mouvements de contestation populaire. Sans entrer dans les controverses sur le rôle déterminant ou non d'Internet dans les révolutions arabes[4], on peut à tout le moins affirmer que l'ouverture du réseau a sans doute agi comme un facteur facilitateur dans l'organisation de ces mouvements. Dans les sociétés démocratiques, on constate d'autres effets de ce genre qui contribuent à une augmentation des possibilités de participation politique. La possibilité de mobiliser rapidement sur une initiative politique un grand nombre d'individus a priori désorganisés, sans devoir obligatoirement passer par une organisation préexistante, est un atout considérable. Cela n'enlève rien à la nécessité pour ces initiatives de s'organiser pour peser réellement sur la société, mais cela simplifie considérablement leur émergence.

Une troisième dimension, plus souvent négligée, est celle du potentiel d'émancipation individuel porté par les nouvelles possibilités de collaboration sur le réseau. Ces dernières années ont vu l'émergence d'un type de production pour le moins inhabituel : radicalement décentralisée, sans répartition des tâches, alimentée principalement par des volontaires, à partir de ressources gérées de manière informelle sous forme de communs. A priori, pas vraiment un idéal d'efficience économique. Et pourtant, c'est ainsi qu'a été développée la plus vaste encyclopédie du monde (Wikipedia), le logiciel le plus utilisé de gestion de serveurs http (Apache), une famille de systèmes d'exploitation rivalisant avec leurs équivalents commerciaux, et dominant sur le marché des serveurs (Linux), un des navigateurs Internet les plus populaires (Firefox), et bon nombre d'autres projets. Du point de vue de la théorie économique, le succès de la production collaborative (ou *peer production*) a de quoi étonner. Mais en ne filtrant qu'*a posteriori* l'apport de nombreux contributeurs qui choisissent l'étendue et l'objet de leur contribution, on tire parti de leur motivation intrinsèque en même temps qu'on évite bon nombre de blocages classiques dans des organisations hiérarchisées comme l'entreprise (par exemple le veto par l'inaction de la personne en charge, etc). Et surtout, on libère les individus des rapports de domination en vigueur dans ces structures, en organisant la production d'une manière qui fait une place à la liberté des individus de se réaliser comme ils l'entendent. Or, dans nos économies de la connaissance, où la majeure partie de l'activité se concentre dans le secteur des services, ce modèle de production pourrait très bien s'exporter à d'autres domaines de la production. À défaut de réaliser l'étendue de ce potentiel, il n'en restera probablement que l'idée « crowdsourcing » ("sous-traitance par les utilisateurs"), très à la mode chez les managers 2.0, et qui se résume à une logique d'exploitation de travail gratuit par des entreprises commerciales. Pour éviter une telle récupération, il faudrait dès lors également revoir la répartition des richesses, en accordant à chacun un revenu qui permette de se remplacer une partie de plus en plus grande de son activité salariée par des contributions à divers projets de production collaborative. Le principal potentiel émancipateur d'Internet, c'est donc fondamentalement de réduire la sphère de la production dirigée et hiérarchisée, et étendre au

4 Pour une réflexion sur la façon dont ces questions sont posées, voyez C. Shirky, « Communications Tools, Agency, and Anxiety », Crooked Timber, disponible sur : http://crookedtimber.org/2011/10/10/guestpost-communications-tools-agency-and-anxiety/#more-21912

maximum la sphère de l'activité humaine autonome et décentralisée[5].

Pour préserver ces différents germes de changement social porté par Internet, il faut selon nous protéger l'ouverture du réseau, c'est-à-dire garantir un certain niveau des liberté de circulation, de création et d'utilisation de l'information sur le réseau. Un certain niveau, et non le plus haut niveau : l'objectif d'ouverture du réseau se différencie en cela des utopies anarchistes des premiers temps, qui concevaient le cyberespace comme un lieu échappant nécessairement à toute réglementation. Les partisans de l'ouverture ou de la neutralité du réseau[6] reconnaissent quant à eux qu'il peut être nécessaire de réglementer le réseau pour un bon nombre de raisons tout à fait légitimes, en vue de l'application du droit, la protection de la vie privée, ou le maintien d'un niveau soutenable de *free-riding* dans la consommation d'œuvres intellectuelle si l'on continue de fonctionner avec le régime actuel du droit d'auteur. Il faut toutefois reconnaître que la plupart de ces mesures ont un coût pour l'ouverture du réseau, qu'il faut mettre dans la balance avant leur adoption.

Il ne faudrait toutefois pas se focaliser uniquement sur le rôle des pouvoirs publics. Certains acteurs privés peuvent également affecter sérieusement l'ouverture du réseau, car ils se trouvent de facto dans une position de portiers (*gatekeepers*) du réseau, dans la mesure où ils constituent des points de passage difficilement contournables pour la circulation de l'information. En raison de sa dominance sur le marché de la recherche Internet, Google constitue en quelque sorte une porte d'entrée du Web. L'éventualité d'une manipulation des résultats de recherche par le géant américain suscitent dès lors de sérieuses inquiétudes (et font l'objet d'une enquête en Europe aux États-Unis). De même, dans l'écosystème fermé des plate-formes mobiles iPhone ou iPad, c'est Apple qui impose ses conditions, et exerce un contrôle sévère sur les contenus admis ou non sur son App Store. Sur Internet, il est donc au moins aussi important de protéger la libre expression des individus contre les interférences de l'Etat que contre celles d'acteurs privés. Parfois, à l'occasion d'une "poignée de main invisible"[7], public et privé s'allient pour tenter de neutraliser une source d'information dérangeante, comme dans l'affaire Wikileaks, qui avait fait l'objet d'une attaque concertée de la part des Etats et d'une multitude de prestataires de services (intermédiaires bancaires, d'adressage, d'hébergement...)[8].

Si l'on veut prendre au sérieux le potentiel émancipateur d'Internet, il ne suffit donc pas que les autorités s'abstiennent de trop endommager l'ouverture d'Internet. Pour diminuer le pouvoir des nouveaux portiers de l'information, il est essentiel d'adopter des mesures positives visant une protection de l'ouverture et de la neutralité du réseau. Cela passe par une réforme du droit d'auteur, en créant par exemple de nouvelles exceptions en faveur de la création dérivée ou de la réutilisation des oeuvres, afin de donner davantage d'espace de

5 Pour un plaidoyer en ce sens, voyez Y.Benkler, "Practical Anarchism: Peer Mutualism, Market Power, and the Fallible State", intervention au colloque "Real Utopias" de l'American Sociology Association, 8 août 2012, disponible sur : http://www.realutopias.com/proposal-sessions/proposal-sessions-l-z/real-utopia-proposal-session-practical-anarchism-in-a-networked-society/

6 Nous rangeons dans ce courant des auteurs comme Yochai Benkler, Jonathan Zittrain, Lawrence Lessig, ou Tim Wu.

7 M. Birnhack, N. Elkin-Koren, « The Invisible Handshake: The Reemergence of the State in the Digital Environment », *Virginia Journal of Law & Technology*, 2003.

8 Y. Benkler, "A Free Irresponsible Press : Wikileaks and the Battle over the Soul of the Networked Fourth Estate." *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 46, no. 311 (été 2011)

liberté dans la création intellectuelle. Cela passe également par un savant équilibre entre le pouvoir de contrôle exercé par les différents acteurs d'Internet et la libre circulation de l'information sur le réseau.

La défense de l'ouverture du réseau importe non seulement pour préserver le niveau de liberté que nous connaissons actuellement, mais aussi celui qu'on pourrait connaître si nous parvenons à réaliser les promesses d'émancipation et de changement social offertes par celui-ci. Bien sûr, il n'est pas impossible que les structures d'expression, de pouvoir et de domination se perpétuent malgré tout. Cela dépendra de l'évolution des rapports de force, des capacités d'organisation des mouvements sociaux à venir, et de leur capacité à tirer parti des opportunités offertes par l'évolution technologique. Mais si l'ouverture n'est pas une condition suffisante à la réalisation d'un réel changement social porté par Internet, elle en est assurément une condition nécessaire.