

École de politique appliquée
Faculté des lettres et sciences humaines
Université de Sherbrooke

Piratage informatique aux États-Unis: analyse d'un conflit asymétrique

Par
M. Julien Chamberland

Mémoire présenté à
M. Hugo J. Loiseau
Mme Eugénie Dostie Goulet
Mme Karine Prémont

Mémoire

Sherbrooke
2 avril 2015

Table des matières

Introduction	1
Chapitre 1 : cadre théorique et analytique.....	4
1.1. Problématique.....	4
1.2. Problème spécifique de recherche	7
1.3. Lacune analytique.....	17
1.4. Question spécifique de recherche et hypothèse.....	17
1.5. Concepts, variables et indicateurs	18
1.6. Stratégie de vérification.....	19
1.7. Devis de recherche	19
1.8. Conclusions anticipées	20
Chapitre 2 : Définir l'asymétrie du conflit entre pirates et gouvernants.....	22
2.1. L'adaptation du modèle théorique de la guerre asymétrique	23
2.2. Approche dominante du gouvernement américain et des pirates.....	31
2.2.1. L'évolution législative du droit d'auteur aux États-Unis.....	31
2.2.2. John Johansen et DeCSS.....	40
2.2.3. Dmitry Sklyarov et AEBPR.....	43
2.2.4. Les logiciels d'échange et Napster	44
2.2.5. La naissance du BitTorrent et « The Pirate Bay »	46
2.2.6. Les « cyberlockers » et Megaupload	47
2.2.7. La SOPA et la PIPA.....	48
2.3. Conclusion.....	50
Chapitre 3 : l'efficacité de l'action du gouvernement américain.....	52
3.1. Les données de l'industrie.....	53

3.2. Les données d'autres sources	56
3.3. Conclusion.....	59
Chapitre 4 : comprendre le piratage aux États-Unis	61
4.1. Le climat d'affaires américain au contact du cyberspace.....	61
4.2. Le conflit politico-juridique asymétrique et les entreprises	65
4.3. Conclusion.....	66
Conclusion générale	69
Bibliographie.....	75
Annexe 1 : Table des tableaux	82

Introduction

Le cyberspace comme concept et comme réalité n'a rien de nouveau. Bien avant l'Internet tel que nous le connaissons, le cyberspace existait sous différentes formes. La création de réseaux permettant une mise en commun de savoir fut une obsession poursuivie, entre autres, par le département de la défense américain ainsi que par de nombreuses universités désireuses de faire progresser la science. Le premier réseau fonctionnel à voir le jour aux États-Unis, ARPANET, fut créé en 1969. C'est un programme associé au département de la défense qui place d'abord des universités en réseau entre elles¹. De cette initiative naîtra un grand nombre d'autres réseaux, parfois universitaires, parfois publics et d'autres fois privés². Au cours des années 1980, le cyberspace est une réalité bien ancrée aux États-Unis et ce, même si bien peu de gens y ont accès ou connaissent même son existence. L'Internet, le réseau le plus répandu aujourd'hui, verra le jour au cours de cette même décennie, alors que tous les grands réseaux forment des ponts vers cette nouvelle plateforme³. Aujourd'hui, il est pratiquement impossible de s'imaginer même vivre sans cet outil, qui se retrouve dans nos ordinateurs certes, mais aussi sur nos téléphones, nos baladeurs mp3, nos tablettes et nombre d'autres appareils. L'accès au réseau est devenu un besoin, une nécessité d'une humanité interconnectée avide d'information.

Dans ce grand espace virtuel, un grand nombre d'acteurs se bousculent. On y retrouve des entreprises de toutes sortes, certaines vivant uniquement du réseau comme Google ou Facebook, d'autres l'utilisant simplement comme plateforme publicitaire ou comme un point de vente parmi tant d'autres comme Wal-Mart ou Disney. La masse des usagers du cyberspace forme un autre groupe d'acteurs tout aussi varié et hétérogène. La majorité se limite à l'usage simple du réseau sans participation à son développement ou aux multiples débats sur son avenir. À l'inverse, certains désirent façonner l'avenir du cyberspace au sens large soit en réclamant plus de sécurité et de législation, alors que d'autres prêchent la vision originale d'une utopie anarchique bienveillante, comme le groupe de pirates bien connu Anonymous. Le dernier groupe d'acteurs, les États, doit composer avec un espace virtuel où chacun peut se cacher derrière un anonymat des plus complets pour transgresser des lois ou exprimer des opinions qui ne pourraient jamais

¹ Solveig GODELUCK, *La géopolitique d'Internet*, Paris, 2002, éditions la découverte, cahier libre, pp. 36 – 38.

² *Ibid.* pp. 40 – 42.

³ *Ibid.* pp. 44 – 47.

sortir au grand jour sans subir minimalement le jugement de la communauté. Parmi les acteurs étatiques, on retrouve nécessairement des pays qui cherchent à étendre leur souveraineté dans le monde virtuel, d'autres qui cherchent à le manipuler à des fins politiques et d'autres n'ayant que peu d'intérêt pour le monde virtuel⁴. Chacun de ces groupes, malgré leurs divergences, sont en constante interdépendance dans le cyberspace et disposent tous de leviers leur permettant d'influencer l'avenir politique de ce monde virtuel.

Le cyberspace se présente encore comme cette terre sauvage, ce monde de peu de régulations où l'État peine à étendre son pouvoir. Pourtant, à l'origine, les premiers usagers des grands réseaux voyaient en cette terre vierge une utopie en construction où tous seraient libres et égaux⁵. L'absence de l'État permettrait à toutes les idées de circuler librement, sans l'arbitraire de lois ou sans l'influence de grandes entreprises. Chaque individu aurait un poids égal dans cet espace virtuel des idées. Pour la première fois de son histoire, l'humanité aurait une véritable autodétermination sans le compromis de la représentativité par des hommes politiques⁶. Cette vision du monde virtuel a de quoi rappeler les mouvances hippies des années 1960. Une confiance débridée en l'humanité et la force des individus, en faisant librement abstraction des problèmes de cybercriminalité, ont mené à la création de cet idéal. Se joint à cette vision une transformation de la société pour le mieux à l'aide du réseau, qui permettra une croissance de l'économie par le bas plutôt que par le haut. On croit aussi à un renouveau démocratique dans le monde par l'intermédiaire des communications virtuelles⁷.

Cette utopie n'est pas sans nous rappeler l'état de nature de Hobbes. Un monde sans loi écrite qui ne se régule que par la loi du plus fort. L'utopie du cyberspace ramène-t-elle vraiment les êtres humains au statut d'égaux? Certainement pas, mais elle change radicalement les facteurs de force par rapport au monde réel. Si dans l'état de nature de Hobbes la forme physique et la sagacité devaient créer une hiérarchie naturelle entre les hommes, dans le cyberspace, ce sont principalement les connaissances techniques et la puissance des ordinateurs et appareils réseaux qui donnent à certains la main haute sur d'autres. Cette hiérarchie naturelle n'est pas le problème en soi, c'est l'incapacité des autorités réelles à appliquer leur loi même sur leurs propres citoyens

⁴ *Ibid.* pp. 55 – 66.

⁵ *Ibid.* pp. 62 – 66.

⁶ *Id.*

⁷ Debra HOWCROFT et Brian FITZGERALD, « From Utopia To Dystopia: The Twin Faces Of The Internet », *Systems: Current Issues and Future Changes*, 1998, pp. 4 – 5.

une fois dans l'espace virtuel. Un marchand peut mettre en vente une pièce musicale, mais un utilisateur avec les bons outils ou la bonne information peut simplement pirater le site du marchand pour obtenir la pièce gratuitement⁸. Pourtant, les lois sont bel et bien existantes dans le cyberspace. Le vol y est tout aussi interdit que dans le monde réel. La différence majeure se retrouve dans l'applicabilité des lois. Le Léviathan de Hobbes n'est efficace que si son bras peut effectivement frapper sur ceux qui enfreignent le contrat social⁹. Dans le cyberspace, il n'existe pas de véritables forces de l'ordre capable d'appliquer les lois. L'intermédiaire obligatoire entre l'humain et le réseau, l'ordinateur, donne à tous la capacité de masquer son identité. De plus, la territorialité des lois rend l'application de la loi dépendante des ententes et des bonnes relations entre les différents États. Le cyberspace, bien qu'il permette une réelle criminalité, n'a par définition aucun territoire fixe et aucune autorité suprême reconnue par tous.

C'est dans ce contexte de chaos que s'inscrit le présent mémoire. Dans la large toile que forme le cyberspace, une forme de petite criminalité s'est ancrée comme une pratique courante. Cette pratique est le piratage d'œuvres numériques (ou numérisées) et échangées entre utilisateurs en confrontation avec le régime de protection de la propriété intellectuelle. L'intérêt de la présente recherche porte sur l'efficacité du gouvernement américain dans sa lutte au piratage de contenu dans le but d'être partagé ou échangé entre les usagers du cyberspace.

Le premier chapitre est consacré au cadre théorique et analytique. Il y est question du piratage comme problématique large, mais aussi de l'approche spécifique de ce mémoire. Le deuxième chapitre va dans un premier temps définir la grille d'analyse du conflit asymétrique politico-juridique. Dans un deuxième temps, l'asymétrie du conflit sera définie à travers les approches des deux acteurs étudiés. Le troisième chapitre analyse les actions gouvernementales contre le piratage, ainsi que la réponse des pirates, afin de déterminer l'efficacité des mesures mises en place pour combattre le piratage. Le quatrième chapitre tente de concilier les données des chapitres 2 et 3 afin de comprendre les facteurs qui influencent le plus la lutte au piratage. C'est aussi l'occasion de discuter de l'impact du monde corporatif dans cette lutte qui s'inscrit comme une variable parasite. En conclusion, l'hypothèse est de nouveau placée devant la grille d'analyse du conflit asymétrique à la lumière des résultats de la recherche.

⁸ Section précédente inspirée de: Thomas HOBBS, *Leviathan : Edited, with introduction by Edwin CURLEY*, Indianapolis/Cambridge, 1994, Hackett Publishing Company, pp. 74 – 100.

⁹ Section précédente inspiré de : *Ibid.* pp. 172 – 210.

Chapitre 1 : cadre théorique et analytique

1.1. Problématique

Le cyberspace présente un problème majeur : les lois sont difficiles à appliquer dans un contexte virtuel. Premièrement, parce que le cyberspace par sa nature virtuelle permet difficilement d'identifier l'auteur d'une infraction et deuxièmement parce que la territorialité des lois rend difficile l'application d'une loi nationale à des crimes effectués à partir de territoires étrangers. Ainsi, les usagers ont le luxe de prétendre être qui ils veulent bien être, et sans une attention particulière à un usager spécifique, il est souvent difficile, voire impossible, de vérifier les prétentions des usagers. C'est principalement en se fondant dans la masse que le pirate informatique obtient sa sécurité. Dès lors, la tâche de traduire en justice les différents contrevenants apparaît énorme.

Heureusement, il existe encore une prise pour l'État : les entreprises. La majorité des grandes entreprises sur le web doivent répondre aux lois du monde réel, du fait qu'elles opèrent à partir d'un siège social qui lui est physique. Plusieurs infrastructures physiques et logicielles du cyberspace sont de fait la propriété d'entreprises. Il est donc possible pour l'État, à travers une régulation judicieuse, d'agir par le truchement de ces entreprises¹⁰. Or, il n'est pas nécessairement simple d'agir dans ce domaine. Si l'État a pour intérêt de juguler le piratage, c'est principalement par intérêt économique. L'État doit donc agir avec prudence pour ne pas affecter négativement le marché virtuel à travers ses actions. Cela demande une bonne compréhension de l'espace juridique et économique du cyberspace.

Dans un contexte démocratique, par contre, on rencontre un autre problème. Les entreprises peuvent-elles avoir un statut privilégié sur le web ou être le canal par lequel la régulation s'applique? Les grands médias ont déjà une assise très forte sur le web, en utilisant d'une part la liberté d'expression pour justifier leurs activités de publicité et de l'autre en protégeant leurs acquis par des lois de droits d'auteur de plus en plus rigides. Les individus se retrouvent donc dans une situation inverse à l'utopie anarchique du web : lentement, les médias et les grandes entreprises de technologies prennent le contrôle d'une partie toujours plus importante du contenu

¹⁰ Lawrence LESSIG, « The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach », *Harvard Law Review*, Vol. 113, No. 2, Décembre 2002, pp. 504 – 505.

du cyberspace, principalement à travers une publicité maintenant omniprésente¹¹. Des entreprises comme Google et Facebook peuvent même, à l'aide de services gratuits, recueillir des informations sur l'ensemble de leurs usagers afin de tracer leur profil et leur envoyer une publicité ciblée¹². Si un grand nombre d'usagers accepte cet état de fait, il existe une frange de la population du web qui défend l'utopie originale du Web et exige une plus grande liberté.

La communauté pirate sur le cyberspace n'est pas monolithique dans ses prises de position. Il est impossible d'amalgamer toutes les revendications dans le cyberspace en un seul bloc ou un seul manifeste bien précis. Dans cette grande mare anonyme d'individus, les enjeux sont nombreux et les personnes prêtes à défendre chacun d'entre eux varient. Si, dans les années 1990 et 2000, on entendait souvent parler de groupes de pirates informatiques organisés menant des actions ciblées, aujourd'hui la face du piratage a changé¹³. Bien que ces pirates informatiques traditionnels existent toujours, le groupe représentant le mieux le changement dans le monde du piratage est le groupe Anonymous. Ce groupe est en fait composé de centaines de milliers d'individus, voire des millions¹⁴. Dans ce groupe, il n'existe pas de chefs bien précis ou de hiérarchie. À l'image de l'utopie anarchique qu'ils exigent, ces individus sont une masse informe¹⁵. Quand une cause semble les interpeler, comme le cas de Wikileaks subissant les foudres de l'État américain après la publication de câbles diplomatiques confidentiels, une partie de la communauté se mobilise. Une petite partie de ce groupe dispose de connaissances techniques et fournit aux autres des outils faciles d'utilisation pour mener à bien leurs assauts. Par l'accumulation des actions individuelles, le groupe réussit à porter des coups à des entreprises que l'on croit intouchables, notamment Mastercard et Visa, dans le cas de Wikileaks. Il ne s'agit plus de groupe d'acteurs, mais d'une foule qu'un petit nombre d'individus motivent à l'action en fournissant librement leurs connaissances techniques. C'est un mouvement populaire, international et infiniment reproductible, Anonymous n'étant qu'une itération à très large échelle

¹¹ Jack M. BALKIN, « Digital Speech and Democratic Culture : A Theory of Freedom of Expression For the Information Society », *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, Rev. 1, 2004, pp. 15 – 22.

¹² Tim O'REILLY, « What is Web 2.0: Design Patterns and Business Models for the Next Generation Software », *Communication and Strategies*, No. 65, 1st quarter 2007, mars 2007, pp. 19 – 21 et pp. 27 – 29.

¹³ Solveig GODELUCK, *Loc. Cit.* pp. 152 – 156.

¹⁴ Michael S. BERNSTEIN et als. *4chan and /b/: An Analysis of Anonymity and Ephemerality in a Large Online Community* [en ligne] <http://eprints.ecs.soton.ac.uk/22345/1/4chan-icwsm.pdf> (consulté le 16 septembre 2011)

¹⁵ Will RAMSDALL, *Hackers and the Digital Sublimes* [en ligne] <http://diskpunk.com/closet/Hackers%20and%20the%20Digital%20Sublime.pdf> (consulté le 16 septembre 2011).

d'un phénomène plus grand dans un monde où la technologie est de plus en plus conviviale¹⁶. C'est de cette même façon que le piratage plus simple a évolué. De serveurs pirates privés à accès restreint, le monde du piratage est passé à un système d'échanges entre individus mettant à profit l'ensemble des ordinateurs et appareils réseau mis en interrelation, le tout articulé par des logiciels conçus pour leur aisance d'utilisation.

Ces actes ne représentent pas nécessairement la volonté d'une majorité, mais bien la volonté d'un groupe dont l'échelle et l'envergure sont difficilement calculables. Ils sont pourtant capables de paralyser, ne serait-ce qu'un instant, les activités d'une grande entreprise ou même de s'en prendre à l'État. Allant de la simple obstruction jusqu'au terrorisme, cette forme de piratage est banalisée par son approche virtuelle tout en demeurant dangereuse en l'absence d'un agent modérateur légitime et efficace dans le cyberspace.

Outre le cyberterrorisme et le cybereactivisme qui forment des enjeux en eux-mêmes, le piratage simple du droit d'auteur est devenu rapidement une problématique de taille depuis la popularisation de l'Internet. À travers leur discours utopiste de libre circulation de l'information, les pirates informatiques ont mis de l'avant des outils de plus en plus simples d'utilisation et de plus en plus sophistiqués pour permettre l'échange libre de contenu sans égard pour les protections légales sur ces œuvres. Sans avoir les implications sérieuses de crimes virtuels plus spectaculaires, le piratage ne peut pas légitimement être toléré par les États, surtout les États-Unis d'Amérique, ayant un secteur imposant de leur économie axé sur les produits culturels.

Le constat derrière cette problématique est que les États libres et démocratiques sont incapables de faire appliquer efficacement leurs lois dans le cyberspace malgré le fait qu'elles soient effectives dans le monde réel. L'activisme dans le cyberspace prend une forme particulière qui rend difficile la réponse étatique légitime. Quelles sont les sources de cette inefficacité? Est-ce la nature même du cyberspace ou y a-t-il d'autres considérations pratiques et idéologiques qui mettent des bâtons dans les roues de l'État? L'État doit-il changer son approche ou reconsidérer la structure de ses lois afin de parvenir à une régulation efficace et équilibrée dans le cyberspace? Et, en définitive, est-il possible même pour un État seul de prendre légitimement la place du régulateur dans le cyberspace?

¹⁶ Aiko PRAS et als, « Attacks by "Anonymous" Wikileaks Proponents not Anonymous », *CTIT Technical Report 10.41*, 10 décembre 2010, pp. 1 – 9.

1.2. Problème spécifique de recherche

La nature juridique du cyberspace, un élément au cœur du présent mémoire, fut initialement un sujet de débat dans la communauté scientifique. La première conception de la nature juridique du cyberspace largement acceptée provient du juge Frank Easterbrook qui, lors d'une conférence sur le droit du cyberspace en 1996, a fait l'analogie avec la « loi du cheval »¹⁷. Il affirmait que le droit ne prend pas une forme particulière dans le cyberspace. La notion même d'une discipline du droit associée au cyberspace était erronée, voire ridicule. L'image de la « loi du cheval » illustre ce propos. C'est le doyen de la faculté de droit de l'Université de Chicago dans les années 1980, Gerhard Casper, qui a développé la formule suite à une demande pour un cours qui engloberait toutes les lois touchant de près ou de loin au cheval comme s'il s'agissait d'une spécialité du droit. Or, un cours de droit se devait d'illuminer l'ensemble du droit et non un aspect spécifique de celui-ci. Ainsi, c'est par la somme des cours sur les diverses disciplines du droit que l'on parvenait à circonscrire l'ensemble de la loi, et ainsi de couvrir l'ensemble des lois touchant aux chevaux. Easterbrook reprit l'analogie pour dire que le cyberspace n'était qu'un espace juridique parmi tant d'autres et que d'y consacrer une discipline complète était aussi inutile que dans le cas des chevaux. Le droit du monde réel s'y appliquait normalement¹⁸.

Cette vision du droit du cyberspace a été contestée depuis par nombre de juristes. L'auteur le plus influent en ce sens a certainement été Lawrence Lessig, un juriste de l'Université Harvard se spécialisant, entre autres, dans le droit du cyberspace. Trois ans après la conférence où le juge Easterbrook fit son analogie, Lessig publia un texte pour réfuter l'analogie de la loi du cheval. Selon lui, le cyberspace comporte un certain nombre de caractéristiques qui le rendent foncièrement différent de l'espace réel quand vient le temps d'appliquer les lois. Lessig s'attarde sur deux aspects importants : les zones d'accès restreint dans le cyberspace et les modalités de régulation.

Les zones d'accès restreint sont mises en place assez communément dans le monde réel. Il s'agit, entre autres, de limiter la liberté d'expression de certaines personnes dans le but de protéger une norme sociale ou une certaine frange de la population d'un type de discours. La pornographie forme l'exemple parfait, d'ailleurs celui soulevé par Lessig, car on ne peut la

¹⁷ Traduction libre de "Law of the Horse".

¹⁸ Frank H. EASTERBROOK, *Cyberspace and the Law of the Horse*, Université de Chicago, 1996, Faculté de droit, F 207, pp. 1 – 5.

distribuer aux mineurs. Un enfant de 10 ans peut difficilement dans le monde réel entrer dans une section adulte d'un club vidéo, encore moins réussir à louer un des films qui s'y trouvent, sans attirer l'attention d'un responsable. La raison en est fort simple : l'enfant de 10 ans ne peut pas camoufler son âge. Sa jeunesse est physique et apparente, sans compter que sa capacité à dissimuler son âge est limitée par les ressources à sa disposition. Inversement, dans le cyberespace, cet enfant peut aisément accéder à un site pornographique, car il accède au contenu à travers le proxy d'un ordinateur. La vaste majorité des sites ne fait aucun effort pour vérifier l'âge, et ceux qui le font doivent faire confiance aux informations soumises par l'utilisateur, qui peut aisément mentir¹⁹. Pourtant, en suivant la logique du juge Easterbrook, la pornographie est tout aussi illégale aux moins de 18 ans sur le cyberespace que dans le monde réel. On constate dès lors un problème d'applicabilité des lois.

Les zones d'accès restreint sont aussi ce qui nous permet de jouir d'une certaine protection par rapport à notre vie privée. Sans que cela ne soit appliqué par une loi, un magasin qui aurait un commis dont la seule charge serait de suivre les clients, notant ce qu'ils regardent, ce qu'ils achètent et de ce dont ils parlent, aurait tôt fait de voir sa clientèle disparaître. Peu de gens souhaitent se faire épier à tout moment de leur magasinage, surtout si le commis prend des notes qu'il garde dans une base de données susceptible d'être partagée ou vendue. Pourtant, toutes ces choses arrivent dans le cyberespace sans que nous nous en apercevions²⁰. C'est d'ailleurs le modèle d'entreprise de Google, qui amasse des informations sur ses usagers dans l'unique but de leur proposer une publicité ciblée sur leurs intérêts. Une vidéo interne de Microsoft a fait l'objet d'une fuite sur Internet précisément pour dénoncer cette situation²¹. Bien au-delà du simple pourriel, cette pratique avoisine l'invasion de la vie privée.

Ce qui rend l'application des zones d'accès restreint si difficile dans le cyberespace est l'anonymat. Selon la professeure de psychologie à l'Université du Dakota du Nord Kimberly M. Christophersen, il existe deux formes d'anonymat qui permettent d'expliquer la nature des interactions dans le cyberespace. La première forme est l'anonymat technique. Cet anonymat est celui induit par l'interface machine. Comme l'ensemble des personnes, physiques ou morales,

¹⁹ Lawrence LESSIG, « The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach », *Harvard Law Review*, Vol. 113, No. 2, Décembre 1999, pp. 503 et 504.

²⁰ *Ibid.* pp. 504 et 505.

²¹ Microsoft, *The Gmail Man* [en ligne] <http://www.youtube.com/watch?v=oXZOQAbafTE> (consulté le 24 août 2011).

communiquent dans le cyberspace par l'intermédiaire d'une machine, les usagers n'ont jamais affaire à une personne qu'ils peuvent voir, mais seulement à sa représentation dans le cyberspace. Parfois cette représentation est invisible, d'autres fois elle est sous le couvert d'un avatar. Cette situation permet à chacun de prétendre à n'importe quelle identité²². Ainsi, il devient difficile de faire confiance à des individus dissimulés et facile de transgresser les normes de zones d'accès restreint. L'autre forme d'anonymat est l'anonymat social. Cette forme d'anonymat se retrouve aussi dans le monde réel : c'est celui d'être un individu parmi tant d'autres dans une foule ou se fondant dans la masse²³. Le cyberspace n'échappe pas à l'effet de masse, surtout quand vient le temps de faire respecter une zone d'accès restreint. De capter un individu parmi des milliers d'utilisateurs afin de vérifier s'il ne transgresse pas une norme est complexe. Du côté des entreprises et de la vie privée, comme une majorité d'entreprises s'adonnent à cette pratique, il devient difficile de les distinguer afin de faire appliquer la norme.

Pour en revenir à Lawrence Lessig, au-delà de la problématique de zonage, il soulève la problématique des modalités de régulation. En droit, on retrouve quatre de ces modalités. Il s'agit de différentes approches ou phénomènes qui viennent changer les comportements humains en société, partant de la plus importante à celle qui l'est le moins. La première modalité, et la plus évidente, est la loi²⁴. Il s'agit de l'ensemble des règles codifiées et sanctionnées par l'État sujettes à l'application par une cour de justice d'un ordre ou l'autre. La loi se retrouve contrainte par la territorialité, mais elle est sans conteste la modalité dominante de régulation dans le monde réel. La deuxième modalité est l'ensemble des normes sociales entendues entre les individus d'une communauté. Si cette modalité n'est pas appliquée par les forces de l'ordre, un individu ne s'y conformant pas se retrouvera rapidement marginalisé ou ostracisé par sa communauté. Un exemple serait le code vestimentaire. Une personne se promenant avec des vêtements provocateurs aura tôt fait d'attirer les regards et pourra se voir interdire l'accès à certains commerces et demeures privées. La troisième modalité est le marché. La loi de l'offre et de la demande pure, qui régule les échanges de façon naturelle, fixe les prix des produits et services et détermine en bonne partie le marché de l'emploi. Finalement, on trouve comme quatrième

²² Kimberly M. CHRISTOPHERSEN, *The positive and negative implications of anonymity in Internet social interactions: "On the Internet, Nobody Knows You're a Dog"*, *Computers in Human Behavior*, vol. 23, 2007, pp. 3039 – 3041.

²³ *Ibid.*

²⁴ Lawrence LESSIG, *Loc. Cit.* pp. 507 – 508.

modalité l'architecture, ou la disposition physique des lieux, objets et personnes dans un espace donné. Ce registre semble moins évident, mais la disposition physique des choses autour de nous limite notre comportement en réduisant nos options et en augmentant la difficulté liée à une tâche. Il est facile d'accéder à un commerce quand il est notre voisin, ce l'est moins quand il se trouve à des centaines de kilomètres²⁵.

Dans le cyberspace, l'ordre de ces modalités change. Premièrement, la loi n'a pas la même emprise. Sa territorialité ainsi que son applicabilité à une masse couverte par l'anonymat la rendent presque caduque, sauf aux yeux d'entreprises et organisations ayant des activités dans le monde réel. Les normes sociales et le marché s'y appliquent toujours, mais leur nature change fondamentalement. Les normes sociales des communautés du cyberspace sont définies autrement, souvent beaucoup plus par des intérêts communs que par la culture ou une histoire commune. On dispose d'outils pour se débarrasser des indésirables dans bien des communautés, notamment en bloquant les messages d'un avatar particulier²⁶. Si on regarde un forum ouvert comme 4chan, par exemple, chaque babillard porte sur un sujet précis et les discussions hors-sujets sont donc éliminés par l'équipe de modération, ou sont ignorés par la communauté jusqu'à ce qu'elles sombrent dans l'oubli. Il est aussi facile de s'immerger dans une communauté simplement par observation, car la présence physique n'est pas requise. Le cyberspace donne aussi lieu au phénomène des « trolls ». Il s'agit d'individus qui s'insèrent dans une communauté dans l'unique but de semer la discorde ou de provoquer. Le terme provient de la pêche à la mouche, ou on taquine le poisson jusqu'à ce qu'il morde. Le « troll » d'Internet, lui, taquine les usagers jusqu'à ce que l'un d'entre eux réagisse. La motivation du « troll » est simplement de tirer un plaisir du débat artificiel ainsi créé²⁷. Le marché peut limiter l'accès à certaines ressources, notamment si un nom précis d'URL est recherché. Il existe aussi des bases de données privées avec accès payant. Par contre, l'accès illégal à ces zones restreintes est plus facile sur le cyberspace. De plus, le marché du monde réel a aussi un impact dans le

²⁵ *Id.*

²⁶ *Ibid.* pp.508 – 509.

²⁷ S. HERRING, *Troll (Internet)* [en ligne] [http://pediaview.com/openpedia/Troll_\(Internet\)](http://pediaview.com/openpedia/Troll_(Internet)) (consulté le 16 septembre 2011).

cyberespace, ne serait-ce qu'avec la tendance chez les fournisseurs d'accès à offrir un tarif plus élevé afin d'avoir un accès ou une diffusion prioritaire²⁸.

La modalité de régulation la plus importante dans le cyberespace est directement l'inverse dans le monde réel. Il s'agit bien évidemment de la quatrième, l'architecture. C'est la structure même du code dans le cyberespace qui détermine ce que l'on peut et ce que l'on ne peut pas faire, bien avant les lois, la communauté ou le marché. En ce sens, les possibilités semblent sans limites : la tendance lourde dans le développement du cyberespace est vers l'ouverture des possibilités par la technologie. Pour faire un parallèle avec le monde réel, le cyberespace tant à rapprocher de plus en plus les différents lieux et services de l'utilisateur, plutôt que d'accroître la distance et de limiter l'accès. De la même façon, le code peut contraindre beaucoup plus efficacement les usagers en définissant très clairement les limites du possible. Les individus les plus savants et les développeurs du monde professionnel deviennent alors les régulateurs du cyberespace par cette quatrième modalité de régulation. Pour Lessig, c'est la clef de voûte de l'application de la loi dans le cyberespace, car l'ensemble de ces modalités est en interaction²⁹.

Un autre aspect de notre problématique, au-delà de la capacité à réguler le cyberespace, est la place de la liberté d'expression dans cet espace. Un premier auteur à citer est le professeur à la faculté de droit à l'Université Yale, Jack Balkin. Il remet d'abord en question l'aspect transformateur du cyberespace par rapport à la liberté d'expression. Selon lui, ce que nous appelons des manifestations nouvelles ne sont que des facettes de la liberté d'expression mises en exergue par les technologies de l'information. Par exemple, le piratage existe sans le cyberespace, à travers la copie physique de disques, cassettes et vinyles. Principalement, les individus sont plus que jamais interpellés par les enjeux de liberté d'expression. D'un côté, on cherche à accroître les canaux de communication et la capacité à partager le savoir, et de l'autre on vise à utiliser la notion de liberté d'expression pour accroître son profit personnel³⁰.

En premier lieu, Balkin définit la liberté d'expression. Elle n'est pas simplement le droit de dire ce que l'on veut, mais elle est interactive comme appropriative. Elle est interactive, car l'expression suppose la communication entre deux ou plusieurs individus. Il n'y a pas

²⁸ Lawrence LESSIG, *Loc. Cit.* pp. 508 – 509.

²⁹ *Ibid.* pp. 509 – 512.

³⁰ Jack M. BALKIN, *Loc. Cit.* pp. 1 – 3.

d'expression si le message n'est capté par personne. Elle est appropriative, car elle est construite sur des éléments culturels existants, par admiration ou par critique. La liberté d'expression est au centre de la culture démocratique, car loin d'être individuelle, elle est collective. L'exercice de la liberté d'expression se fait à travers le système de la culture démocratique³¹. Ces caractéristiques sont présentes tant dans le monde réel que le cyberspace, ce dernier n'offrant qu'un autre moyen de participer à la culture démocratique.

Les grands bouleversements de l'ère numérique ne sont pas transformatifs de la liberté d'expression, comme mentionné plus tôt, mais en facilitent l'exercice à certains égards. Il est désormais plus aisé et moins coûteux de partager et copier de l'information. Celle-ci traverse maintenant librement les frontières culturelles et géographiques. Les coûts associés à l'innovation à partir d'information existante et à la transformation de ces dites informations se trouvent aussi grandement diminués. Obtenir une copie numérique d'un produit ne permet pas seulement son écoute, mais son altération. Finalement, les baisses de coûts citées plus haut rendent l'exercice de la liberté d'expression plus démocratique, car plus accessible. Jadis il fallait de grands moyens pour atteindre une audience large³².

Une des grandes forces du cyberspace est qu'il permet d'ébranler la mainmise des médias de masse sur la distribution massive d'information. Les médias de masse sont asymétriques et unidirectionnels : impossible de tenir une discussion avec la télévision ou la radio. L'utilisateur est en position d'écoute. Avec le cyberspace, deux stratégies se développent pour interagir avec les médias de masse et les médias unidirectionnels. La première stratégie est appelée « passer outre »³³ par Balkin. Il s'agit d'éviter l'éclusier des maisons de production et des studios pour rejoindre l'audience directement. Ainsi, un blogue peut accueillir n'importe quel propos de son auteur, il n'aura jamais à subir la censure d'un supérieur, pour autant que le blogue ne se rattache pas à une entité qui pourrait mettre des contraintes. Par contre, il ne faut pas assumer que les empires médiatiques perdent leur mainmise. La vaste majorité des usagers du cyberspace se réfèrent aux sites web des médias traditionnels, par habitude ou par désir de s'assurer de la

³¹ *Ibid.* pp. 4 – 5.

³² *Ibid.* pp. 5 – 8.

³³ Balkin y réfère par le terme « Routing around ».

qualité de l'information reçue. De plus, le grand nombre d'émetteurs dans le cyberspace n'est pas associé à un nombre suffisant de récepteurs pour permettre à chacun une large diffusion³⁴.

La seconde stratégie soulevée par Balkin est l'appropriation d'un contenu dans le but d'en faire une œuvre nouvelle³⁵. Cette pratique vise à prendre un contenu existant sous forme numérique pour ensuite s'en servir comme plateforme pour l'innovation. Cela peut prendre la forme d'un commentaire, d'une critique, d'une réédition ou toute autre modification du matériel original³⁶. On en trouve un exemple flagrant dans le concept d'« Internet meme », où une image ou un extrait vidéo est repris à l'infini à différentes sauces afin de créer du matériel généralement humoristique se répandant comme une trainée de poudre à travers une chaîne d'utilisateurs³⁷. À l'ère numérique, la caractéristique principale de cette appropriation est son aspect non exclusif³⁸. Si une personne s'approprie une image, rien n'empêche d'autres usagers de reprendre la même image pour la modifier à leur tour.

L'aspect problématique de la numérisation du contenu sur le cyberspace est que son appropriation est plus facile pour les individus comme les entreprises, mais que les entreprises sont plus promptes à protéger leurs innovations dans le monde réel à l'aide des lois sur les droits d'auteur. L'usage du contenu numérique pour le profit a donné lieu à un affrontement entre la démocratisation du cyberspace et son développement économique. Pour les entreprises, la pratique de l'appropriation d'un contenu dans le but d'en faire une œuvre nouvelle est pratique commune. Or pour elles, l'appropriation devient exclusive par le biais des lois sur les droits d'auteur. Nous vivons une contradiction dans les relations sociales due à l'innovation technologique. Si chacun peut produire du contenu dans le cyberspace, le profit généré par ce contenu va inévitablement générer des réflexes défensifs de la part de ceux qui profitent de ces revenus, petits et grands. L'accumulation des profits ne peut être assurée qu'en jugulant la liberté acquise par le développement du cyberspace³⁹.

³⁴ *Ibid.* 9 – 10.

³⁵ Balkin y réfère par le terme « Glomming on ».

³⁶ *Ibid.* p. 10.

³⁷ Jean BURGESS, « 'ALL YOUR CHOCOLATE RAIN ARE BELONG TO US'? Viral Video, YouTube and the Dynamics of Participatory Culture », *The VideoVortex Reader*, Septembre 2008, pp. 1 – 9.

³⁸ Jack M. BALKIN, *Loc. Cit.* p. 10.

³⁹ *Ibid.* pp. 10 – 14.

Il y a deux champs de bataille précis dans ce conflit. Le premier est le droit d'auteur. Cette loi est utilisée par les producteurs de contenu pour protéger une œuvre numérique de la copie ou de la modification. Le droit d'auteur est donc une entrave au concept de culture démocratique, mais est accepté. Cette acceptation a permis aux entreprises, surtout dans le domaine de la musique et du cinéma, de pousser pour une régulation plus sévère dont les effets se sont fait sentir par l'apparition des gestionnaires de droits numériques (mieux connus sous leur acronyme anglais: DRM : Digital Rights Manager) et l'acquisition de sites comme YouTube par Google. Depuis, Youtube, filtre les vidéos contenant des segments en violation de droits d'auteur. C'est une façon de barrer la route à l'appropriation de contenu numérique⁴⁰.

L'autre champ de bataille concerne les politiques de télécommunication. Le cyberspace n'est pas un espace public. L'infrastructure du réseau est privée et donc le cyberspace lui-même est en fait la somme de millions de propriétés privées. Dans le cas précis du cyberspace, ces acteurs disposent de pouvoir quant au contenu et à la diffusion d'information sur le réseau. Le système capitaliste permet à chaque compagnie de posséder autant de cette infrastructure qu'elle le désire, mais un inconfort survient quand ces compagnies sont à la fois fournisseurs d'accès et émettrices de contenu dans le cyberspace. Ce mélange de pouvoir donne lieu à une préséance du message de l'entreprise face à celui de l'utilisateur. On en voit une manifestation dans l'omniprésence de la publicité sur le web. Les sites les plus populaires ont maintenant des bandes-annonces avant de diffuser un contenu vidéo en plus des bannières publicitaires ciblées selon le profil de chaque utilisateur. Non seulement on limite la capacité d'expression des usagers, mais on cherche à diriger les usagers vers de nouvelles possibilités de consommation. Ces entreprises qui contrôlent les canaux de communication vont donc en définitive réduire la capacité des usagers à participer afin de concentrer leur attention sur la publicité. C'est un retour à la relation émetteur-récepteur qu'entretenaient les usagers avec les médias de masse avant l'avènement de l'Internet⁴¹.

Balkin met donc en évidence un conflit inhérent à la présence d'acteurs aux intérêts divergeant dans le cyberspace. Entre ces deux acteurs, on retrouve l'État, qui doit passer les lois et donc prendre partie pour une vision ou une autre. Jusqu'à maintenant, aux États-Unis du moins, les

⁴⁰ *Ibid.* pp. 14 – 17.

⁴¹ *Ibid.* pp. 17 – 22.

décisions de l'État ont été souvent favorables aux entreprises et à l'accroissement de sa propre souveraineté dans le cyberspace.

Les deux précédents auteurs permettent de saisir la nature juridique du cyberspace ainsi que les grands enjeux relatifs à la liberté d'expression dans cet espace. Lessig fait référence à des méthodes directes et indirectes de faire appliquer la loi. Le gouvernement, disposant des pouvoirs requis pour légiférer, peine à contrôler la criminalité et le piratage dans le cyberspace. Ce mémoire propose de chercher une explication à cette inefficacité en appliquant un modèle bien particulier : celui de la guerre asymétrique.

La notion de guerre asymétrique n'est pas nouvelle. Un des modèles théoriques les plus connus est celui d'Andrew Mack, qui en 1975 publiait un article pour expliquer comment les nations puissantes parvenaient à perdre des conflits contre des adversaires faibles. Pour Mack, ce qui explique le succès des petites nations est une asymétrie dans l'intérêt. La guerre asymétrique ainsi définie suppose une grande nation comme envahisseur, contre une petite nation en situation de vie ou de mort. Cette situation force le pays occupé à investir la totalité de ses ressources dans la victoire, alors que l'occupant perd tranquillement sa volonté de combattre dû à la pression de sa population et l'épuisement de ses troupes. L'idée générale est que l'asymétrie des volontés mène à la défaite de celui ayant le plus petit intérêt à vaincre⁴².

Dans le contexte de ce mémoire, il serait difficile d'adapter cette vision de la guerre asymétrique au contexte du conflit sur la liberté d'expression dans le cyberspace. C'est plutôt par l'approche proposée par Ivan Arregín-Toft en 2001 qu'il est possible de saisir le phénomène dans sa globalité et de l'appliquer à la présente question. Pour Arregín-Toft, les faibles gagnent leurs guerres non pas par une asymétrie dans la volonté ou les intérêts, mais par une asymétrie dans les stratégies employées. Il est naturel pour un État puissant avec une force conventionnelle de procéder par des méthodes directes ou conventionnelles. La Première Guerre mondiale est un exemple d'une guerre conventionnelle, où chacune des parties fait usage de force militaire brute pour gagner des territoires et ainsi obtenir la victoire. Dans ces circonstances, le faible ne peut pas gagner sur le fort. Par contre lors d'une guerre asymétrique, l'État puissant déploie ses forces de manière conventionnelle alors que son adversaire fait usage de stratégies indirectes pour

⁴² Andrew J.R. Mack, « Why Big Nations Lose Small Wars: The Politics of Asymmetric Conflict », *World Politics*, Vol. 27, No. 2 (January 1975), pp. 175-200.

obtenir la victoire. Le faible s'attaque au moral plutôt qu'aux troupes : il vise les réserves de nourriture, il fonctionne par petites escarmouches plutôt que de prendre un territoire, il cherche à infliger le plus de dégât le plus rapidement possible avant de se retirer dans un sanctuaire. Il fait aussi usage de tactiques jugées déloyales, comme de se cacher derrière les populations civiles ou d'enfreindre volontairement les conventions qui lient son adversaire⁴³.

Naturellement, l'approche directe n'est pas la seule façon de procéder pour les États puissants, tout comme l'approche indirecte, ou guérilla, n'est pas la seule option des États faibles. Les grandes puissances, au-delà de l'approche directe, peuvent répondre à la guérilla, dévastatrice contre l'approche directe, par une approche indirecte qu'Arregín-Toft désigne comme la barbarie. Cette approche indirecte vise à saper le moral de l'adversaire et casser le dos à la résistance de type guérilla. La barbarie vise donc précisément à toucher les populations civiles, de façon généralement brutale, et du coup détruire les sanctuaires où les forces de guérilla se cachent. Pour le pays en situation de faiblesse, la seule réponse possible à ce moment est la défense directe. Il faut que le pays occupé démontre sa volonté à protéger sa population civile et ainsi conserve l'appui de celle-ci. En position de défense directe, le pays occupé peut alors se remettre à prendre du territoire alors que son adversaire est divisé dans l'application de sa méthode indirecte. Ainsi, pour que les puissants dominent, il faut rencontrer son adversaire par la même approche : si un adversaire présente une stratégie indirecte, il faut répondre par une stratégie indirecte (et inversement)⁴⁴.

Dans le cas de l'application de la loi dans le cyberspace, on retrouve cette même analogie : si un groupe s'adonne à des activités de piratage de masse par un système de partage entre usagers, avoir une approche directe par la loi, les juges et les forces policière ne sera d'aucun recours. Il serait impossible de cibler et traiter en justice chaque personne sans engager des ressources considérables, mettant en péril l'application de la loi dans le monde réel. Par contre, une approche indirecte qui viendrait modifier l'architecture du cyberspace aurait possiblement plus d'impact. Inversement, quand un groupe de pirates tente d'influencer directement le processus légal, soit en choisissant de se défendre en cour ou en tentant de faire du lobbying auprès des autorités compétentes, il est rare de voir les pirates triompher devant un État qui cherche à

⁴³ Ivan ARREGÍN-TOFT, « How the Weak Win Wars: A Theory of Asymmetric Conflict », *International Security*, Vol. 36, No. 1, Été 2001, pp. 99 – 110.

⁴⁴ *Ibid.*

étendre sa souveraineté dans le cyberspace et qui, de fait, dispose de cette souveraineté dans le monde réel.

1.3. Lacune analytique

Le sujet du piratage dans le cyberspace ou la capacité de l'État à agir dans ce même espace est largement traité dans le monde du droit. Par contre, en science politique, il existe très peu de littérature sur le cyberspace au sens large et principalement sur la dynamique entre les États libres et démocratiques et les pirates informatiques dans le cyberspace.

1.4. Question spécifique de recherche et hypothèse

Le cadre théorique permet d'établir un grand nombre de relations causales, dont une émerge comme étant centrale. Dans les écrits de Lessig, on retrouve le constat que l'action de l'État ne semble pas prioriser les bonnes approches pour légiférer efficacement le cyberspace. Balkin ajoute que l'action de l'État a pour effet de faire croître en importance les groupes contestataires dans le cyberspace sur les questions de liberté d'expression. À la lumière de ces avis de juristes, ce mémoire cherche à trouver un cadre englobant qui pourrait expliquer l'efficacité ou l'inefficacité de l'action de l'État non pas de façon entière, mais de façon suffisamment importante pour fournir un cadre de réflexion solide et orienter les actions des gouvernements. Ce cadre on le retrouve dans le modèle théorique d'Ivan Arregín-Toft sur la guerre asymétrique. Certainement ce cadre demande une adaptation pour un conflit juridique et politique dans un espace virtuel, mais les grands fondements sont aisément transposables.

Ainsi, la question centrale qui sera étudiée dans ce mémoire se présente comme suit : est-ce que l'asymétrie du conflit politico-juridique entre le gouvernement des États-Unis et les pirates informatiques explique l'inefficacité des actions de l'État américain? Le modèle théorique d'Arregín-Toft sera évidemment utilisé pour répondre à cette question, mais son modèle pourra être bonifié par d'autres auteurs porteurs de nuances et d'améliorations.

Au cours de ce mémoire, l'hypothèse qui sera vérifiée sera la suivante : l'asymétrie du conflit politico-juridique entre le gouvernement des États-Unis et les pirates informatiques est un facteur important de l'inefficacité des actions étatiques. C'est donc l'asymétrie de la relation conflictuelle entre l'État et les pirates qui rendrait en partie l'action gouvernementale inefficace et, suivant cette logique, il ne suffirait aux États libres et démocratiques que d'ajuster leur approche

stratégique pour rapidement augmenter l'efficacité des lois dans le cyberespace, notamment dans leur application.

1.5. Concepts, variables et indicateurs

Le premier concept à étudier dans ce mémoire est l'asymétrie du conflit entre les États-Unis et les pirates informatiques. Le premier travail en ce sens est d'adapter l'approche présentée dans le cadre théorique afin qu'elle soit applicable à un conflit politico-juridique. Afin d'évaluer l'asymétrie d'un conflit, il faut pouvoir placer les acteurs de ce conflit dans la grille du cadre théorique. De là vont naître nos deux variables. En premier lieu, il faut évaluer l'approche stratégique du gouvernement des États-Unis. Est-ce une approche à dominance directe, indirecte ou mixte? Il en va de même avec l'approche stratégique des pirates informatiques, qui constituent la seconde variable. Les indicateurs seront formés des différentes lois, leur application et la réponse des différents acteurs quand ces lois sont mises en application. En définitive, il sera possible de voir clairement la présence ou non d'asymétrie dans le conflit à l'étude.

Le second concept concerne plus particulièrement l'efficacité de l'action de l'État. Une fois que la nature du conflit aura été établie, il devrait y avoir concordance entre la position dans la grille⁴⁵ d'Arregín-Toft et l'efficacité de l'action étatique. En présence d'asymétrie, l'État sera inefficace, et en son absence, il sera efficace. L'efficacité de l'action de l'État se décline en deux variables bien distinctes. La première est la capacité des pirates à maintenir leur activité illégale. Si le gouvernement américain est efficace dans sa lutte au piratage, alors le nombre d'outils pour participer au piratage devrait décliner et la capacité à en produire de nouveaux devrait être réduite. De plus, les nouveaux outils devront être de plus en plus voilés et demanderont plus de précautions de la part des usagers. La seconde variable est l'ampleur que prend le piratage. Cette ampleur se décline en un grand nombre d'indicateurs. Premièrement, la masse totale du piratage en quantité de données mesurables. On parle ici des ressources cumulées dévouées entièrement ou en partie aux activités de piratage. Deuxièmement, le pourcentage d'utilisateurs du cyberespace s'adonnant au piratage de première instance, c'est-à-dire ces usagers qui vont eux-mêmes chercher du contenu piraté dans le cyberespace, et non ceux qui l'obtiennent de seconde main. Naturellement, le chiffre absolu de ces pirates est aussi utile. Finalement, il convient de mesurer l'applicabilité réelle de ces lois en regardant les cas où les pirates se sont rendus

⁴⁵ Symétrie ou asymétrie dans les approches stratégiques.

jusqu'aux tribunaux pour constater s'il est possible de réellement appliquer la loi jusqu'au bout du processus juridique. La capacité physique des tribunaux à gérer ces procédures judiciaires sera révélatrice de la capacité de l'État à appliquer ces mesures et de créer un réel effet dissuasif pour les pirates.

Il y a aussi une variable parasite à considérer : l'action des entreprises. Comme mentionné plus tôt, les entreprises, les utilisateurs et les gouvernements sont intimement liés dans les dynamiques de pouvoir dans le cyberspace. Isoler seulement les pirates informatiques et le gouvernement américain est impossible, car les actions des entreprises ont nécessairement un impact sur les mesures gouvernementales, tout comme les mesures prises par les communautés pirates. Par exemple, les industries de la musique, du film et du logiciel sont investies dans le processus législatif concernant le droit d'auteur, pouvant moduler la réponse de l'État. D'autres entreprises, à l'inverse, peuvent prospérer dans un cyberspace peu régulé et chercher à tirer leur épingle du jeu. Cette variable parasite a le potentiel de lourdement affecter l'hypothèse et fera partie de l'analyse présentée au chapitre 4.

1.6. Stratégie de vérification

Le présent mémoire consistera en une enquête corrélationnelle. Comme il a été clairement établi lors de la construction de la question spécifique de recherche, ce mémoire vise à appliquer un modèle théorique qui implique une relation entre l'asymétrie des stratégies entre les pirates informatiques et le gouvernement américain vis-à-vis l'efficacité de l'État. La collecte d'information se fera principalement par observation documentaire. Dans un premier temps, des recherches en science politique et la doctrine du droit seront utilisées, mais aussi des lois et des décisions en matière de conflits entre États et pirates informatiques. Un certain nombre d'observations directes dans le cyberspace seront ajoutées au corpus théorique afin d'étudier l'objet dans son contexte.

1.7. Devis de recherche

Afin de ne pas étendre la recherche trop longuement, ce mémoire sera limité à un cadre spatio-temporel très strict. La vaste majorité des cas étudiés mettront en interaction les États-Unis d'Amérique avec les pirates informatiques. Comme le cyberspace a émergé dans ce pays et que la vaste majorité de la littérature provient des États-Unis et traite d'exemples américains, il serait

difficile de varier efficacement les acteurs, sans compter la lourde charge associée à l'étude des lois et décisions de chaque État libre et démocratique. Les événements analysés proviendront tous des années 2000 à 2014, soit une fenêtre de 14 ans permettant de scruter les cas qui se sont présentés après que le Digital Millennium Copyright Act (DMCA) soit entré en vigueur. Cette loi est encore centrale aux États-Unis quant à application du droit d'auteur dans le cyberspace. Tout cas antérieur à cette loi serait de peu d'utilité pour conclure sur la question de recherche. De plus, le piratage informatique des débuts de l'Internet est trop différent du piratage contemporain pour permettre une comparaison crédible et utile.

L'unité d'analyse est l'État, car c'est sa capacité à agir qui est mise en cause. Le niveau d'analyse restera au niveau national. Bien que le cyberspace échappe à la territorialité, c'est l'action de l'État qui est à l'étude, l'État étant, lui, contraint par les limites de son territoire.

La recherche dispose d'une bonne validité interne. Les cas utilisés permettront d'arriver à des réponses empiriques suffisamment nuancées pour dresser un portrait de la relation entre le gouvernement américain et les pirates informatiques. La validité externe elle sera bonne tant que les conclusions sont appliquées à des États libres et démocratiques, bien que le cadre légal puisse générer des incompatibilités sur certains points.

1.8. Conclusions anticipées

Il y a trois avenues possibles quant à la conclusion de ce mémoire. Premièrement, la confirmation de l'hypothèse. Dans ce cas, il y aurait confirmation d'une approche à dominance directe de la part des États-Unis face à une stratégie à dominance indirecte de la part des pirates. Cette asymétrie stratégique serait à la base d'une action inefficace de l'État, inefficacité qui aurait été confirmée dans l'analyse des différentes formes que prend l'action de l'État. Cette conclusion est jugée la plus plausible devant la littérature actuelle.

Deuxièmement, l'hypothèse pourrait être infirmée par la découverte d'une réduction dans les habitudes pirates. Cela pourrait être tributaire de l'action de l'État, mais aussi de l'influence de la variable parasite : l'action de l'entreprise. Si le piratage devait s'avérer en déclin, il faudrait alors pousser l'analyse pour cerner s'il s'agit d'un succès des actions de l'État, un échec des actions de la communauté pirate ou alors de l'influence d'actions corporatives.

Enfin, l'hypothèse pourrait être infirmée par l'absence d'asymétrie stratégique. Dans ce cas, il faudra quand même mesurer l'impact de la confrontation pour valider le modèle.

Chapitre 2 : Définir l'asymétrie du conflit entre pirates et gouvernants

La première étape dans la vérification de l'hypothèse est l'analyse de la variable indépendante. Il sera donc question de l'asymétrie du conflit, tant au sens large qu'à un niveau purement stratégique. Ce chapitre sera divisé en trois parties. La première consiste à adapter le modèle théorique d'Ivan Arregin-Toft présenté au chapitre 1 pour l'appliquer à une situation politico-juridique. L'adaptation du modèle sera nécessaire à la compréhension des chapitres 3 et 4. La deuxième partie traitera de l'approche dominante de l'État américain, en faisant état de l'évolution de cette approche. Finalement, la dernière partie traitera de l'approche dominante des pirates dans le contexte de son évolution dans le temps. En conclusion, il sera possible de constater l'asymétrie ou la symétrie des approches d'un camp comme de l'autre à travers le modèle théorique adapté.

Avant de se lancer dans l'adaptation du modèle de la guerre asymétrique, il convient de distinguer un conflit asymétrique et l'asymétrie stratégique. Malgré le fait qu'Ivan Arregin-Toft traite essentiellement de stratégie, un conflit asymétrique se définit par ses acteurs. En l'essence, un conflit est de nature asymétrique si ses acteurs disposent de moyens radicalement différents. L'un des acteurs s'impose alors comme étant le vainqueur naturel dans une opposition directe. Il s'agit de l'acteur fort. La nature profonde des acteurs peut aussi octroyer le statut d'asymétrie à un conflit : si un acteur est un État et l'autre une organisation paramilitaire ou civile, il y a présence d'asymétrie dans le conflit. De façon concrète, la révolution communiste en Chine est un bon exemple : le Kuomintang représentait l'État chinois officiel, alors que le parti communiste était une force paramilitaire interne au pays. Un conflit entre un État et une organisation civile ou paramilitaire est asymétrique, hormis quelques exceptions, notamment dans les États faillis. Dans les deux cas, la victoire de l'acteur faible ou non étatique reposera sur un ensemble de facteurs communs, notamment la stratégie, le temps et la perception du conflit. Une caractéristique fondamentale du conflit asymétrique est qu'il est nécessairement et constamment politique, mais pas nécessairement militaire. La seconde intifada en est un exemple: en résistant avec des pierres, la Palestine menait une guerre d'image. Les résistants palestiniens ont placé l'État israélien dans

une position où il lui était impossible de répondre sans salir sa réputation⁴⁶. Même devant une défaite militaire, la Palestine était gagnante, car elle avait de fait obtenue une victoire politique.

2.1. L'adaptation du modèle théorique de la guerre asymétrique

Le modèle proposé par Arregin-Toft repose sur l'asymétrie stratégique. Pour l'auteur, le but ultime de l'intervention militaire, et donc de la stratégie, est de faire plier l'autre acteur à sa volonté⁴⁷. Cette perspective n'est pas monolithique dans la littérature : en se concentrant sur la stratégie, Arregin-Toft oublie les aspects sociaux et politiques inhérents à la guerre asymétrique. Jacques Baud exprime la difficulté de la finalité de l'action ainsi :

Si la sortie de crise est généralement claire pour une organisation révolutionnaire, elle n'est pas une question triviale pour l'État. Il ne s'agit pas seulement de combattre un adversaire souvent invisible, mais surtout de déterminer à quel moment une situation « normale » est rétablie. Est-ce lorsque les terroristes (ou adversaires) ont été « éliminés »? Lorsque les causes du mécontentement ont disparu? Ou lorsque l'environnement extérieur aux terroristes est tel que leurs opérations ne sont plus réalisables? Pour paraphraser Mao Zedong : faut-il supprimer le poisson? Apprivoiser le poisson? Ou enlever l'eau du bocal? [...] Or, particulièrement dans une guerre asymétrique « domestique », il arrive un point où les progrès sécuritaires sont obtenus au prix d'entorses à la démocratie telles qu'elles peuvent générer d'autres problèmes.⁴⁸

Dans un contexte politico-juridique, où l'action militaire est normalement écartée, ces questions et ces risques demeurent pertinents. Si la stratégie de l'État vise la fin d'un comportement, alors il faut considérer cela comme la finalité stratégique de l'action, au sens d'Arregin-Toft. Par contre, devant une problématique comme le piratage informatique, jusqu'où peut-on réellement aller et quels moyens sont réellement acceptables avant de mettre en péril les acquis démocratiques? La finalité est-elle donc vraiment la fin des actions de piratage ou simplement leur atténuation à un niveau jugé acceptable?

Tout au long de cette recherche, il faudra donc garder en tête que la mesure de l'efficacité de l'action gouvernementale sera mesurée dans l'atténuation du phénomène du piratage informatique, et non dans sa suppression complète et ce, peu importe la raison de cette atténuation (lutte directe ou mise en place de mesures pour mettre fin à la nécessité ou au désir de

⁴⁶ Jacques BAUD, *La guerre asymétrique : ou la défaite du vainqueur*, Éditions du rocher, Paris, 2002, L'art de la guerre, pp. 83 – 106.

⁴⁷ Ivan Arregin-Toft. p. 100.

⁴⁸ Jacques BAUD, *Loc. Cit.* p. 177.

mener ces activités). La stabilisation du piratage serait aussi une forme de progrès dans un monde où la réseautique est en émergence. Du côté des pirates, leur efficacité sera mesurée par leur capacité à maintenir leurs activités et à légitimer leur discours au sein de la population plus large ou du gouvernement même. Il n'est pas du ressort de la communauté pirate de transformer la société afin de naturellement baliser le cyberspace⁴⁹. Ainsi, le gouvernement américain est efficace dans son intervention si la communauté des usagers du cyberspace tend à respecter les lois sur les droits d'auteur et les restrictions à la liberté d'expression jugées acceptables par l'État dans le cyberspace comme dans le monde réel. Essentiellement, l'État doit non seulement être efficace, mais il doit maintenir sa légitimité en restant constant avec ses valeurs affirmées. Le respect des lois n'a pas, par contre, à opérer par choix : il peut l'être par la contrainte. Inversement, les pirates seront efficaces dans leur action s'ils parviennent à maintenir leurs activités allant contre l'esprit de la loi, ou mieux encore, s'ils parviennent à influencer le processus législatif ou juridique en leur faveur.

Pour Arregin-Toft, il existe deux approches offensives et deux approches défensives. Ce sont principalement ces composantes qui demandent à être ajustées pour être utilisées dans le présent mémoire. La typologie se décline comme suit :

1. Stratégies d'attaque (acteur fort) :
 - attaque directe;
 - barbarisme.
2. Stratégie de défense (acteur faible) :
 - défense directe;
 - tactique militaire de guérilla.⁵⁰

Il va de soi que l'acteur fort dans les conflits politico-juridiques est l'État ou la communauté des États choisis pour l'analyse. Cela n'exclut pas une action étatique influencée par des lobbys, des groupes d'intérêts ou de grandes entreprises. Dans le cas présent, le gouvernement américain est l'acteur fort, car il est le seul acteur étatique. C'est de l'État que viennent les propositions afin de changer la situation, de briser le statu quo, et les pirates s'opposant aux changements proposés par l'État se retrouvent en situation de résistance. Au sens large, l'acteur non étatique dans un

⁴⁹ Jacques BAUD, *Loc. Cit.* pp. 174 – 177.

⁵⁰ *Ibid.*

conflit politico-juridique prend de facto la position d'acteur faible. Cela se justifie aisément : l'acteur non étatique doit défendre ses actions et ses valeurs sans capacité d'influencer directement les lois et donc, d'avoir une influence directe sur le cadre politique ou juridique. Dans un conflit politico-juridique, c'est une position de faiblesse manifeste. Avec la grille d'analyse d'Arregin-Toft, les militants devraient donc être placés dans la position défensive.

Il convient d'examiner chacun des éléments dans la grille, à commencer par les moyens offensifs à la disposition de l'acteur fort. Dans la perspective d'une guerre, l'attaque directe se définit par l'usage de la force militaire pour neutraliser l'adversaire ou prendre contrôle des atouts stratégiques, comme le territoire. L'attaque directe cherche à supprimer la capacité de l'adversaire à faire usage de sa force militaire par des moyens directs. On peut donc y inclure toute stratégie qui vise à directement épuiser les ressources humaines ou matérielles de l'adversaire, incluant la guerre d'attrition où une pression est maintenue sur l'adversaire jusqu'à épuisement des ressources d'un côté ou de l'autre⁵¹. Dans un conflit politico-juridique, il s'agit de faire usage du processus législatif et juridique afin de changer un comportement. Il s'agit d'une approche basée sur la première modalité de régulation telle que définie par Lawrence Lessig au chapitre 1, soit la loi.

L'approche indirecte à l'offense est le barbarisme. Le barbarisme est la violation consciente et systématique des lois de la guerre (comme les conventions de Genève) dans le but d'atteindre des objectifs militaires ou politiques. On y inclut l'usage d'armes prohibées comme les armes chimiques ou la dégradation de cibles non militaires (comme de fermer les yeux sur les viols commis par les soldats sur des populations civiles ou l'usage de la torture). On cible ici la volonté de l'adversaire à combattre, ainsi que sa capacité à le faire⁵². Cette vision de la lutte à la guérilla est fortement contestée dans la littérature récente sur les conflits asymétriques. Il faut donc la nuancer. Le barbarisme d'Arregin-Toft est même considéré comme néfaste dans les conflits médiatisés contemporains. James D. Kiras affirme que l'issue de la guerre asymétrique est aussi déterminée par la capacité temporelle à maintenir l'état de guerre de part et d'autre du conflit. Ainsi, devant la guérilla, l'État fort doit être capable de convaincre la population rebelle ainsi que

⁵¹ *Ibid.* P. 100 – 101.

⁵² *Ibid.* p. 101.

la population qui lui est loyale de la légitimité de son action⁵³. Pour ce faire, il doit évoluer dans le plus strict des cadres éthiques et dépeindre son adversaire comme étant celui qui agit contre le bien commun. Kiras va donc dans la direction directement opposée à Arregin-Toft dans un premier temps, en condamnant les pratiques barbares qui n'ont pas de soutenabilité à long terme dans un conflit médiatisé. Par contre, Kiras conçoit que la guérilla doit aussi être vaincue physiquement et non juste moralement. C'est pourquoi la réponse à la guérilla est en fait un mélange de l'approche dure d'Arregin-Toft et l'approche éthique de Kiras. Il est nécessaire de contraindre l'adversaire dans l'espace et le temps, afin de ne pas s'embourber dans un conflit sans issue⁵⁴.

Dans le domaine politico-juridique, l'approche offensive indirecte englobe plutôt les stratégies visant à agir sur les trois autres modalités de régulation énoncées par Lawrence Lessig. Le gouvernement peut agir sur la perception de la population de l'enjeu. Il peut, pour ainsi dire, tenter de gagner la bataille de l'opinion publique en mettant en place des mesures qui amènent la population dans une large proportion à changer par elle-même son comportement jugé inadéquat. Il peut agir par le marché en supprimant les impératifs économiques entourant le comportement à changer ou en donnant des incitatifs économiques à ceux qui agiraient dans les limites de la loi. Finalement, le gouvernement peut agir en tentant de transformer l'architecture physique (ou dans notre cas virtuel) qui régit le comportement en question. En d'autres mots, le gouvernement peut rendre l'action carrément impossible en changeant la disposition même des éléments utilisés pour accomplir le comportement. Afin de bien comprendre l'approche indirecte, voici un exemple fictif dans le cyberspace de son application. Supposons un gouvernement qui désire mettre fin à un réseau de partage de musique dont les serveurs principaux se trouvent sur son territoire. Il pourrait procéder directement, en retraçant à l'aide des forces policières les usagers de ce réseau et les propriétaires des serveurs afin de les traduire en justice. Il risque alors d'obtenir une victoire temporaire le temps que les pirates construisent une nouvelle architecture d'échange et il doit commettre les ressources juridiques nécessaires pour traduire les contrevenants en justice. En accord avec la perspective de Kiras et de Lessig, il pourrait faire usage de méthodes indirectes. Si le gouvernement fictif décide de procéder par le marché, il peut faire usage de subventions aux

⁵³ James D. KIRAS. « Irregular Warfare : Terrorism and Insurgency », *Strategy in the Contemporary World*, 3^e édition, Oxford University Press, 2009, Oxford, pp. 189 – 201.

⁵⁴ *Id.*

entreprises touchées afin de leur permettre de bonifier leur offre et ainsi contrer l'attrait du piratage. S'il procède plutôt par les normes sociales, il mettra en place une campagne de sensibilisation afin de conscientiser les usagers du réseau aux conséquences de leurs actions. À long terme, cette approche peut affecter l'opinion publique générale du pays, dans la mesure où le gouvernement fictif construit un argumentaire solide et qu'il répond à l'argumentaire des pirates de façon équitable. Finalement, le gouvernement peut passer par l'architecture en imposant aux fournisseurs d'accès Internet sur son territoire la responsabilité de surveiller le trafic sur le réseau connecté aux serveurs pirates et d'en bloquer l'accès pour les citoyens sur son territoire. De cette façon, il devient impossible d'utiliser les serveurs, et supposant une attitude proactive de la part des fournisseurs d'accès, les nouvelles occurrences de tels serveurs pourraient rapidement être bloquées en attendant une innovation technique de la part des pirates.

Dans la perspective de Kiras, il faut aussi considérer l'aspect éthique de la mesure. Afin de s'assurer d'un changement durable du comportement, il faut que les mesures mises en place soient en accord avec les valeurs de la société dans laquelle les mesures sont implantées. L'éthique de l'action devient une variable parasite, un élément qui peut expliquer l'efficacité ou l'inefficacité de l'action gouvernementale en dehors de la grille d'analyse de l'asymétrie telle que proposée par Arregin-Toft. En reprenant l'exemple fictif plus haut, cela voudrait dire que le gouvernement doit s'assurer de l'acceptabilité sociale de la mesure choisie, sans quoi il pourrait faire face à une plus vive opposition et à terme, devoir faire marche arrière sur sa mesure. L'imposition d'une vision unique du droit d'auteur entièrement à l'avantage des détenteurs de droit pourrait évoquer le barbarisme au sens de la grille d'Arregin-Toft.

Dans les approches défensives, la défense directe est une opposition à l'acteur fort par la mobilisation de ses forces armées afin de contrôler le territoire, barrer la route à l'envahisseur et détruire la capacité offensive de l'acteur fort. La cible principale est alors les forces armées de l'acteur en position d'attaque⁵⁵. Dans un conflit politico-juridique, cela implique que les résistants combattent les lois qu'ils jugent injustes devant les tribunaux ou en faisant usage de négociation directe afin de transformer la position gouvernementale. Les pirates peuvent donc tenter de bloquer l'adoption d'une loi, en faire modifier le contenu ou même invalider ladite loi par la voie des tribunaux. Les pirates se retrouvent aussi dans une position de défense directe

⁵⁵ *Ibid.* p. 102.

lorsqu'ils vont défendre devant les tribunaux les personnes sanctionnées par le cadre légal mis en place pour transformer le comportement. Dans le cas de l'objet d'analyse de ce mémoire, les pirates se retrouvent en état de défense directe quand ils tentent d'influencer le processus législatif américain ou se présentent devant les tribunaux pour combattre les lois sur la propriété intellectuelle déjà adoptées ou supporter la défense de pirates soupçonnés.

Le dernier point dans la grille est l'usage des tactiques de guérilla ou l'approche défensive indirecte. Il s'agit de l'usage d'une portion large de la population afin d'imposer des couts politiques, matériels et moraux à l'envahisseur en utilisant des forces armées entraînées pour éviter la confrontation directe. Cette méthode ne vise pas à détruire la capacité physique de combattre de l'adversaire, mais bien sa volonté à mener le combat par des actions ciblées. La guérilla suppose l'existence de sanctuaires où les forces résistantes peuvent se dissimuler et une population les soutenant dans leur action⁵⁶. Un exemple moderne de guérilla est le terrorisme. Le terrorisme ne constitue pas une idéologie moderne, mais bien une méthode d'action, une approche stratégique. Le terrorisme vise, en l'essence, à provoquer la peur dans la population. C'est une attaque directe au moral, souvent par l'intimidation pure ou la force brute⁵⁷. Un attentat à la voiture piégée, par exemple, n'est pas efficace pour neutraliser une division blindée, mais aura un impact fort lorsqu'utilisé dans une population civile. Encore une fois, James Kiras nous rappelle la charge éthique associée aux méthodes indirectes. Les défenseurs doivent avoir le souci de maintenir aux yeux de la population leur légitimité. L'exemple récurant utilisé par Kiras est celui des trois règles et huit remarques de Mao Zedong lors de la révolution communiste en Chine. Ces règles visaient essentiellement à s'assurer de maintenir une supériorité morale face aux adversaires des communistes. On y prescrit, entre autres, de ne pas agir indépendamment de la chaîne de commandement, de ne pas voler le peuple et de ne pas être égoïste ou injuste. On y trouvait aussi des règles générales de bienséance. Par ces instructions, la guérilla communiste a pu maintenir l'appui général de la population et ultimement prendre le contrôle du pays. De la même façon, certains intellectuels djihadistes ont affirmé que la victoire de leur cause était impossible sans l'appui de la population et que l'usage de méthodes répressives et négatives pouvait à long terme nuire plutôt qu'aider la cause. L'éthique et la légitimité de l'acteur faible,

⁵⁶ *Ibid.* P. 102 – 103.

⁵⁷ Jacques BAUD, *La guerre asymétrique ou la défaite du vainqueur*, Éditions du rocher, Paris, 2003, L'art de la guerre, pp. 114 – 120. (210 pages)

comme pour l'acteur fort, sont des facteurs importants dans la capacité à mener une action sur une longue période⁵⁸.

Dans un conflit politico-juridique, les résistants en guérilla évitent de combattre devant les tribunaux ou dans les parlements. Ils s'appuient sur les autres modalités de régulation. Ils s'attaquent au marché, aux normes sociales (ou l'opinion publique) et à l'architecture. S'ils agissent sur le marché, les manifestants feront usage de campagne de boycottage ou de vandalisme pour imposer des coûts physiques ou moraux à leur adversaire. Bien que le vandalisme s'inscrit rarement dans une perspective éthique, il s'agit d'un moyen indirect pour les militants de résister au changement. S'ils agissent sur l'opinion publique, alors ils feront des campagnes de sensibilisation, de la mobilisation, des manifestations et de la désobéissance civile. Le but de ces manœuvres est de changer la perspective de la population afin de mettre de la pression sur le gouvernement ou d'encourager la poursuite du comportement que l'on cherche à proscrire afin de le normaliser. S'ils agissent sur l'architecture, alors les militants vont chercher à transformer la disposition physique des choses afin de permettre ou faciliter la continuation du comportement ciblé par le gouvernement, en créant de nouveaux outils de piratage, par exemple.

Afin de contextualiser l'approche défensive indirecte dans un conflit politico-juridique, reprenons l'exemple fictif des serveurs musicaux pirates. Une population s'opposant à la fermeture de ces serveurs pourrait prendre des moyens directs. Le premier de ces moyens est évidemment de simplement ignorer la loi. Il serait aussi possible de former un groupe de pression afin d'influencer la position du gouvernement afin de légaliser les pratiques d'échanges musicaux en ligne. Contester la loi elle-même devant les tribunaux est une autre mesure envisageable par le groupe. Similairement, ils ont l'option de mettre leurs ressources en commun pour défendre en cour les individus sur le banc des accusés. S'ils choisissent plutôt des moyens indirects, les options sont encore diverses. Premièrement, ils pourraient agir sur le marché en boycottant les entreprises supportant la position gouvernementale. Cette méthode est surtout efficace lorsque des poursuites sont intentées par ces entreprises en vertu de la loi afin de les encourager à abandonner les procédures. Deuxièmement, ils seraient à même de mener une campagne de sensibilisation afin d'amasser le support de la population locale. Cette campagne aurait la forme d'un message publicitaire, d'une manifestation dans la rue, d'un acte de désobéissance civile ou

⁵⁸ James D. Kiras, *Ibid.*

de toute autre action qui donnerait de la visibilité et de la légitimité à leur cause. Finalement, les manifestants pourraient agir sur l'architecture même pour faciliter le contournement de la loi en faisant, par exemple, multiplier les serveurs en place ou en les déplaçant à l'extérieur de la juridiction de l'État afin de continuer leurs activités illégales.

Résultat projeté de la confrontation entre pirates et gouvernement

		Pirates		
		Approche directe	Approche indirecte	Approche mixte
Gouv.	Approche directe	Victoire gouv.	Victoire pirates	Victoire pirates
	Approche indirecte	Victoire pirates	Victoire gouv.	Victoire pirates
	Approche mixte	Victoire gouv.	Victoire gouv.	Variable

Le tableau ci-dessus illustre la dynamique des approches dominantes. Dans le modèle d'Arregín-Toft, on suppose que si l'acteur puissant se retrouve en situation d'asymétrie stratégique, il sera dans une situation de défaite. Pour vaincre, l'acteur puissant doit affronter son adversaire plus faible par une approche stratégique symétrique. Cette grille est bien évidemment dynamique : les acteurs peuvent se déplacer dans la grille afin de maintenir ou briser une situation stratégique de symétrie ou d'asymétrie. L'acteur ayant la main haute n'est donc pas celui qui s'en tient à une approche stratégique, mais bien celui qui parvient à maintenir une situation d'asymétrie ou de symétrie stratégique le plus longtemps possible. Cela demande une bonne compréhension de la dynamique conflictuelle et de son adversaire. Naturellement, il est possible pour chacun des acteurs d'employer un mélange d'approches directes et indirectes. Dans le cas d'une approche mixte, il est nécessaire de considérer le poids de chacune des mesures. Ainsi, si le gouvernement a une approche mixte, et que les pirates informatiques ont une approche indirecte, les méthodes indirectes du gouvernement devraient être efficaces contre l'approche des pirates, les mesures directes ayant un impact moindre. L'approche mixte pourrait sembler la plus prudente, mais si la grille d'analyse s'avère fonctionnelle, elle serait plutôt inefficace en divisant les efforts. L'idéal est pour l'acteur fort de maintenir la symétrie et l'acteur faible de la briser.

2.2. Approche dominante du gouvernement américain et des pirates

Le modèle théorique clarifié, il faut maintenant placer nos acteurs à l'intérieur de ce modèle. Dans un premier temps, l'évolution de la loi touchant au droit d'auteur aux États-Unis sera tracée. À travers cet historique, il sera possible de définir le contexte légal dans lequel les acteurs doivent évoluer. Il sera donc facile de déterminer si l'approche des différents acteurs passe par la loi ou une autre modalité. Dans un deuxième temps, les cas les plus significatifs de lutte au piratage seront mis à l'étude. L'importance de chaque cas sera établie pour ensuite positionner chacun des acteurs face à ces cas. Les événements retenus pour cette recherche sont les procès contre les pirates John Johansen et Dmitry Sklyarov, les procès contre Napster et The Pirate Bay et finalement toute la saga juridique et policière qui a entouré la fermeture de Megaupload. Chacun de ces cas fut l'objet d'un battage médiatique important et est suffisamment documentés pour permettre une analyse précise. Dans un dernier temps, la tentative de mettre à jour les lois de piratage au début de la décennie 2010 sera mise à l'étude. Deux projets de loi, la SOPA (Stop Online Piracy Act) et la PIPA (Protect IP Act), seront présentés afin de permettre à la loi de mieux répondre aux actions des pirates.

2.2.1. L'évolution législative du droit d'auteur aux États-Unis

La longue histoire du droit d'auteur aux États-Unis commence avec la fondation du pays. Dans le texte original de la Constitution, on retrouve à l'article 1, 8^e paragraphe de la 8^e section, le texte suivant :

De faire la promotion du progrès des sciences et des arts utiles, en sécurisant pour un temps limité pour les auteurs et inventeurs les droits exclusifs de leurs écrits et découvertes respectifs⁵⁹;

Afin de placer cet article dans son contexte, l'article 1 de la Constitution américaine porte sur le pouvoir législatif. La section 8, elle, porte sur les pouvoirs spécifiques du Congrès américain. La tâche revient donc à la Chambre des représentants et au Sénat d'établir un équilibre entre la protection des auteurs et l'accès à l'information. À la base même de la conception de l'État

⁵⁹ Traduction libre de : « To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries; ». *Constitution des États-Unis d'Amérique*, art. 1, section 8, par. 8 [en ligne] http://www.usconstitution.net/xconst_A1Sec8.html (consulté le 2 mars 2013).

américain, dans la première version officielle de son document fondateur, on retrouve le droit d'auteur. Cette conception découle directement du Statut d'Anne de 1710 qui va installer dans l'empire anglais une vision uniforme du droit d'auteur⁶⁰. La Constitution vient donc confirmer le maintien d'un régime imposé sous tutelle anglaise. En l'essence, le texte fondateur du pays impose au gouvernement de se faire le juge et le gardien d'un équilibre entre les incitatifs financiers des inventeurs et le libre accès à l'information par le public. La première loi articulant cette disposition de la Constitution accorde une préséance nette au libre accès à l'information : en 1790, n'est protégée qu'une invention non publiée. Une fois dans le domaine public, l'accès à l'information est libre. Les sanctions sont aussi au minimum alors que la notion de punition criminelle est absente de la loi⁶¹. Puis, à partir de cette date, le gouvernement américain fera une transition tranquille vers la criminalisation du vol de propriété intellectuelle et du même coup, penchera de plus en plus du côté des inventeurs quant à son devoir de maintenir un équilibre entre les intérêts des parties⁶². Il y a une crainte fondamentale dans le système judiciaire américain, initialement, que le droit d'auteur, s'il est appliqué trop sévèrement, amènera inéluctablement à une situation de monopole néfaste pour les affaires et le développement du pays⁶³. On associe alors le monopole aux prérogatives royales sous l'empire anglais, chose que le gouvernement américain tentait de fuir en déclarant son indépendance⁶⁴.

La rhétorique de l'industrie change au début du 20^e siècle avec la popularisation du vinyle. C'est à partir de ce moment que le piratage en matière musicale commence à prendre de l'ampleur. Les entreprises de distribution musicale souffrent de la production clandestine de disques de compilations. Ces copies jouissent donc de l'investissement des compagnies de disque en publicité pour l'auteur, mais en copiant le contenu, évitent entièrement d'en assumer les coûts. Les chiffres de l'époque supposent qu'un disque coûte entre trois et quatre fois plus cher en publicité qu'en production. Le droit d'auteur se présente alors comme un outil pour protéger les investissements d'une industrie américaine en forte effervescence. Malgré ce changement de rhétorique, la crainte

⁶⁰ Alex S. CUMMINGS, « From Monopoly to Intellectual Property: Music Piracy and the Remaking of American Copyright, 1909-1971 », *The Journal of American History*, décembre 2010, p. 661.

⁶¹ Auteurs Anonymes, « The Criminalization of Copyright Infringement in the Digital Era », *Harvard Law Review*, Vol. 112, No. 7, Mai 1999, pp. 1706 – 1707.

⁶² *Ibid.* p. 1707.

⁶³ *Ibid.* pp. 661 – 665.

⁶⁴ Christopher JENSEN, « The More Things Change, the More They Stay the Same : Copyright, Digital Technology and Social Norm », *Stanford Law Review*, Vol. 56, No. 2, Novembre 2003, p.541.

du monopole va maintenir un droit d'auteur relativement limité, où tout ce qui n'est pas explicitement sujet à la loi sur le droit d'auteur tombe dans le domaine public⁶⁵. Il y a indéniablement un biais favorable à l'accès à l'information jusqu'au milieu de la décennie 1960.

À partir de 1966, les États-Unis voient naître la cassette compacte de Philips, ainsi que les cassettes quatre et huit pistes. L'évolution des médias va permettre la création du piratage à l'échelle individuelle, ce qui le transforme en un enjeu de taille. La loi va se durcir initialement au niveau des États américains. C'est aussi à ce moment que l'accent va passer de l'auteur à la compagnie de distribution. Les compagnies de disques, ayant depuis longtemps vendu les droits entre elles pour des pièces musicales, veulent officialiser une pratique *de jure* ayant depuis longtemps cours *de facto*. Les compagnies de disque poussent les États à agir afin de contourner la nécessité constitutionnelle d'avoir une date de fin à un droit d'auteur. La Cour suprême des États-Unis a avalisé cette approche en confirmant que les États n'avaient, de fait, pas l'obligation de légiférer en concordance avec l'article 1 de la Constitution américaine. Afin de convaincre le gouvernement et le peuple du bien-fondé de cette approche, l'industrie a sorti des chiffres selon lesquels seulement un disque sur dix rapportait un revenu suffisant pour compenser les coûts de production et de publicité. Si le piratage devait être toléré, il serait impossible pour l'industrie de survivre, et donc pour les artistes américains de percer. Le droit d'auteur était alors présenté comme une condition obligatoire pour compenser les risques de l'industrie⁶⁶. La victoire au niveau des États sera la pente glissante qui fera changer l'approche du Congrès par rapport à l'épineux problème du droit d'auteur.

C'est aussi à partir de ce moment que le vocable « propriété intellectuelle » fait surface⁶⁷. Ce terme va permettre d'unir sous une même bannière artistes, distributeurs et compositeurs afin de former un bloc de revendication. Avant, chacun de ces acteurs avait son propre intérêt à cœur. La propriété intellectuelle va aussi permettre d'inclure les autres industries créatrices dans le camp des revendicateurs. L'année 1971 marque aussi le moment où l'enregistrement du son sans l'accord de l'auteur devient criminel. En 1974, les sentences liées à l'enregistrement sont alors lourdement augmentées devant une crainte que le profit retiré par l'enregistrement soit plus grand que les peines possibles. À cette époque, n'est illégal que l'enregistrement effectué dans le but de

⁶⁵ *Ibid.* pp. 665 – 670.

⁶⁶ *Ibid.* pp. 670 – 675.

⁶⁷ *Ibid.* pp. 675 – 679.

généraliser un profit. Le particulier faisant des copies sans chercher le profit n'est pas visé par la loi⁶⁸. L'approche du gouvernement est alors de créer un cadre légal avec de lourdes sentences afin de décourager les malfaiteurs par la menace. On cherche à créer un effet dissuasif pour protéger une industrie florissante et emblématique aux États-Unis. En 1976, la loi prévoit des sentences aussi élevées que 50 000 \$ et deux ans de prison, en plus de forcer la destruction des copies illégales⁶⁹.

La crise économique qui traversera les États-Unis dans la décennie 1980 va permettre de donner de nouvelles munitions aux défenseurs de la propriété intellectuelle. L'économie américaine connaît à cette époque un changement, passant d'une économie manufacturière à une économie de services. La culture devient un produit exportable au cœur même d'une nouvelle économie qui assurera la sortie de crise. Les gouvernements de Ronald Reagan et Bill Clinton vont placer la ligne dure de la protection du droit d'auteur au centre des négociations commerciales des États-Unis⁷⁰. Du pays développé avec les lois les plus permissives au monde, les États-Unis vont prendre une tournure beaucoup plus ferme. Le droit d'auteur devient un outil de protection de l'économie américaine au sens large. La propriété intellectuelle devient le terme globalement accepté. Ce terme va permettre de contourner la Constitution de nouveau. Si tout ce qui échappe à la spécificité de la loi doit tomber dans le domaine public, le terme « propriété intellectuelle » permet d'inclure une immense variété de produits culturels et technologiques dans le régime du droit d'auteur américain. En d'autres mots, comme le terme « propriété intellectuelle » inclut toute production de l'esprit (musique, film, logiciel, etc.), il ne reste pratiquement aucune production qui n'est pas sujette à la loi sur le droit d'auteur. La cour va même aller jusqu'à permettre la protection de matériel génétique ou d'œuvres n'ayant jamais été enregistrées au bureau des brevets⁷¹. La loi semble alors largement favoriser les entreprises avant tout autre acteur de la société américaine.

Ce changement de rhétorique au niveau de l'État sera accompagné d'un progrès dans la sévérité des sanctions. Dès la décennie 1980, la distribution sans accord de l'auteur devient alors illégale dans le domaine du cinéma, du son et des images. Ces changements sont motivés par l'évolution

⁶⁸ Auteurs Anonymes, *Loc. Cit.* p. 1707 – 1708.

⁶⁹ *Ibid.* p. 1708 -1709.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*

de la technologie, qui permet alors d'enregistrer facilement un contenu sans accord de l'auteur pour ensuite le distribuer illicitement⁷². La décennie 1990 élargira encore l'application de la loi. Désormais, le contrevenant sera sujet aux sanctions prévues par la loi dès qu'il aura passé un certain seuil de copies, toujours dans le but d'en tirer un profit. On y inclut aussi la copie de logiciels, qui à l'époque provoque des pertes faramineuses pour cette industrie en effervescence. Les sentences sont aussi radicalement augmentées, l'amende pouvant aller jusqu'à 250 000 \$, accompagnée d'une sentence maximale de 5 ans de prison⁷³.

Si la loi américaine semble dure à la fin du 20^e siècle, il n'en est pas différent dans le reste du monde développé. Avant 1976, les Américains ont le régime de droit d'auteur le plus permissif. En Europe, on est déjà habitué à un régime qui concède pour un minimum de 50 ans après le mort de l'auteur les droits exclusifs sur son œuvre. Même sous le nouveau régime tout aussi dur, le gouvernement américain ne perd pas de vue sa responsabilité de permettre la diffusion de l'information. Il codifie explicitement le droit à la copie à travers la doctrine de l'usage raisonnable (« fair use » en anglais)⁷⁴. Le gouvernement tente ainsi de respecter l'esprit de la Constitution. L'industrie du disque, jumelée aux autres acteurs tirant bénéfice de ce régime légal, est parvenue à convaincre la majorité de la population américaine qu'un régime sévère était nécessaire à la santé économique des États-Unis dans un monde culturel en changement.

L'entrée dans l'ère numérique n'a pas renversé la lourde tendance établie depuis la fondation du pays. L'avènement de la contreculture du piratage informatique fait du bris de droit d'auteur un défi, une bravade, une forme de contestation de l'ordre établi. La notion de la recherche du profit par le piratage s'en trouve partiellement évacuée. C'est le sens du défi qui motive. La loi montre ainsi sa faiblesse. Un étudiant du MIT, David LaMacchia, échappera aux lourdes sentences prévues par la loi, car son serveur permettant de télécharger nombre d'œuvres piratées est accessible gratuitement. Sans la motivation du profit, la loi perd essentiellement toutes ses dents. Dès lors, les juges américains expriment leur inquiétude quand à l'avènement de lois qui criminaliseraient le piratage d'une seule œuvre à des fins personnelles. L'argument contre une

⁷² *Ibid.* p. 1710.

⁷³ *Ibid.* pp. 1711 – 1712.

⁷⁴ *Ibid.* pp. 679 – 681.

telle évolution est l'impossibilité physique de poursuivre un groupe aussi large de contrevenants⁷⁵.

En 1997, le piratage sans recherche de profit est rendu illégal sous l'impulsion du *Criminal Copyright Improvement Act* en conjonction avec le *NET Act*. Ces lois vont aussi considérer la distribution d'une œuvre gratuitement comme une forme de profit : comme la personne évite une dépense en se procurant l'œuvre piratée, la loi considère qu'il s'agit d'une forme de profit. Toutes personnes faisant la copie de documents protégés par la loi sur les droits d'auteur pour plus de 180 jours et cumulant plus de 1000 \$ en valeur deviennent sujettes aux sanctions de la loi. Il est maintenant possible de poursuivre une personne pour des infractions commises jusqu'à cinq ans auparavant, plutôt que trois. Sous l'impulsion de sénateurs inquiets de l'ampleur de la loi, il est spécifié qu'il doit y avoir une intention d'enfreindre la loi, et non simplement une intention de copier⁷⁶. On évite ainsi de rendre la copie de sauvegarde illégale.

C'est le 28 octobre 1998 qu'est adoptée la loi qui régit encore aujourd'hui l'administration des droits d'auteur dans le domaine numérique : le *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA). Suite à une conférence internationale de l'Organisation mondiale de la Propriété intellectuelle (OMPI, ou WIPO sous son acronyme anglais), les États-Unis mettent en œuvre cette loi qui vise essentiellement à ratifier les dispositions prises dans deux accords construits au terme de cette conférence⁷⁷. Il faut donc comprendre que les termes acceptés dans cette loi le sont aussi au niveau des États membres de l'OMPI. La loi rend illégales toutes mesures visant à outrepasser un mécanisme protégeant une œuvre sujette à la loi sur les droits d'auteur. Par exemple, un pirate fabriquant un logiciel générant des clefs de produit pour un logiciel donné serait un criminel au sens du DMCA. C'est aussi la naissance du « Fair Use » (ou usage raisonnable, en français). Conscient que la loi a, depuis ses débuts, cherché à donner un incitatif plus fort aux créateurs, le DMCA prévoit une compensation pour le public. L'usage raisonnable permet d'utiliser un contenu acquis légalement comme tremplin à la création. Ainsi, il n'est pas illégal d'utiliser une image ou un vidéo dans le but de produire une satire ou une critique. Pas plus qu'il n'est illégal de produire un module à partir d'une œuvre existante⁷⁸. Par exemple, le module « Counter

⁷⁵ *Ibid.* pp. 1712 – 1715.

⁷⁶ *Ibid.* pp. 1715 – 1716.

⁷⁷ *Ibid.* pp. 1717 – 1718.

⁷⁸ *Ibid.* p. 1718.

Strike » produit à partir de l'engin du jeu « Half-Life » ne constitue pas un bris du droit d'auteur. Il s'agit d'une œuvre originale, initialement produite sans recherche de profit et sans donner accès au jeu d'origine aux usagers du module. À l'origine, chaque personne voulant jouer à « Counter-Strike » doit d'abord se procurer le jeu « Half-Life », protégeant ainsi l'incitatif financier du producteur original du jeu, soit la compagnie Valve.

Que contient le DMCA exactement? Dans un premier temps, il s'agit de la ratification de deux traités de l'OMPI, soit le traité sur le droit d'auteur et le traité sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes. Les deux traités sont signés en décembre 1996. Le premier traité vise à uniformiser les pratiques de défense des droits d'auteur à un niveau international devant les avancées techniques du monde de l'informatique. Le traité affirme que les programmes informatiques doivent être considérés comme étant des œuvres littéraires au sens de la Convention de Berne, qui chapeaute le présent traité. Le traité sur les droits d'auteur assure aussi que chaque État signataire met en place des lois qui sanctionneront au niveau criminel ou civil, toute infraction aux droits d'auteur. Les États signataires sont par contre laissés libres des moyens précis à prendre. L'auteur original est reconnu comme étant le propriétaire des droits sur son œuvre, et seul l'auteur peut se départir de ses droits. Le traité met aussi en place un comité permanent se réunissant minimalement tous les deux ans pour discuter des enjeux entourant la convention. En l'essence, le traité vise à créer une législation relativement uniforme à travers les États membres afin de faire front commun au piratage informatique. On y cite la nécessité de protéger les droits d'auteur afin d'encourager l'épanouissement de l'inventivité humaine. Malgré le fait qu'il en soit ainsi déterminé dans le préambule, aucune disposition précise du traité ne vise à protéger spécifiquement le public et la communauté académique dans son droit à l'accès à l'information⁷⁹.

Le second traité, celui sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, assure que les États membres accordent les mêmes droits aux producteurs d'œuvres culturelles et qu'ils assurent au niveau national la protection de ces droits. En d'autres termes, le traité assure qu'il n'y a pas de délégation formelle de pouvoirs à un niveau supranational. On y assure que les auteurs pourront jouir des retombées économiques de leurs œuvres et que leur distribution, leur location, leur reproduction et leur disponibilité demeurent la prérogative de l'auteur. Ainsi, rendre

⁷⁹ OMPI, *Traité de l'OMPI sur les droits d'auteur*, Genève, 20 décembre 1996, pp. 1 – 9.

disponible une œuvre sans accord de l'auteur devient illégal au sens du traité. L'auteur est aussi en droit d'obtenir une rémunération lorsqu'il choisit de distribuer son œuvre. Les États membres sont en droit de maintenir les exceptions déjà prévues dans leur loi nationale, mais ces exceptions ne peuvent pas aller contre l'esprit global du traité. Le traité fixe aussi la durée d'un droit d'auteur à un minimum de 50 ans, supposant qu'un État pourrait décider d'étendre cette protection au-delà de cette prescription. Les États membres ont l'obligation au sens du traité de mettre en application celui-ci contre ceux qui contreviennent à ses dispositions. Il doit être reconnu comme illégal d'altérer un mécanisme de protection ou d'identification des droits d'auteur ou de contrevenir aux droits octroyés à l'auteur dans les dispositions précédentes⁸⁰. Ce traité établit pour la première fois une série de dispositions spécifiquement conçues pour contrer les effets de l'avancement technologique et de la montée rapide du piratage informatique.

Le DMCA lui-même vise la mise en œuvre de ces traités en plus d'une mise à jour du régime des droits d'auteur aux États-Unis. La loi reconnaît, entre autres, la protection des droits des auteurs non-citoyens des États-Unis, mais citoyens d'un autre État membre de l'OMPI. Les textes des deux traités y sont ratifiés dans leur ensemble. La loi fait la distinction entre l'accès illégal à une œuvre et sa copie. La création d'outils pour chacune de ces actions est illégale, mais l'acte de copier illicitement n'est pas illégal en soit : c'est l'accès non autorisé qui est sujet à sanctions. Cette disposition vise à protéger le public dans la perspective de l'usage raisonnable établie plus tôt. Il faut exclure de ces mesures toutes activités policières ou gouvernementales. Les exceptions incluent aussi l'usage par des bibliothèques sans but lucratif, les visées pédagogiques, l'ingénierie inverse, la recherche sur le cryptage, la protection des mineurs, la protection de la vie privée et les tests de sécurité. La loi prévoit que l'application du DMCA soit faite par l'impulsion de parties dont les droits ont été brimés au sens de la loi. Par contre, un contrevenant peut plaider qu'il n'était pas au courant qu'il brimait un droit d'auteur établi. Cette partie de l'application est réglée au civil. Si la loi est transgressée dans le but de générer un profit, alors l'offense devient criminelle. Une première offense est passible d'une amende allant jusqu'à 500 000 \$ et cinq ans de prison. Les offenses subséquentes peuvent mériter une amende allant jusqu'à 1 000 000 \$ et

⁸⁰ OMPI, *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, Genève, 20 décembre 1996, pp. 1 – 13.

dix ans de prison. Les bibliothèques et institutions académiques sont toujours exemptes de poursuites criminelles (mais pas civiles)⁸¹.

Au-delà de la ratification de ces deux traités, le DMCA prévoit un certain nombre de mesures et dispositions par rapport au piratage qui s'ajoutent aux mesures déjà citées. Le DMCA rend responsables les fournisseurs d'accès Internet pour l'usage de leurs services à des fins de piratage. Sous mandat de la cour, pouvant être demandé par une partie dont les droits auraient été transgressés, un fournisseur d'accès Internet peut être obligé de divulguer des informations visant à identifier un contrevenant. Cette disposition ne permet pas une surveillance active des usagers, seulement l'usage d'informations normalement recueillies. La loi protège aussi les fournisseurs d'accès contre d'éventuelles poursuites : fournir un accès Internet à une personne ne rend pas le fournisseur responsable de son usage à moins qu'il ne prenne une part active dans les opérations de piratage. Un fournisseur ne peut pas non plus être considéré comme un contrevenant à la loi si un document demeure dans sa mémoire cache même si ce document a été acquis illégalement. Encore une fois, cette exemption n'est valide que si le fournisseur n'entreprend pas d'actions conscientes afin de préserver un tel document dans sa mémoire cache. Le fournisseur est aussi protégé contre les poursuites liées à des sites hébergés sur ses serveurs. Il ne doit pas par contre être au courant des activités illicites menées sur de tels sites, sans quoi il doit dénoncer les contrevenants et bloquer l'accès au contenu illégal sous peine de poursuites. Les mêmes dispositions sont applicables à des hyperliens menant vers des sites contenant du contenu piraté. La loi prévoit aussi des exceptions pour les techniciens informatiques qui peuvent copier leurs outils logiciels afin de procéder à la réparation ou la maintenance d'un système informatique. La loi contient d'autres dispositions touchant la diffusion radiophonique et télévisuelle, mais elles sont peu pertinentes pour le présent mémoire⁸².

Le DMCA établit très clairement l'approche dominante de l'État américain d'un point de vue théorique. La loi suppose que les personnes brimées dans leur droit fassent elles-mêmes les démarches pour obtenir réparation. L'État s'implique seulement lorsque les contrevenants agissent dans le but de générer un gain monétaire. De plus, la loi vise une autorégulation du cyberespace à travers les fournisseurs d'accès Internet qui doivent assurer la pérennité du régime

⁸¹ Gouvernement des États-Unis, *The Digital Millenium Copyright Act of 1998 : U.S. Copyright Office Summary*, décembre 1998, pp. 1 – 8.

⁸² *Ibid.* pp. 9 – 18.

des droits d'auteur américains dans le cyberspace. On demande à ces fournisseurs de bloquer l'accès au contenu illégal et non de mener devant les tribunaux les contrevenants. Cette approche correspond à ce que Lawrence Lessig décrit comme une approche par l'architecture et le marché. En passant par les fournisseurs d'accès, on veut rendre impossible le piratage en forçant les fournisseurs d'accès à agir. C'est une limite imposée sur l'architecture du cyberspace. Cette mesure est assurée par un cadre légal qui permet la poursuite des fournisseurs d'accès Internet. En encourageant les auteurs à faire eux-mêmes les démarches légales quand leurs droits sont brimés, on fait appel à une régulation par le marché. Mais comme cette régulation est applicable par le truchement des tribunaux, elle reste une mesure directe. Dans les deux cas, l'usage d'une approche directe vise à assurer la mise en œuvre d'un moyen indirect. L'approche dominante américaine devient-elle alors mixte, indirecte ou directe? L'hypothèse suppose que l'approche américaine est directe. Or, la réalité est plus complexe. La sanction reste le mécanisme fondamental derrière l'application de la loi, mais les dispositions touchant aux poursuites civiles et aux fournisseurs d'accès Internet sont caractéristiques d'une approche indirecte. Comme les tribunaux restent le moyen ultime d'arrêter les contrevenants, l'approche du DMCA sera définie comme étant une approche mixte à dominance directe au niveau théorique.

Il est aussi important de noter l'influence marquée des entreprises du milieu créatif dans l'histoire du droit d'auteur aux États-Unis. Il semble clair qu'une frange importante du milieu des affaires a sa main dans le processus et y pousse pour des mesures législatives permettant aux entreprises de chercher réparation à travers l'appareil juridique.

2.2.2. John Johansen et DeCSS

Le cadre légal maintenant en place, regardons les cas phares d'application de la loi. Un des premiers cas à se retrouver devant les tribunaux sous l'égide du DMCA est Jon Johansen en 2002⁸³. Ce jeune norvégien fut arrêté dans son pays sous l'égide d'une loi similaire au DMCA et construite selon les termes des accords de l'OMPI précédemment cités. Le jeune programmeur est l'esprit derrière la création du logiciel DeCSS. Ce logiciel a pour but de décrypter le système d'encodage CSS qui, à l'époque, était le moyen le plus utilisé pour protéger le contenu de DVD cinématographiques. Avec ce logiciel, le contenu de ces DVD pouvait être numérisé et

⁸³ E. Gabriella COLEMAN, *The Social Construction of Freedom in Free and Open Source Software : Hackers, Ethics, and the Liberal Tradition*, Thèse déposée à l'Université de Chicago, département d'Anthropologie, Aout 2005, pp. 1 – 16

transformé en un format numérique et donc, facilement échangeable. Or, au sens du DMCA, la confection et la distribution d'un logiciel dont la fonction précise est de contourner un mécanisme de protection des droits d'auteur entre en confrontation directe avec la loi. De plus, toute organisation faisant la distribution du logiciel devenait également punissable par la loi. Trois organisations furent ainsi touchées par des poursuites, incluant l'organisation 2600, un magazine important de la communauté pirate à l'époque⁸⁴. La problématique alors soulevée est de taille : Jon Johansen base sa défense sur la clause d'usage raisonnable. Son raisonnement veut qu'il ne soit pas possible d'à la fois interdire le décryptage d'œuvres, mais d'en permettre l'usage segmenté pour la création d'autres œuvres. Par exemple, une personne faisant une critique d'un film est autorisée à en utiliser des sections, mais il lui est impossible de séparer le fichier enregistré sur DVD sans faire usage d'un logiciel illégal tel que DeCSS. Dans ce contexte, la doctrine d'usage raisonnable est carrément inopérante. En définitive, la justice américaine, en s'appuyant sur la justice norvégienne dans le cas de Johansen, affirmera que les contradictions dans la loi ne sont pas l'affaire des tribunaux, mais du pouvoir législatif, et que la loi sera appliquée telle qu'elle⁸⁵.

En réponse au procès contre Johansen, la communauté pirate s'organise rapidement pour protester. On exige que le code d'un programmeur soit considéré comme une application de la liberté d'expression, et donc protégé au sens de la déclaration universelle des droits de l'Homme. Des milliers de sites web sont mis en ligne pour défendre le jeune Johansen et expliquer le fonctionnement du DMCA ainsi que l'histoire du droit d'auteur aux États-Unis. Un mouvement formel pour la libération de Johansen est aussi lancé. Une multitude de pirates commencent aussi à mettre en ligne des variations du programme DeCSS dans le cyberspace : il est codé dans différents langages, on en fait même de la poésie et on vend des produits arborant le code du programme maintenant célèbre. Comme la transmission de ce code est illégale au sens du DMCA, il s'agit d'un acte de désobéissance civile à large échelle. La communauté prétend défendre son mode de vie. On voit par ces formes de protestations poétiques la nature même du mouvement des pirates au début de la décennie 2000. Même à cette époque charnière, la

⁸⁴Auteur Anonyme, « Copyright Law. District Court Holds That Website's Posting of and Linking to Code That Decrypts DVD Copyright Protection Technology Violate Digital Millennium Copyright Act. Universal City Studios, Inc. V. Reimerdes, 111 F. Supp. 2d 294 (S. D. N. Y. 2000), Appeal Docketed, No. 00-9185 (2d Cir. Sept. 19, 2000) Reviewed Works », *Harvard Law Review*, Vol. 114, No. 4, Février 2001, pp. 1390 – 1397.

⁸⁵*Ibid.*

population au sens large est peu impliquée dans le débat. La résultante n'en est pas moins l'abandon des poursuites. Dans les cercles légaux, nombreux sont les experts qui vont prêter main forte à Johansen afin de protéger la philosophie « open source » au cœur de la culture pirate⁸⁶. « Open source » est une philosophie selon laquelle le travail d'un programmeur ne doit pas être fait pour le profit, mais pour l'avancement de l'humanité. Ainsi, les logiciels dits « open sources » sont généralement gratuits et le code n'est pas crypté pour permettre à d'autres de construire sur la base de ce code. Il va sans dire que les auteurs de programmes « open source » ne revendiquent pas leurs droits d'auteur sur leurs œuvres. Ils démontrent ainsi qu'il est possible de stimuler les inventeurs sans la promesse de rémunération, mais plutôt par l'intérêt et la recherche de la notoriété ou du sens de dépassement de soi⁸⁷. Cette philosophie est mise de l'avant pour gagner l'appui populaire.

En définitive, la plainte déposée contre Jon Johansen sera retirée : DeCSS est un programme gratuitement distribué et dont le code source est ouvert à tous. Sans volonté de faire un profit, les accusations criminelles tiennent sur peu de choses. Jon Johansen sera acquitté au niveau criminel en 2003. De plus, le plaignant retirera sa plainte contre le jeune norvégien, faisant aussi tomber les accusations civiles.⁸⁸

Ce cas précis semble montrer une asymétrie stratégique. Le cas place une offensive juridique classique devant un pirate seul, John Johansen. L'État fait une offensive en cour, la communauté pirate utilise des moyens hors-cour pour influencer le processus et la finalité est un échec de l'État. Or, il y a une nuance importante. Dans le cas du procès criminel, c'est une défense directe qui a permis au jeune pirate d'être acquitté. Il a obtenu une aide juridique importante de sa communauté et a démontré que sans le désir de profit, il n'était pas possible de l'accuser. Or, au civil, ce sont les actes de désobéissance civile et les différentes manifestations de sympathies qui ont permis l'abandon des procédures. Il est donc manifeste que si les pirates touchés par une poursuite ont un réel point de droit pour se défendre, la défense directe est certainement efficace. C'est en l'absence d'un argument légal, et devant une situation jugée injuste, que la défense indirecte devient un moyen plus efficace de renverser une situation.

⁸⁶ E. Gabriella COLEMAN, *Loc. Cit.* pp. 1 – 16.

⁸⁷ *Ibid.* pp. 43 – 55.

⁸⁸ E. Gabriella COLEMAN, *Loc. Cit.* pp. 1 – 16.

2.2.3. Dmitry Sklyarov et AEBPR

Le procès de Dmitry Sklyarov en 2001 et 2002 aux États-Unis aura aussi un impact important dans la communauté virtuelle et légale. Sklyarov est un programmeur russe arrêté en sol américain au moment d'une conférence de pirates annuelle nommée Defcon. Jamais dans l'histoire de cette convention la police n'était intervenue pour procéder à des arrestations malgré la nature de l'évènement. Dans la communauté, il s'agit de la rupture d'une entente tacite entre les forces de l'ordre et la communauté pirate. Le programmeur est accusé d'avoir aidé au développement de l'application Advanced eBook Processor (AEBPR) pour le compte de son employeur Elcomsoft. Ce logiciel permet de prendre le format eBook, format propriétaire d'Adobe, et de le transformer dans le format standard et libre de droits : le PDF. Les documents deviennent alors facilement distribuables et surtout éditables. Au sens du DMCA, il s'agit d'une autre application permettant de contourner un mécanisme de protection des droits d'auteur. Or, comme le logiciel est développé sous l'égide d'une entreprise, Dmitry Sklyarov n'est pas dans une situation où la recherche de profits est absente. Adobe mène alors la charge légale contre le programmeur avec toutes les bonnes justifications légales.

Si Sklyarov reçoit aussi un fort appui dans la communauté, c'est en partie dû à la façon dont il a été arrêté. En réponse à cet affront, une campagne pour libérer Sklyarov (appelée Free Dmitry) est lancée. Encore une fois, la communauté est fortement impliquée dans nombre d'actions de contestation, souvent à caractère humoristique. La nouveauté dans la forme que prend la résistance est un appel au boycottage des produits Adobe. Lawrence Lessig parlera publiquement contre ce qu'il considère une dangereuse dérive vers des lois commanditées par de puissants lobbys qui, plutôt que de stimuler l'inventivité, la juggle. Après cinq jours de protestations inventives dirigées contre Adobe, incluant une manifestation devant son siège social, le géant du logiciel retire sa plainte, mettant fin au procès civil⁸⁹. Au criminel, l'employeur de Dmitry Sklyarov, Elcomsoft, sera acquitté en 2002⁹⁰.

Encore une fois, la communauté pirate fait usage d'une forme de résistance mixte. Le procès criminel sera remporté grâce à une résistance directe, mais elle sera aussi appuyée par un mouvement de protestation et un boycott. L'usage du boycott est l'élément nouveau. Comme la

⁸⁹ *Ibid.* pp. 17 – 21.

⁹⁰ *Ibid.* pp. 17 – 21.

motivation d'Adobe pour mener la charge juridique est une perte de profit perçu, il devient intenable pour la compagnie de maintenir sa poursuite devant la pression économique du boycott. La communauté pirate, qui alors comprend beaucoup de spécialistes utilisant les produits Adobe, tient un as dans son jeu. Le succès de la manœuvre est autant une incapacité de la part de l'entreprise de vaincre avec sa stratégie directe (une victoire légale ne garantit pas la fin du boycott) qu'un habile usage des ressources à la disposition de la communauté pirate. Il est donc non seulement important d'affronter son adversaire avec une stratégie asymétrique, mais aussi de choisir un moyen qui aura un réel impact sur l'opposant.

2.2.4. Les logiciels d'échange et Napster

Si les deux premiers cas mettent de l'avant des pirates et leur travail, les deux prochains cas traitent d'outils de piratage à grande échelle. Le logiciel Napster fait son entrée dans le cyberspace en 1999. Il s'agit d'une application permettant le partage de fichiers, entre autres musicaux, à travers une architecture de pair à pair, c'est-à-dire s'appuyant sur la mise en réseau de différents postes de travail, permettant l'interrelation de leur contenu et leur partage rapide. La particularité de Napster est que sa conception même fut articulée dans le but de contourner les dispositions du DMCA. Les contraintes légales et techniques étaient toutes aussi importantes dans la tête de son auteur principal, Shawn Fanning⁹¹. C'est un signe important d'une confrontation entre l'État et la communauté virtuelle à travers l'architecture logicielle du cyberspace. Le cas de Napster va créer une onde de choc culturelle et économique. La façon de consommer la musique à partir de ce moment va radicalement changer. On peut maintenant facilement et gratuitement télécharger une œuvre. On peut choisir de ne prendre qu'une seule pièce d'un album. On peut le faire sans quitter son domicile, voire sa chaise. Du côté de Napster, on affirme que cela aide l'industrie en permettant à chacun d'échantillonner plus de musique, ce qui augmente la consommation générale. Du côté de l'industrie, on voit plutôt un déclin de la consommation, car on ne considère pas le téléchargement de pièces seules comme un échantillonnage, mais bien comme une perte de revenu. De grands noms de l'industrie telle que Lars Ulrich de Metallica et le rappeur Puff Daddy vont affirmer que Napster est un danger pour la communauté artistique⁹². Contrairement à Dmitry Sklyarov et Jon Johansen, Napster va perdre

⁹¹ David SPITZ et Starling D. HUNTER, « Contested Codes : the Social Construction of Napster », *The Information Society*, No. 21, 2005, pp. 169 – 171.

⁹² *Ibid.* pp. 171 – 177.

son procès criminel et le service sera fermé afin de rouvrir dans des conditions légales. La nouvelle mouture du logiciel est payante et chaque pièce est téléchargée au coût d'une compensation aux compagnies propriétaires des droits sur les œuvres.

Au premier regard, il serait facile d'accorder la victoire aux défenseurs du DMCA. Non seulement ont-ils réussi à mettre fin aux activités illégales de Napster, mais ils ont trouvé une solution élégante de transformer le logiciel pour qu'il réponde aux exigences de la loi. Or la communauté pirate décide plutôt d'abandonner Napster, qui sombrera dans l'oubli, pour se tourner vers de nouveaux logiciels. La contestation et la résistance juridique ne permettront pas aux pirates d'avoir gain de cause. Un nouveau mode de résistance verra le jour. Plutôt que de sauver les pirates épinglés par le DMCA, la communauté va les montrer en martyrs et simplement produire de nouveaux outils pour permettre la continuation de l'œuvre de Napster. Essentiellement, plutôt que de se battre pour maintenir une entité en conflit avec la loi, la communauté se tourne vers un nouvel outil, plus difficile à retracer⁹³. La stratégie passe de chercher à mater le gouvernement et les industries culturelles pour simplement se positionner un pas devant eux sur le plan du progrès technique. Ce n'est pas sans rappeler la course à l'armement nucléaire pendant la guerre froide : neutraliser la capacité de l'autre est difficile, construire un outil qui permettra de rester au-devant de l'adversaire fonctionne tout simplement mieux. Le désir de contester la légalité de la loi est atténué au profit de trouver un moyen de poursuivre l'activité illégale. Après Napster, on verra apparaître Kazaa, Kazaa Lite, Limewire, Frostwire et une multitude d'autres services faisant exactement la même chose que Napster, mais avec une stratégie de défense plus avancée. L'anonymat inhérent au cyberspace permet aux pirates de rester toujours un pas en avant.

C'est à partir de ce moment que la résistance au DMCA va se consolider à travers cette fuite vers l'avant. En inondant le cyberspace de services d'échanges de données numériques, on vient effectivement limiter la capacité de l'État à combattre le phénomène. Il n'est pas possible pour l'appareil juridique américain d'allouer les ressources nécessaires à combattre chacun de ces sites. L'approche du gouvernement demeure directe, et dans le cas précis de Napster, la résistance des pirates aura été sans succès. Devant un instrument dont le but explicite est de contrevi-

⁹³ Steven LEVY et als, « The Noisy War Over Napster », *Newsweek*, Vol. 135, 2000, No. 23, pp. 46 – 54.

loi, il n'est plus possible pour les pirates de prétendre à la légalité de leurs actions. Le modèle de résistance asymétrique contre les charges juridiques directes semble alors la seule option.

2.2.5. La naissance du BitTorrent et « The Pirate Bay »

Le modèle de développement de Napster donne à l'État une cible précise à abattre. Le logiciel dépend de serveurs physiques rattachés aux développeurs du logiciel. Ce type de déploiement rend les propriétaires du matériel et du logiciel plus facilement identifiables et donc sujets aux procès. Afin de contourner cette lacune technique, du moins en partie, la communauté développe le protocole BitTorrent. Ce protocole vise à transférer une quantité importante de données entre utilisateurs par le truchement d'un fichier d'adressage commun. Ce fichier, appelé un torrent, permet à un certain nombre d'utilisateurs de rendre disponible un contenu et de le partager entre usagers. Une personne ayant le fichier complet est un « seed » ou une graine. Une personne téléchargeant le contenu est un « peer » ou un pair. Afin de rendre l'échange plus rapide, chaque partenaire peut reconstituer le fichier à partir de segment d'information provenant d'une graine ou d'un autre partenaire ayant téléchargé une autre section du fichier complet⁹⁴. Ce réseau d'interrelations rend pratiquement impossible une action légale contre un partenaire. Pour un seul fichier, des centaines d'ordinateurs peuvent être mis en cause, sans qu'aucun des usagers ne soit en contact par d'autres moyens. Le levier légal repose alors sur les sites qui hébergent les fichiers d'adressages : les torrents. C'est ainsi qu'en novembre 2004, une plainte criminelle sera portée contre le site « The Pirate Bay » en Suède d'où le site opère. « The Pirate Bay » est alors le plus gros site d'archivage de torrents dans le cyberspace. Il n'est pas le premier site à subir des assauts légaux, mais sa bataille légale est de loin la plus emblématique. Comme pour Napster, les propriétaires du site vont perdre en cour. L'appel des propriétaires du site sera rejeté et le 31 mai 2006, « The Pirate Bay » fermera son site principal sous ordre de la cour⁹⁵. Or l'architecture du site étant fort populaire, le site sera maintenu en vie illégalement à travers des sites miroirs⁹⁶. Un site miroir est une copie conforme d'un site web que l'on héberge avec une adresse similaire au site original⁹⁷. Cette opération peut se faire sans même la participation de l'auteur original. Le

⁹⁴ Wikipedia, *BitTorrent* [en ligne] [http://en.wikipedia.org/wiki/BitTorrent_\(protocol\)](http://en.wikipedia.org/wiki/BitTorrent_(protocol)) (consulté le 18 mai 2012).

⁹⁵ Angela ADRIAN, « Copyright protected works and the territoriality principle : The Pirate Bay deep-sixed », *Computer Law & Security Report*, Vol. 22, 2006, pp. 392 – 401.

⁹⁶ Mark BROWN, « Pirate Bay launches proxy-friendly mirror to circumvent UK ban », *Wired* [en ligne] <http://www.wired.co.uk/news/archive/2012-05/24/the-proxy-bay> (consulté le 4 septembre 2012).

⁹⁷ Voir www.thepiratebay.se.

système légal américain se retrouve alors devant un problème de taille : il peut amener les créateurs du service devant la justice, mais il lui est impossible, à travers son action légale, de réellement mettre fin au service.

2.2.6. Les « cyberlockers » et Megaupload

L'exemple le plus contemporain de lutte au piratage est certainement le cas de Megaupload. Le 20 janvier 2012, le FBI et le département américain de la justice parviennent à faire fermer le site Megaupload et à faire arrêter son fondateur, le pirate allemand Kim Dotcom, alors domicilié en Nouvelle-Zélande⁹⁸. Megaupload est un des sites d'hébergement de contenu en ligne les plus importants du cyberspace. La compagnie propriétaire du site est accusée de distribuer du contenu cinématographique, musical et autre protégé par des droits d'auteur sans autorisation. Par contre, le site était aussi utilisé par des entreprises pour effectuer de gros transferts de fichiers. Ce qui démarque Megaupload de tous les autres cas présentés ici, est que le service fut interrompu avant la tenue d'un procès. Cette façon de faire pour le moins étonnante a assuré la perte de l'ensemble des données cataloguées sur les serveurs de la compagnie, indifféremment de leur légalité⁹⁹. Cette opération est le fruit de deux ans de collaboration internationale pour mettre fin aux activités du site. Contrairement à YouTube, Megaupload a toujours refusé de filtrer le contenu déposé par ses membres, tout en acceptant d'importantes rémunérations en publicité et en paiement direct de la part des membres premiums. Ces membres bénéficiaient d'une capacité de téléchargement et de téléversement beaucoup plus imposante que les usagers réguliers¹⁰⁰. Kim Dotcom sera en définitive incarcéré pour ses actions. Il y a quelques éléments à souligner dans cet exemple. Premièrement, de tous les cas répertoriés ici, Megaupload est le premier site à offrir un service payant et donc, à obtenir une rémunération directe. Or, ces frais ne sont pas liés au téléchargement d'œuvres à l'emporte-pièce, mais bien au volume total d'utilisation. De plus, il s'agit du premier cas où la justice américaine agit directement sur un ressortissant étranger. Kim Dotcom, par son modèle d'entreprise, est tombé du côté criminel du DMCA. En recherchant le profit, il s'est exposé à une sentence de prison tel que prévu dans la loi. Comme pour Napster, la communauté pirate produit simplement de nouvelles alternatives au géant Megaupload. Or, la contestation prend aussi une forme plus agressive du côté des pirates. Anonymous, un vaste

⁹⁸ Steve KNOPPER, « Megaupload Busted As Piracy War Heats Up », *Rolling Stone*, No. 1150, 16 mars 2012, pp. 13 – 14.

⁹⁹ Joseph GRESH, « Megaupload also provided legitimate online services », *USA Today*, 2 mars 2012, p. 10a.

¹⁰⁰ Steve KNOPPER, *Loc. Cit.*

groupe de pirates, lance des attaques sur les serveurs des agences gouvernementales responsables de l'arrestation¹⁰¹. Devant une action plus directe du gouvernement fédéral américain, les pirates décident de protester par des actions visant à déstabiliser l'environnement virtuel des différentes agences gouvernementales appliquant le DMCA.

Ce cas ne montre pas une évolution dans la façon de se défendre contre les lois anti-piratage. La communauté pirate ne semble pas avoir besoin d'ajuster sa stratégie. Les méthodes de l'État américain sont certes plus expéditives, et dénotent une intervention à l'international plus directe, mais la réponse à cette stratégie ne demande pas d'innovation du côté des pirates. Le souhait du gouvernement américain est peut-être de se montrer plus intimidant envers les pirates afin de décourager leurs activités. La résultante est encore un site web fermé, mais une continuation du service sous une autre forme. Ainsi, la communauté pirate montre que dans les six ans qui séparent la conclusion du procès de « The Pirate Bay » et la fermeture de Megaupload, il n'y a pas eu de nécessité de raffiner la forme que prend la résistance.

2.2.7. La SOPA et la PIPA

Alors que le fondateur du site Megaupload est mis sous arrêt et son site fermé, le Congrès américain débat des prochaines lois touchant le piratage informatique. Ces lois sont la *Stop Online Piracy Act (SOPA)* et la *Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act* (ou sa version courte : *Protect IP Act, (PIPA)*). Ces deux lois veulent accentuer la responsabilité des fournisseurs d'accès Internet par rapport au piratage. Ces lois permettraient au gouvernement américain d'appliquer la loi à travers l'architecture même du cyberspace en forçant les fournisseurs à surveiller l'usage fait de leur service afin de limiter le piratage. C'est une première tentative du gouvernement américain d'appliquer une stratégie indirecte au problème du piratage. Si la communauté virtuelle conteste vivement cette nouvelle charge qui pourrait affecter le cyberspace de façon fondamentale, ce ne sont pas eux qui permettront au projet d'être sabordé en chambre. Alors que les conglomérats de produits culturels tentent une nouvelle charge législative avec ces deux lois, les entreprises ayant fait leur fortune grâce à la libre circulation de l'information dans le cyberspace entrent dans la lutte. Les géants du cyberspace que sont Google, Facebook et Wikipédia vont prendre le parti des pirates et

¹⁰¹ Patrick JONNISON, « If fed can bust Megauploads, why bother with anti-piracy bills ? », *Christian Science Monitor*, 21 janvier 2012, p. N.PAG.

organiser des vagues de protestations contre ces lois en organisant une fermeture temporaire massive de leurs services. Les deux lois mises de l'avant ne se rendront pas à la phase d'adoption avant d'être retirées par leurs auteurs. Essentiellement, ces géants technologiques, issus de la communauté large du cyberspace, jadis apolitiques, viennent de faire leur entrée dans le jeu politique américain. Eux aussi ont leurs lobbyistes à Washington désormais et une part de leurs fonds est consacrée au financement des activités politiques de ceux qui pensent comme eux¹⁰². Il est difficile d'associer ces entreprises à la communauté pirate. Ce qui doit être noté est que pour la première fois, de très grandes entreprises vont défendre la forme actuelle du cyberspace. Cet espace de libre circulation de l'information n'est donc pas le gouffre financier décrit par l'industrie culturelle. L'accentuation de la sévérité des lois au point d'affecter l'architecture même du réseau n'est plus possible dans un monde où l'entrepreneuriat américain a appris à s'adapter et à profiter de la liberté inhérente au cyberspace.

Cela vient assurément affecter l'angle de la recherche en introduisant une variable parasite. Le conflit entre l'État américain et les pirates a jusqu'alors été caractérisé par un front commun entre le gouvernement américain et les entreprises affectées négativement par le cyberspace. Avec la SOPA et la PIPA se dessine une ligne de fracture dans le monde des affaires. Beaucoup d'entreprises ont maintenant leur chiffre d'affaires directement lié à la libre circulation d'information dans le cyberspace. Pour la première fois, il est possible de voir un environnement d'affaire où l'architecture actuelle du cyberspace est génératrice de profits plutôt qu'une force les jugulant. Il y a maintenant des intérêts financiers des deux côtés de la question. L'opposition entre les acteurs est alors beaucoup moins claire. Le DMCA existe toujours, et le gouvernement continue à appliquer cette loi, mais il y a maintenant une incapacité à faire progresser la loi unilatéralement à l'avantage de l'industrie culturelle. Le tableau dressé en 2012 semble montrer une confrontation entre une industrie culturelle inflexible ayant toujours eu l'oreille du gouvernement, et une communauté pirate, maintenant soutenue par une frange du milieu des affaires américain, qui grâce à cet allié a maintenant une porte d'entrée effective dans le processus législatif. S'il est impossible de prédire l'avenir, c'est peut-être le début d'un dialogue plus ouvert sur la question et la fin d'une opposition telle que décrite dans l'introduction.

¹⁰² Steve KNOPPER, « Megaupload busted as piracy war heats up », *Rolling Stones*, 16 mars 2012, volume 1150, pp. 13 – 14.

2.3. Conclusion

Comment qualifier cette évolution? Au départ, l'approche des militants est résolument mixte : on combat devant les tribunaux, dans le cyberspace et dans la rue. On veut défaire la loi, mais aussi changer les mœurs de la société pour rendre ces activités acceptables. La jeunesse qui a grandi avec Napster, Kazaa et BitTorrent n'est aucunement sensibilisée aux déboires de l'industrie culturelle et du logiciel vis-à-vis le piratage. Les procès contre les pirates qui développent les outils nécessaires au piratage se soldent par des échecs. Une confrontation mixte devant une approche directe du gouvernement porte ses fruits alors que la loi est jeune. On note ensuite un détournement graduel de la méthode directe pour simplement travailler sur l'architecture du cyberspace : on développe de nouveaux outils pour perpétuer ses habitudes sans égard pour la loi. La contestation de la loi ne quitte jamais l'esprit des pirates. On verra de plus en plus d'actions contre les entreprises et les organes du gouvernement responsables de l'application du DMCA. Si on utilise encore la protestation plus classique, l'impact des assauts informatiques est beaucoup plus présent dans les médias. C'est l'avènement du cyberterrorisme comme arme contre un cadre légal que l'on juge injuste. Or, la fin de la décennie 2000 et le début de la décennie 2010 marquent un retour à l'approche mixte. À travers les géants du cyberspace, on se réinvestit dans la politique et la conception du cadre légal. Les militants ont trouvé des alliés possédant suffisamment de moyens pour faire contrepoids aux lobbys de l'industrie culturelle et logicielle. Même la communauté artistique s'en retrouve divisée. Les jeunes artistes et programmeurs sont prompts à soutenir une circulation libre de leurs œuvres. Cela permet de se faire découvrir sans passer par une compagnie établie et de là, lancer sa carrière. On fait la promotion d'un modèle qui travaille main dans la main avec le cyberspace tel qu'il est plutôt que de chercher à combattre un changement que l'on juge inévitable¹⁰³.

Dans chacun des cas, il est indéniable que l'entreprise privée, la variable parasite, vient jouer un rôle très important dans la motivation et la capacité d'agir de chacun des acteurs. Elle permet de huiler la machine de chacun des côtés grâce aux ressources à sa disposition. Les intérêts des entreprises dans chacun des camps sont clairs : c'est une question de survie dans un monde où les paramètres du milieu des affaires changent radicalement. Or, la survie de ces entreprises dépend d'un côté d'un plus grand contrôle sur le cyberspace et de l'autre, d'un maintien de sa forme

¹⁰³ *Ibid.*

anarchique. La fracture du milieu des affaires sur la forme que doit prendre le cyberspace transforme la lutte et crée une stagnation légale aux États-Unis.

L'implication d'entreprises dans le dossier change fondamentalement l'approche et la motivation des acteurs. Certaines entreprises poussent les actions de l'État vers la sanction des activités pirates. D'autres ont plutôt intérêt à garder l'espace virtuel libre afin de maintenir un modèle d'entreprise développé grâce à cette liberté. Cela suppose que le rôle de l'entreprise privé est bien plus que parasitaire à l'hypothèse : les actions des entreprises sont déterminantes dans l'évolution de ce conflit politicojuridique. Ce chapitre confirme la position de Solveig Godeluck. Selon elle, les trois acteurs principaux du cyberspace, soit l'État, les entreprises et la population, sont interdépendants et indissociables¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Solveig GODELUCK, *Loc. Cit.* pp. 53 – 66.

Chapitre 3 : l'efficacité de l'action du gouvernement américain

Il est temps maintenant de regarder la variable dépendante de la question de recherche, c'est-à-dire l'efficacité de l'action gouvernementale américaine. Afin de vérifier l'hypothèse de recherche, il faut parvenir à évaluer, voire quantifier, l'impact des mesures prises par le gouvernement américain sur le piratage. Dans un premier temps, les données provenant des industries de la musique, du cinéma et du logiciel seront analysées. Comme ces industries sont parties prenantes dans ce conflit, il sera important de surveiller les erreurs de méthodologie qui peuvent servir à faire pencher la balance du côté de leurs intérêts. Dans un second temps, les données disponibles provenant d'entreprises spécialisées dans le cyberspace seront analysées pour équilibrer la perspective possiblement biaisée des industries créatrices. Cela nous permettra de prendre la mesure du piratage à travers différents moments de son histoire pour en constater le déclin, la progression ou la stagnation.

Comme il est difficile de retracer chaque pirate sur le réseau, la majorité des données reposent sur des analyses du trafic Internet global. Ce qui peut être aisément mesuré est la progression des accès au réseau mondial. La Banque mondiale marque une progression constante des accès au cyberspace dans le monde. Entre 2007 et 2010, le nombre de personnes par cent habitants ayant accès à l'Internet est passé de 17 à 30¹⁰⁵. Si cette progression rapide peut impressionner, aux États-Unis, la situation est tout autre. Entre 2007 et 2010, le nombre d'utilisateurs a connu un creux, suivi d'une légère remontée. Le taux est passé de 75,3 en 2007, à 71,2 en 2009, pour revenir à 74,2 en 2010¹⁰⁶. Pour ainsi dire, l'accès à l'Internet aux États-Unis semble avoir plafonné. En d'autres mots, il faut considérer les progrès comme les reculs comme étant un changement de comportement dans une population relativement stable. Dans un contexte où une forte hausse des utilisateurs aurait été observée, il aurait fallu prendre en considération l'arrivée constante de nouveaux utilisateurs dans la transformation des habitudes pirates. Il est donc possible d'affirmer que pour la période à l'étude, il y a une faible variation dans la composition de la population des utilisateurs, et donc, qu'une réduction ou une augmentation dans l'activité pirate est majoritairement tributaire d'un changement dans le comportement des utilisateurs existants.

¹⁰⁵ Banque mondiale, *Internet users (per 100 people)* [en ligne] <http://data.worldbank.org/indicator/IT.NET.USER.P2/countries?display=graph> (consulté le 7 août 2012).

¹⁰⁶ Banque mondiale, *Internet users (per 100 people)* [en ligne] <http://data.worldbank.org/indicator/IT.NET.USER.P2/countries?display=default> (consulté le 7 août 2012).

3.1. Les données de l'industrie

Principaux intéressés dans ce domaine, la RIAA (Recording Industry Association of America), la MPAA (Motion Picture Association of America) et le DEG (Digital Entertainment Group) ont rendu public, le 5 février 2012, un ensemble de données sur le piratage entre 2006 et 2011. Une analyse dans cette période nous permet d'avoir une bonne idée du phénomène après plusieurs années d'application du DMCA. Ces associations ont mesuré deux indicateurs importants. Le premier est le nombre de visites par mois sur les sites de « Peer-to-peer » (P2P). Ces sites fournissent aux usagers une liste de fichiers d'indexation permettant d'échanger entre plusieurs usagers un ou plusieurs fichiers piratés. Le site en lui-même n'héberge pas les fichiers complets, mais seulement un fichier permettant de mettre en relation les ordinateurs détenant une partie ou la totalité du fichier recherché et de créer un échange entre les différents usagers. Il s'agit du mode de transmission de fichiers piratés le plus populaire et le plus à l'avant-garde. Le second est le nombre de visites par mois sur les sites de « cyberlocker ». Ces sites, contrairement aux sites de P2P, hébergent eux-mêmes les fichiers complets pour un accès en téléchargement ou en visionnement direct dans le cyberspace. Dans cette catégorie, il ne faut inclure que les sites faisant la distribution de contenu piraté et donc éviter les sites faisant de l'hébergement de contenu original ou avec autorisation de l'auteur, comme YouTube. Ces sites peuvent fonctionner par contribution des membres (téléversement ouvert pour tous les usagers) ou être la bibliothèque personnelle d'un ou plusieurs individus mise à la disposition de tous. On retrouvait parmi ces sites le défunt Megaupload et le site RapidShare. En 2006, les deux indicateurs étaient largement sous la barre des 200 millions par mois. Les technologies supportant ce genre de pratique étaient alors émergentes. Par contre en 2011, les sites de P2P ont vu plus d'un milliard de visites par mois, alors que les « cyberlockers » ont reçu plus de 500 millions. L'industrie prévoie aussi que cette tendance se poursuivra, avec une hausse moyenne du trafic sur ces sites de 23 % par année jusqu'en 2015¹⁰⁷. À titre comparatif, Google a atteint le seuil d'un milliard de visites uniques par mois en mai 2011¹⁰⁸. Jumelé à cette fulgurante hausse, ces associations ont vu une baisse importante dans la vente de disques, de vidéos en format DVD ou sur demande et dans le nombre

¹⁰⁷ Eduardo PORTER, « The Perpetual War : Pirates and Creators », *The New York Times*, 4 février 2012, p. SR10.

¹⁰⁸ Amir EFRATI, « Google Notches One Billion Unique Visitors Per Month », *Digits* [en ligne] <http://blogs.wsj.com/digits/2011/06/21/google-notches-one-billion-unique-visitors-per-month/> (consulté le 18 décembre 2014).

d'entrées au cinéma par année¹⁰⁹. L'analyse des visites sur ces sites ne garantit pas que chaque utilisateur soit unique (une personne visitant le site plusieurs fois dans un mois ajoute chacune de ces visites au compte total), mais il demeure indéniable que la popularité du piratage est montée en flèche avec la facilité de son accès.

Ces chiffres sont plus qu'alarmants pour le gouvernement américain. À en croire l'industrie, non seulement le DMCA n'a pas su ralentir les efforts des pirates, mais avec la progression des technologies, le phénomène du piratage n'a fait que croître à un rythme accéléré. Le seul constat pouvant être tiré de ces chiffres est une confirmation de l'inefficacité des mesures prises par le gouvernement.

Peut-on faire confiance à ces données? Dans un contexte où l'intérêt de l'industrie est à démontrer l'urgence d'agir, il faut contre-vérifier les données ainsi soumises. Kal Raustiala et Chris Sprigman, pour le compte de Freakonomics, montrent un aspect de l'extrapolation dangereuse qui peut être faite par l'industrie. Lors des débats entourant la SOPA en 2011, l'industrie a affirmé que le piratage coûtait entre 200 et 250 milliards de dollars à l'économie américaine en plus de 750 000 emplois¹¹⁰. Or, il est simplement impossible d'estimer avec précision les impacts concrets du piratage sur l'économie. La méthodologie utilisée pour produire les chiffres ci-dessus fut remise en cause en grande partie face à un désaccord sur la notion de perte de revenu. Comment savoir si un internaute qui a téléchargé une œuvre ou un logiciel l'aurait de fait payé s'il n'avait pas été disponible gratuitement en ligne¹¹¹? Si les données d'achalandage sur les sites de piratage nous aident certainement à établir une forme de progrès dans cette sphère, les impacts financiers sur les entreprises touchées sont une mesure beaucoup moins fiable. Il y a trop de facteurs externes au piratage qui peuvent affecter les revenus d'une entreprise pour permettre d'isoler efficacement l'impact du piratage lui-même.

Même si les chiffres avancés par l'industrie sont bons, une visite sur un site contenant du matériel sujet à la protection des droits d'auteur ne signifie pas qu'un téléchargement a eu lieu, et si un téléchargement s'est produit, de quelle envergure il est. Il n'est possible que de constater un

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Kal RAUSTIALA et Chris SPRIGMAN, « How Much Do Music and Movie Piracy Really Hurt the U.S. Economy ? » *Freakonomics* [en ligne] <http://www.freakonomics.com/2012/01/12/how-much-do-music-and-movie-piracy-really-hurt-the-u-s-economy/> (consulté le 7 août 2012).

¹¹¹ *Id.*

intérêt plus fort pour la chose sans en avoir l'envergure réelle. Si on compare tout de même les données des recherches commanditées entre 2007 et 2011, on constate néanmoins un progrès du piratage. En 2007, on estimait les pertes à 58 milliards de dollars et 370 000 emplois perdus annuellement. L'étude citée affirme aussi que l'État enregistrait une perte de 2,6 milliards en revenus sur les taxes de ces produits¹¹². Comme pour les chiffres encore plus alarmistes de 2011, la méthodologie de la recherche fut contestée. Le *General Accounting Office* (GAO) des États-Unis a publié un rapport en 2010 contestant la méthodologie de la recherche de 2007. Pour le GAO, les prémisses de base sur lesquels reposent les chiffres de l'industrie sont biaisées. Le GAO a recommandé au gouvernement d'obtenir des données par des sources moins intéressées. L'organisation n'affirme pas que ces chiffres n'ont aucun ancrage dans la réalité, seulement que la méthodologie ne permettait pas d'avoir une lecture juste de la situation. S'il est impossible de quantifier exactement l'ampleur du problème, il y a une reconnaissance que le problème est de taille et en croissance¹¹³. Il va sans dire que les bases sur lesquelles il est possible de tirer des conclusions sont faibles, mais la tendance vers la progression semble se confirmer.

Là où les chiffres de l'industrie ont été extraits avec une plus rigoureuse méthodologie est sur la proportion du matériel protégé par le régime de droits d'auteur sur les différents sites pirates. Les experts en statistiques de MGM dans le cas du logiciel Grokster ont affirmé que 90 % du contenu indexé sous le système utilisé par ce logiciel était sujet à une protection par le régime de droits d'auteur¹¹⁴. Dans la cause opposant Arista Records à la compagnie distribuant Limewire, le témoin expert d'Arista avançait plutôt des chiffres de l'ordre de 98,8 % pour ce distributeur¹¹⁵. Les experts de Columbia dans une cause touchant au site web de torrents Isohunt parlaient aussi de 90 % pour le vaste réseau des torrents¹¹⁶. Une étude de l'Université de Ballarat en Australie, commanditée par l'industrie locale du disque, affirmait quant à elle qu'en 2012, 89 % de tous les torrents violaient le régime de droits d'auteur. Ce chiffre montait à 97,9 % si le contenu pornographique était évacué de l'échantillon. Dans les catégories films, musiques et émissions de télévision, soit les trois plus grosses catégories, tous les items de l'échantillon étaient couverts par

¹¹² Annemarie BRIDY « Is Online Copyright Enforcement Scalable ? » *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, Vol. 13, No. 4, 1^{er} aout 2011, p. 710.

¹¹³ General Accounting Office, *Intellectual Property: Observations on Efforts to Quantify the Economic Effects of Counterfeit and Pirated Goods 18 (2010)* [en ligne] <http://www.gao.gov/new.items/dl0423.pdf> (consulté le 9 aout 2012).

¹¹⁴ Annemarie BRIDY *Loc. Cit.* p. 708.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *Ibid.* p.709.

le régime de protection des droits d'auteur¹¹⁷. Ces chiffres tendent à montrer une réalité plus objective : il est plus facile de se rendre sur ces sites et de construire un échantillon probabiliste que de mesurer le trafic exact de chaque fichier.

Ce que nous pouvons conclure des chiffres provenant des industries médiatiques est qu'il y a un engouement croissant pour les sites de P2P et pour les « cyberlockers ». La facilité à utiliser ces outils, jumelés à une quasi-impossibilité de retracer les contrevenants, a fait leur popularité. Malgré le biais que peut induire une recherche commanditée par une partie prenante, les données de trafic sont une base objective d'analyse. Ces données nous permettent de constater qu'il y a un contournement presque systématique du régime de droit d'auteur chez les usagers de ces services. Cela n'a pas un lien direct avec l'hypothèse, mais confirme que le régime légal américain est contournable aisément. Sur les impacts économiques du piratage, il semble y avoir une croissance des pertes pour l'industrie. Ces chiffres sont au mieux une indication indirecte de la progression du piratage. Malgré ces données qui semblent nous orienter dans la même direction que l'hypothèse, il faut demeurer prudent, car ils ont peu de crédibilité et seulement un lien indirect avec la question de recherche.

3.2. Les données d'autres sources

Il existe bien sûr d'autres sources que les parties brimées par le piratage. La majorité de ces sources sont des entreprises œuvrant dans le cyberspace ou des journalistes intéressés par la problématique. Comme pour la section précédente, il y a un manque flagrant de sources scientifiques indépendantes, mais quand même suffisamment de données pour permettre d'approfondir l'analyse.

Cisco, une compagnie très importante dans le domaine de la réseautique, a produit en 2010 une projection du progrès du piratage. Selon cette entreprise, entre 2011 et 2014, la quantité de bande passante utilisée par les logiciels de P2P aurait dû croître de 16 % en moyenne par année. Mais Cisco prévoyait aussi une baisse dans la proportion de la bande passante disponible attribuée à cet usage. Le taux utilisé par le P2P se stabiliserait à 17 % des ressources disponibles¹¹⁸. Ce que cela implique est que la progression des ressources informatiques disponibles pour le réseautage devrait rattraper l'usage pirate de cesdites ressources. Cisco explique que le P2P serait en perte de

¹¹⁷ *Ibid.* p. 709.

¹¹⁸ *Ibid.* pp. 704 – 705.

vitesse due à la croissance du trafic sur des sites comme Netflix, Hulu et Youtube qui, tout en étant gratuits ou peu onéreux, offrent des services légaux de distribution de matériel vidéo. Bien que l'étude ne touche pas aux « cyberlockers » décrits plus tôt, cela nous donne tout de même une indication intéressante sur les habitudes pirates¹¹⁹. Cisco n'est pas la seule entreprise à garder un œil sur l'usage de la bande passante. Depuis 2012, la compagnie Sandvine, spécialisée en solution de gestion réseautique, produit un rapport biannuel sur l'usage de la bande passante mondiale en période de pointe. On y constate la montée fulgurante des services légaux de diffusion de contenu vidéo, au détriment du piratage informatique au sens large. Seulement entre 2012 et 2014, la composition du trafic dans le cyberspace en Amérique du Nord a radicalement changé. En 2012, 12,7 % de la totalité du trafic était dédiée au partage de fichiers¹²⁰, largement en dessous des prédictions de Cisco. En 2014, cette proportion a chuté à 6,75 %. La bande passante est largement dominée par les services de vidéo sur demande comme Netflix et Youtube, qui accaparent 59,09 % du trafic total¹²¹.

Bien sûr, l'analyse de la bande passante n'est pas une mesure parfaite. Elle mesure la proportion que prend le piratage dans le cyberspace, mais la variation de la masse totale de données dans le cyberspace peut nuancer les résultats. Il est par contre difficile d'imaginer que la réduction spectaculaire de l'usage des torrents en seulement deux ans ne soit pas un signe de la diminution du piratage informatique intérieur. D'autres indicateurs semblent montrer une chute dans les habitudes de piratage. En 2007, le Business Software Alliance (BSA) publiait une large étude sur le piratage de logiciel. Cette étude visait à établir le pourcentage d'utilisateurs dans un pays donné ayant recours au piratage pour l'obtention de logiciels. Sur ce front, on retrouve un chiffre global de 59,9 % des utilisateurs d'Internet faisant appel au piratage pour obtenir au moins un logiciel¹²². Ces chiffres sont le fruit d'une collecte de données dans 108 pays de tous les continents. Or, le détail de ce rapport met en lumière certains éléments qui confirment que le piratage est un phénomène marginal aux États-Unis chez les utilisateurs du cyberspace. La région où le piratage est le plus bas serait les États-Unis avec 20 % de sa base d'utilisateurs participant au piratage de

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ Sandvine, *Global Internet Phenomena 1H 2012 report* [en ligne] <https://www.sandvine.com/trends/global-internet-phenomena/> (consulté le 18 novembre 2014).

¹²¹ Sandvine, *Global Internet Phenomena 1H 2014 report* [en ligne] <https://www.sandvine.com/trends/global-internet-phenomena/> (consulté le 18 novembre 2014).

¹²² Business Software Alliance, *Fifth Annual BSA and IDC Global Software Piracy Study* [en ligne] http://global.bsa.org/idcglobalstudy2007/studies/2007_global_piracy_study.pdf (consulté le 24 novembre 2012).

logiciels. En contraste, l'Arménie se retrouve au premier rang avec 93 % de ses usagers faisant appel au piratage. Par région, le piratage est plus commun en Europe de l'Est, en Amérique latine, en Asie et Moyen-Orient, contre l'Amérique du Nord qui montre les chiffres de piratage les plus bas¹²³. Or la même année que ce rapport, le professeur de droit à la Thomas Jefferson School of Law, Aaron Schwabach, a publié un article mettant en perspective ces données en pourcentage. Selon les recherches du professeur Schwabach, même si le pourcentage de pirates sur la base totale des usagers est plus bas en Amérique, le nombre de pirates per capita est plus élevé. Ainsi, il y a plus de pirates informatiques par 100 habitants aux États-Unis que dans la majorité du monde. Il faut aussi comprendre que les États-Unis disposent d'un grand nombre d'usagers du cyberspace par rapport à d'autres pays, comme la Chine. En changeant le calcul de pourcentage vers le piratage per capita, les États-Unis ne sont pas en tête de peloton, mais ils surclassent largement des pays comme la Chine, la Russie et l'Allemagne¹²⁴. Il ne faut pas perdre de vue que selon ces chiffres, les États-Unis affichent le plus grand respect des droits d'auteur dans le cyberspace. Au sens strict, la vaste majorité des pays couverts par la recherche sont membres de l'Organisation mondiale pour la propriété intellectuelle (OMPI) et doivent se plier à des normes similaires aux États-Unis. On constate que ce facteur a un impact certainement mitigé sur les habitudes de piratage dans chacun de ces pays. Que l'on regarde le nombre de pirates par 100 habitants ou le piratage en pourcentage absolu des usagers, il n'est pas possible de constater un impact législatif clair sur les habitudes de piratages. Il est cependant intéressant de remarquer qu'il existe une majorité d'Américains qui préfèrent ne pas avoir recourt au piratage pour l'obtention de leurs logiciels. Il y a donc présence d'un cadre légal similaire, mais un résultat très différent par rapport à la lutte elle-même. Serait-il possible que le cadre légal ait, en définitive, un impact effectivement mineur sur les habitudes de piratage et que la cause de ce respect des droits d'auteur provienne d'ailleurs? C'est une piste de solution de plus en plus plausible.

Le site de nouvelles technologiques Mashable confirme la notion que le piratage est effectivement en déclin. Entre 2007 et 2012, le piratage de musique par P2P a connu une chute drastique aux États-Unis tant en chiffres absolus qu'en pourcentage. En 2007, 16 % des usagers,

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ Aaron SCHWABACH, « Intellectual Property Piracy : Perception and Reality in China, the United States, and Elsewhere », *Selected Works of Aaron Schwabach*, Septembre 2007, pp. 6 – 12.

soit 28 millions d'entre eux, prenaient part au piratage de musique¹²⁵. En 2012, ce chiffre a fondu à 9 % représentant 16 millions d'utilisateurs. Ces chiffres coïncident avec la chute du géant de l'échange musicale par P2P Limewire. Si on considère que 56 % du trafic P2P avait lieu sur ce réseau, il est possible qu'il s'agisse d'un effet immédiat de la fermeture, mais les autres chiffres semblent confirmer une tendance lourde vers le déclin général¹²⁶. Il serait douteux de croire que la seule chute de Limewire explique cette réduction. Après tout, le gouvernement américain a réussi à faire fermer nombre de sites tout aussi populaires sans pour autant limiter la capacité des pirates à mener leurs activités.

3.3. Conclusion

En définitive, il semble que les industries créatrices ont mises de l'avant une croissance dans le piratage informatique pour influencer le législateur à leur avantage. Leur méthodologie n'a pu survivre à un examen en profondeur de la part des organismes publics du gouvernement américain. Si ces chiffres ont pu influencer les membres du Congrès ou justifier de nouvelles politiques de lutte au piratage, l'exercice semble être une manœuvre de communication pour convaincre le public et les politiciens de la nécessité de ces lois. Il n'est pas l'objet de ce mémoire de mesurer la corruption ou la capacité de ces entreprises à diriger l'action américaine en matière de droit d'auteur, mais il est certain qu'un regard objectif donne un tout autre ton à la lutte au piratage. Les mesures de sources externes au conflit semblent toutes confirmer une diminution dans le piratage informatique. En 2014, le partage de fichiers par P2P a atteint son niveau le plus bas. Il semble par contre difficile de blâmer une action efficace du gouvernement américain pour ces résultats. Ce sont des entreprises comme Netflix et Google (à travers Youtube) qui semble simplement avoir pris le relais en proposant une alternative solide au piratage.

Les deux variables principales du mémoire maintenant cernées, il faut maintenant revenir à l'hypothèse. Si l'hypothèse était vraie, nous aurions dû constater une asymétrie stratégique entre le gouvernement américain et la communauté pirate, jumelée à une hausse du piratage domestique dans la base des utilisateurs du cyberspace aux États-Unis. L'asymétrie stratégique ne fait pas de doute. Le gouvernement américain a appliqué une stratégie axée sur un durcissement

¹²⁵ Lauren INDVIK, « U.S. Internet Piracy is on the Decline », *Mashable* [en ligne] http://content.usatoday.com/communities/technologylive/post/2011/03/us-internet-piracy-is-on-the-decline/1#.ULJhaeOe_6l (consulté le 24 novembre 2012).

¹²⁶ *Ibid.*

des lois avec une action policière dépassant même ses propres frontières. À cela, les pirates contemporains ont offert une résistance surtout indirecte à travers l'architecture. Ils ont principalement concentré leurs efforts dans l'élaboration d'outils de piratage plus efficaces, plus sécuritaires et plus difficiles à retracer. Or les données les plus crédibles que nous avons pu trouver pointent toutes vers une diminution des habitudes pirates. En analysant la bande passante, il a été aisé de constater que les services de diffusion en ligne ont largement pris le dessus sur les logiciels de partage en P2P. Après la chute du géant Limewire, il semble qu'une part importante des internautes utilisant le service ait choisi des options légales. De plus, en regardant la situation internationale, on constate que les États-Unis ont un très bon ratio d'utilisateurs évitant les options pirates par rapport au reste du monde, même si ces autres pays sont soumis à un cadre légal similaire. Il y a donc présence d'asymétrie, mais un déclin du piratage, ce qui mène à l'infirmité de l'hypothèse.

Derrière ces résultats se cache l'influence des entreprises oeuvrant dans le cyberspace. Est-ce la peur de représailles légales ou la création d'une offre plus alléchante par le secteur privé qui a grugé la proportion du piratage aux États-Unis? C'est une question importante au cœur du dernier chapitre, qui nous permettra de jeter la lumière sur la variable parasite qu'est l'entreprise privée.

Chapitre 4 : comprendre le piratage aux États-Unis

Si le précédent chapitre a permis d'infirmer l'hypothèse, il est tout de même nécessaire de comprendre les causes de la réduction des habitudes de piratage. Il y a bien sûr un grand nombre de facteurs qui peuvent avoir influencé les habitudes pirates et il ne serait pas possible d'en dresser tous les exemples. Il faut revenir à l'introduction de la recherche et aux écrits de Solveig Godeluck pour identifier la variable parasite la plus importante : l'entreprise privée. Le postulat de Godeluck est que les entreprises, les individus et les gouvernements sont dans une relation d'interdépendance dans le cyberspace. En voulant concentrer l'analyse sur la relation entre le gouvernement et les pirates, la recherche a occulté un acteur central. Bien sûr, il y a une partie des entreprises qui a déjà été traitée lors du chapitre précédent. Il est clair que les compagnies distributrices de produits logiciels et culturels se sont engagées dans un mode de lutte directe, en faisant pression sur le gouvernement pour durcir les lois et en initiant eux mêmes des poursuites contre les pirates. Comme nous avons pu le constater, ces méthodes ont légitimement mené à un durcissement de la loi, mais l'impact immédiat de la loi elle-même et des poursuites a été faible, sinon nul. C'est plusieurs années après la promulgation du DMCA que le piratage va finalement connaître une chute. La réponse ne se trouve alors pas dans les entreprises qui cherchent à changer le cadre légal pour continuer leurs activités, mais dans celles qui changent leurs pratiques pour s'adapter à l'environnement d'affaire du cyberspace.

Le présent chapitre propose d'abord de regarder les entreprises qui ont connu un succès avant la propagation de l'Internet et qui ont su s'adapter à la nouvelle réalité du commerce en ligne. Ensuite, nous analyserons quelques modèles d'entreprises qui oeuvrent exclusivement dans le cyberspace. L'analyse de ces deux types d'entreprises permettra de voir comment une approche indirecte par le marché et l'architecture (et donc symétrique avec les pirates) a permis de durablement combattre le piratage sans l'usage de lois ou du système de justice. Les cas de figure en tête, nous prendrons ensuite le temps de les insérer dans la grille d'analyse du conflit asymétrique politicojuridique afin de confirmer le fonctionnement du modèle avec la variable parasite plutôt que l'action gouvernementale.

4.1. Le climat d'affaires américain au contact du cyberspace

La présente recherche a fait état de l'approche préconisée par les entreprises ayant fait leur fortune dans le domaine culturel et logiciel avant la popularisation de l'Internet. Ces entreprises,

aux prises avec une économie en changement, ont choisi de combattre juridiquement le piratage, avec un succès mitigé. Or, d'autres entreprises sont nées ou se sont adaptées à ce nouveau climat d'affaires. La présente section vise à présenter ce nouveau modèle d'entreprise comme une approche indirecte pour lutter contre le piratage. Deux modèles de distribution en ligne très profitables seront étudiés. Le premier modèle est celui du iTunes Store de la compagnie Apple, qui, au tournant du millénaire, a fait un virage important pour saisir l'immense potentiel du cyberspace. Le second modèle est celui de la compagnie Valve et son système de distribution de jeux vidéo Steam. À travers ces différents modèles, il sera possible de dégager une approche indirecte très efficace pour lutter contre le piratage tout en conservant une haute estime de la part de la communauté pirate.

Le succès d'Apple comme entreprise depuis le début des années 2000 ne fait aucun doute. Le modèle de vente de musique en ligne d'Apple apparaît en 2003 et porte le nom d'iTunes Store. Ce nouveau service vise à encourager la vente du iPod sorti en 2001 et précède la sortie du iPhone de près de quatre ans¹²⁷. En 2003, l'action d'Apple reste sous la barre des 10 \$ américains jusqu'en toute fin d'année. Avant la sortie du iPhone en 2005, l'action dépasse 85 \$ américains en valeur¹²⁸. Il est certain que l'iTunes Store n'est pas le seul facteur dans ce succès, mais l'analyse des ventes du magasin démontre ses bonnes performances. Le 11 juillet 2004, un peu plus d'un an après sa sortie, le magasin en ligne enregistrait 100 millions de pièces musicales vendues. En décembre de la même année, Apple atteignait 200 millions de pièces musicales vendues. En date du 5 février 2013, l'iTunes Store avait occasionné 25 milliards de téléchargements musicaux payants¹²⁹. S'ajoute à cela un service de vente et location de films et séries télévisées. Si les chiffres parlent d'un succès, la comparaison ne fait que confirmer la tendance. En 2006, 88 % des téléchargements musicaux légaux sont faits sur l'iTunes Store. En 2010, Apple est le plus grand revendeur de musique sur la planète, tous formats confondus. En

¹²⁷ David GARDNER et THORNHILL, Ted. « Steve Job's secret legacy : Dying Apple boss left plans for four years of products », *Daily Mail*, 8 octobre 2011 [en ligne] <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2046397/Steve-Jobs-dead-Apple-boss-left-plans-4-years-new-products.html> (consulté le 12 avril 2013).

¹²⁸ Yahoo finance, *Apple Inc. (AAPL) Historical Prices* [en ligne] <http://ca.finance.yahoo.com/q/hp?s=AAPL&a=00&b=01&c=2003&d=11&e=31&f=2007&g=m> (consulté le 12 avril 2013).

¹²⁹ Wikipedia, *iTunes Store* [en ligne] http://en.wikipedia.org/wiki/iTunes_Store (consulté le 12 avril 2013).

octobre 2012, Apple dispose de 64 % du marché de la musique en ligne, mais 29 % de la vente totale de musique sur la planète¹³⁰.

Comment expliquer ce succès? Il y a assurément une force d'attraction vers la marque Apple, mais il faut retourner à notre grille d'analyse pour vraiment cerner le phénomène. Apple lance son magasin à une époque où l'industrie musicale lance un cri d'alerte contre le piratage. Cette industrie désire un durcissement de la loi, comme il a été possible de l'observer dans les chapitres précédents. Or Apple décide d'adopter une approche par le marché et l'architecture. Apple offre à bas prix les pièces musicales (initialement 0,99 \$, mais aujourd'hui on peut retrouver certaines œuvres à 1,29 \$). Plutôt que de chercher à vendre un album complet entre 20 \$ et 30 \$, Apple suppose que les ventes seront meilleures si le prix est bas et que les usagers peuvent choisir leur musique à l'unité plutôt que seulement par album. S'ajoute à cela un coût réduit pour un album complet (souvent 10 \$) offrant une valeur d'ensemble avantageuse. Ensuite, Apple va fournir une architecture facile, intégrée à iTunes, le logiciel permettant l'usage de ses appareils iPod, iPhone et iPad. Cette intégration rend l'achat facile. Jumelés aux bas prix, les achats impulsifs sont plus fréquents et l'usage du piratage devient moins attrayant. En acceptant de payer une petite somme, l'utilisateur est assuré de la qualité de son fichier audio ou vidéo, alors que le piratage n'offre aucune garantie. Apple va continuer dans la voie de l'architecture en intégrant l'iTunes store à ses différents appareils comme l'iPhone, l'iPod touch, l'iPad et l'Apple TV. Un usager d'Apple a donc constamment au bout des doigts la capacité de faire un achat.

La même approche sera utilisée pour l'App Store qui se charge de la distribution des applications. Au départ, ce magasin s'adresse seulement aux usagers du système d'opération iOS qui fait rouler les tablettes, les téléphones et certains baladeurs MP3 d'Apple. La clientèle est obligée de passer par ce magasin pour ajouter des applications à leur appareil. Apple, par contre, garantit la qualité de chaque application, ce qui fait disparaître le spectre de l'apparition de virus sur ces appareils. Apple a aussi fait la migration de ce concept vers ses ordinateurs, la dernière version de Mac OS bloquant carrément l'installation de logiciels ne provenant pas de l'App Store ou d'une compagnie réputée à moins que l'utilisateur ne prenne le temps de retirer ces mesures de sécurité. Apple décide donc de combattre le piratage en offrant une architecture extrêmement limitative pour les usagers, mais la majorité d'entre eux préfèrent la sécurité et la facilité à la gratuité. Le

¹³⁰ *Ibid.*

modèle s'appuie sur une approche indirecte. Jamais il n'est question de demander au gouvernement de durcir la loi. Les seules disputes qu'Apple doit régler sont les disputes de brevets avec d'autres entreprises. Le modèle d'Apple va devenir la norme à travers les distributeurs cellulaires, chacun équipant leurs appareils de magasins d'application et de musique similaires au iTunes Store. Si l'hypothèse repose sur l'action gouvernementale, la recherche démontre que les bonnes actions pour combattre le piratage ne demandent en fait aucune intervention du gouvernement, mais seulement une adaptation du marché à travers une approche indirecte.

Le cas de Valve est similaire. Cette compagnie de jeux vidéo est née en 1996 et a, depuis, gagné énormément de prestige. Par contre, ce n'est pas sur la création de jeux vidéo que Valve va durablement marquer le marché du jeu vidéo. Valve démarre en 2003 son service Steam, soit la même année que l'iTunes Store voit le jour. Steam est un système de distribution de jeux vidéo en ligne pour ordinateur (initialement juste pour Windows, mais aujourd'hui pour toutes les plateformes). C'est aussi un outil de réseautage permettant aux usagers de tisser des liens d'amitié à travers les jeux multijoueurs¹³¹. Steam donne accès à une énorme bibliothèque de jeux vidéo (plus de 1800), souvent à prix réduit, dans 237 pays, dans 21 langues différentes et compte plus de 35 millions d'utilisateurs actifs¹³².

Comment ce service a-t-il performé dans un marché supposément de plus en plus en proie aux pirates? En 2010, Steam rapportait plus d'un milliard en revenu à Valve¹³³. Pour ramener cela en perspective, seulement 30 à 40 % des recettes reviennent à Valve, le reste est remis aux producteurs des différents jeux offerts sur le service. Avec une compagnie qui engage seulement 250 personnes en 2011, le président, Gabe Newell estimait le revenu par employé à 87,5 millions de dollars, comparés à 350 000 \$ par employé chez Google, un autre géant de l'informatique¹³⁴. Steam occuperait, en date de 2011 de 50 à 70 % du marché du jeu vidéo sur ordinateur¹³⁵.

¹³¹ Wikipedia, *Steam (software)* [en ligne] [http://en.wikipedia.org/wiki/Steam_\(software\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Steam_(software)) (consulté le 12 avril 2013)

¹³² Valve, *Welcome to Valve* [en ligne] <http://www.valvesoftware.com/company/> (consulté le 12 avril 2013)

¹³³ Oliver CHIANG, « Valve and Steam Worth Billions », *Forbes*, 15 février 2011 [en ligne] <http://www.forbes.com/sites/oliverchiang/2011/02/15/valve-and-steam-worth-billions/> (consulté le 12 avril 2013).

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ VG 24/7, *Steam is hugely profitable, has up to 70% of market* : *Forbes*, 14 février 2011 [en ligne] <http://www.vg247.com/2011/02/13/newell-steam-tremendously-profitable-has-up-to-70-of-market/> (consulté le 12 avril 2013).

L'approche de Valve n'est pas bien différente de celle d'Apple : un service fiable, à un prix acceptable tout en ayant une distribution des revenus permettant à tous les calibres de développeurs de trouver leur juste place dans ce service. Dans un cas comme dans l'autre, le service ne demande aucune chaîne de distribution coûteuse et peut fonctionner avec un très petit nombre d'employés. Valve se positionne comme Apple : une stratégie basée sur l'architecture et le marché, avec une bonne dose d'innovation.

Ces deux entreprises sont aussi un exemple phare pour la présente recherche, car elles ont dû développer un nouveau modèle après avoir constaté l'impact du piratage. Elles se sont adaptées à un environnement où le piratage est facile afin de garder une mainmise sur le marché. C'est un très puissant exemple de la force de l'approche indirecte face à une communauté qui, elle aussi, utilise des moyens indirects pour se faire entendre. Si l'hypothèse de recherche n'est pas concluante, c'est que la prémisse initiale était erronée. En bout de course, ce n'est pas le gouvernement américain qui dispose des meilleurs leviers pour lutter contre le piratage, mais bien les entreprises elles-mêmes.

4.2. Le conflit politico-juridique asymétrique et les entreprises

Le constat au terme de ce chapitre est que le troisième acteur constituant notre variable parasite n'est pas monolithique dans son approche. D'un côté, il y a une vieille industrie culturelle qui fait de la pression pour durcir les lois. De l'autre, il y a tout un modèle d'entreprises qui s'est développé en harmonie avec le cyberespace. C'est peut-être la raison pour laquelle les débats autour de nouvelles lois comme la SOPA et le PIPA se sont soldés par un conflit entre différents lobbys d'entreprises régulières et web. En définitive, le gouvernement américain a rejeté les deux législations et a maintenu le statu quo. Pour ainsi dire, le gouvernement américain, pour la première fois depuis la définition de la formule « propriété intellectuelle », s'est retrouvé devant un désaccord dans le milieu des affaires par rapport à sa nouvelle législation contre le piratage. La bataille contre le piratage venait d'entrer en collision avec les intérêts d'une frange non négligeable de l'économie américaine.

Ressortons la grille d'analyse présentée au premier chapitre pour tenter de comprendre le rôle des entreprises dans ce conflit. Supposons pour l'instant que l'acteur fort est l'entreprise et l'acteur faible la communauté pirate. Dans la grille, le (1) représente les entreprises faisant pression sur le

gouvernement pour durcir la loi et utilisant cesdites lois pour mener des batailles juridiques contre les pirates. Le (2) représente plutôt les entreprises ayant prit avantage du cyberspace comme nouvelle caractéristique du marché et celles ayant même poussé vers une réponse par l'architecture. Les entreprises (1) ont une approche directe, alors que les entreprises (2) ont une approche indirecte. Le (3) représente plutôt les usagers du cyberspace qui, comme il a été établi au chapitre 2, font usage de méthodes indirectes pour maintenir leurs activités de piratage. Voici le résultat sur la grille.

Approches stratégiques des entreprises et des pirates

		Pirates	
		Approche directe	Approche indirecte (3)
Entreprises	Approche directe (1)		Lutte inefficace au piratage
	Approche indirecte (2)		Lutte efficace au piratage

Le premier constat est que la grille représente assez bien la réalité. Les entreprises axant leur stratégie sur des méthodes indirectes ont connu de vifs succès. Ces entreprises parviennent à vaincre les pirates en s'ajustant au marché plutôt qu'en cherchant à le changer. De l'autre côté, les entreprises du milieu culturel et logiciel axant leurs efforts sur les tribunaux et le lobbying se retrouvent devant de coûteuses batailles et parviennent difficilement à réduire l'impact du piratage dans leurs activités commerciales. En bout de course, ces pratiques nuisent à leur réputation plus qu'autre chose.

4.3. Conclusion

En définitive, la problématique du piratage s'est avérée beaucoup plus complexe qu'une simple confrontation entre le gouvernement américain et les pirates informatiques. Le cyberspace est un amalgame d'acteurs cherchant tous à tirer leur épingle du jeu, chacun ayant un impact sur les pratiques de piratage.

Comme souvent en science, l'intuition est un pauvre indicateur de la réalité. La réponse rigoriste par la loi n'a pas permis de convaincre la communauté pirate de mettre fin à ses activités. En

cherchant à faire appel au gouvernement pour régler ses problèmes, les industries culturelles et logicielles ont nourri l'esprit de confrontation avec les pirates. Or, cela ne veut pas dire que le piratage ne peut pas être combattu efficacement. Il suffit d'adapter le modèle de développement à la nouvelle réalité du cyberspace. Si Apple et Valve ont démontré l'efficacité du modèle, ils ne sont pas les seuls à tirer bénéfice de la manne que représente le cyberspace. Après tout, nous avons pu voir au chapitre 3 que la compagnie Netflix occupe à elle seule 34% de la bande passante disponible en Amérique du Nord. C'est en travaillant à l'intérieur d'un marché transformé par le réseau universel que le piratage a pu être efficacement réduit. Ce que suppose cette approche, c'est que le piratage ne peut pas être combattu par des moyens conventionnels. Il doit être accepté comme une conséquence normale de l'existence du cyberspace, laissant les entreprises et créateurs trouver eux-mêmes une façon de capter l'intérêt de leur public. Le piratage serait peut-être en fait une réponse à une attitude suffisante d'une industrie qui, incapable ou refusant de s'adapter au nouvel environnement, a choisi de se cacher derrière le gouvernement, s'aliénant de fait une partie imposante de sa clientèle.

Tout cela permet de revenir sur l'hypothèse de recherche. À la base, il avait été soutenu que le piratage ne pouvait pas être combattu par une approche législative. Une analyse de surface avait pourtant révélé que le phénomène du piratage, en général, était relativement faible aux États-Unis, et en déclin. Devant une telle observation, il a été nécessaire de creuser plus loin pour trouver les véritables causes de ces changements. Ce qui en est ressorti est un constat de maturation du cyberspace. Il ne faut pas oublier que l'interconnexion du monde par le réseau est un phénomène récent. La régulation de cet espace se fait principalement de façon autonome. Devant un gouvernement qui visiblement peine à agir devant l'ampleur des ressources nécessaires à la traque des pirates, les entreprises et les créateurs ont dû répondre par l'innovation et l'adaptation. Cette approche a certainement permis d'établir une grande légitimité à toute la démarche. Cette légitimité n'a jamais été accordée à l'approche légale articulée à travers le DMCA, depuis le début avec le cas de Jon Johansen jusqu'aux batailles législatives de la SOPA et la PIPA (et récemment la CISPA [Cyber Intelligence Sharing and Protection Act]¹³⁶). La loi a été systématiquement contournée, défiée et même battue. En définitive, l'approche légale n'a jamais été en mesure de fournir des résultats durables, alors que les approches indirectes ont su

¹³⁶ Wikipédia, *Cyber Intelligence Sharing and Protecting Act* [en ligne] http://en.wikipedia.org/wiki/Cyber_Intelligence_Sharing_and_Protection_Act (consulté le 26 avril 2013).

efficacement répondre aux lacunes du piratage. La grille d'analyse proposée est donc beaucoup plus parlante lorsqu'appliquée à une opposition entre les pirates et les entreprises, car en définitive, ce sont eux qui ont réellement construit la culture du cyberspace.

Conclusion générale

La présente recherche a permis de mettre de l'avant la forte interrelation entre trois acteurs du cyberspace. Premièrement, l'exemple du gouvernement américain a montré un désir manifeste de garder le contrôle sur le monde virtuel. Les gouvernements ont pour intérêt la pérennité et la prospérité de leur société dans le temps. Dans l'exemple américain, il fut possible de constater un fort attachement à la liberté d'entreprise comme moteur d'une économie saine. Le gouvernement s'est placé comme le défenseur d'entreprises incapables de transformer leur modèle pour rester en vie. La résultante a été un système de loi plutôt sévère, dont l'usage était essentiellement réservé aux auteurs et à leurs représentants afin de poursuivre ceux qui veulent passer outre les lois sur la propriété intellectuelle. Le gouvernement américain a aussi choisi de se mouiller en menant des opérations contre les pirates les plus prolifiques. Par contre, la pression politique exercée par ceux qui ont adapté leur modèle au cyberspace a eu raison des nombreuses tentatives de renforcer le DMCA. Le discours tend à s'équilibrer entre protection des droits d'auteur et l'accès à l'information. Si le pirate informatique n'a pas un accès direct à son gouvernement, son message a été porté aux plus hautes sphères par une communauté d'intellectuels et d'entreprises soucieuses de laisser au cyberspace une grande liberté afin de ne pas tuer l'innovation.

Deuxièmement, les usagers du cyberspace se sont montrés beaucoup plus hétérogènes qu'escompté au départ. Dans la perspective initiale, il semblait y avoir une véritable épidémie de pirates dans le cyberspace. Les dommages causés par ces pirates semblaient être immenses, à un point tel que l'idée que le piratage affectait lourdement l'économie américaine semblait être bien réelle. Or, la réalité est tout autre. Il fut possible de constater qu'une vaste majorité d'usagers du cyberspace aux États-Unis respectent les lois sur le droit d'auteur. C'est un fait qui semble en concordance avec une époque où la criminalité est largement en déclin. Le piratage n'a pas échappé à ce déclin.

Finalement, les entreprises, initialement perçues comme un bloc monolithique, se sont présentées comme un groupe tout aussi hétérogène au niveau des intérêts. Beaucoup d'entreprises ayant fait leur fortune dans la musique, le film, le logiciel ou autre produit culturel sont rapidement montées aux barricades pour juguler le piratage. Ces entreprises se sont tout de suite placées en opposition avec la communauté pirate. Rapidement, elles ont projeté l'image de celui se plaignant le ventre

plein, attirant peu de sympathie outre celle du gouvernement. Or, fort de leurs appuis à Washington, elles ont pu marquer énormément de points dans la sphère légale. C'est peut-être devant un constat d'échec que le bloc s'est fracturé. Bien vite, ce qui a contribué le plus à l'exceptionnalisme américain, l'innovation, est venu changer la donne. Devant une communauté pirate très efficace dans ses actions, certaines entreprises ont choisi de transformer leur modèle d'affaires pour travailler en harmonie avec une vision ouverte du cyberspace. Ces entreprises ont pu développer des modèles de distribution efficaces et fiables. C'est dans ces caractéristiques que la réconciliation entre les pirates et l'entreprise privée a pu s'opérer.

Il semble que les mesures les plus efficaces, indépendamment d'une symétrie stratégique ou non, soient axées sur des mesures indirectes par le marché et l'architecture. Les pirates ont réussi à croître et perdurer dans le cyberspace grâce à leur génie logiciel. Ils ont façonné un cyberspace où le piratage était facile et relativement isolé d'actions légales au niveau des simples usagers. Ils ont, de fait, réussi à préserver l'anarchie centrale au cyberspace grâce à leur approche par l'architecture. Les actions légales ont été efficaces jusqu'au moment où l'État a modifié ladite loi pour reprendre le dessus. Après l'arrivée du DMCA, il n'était plus possible pour les pirates de réellement gagner au niveau légal. Par contre, il est tout aussi impossible pour le gouvernement de poursuivre tous les pirates ou même de les intimider. Les ressources juridiques ne seront jamais assez imposantes pour réellement appliquer les lois sur le piratage domestique. Or, dès que l'entreprise privée s'est mise à réfléchir aux impératifs du marché virtuel, des modèles ont été élaborés pour tirer avantage d'une opportunité historique. La question vis-à-vis l'hypothèse est le rôle de l'asymétrie stratégique. Est-ce que les mesures indirectes sont simplement plus efficaces dans un dossier comme le cyberspace? Au sens strict, la réduction observée dans les habitudes de piratage est beaucoup plus l'œuvre d'une symétrie stratégique entre les entreprises adaptées au cyberspace et la communauté pirate. Ces entreprises ont pris une lecture du marché et ont donné au client ce qu'il cherchait réellement à travers le piratage : un accès rapide, peu coûteux, efficace et sécuritaire à l'information. À l'inverse, les entreprises qui ont choisi l'avenue légale n'ont pas su répondre à ces besoins. Elles espéraient plutôt limiter la capacité des pirates à mener leurs activités. Si une baisse dans les habitudes pirates a effectivement été observée, la capacité à mener ces activités pirates n'a jamais été affectée. Est-ce l'œuvre de l'asymétrie stratégique ou de l'incapacité des moyens directs à réellement affecter un espace virtuel?

En définitive, il ne s'agit pas d'un combat entre un gouvernement justicier et un groupe de criminels virtuels. C'est une opposition de vision, l'une désirant maintenir l'anarchie du cyberspace et l'autre tentant d'y affirmer son autorité tout en conservant une vision pré-Internet du marché. Le problème du gouvernement américain comme intervenant n'est peut-être pas non plus son angle d'attaque, mais son incompréhension des dynamiques du cyberspace. C'est pourquoi il semble se laisser bercer par les intérêts de distributeurs et producteurs de produits culturels, qui arrivent à Washington avec contributions politiques et études intéressées pour pousser leur vision alarmiste du piratage. Avec peu d'avis contraires dans le monde des affaires, le gouvernement a avancé dans cette voie jusqu'au DMCA. C'est peut-être un signe de sagesse que d'avoir abandonné la SOPA et la PIPA, mais il serait difficile d'ignorer l'entrée en scène de compagnies du cyberspace, avec arguments et contributions politiques. Il est difficile dans ce contexte d'ignorer le facteur monétaire dans les orientations législatives du gouvernement. L'acteur privé est alors beaucoup plus qu'une variable parasite, car ses actions semblent conditionner directement la réponse du gouvernement américain. Or, le futur promet de voir de plus en plus de géants corporatifs dans le cyberspace et avec leur adaptation à ce nouveau marché viendra peut-être un apaisement dans la lutte au piratage mené par le gouvernement américain. Du moins, la stratégie devrait évoluer plus rapidement.

La grande influence des entreprises dans ce dossier n'est pas qu'une question de contribution politique et du revenu de ces entreprises. La raison de leur grande influence est aussi due au fait que la lutte illustrée dans la présente recherche repose précisément sur le rôle et l'influence des grandes entreprises dans le cyberspace. En d'autres termes, la véritable dichotomie semble se tenir plutôt dans l'équilibre entre la libre circulation de l'information et la protection de la propriété intellectuelle. Tant et aussi longtemps que le but des actions sur le piratage est simplement d'y mettre fin, les pirates seront motivés à produire des outils toujours plus efficaces pour maintenir leurs activités. Il est nécessaire d'inclure la communauté pirate dans la solution afin d'obtenir un résultat qui pourra à la fois maintenir la fluidité de l'information dans le cyberspace tout en assurant un certain rendement aux créateurs et innovateurs à travers un traitement de la propriété intellectuelle renouvelé. Le moyen qui semble avoir été le plus efficace pour combattre le phénomène est une transformation du modèle d'affaires pour s'adapter à la réalité d'un cyberspace sans limites. Or, cette solution a l'avantage de ne demander aucun changement législatif, mais ne répond pas aux inquiétudes de la communauté pirate. Afin de

ramener l'État dans son rôle de médiateur, il faudrait que l'État oriente le successeur du DMCA à travers un large dialogue prenant en compte un marché radicalement transformé par l'avènement de nouvelles technologies. Il doit y avoir une volonté à Washington de créer le plus large consensus possible et non de se faire le porte-bannière d'une frange particulière des grandes entreprises américaines. Or, il est difficile de s'imaginer qu'une telle conversation aura lieu, considérant que le piratage est effectivement en baisse et qu'il est facile le gouvernement d'y voir un succès de ses mesures, alors que la réalité est tout autre.

L'hypothèse de recherche supposait que le gouvernement était inefficace dans son action, spécifiquement sur la base de l'asymétrie stratégique. Il a été possible de constater que dans les faits, le piratage était en baisse. Or, cette baisse ne semble pas l'œuvre d'un gouvernement avec une solide stratégie, mais plutôt l'œuvre d'entreprises bien informées. Ainsi, l'hypothèse de recherche est effectivement infirmée et nous invite à analyser cette complexe situation en considérant les acteurs directement touchés par le piratage. En changeant la perspective du gouvernement vers les entreprises, il a été possible de mieux comprendre les dynamiques de ce conflit. Or, la symétrie ou l'asymétrie stratégique ne se sont pas démarquées clairement comme facteur. C'est plutôt la connaissance du marché et l'innovation technique qui ont été les moteurs de cette longue lutte. Voici le test de l'hypothèse illustré dans la grille d'analyse, où (1) représente le gouvernement américain et les entreprises cherchant à durcir le régime de propriété intellectuelle, (2) représente la position de la communauté pirate et (3) la position des entreprises adaptées au cyberspace.

Tableau synthèse de la lutte au piratage

		Pirates	
		Approche directe	Approche indirecte (2)
Gouv. et Entreprises	Approche directe (1)		Engorgement du système judiciaire, maintien de la capacité à pirater.
	Approche indirecte (3)		Déclin du piratage.

Si ce mémoire avait l'objectif de mettre de l'avant un cadre d'analyse solide pour les conflits de nature juridique et politique entre acteurs très disparates, la problématique du piratage n'a pas su

démontrer avec force la pertinence de la grille d'analyse utilisée. Néanmoins, le parallèle entre la guerre asymétrique et un certain type de conflit social reste intéressant. Énormément de facteurs ont permis de marier la vision de la guerre d'Arregín-Toft et le conflit politicojuridique. Ainsi, la grille d'analyse développée mériterait d'être appliquée à d'autres situations. Sans être une image parfaite de la réalité, elle permet de tirer un certain nombre d'observations fort intéressantes. La grille a forcé la comparaison entre les approches des différents acteurs et en l'appliquant sur la relation entre la communauté pirate et différents types d'entreprises, il a été possible de comprendre les facteurs les plus importants dans la lutte au piratage. La grille a donc eu une qualité structurante, mais peu de valeur explicative. Il serait nécessaire d'appliquer la grille à une situation où les acteurs sont mieux isolés.

Ultimement, la problématique du piratage domestique aux États-Unis est non seulement un enjeu économique, mais un choix de société. En ce moment, le gouvernement américain a fait le choix de traiter le piratage comme un crime, sans considérer l'importance des questions soulevées par la communauté pirate. Il y a un réel questionnement à avoir sur la circulation de l'information dans une société qui sera de plus en plus interconnectée par l'avancement des technologies de l'information. Si le piratage recule maintenant, cela ne veut pas dire que la communauté ne parviendra pas à créer de nouveaux outils qui offriront les mêmes garanties qu'un modèle comme l'iTunes Store, tout en s'accrochant au principe de gratuité. Ce jeu de vas-et-viens était manifeste dans les débuts de la lutte au piratage. Le progrès technique de l'humanité dans le cyberspace ne montre aucun signe de ralentissement.

Le cyberspace est encore très jeune. Sa diffusion planétaire est encore plus jeune. Il n'est pas anormal d'observer ces bouleversements. Le progrès rapide et constant ne peut pas facilement dépasser un organe aussi complexe et lent qu'un gouvernement. Plus qu'un simple enjeu de criminalité, le piratage est un enjeu de souveraineté. Le cyberspace est un peu comme l'Ouest américain pendant la colonisation du territoire. C'est une terre sauvage, pleine d'opportunités pour qui sait tirer son épingle du jeu. C'est aussi une terre anarchique où les facteurs de puissances sont diffus, rendant le contrôle de l'État difficile, voire impossible. Les opposants les plus farouches au piratage devront investir pour comprendre les facteurs de pouvoir de l'espace virtuel et ensuite formuler leur stratégie sur la base de ces recherches. La stratégie la plus efficace demeure, en

définitive, celle qui s'aligne avec la nature du cyberspace et non celle qui vise à s'imposer en dépit de cette nature.

Bibliographie

- ADRIAN, Angela. « Copyright protected works and the territoriality principle : The Pirate Bay deep-sixed », *Computer Law & Security Report*, Vol. 22, 2006, pp. 392 – 401.
- ARREGÍN-TOFT, Ivan. « How the Weak Win Wars: A Theory of Asymmetric Conflict », *International Security*, Vol. 36, No. 1, Été 2001, pp. 93 – 128.
- Auteurs Anonymes, « The Criminalization of Copyright Infringement in the Digital Era », *Harvard Law Review*, Vol. 112, No. 7, Mai 1999, pp. 1705 – 1722.
- Auteur Anonyme, « Copyright Law. District Court Holds That Website's Posting of and Linking to Code That Decrypts DVD Copyright Protection Technology Violate Digital Millennium Copyright Act. Universal City Studios, Inc. V. Reimerdes, 111 F. Supp. 2d 294 (S. D. N. Y. 2000), Appeal Docketed, No. 00-9185 (2d Cir. Sept. 19, 2000) Reviewed Works », *Harvard Law Review*, Vol. 114, No. 4, Février 2001, pp. 1390 – 1397.
- BALKIN, Jack M. « Digital Speech and Democratic Culture : A Theory of Freedom of Expression For the Information Society », *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, Rev. 1, 2004, pp. 1 – 55.
- Banque mondiale, *Internet users (per 100 people)* [en ligne] <http://data.worldbank.org/indicator/IT.NET.USER.P2/countries?display=graph> (consulté le 7 aout 2012).
- BAUD, Jacques. *La guerre asymétrique : ou la défaite du vainqueur*, Éditions du rocher, Paris, 2002, L'art de la guerre, 212 pages.
- BERNSTEIN, Michael S. et als. *4chan and /b/: An Analysis of Anonymity and Ephemerality in a Large Online Community* [en ligne] <http://eprints.ecs.soton.ac.uk/22345/1/4chan-icwsm.pdf> (consulté le 16 septembre 2011)
- BHATTACHARJEE, Sudip, Ram D. GOPAL et G. Lawrence SANDERS. « Digital Music and Online Sharing : Software Piracy 2.0 ? Considering the Similarities and Unique Characteristics of Online File Sharing and Software Piracy », *Communication of the ACM*, Vol. 46, No. 7, Juillet 2003, pp. 107 – 111.

BORLAND, John. « RIAA sues 261 file swappers », *CNET News* [en ligne] http://news.cnet.com/2100-1023_3-5072564.html (consulté le 12 août 2012).

BRIDY, Annemarie. « Is Online Copyright Enforcement Scalable ? » *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, Vol. 13, No. 4, 1^{er} août 2011, pp. 695 – 737.

BROWN, Mark. « Pirate Bay launches proxy-friendly mirror to circumvent UK ban », *Wired* [en ligne] <http://www.wired.co.uk/news/archive/2012-05/24/the-proxy-bay> (consulté le 4 septembre 2012).

BURGESS, Jean. « ‘ALL YOUR CHOCOLATE RAIN ARE BELONG TO US’? Viral Video, YouTube and the Dynamics of Participatory Culture », *The VideoVortex Reader*, Septembre 2008, pp. 1 – 9.

Business Software Alliance, *Fifth Annual BSA and IDC Global Software Piracy Study* [en ligne] http://global.bsa.org/idcglobalstudy2007/studies/2007_global_piracy_study.pdf (consulté le 24 novembre 2012).

CESCA, Bob. « Money Good, Napster Bad », *Youtube (originellement CampChaos)* [en ligne] <http://www.youtube.com/watch?v=VIuR5TNyL8Y> (consulté le 14 août 2012).

CHIANG, Oliver. « Valve and Steam Worth Billions », *Forbes*, 15 février 2011 [en ligne] <http://www.forbes.com/sites/oliverchiang/2011/02/15/valve-and-steam-worth-billions/> (consulté le 12 avril 2013).

CHRISTOPHERSON, Kimberly M. *The positive and negative implications of anonymity in Internet social interactions: ‘On the Internet, Nobody Knows You’re a Dog’*, *Computers in Human Behavior*, vol. 23, 2007, pp. 3038 – 3056.

COLEMAN, E. Gabriella *The Social Construction of Freedom in Free and Open Source Software: Hackers, Ethics, and the Liberal Tradition*, Thèse déposée à l’Université de Chicago, département d’Anthropologie, Août 2005, pp. 1 – 16. CROSS, Tom. « Academic Freedom and the Hacker Ethic », *Communication of the ACM*, Vol. 49, No. 6, juin 2006, pp. 37 – 41.

Constitution des États-Unis d'Amérique, art. 1, section 8, par. 8 [en ligne] http://www.usconstitution.net/xconst_A1Sec8.html (consulté le 2 mars 2013).

CROSS, Tom. « Academic Freedom and the Hacker Ethic », *Communication of the ACM*, Vol. 49, No. 6, juin 2006, pp. 37 – 41.

CUMMINGS, Alex S. « From Monopoly to Intellectual Property: Music Piracy and the Remaking of American Copyright, 1909-1971 », *The Journal of American History*, décembre 2010, pp. 659 – 681.

EASTERBROOK, Frank H. *Cyberspace and the Law of the Horse*, Université de Chicago, 1996, Faculté de droit, F 207, pp. 1 – 5.

FLEW, Terry et Stuart CUNNINGHAM. « Creative Industries after the First Decade of Debate », *the Information Society*, Vol. 26, 2010, pp. 113 – 123.

FRANKEL, Susy. « Digital Copyright Culture », *The Journal of Arts Management, Law, and Society*, Vol. 40, 2010, pp. 140 – 156.

GARDNER, David et Ted THORNHILL. « Steve Job's secret legacy : Dying Apple boss left plans for four years of products », *Daily Mail*, 8 octobre 2011 [en ligne] <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2046397/Steve-Jobs-dead-Apple-boss-left-plans-4-years-new-products.html> (consulté le 12 avril 2013).

General Accounting Office, *Intellectual Property: Observations on Efforts to Quantify the Economic Effects of Counterfeit and Pirated Goods 18 (2010)* [en ligne] <http://www.gao.gov/new.items/dl0423.pdf> (consulté le 9 août 2012).

GODELUCK, Solveig. *La géopolitique d'Internet*, Paris, 2002, éditions la découverte, cahier libre, 247 pages.

Gouvernement des États-Unis, *The Digital Millenium Copyright Act of 1998 : U.S. Copyright Office Summary*, décembre 1998, pp. 1 – 8.

GRESH, Joseph. « Megaupload also provided legitimate online services », *USA Today*, 2 mars 2012, p. 10a.

HERRING, S. *Troll (Internet)* [en ligne] [http://pediaview.com/openpedia/Troll_\(Internet\)](http://pediaview.com/openpedia/Troll_(Internet))
(consulté le 16 septembre 2011).

HOBBS, Thomas. *Leviathan : Edited, with introduction by Edwin CURLEY*, Indianapolis/Cambridge, 1994, Hackett Publishing Company, 584 pages.

HOLLOWAY-SMITH, Bronwyn. « Illegal Art : Considering Our Culture of Copying », *Junctures*, Vol. 15, Décembre 2012, pp. 19 – 26.

HOWCROFT, Debra et FITZGERALD, Brian. « From Utopia To Dystopia: The Twin Faces Of The Internet », *Systems: Current Issues and Future Changes*, 1998, pp. 1 – 26.

INDVIK, Lauren. « U.S. Internet Piracy is on the Decline », *Mashable* [en ligne] http://content.usatoday.com/communities/technologylive/post/2011/03/us-internet-piracy-is-on-the-decline/1#.ULJhaeOe_6l (consulté le 24 novembre 2012).

JENSEN, Christopher. « The More Things Change, the More They Stay the Same : Copyright, Digital Technology and Social Norm », *Stanford Law Review*, Vol. 56, No. 2, Novembre 2003, pp. 531 – 570.

JOHNSON, Patrick. « If fed can bust Megauploads, why bother with anti-piracy bills ? », *Christian Science Monitor*, 21 janvier 2012, p. N.PAG.

KIRAS. James D. « Irregular Warfare : Terrorism and Insurgency », *Strategy in the Contemporary World*, 3^e édition, Oxford University Press, 2009, Oxford, pp. 186 – 207.

KNOPPER, Steve « Megaupload Busted As Piracy War Heats Up », *Rolling Stone*, No. 1150, 16 mars 2012, pp. 13 – 14.

LESSIG, Lawrence. « The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach », *Harvard Law Review*, Vol. 113, No. 2, Décembre 1999, pp. 501 et 549.

LEVY, Steven et als. « The Noisy War Over Napster », *Newsweek*, Vol. 135, 2000, No. 23, pp. 46 – 54.

LU Wei, « Chinese Thoughts vs. Western Notion on Author's Translation rights », *Cross-Cultural Communications*, 2012, Vol. 8, No. 1, p. 46 – 51.

MACK, Andrew J.R. « Why Big Nations Lose Small Wars: The Politics of Asymmetric Conflict », *World Politics*, Vol. 27, No. 2 (January 1975), pp. 175-200.

MAHER, Kathleen. « By the Numbers : the Jobs of the First Congress vs. the 112th Congress », *Constitution Daily* [en ligne] <http://blog.constitutioncenter.org/2012/02/by-the-numbers-the-jobs-jobs-jobs-of-the-first-congress-vs-the-112th-congress/> (consulté le 10 avril 2013).

McCARTHY, Caroline. « Thanksgiving parade gets a live ‘Rickroll’ » *CNET News* [en ligne] <http://news.cnet.com/thanksgiving-parade-gets-a-live-rickroll/> (consulté le 14 août 2012).

Microsoft, *The Gmail Man* [en ligne] <http://www.youtube.com/watch?v=oXZOQAbatTE> (consulté le 24 août 2011).

NGUYEN, Xuan-Thao. « The China We Hardly Know : Revealing the New China’s Intellectual Property Regime », *Saint Louis University Law Journal*, Vol. 55, pp. 773 – 810.

OMPI, *Traité de l’OMPI sur les droits d’auteur*, Genève, 20 décembre 1996, 9 pages

OMPI, *Traité de l’OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, Genève, 20 décembre 1996, 13 pages

O’REILLY, Tim. « What is Web 2.0: Design Patterns and Business Models for the Next Generation Software », *Communication and Strategies*, No. 65, 1st quarter 2007, mars 2007, pp. 17 – 37.

PORTER, Eduardo. « The Perpetual War : Pirates and Creators », *The New York Times*, 4 février 2012, p. SR10.

PRAS, Aiko et als. « Attacks by “Anonymous” Wikileaks Proponents not Anonymous », *CTIT Technical Report 10.41*, 10 décembre 2010, pp. 1 – 10.

RAMSDELL, Will. *Hackers and the Digital Sublimes* [en ligne] <http://diskpunk.com/closet/Hackers%20and%20the%20Digital%20Sublime.pdf> (consulté le 16 septembre 2011).

RAUSTIALA, Kal et Chris SPRIGMAN. « How Much Do Music and Movie Piracy Really Hurt the U.S. Economy ? » *Freakonomics* [en ligne]

<http://www.freakonomics.com/2012/01/12/how-much-do-music-and-movie-piracy-really-hurt-the-u-s-economy/> (consulté le 7 août 2012).

Sandvine, *Global Internet Phenomena 1H 2012 report* [en ligne] <https://www.sandvine.com/trends/global-internet-phenomena/> (consulté le 18 novembre 2014).

Sandvine, *Global Internet Phenomena 1H 2014 report* [en ligne] <https://www.sandvine.com/trends/global-internet-phenomena/> (consulté le 18 novembre 2014).

SCHWABACH, Aaron. « Intellectual Property Piracy : Perception and Reality in China, the United States, and Elsewhere », *Selected Works of Aaron Schwabach*, Septembre 2007, pp. 1 – 23.

SPITZ, David et HUNTER, Starling D. « Contested Codes : the Social Construction of Napster », *The Information Society*, No. 21, 2005, pp. 169 – 180.

STIULIUC, Diana. « The American Dream As a Cultural Expression of North American Identity », *Philologica Jassyensia*, No. 2, Vol. 14, 2011, pp. 363 – 370.

The Pirate Bay [en ligne] <http://thepiratebay.se/> (consulté le 13 août 2012).

TYRANGIEL, Josh. « Radiohead Says : Pay What You Want », *Time Magazine* [en ligne] <http://www.time.com/time/arts/article/0,8599,1666973,00.html> (consulté le 14 août 2012).

Valve, *Welcome to Valve* [en ligne] <http://www.valvesoftware.com/company/> (consulté le 12 avril 2013)

VG 24/7, *Steam is hugely profitable, has up to 70% of market : Forbes*, 14 février 2011 [en ligne] <http://www.vg247.com/2011/02/13/newell-stream-tremendously-profitable-has-up-to-70-of-market/> (consulté le 12 avril 2013).

Wikileaks, *About* [en ligne] <http://wikileaks.org/About.html> (consulté de 14 août 2012).

Wikipedia, *BitTorrent* [en ligne] [http://en.wikipedia.org/wiki/BitTorrent_\(protocol\)](http://en.wikipedia.org/wiki/BitTorrent_(protocol)) (consulté le 18 mai 2012).

Wikipédia, *Cyber Intelligence Sharing and Protecting Act* [en ligne] http://en.wikipedia.org/wiki/Cyber_Intelligence_Sharing_and_Protection_Act (consulté le 26 avril 2013).

Wikipedia, *iTunes Store* [en ligne] http://en.wikipedia.org/wiki/iTunes_Store (consulté le 12 avril 2013).

Wikipedia, *Steam (software)* [en ligne] [http://en.wikipedia.org/wiki/Steam_\(software\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Steam_(software)) (consulté le 12 avril 2013)

Yahoo finance, *Apple Inc. (AAPL) Historical Prices* [en ligne] <http://ca.finance.yahoo.com/q/hp?s=AAPL&a=00&b=01&c=2003&d=11&e=31&f=2007&g=m> (consulté le 12 avril 2013).

Annexe 1 : Table des tableaux

Tableau 1

Résultat projeté de la confrontation entre pirates et gouvernement..... p.30

Tableau 2

Tableau synthèse de la lutte au piratage..... p.66

Tableau 3

Tableau synthèse de la lutte au piratage..... p.72