

L'élaboration d'un ordre public télématique : aspects de droit pénal / Michel Massé. — Extrait de : Revue juridique de l'USEK. — N° 3 (1994), pp. 75-106.

Notes au bas des pages.

I. Droit pénal — Codes. II. Télématique — France. III. Télécommunications.

PER L1311 / FD56568P

L'ÉLABORATION D'UN ORDRE PUBLIC TÉLÉMATIQUE

ASPECTS DE DROIT PÉNAL

PAR

Michel MASSÉ

Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Sociales
de l'Université de Poitiers

Le mot télématique désigne en France un ensemble de technologies et/ou de services nés de la conjonction de l'informatique et des télécommunications. Son régime juridique, encore relativement incertain, se détermine lui-même par la combinaison de plusieurs catégories de règles, quelques unes spécifiques, la plupart empruntées soit au droit commun de la propriété ou de la responsabilité soit aux règles qui régissent l'une ou l'autre des technologies dont elle procède.

Parmi les services télématiques se distinguent aujourd'hui des services interactifs. Selon une circulaire du 17 février 1988: «Il s'agit des services par lesquels chaque utilisateur interroge lui-même à distance un ensemble d'écrits, de sons, d'images ou de documents ou messages audio-visuels de toute nature, et ne reçoit en retour que les éléments demandés ou, le cas échéant, crée des messages inédits accessibles aux autres usagers. A titre non exhaustif on peut citer: les services télématiques de presse; les banques de données; les services de messageries: petites annonces, forum ouvert...; les services d'information du public sur les produits et services commerciaux, professionnels ou bancaires (cours de la bourse, catalogues de vente par correspondance...)». Il existe en France une télématique interactive «grand public» née d'un programme (télétel) lancé par l'administration des télécommunications sur un réseau de transports de données par paquets (Transpac) tarifé indépendamment de la distance. Plus de 5 millions de foyers sont d'ores et déjà gratuitement équipés d'un terminal: le minitel.

L'explosion de ces nouvelles formes de communication, leur dévelop-

pement encore assez largement expérimental ou anarchique sur des marchés prometteurs s'accompagnent d'une grande vulnérabilité qui est à l'origine de nombreuses fraudes ou autres atteintes à l'intérêt général. Quantitativement, et probablement même qualitativement, une partie seulement de ces actes sont aujourd'hui connus. L'opinion générale est cependant qu'ils sont ou pourraient devenir gravement préjudiciables à ce secteur économique ou à des valeurs telles que les libertés, la protection de la vie privée ou les bonnes mœurs. Un ordre public télématique doit donc voir le jour, dont nous tenterons ici une approche sous le seul éclairage des atteintes pénalement protégées. L'existence de sanctions pénales n'est certes pas un critère exclusif, mais c'est un des plus indiscutables de l'ordre public. Dans une période de formation du droit, c'est même le tout premier révélateur auquel on puisse s'attacher. A cet égard, le droit français, comme beaucoup d'autres, est en effet en pleine construction; il est encore en expectative devant des révolutions technologiques. La description qui en sera faite demeurera donc assez sommaire. Nous mettrons plutôt l'accent sur les questions et la méthodologie sousjacentes à l'élaboration d'un ordre public télématique pénalement sanctionné, souhaitant faire ainsi apparaître les *hésitations du droit*.

La recherche dans les textes d'incriminations spécifiques est une démarche vouée à l'échec; du point de vue pénal la télématique n'a pas (pas encore?) d'existence juridique propre. L'ordre public télématique est un ordre public transposé. Certaines infractions viennent de l'extérieur, la télématique se fondant alors dans des ensembles plus vastes tels que celui des services de communications audiovisuelles. D'autres infractions apparaissent au cœur même de la télématique, qui sont relatives aux télécommunications ou à l'informatique et s'appliquent naturellement lorsque ces deux technologies se trouvent réunies. Toutes n'ont pas soulevé les mêmes débats. Celles qui sont restées relativement inaperçues seront simplement présentées ci-dessous (1), pour consacrer ensuite la majeure partie de nos développements aux *infractions les plus discutées* (2).

1) Les premières sanctions rencontrées s'appliquent à l'ensemble des services de communication audiovisuelle ou, plus largement encore, à l'ensemble des véhicules de la communication.

Liberté oblige: les sanctions pénales sont rares dans les textes récents relatifs à la communication audiovisuelle: la loi du 29 juillet 1982 dont

quelques articles sont restés en vigueur¹, mais qui a été très largement remplacée par la loi du 30 septembre 1986², textes non modifiés en ce qui nous concerne par la loi du 17 janvier 1989 substituant un conseil supérieur de l'audiovisuel (C.S.A.) à la commission nationale de la communication et des libertés (C.N.C.L.).

- L'article 43 précité soumet à un régime de double (autorité administrative: C.S.A. et autorité judiciaire: procureur de la République) déclaration préalable, les services de communication audiovisuelle, activité ainsi définie par l'article 2 de la loi: «mise à disposition du public ou de catégories de public par un procédé de télécommunication, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée». Le non respect de cette obligation est une contravention de 5^{ème} classe³, punissable d'une peine d'amende pouvant atteindre 6.000 F et, éventuellement, d'un emprisonnement d'une durée maximum de 1 mois.

- L'article 37 de la même loi de 1986 oblige ensuite les fournisseurs du service à porter un certain nombre d'informations à la connaissance des utilisateurs: identification du service et du directeur de la publication; information sur le droit de réponse, de rectification et de suppression dont il sera traité ci-dessous; affichage du tarif lorsque le service est payant. La violation de ces obligations constitue soit un délit puni d'une amende pouvant s'élever jusqu'à 40.000 F⁴, soit, lorsqu'il s'agit du tarif, une contravention de 5^{ème} classe⁵.

- Selon l'article 6 modifié de la loi du 29 juillet 1982, «toute personne physique ou morale dispose d'un droit de réponse dans le cas où des imputations susceptibles de porter atteinte à son honneur ou à sa réputation auraient été diffusées dans le cadre d'une activité de communication audiovisuelle». Le décret d'application précise qu'en ce qui concerne les services de vidéographie le demandeur peut en outre réclamer la correction ou la suppression du message pour la période au cours de laquelle il est encore accessible au public. Mais ces obligations ne sont pas pénalement sanctionnées. Seuls le sont «les modalités et délais de conservation des

1) Notamment l'article 6 consacré au droit de réponse, complété par un décret du 6 avril 1987.

2) Dont l'article 43, complété par un décret du 17 avril 1987, impose une déclaration préalable.

3) Article 5 du décret d'application.

4) Article 76 de la loi.

5) Article 5 précité du décret.

documents audiovisuels nécessaires à l'administration de la preuve des imputations préjudiciables»⁶. Selon l'article 8, qui concerne les services de vidéographie, «les messages et tous autres documents nécessaires à l'administration de la preuve des imputations (...) doivent être conservés sous la responsabilité du directeur de la publication pendant 8 jours à compter de la date à laquelle ils ont cessé d'être mis à la disposition du public». Sur tous ces points, la comparaison s'impose avec les publications écrites: la liberté de communiquer ne signifie pas que l'on puisse diffuser n'importe quoi; mais les questions de preuve, traditionnellement réglées par le dépôt légal, prennent ici une importance particulière.

D'autres textes témoignent expressément de ce que les infractions traditionnellement liées à la communication d'informations sont applicables à la télématique. Ainsi les infractions prévues par la loi du 29 juillet 1981 sur la presse (chapitre IV: provocation à commettre un crime ou un délit, offense au Président de la République... diffamation, injure) pour la répression desquelles l'article 93-3, ajouté en 1985 à la loi du 29 juillet 1982, prévoit une technique d'imputation «en cascade» (le directeur ou le co-directeur de la publication, à défaut l'auteur, à défaut le producteur... méthode transposée de la loi de 1881 et de l'article 285 du Code pénal) que les juges mettront en œuvre «lorsque le message incriminé aura fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public». Ainsi encore pour la provocation au suicide, une loi du 31 décembre 1987 ayant spécifié que les infractions nouvellement créées sont applicables lorsque le délit est commis par un moyen de communication audiovisuelle⁷.

Sans que les textes ne le disent expressément, on peut penser qu'il en est de même, sous réserve de quelques adaptations, pour les infractions commises en matière de publicité⁸. On peut également évoquer la diffusion de fausses nouvelles mettant en jeu la sécurité du trafic aérien ou encore de fausses informations boursières. Dans tous ces exemples on rencontrera toutefois, en plus des difficultés de preuve de l'infraction précédemment mentionnées, celle d'avoir à établir que les personnes poursuivies avaient ou auraient dû avoir connaissance des faits délictueux. Cela n'est pas a priori le cas d'un directeur

6) Article 6, alinéa 11 de la loi, mis en œuvre par les articles 7 et 8 du décret dont la violation est érigée par l'article 9 en contravention de 5^{ème} classe.

7) Article 318-2 Code pénal.

8) Selon l'article 43 de la loi de 1986, toute publicité doit être nettement identifiée comme telle et la circulaire précitée du 17 février 1988 rappelle que les «messages publicitaires doivent respecter les lois, règlements et usages professionnels en vigueur».

de service téléma-tique lorsque des «tuyaux» boursiers sont échangés en direct et parfois anonymement sur une messagerie; d'où la relaxe prononcée le 5 juillet 1988 par le tribunal correctionnel de Paris dans l'affaire dite de la Commande électronique⁹. Mais le vide juridique ainsi apparu, à supposer que cette expression ait un sens en droit pénal, avait été comblé par la commission des opérations de bourse (C.O.B.) immédiatement après les faits qui ont donné lieu aux poursuites, dans une recommandation du 30 juin 1987 concernant les informations boursières diffusées par minitel.

Nous constatons ici un mécanisme d'adaptation extra-pénal, qui n'affecte en rien l'incrimination elle-même. Mais il ne fait aucun doute qu'à l'avenir les juges seront enclins à considérer comme étant de mauvaise foi les professionnels qui n'auront pas respecté les recommandations de la C.O.B.

Le même type de problème s'est présenté à l'administration des télécommunications amenée à prendre des précautions écrites, à la suite d'une certaine «perversion» du trafic minitel connue sous le nom de «minitel rose». Nous y reviendrons plus loin. Pour l'instant, les précautions à souligner concernent des services relevant du système «kiosque» selon lequel France Télécom (transporteur sur le réseau transpac et fournisseur du terminal minitel) facture aux usagers appelants (les abonnés au téléphone) un coût global dont une partie (5/8) est réservée au fournisseur du service ainsi dispensé des formalités de facturation et du risque de non recouvrement¹⁰. L'accès au réseau n'est accordé qu'après signature d'une convention et inscription du service demandeur au répertoire des services télétel. Une première précaution consiste alors dans ce que l'administration se réserve le droit de demander modification immédiate de tout ce qui porterait atteinte aux bonnes mœurs et à l'ordre public dans le contenu de cette inscription: nom du service, identité du fournisseur, description du contenu en cinq lignes, cinq descripteurs. Quant au fonctionnement du service, une précaution supplémentaire apparaît dans la convention propre au kiosque dit grand public (numéro d'appel commençant par 36-15). Le signataire de cette convention prend en effet des «engagements déontologiques» figurant dans une annexe qui se présente comme un véritable exposé du droit de la télématique incluant des incriminations pénales de droit commun susceptibles d'application à certaines messageries. Contractuellement, le non respect de

9) Droit des sociétés 89, 118; G.P. 8-10 janvier 89; Droit de l'informatique et des télécommunications 89-3, 46s.

10) Voir les art. R. 54-1 et s. du Code des P. et T. ainsi que les art. 406-1 et s. sur le comité consultatif des kiosques télématiques et téléphoniques.

ces engagements pourra être sanctionné par la suppression de l'accès au réseau. Pénalement les juges pourront en déduire la mauvaise foi des auteurs d'infractions.

L'une de ces infractions vient de la nécessité initiale (s'imposant encore pour tout service de messagerie directe et anonyme) d'être inscrit au registre de la commission paritaire des publications et agences de presse pour se voir attribuer un numéro d'accès commençant par 36-15. Cette exigence a en effet donné lieu à des fausses déclarations ou trafics relatifs au «numéro» d'inscription délivré par la commission, comportements tombant sous le coup des articles 153 et/ou 154 du Code pénal. Signalons enfin que le système kiosque est également à l'origine d'escroqueries commises au préjudice des P. et T. consistant à leur faire verser des sommes à un fournisseur de service, bénéficiaire de l'infraction, sans payer les factures adressées à des utilisateurs, complices, dont les appels répétés sont la cause de ces versements. Cette dernière observation met en évidence l'existence d'infractions commises non seulement par les offreurs de services télématiques mais aussi par leurs clients ou par des tiers, autre perspective que nous allons maintenant intégrer à notre démarche.

2) L'ordre public télématique ne se réduit pas en effet aux infractions ci-dessus examinées. D'autres sont à prendre en considération, qui ont la particularité d'avoir fait l'objet de débats importants et à partir desquelles nous allons maintenant décrire les hésitations du droit français.

Ces débats, parfois vifs, se ramènent dans l'ensemble à la problématique de l'application/adaptation du droit commun ou de la création de nouvelles incriminations pour contrôler les pratiques qui apparaissent d'emblée à certains comme délinquantes et justiciables de sanctions pénales. Notons d'ailleurs d'emblée qu'on s'est peu interrogé sur cette demande d'incrimination, de pénalisation, de préférence à d'autres systèmes de régulation sociale. Le droit pénal, on le sait, est utilisé pour protéger des valeurs bien établies. Mais ce n'est pas, pas encore, vraiment le cas dans notre domaine. S'il peut en outre être utilisé pour stigmatiser des comportements et contribuer ainsi à la formation d'une nouvelle conscience sociale, c'est alors, si l'on ose écrire, «à fonds perdus», avec le risque, au moins dans un premier temps, que le droit édicté reste plus ineffectif que de coutume. Or ce risque devrait être soigneusement évalué: on ne peut aller jusqu'à créer des infractions qui se multiplieraient sans que l'on puisse les réprimer du fait de leur nombre, des difficultés de preuve ou d'une trop grande intolérance du corps social aux poursuites. Il y a là, nous semble-t-il, des débats préalables qui n'ont pas

toujours eu lieu.

Étant donc le plus souvent présumé qu'il fallait réprimer, la discussion s'est réduite aux moyens d'y parvenir: droit commun ou incriminations spécifiques, le premier pouvant être adapté aux nouvelles technologies soit par interprétation jurisprudentielle soit par remodelage législatif. Toutes ces voies ont été envisagées en France sans que l'on puisse encore discerner une réelle cohérence dans la politique criminelle mise en œuvre. Sans négliger plusieurs interventions législatives déterminantes¹¹, mais sans traiter à fond des questions qui ne relèvent pas exclusivement du droit de la télématique, nous signalerons ici les incertitudes qui pèsent sur un droit en pleine élaboration et particulièrement les discordances qui apparaissent entre les différentes *sources de ce droit*, doctrine comprise¹².

Pour ce faire les hésitations comme les chronologies observées conduisent à distinguer très classiquement entre la protection des personnes et la protection des biens.

I^{ère} PARTIE - LA PROTECTION DES PERSONNES

Depuis 1970 le droit pénal français¹³ protège la vie privée contre l'utilisation «d'appareils quelconques» permettant d'enregistrer, fixer ou transmettre certains aspects de l'intimité d'autrui. Mais cette protection est limitée aux «paroles prononcées» ou à «l'image des personnes» se trouvant dans un lieu privé. Conçue pour le téléphone, elle n'est pas applicable au minitel. Plus anciennes sont les dispositions du Code des postes et télécommunications qui protègent «le secret de la correspondance confiée au service des télécommunications» contre toute violation émanant des fonctionnaires (art. L. 41) ou sanctionnent «toute personne qui, sans l'autorisation de l'expéditeur ou du destinataire divulgue, publie, ou utilise le contenu des correspondances transmises par la voie radio-électrique ou relève leur existence» (art. L. 42). Mais ces textes sont également d'un domaine d'application

11) Lois de 1978, 1985, 1987 et 1988 dont les textes sont reproduits en annexe.

12) Parmi les études d'ensemble les plus récemment publiées, où l'on trouvera toutes les références, v. B. FILLION, *La réception de l'innovation technologique en droit pénal*, R.S.C. 1990, 270 s.; J. FRANCILLON, *L'adaptation du droit pénal à certaines formes de délinquance informatique et audiovisuelle*, in *Mélanges offerts à A. VITU*, Éd Cujas, 211 s. Adde, pour une étude plus descriptive, J. PRADEL, *Les infractions relatives à l'informatique*, in *R.I.D. comparé*, 1990, 816 s.

13) Art. 368 C.P.

extrêmement limité¹⁴. Si «correspondance» doit s'entendre comme désignant la correspondance privée, on notera qu'ils sont alors inapplicables du fait de la définition donnée dans l'article 2 précité de la loi du 30 septembre 1986, à tous les services dits de communication audiovisuelle et comme tels soumis à une déclaration préalable. Conçus pour les télécommunications en tant que prolongement des postes, ils ne seraient pas applicables à ce nouveau visage des télécommunications que représente la télématique.

Aucun texte n'était donc spécialement adapté à la protection des personnes contre les risques nés de la télématique. Un premier danger, pour la vie privée et les libertés, découle des performances de l'informatique qui offre des possibilités de traitement et de stockage d'informations sans commune mesure avec celles dont on disposait jusqu'ici. Qualitativement, quantitativement et même en les considérant séparés les uns des autres, les fichiers informatisés de personnes présentent des risques que le droit pénal ne peut plus ignorer. Le législateur, par la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés s'en est très tôt préoccupé. Peut-être trop tôt: c'était, avant l'époque de la fascination, celle de la peur et encore à l'aube des nouvelles technologies dont on sait avec quelle rapidité elles ont depuis évolué. Un autre danger s'est au contraire révélé à la surprise de la plupart des observateurs. Il résulte de l'existence d'une télématique grand public, de sa «convivialité», de sa souplesse d'utilisation et aussi du hasard des connexions comme de l'anonymat qu'elles préservent, tous éléments propices à l'occupation des solitudes et/ou à l'expression des phantasmes. Le trafic minitel semble en effet s'être d'emblée coloré de telle sorte que l'on a beaucoup glosé sur un «minitel rose» et cela d'autant plus que des poursuites déclenchées pour incitation à la débauche ont abouti à des relaxes. Généralement critiquées, ces relaxes s'expliquent cependant moins par l'inadaptation des infractions que par le fait que l'on a recherché, comme en matière de fichiers, la responsabilité de ceux qui contrôlaient la technologie.

A - Les traitements automatisés d'informations nominatives

«Relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés», la loi du 6 janvier 1978 s'applique indiscutablement à la télématique. Son champ d'application, déterminé par la notion centrale de traitement automatisé d'informations nominatives (T.A.I.N.), s'étend à «tout ensemble d'opérations

14) Voir. A. AUDIGOU, *L'Environnement pénal des télécommunications*, pp. 73 s. et spécialement pp. 84-89, in *Le droit criminel face aux technologies nouvelles de la communication*, Economica, 1986.

(...) se rapportant à l'exploitation de fichiers ou bases de données et notamment les interconnexions ou rapprochements, consultations ou Communications d'informations nominatives¹⁵.

Cette loi, applicable aux personnes physiques comme aux personnes morales, de droit public comme de droit privé, contient en son chapitre 4 des dispositions pénales. Quatre délits y sont définis et sanctionnés de peines pouvant aller de 2.000 à 2.000.000 F d'amende ou de 6 mois à cinq ans d'emprisonnement. Il s'agit du défaut de déclaration préalable de T.A.I.N.¹⁶, de l'enregistrement ou de la conservation illicite d'informations nominatives¹⁷, de la divulgation d'informations nominatives ayant pour objet de porter atteinte à la réputation, à la considération ou à l'intimité de la vie privée de la personne concernée¹⁸ et du détournement d'informations nominatives de la finalité justifiant leur détention¹⁹. S'y ajoutent des contraventions de 5^{ème} classe créées par un décret d'application du 23 décembre 1981: entrave à l'action de la commission nationale de l'informatique et des libertés (C.N.I.L.), instituée par la loi, pour veiller au respect de ses dispositions, collecte d'informations en violation de l'article 27 de la loi, opposition à l'exercice des droits d'accès (conféré par la loi à toute personne fichée ou désirant savoir si elle l'est) et de rectification²⁰.

Nous ne nous intéresserons ici qu'à la mise en œuvre de cette loi par la jurisprudence pénale et signalerons, dans l'actualité récente, quelques aspects de sa mise en œuvre réglementaire.

1) Quantitativement, force est de constater qu'après douze ans d'existence, la loi n'a suscité qu'un très faible contentieux pénal: tout juste une dizaine de décisions du fond publiées. Il serait réconfortant d'en déduire que la loi est connue et respectée. Mais on affirme généralement le contraire: qu'elle demeure largement inappliquée parce que assez largement inapplicable. Hors de ces polémiques, il faut constater que l'action de la C.N.I.L.

15) Art. 5, in fine.

16) Article 41.

17) Article 42.

18) Article 43.

19) Article 44.

20) Sur ces incriminations, consultez, entre autres, P.A. WEILL, *Aspect de droit pénal français de la protection des données personnelles*, in *R.I.D. comparé*, 87, 655 s. et R. GASSIN, *La protection pénale des «infractions sur la personne» en droit français contemporain*, in *Mélanges Vitu*, précité, 229 s., article dans lequel l'auteur envisage un des nouveaux aspects de la problématique du droit commun - incriminations spécifiques: L'influence de ces dernières sur le droit antérieurement existant et sa mise en œuvre.

(qui n'a certes pas le monopole des poursuites, mais détient l'essentiel des informations sur les infractions commises) se veut plus éducative que répressive. Si beaucoup d'infractions sont commises, très peu sont «dénoncées au parquet par la commission» ainsi que l'article 21 de la loi lui en donne la possibilité. Peut-être convient-il de s'en réjouir. On peut, en revanche, regretter que le critère d'une telle décision ne soit pas toujours celui de la gravité des infractions commises mais parfois seulement, si l'on peut dire, le manque de respect dû à la commission ou à ses injonctions. Si les juges pénaux ne doivent statuer qu'exceptionnellement, autant bien choisir les exemples qu'on leur demande de faire. Or le choix était quelque peu discutable dans l'affaire RIOU, la seule qui soit parvenue, par la volonté de la C.N.I.L., via un pourvoi dans l'intérêt de la loi exercée sur ordre du Garde des Sceaux, devant la Cour de Cassation (Crim. 3 nov. 87, Bull. n° 382).

Quoiqu'il en soit, lorsque contentieux il y a devant les juridictions répressives, deux logiques d'interprétation de la loi se discernent très clairement. L'une, «administrative», s'exprime fort bien dans les nombreux commentaires publiés par M.J. FRAYSSINET. Naturellement, elle tend à obtenir des condamnations dans les affaires sélectionnées par la commission. Sur le fond, elle s'efforce d'intégrer harmonieusement les décisions pénales dans l'ensemble de la doctrine résultant des déclarations de la C.N.I.L., techniquement, elle est mieux informée que la plupart des magistrats sur le vocabulaire informatique, l'évolution des techniques et leurs dangers. Il s'agit alors de protéger au maximum les libertés *par* l'application de la loi de 1978. Une autre logique, «pénaliste», est surtout développée dans les études de M.R. GASSIN. S'appuyant sur la rédaction des textes, parfois mauvaise, les combinant et les interprétant selon les principes habituels de la matière pénale, elle a pour souci supplémentaire, et parfois contradictoire, de ne pas étendre la loi au-delà de ce qu'elle exprime sans ambiguïté, c'est-à-dire de protéger la liberté *contre* une application extensive du texte. Une question comme l'énigmatique différence entre les fichiers et les dossiers illustre bien ces oppositions²¹.

Dans l'ensemble, la jurisprudence apparaît plutôt extensive et répressive, ce dont sa rareté est peut-être une des causes. Extensive: application de la loi pour la protection de la moindre information nominative (nom, adresse...) et à toute personne procédant à un traitement informatisé (professionnel de ces

21) Voir les observations sur l'affaire Riou de FRAYSSINET, in S.J. 88, I, 3323 et de M. GASSIN, in *Cahiers Lamy du droit de l'informatique*, 1988-B. Adde un jugement du T. Cor. Paris du 2 mars 1989 avec les observations dans les *Cahiers du droit de l'informatique*, 89-E de M. GASSIN et 90-J de M. FRAYSSINET.

traitements, entreprise ou simple particulier); application à un simple autocommutateur téléphonique²² et même à des fichiers manuels²³. Répressive: L'article 41 est une infraction matérielle répréhensible malgré la bonne foi du délinquant qui ne peut se disculper que par la preuve d'une force majeure²⁴). Le droit pénal issu de la loi de 1978 pourrait donc glisser progressivement vers le droit pénal technique (R. GASSIN). Et voici que la C.N.I.L., à l'instar d'autres autorités administratives indépendantes, réclame maintenant un pouvoir de sanction propre. Sans préjuger de leur efficacité à court terme, on peut craindre que ces orientations soient de mauvaise augure du point de vue symbolique, dimension qui ne doit jamais être oubliée en droit pénal. Ce n'est pas ainsi qu'à long terme on fait prendre conscience de la gravité de certains actes à la mentalité collective. Mais peut-être a-t-on surévalué la nocivité de certains de ces actes? Les T.A.I.N. apparaissant en définitive comme un domaine dans lequel le droit pénal «modèle 1978» hésite à s'investir durablement, ne conviendrait-il pas de réévaluer les risques encourus pour faire la part entre des obligations d'ordre disciplinaire et des interdictions réellement destinées à déclencher des poursuites pénales?

2) Quant à la mise en œuvre réglementaire, nous retiendrons deux événements récents. Le premier concerne l'un des T.A.I.N. les plus connus des Français; l'annuaire des abonnés au téléphone... dont France Télécom commercialise des extraits par l'intermédiaire d'une de ses filiales. Le fait qu'on ait constaté de nombreux cas de télédéchargement (piratage télématique à l'aide de programmes appropriés) et l'insistance de la C.N.I.L. pour une meilleure protection des abonnés ont conduit à une réforme de l'article R. 10 et à l'introduction de nouveaux textes (R. 10-1 et R. 11) dans le Code des P. et T. par un décret du 12 octobre 1989. En sus de dispositions destinées à protéger l'annuaire lui-même, dont la violation est érigée en contraventions de 1^{ère} et 3^{ème} classe (art. R. 10 et R. 11), il est désormais prévu que les abonnés puissent «demander sans redevance supplémentaire à ne pas figurer sur les listes extraites des annuaires et commercialisées par l'administration des télécommunications», toute diffusion dans le public ou usage à des fins commerciales d'informations relatives à ces personnes étant interdites (art. R. 10). Il peut sembler paradoxal que ce dernier texte ne contienne pas de

22) T. Cor. Paris 6 juillet 1988, *Juris. P.T.T.* 1989, 20 et *Expertises* n° 116, 146 avec les observations de J. FRAYSSINET.

23) aff. Riou T. Cor. de Créteil 10 juillet 87, D. 88, 319; *Expertises* 87, 355, J. FRAYSSINET.

24) T. Cor. Versailles 23 sept. 1986, D. 87, 553 et arrêt Riou de la Chambre criminelle.

sanctions pénales. En réalité, sous certains aspects, sa violation constituera le délit de l'article 42 de la loi de 1978 renvoyant à l'article 26 de la même loi dont il résulte que toute personne a le droit de s'opposer pour des raisons légitimes à ce que des informations nominatives la concernant fassent l'objet d'un traitement.

Le second événement est en vérité plus politique que juridique. Le 28 février 1989 le journal officiel publie deux décrets pris en application de l'article 31 alinéa 3 de la loi informatique et libertés et autorisant des services de police (notamment le service des renseignements généraux) à «collecter, conserver et traiter des informations nominatives qui font apparaître l'origine ethnique en tant qu'élément de signalement, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale de personnes majeures...». Cela se faisait depuis longtemps (1941) et avait été informatisé au cours des années 1980, mais sans véritable encadrement juridique et sans aucun contrôle de la C.N.I.L. En mars 1986, après de longues négociations entre la Commission et les ministères concernés, plusieurs textes avaient déjà été pris à destination d'autres services de police ou de renseignement. A l'époque, ces textes étaient passés inaperçus grâce à l'utilisation de l'article 20 de la loi de 1978 dispensant d'en publier le contenu. On voulut cette fois-ci «jouer la transparence». Mais une certaine opinion publique ne vit que l'article précité sans tenir le moindre compte de tous les autres qui, pour la première fois, fixaient clairement les conditions et modalités de constitution et d'utilisation de ces fichiers. Le 3 mars 1990, pour des raisons purement politiques, le Premier Ministre décidait d'abroger les décrets du 27 février... indiquant tout aussitôt que c'était pour mieux les reprendre, améliorés s'il se pouvait! ce qui n'a toujours pas été fait...

Cette anecdote montre bien que nous sommes dans un domaine où le registre du symbolique ne devrait pas être négligé.

B - L'incitation télématique à la débauche

Le «minitel rose» s'est trouvé, ces derniers temps, vivement mis en question²⁵.

25) Voir le livre de D. PERIER-DAVILLE, *Les Dossiers noirs du Minitel rose*, Albin-Michel, 1987, et les nombreuses études de ce même auteur, dernièrement à la G.P. 8-10 octobre 1989. Voir également G. DI MARINO, *Minitel rose et droit pénal*, in *Le droit pénal des loisirs, travaux de l'I.S.C. de Poitiers*, Cujas 1990, également publié dans la *R. de Dt. de l'inf. et des télécoms*, 90-1, 7 s.).

La question est-elle vraiment nouvelle? Côté cœur, il faudrait explorer les liens qui ont toujours existé entre les moyens de communication et les mœurs, en particulier les mœurs sexuelles (sexualité et communication: le langage sexuel, formes de «sous-sexualité» qui ne sont qu'illusions de communication, négation de toute communication lorsqu'on en arrive à transformer un(e) autre en objet...). Côté argent, il faudrait rappeler l'existence d'un véritable marché du sexe (du métier prétendument le plus vieux du monde aux charters Japonnais pour Manille, l'industrie de l'exploitation de la solitude et de la misère affective a toujours su s'adapter et profiter de toutes les évolutions...). Sans même évoquer le support-papier, on pourrait regarder du côté du cinéma et des vidéo-cassettes; même en excluant les images, il faudrait mentionner les réseaux et répondeurs du «sex-téléphone» à partir desquels, dit-on, serait née l'idée du «kiosque» d'abord téléphonique et maintenant télématique²⁶. La seule véritable nouveauté avec le minitel, quoiqu'on en dise, est probablement la facilité d'accès pour les enfants du fait de leur grande familiarité avec l'appareil.

La question est-elle même bien posée? Le rose est en effet une couleur douce, qui sied mal au droit pénal, sauf précisément pour évoquer l'innocence enfantine²⁷. Hors de cette hypothèse, qui n'est pas celle habituellement visée, il faudrait distinguer: rose (érotisme ou libertinage entre adultes consentants), le minitel ne tomberait pas sous le coup du droit pénal qui a déjà perdu beaucoup de combats d'arrière-garde contre l'évolution des mœurs; marron (la couleur des trafics en tous genres) ou rouge (violence du proxénétisme) le minitel nous intéresse effectivement. Mais ce n'est pas (pas encore?) à cela que l'on s'intéresse. Quant au noir (couleur de la mort), même si certaines affaires citées se sont ainsi dramati-quement terminées, chacun sait bien que le minitel lui-même, bien protégé de la foudre, ne présente aucun danger pour la vie...

Judiciairement, on ne connaît qu'une seule affaire ayant donné lieu à un jugement du tribunal correctionnel (4 juillet 1988) puis à un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 12 juillet 1989²⁸. L'une et l'autre décisions sont de relaxe, ce qui a conduit, une fois de plus, à parler de vide juridique. Le dossier ayant été rapidement mis en état par le parquet (sans instruction) et les

26) Voir notamment un ouvrage de R. KAUFER et R. FALIGOT, *Porno Business*, Fayard, 1987, 315 a.

27) Cf. *Ballets bleus ou ballets roses*.

28) Intégralement publié dans *Juris P.T.T.* 89-4, 64 s. avec des observations de F. BAQUIART et F. BOUCAN; adde *Les commentaires de M.P. AUSSAGE*, in *Dt. et com. audiov.* n° 6/1990, 15 s.

poursuites ayant été engagées pour incitation à la débauche, aucun autre texte n'ayant été vraiment discuté, on peut seulement en déduire que les personnes poursuivies (6 fournisseurs de services et un serveur) n'ont pas commis cette infraction ni ne s'en sont rendus complices.

La réalité de l'infraction posait en effet moins de problèmes que son imputation.

1) L'article 284 du Code pénal incrimine le fait «d'attirer publiquement l'attention sur une occasion de débauche» ou «de publier une annonce ou une correspondance de ce genre, quels qu'en soient les termes». Son éventuelle application au trafic minitel conduit à décomposer les comportements poursuivis en trois temps:

-Affichage à l'écran, au vu de tous, de pseudonymes ou d'annonces pornographiques, pédophiles, zoophiles ou scatologiques. Cela constitue indiscutablement le fait d'attirer publiquement l'attention.

- Il s'en suit une conversation télématique, privée, entre deux minitélites connectés. Constitue-t-elle l'occasion de débauche redoutée par le texte? Le tribunal correctionnel l'a considéré. La Cour d'Appel est plus nuancée bien qu'elle affirme, non sans contradiction, «que les premiers juges ont à bon droit estimé que l'élément matériel de l'infraction était constitué». Selon elle, toutefois, le simple échange télématique de fantasmes, «conversation privée, électroniquement écrite, seule suite directe espérée et tangible de l'annonce», ne constituerait pas l'occasion de débauche de ces dispositions pénales par rapport à la mise en place du minitel». L'argument avancé ne tient pas. Mais la question ne peut pas être éludée: y a-t-il débauche en pensées, seraient-elles exprimées par écrit, serait-ce électroniquement et interactivement?

- Sans doute arrive-t-il que le contact télématique se prolonge par une véritable rencontre avec réalisation concrète par les minitélites de leurs fantasmes. Il suffit alors que telle ait été l'intention de l'auteur du message pour que l'infraction soit constituée. La difficulté sera cependant dans la preuve de cette intention initiale qui ne peut guère être présumée, notamment, comme le fait remarquer la Cour d'Appel, sur des services qui utilisent des «animateurs». Une dernière difficulté consiste à déterminer quels contacts corporels constituent la débauche et en particulier quelles invitations à de «simples» relations sexuelles entre adultes consentants seraient visées. La sélection des pseudonymes versés au dossier paraît bien indiquer le contraire. Resterait toutefois, en plus des registres mentionnés ci-dessus (pédophilie...) celui de toutes les relations vénales, ce qui serait déjà beaucoup.

2) Il est constant, selon la Cour d'Appel, «que les créateurs des messages incriminés sont les auteurs principaux du délit de l'article 284 du Code pénal». Mais ce n'étaient pas eux, et pour cause d'anonymat, qui étaient poursuivis. Fallait-il alors s'en prendre aux professionnels seuls mis en cause? Sur la responsabilité du serveur, comme sur celle du fournisseur de service, l'arrêt de la Cour d'appel contient des analyses extrêmement intéressantes pour le droit de la télématique.

a) «La Cour estime que le principe de la neutralité du centre serveur doit être considéré comme acquis, sauf preuve contraire d'un manquement à cette obligation de neutralité (...). Le centre serveur est un outil plus ou moins performant, plus ou moins sujet à erreur, entre les mains du fournisseur de service qui, seul, doit assumer la responsabilité des décisions à prendre quant à la validation ou non validation des messages ou des autres interventions qui suppose leur apparition à l'écran. Il n'est pas possible - ni apparemment souhaitable - d'envisager qu'un responsable de ce serveur, qui héberge souvent des dizaines de services, puisse prendre l'initiative d'assumer une responsabilité pénale quelconque quant au contenu des messages. Cette responsabilité revient manifestement au fournisseur du service lequel, en fonction de la nature de son service peut, à la fois, être son propre serveur (...) ou choisir un centre serveur doté des moyens humains et techniques suffisants pour exécuter ses instructions. L'inexécution fautive, par le responsable du centre serveur des directives du fournisseur de service pourrait même, éventuellement, permettre de mettre en jeu non seulement sa responsabilité civile vis-à-vis du fournisseur de service, mais éventuellement sa responsabilité pénale».

b) Restait le fournisseur du service, plus exactement «le directeur de la publication» qui doit être obligatoirement désigné aux termes de l'article 93-2 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle (rédaction de 1985). Nous avons déjà vu que l'article 93-3 fait peser sur cette personne «une lourde et irréfragable présomption de faute» (l'expression est de la Cour d'Appel) inspirée de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse. Mais l'application de ce texte est doublement limitée aux infractions prévues par le chapitre 4 de la loi de 1881 et aux cas dans lesquels le message a fait l'objet d'une fixation préalable. Elle ne saurait donc être étendue. Il se trouve certes que l'article 285 du Code pénal utilise cette même technique d'imputation lorsque les délits des articles 283 et s. (dont l'incitation à la débauche) sont commis «par la voie de la presse». Mais il n'y a aucune raison pour que ce texte, rédigé en 1959, ait une portée plus étendue à l'égard de la télématique que la loi de 1982; et les juges observent que «de caractère immédiatement effaçable des

messages et leur manque de périodicité régulière les éliminent du champ recouvert par la définition légale».

Les parties poursuivantes suggéraient enfin de retenir le droit commun de la coaction ou de la complicité... par fourniture de moyens. Mais selon le droit commun lui-même, c'est alors l'élément intentionnel qui fait défaut. Le but des professionnels était-il indiscutablement d'attirer l'attention sur une occasion de débauche? Ce n'est pas établi: «Sans aucun doute, effectivement, le risque est-il pris, lors de la mise en route de tels services, de «dérapages» possibles. Mais n'en est-il pas de même de tous les modes d'expression de la pensée qu'ils soient naturels, comme la langue d'Escope, ou artificiels comme le minitel? Autrement dit, l'éventualité du dol n'est-elle pas inhérente à l'exercice de toute liberté? «De telles observations nous paraissent d'une grande sagesse. Là où l'on a pu voir un vide juridique, nous préférons constater une sage protection des libertés, même si les juges se montrent ensuite d'une grande clémence dans l'application concrète des principes sus-énoncés.

C'est à juste titre, poursuit en effet l'arrêt d'appel, que «le jugement a retenu pour l'appréciation de la bonne foi dont les prévenus excipent le soin qu'ils ont eu de prendre pour l'avenir des mesures qui s'imposaient en vue d'éviter le renouvellement d'infractions». Contestable en ce qu'elle prend en considération des événements postérieurs à l'infraction, cette dernière motivation nous situe exactement à l'opposé de la jurisprudence Riou de la Cour de Cassation estimant qu'au regard de certains textes de la loi de 1978 les prévenus ne pouvaient s'exonérer que par la preuve de la force majeure. Loin du droit pénal technique, la démarche de la Cour d'Appel est ici des plus classiques. Cela ne veut pas dire qu'elle soit stérile. Car, pour l'avenir, il faudra compter avec les dispositions prises par l'administration lorsque, dans le domaine qui est le sien, elle prend ses responsabilités. Nous savons déjà en effet que l'administration des télécommunications n'a pas manqué de réagir, même si ce fut beaucoup trop tardivement. Le code de déontologie désormais annexé à la convention signée par les fournisseurs des messageries établies sur le 36-15 les engage désormais contractuellement «à effectuer une surveillance constante des informations mises à la disposition du public de manière à éliminer au maximum, avant affichage, les messages publics même reçus en direct et susceptibles d'être contraires aux lois et règlements en vigueur (...) à mettre fin, dans les meilleurs délais, à la communication avec toute personne insérant ou ayant inséré un tel message ou une telle information», étant précisé que «la mise en œuvre de ces obligations fera l'objet de la part du fournisseur de services de contrôles aléatoires effectués

manuellement...»).

Lors de nouvelles poursuites, le respect ou non de tels engagements sera certainement déterminant pour l'appréciation judiciaire de la bonne ou mauvaise foi des personnes poursuivies. «En attendant - ont écrit les juges d'appel - il ne peut pas être fait grief aux prévenus de ne pas avoir tenu des engagements qu'ils n'avaient pas souscrits». Comme en matière boursière, nous constatons ici que l'inadaptation du droit tient moins à la définition des incriminations pénales qu'à une insuffisance d'organisation professionnelle ou administrative. Dans les deux cas, au prix de relaxes critiquées par l'opinion publique et même savante, tribut à payer au respect des libertés, la mise en œuvre du droit pénal aura servi de révélateur à ces insuffisances. La problématique est cependant beaucoup plus complexe en ce qui concerne les infractions contre les biens.

II^{ème} PARTIE - LA PROTECTION DES BIENS

De très nombreuses distinctions s'imposent que nous nous contenterons d'évoquer, s'agissant des biens à protéger (A) et de certains moyens de protections (B) pour n'étudier de façon quelque peu approfondie que la question dite du vol d'information, question test pour la plupart des ordres juridiques.

A - Les biens à protéger

Il est aujourd'hui de méthode presque constante de distinguer 3 situations, qui ne sont d'ailleurs pas exclusives les unes des autres.

- Les atteintes au matériel lui-même, indépendamment de son usage, ne posent pas de problèmes majeurs, qu'il s'agisse de matériel de traitement ou de transmission. Un ordinateur, un terminal, une ligne, un câble... sont évidemment susceptibles de destructions ou dégradations et éventuellement de vols auxquels s'appliquent des incriminations du droit commun ou toute une série de textes particuliers du Code des postes et télécommunications.

- Il n'y a guère de difficultés non plus lorsque des opérations ou manipulations télématiques ont pour résultat de s'approprier des biens (le plus souvent des fonds) «ordinaires», c'est-à-dire sans liens avec les technologies mises en œuvre pour leur obtention ou leur détournement. Ce sont alors des infractions comme l'escroquerie (art. 405 C.P.) ou l'abus de confiance (art.

408 C.P.) qui trouveront à s'appliquer. A de telles hypothèses, certains auteurs seraient tentés de réserver l'expression «fraudes informatiques» qu'une loi du 5 janvier 1988 a utilisée dans un sens très différent (v. infra).

- Restent des hypothèses dans lesquelles l'atteinte est portée aux données elles-mêmes (logiciels compris) qui ont été mises en mémoire, auxquelles on peut également accéder lors de leur traitement ou de leur transfert. Ces opérations peuvent être observées, modifiées ou interrompues sans droit. Les données peuvent être altérées, falsifiées, supprimées... ou simplement copiées. Plus simplement encore elles peuvent être lues ou vues par un tiers qui ne devait pas en avoir connaissance.

Nous sommes ici confrontés aux cas les plus typiques de la déviance télématique qui ont déjà fait l'objet de descriptions criminologiques intéressantes bien qu'extrêmement sommaires faute de nombreux cas à observer et d'une délimitation juridique précise de la matière²⁹. On met l'accent sur l'aspect ludique de comportements venant de personnes compétentes, astucieuses, très bien intégrées socialement. Mais il n'y a pas encore de recherches sur la criminalité organisée. Pourtant, si la source de profits est aussi considérable qu'on le dit, il serait bien étonnant que les mafias de toutes sortes n'aient pas investi dans ce secteur. On chiffre le préjudice, spécialement pour les entreprises, soulignant que l'on peut faire beaucoup de dégâts avec peu de moyens et que les conséquences dépassent souvent ce que l'auteur a voulu ou imaginé. Mais on a peu travaillé sur les risques pour l'intérêt général, sur la vulnérabilité d'une société «télématisée». On se souviendra pourtant que les toutes premières études sont venues des militaires et on notera que le vocabulaire usuel sabotage, bombe, virus - évoque spontanément cette vulnérabilité et non des préjudices strictement financiers comparables à ceux de la délinquance d'affaires. On ne dira jamais assez que cette déviance est clandestine et que le problème majeur qu'elle pose au droit pénal, si droit pénal il doit y avoir, est probablement celui de la preuve sous ses deux aspects: preuve des infractions informatiques et télématiques (les

29) L'un des précurseurs a été J.P. CHAMOIX, *Menaces sur l'ordinateur*, Seuil, 1986. Voir également, en 1988, le «Que sais-je» de Ph. ROSE, édit. P.U.F. Aujourd'hui encore une typologie communément admise reste à faire. Voir cependant les premières tentatives de M. FRYLENDER, *La fraude informatique, études phénoménologiques et typologiques appliquées au contexte français*, thèse, informatique, Paris, 1985, et G. CHAMPY, *Essai de définition de la fraude informatique*, in *Rev. de la Recherche Jur.*, 1988, n° 3, 1 s.

difficultés étant essentiellement d'ordre technique) et preuve des infractions par des procédés informatiques ou télématiques³⁰.

Nous n'envisagerons ci-dessous que cette troisième série d'hypothèses.

B - Les moyens de la protection

Des informations représentant une plus ou moins grande valeur, notamment pour les entreprises, sont fragilisées du fait de leur traitement télématique. Quels sont les moyens juridiques (il en existe bien d'autres) de leur protection pénale? De ce point de vue également un certain nombre de distinctions s'imposent que la doctrine a maintenant bien mis en évidence.

- Il existe en premier lieu des informations qui, par exception au principe, ne sont plus de libre parcours, dont le droit s'est saisi pour les réserver à certains détenteurs, soit par la technique du secret, soit par la technique du brevet (expressions qui nous viennent de Montpellier, travaux de MM. MOUSSERON et VIVANT). La technique du secret réserve l'information à certaines personnes, incriminant le fait pour les autres d'en prendre connaissance: secrets de la défense nationale; secret professionnel (art. 378 C.P.), secret des correspondances ci-dessus évoqué; secret de fabrique (art. 418 C.P.); loi du 26 juillet 1968 (modifié en 1980) relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères... Aucune de ces incriminations ne doit être a priori exclue des divulgations réalisées par voie télématique. Ce sont des textes dans lesquels les moyens importent peu dès lors qu'une information donnée a été divulguée par ceux qui devaient la tenir secrète.

La technique du brevet suppose tout au contraire que les informations soient portées à la connaissance de tous pour en réserver l'exploitation rémunératrice à certains: auteurs ou inventeurs, ayants-droit ou tiers titulaires de «droits voisins». Il n'existe plus, depuis 1978, de sanction pénale des contrefaçons de brevets au sens strict; mais ces sanctions existent pour d'autres formes de ce qu'on appelle les propriétés intellectuelles: propriété littéraire et artistique, marques, dessins et modèles, la plupart regroupées aux articles 422 et s. du Code pénal. Dès lors qu'un dépôt a été effectué à

30) Les difficultés précédentes se doublant alors de problèmes de procédure pénale sur lesquels voir, récemment, P.H. BOLLE, *Criminalité informatique, Coopération internationale et harmonisation de la législation sur la procédure pénale*, in *Expertise*, mai 1990, 139 s.

l'Institut national de la propriété industrielle (I.N.P.I.), l'utilisation d'un code d'accès peut constituer une contrefaçon de marque et la reproduction de pages minitels ou d'écrans peut être sanctionnée par la loi sur les dessins et modèles. Depuis 1985, les logiciels pouvant être considérés comme des créations intellectuelles originales sont protégées par le droit d'auteur. Nous aurons à y revenir.

Dans toutes ces hypothèses, cependant, le droit pénal n'est pas en première ligne. Il intervient dans un domaine d'application préalablement délimité par d'autres branches du droit et, sauf à faire preuve d'une certaine autonomie dans l'interprétation des définitions, son rôle est purement sanctionnateur³¹.

- En second lieu, il existe une protection juridique qui, délaissant l'information elle-même, passe par le support matériel de cette information ou par le vecteur de sa transmission. Lorsque le support lui-même (disque dur, disquette, cassette...) est endommagé ou soustrait, aucun obstacle n'existe à l'application des infractions les plus classiques et notamment celle de vol. Dans un ordre d'idées un peu différent, il existe des infractions protégeant les réseaux publics des télécommunications des accès non autorisés. Une loi du 23 octobre 1984, modifiant l'article L. 39 du Code des postes et télécommunications incrimine le fait d'établir ou d'employer sans autorisation une installation de télécommunications. Un décret du 11 juillet 1985, pris en application de la loi de 1905 sur les fraudes, impose des normes d'homologation de tous les matériels susceptibles d'être raccordés au réseau...

L'atteinte à l'information qui peut résulter de telles infractions se trouve sanctionnée, mais indirectement et parfois insuffisamment. Si, en cas de vol, des peines d'emprisonnement peuvent toujours être prononcées, éventuellement sans sursis, les sanctions protégeant les réseaux de communication apparaîtront parfois insuffisantes. La principale pierre d'achoppement de ces techniques n'est cependant pas dans les peines mais dans l'indemnisation du préjudice résultant de l'infraction lorsque les moyens utilisés auront permis d'accéder à des informations d'une grande valeur. On sait en effet que le juge pénal ne répare que le préjudice personnel directement occasionné par l'infraction. Or, s'agissant des accès illicites au réseau public des télécommu-

31) Sur cette première problématique spécialement appliquée aux entreprises, voir notre intervention aux Journées de Montpellier en juin 1987, *La protection des informations de l'entreprise par le droit pénal*, in *L'Entreprise, l'information et le droit, la semaine juridique, Cahiers du droit de l'entreprise*, 1/1988, 11s.

nications, leur seule conséquence directe est une atteinte à l'intégrité du réseau. Le préjudice subi par l'utilisateur de ce réseau, privé par exemple de son exclusivité d'accès aux informations transportées, n'est qu'un préjudice indirect. Quoiqu'on en doute généralement, la solution serait peut-être plus aisée sur le terrain du vol. Pourquoi le juge limiterait-il l'indemnisation au prix d'une disquette vierge si celle-ci contient un fichier qui a une valeur marchande ou, tout simplement, dont le coût peut être évalué par expertise? Il n'a jamais été question d'indemniser la perte d'un livre au prix du papier ni celle d'un logiciel au prix du support quand bien même ce programme ou ce livre ne seraient pas ou plus couverts par le droit d'auteur.

- Existe-t-il enfin une troisième voie, intermédiaire, qui permettrait de protéger directement les informations, même non «réservées» ou frappées du secret? Une protection juridiquement fondée sur la seule fragilité résultant d'un traitement ou d'un acheminement télématique, l'information en forme de «donnée» pouvant être aisément supprimée ou modifiée, existe-t-elle en droit français?

Telles sont les seules questions que nous allons maintenant développer, non pas de manière exhaustive, mais en privilégiant une *double démarche*. D'une part nous mettrons l'accent sur une question clé, celle de la «captation» d'une information, opération purement intellectuelle au moment où elle se produit (réalisée seulement par les sens: la vue ou l'ouïe) même si elle a été précédée d'un certain nombre de manipulations télématiques. Juridiquement, cette question, dite du «vol d'information», est une question test sur laquelle se polarisent toutes les attentions parce qu'elle soulève le problème du statut juridique de biens nouveaux dont il n'est plus suffisant, chacun le sent bien, de dire qu'ils sont, comme toutes les idées, «de libre parcours»³². D'autre part nous adopterons une démarche chronologique propre à souligner les hésitations de notre droit, même si une telle démarche est inévitablement caricaturale pour étudier l'évolution des idées.

1) *A l'origine*, avant toute législation issue du développement des nouvelles technologies, un discours, celui des chantres d'un droit spécifique, méconnaît quelque peu une extraordinaire vitalité de la jurisprudence relative au vol.

Le discours développe que notre vieux droit pénal, d'interprétation stricte, est assurément inadapté aux technologies nouvelles à développement

32) Voir B. BERGMANN, *Le vol d'information en droit comparé*, in *R.D.P. et C.*, 88, 905.

exponentiel et qu'il est donc indispensable de créer de nouvelles incriminations. C'est ce que l'on fit, très tôt, nous l'avons vu pour la protection de la vie privée avec la loi dite informatique et libertés. Dans le domaine de la protection des biens, l'argument technique se double d'un argument économique: «Il n'est pas possible d'admettre que des valeurs qui, sur le plan du marché, sont susceptibles d'appropriation, soient, sur le plan juridique, de libre usage, alors que l'économie a toujours raison du droit; le juriste qui empêche une valeur d'être protégée ne peut que construire des châteaux de sables qui seront balayés par les vagues économiques...»³³.

Mais il n'est pas certain que l'incrimination de l'article 379 du Code pénal ne puisse satisfaire ce besoin. La jurisprudence, en effet, n'a cessé d'en étendre le domaine pour l'adapter aux évolutions technologiques. Alors que le texte incrimine «la soustraction de la chose d'autrui», il est appliqué dès le début du siècle au vol d'électricité. Dans les années 1960, c'est au «vol d'usage» des automobiles, ce qui correspond aux hypothèses dans lesquelles le véhicule est reconduit à l'endroit exact d'où il a été soustrait. En 1979, par un arrêt LOGABAX³⁴, la Cour de Cassation décide que, «un prévenu, qui n'avait que la simple détention de documents, les avait appréhendés pendant le temps nécessaire à leur reproduction» (par photo-copie en l'espèce). Semblables développements jurisprudentiels intéressent vivement les premiers observateurs d'un droit pénal spécial né ou à naître de l'informatique³⁵.

2) Dans un deuxième temps, début des années 1980, force est de constater que la loi informatique et libertés demeure sans application dans ses dispositions pénales alors que de nombreuses infractions contre les biens, mettant en cause l'informatique, sont poursuivies devant les juridictions répressives et sanctionnées par application des dispositions du droit commun³⁶. Une juridiction du fond applique d'ailleurs, sans se poser de questions, l'article 379 du Code pénal à un vol d'information. Ce mouvement très favorable à l'application du droit commun est accrédité en doctrine par une étude de Madame M.P. LUCAS DE LEYSSAC qui sera à l'origine d'un

33) Extrait d'un des nombreux articles de A. BENSOUSSAN, *Expertises*, n° 100, nov. 1987, 435.

34) Crim. 8 janv. 1979, Bull. no 13; D. 1979, 505, note P. COUPLAY.

35) Voir P. SARGOS et M. MASSÉ in *Informatique et droit pénal*, in *travaux de l'I.S.C. de Poitiers*, t. 4, Cujas, 1981. De la même veine, v. J. PRADEL et Ph. FEUILLARD, *Les infractions commises au moyen de l'ordinateur*, in *R.D.P. et C.*, 1985, 307.

36) Telle est la démarche de N. AUPECLE, *Les infractions pénales favorisées par l'informatique*, Thèse 3ème cycle, Montpellier, 1984.

vaste débat: une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens?³⁷.

3) S'ouvre déjà une *troisième étape* qui me paraît avoir été décisive du point de vue de la psychologie collective des juristes. Nous sommes dans les années 80-85. Deux événements vont durablement, sinon définitivement, accréditer l'idée que le droit commun est inadapté, face à certaines formes modernes de la délinquance et en particulier que l'article 379 leur est inapplicable.

a) Il s'agit d'une part du problème posé par les distributeurs automatiques de billets de banque (D.A.B.) lorsque ces machines, spontanément si l'on peut dire, en tout cas sans manœuvre frauduleuse préalable, délivrent beaucoup plus de billets de banque qu'il ne leur en est demandé et bien au-delà de la provision disponible sur le compte de celui qui, en connaissance de cause, bénéficie de cette manne. Malgré la démonstration doctrinale que l'article 379 était susceptible d'application³⁸, la Cour de Cassation décide, le 24 novembre 1983, qu'aucune condamnation ne pouvait être prononcée ni pour vol ni pour escroquerie ni pour abus de confiance. Même s'il ne faut pas négliger les arguments d'opportunité, disons de politique jurisprudentielle, pour expliquer une telle décision à l'égard des banques, l'arrêt ne passera évidemment pas inaperçu³⁹.

En second lieu, il s'agit de la solution donnée au problème de la protection des logiciels. Une première thèse soutenait qu'un logiciel pouvait être déposé à l'I.N.P.I. et bénéficier de la protection des inventions «brevetées». Une seconde thèse demandait plutôt la protection accordée aux auteurs par le droit de la propriété littéraire et artistique. La loi du 3 juillet 1985, relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle, opte pour la seconde solution et, ce faisant, pour la pénalisation des contrefaçons de logiciels. (On notera en effet que le droit pénal s'est retiré depuis 1968 de la matière des brevets et qu'il ne sera pas non plus utilisé dans la loi du 4 novembre 1987, relative aux semi-conducteurs). S'agissant des logiciels, on peut même parler de surpénalisation puisque l'incrimination - résultant de tout un jeu de renvois de l'article 425 du Code pénal «aux lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs» et notamment à la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique

37) D. 1984, 43.

38) J. LARGUIER, *S.J.*, 1982, I, 3061.

39) Voir, avec toutes les références, *R.S.C.*, 1985, 101 s.

déclarée applicable par son article 3 modifié «aux logiciels selon les modalités définies au titre V de la loi du 3 juillet 1985» dont l'article 47 déroge expressément à l'article 41 de la loi précédente autorisant «des copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste...! - est définie comme «toute reproduction autre que l'établissement d'une copie de sauvegarde par l'utilisateur ainsi que toute utilisation d'un logiciel non expressément autorisée par l'auteur ou ses ayants-droit»⁴⁰. Il pourrait donc y avoir contrefaçon par certains usages, non autorisés, d'un logiciel. Ce ne serait, en tout cas, qu'une stricte application de la loi pénalement sanctionnée. De cette surpénalisation, on peut, avec le recul du temps, se demander si elle est bien fondée: à l'instar de ce que l'on a constaté pour la loi sur les fichiers, ces sanctions demeurent très peu appliquées, les victimes préférant le plus souvent la voie civile assortie par la loi de 1985 d'une saisie contrefaçon des logiciels contrefaits; les toutes premières poursuites, déclenchées contre des enseignants et des étudiants de l'Université de Toulouse, se sont terminées... par une amnistic!

b) Il reste que ce double mouvement de retrait jurisprudentiel à propos des D.A.B. et d'avancée législative en matière de logiciel conforte la doctrine qui estime que l'arrêt LOGABAX (vol par photocopie) constitue «un point d'arrivée et non un point de départ de la jurisprudence sur le vol» (J. DEVEZE), que le vol d'information est «un comportement proche de beaucoup d'autres mais assimilable à aucun d'entre eux» (B. FILLON)⁴¹.

Résumons très succinctement l'argumentation qui s'appuie sur des mots du texte et, de manière plus convaincante, sur l'esprit du Code. Les questions de mots ne sont pas à notre sens décisives. Dira-t-on que le mot «chose» utilisé en 1810, désigne des biens corporels? Ce serait négliger qu'un titre entier du Code pénal est consacré à la «chose publique» et que la jurisprudence a depuis bien longtemps appliqué le texte à l'électricité. Dira-t-on que le mot soustraction implique un déplacement physique? Ce serait négliger la formulation jurisprudentielle désormais classique, rappelée dans les motifs de l'arrêt LOGABAX, selon laquelle «la détention matérielle d'une chose non accompagnée par la remise de possession n'est pas exclusive de l'appréhension qui constitue l'un des éléments constitutifs du vol». Plus

40) Art. 47 précité.

41) Voir notamment J. DEVEZE, *Le vol de biens informatiques*, in S.J., 1985, I 3210; R. GASSIN, *Le droit pénal de l'informatique*, D. 1986, chr. 35; J. FRANCILLON, *La protection pénale contre la captation frauduleuse de données, d'images et de sons*; LAMY, *Droit de l'informatique, mises à jour 1987*, F et H.P. CORLAY et H. CROZE se rattachent également à ce mouvement.

convaincants sont les arguments qui en appellent à l'esprit général des textes du Code pénal actuel destinés à protéger la propriété corporelle mobilière et qui ne sont donc plus utilisables lorsque «aucun des droits atteints ne peut être attaché à l'article 544 du Code civil» (J. DEVEZE). Il ne pourrait y avoir, en droit français de vol ni d'escroquerie portant sur des services.

Tel est bien, en effet, le fond du problème. Dire qu'une information a été volée, c'est dire qu'elle appartenait à autrui et, plus juridiquement, que son détenteur en était le propriétaire au sens de l'article 544 du Code civil. Or, même en considérant ce texte à la lumière des évolutions les plus récentes du droit civil et du droit commercial, la conclusion ne va pas de soi. Pour le moins, le débat est encore ouvert et on peut se demander si c'est bien au droit pénal, à la jurisprudence de surcroît, de trancher une question aussi fondamentale.

À l'époque, les juges ne paraissent d'ailleurs pas disposés à entrer dans cette voie, du moins si l'on en croit l'interprétation dominante d'une doctrine qui, avec un sens de l'observation on ne peut plus aigu, se tient à l'affût de la moindre décision «manifestant l'ampleur des réserves à l'égard du mouvement de dématérialisation des infractions classiques contre les biens» (J. DEVEZE). D'un arrêt de la Chambre criminelle du 29 avril 1986 rejetant le pourvoi dirigé contre une condamnation prononcée «pour avoir frauduleusement soustrait des plans de matériels» et précisant que la Cour d'Appel «n'était nullement tenue pour statuer sur le délit de vol dont elle était saisie de déterminer si les reproductions effectuées concernaient ou non des modèles protégés par un brevet», on déduit que l'information contenue dans un brevet n'est pas à elle seule susceptible de vol⁴². À la suite d'un arrêt de la Chambre criminelle du 9 mars 1987, rejetant le pourvoi dirigé contre la relaxe d'un salarié poursuivi pour avoir détourné ou dissipé des contrats au préjudice de la société qui en était le propriétaire, et soulignant qu'en matière d'abus de confiance «le détournement n'est pénalement punissable en vertu de l'article 408 du Code pénal, que s'il porte sur l'écrit constatant le contrat mais non sur les stipulations qui en constituent la substance juridique», on déduit que la controverse est close⁴³. D'un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 24 juin 1987, relaxant les utilisateurs d'un décodeur pirate pour recevoir en clair les

42) Crim. 29 avril 1986, HERBRETEAU, *Bull.* n° 148; *S.J.* 1987-II 20 788, H. CROZE; *D.* 1987, 131, M.P. LUCAS DE LEYSSAC; *S.J.*, Edit. E 1987, 15 975, J. DEVEZE; *R.S.C.*, 1987, 701, P. BOUZAT.

43) Crim. 9 mars 1987, D.A.C.F., *S.J.* 1988, 20 913, J. DEVEZE.

émissions de la chaîne de télévision payante Canal +⁴⁴, on conclut qu'il n'est plus possible de faire l'économie d'interventions législatives.

4) C'est la *quatrième étape*. Début 1987, deux projets de loi sont en discussion devant l'Assemblée Nationale.

a) Le premier, devenu la loi du 10 juillet 1987, relative à la protection des services de télévision ou de radiodiffusion destinées à un public déterminé, a un objectif précis. On parle de la «loi Canal +». De nouveaux articles 429-1 à 429-5 insérés dans le Code pénal incriminent des comportements liés au fait de «capter frauduleusement des programmes télédiffusés lorsque ces programmes sont réservés à un public déterminé qui y accède moyennant une rémunération versée à l'exploitant du service»⁴⁵. On soutient⁴⁶ que ces textes sont applicables aux services télématiques interactifs. En faveur de cette application: la lettre du texte qui vise «des programmes télédiffusés» et la définition de la télédiffusion par l'article 27 de la loi du 11 mars 1957, modifié en 1985, comme «la diffusion par tout procédé de télécommunication de sons, d'images, de documents, de données et de messages de toute nature». En sens contraire: les origines et le titre de la loi qui paraissent à première vue la cantonner dans un domaine plus limité. Dans l'affirmative, il faudrait encore expliciter la notion de programme appliquée à la télématique.

Quoiqu'il en soit, le droit ne s'attaque ici qu'indirectement à la «captation» d'images et de sons. Les infractions concernent uniquement les moyens d'y parvenir (équipements, matériel, dispositif ou instrument) dont la fabrication, la vente, l'importation, l'installation, l'acquisition... ou la simple détention sont sanctionnées. Avec ce texte, nous sommes encore beaucoup plus proche de la seconde technique de protection juridique ci-dessus examinée que de la protection de l'information elle-même.

b) Le second texte est de la même veine, encore que de grandes hésitations méthodologiques aient jusqu'au dernier moment caractérisé son élaboration. Il convient en effet de souligner que, si l'usage a gardé le nom de son promoteur - le député J. GODFRAIN - à la loi du 5 janvier 1988, relative à la fraude informatique, le texte entré en vigueur est très différent du projet déposé.

44) G.P. 87-II, 512 obs. J.P. MARCHI, voir R.S.C. 1987, 209 les obs. de P. BOUZAT sur le jugement du tribunal.

45) Article 429-1.

46) J. FRANCILLON, article précité aux *Mélanges VITU*.

Le projet de loi accordait protection aux informations elles-mêmes devenues données, c'est-à-dire dès lors qu'elles font l'objet d'un traitement informatique. Il visait à adapter les grandes infractions du droit des biens à la civilisation télématique. Ainsi proposait-il de rédiger l'article 405 du Code pénal (escroquerie) ainsi qu'il suit: «quiconque, soit en faisant usage de faux noms ou de fausses qualités, soit en faisant indûment usage d'un code d'identification ou d'accès...». Dans l'article 408 (abus de confiance) il était proposé d'ajouter «les données ou programmes enregistrés» à la liste des biens détournés ou dissipés par celui auquel ils ont été contractuellement confiés. S'agissant des infractions constitutives de faux, la proposition contenait une disposition générale ainsi rédigée: «Est réputée écriture ou document au sens du présent chapitre tout enregistrement informatique». L'article 379, il est vrai, n'était pas lui-même modifié, mais le texte suivant apparaissait dans l'article 401: «sans préjudice de l'application de peines plus graves, prévues par les dispositions du présent code ou des lois spéciales, quiconque aura capté délibérément sans droit des données ou des programmes enregistrés sera puni des peines portées à l'article 381» (celles du vol).

Mais la commission des lois de l'Assemblée Nationale, puis celle du Sénat, ont entièrement refait la copie au motif qu'il était prématuré de prendre ainsi parti sur le statut des informations elles-mêmes, informatiquement enregistrées ou non. On a considéré que, de ce point de vue, il n'était urgent que d'attendre. Le texte finalement adopté insère parmi les tout derniers articles du Code pénal un chapitre intitulé: «De certaines infractions en matière informatique». (On remarquera la prudence et aussi que le mot fraude utilisé au singulier dans le titre de la loi ne réapparaît pas dans les articles du Code pénal). Ces textes ajoutent des infractions spécifiques sans apporter la moindre modification à celles du droit commun. Formellement (les intitulés, la place dans le Code...), on serait tenté d'y voir un droit de transition, ou d'attente.

On ne présentera pas ici dans le détail ces nouveaux délits qui ont immédiatement fait l'objet d'abondants commentaires par les auteurs déjà cités et d'autres (J.P. BUFFELAN et F. CHAMOIX notamment) dont on trouvera toutes les références et une synthèse dans l'étude de R. GASSIN: «la protection pénale d'une nouvelle universalité de fait en droit français: le système de traitement automatisé de données»; (commentaire de la loi n° 88-19 du 5 janvier 88 relative à la fraude informatique), A.L.D. 1989, 15 s. La notion de système de traitement automatisé de données (S.T.A.D.) est en effet au cœur des incriminations désormais prévues aux articles 462-2 et s. du Code pénal: accès ou maintien frauduleux dans un S.T.A.D. (462-2); atteinte

volontaire au fonctionnement d'un S.T.A.D. (462-3); atteinte volontaire aux données ou à leur mode de traitement ou de transmission (462-4); falsification de documents informatisés (462-5) et usage de documents falsifiés (462-6); association formée ou entente établie en vue de ces délits (462-8) dont la tentative est également sanctionnée (462-7). Les sanctions s'échelonnent de 2.000 à 50.000 F. d'amende et de 2 mois à un an d'emprisonnement (462-2) jusqu'à 20.000 à 2.000.000 F et 1 à 5 ans d'emprisonnement (462-5 et 6).

Trois observations seulement, dans le fil de nos remarques précédentes:

- Quoiqu'ils n'utilisent pas le mot, ces textes sont parfaitement applicables à la télématique. Ils ont même été conçus pour elle. La notion centrale de système de traitement automatisé de données apparaît en effet extrêmement large («ouverte» diront les pénalistes) en l'absence de toute définition légale (prudence, devant les évolutions technologiques prévisibles, que n'avait pas eu le législateur de 1978 donnant une définition du traitement automatisé d'informations nominatives). On voit facilement ce que la notion de S.T.A.D. exclut par le bas: un logiciel seul, non chargé, une imprimante non connectée, un ordinateur en réserve ou dans les stocks du constructeur... Mais la délimitation par le haut est beaucoup plus indécise: le système se définissant comme un ensemble d'éléments coordonnés, la liaison établie entre plusieurs systèmes, dès lors qu'elle a une certaine permanence, n'en crée-t-elle pas un nouveau? On ne saurait en tout cas argumenter à partir du mot traitement pour exclure la transmission des données de la protection pénale. Traitement et transmission sont aujourd'hui totalement imbriqués dans la télématique, et on peut soutenir que la transmission est un moyen du traitement... à distance, lorsqu'elle n'est pas en elle-même un traitement automatisé de données comme sur les réseaux numériques. Le rapporteur (M. ANDRÉ) à l'Assemblée Nationale l'a dit on ne peut plus clairement: la loi concerne «non seulement les systèmes eux-mêmes, les terminaux d'accès à distance, mais aussi les réseaux assurant la communication entre les différents éléments du système». Et l'article 462-4 incrimine explicitement les suppressions ou modifications des «modes de traitement ou de transmission» des données. Précisons seulement que les incriminations ne supposent même pas que le S.T.A.D. soit techniquement protégé alors que les sénateurs avaient proposé une restriction en ce sens de la portée de la loi. Elles s'appliquent donc aux systèmes télématiques ouverts, tels que ceux qui fonctionnent en France sur le 36-15, ou réservés à un certain nombre d'abonnés mais sans dispositif particulier de sécurité.

- Bien que les orientations de la proposition GODFRAIN aient été écartées,

la loi de janvier 1988 constitue une avancée certaine dans la direction de la protection des données en tant que telles. L'insistance de l'ensemble de la doctrine pour souligner que les données ne sont pas réellement protégées en elles-mêmes comme possédant une valeur propre, mais seulement en tant qu'élément du S.T.A.D., paraît à cet égard quelque peu excessive. S'il est vrai que, globalement, la démarche législative est de s'intéresser au contenant (le S.T.A.D.), plutôt qu'au contenu (les données traitées et transmises), il reste que, sans même parler de la falsification des documents informatisés, l'article 462-4 incrimine «quiconque aura intentionnellement et au mépris des droits d'autrui, directement ou indirectement, introduit des données qu'il contient». C'est bien le contenu de l'information, une fois mise en forme informatique, qui est ici protégé. De surcroît, on remarque que l'incrimination suppose une atteinte aux droits d'autrui, précision assez énigmatique dès lors qu'autrui peut désigner d'autres personnes que le maître du système. Selon M. GASSIN, «le S.T.A.D. apparaît ici comme le point de convergence de toute une série de droits divers appartenant à des personnes différentes: droit du propriétaire du système, de l'exploitant, des clients, de l'utilisateur, droit au secret des informations nominatives». Or de quels droits peut-il être ainsi question, sinon de droits sur l'information elle-même?

La limite apparaît cependant nettement dans l'article 462-4. Les atteintes sanctionnées ne sont que des atteintes à l'intégrité des données résultant d'un certain nombre d'opérations matérielles d'adjonction, de modification ou de suppression. L'atteinte purement intellectuelle, captation ou copie, ne constitue pas l'infraction (sauf s'il s'agit de logiciels juridiquement protégés). Encore faut-il souligner que la protection refusée par l'article 462-4 résulte indirectement mais certainement de l'article 462-2 qui incrimine l'accès ou le maintien dans un S.T.A.D. sans considération de ce que le délinquant veut y faire; or le moins qu'il puisse faire est bien de prendre connaissance des informations traitées. On aboutit ainsi à «constituer une sorte de monopole du maître du système sur la consultation de l'information enregistrée» (H. CROZE), quelle que soit sa valeur et sans avoir à se demander si «autrui» avait quelque droit sur cette information.

- Une dernière remarque soulignera l'existence de très nombreux cas de cumul, d'une part entre ces infractions et celles de la loi de 1978 sur les fichiers ou celles qui s'appliquent depuis 1985 à la contrefaçon de programmes, d'autre part au sein même de la loi du 5 janvier 1988 ainsi que les juges du fond l'ont relevé dans les toutes premières décisions d'application. Abondance d'incriminations vaut sans doute mieux que carence. Cette situation est tout de même le résultat regrettable d'une

élaboration du droit au coup par coup, sans politique criminelle globale.

5) *Aujourd'hui*, il n'existe pas encore de jurisprudence d'un réel intérêt concernant la mise en œuvre de ces nouvelles infractions. Mais se pose déjà la question de leur incidence sur le droit commun (pré)existant. S'agissant en particulier de la protection contre le «vol» des informations en général, on s'attendait pour le moins à ce que les débats marquent une pause. Il n'en a rien été. La surprise est venue de la jurisprudence. Dans deux décisions postérieures à la loi (mais portant sur ces faits auxquels elle n'était pas applicable), la chambre criminelle remet totalement en question les analyses doctrinales que l'on croyait entérinées par la nouvelle législation. Le 12 janvier 1989, elle affirme que deux prévenus ont été à bon droit «déclarés coupables d'une part du vol de 70 disquettes et d'autre part de celui du contenu informationnel de 47 de ces disquettes durant le temps nécessaire à la reproduction de ces informations»⁴⁷). Le 1^{er} mars 1989, elle approuve une Cour d'Appel déclarant que le prévenu «a usurpé la possession de documents (non informatisés semble-t-il, dont il s'était servi pour dresser des tableaux et graphiques communiqués à un tiers) et a bien commis la soustraction frauduleuse visée à la prévention, les données comptables et commerciales figurant sur les documents et transmises à un tiers constituant des biens incorporels qui se trouvaient être juridiquement la propriété de l'entreprise»⁴⁸.

Commentant le premier de ces arrêts, J. DEVEZE y voit «un revirement complet par rapport aux positions précédentes de la chambre criminelle» et «l'onction des Hauts-Magistrats» à la thèse brillamment soutenue par Mme LUCAS DE LEYSSAC. «Mais il craint que la chambre criminelle» s'engage sur une voie redoutable en acceptant d'examiner la question (...) des informations qui méritent une protection pénale que ne lui accordent pas les textes actuellement en vigueur: elle s'expose à devoir construire de toutes pièces le droit nouveau de la protection de l'information, tâche plus redoutable encore que ne le fut l'élaboration prétorienne du droit de la responsabilité civile extracontractuelle». Il n'est pas établi que la tâche serait plus redoutable, mais on s'étonnera qu'une telle construction jurisprudentielle puisse se réaliser en matière pénale... sauf si l'on connaît la tâche déjà accomplie en matière de vol.

47) GUENU, *Bull.*, n° 14; *Expertises*, n° 119, juillet-août 89, 269; *Droit de l'inf. et des télécoms.*, 89/3, 34 s. obs. critiques J. DEVEZE; *R.T.D. Com.*, 90, 144, obs. favorables P. BOUZAT.

48) *Bull.*, n° 100; *G.P.*, 1-2 nov. 1989, obs. P. DOUCET; *R.T.D. Com.*, 90, 144, obs. P. BOUZAT.

Nous ne développerons pas ici l'étude d'une jurisprudence qui ne concerne pas directement le droit de la télématique et dont on ne peut encore mesurer toute la portée, s'agissant d'arrêts de rejets, comme l'étaient d'ailleurs toutes les décisions précitées... sauf l'arrêt LOGABAX, donnant une extension décisive à l'article 379. Mais on ne saurait s'en étonner outre mesure et il est probablement excessif de parler de revirement de jurisprudence. N'utilisait-on pas couramment l'expression «vol de photocopie» à propos de la solution LOGABAX? En réalité, c'est de vol *par* photocopie qu'il convient de parler puisque, au premier degré, cette jurisprudence ne s'intéresse pas au contenu mais au support, la photocopie étant le moyen et non l'objet du vol. Mais le lapsus est bien révélateur d'une extension possible. Dans l'affaire HERBRETEAU (vol de plans de matériel le temps de les reproduire) les condamnations n'étaient-elles pas prononcées pour vol (de l'original) et recel (de la copie)? Or, H. CROZE l'avait souligné, les choses volées et recélées doivent être identiques et le seul point commun en l'espèce est bien l'information contenue. L'arrêt rendu par la Cour d'Appel de Paris dans l'affaire CANAL +, le seul qui statuait expressément sur la question soulevée, n'était-il pas ambigu lorsqu'il affirmait que «la nature immatérielle du support de transmission (onde hertziennne) interdit toute analogie avec le vol de courant électrique, de photocopie ou de données informatiques qui supposent l'existence d'un support matériel quelconque»?

Ce qui est en cause ici c'est bien la délicate question des rapports entre le droit commun et les nouveaux droits spéciaux (dont M. GASSIN a entrepris l'étude à propos des informations sur la personne dans son article précité aux Mélanges VITU). La question apparaît déjà dans l'application de ces droits qui, sauf à envisager des cumuls, doit être distributive: specialia generalibus derogant. Mais elle se pose aussi pour leurs évolutions respectives dans l'avenir. A cet égard, l'hypothèse dominante en doctrine était que, par un effet de repoussoir, l'existence d'incriminations spécifiques cantonnerait le droit commun dans ses positions antérieures. Une autre hypothèse serait maintenant que les incriminations spécifiques poussent la jurisprudence à un approfondissement des notions de base du droit commun, effet révélateur plutôt qu'innovateur des nouvelles technologies. Effets pervers? La captation d'une donnée informatique ne serait réprimée qu'indirectement et par les peines de l'article 462-2 du Code pénal (accès ou maintien frauduleux dans un S.T.A.D.) alors que s'agissant de la même information non informatisée, pourvu qu'elle ait quelque valeur pour son détenteur, on appliquerait l'article 379, et les peines du vol trois fois plus élevées en ce qui concerne

l'emprisonnement... Les informations faisant l'objet d'un traitement informatique moins bien protégées que les autres...!

C'est dire que notre droit a encore du chemin à faire pour trouver son équilibre et que la rédaction d'un nouveau Code pénal est peut-être maintenant une échéance un peu trop proche pour avoir le temps d'y parvenir.