

Nouvelles technologies de l'information et de la communication et anciens instruments de régulation : l'exemple d'Internet en France

Stéphane Miannay et Jean-François Casile

Volume 18, numéro 2, 1999

Démocratie et réseaux de communication

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/040173ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/040173ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Société québécoise de science politique

ISSN

1203-9438 (imprimé)

1703-8480 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Miannay, S. & Casile, J.-F. (1999). Nouvelles technologies de l'information et de la communication et anciens instruments de régulation : l'exemple d'Internet en France. *Politique et Sociétés*, 18(2), 61–82. <https://doi.org/10.7202/040173ar>

Résumé de l'article

L'étude de la jurisprudence française relative à Internet entre 1996 et 1997 montre que, loin d'être un « espace de non-droit », le réseau des réseaux est assujéti au respect de règles juridiques. Ainsi, l'exemple de l'exercice de la liberté d'expression met en exergue que le droit français peut s'appliquer à Internet comme à tout autre vecteur de communication, même si l'édifice jurisprudentiel paraît encore fragile. Quant aux droits intellectuels, le juge français, s'il doit respecter les textes applicables, doit également tenir compte de l'esprit libéral du réseau.

NOUVELLES TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION ET DE LA COMMUNICATION ET ANCIENS INSTRUMENTS DE RÉGULATION : L'EXEMPLE D'INTERNET EN FRANCE

Stéphane Miannay et Jean-François Casile
CURAPP / Université de Picardie Jules Verne

L'apparition d'une nouvelle technologie est rarement aussitôt suivie d'une production normative venant la réguler, et plus exactement d'une production par un État de règles à caractère général et impersonnel. Les exemples historiques de l'imprimerie, du cinéma, de la radio, de la télévision ou celui, contemporain, de la bioéthique illustrent ainsi l'idée que le droit ne vient réguler l'innovation technologique que tardivement, c'est-à-dire lorsque l'innovation perd de son caractère innovant et qu'elle commence à faire l'objet d'un usage élargi¹. La remarque peut également être formulée à propos des nouvelles technologies de l'information et de la communication et surtout d'Internet, dont la relation au droit semble laisser perplexe plus d'un juriste lorsque le réseau des réseaux est ouvert au grand public²: comment le droit peut-il appréhender Internet? L'absence de réponse véritablement claire à cette question au cours des années 1994-1995 témoigne à l'époque d'un réel embarras vis-à-vis du réseau. D'autant plus que l'innovation est, du point de vue juridique, accusée de tous les maux³.

-
1. Sur la question des rapports entre droit et sciences, voir: Michel Vivant, « Sciences et praxis juridique », Dalloz-Sirey, 1993, chronique, XXIII. Les travaux du Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie (CURAPP), réunis dans *Les usages sociaux du droit* (Paris, Presses Universitaires de France, 1989) pourront être utilement consultés sur les phénomènes de régulation par le droit.
 2. L. Costes, « Les autoroutes de l'information: une réalité virtuelle », *Bulletin d'actualité Lamy droit de l'informatique*, mai 1995, n° 70, p. 2.
 3. Voir, de ce point de vue, le procès – simulé – de l'Internet organisé à Paris les 20 et 21 mars 1998 par Olivier Iteanu, secrétaire général du chapitre français de l'Internet

Jean-François Casile, C.U.R.A.P.P., Université de Picardie Jules Verne, Faculté de droit, Pôle Universitaire Cathédrale, B.P. 2716, 80027 Amiens, France.

Courriel: jean.françois.casile@u-picardie.fr

Stéphane Miannay, C.U.R.A.P.P., Université de Picardie Jules Verne, Faculté de droit, Pôle Universitaire Cathédrale, B.P. 2716, 80027 Amiens, France.

Courriel: stephane.miannay@u-picardie.fr

La première « affaire » ayant cristallisé dans les médias français les aspects juridiques de l'Internet est celle du *grand secret* : le docteur Gubler, médecin traitant de François Mitterrand, publie un ouvrage dans lequel il révèle l'état de santé du président de la République en exercice⁴. La famille Mitterrand poursuit alors en justice le médecin, pour violation du secret médical, et l'éditeur, pour atteinte à la vie privée ; mais si l'ouvrage est retiré des ventes, le responsable d'un cybercafé, qui en a acheté un exemplaire entre-temps, le met en ligne et passe outre la décision de justice : *Le grand secret* devient « le secret le plus partagé au monde ». Surtout, la thèse du « vide juridique », avancée par le cybercafetier⁵, est reprise par quelques journalistes⁶ ou, tout au moins, est présente en filigrane dans l'ensemble des articles de presse sur le sujet. Il reste, en l'espèce, que si aucune règle juridique n'a été appliquée à l'égard d'Internet, c'est qu'aucun moyen n'a été soulevé devant le juge sur la question de la mise en ligne de l'ouvrage incriminé. Plus généralement, l'affirmation du vide juridique sur Internet est démentie par la réalité : s'il n'existe pas effectivement un corpus de règles de droit élaboré par les organes de l'État pour régir spécifiquement le réseau, il apparaît au contraire très vite que le droit commun peut appréhender d'éventuelles infractions commises sur le réseau⁷.

Society. Selon l'acte d'accusation, le réseau « est défavorablement connu de l'opinion publique car il : assassine le temps ; tue les frontières ; est à l'origine de cyberfilatures ; lance des publicités abusives dans les boîtes à lettres électroniques ; propage des informations sans vérifier les sources ; favorise l'exclusion de toutes les personnes qui ne sont pas connectées ; a des liens avec des personnes de mauvaise réputation (drogue, mafia, pédophilie...) ». Internet sera finalement condamné à une peine de « déconnexion avec sursis ».

4. Christian Gubler, Michel Gonod, *Le grand secret*, Paris, Plon, 1996.

5. Cité par *Libération*, 26 janvier 1996, Cahier multimédia, p. II.

6. Comme en témoigne le titre d'un mensuel économique : « Internet, le réseau qui se rit de la loi » (*L'Expansion*, 8 février 1996) ; ou la question posée à une avocate dans un quotidien catholique généraliste : « N'avez-vous pas l'impression que les nouvelles technologies font vieillir les lois et permettent de rire de la justice ? » (*La Croix*, 25 janvier 1996, p. 24).

7. L'expression « droit commun » est utilisée ici dans son acception large. Elle ne se résume donc pas au seul droit civil, mais correspond aux règles normalement applicables à un ensemble de rapports juridiques. En effet, contrairement au système anglo-saxon, le système juridictionnel français se caractérise avant tout par la coexistence, depuis la loi des 16-24 août 1790 consacrant l'autonomie de la juridiction administrative, de deux ordres de juridiction – l'une judiciaire et l'autre administrative – et de deux droits – l'un privé et l'autre public. La juridiction administrative ne s'étant pas encore prononcée une seule fois sur une affaire touchant Internet, les contentieux présentés infra ont tous un caractère judiciaire. La compétence du Conseil d'État, et plus généralement du juge administratif français, reste toutefois envisageable : l'exemple peut être donné d'un fonctionnaire qui, faisant valoir sa qualité de fonctionnaire et mettant des informations erronées,

Résumé. L'étude de la jurisprudence française relative à Internet entre 1996 et 1997 montre que, loin d'être un « espace de non-droit », le réseau des réseaux est assujéti au respect de règles juridiques. Ainsi, l'exemple de l'exercice de la liberté d'expression met en exergue que le droit français peut s'appliquer à Internet comme à tout autre vecteur de communication, même si l'édifice jurisprudentiel paraît encore fragile. Quant aux droits intellectuels, le juge français, s'il doit respecter les textes applicables, doit également tenir compte de l'esprit libéral du réseau.

Abstract. A study of the case law regarding French language use on the Internet during 1996 and 1997 demonstrates that, far from being a non-legal issue, the network requires juridical boundaries. For example, the exercise of freedom of expression highlights the fact that French law can be applied to the Internet as it does to other vehicles of communication, regardless of the continuing ambiguity surrounding legal provision in this area. As to intellectual rights, in the French context, a judge is obliged to respect existing legal texts as well as the liberal spirit of the network.

Deux idées-forces sont présentes dans le raisonnement adopté par les juristes français à propos d'Internet. Dans un premier temps, il est rappelé que la France, pas plus qu'un autre État, ne dispose d'une compétence juridique universelle. Ne relevant d'aucune souveraineté en particulier, Internet ne s'insère pas dans un ordre juridique national ; réseau plus transnational qu'international, il renvoie au mythe du village planétaire de McLuhan et présente la caractéristique d'être unitaire, sans localisation. La régulation ne peut donc provenir que d'une coopération internationale, l'État français ne pouvant à lui seul réguler Internet. Or, comme l'écrit Stéphane Marcellin-Taupenas, « le contenu d'un message transporté (...) peut être jugé innocent ici, indécent là et criminel ailleurs⁸ ». Une seconde question émerge donc des travaux de la doctrine : en l'état actuel de la coopération internationale en ce domaine, peut-on estimer pour autant que le réseau Internet est un « espace de non droit » ? D'une part, on remarque l'apparition de règles contractuelles ou déontologiques : le réseau des réseaux se caractérise notamment par une régulation par ses propres utilisateurs. D'autre part, les juristes sont d'accord pour affirmer qu'il est possible d'appliquer le droit français à Internet dès lors que la compétence juridictionnelle française est reconnue⁹ : si des auteurs se

mensongères... sur Internet, serait poursuivi dans le cadre d'une procédure disciplinaire et contesterait les sanctions prises ; de même un service administratif qui commettrait une « faute de service » en donnant des informations erronées sur le web (comme il pourrait le faire à un guichet)...

8. Stéphane Marcellin-Taupenas, « Internet et le droit international », *Lettre des Juristes d'Affaires*, 18 septembre 1995, n° 284, p. 1.

9. Article 46 du Nouveau code de procédure civile et article 113-2 du Code pénal français.

demandent parfois « s'il n'est pas préférable finalement de créer un régime spécifique censé mieux correspondre aux caractéristiques de telle ou telle nouvelle technologie¹⁰ », l'idée que le droit commun peut saisir le réseau est largement partagée dans la doctrine française¹¹. C'est l'idée que met en avant le rapport de la mission interministérielle Falque-Pierrotin qui, tout en reconnaissant « le caractère spécifique et profondément novateur de l'Internet », affirme que « le droit actuel assorti de quelques adaptations permet de répondre de façon relativement satisfaisante, sur le territoire national, au souci de garanties juridiques¹² » engendré par le réseau. C'est également la pratique des tribunaux français – objet de ce travail – si l'on examine la jurisprudence relative à Internet rendue depuis deux ans. De ce point de vue, les tribunaux commencent à développer ce que les juristes ont convenu d'appeler la « jurisprudence Internet¹³ », celle-ci étant constituée d'un ensemble de décisions de justice (soit seize au total en 1996-1997, portant sur la liberté d'expression, le droit d'auteur et le droit des marques) qui apparaissent concordantes et tendent à ériger comme principe l'application des règles de droit déjà existantes au réseau des réseaux. Si cette jurisprudence, nourrie en grande majorité par des ordonnances de référé¹⁴, met en exergue des aspects juridiques de l'Internet encore fragilisés par l'urgence et l'évidence des solutions proposées par le juge (aussi, certains jugements ne se prononcent pas encore au fond, pour des motifs tirés de la recevabilité de l'action), elle témoigne également et surtout qu'Internet se trouve « saisi par le droit¹⁵ ». Ainsi, les contours des réponses juridiques à apporter aux problèmes soulevés par le caractère transnational du réseau se précisent peu à peu.

En mettant de côté qu'Internet peut aussi constituer un « moyen » du droit, le réseau des réseaux sera donc appréhendé ici comme « objet » de droit. Toutefois, l'enjeu de ces questions n'est pas simple-

-
10. Lionel Costes, « Quel cadre juridique pour l'Internet ? », *Cahiers Lamy droit de l'informatique*, décembre 1997, n° 98, p. 1.
 11. François L. Meynot, Stéphane Marcellin-Taupenas, « Internet serait-il un no man's land juridique ? », *Cahiers Lamy droit de l'informatique*, mai 1996, n° 81, p. 1-3.
 12. Mission interministérielle présidée par Isabelle Falque Pierrotin, *Internet. Enjeux juridiques*, Rapport au ministre délégué à la Poste, aux Télécommunications et à l'Espace, et au ministre de la Culture, Paris, La Documentation Française, 1997.
 13. Eric Barbry, Frédérique Olivier, note sous Ordonnance de référé, Tribunal de commerce de Paris, 8 mars 1997, SARL Ordinateur Express contre SARL ASI, *La semaine juridique*, 1997, éd. générale, II, 22 840.
 14. Décisions rendues par le président du tribunal de grande instance ou le premier président de la cour d'appel. Le juge des référés est communément appelé « juge de l'urgence et de l'évidence ».
 15. Pour reprendre l'expression d'un constitutionnaliste français : Louis Favoreu, *La politique saisie par le droit*, Paris, Economica, 1988.

ment juridique, il est aussi, et surtout, politique¹⁶, notamment parce qu'il a trait à des modalités de contrôle d'un État sur l'« information » – terme volontairement large – qui circule sur son territoire. Autrement dit, la perspective adoptée ici n'est qu'un angle d'attaque particulier pour étudier la question plus large des rapports entre l'Internet et la démocratie, entendue ici comme un système politique compétitif, arbitré par des élections dont la périodicité est fixe, et qui garantit notamment la liberté d'expression et de communication.

Les situations paroxystiques rendant visibles les logiques de fonctionnement ordinaire des rapports entre l'Internet et le droit, l'étude de quelques « affaires », au sens de Luc Boltanski¹⁷, et plus particulièrement d'affaires contentieuses, apparaît dès lors heuristique. Liberté d'expression, droit d'auteur et droit des marques font l'actualité de la « jurisprudence Internet ». Cependant, la spécificité du droit des marques, renvoyant à des objets d'étude multiples (notamment les conflits de noms de domaines, d'adresses Internet, de chartes de nommage...), pourrait à elle seule faire l'objet d'une étude approfondie¹⁸, qui sera éludée ici au profit de la jurisprudence relative à la liberté d'expression et aux droits intellectuels.

INTERNET ET LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

La liberté d'expression, en France, s'exerce conformément à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹⁹. Cet article dispose que « la libre communication des pensées et des opinions est un droit les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre à l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ». Si les restrictions à la liberté d'expression – énoncées dans un souci soit de protection des personnes, soit d'ordre public – doivent être définies très précisément par le législateur, ces limites ou interdictions ne concernent pas non

16. Il ne s'agit pas ici de mettre en évidence, par un pur exercice de style, la logique du droit, mais d'insister sur l'usage qui est fait du droit par un certain nombre d'acteurs et d'institutions, différenciés ne serait-ce que par leurs intérêts.

17. C'est-à-dire « un processus d'enrôlement et d'enroulement autour d'un cas problématique et litigieux dont la détermination et la définition sont liées aux efforts de mobilisation déployés dans chaque camp ». Luc Boltanski, Yann Darré, Marie-Ange Schiltz, « La dénonciation », *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, n° 51, mars 1984, p. 51.

18. Pour une étude détaillée sur le droit des marques, voir l'ouvrage de Valérie Sédallian, *Le droit de l'Internet*, Association des Utilisateurs d'Internet, 1996.

19. Rappelons que, par sa décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973 sur la taxation d'office, le Conseil constitutionnel a conféré à ce texte une valeur constitutionnelle.

plus spécifiquement le réseau Internet ; les sites web, en particulier, sont assujettis au respect des règles juridiques en vigueur. Jusqu'à présent, le juge français a été amené à se prononcer dans deux domaines : le négationisme et le racisme, d'une part, et la langue française, d'autre part. L'application du droit commun au contenu des sites web n'empêche pas, toutefois, que subsiste une certaine incertitude juridique.

Une liberté surveillée

Les deux premiers exemples d'application du droit commun à Internet proviennent d'instances dont l'Union des étudiants juifs de France (UEJF) est à l'origine. La première « affaire²⁰ » débute lorsque cette organisation assigne plusieurs fournisseurs d'accès (les sociétés Calvacom, Eunet France, Axone-IBM Global Network, Apysoft-Oléane, Compuserve France, FranceNet, Internet Way, Imaginet SA et le GIP Renater), afin que « leur soit ordonné (...) d'empêcher toute connexion, à partir de leur serveur d'accès et plus généralement par leur intermédiaire direct ou indirect, à tout service ou tout message diffusé sur le réseau Internet, quelle qu'en soit la provenance, méconnaissant ostensiblement par sa présentation, son objet ou son contenu, les dispositions de l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 (sur la liberté de la presse) ». Cet article vise à réprimer les thèses négationnistes²¹ ; utilisé jusqu'à présent en matière d'édition et de presse, il prévoit que « ceux qui auront contesté (...) l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité » sont passibles d'une sanction pénale²². Sont par exemple tombés sous le coup de cette disposition des écrits publiés dans le numéro II de la revue *Annales d'histoire révisionniste*, qui remettent en cause la réalité du génocide juif²³, ou encore un ensemble d'articles qui évoquent les « prétendues chambres à gaz » et contestent leur emploi pour l'extermination des Juifs pendant la Seconde Guerre mondiale²⁴.

20. Tribunal de grande instance de Paris, Ordonnance de référé, 12 juin 1996, Union des étudiants juifs de France, reproduite dans Nicole Tortello, Pascal Lointier, *Internet pour les juristes*, Paris, Dalloz, 1996, p. 275-279.

21. L'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse (*Journal officiel de la République Française* du 30 juillet 1881, p. 4 201) a été introduit par la loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe (*Journal officiel de la République Française* du 14 juillet 1990, p. 8 333).

22. Cette sanction consiste en une peine d'emprisonnement d'un an et/ou une amende de 300 000 francs.

23. Cour d'appel de Paris, 31 octobre 1990, *Gazette du Palais*, 1991, 1, 311.

24. Cour d'appel de Paris, 27 mai 1992, *Gazette du Palais*, 1992, 2, 321.

Lors d'une deuxième « affaire²⁵ », l'Union des étudiants juifs de France assigne cette fois-ci deux particuliers, au motif, pour le premier, de mettre à la disposition du public sur le réseau Internet des textes à caractère raciste qu'il a écrit (textes intitulés « Les races puent », « Blanchette tapette à bicots » et « Apprenez le caniveau aux bicots ») et, pour le second, de permettre cette diffusion en tant que fournisseur d'hébergement. La loi du 1^{er} juillet 1972, modifiant la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, érige en effet en infraction « la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée » (art. 24 mod.) ; la diffamation et l'injure à raison de ces mêmes éléments sont également punies (art. 32 et 33 mod.)²⁶. Ont par exemple été considérées par le juge français comme constituant une provocation à la discrimination raciale la publication dans le journal *Pour un ordre nouveau* d'un article dénigrant systématiquement les travailleurs immigrés en France²⁷ ; la tenue de propos assimilant la communauté juive à une association de malfaiteurs et la présentant comme une entreprise de falsification de l'information et d'atteinte aux libertés d'opinion et d'expression²⁸ ; la diffusion d'un tract utilisant les termes « envahisseurs », « occupants de notre sol », « étrangers irrespectueux et nuisibles²⁹ ». C'est également en raison de la diffusion, dans le cadre d'émissions de « libre antenne », de propos jugés comme racistes et antisémites que le Conseil supérieur de l'Audiovisuel avait refusé à la radio Ici et Maintenant la reconduction de son autorisation d'émettre (jusqu'à ce que le Conseil d'État aiguille le Conseil supérieur de l'Audiovisuel vers la prise de sanctions plutôt que le refus de renouvellement d'autorisation)³⁰.

Enfin, dans « l'affaire Georgia Tech³¹ » soumise au Tribunal de police de Paris en 1997, il est demandé pour la première fois à un juge

25. Tribunal de grande instance de Paris, 10 juillet 1997, Union des étudiants juifs de France contre Costes, note Anne Cousin, *Gazette du Palais*, 18-20 janvier 1988, p. 42-46.

26. Loi n° 72-546 du 1^{er} juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme (*Journal officiel de la République Française* du 2 juillet 1972, p. 6 803).

27. Cour de cassation (Ch. criminelle), 12 avril 1976, *Bulletin criminel*, n° 112.

28. Cour de cassation (Ch. criminelle), 13 juin 1995, *La semaine juridique*, 1995, IV, 2 350.

29. Cour d'appel de Versailles, 10 février 1995, *Gazette du Palais*, 10-12 mars 1996.

30. Conseil d'État, 19 mars 1997, Association Ici et Maintenant, *Actualité Juridique Droit Administratif*, 20 juillet - 20 août 1997, p. 633.

31. Tribunal de police de Paris, 19 juin 1997, SARL GW Management France c/ associations Avenir de la langue française et Défense de la langue française, note Nathalie Dreyfus-Weill, *Les petites affiches*, 6 octobre 1997, n° 120, p. 11-13. Les deux associations requérantes sont agréées, en vertu de l'arrêt du 3 mai 1995, afin de défendre la langue française.

de se prononcer sur l'application à un site web de ce qui est communément appelé en France – du nom du ministre de la Culture et de la Francophonie à l'origine du texte – la *loi Toubon*, ce texte étant relatif à l'emploi de la langue française³². Ce type de disposition, qui vise à imposer dans diverses situations l'emploi de la langue française, n'est pas nouveau ; les rédacteurs puis les commentateurs de la loi Toubon sont même remontés jusqu'à l'ordonnance de Villers – Cotterêts, prise par le roi François I^{er} en août 1539, pour dater les prémices de l'émergence de ces tentatives d'imposition de la langue française³³. En l'espèce se trouve mis en cause le site web d'une filiale française de l'université américaine Georgia Tech : ce site, hébergé par un serveur français, est intégralement réalisé en anglais, contrevenant ainsi selon les associations requérantes à l'article 2 de la loi Toubon, qui dispose notamment que « dans la désignation, l'offre, la présentation, le mode d'emploi (...) d'un bien, d'un produit ou d'un service, (...) l'emploi de la langue française est obligatoire. (...) Les mêmes dispositions s'appliquent à toute publicité écrite, parlée ou audiovisuelle ».

Ces trois décisions de justice sont rendues sur des terrains différents, elles présentent toutes néanmoins la caractéristique commune de rejeter les demandes formulées par les requérants. Toutefois, dans chacun de ces contentieux, le juge prend position, même s'il le fait parfois de manière très timide. Ainsi, dans l'affaire UEJF I, le Tribunal de Grande Instance de Paris estime que « seule la démonstration de manquements précis pourrait le cas échéant légitimer » les interdictions demandées. En effet, il rappelle que « la liberté d'expression constitue une valeur fondamentale, dont les juridictions de l'ordre judiciaire sont gardiennes, et qui n'est susceptible de trouver de limites, que dans des hypothèses particulières, selon des modalités strictement déterminées ». Et le Tribunal de Grande Instance de Paris de mentionner qu'il ne saurait être question d'instituer un « système global de prohibition et de censure préalable », tout en reconnaissant que « les craintes manifestées par l'Union des Étudiants Juifs de France sont hautement respectables ». Dans l'espèce UEJF II, la position du juge apparaît plus ferme : s'il constate que les faits incriminés sont susceptibles de constituer des infractions prévues par la loi du 29 juillet 1881, il déclare en même temps nulle l'assignation (celle-ci ne précisant pas la qualification juridique des faits incriminés) ; le juge affirme donc ici que la loi de 1881 sur la liberté de la presse peut être appliquée aux sites web. Par ailleurs, concernant

32. Loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française (*Journal officiel de la République Française* du 5 août 1994, p. 11 392). Le texte de la loi Toubon est également disponible à l'adresse suivante : <http://www.telecom.gouv.fr/français/activ/techno/loibis.htm>.

33. Cette ordonnance du XVI^e siècle impose la langue française comme langue judiciaire du royaume.

l'affaire Georgia Tech, le Tribunal de police de Paris relaxe les prévenus ; toutefois, il le fait non pas en refusant d'appliquer la loi Toubon, mais uniquement pour une question de procédure ; il ne se prononce pas sur le fond mais sur la forme³⁴. Il est à remarquer qu'en agissant ainsi, il se réfère aux articles 16 à 18 de la loi.

Les prémices d'une construction jurisprudentielle

L'étude de la « jurisprudence Internet » relative à la liberté d'expression montre que le droit commun a vocation à s'appliquer au réseau. Cette construction jurisprudentielle s'accompagne cependant d'une certaine fragilité, due en particulier au caractère récent et limité des décisions rendues. D'autres explications méritent également d'être apportées.

D'abord, dans chacun des litiges, le juge se trouve confronté à ce qui est communément appelé le « silence de la loi ». Si l'absence d'indication de la part du législateur quant à l'application des dispositions par le juge au contenu des sites Internet va de soi concernant les lois adoptées avant le développement du réseau (loi de 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe, loi de 1972 relative à la lutte contre le racisme), le défaut de précision sur ce point dans la loi de 1994 sur l'emploi de la langue française peut paraître plus surprenant. Les travaux préparatoires de la loi Toubon ne mentionnent d'ailleurs pas non plus son éventuelle application aux sites web ; tout se passe à l'époque comme si le législateur mais aussi le Gouvernement, puisqu'il est à l'origine du texte, éludent la question de l'application à l'Internet de la loi Toubon. Or, l'occasion était pourtant donnée à ces professionnels du droit d'anticiper la production normative par rapport à l'innovation technologique. Cette solution n'a pas été retenue, ce qui constitue par là même un moyen pour le législateur de s'en remettre au juge : dans le « silence de la loi » il appartiendra à la juridiction compétente de trancher. Cette position de confort explique peut-être également le sens de la décision du Tribunal de police de Paris sur la loi Toubon.

La deuxième raison de l'incertitude juridique liée à la jurisprudence Internet relative à la liberté d'expression tient sans doute au caractère parfois malaisé de la mise en œuvre de ces textes. Les critiques qui mettent en exergue les difficultés d'application de ces textes sont récurrentes ; par exemple, une partie de la doctrine française n'a pas manqué de soulever la question de l'effectivité et de

34. Les deux associations n'auraient pas suivi la bonne procédure, à savoir que le constat par procès-verbal dressé par des agents habilités à le faire aurait dû être privilégié à la citation directe.

l'efficacité de la loi Toubon. Ces difficultés d'application, qui ont trait à l'établissement d'une « police de la langue », sont au cœur du litige que le Tribunal de police de Paris est invité à trancher. Dans la mesure où les deux associations ont fait appel de la décision, ces difficultés seront vraisemblablement aussi présentes au second stade de l'instance : la filiale française de Georgia Tech a en effet modifié son site, mais si celui-ci peut dorénavant être consulté en anglais, en allemand et en français, il demeure que l'article 4 de la loi Toubon autorise cette traduction à condition qu'elle soit aussi « lisible, audible ou intelligible que la présentation en langues étrangères », ce qui implique que la version étrangère ne doit pas pouvoir être mieux comprise que celle en français. Le questionnement, qui tendrait alors à se déplacer, n'en serait pas plus aisé. La position de la Cour d'appel sur ce point est donc très attendue. Se pose, enfin, le problème des hyperliens qui, pouvant par définition renvoyer à un site de langue étrangère, rend d'autant plus ardue l'application de la loi Toubon.

La fragilité de la « jurisprudence Internet » peut encore s'expliquer par la position occupée par le juge saisi : il apparaît clairement, à travers ces trois affaires, que des juges de première instance tels qu'un tribunal de grande instance (UEJF I et II) ou de police (Georgia Tech) sont vraisemblablement réticents à se prononcer de manière univoque sur le fond et tendent à se replier derrière des arguments de procédure. Cette remarque se vérifie tout particulièrement en ce qui concerne le litige relatif à l'emploi de la langue française : en ne se prononçant pas sur l'application de la loi Toubon aux sites web, le législateur se décharge sur le juge, qui lui-même se retranche derrière une question de procédure pour ne pas se prononcer. Rappelons simplement qu'il est toujours préférable pour un juge de première instance, s'il souhaite rendre une décision de justice de poids jurisprudentiel plus important, de bénéficier d'une position de principe en appel ou en cassation : se replier, se réfugier derrière un argument de procédure lui permet d'attendre cette position.

Les décisions juridictionnelles relatives à la liberté d'expression sur Internet font partie des prémices de la « jurisprudence Internet », c'est-à-dire de l'application, par le juge, au réseau des réseaux de règles de droit déjà existantes, ce qui explique que l'édifice jurisprudentiel soit encore marqué d'une certaine fragilité et que bien des interrogations demeurent. Les deux affaires UEJF posent par exemple la question – sans la résoudre – de la responsabilité, civile et pénale, des fournisseurs d'accès ou d'hébergement³⁵. Un dispositif avait été voté en la matière par le Parlement français, mais il a été censuré par

35. Jean-François Casile, « Quel régime de responsabilité civile pour le fournisseur d'accès à Internet ? », *Expertises des systèmes d'information*, décembre 1998, n° 221, p. 385-392 et janvier 1999, n° 222, p. 432-435.

le Conseil constitutionnel : il ne reste plus que l'obligation faite à ces fournisseurs de délivrer aux utilisateurs un logiciel de contrôle permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner (article 43-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986). Mais aucun texte, aucun principe n'apporte de précision quant aux conditions de mise en œuvre de cette responsabilité. Plus généralement, la tâche reste considérable pour l'ensemble des professionnels du droit qui s'intéressent au réseau Internet. Ce qui est sûr, c'est que les anciens instruments de régulation peuvent s'appliquer aux nouvelles technologies de l'information et de la communication ; ce qui paraît incertain, c'est la manière dont ces instruments de régulation vont être appliqués. Tout comme l'exercice de la liberté d'expression, la protection des droits intellectuels en témoigne.

INTERNET ET LES DROITS INTELLECTUELS

Selon le professeur Michel Vivant, « la « société de l'information » est plus qu'un slogan, puisqu'elle devient objet de droit³⁶ ». La société de l'information générée par Internet est saisissable par le droit français dans la mesure où le réseau s'analyse juridiquement comme un « service de communication audiovisuelle³⁷ ». Ainsi, la comparaison qu'établit la professeure Anne-Marie Gingras entre le potentiel anarchique des réseaux et la difficulté des États de légiférer et réglementer dans un monde global doit être nuancée³⁸, tout au moins en ce qui concerne la France. Si l'Internet s'analyse comme un nouveau vecteur de communication, il est assujéti, en France, à d'anciens instruments de régulation. Certains juristes ont, à tort, affirmé qu'il existait en France un « droit de l'Internet³⁹ ». Il est aujourd'hui unanimement reconnu par la doctrine que le droit français a toujours été

36. Michel Vivant, « Chronique droit de l'informatique », *La semaine juridique*, édition entreprise, 14 mai 1998, p. 802.

37. L'article 2 alinéa 2 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication dispose qu'« on entend par communication audiovisuelle toute 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 » (loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, *Journal officiel de la République Française* du 1^{er} octobre 1986, p. 14 297).

38. Anne-Marie Gingras, « Penser la démocratie et les nouvelles technologies d'information et de communication : démocratie directe et action collective », communication présentée aux ateliers conjoints, science politique-communication, Congrès des sciences humaines et sociales, Ottawa, 2 juin 1998.

39. Valérie Sédallian, *Le droit de l'Internet*, Association des Utilisateurs d'Internet, 1996.

en mesure de saisir le réseau⁴⁰. L'examen de la jurisprudence française concernant l'Internet met en évidence l'application de textes anciens au réseau Internet. Le respect des droits d'auteur illustre cette application.

Certains juristes, et parmi eux le professeur Jérôme Huet, restent sceptiques sur l'aptitude des droits d'auteur à être à la mesure des défis de la société de l'information⁴¹. En examinant la relation entre l'émergence d'une culture propre au « cyber-espace » et la protection des informations nourrissant cette « cyber-culture », le professeur Huet semble déduire que la jurisprudence Internet devra tôt ou tard s'effacer. À la spécificité du réseau doit-on faire correspondre un droit spécifique ? Seul l'avenir pourra apporter une réponse à cette question. L'approche du professeur Huet permet néanmoins de poser la question de l'aptitude des droits d'auteur à appréhender la société de l'information dans la mesure où la notion d'information en France ne fait l'objet d'aucune définition légale.

L'article 1^{er} de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication dispose que « la communication audiovisuelle est libre, dans les limites requises d'une part par le respect de la dignité de la personne humaine, de la liberté et de la propriété d'autrui, du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion, et d'autre part, par la sauvegarde de l'ordre public ». Si la liberté d'expression prévaut sur Internet, il n'est nul besoin de définir l'information. Tout message, de quelque nature qu'il soit, pourra être divulgué. Cependant, l'article 1^{er} de la loi du 30 septembre 1986 énonce les restrictions au principe de la liberté d'expression sur Internet. À ces restrictions légales s'ajoutent les restrictions « naturelles » inhérentes à la réduction de l'Internet à une logique d'échange commercial. De la *lex mercatoria* à la *lex cybernautica*⁴², il n'y aurait qu'un pas. Cette logique semble stigmatisée à travers le rapport de la Commission mondiale de la culture et du développement, dans lequel le rapporteur Spindler soulignait que « c'est le consommateur – et non quelques experts en technologie – qui doit demeurer le seul maître de la demande et de la consommation dans le monde médiatisé qui est en train de naître ». Au même titre que le consommateur doit rester maître de la demande, l'internaute doit rester maître de l'information qu'il diffuse pour que le réseau puisse affirmer son identité à travers le « cyber-espace ». Ces deux notions, indissociables dans le cadre de

40. Xavier Linant de Bellefonds (dir.), *Internet saisi par le droit*, Association Française du Droit de l'Informatique et de la Télécommunication (AFDIT), Édition des Parques, 1996.

41. Jérôme Huet, « Quelle culture dans le "cyber-espace" et quels droits intellectuels pour cette cyber-culture ? », *Dalloz*, 1998, Chronique, p. 185.

42. Jean-Christophe Galloux, « Libres propos pour une Lex Cybernautica », *Expertises des systèmes d'information*, n° 200, p. 15.

l'orientation de l'Internet vers le commerce électronique, impliquent *a fortiori* que le consommateur reste maître de l'information, ce qui ne se conçoit qu'à travers les concepts d'identification et de certification⁴³. Le respect des droits d'auteur a pour objet d'éviter la « dérive informationnelle⁴⁴ ».

L'information créée puis diffusée sur Internet est soumise au droit français qui pose le principe suivant : dès lors qu'une information est originale (c'est-à-dire dès lors qu'elle reflète la personnalité de l'auteur) sur la forme et/ou sur le fond, elle est éligible à la protection par le droit d'auteur. Le droit d'auteur, en France, se compose d'un droit moral et d'un droit patrimonial. Le droit moral de l'auteur est caractérisé par le droit de première divulgation, le respect du nom et de la qualité de l'auteur et le droit au respect de l'œuvre. Le droit patrimonial se compose des droits de reproduction et de représentation, soit le droit de communication au public. Les droits de l'auteur s'opposent aux droits de l'utilisateur. Ces derniers bénéficient du droit d'utiliser les œuvres du domaine public, du droit de courte citation et du droit à une copie privée. En rapportant les droits de l'auteur et de l'utilisateur à la création d'une page web, que peut-on dire ?

Il existe sur Internet des sites permettant la création de pages web en quelques minutes. La base de cette pratique consiste à créer une *homepage* à partir d'une page déjà existante et d'y apporter des modifications. La page créée s'analyse juridiquement comme une modification d'œuvre d'art préexistante. De fait, la création d'une page web par le biais de ces sites de création constitue une violation du droit moral de l'auteur.

Cet aspect de la protection de l'information par le droit d'auteur peut sembler difficile à mettre en œuvre. Cependant, force est de constater que l'Agence pour la Protection des Programmes⁴⁵ (APP) a assermenté des agents dont l'activité professionnelle consiste à repérer les sites contrefacteurs et à assigner leurs auteurs. À ce titre, le droit français comporte diverses jurisprudences qu'il convient d'examiner pour mettre en évidence le droit applicable au réseau.

Les ordonnances de référé relatives à la protection de l'information reproduite sur Internet sans autorisation ont permis de mettre en évidence un réel régime protecteur de l'information. Les ordonnances de référé du Tribunal de Grande Instance de Paris concernant les

43. S. Parisien, Pierre Trudel, *L'identification et la certification dans le commerce électronique*, Rapport final, Montréal, Centre de recherche en droit public, avril 1996.

44. M. Spindler, cité dans *Notre Diversité Créatrice, rapport de la Commission mondiale de la culture et du développement*, UNESCO, 1996, p. 113.

45. L'APP est rattachée à l'Organisation européenne des auteurs de logiciels et concepteurs en technologies de l'information. Depuis 1982, elle a développé une action déterminante en matière de défense des auteurs d'œuvres en informatique.

chanteurs Jacques Brel et Michel Sardou⁴⁶, ainsi que l'écrivain et poète Raymond Queneau⁴⁷ (auteur notamment de l'ouvrage litigieux *Cent mille milliards de poèmes*), puis l'ordonnance du Tribunal de commerce concernant l'affaire « ordinateur express⁴⁸ », ont contribué à démontrer que le droit français s'applique au réseau Internet au même titre que n'importe quel autre vecteur de communication. Le juge français a eu essentiellement à statuer sur le régime de protection de l'information par le droit d'auteur. Ces litiges « franco-français » ne doivent pas amener les acteurs de l'Internet⁴⁹ à considérer qu'il suffit d'héberger ou de fournir un accès au réseau hors du territoire français pour s'affranchir de la loi française. La loi française permet d'engager la responsabilité civile et/ou pénale des acteurs du réseau à partir du moment où l'information créée, puis diffusée, est reçue en France⁵⁰. Toutefois, l'examen des ordonnances de référé met en évidence une approche extensive de l'application du droit d'auteur.

L'extension du régime de protection de l'information à travers le respect des droits d'auteur

Les tribunaux français considèrent la numérisation comme une reproduction. L'ordonnance de référé du 5 mai 1997 relative à l'affaire Raymond Queneau énonce que « la numérisation d'une œuvre, technique consistant à traduire le signal analogique qu'elle constitue, en un mode numérique ou binaire qui représentera l'information dans un symbole à deux valeurs 0 et 1 dont l'unité est le Bit⁵¹, constitue

46. Tribunal de grande instance de Paris, ordonnance de référé, 14 août 1996, Éditions musicales Pouchenel et autres c/ École Centrale de Paris et autres, note Frédérique Olivier et Éric Barbry, *La semaine juridique*, 1996, édition générale, II, 22 727.

47. Tribunal de grande instance de Paris, ordonnance de référé, 5 mai 1997, Queneau c/ Leroy, note Frédérique Olivier, *La semaine juridique*, 1997, édition générale, II, 22906 et Tribunal de grande instance de Paris, 10 juin 1997, ordonnance de référé, J-M Queneau c/ Boue et LAAS, note Frédérique Olivier, *La semaine juridique*, 1997, édition générale, II, 22 974.

48. Tribunal de commerce de Paris, ordonnance de référé, 3 mars 1997, SARL Ordinateur Express c/ SARL ASI, note Frédérique Olivier et Éric Barbry, *La semaine juridique*, 1997, édition générale, II, 22 840.

49. On pense surtout aux fournisseurs d'accès qui hébergent leurs informations à l'étranger en pensant s'affranchir des lois et règlements nationaux.

50. Sur ce point, le droit français, au même titre que le droit canadien, met en évidence une responsabilisation des participants à la communication. Voir : Pierre Trudel *et al.*, *Droit du cyberspace*, Montréal, Thémis, ch. 1, p. 37 ; David G. Masse, *Le cadre juridique en droit civil québécois des transactions sur l'inforoute*, McGill, 1997.

51. Binary Digit.

une reproduction de l'œuvre qui requiert en tant que telle lorsqu'il s'agit d'une œuvre originale, l'autorisation préalable de l'auteur ou de ses ayants droit». Une numérisation sans autorisation est donc illicite et doit s'entendre comme une contrefaçon⁵². Cette précision comporte comme conséquence que toute reproduction par numérisation d'œuvres protégées par le droit d'auteur, et susceptibles d'être mises à la disposition des personnes connectées au réseau Internet, doit être autorisée expressément par les titulaires et cessionnaires des droits. Cette situation devrait, en termes de prospective, contribuer au développement de «contrats hyperliens» entre les utilisateurs de l'œuvre et son créateur.

Le 14 août 1996, le juge des référés, dans l'affaire des ayants droit de Jacques Brel et Michel Sardou, devait déjà examiner la nature juridique de la numérisation d'une œuvre mise en ligne sur Internet et faire respecter le droit de reproduction de l'auteur de l'œuvre. Pour y parvenir, il a développé une argumentation particulière qu'il convient d'examiner.

Le droit de reproduction sur le lit de Procuste

En l'espèce, des agents assermentés de l'APP⁵³ ont constaté la matérialité de la contrefaçon sur Internet de textes et d'extraits de chansons de Jacques Brel et Michel Sardou que les étudiants de l'École Nationale Supérieure des Télécommunications (ENST) avaient numérisés puis installés sur leurs pages web sans l'autorisation des auteurs. L'assignation des ayants droit de Jacques Brel et de Michel Sardou n'a pas lieu d'étonner dans la mesure où ces artistes avaient déjà en France veillé au respect de leur vie privée et de leurs droits d'auteur violés par d'autres outils de communication. Dès lors, l'Internet, nouveau vecteur de communication, contribue à faire renaître d'anciens litiges.

Marie-Hélène Tonnelier et Stéphane Lemarchand⁵⁴ ont mis en évidence une solution non surprenante pour ceux qui ont toujours considéré en France que l'Internet n'était pas une zone de non-droit ; cependant, ils soulignent l'intérêt particulier que revêt la motivation du juge. Tandis que les étudiants soulignaient qu'ils s'étaient « contentés de stocker les compositions musicales sous forme numérique

52. Sur la numérisation et le droit d'auteur, voir : Pierre Trudel *et al.*, *Droit du cyberspace*, *op. cit.*, ch. 16, p. 72.

53. Agents de l'Agence pour la protection des programmes, qui, au titre de l'article L 331-2 du Code de la propriété intellectuelle, ont pour rôle de défendre des personnes physiques ou morales, auteurs de programmes informatiques, d'œuvres numériques, d'études et de documents associés.

54. Avocats à la Cour, Cabinet Jeantet et Associés, Paris.

(...) sur leur page Web qu'ils considéraient comme un domicile privé virtuel», le juge arguait que les étudiants avaient «sans autorisation, reproduit et favorisé une utilisation collective d'œuvres». Il est étonnant que le juge français ait écarté l'exception de copie privée au motif que ceux qui ont reproduit l'œuvre sans autorisation ont «favorisé l'utilisation collective de leur reproduction». Les commentateurs de l'ordonnance soulèvent l'argument suivant : «cette motivation laisse supposer par interprétation que l'utilisation collective de leur reproduction n'a peut-être pas existé en l'espèce. Ce qui est surprenant tient au fait que l'article L 122-5-2 du Code de la Propriété Intellectuelle dispose que «pour être licite, la copie privée ne doit pas être «destinée» à un usage collectif». Dès lors, il faut que celui qui effectue la reproduction destine effectivement celle-ci à un usage collectif pour que l'usage privé soit écarté. Or, il est incontestable que tel est le cas en l'espèce».

Cette position du juge des référés qui statue sur la numérisation d'une information protégée puis diffusée sur Internet doit être distinguée de la numérisation de l'information diffusée en Intranet. Au regard de l'émergence de la «théorie du domicile virtuel⁵⁵», le juge des référés a eu le 10 juin 1997 (J-M Queneau c/ Boue et LAAS) à statuer sur le sort de l'information protégée, numérisée en Intranet. La «jurisprudence Brel», le 14 août 1996, avait déjà fait valoir l'existence de la «théorie du domicile virtuel». Reconnaisant l'originalité de cette théorie, le président du tribunal ne s'était pas prononcé sur ce point mettant en évidence la nécessité d'un débat de fond. Cependant, cette théorie fut de nouveau soulevée dans l'ordonnance de référé du 10 juin 1997 où J.B., chercheur du Laboratoire d'Analyse et d'Architecture de Systèmes (LAAS) du Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS), avait reproduit l'œuvre de Raymond Queneau *Cent mille milliards de poème* en lui faisant subir quelques modifications de structure. On rappellera que cette œuvre a pour originalité d'être composée de 14 vers mobiles, imprimés sur des bandelettes, le tout étant inscrit sur 10 pages organisées autour d'une structure figée. L'utilisation alternative de ces vers permet l'accès à autant d'œuvres poétiques que de combinaisons possibles de ces 14 vers, à partir de leur configuration d'origine. L'ouvrage se compose donc de 10^{14} poèmes, soit cent mille milliards.

En l'espèce, le LAAS constituait un site Intranet du site Internet du CNRS. Le public pouvait accéder au site Internet du CNRS, mais ne pouvait accéder au site Intranet du LAAS qui nécessitait la connaissance d'un code d'accès. Le site du Laboratoire d'Analyse et d'Architecture de Systèmes était séparé de celui du CNRS par un *fire*

55. Cette théorie consiste à faire valoir que la page web qui n'est pas accessible au public constitue une extension du domicile de son auteur.

wall ou «pare-feu». Ce dernier, défaillant, a permis à un agent de l'Agence pour la Protection des Programmes de s'introduire sur le site Intranet du CNRS. Le chercheur avait légitimement invoqué la violation de son domicile privé virtuel, à savoir son site de recherche privé. La numérisation de l'information protégée sur le site Intranet du LAAS permettait toutefois à tous les chercheurs du LAAS d'accéder à l'œuvre de Raymond Queneau. Par conséquent, le commentateur posait très justement la question de la nature juridique de la population du laboratoire. S'agissait-il d'un public ou d'un «cercle de famille»? La nature juridique des personnes accédant à l'œuvre litigieuse devait emporter la qualification des faits pour déterminer s'il y avait, en l'espèce, violation du droit de reproduction de l'œuvre.

Sur la nature juridique des pages web, les qualifications de «fichier privé», «domicile virtuel», ne peuvent convenir dans l'état du droit français. Cette qualification concernant le traitement de l'information n'existe pas à ce jour. Il est incontestable que l'information passant du stade analogique au stade numérique fait l'objet d'un traitement informatique. À ce titre, le Code pénal français reconnaît l'atteinte au système de traitement automatisé de l'information. Toute la difficulté de l'espèce tenait à l'incompréhension des faits par le juge des référés. En l'espèce, deux éléments devaient être conjugués.

D'une part, le Navigateur Internet, Explorer 3.0 de Microsoft, présente d'importantes failles sur le plan de la sécurité, tout particulièrement en ce qu'il permet d'accéder aux fichiers privés d'un ordinateur. L'internaute qui consulte un site web, permet au «consulté» de bénéficier d'un accès au disque dur du «consultant». D'autre part, le «pare-feu» installé entre le site du LAAS et celui du CNRS présentait également d'importantes failles quant à la sécurité. Dès lors, l'agent de l'APP avait pu accéder au site du LAAS du fait d'une défaillance technique du «pare-feu», tandis que le LAAS pouvait bénéficier d'un accès au disque dur de l'APP du fait de la défaillance du logiciel de navigation Explorer 3.0. Ainsi, au regard du Code pénal français, le LAAS pouvait tomber sous le coup de l'article 323-1 alinéa 1^{er} du Code pénal qui dispose que «le fait d'accéder ou de se maintenir, frauduleusement, dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 francs d'amende».

Les défenseurs, en l'occurrence le LAAS, soutiennent que le constat établi par l'agent de l'APP est irrégulier au motif que ce dernier a accédé à un «fichier privé» établi sur un serveur expérimental, réservé à l'usage des chercheurs et bénéficiant d'un système de protection le rendant en principe inaccessible aux tiers. À la lecture de l'ordonnance, on constate que le juge s'est rangé à l'argument des défenseurs puisqu'il déclare que «l'intrusion dans le fichier en cause n'a été rendue possible que par la défaillance du système de protection

du serveur expérimental dont les «pare-feu» n'ont pas rempli leur rôle.

Le juge relève en outre que «peu importe que l'intrusion de l'agent de l'Agence pour la Protection des Programmes ait pu être facilitée par une défaillance de la version 3.0 du logiciel de navigation de Microsoft», alors qu'en réalité l'inverse devait être retenu dans la mesure où c'était l'ordinateur de l'agent de l'APP qui risquait d'être ouvert et non pas celui du LAAS. En considérant que seul le «pare-feu» du LAAS était en cause, le juge n'avait pas à aborder la question de l'intrusion frauduleuse du fait de la défaillance du logiciel de navigation Internet. Toutefois, cette importante question au regard du Code pénal n'ayant pas été abordée; elle pose le problème de la formation des magistrats aux litiges spécifiques comme ceux relatifs à Internet.

Au regard du droit d'auteur, la lecture de l'ordonnance apporte les éléments suivants : tout d'abord, en ne mentionnant pas l'existence de codes d'accès personnels pour accéder aux sites litigieux, le président du tribunal semble considérer le réseau Intranet comme un réseau fermé pouvant être qualifié de collectif. À ce titre, la violation du droit de reproduction d'une œuvre pourrait être constituée sur un réseau Intranet. Par ailleurs, le juge ne reconnaît pas la contrefaçon et admet la théorie du domicile virtuel à travers l'exception de copie privée. La reconnaissance de l'absence de contrefaçon permet de mettre en évidence la théorie du domicile virtuel qui, à n'en pas douter, risque de céder face à un jugement sur le fond dans la mesure où cette théorie n'existe pas juridiquement. L'exception de copie privée doit l'emporter sur l'émergence de théories interprétatives à l'égard du droit d'auteur. On retrouve le même schéma d'extrapolation concernant le droit de représentation.

Le droit de représentation (et émergence de principes théoriques)

Le droit de représentation est le droit de communiquer l'information au public. Il était très étonnant que les ordonnances de référé des 14 août 1996, 5 mai 1997 et 10 juin 1997 ne fassent pas état du droit de représentation sur le réseau dans la mesure où l'éditeur d'un contenu s'adresse et l'adresse à un public, d'autant que dans l'ordonnance de référé du 14 août 1996 (jurisprudence Brel/Sardou), le défendeur contestait le grief de représentation illicite des compositions musicales. Le juge, sans faire référence au droit de représentation, allait tout de même l'effleurer et éclairer le juriste quant à l'application de ce droit sur Internet.

Le juge devait répondre à la question suivante : parce que l'Internet est qualifié de réseau international public ouvert, faut-il pour

autant en conclure que la mise en ligne d'une information comporte « par définition » la consultation de cette dernière ? En répondant par la négative, il mettait en évidence deux conséquences intéressantes. La première tient à la nature même de la création et de la diffusion d'une information sur Internet. Les étudiants de l'École Nationale Supérieure des Télécommunications, défenseurs à l'instance, arguaient, concernant la violation du droit de représentation, que celui-ci supposait nécessairement une action positive. Or, en l'espèce, il n'y a pas d'émission d'un message vers un récepteur dans la mesure où les utilisateurs vont chercher l'information sur les pages web. À ce propos, le tribunal répond qu'« il importe peu que les contrefacteurs n'effectuent eux-mêmes aucun acte positif d'émission, l'autorisation de prendre copie étant implicitement contenue dans le droit de visiter les pages privées ». Cette formule, consacrée par la jurisprudence Queneau contre Leroy du 5 mai 1997, ne permet pas au diffuseur d'une information protégée de se prévaloir de la technique du *pull média* pour s'affranchir de la violation du droit de représentation. La seconde conséquence permet de considérer qu'une information protégée et mise en ligne sur le réseau doit « par nature » être considérée comme consultée dans la mesure où même l'absence de consultation de cette information emporte engagement de la responsabilité pénale du diffuseur de l'information protégée sans l'autorisation de l'auteur.

Dans la mesure où le juge des référés n'avait pas expressément statué sur le droit de représentation, certains ont pu dire que ce dernier n'existait pas sur Internet. Or, le 3 mars 1997, le juge français dans une ordonnance de référé du Tribunal de commerce de Paris devait pallier cette lacune⁵⁶. Les faits étaient les suivants : la société A..., éditrice d'un site web, reproduisait sans autorisation le logiciel PC TAP développé par la société O... et régulièrement déposé auprès de l'APP. La société O... assignait la société A... en référé.

L'ordonnance présente l'intérêt d'évoquer la violation du droit de reproduction et de représentation du logiciel. Le juge énonce qu'« interdiction est faite à la société éditrice d'un site Web ayant reproduit sans autorisation un logiciel développé par une autre société de distribuer toute reproduction et/ou représentation totale ou partielle du logiciel sous astreinte provisoire de 10 000 francs par jour de retard ». L'intérêt de cette ordonnance est manifeste au regard du développement de la distribution de logiciels en *shareware* et *freeware*. Après avoir considéré que l'information mise en ligne sur Internet devait être « par principe » considérée comme « consultée », le juge des référés dégagait un second principe lié au préjudice subi du fait de la consultation présumée.

56. Tribunal de commerce de Paris, ordonnance de référé, 3 mars 1997, SARL Ordinateur express c/ SARL ASI.

Dans l'ordonnance du 5 mai 1997 relative à la première jurisprudence Queneau⁵⁷, il était demandé au tribunal de statuer sur une demande de provision sur dommages et intérêts. Le président Gomez a répondu sans ambiguïté « qu'il existe en l'espèce un principe de préjudice ». La provision d'un franc a été allouée au demandeur. La mise en évidence de ce « principe de préjudice » est en adéquation avec la seule mise en ligne de l'information protégée sur le réseau, quand bien même celle-ci n'aurait pas été consultée. L'ignorance du nombre de consultants du site litigieux comporte comme conséquence qu'un préjudice étant « par principe » reconnu, cette reconnaissance est matérialisée par l'allocation d'une provision (un franc) du fait de l'ignorance du nombre de consultants et donc du fait de la difficile évaluation du montant du préjudice.

Dès lors, Frédérique Olivier, commentant l'ordonnance de référé, considérait que « cette décision laissait grande ouverte la voie à l'attribution dans le futur de provisions plus importantes, soit que l'acte de contrefaçon emporte assurément un préjudice irréversible et immédiat, soit que les défendeurs soient plus solvables, et encore et surtout qu'ils soient moins « médiatiquement corrects » ». Nous pourrions ajouter que l'attribution de provisions plus importantes n'est envisageable que dans la mesure où le préjudice est évaluable, ce qui, en pratique, n'est pas aussi simple à mettre en évidence.

Technicité de l'Internet et technique juridique

Si la reproduction par numérisation d'une information protégée est susceptible d'être qualifiée de contrefaçon, le juge français a eu à rechercher si la contrefaçon s'appliquait à travers les aspects techniques du réseau. L'hypertexte, les *méta-tag* et références *inline* peuvent-ils être analysés comme une contrefaçon ?

Hypertexte et contrefaçon

Maître Spacensky-Riff pose la question suivante : « le fait pour un titulaire de site Web de créer un lien hypertexte sur un autre site peut-il être assimilé à une contrefaçon s'il est fait sans l'autorisation du titulaire du site ainsi visé ?⁵⁸ ».

57. Tribunal de grande instance de Paris, ordonnance de référé, 5 mai 1997, Queneau c/ Leroy.

58. Valérie Spacensky-Riff, « Promotion d'un site Web et risques encourus, quelle responsabilité pour les outils de recherche et les créateurs d'un lien hypertexte ? », *Légipresse*, avril 1998, II, p. 34.

La Netiquette recommande de solliciter, avant toute création d'un lien hypertexte, l'autorisation préalable de l'administrateur du site visé par le lien hypertexte. Certains professionnels ont même fait valoir la nécessité de «contrats hyperliens». Au développement de ce type de contrats, d'autres ont fait valoir une «autorisation implicite» de tout titulaire de site web, accordée aux autres créateurs de pages, de faire des liens sur son site. Cette présomption doit être écartée dans la mesure où elle s'inscrit à l'encontre des dispositions du Code de la propriété intellectuelle relatives au droit de représentation⁵⁹. La contrefaçon dans un tel cas ne pourra être retenue du fait de l'absence de fixation matérielle de l'œuvre sur un support. S'est alors posée la question de l'utilisation d'un lien hypertexte reproduisant une marque. Le Tribunal de grande instance de Paris⁶⁰ a estimé que «pour être répréhensible, l'usage d'une marque doit être fait à des fins commerciales ou publicitaires. En revanche, l'usage dans un but d'information ne constitue pas une contrefaçon». Toutefois, le lien hypertexte, s'il ne revêt aucun caractère illicite, porte néanmoins atteinte au droit moral de représentation de l'auteur. On retrouve en France la même problématique à l'égard de l'utilisation des logiciels dits «de copie libre». Il est évident que l'utilisation de ces logiciels dits aussi *freeware* ou *shareware* comporte respect de la licence d'exploitation.

Hypothèses de reproduction dans un meta-tag, et références inline ou framing

Le Tribunal de grande instance de Paris a ordonné à la société Distrimart, qui avait reproduit dans le code source de son site web les marques «Maison et objet» et «Décoplanet» appartenant à la société SAFI, de supprimer ces dénominations des fichiers constitutifs de son site, cette utilisation faite sans le consentement du titulaire de ces marques étant constitutive d'une reproduction illicite⁶¹. Une telle pratique a pour objet de faire apparaître son propre site lorsque les marques intégrées dans le code source sont référencées par un moteur de recherche et sollicitées par un internaute. Celle-ci s'analyse juridiquement comme de la concurrence déloyale. Toutefois, le TGI de Paris a préféré retenir la qualification de contrefaçon.

Quant aux références *inline*, elles consistent à afficher sur son propre site les pages d'un autre site sans quitter son site d'origine et

59. Article L 122-2 du Code de la propriété intellectuelle : « La représentation consiste dans la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque ».

60. Tribunal de grande instance de Paris, 22 février 1995.

61. Tribunal de grande instance de Paris, ordonnance de référé, 4 août 1997, *Gazette du Palais*, 15-17 mars 1998, p. 25.

en conservant la charge graphique de ce dernier. Ainsi, l'utilisateur qui visite un tel site a l'impression que l'information à laquelle il accède provient directement du site consulté.

CONCLUSION

La découverte du support papier dans une société entièrement informatisée susciterait inéluctablement de nombreuses interrogations de la part des juristes. Comment protéger les documents papiers contre le vol ou les seules pertes ou destructions ? Faudra-t-il protéger l'envoi d'argent par la poste en créant un « coffre-fort postal » ? Toutes ces questions, qui en pratique, ne se sont jamais posées contribueraient à théoriser le réseau postal. Concernant les nouvelles technologies de l'information et de la communication, il semble que la théorisation de l'Internet présage de nouvelles réflexions autour de ces nouveaux médias. Si le juge français dégage du réseau des réseaux de nouveaux principes juridiques, il ne peut le faire qu'en respectant le droit applicable. Or, au regard des ordonnances de référés rendues en la matière, il semble que le juge français soit l'objet d'une « dérive judiciaire » causée par un manque de maîtrise des aspects techniques de cette nouvelle technologie de communication. Or, il appartient au juge de garantir l'utilisateur du réseau contre d'éventuelles « dérives communicationnelles ». Cette garantie n'est pas aussi simple à mettre en évidence lorsque le droit applicable se heurte à l'esprit libéral du réseau.