

LE TRAFIC D'ŒUVRES D'ART

Sous la direction de Monsieur le Professeur Didier THOMAS

Mémoire présenté par Jennifer LAYANI

Université de Montpellier I

I. L'ŒUVRE D'ART RENOUVELEE

A. L'œuvre d'art est une information

1. Les nouvelles œuvres

- *le « cyber-art »*
- *la « cyberculture »*
- *le marché de l'art et internet*

2. La société de l'information

- *le monde de l'accès*
- *la démultiplication des oeuvres*

B. Les nouveaux trafics

1. Les nouveaux risques : la criminalité informatique

- *l'œuvre « clonée »*
- *l'œuvre « désagrégée »*

2. Les nouveaux défis

- *le droit commun appliqué aux œuvres d'art*
 - (i) *le recel d'œuvre d'art*
 - (ii) *l'escroquerie d'œuvre d'art*
 - (iii) *la contrefaçon d'œuvre d'art*
- *la spécificité du numérique*
 - (i) *la copie privée numérique*
 - (ii) *la contrefaçon d'œuvres numérisées*

II. LA NECESSAIRE MUTATION DU DROIT PENAL

A. Les infractions dématérialisées

1. Une jurisprudence audacieuse

- *le vol d'information*
- *l'abus de confiance*

2. Les interrogations pertinentes de la doctrine

- *la chose susceptible d'appropriation frauduleuse*
 - (i) *le recel d'un bien immatériel*
 - (ii) *l'escroquerie d'information*
- *le statut pénal de l'information*

B. Les infractions repensées

1. Les moyens de riposte

- *l'identification des œuvres d'art*
- *la publicité des œuvres d'art*

2. La répression de la délinquance informatique

- *la « cybercriminalité »*
- *l'opportunité de nouvelles incriminations*

« Les œuvres d'art représentant le degré le plus élevé de la production spirituelle ne trouvent miséricorde aux yeux du bourgeois que si elles sont présentées comme susceptibles de produire directement de la richesse matérielle. »

Karl Marx

L'art est une expression de l'activité humaine, un moyen de communication. Il est aussi un témoignage du temps et de la société.

1. De même que *l'œuvre d'art* est un certain regard, constamment renouvelé, sur les hommes et sur les choses, elle est une nouvelle manière d'appréhender le réel. Mais cette finalité assignée à l'art n'est plus évidente aujourd'hui. Jamais l'art n'a donné lieu à semblable commerce.

En effet, il existe une véritable spéculation sur l'œuvre d'art, celle-ci étant recherchée, non pas nécessairement pour elle-même, mais pour la valeur qu'elle est censée avoir et que l'on estime qu'elle aura dans l'avenir. L'art devient un placement ¹, une « valeur refuge »².

¹ F. Bouglé, *L'art et la gestion de patrimoine*, Editions de Verneuil, 2001

² M. Pontier, *Droit de la Culture*, Dalloz.

Les conséquences sont des œuvres d'art qui atteignent des prix extrêmement élevés, parfois déraisonnables. Des records de prix tombent régulièrement : en mars 1987 un tableau de la fin de la vie de Van Gogh, *les Tournesols*, a été adjugé en cinq minutes chez Christie, à Londres, à près de 37 millions d'euros par une compagnie d'assurances japonaises.

Les œuvres d'art ne peuvent pas être véritablement assimilées aux autres biens commerciaux, dont plusieurs particularités les distinguent : leur valeur historique, leur fonction comme témoins d'une identité culturelle, leur caractère unique et non reproductible, en principe.

Selon la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE), « les œuvres et objets d'art ont une valeur vénale, font l'objet de transactions commerciales et peuvent donc être considérés comme des marchandises ».

Le marché de l'art est un commerce florissant et son internationalisation s'est accélérée : New-York, Londres, Paris, Genève, mais aussi Monaco, Singapour ou Tel Aviv sont le cadre d'enchères records.

Source de profit, le patrimoine culturel a fait l'objet de pillages pour alimenter une économie parallèle. Les œuvres d'art circulent à travers les places internationales au gré des phénomènes de mode et des spéculations.

L'« art volé » génère un trafic incommensurable. L'œuvre d'art intègre le circuit économique pour y être négociée et devient, en tant qu'actif patrimonial, un objet du marché artistique soumis à la loi de l'offre et de la demande.

L'œuvre d'art est donc tantôt moyen de l'infraction, tantôt produit de celle-ci.

2. Criminalité plurielle, *le trafic des œuvres d'art* est souvent perçu au travers des infractions traditionnelles de vol et de contrefaçon, mais pas seulement. Il consiste en recel, transferts illicites de biens culturels et est parfois lié à d'autres activités, comme le financement d'organisations terroristes ou le blanchiment d'argent.

Le droit pénal vient sanctionner le « trafic » par le biais des infractions classiques du Code Pénal, ainsi les tribunaux retiennent notamment les qualifications de vol et recel³, d'escroquerie⁴, d'abus de confiance et de contrefaçon.

³ Par ex. : Crim. 13 Décembre 2000. *Bull.Crim* arrêt 7557 ; Crim. 2 Avril 1998, *Gaz. Pal. Rec. 1998* Ch. Crim p. 134.

⁴ Par ex. : Crim. 3 D étembre 1998, *Gaz. Pal. Rec.1999*, chr. Crim. p. 62

Les infractions commises lors de trafic d'œuvres d'art concernent aussi la réglementation douanière : délit de contrebande, d'importation et d'exportation sans déclaration.

Aujourd'hui il se situe en termes de bénéfices immédiatement après celui des stupéfiants, quand il n'y a pas de connexion entre ces deux activités, le marché de l'art étant un moyen élégant mais surtout discret de blanchir les énormes bénéfices du trafic de la drogue.

Le trafic d'œuvre d'art est une forme de criminalité internationale. Le franchissement des frontières et la circulation des biens en sont les principes fondamentaux.

Les progrès juridiques voulus par l'ouverture des frontières aux personnes et au commerce avec leurs répercussions dans le domaine des contrôles douaniers, facilitent la tâche des trafiquants.

L'apocryphe artistique a toujours existé : dès le II^e siècle avant J.-C., les Romains se lançaient dans le marché de la copie pour satisfaire le prestige de la classe politique. Désormais la contrefaçon n'est plus seulement le fait d'artistes- faussaires et ne concerne plus seulement le faux pictural. La violation du droit d'auteur, des droits de propriété intellectuelle concerne tous les domaines de la création et les contrefacteurs savent tirer profit des nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC) en portant atteinte aux œuvres de l'esprit diffusées, commercialisées, légalement ou non, sur l'internet.

L'art-marchandise, qui peut même être dématérialisé à l'ère numérique, est devenu un produit financier très volatile.

Le trafic illicite d'œuvres d'art, facilité par le développement des communications internationales et alimenté par les prix toujours élevés des biens culturels, est en accroissement constant.

3. Les raisons d'être de ce trafic sont aussi multiples : les conceptions propres à chaque Etat sur différents points, tels que nature et délai de prescription des délits, statut spécifique de certains objets de collections publiques, droit de préemption de l'Etat dans le cadre de ventes aux enchères, reconnaissance des législations des autres Etats, le caractère mobilier de l'objet, mais aussi problème de coopération et de coordination policière, l'herméticité des frontières, l'inadéquation des législations nationales (ainsi les ventes aux enchères publiques ont récemment été réformées, la loi du 10 juillet 2000 et ses décrets d'application du 19 juillet 2001 mettant fin au monopole des commissaires-priseurs).

Le trafic « classique » se nourrit donc autour de trois phénomènes : le développement du marché de l'art –secteur actif de la vie économique où les investisseurs réalisent d'importants profits en très peu de temps ; l'augmentation de la demande de la part des pays acheteurs, les pays riches -l'intérêt pour l'art est plus généralisé et surtout l'art passe d'une fonction traditionnelle de simple conservation du patrimoine à celle de sa valorisation- et la conjoncture économique des pays pauvres. L'instabilité politique dans nombre de pays, la perméabilité des frontières, et l'absence de législations *ad hoc* ou le manque de moyens pour les appliquer sont aussi des *facteurs favorisants*.

4. La dimension du phénomène du trafic illicite a inspiré plusieurs initiatives, notamment : la Convention de l'UNESCO ⁵ en 1970 relative aux mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transferts de propriété illicites de biens culturels.

L'Unesco a créé en 1996 une Division de l'information et de l'informatique qui mène une réflexion sur l'impact de l'internet ;

la Convention européenne sur les infractions visant des biens culturels élaborée au sein du Conseil de l'Europe en 1985 ;

la Communauté Européenne a adopté en 1993 une directive relative à la restitution des biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un Etat membre⁶ (transposée en droit français par la loi 95-877 du 3 août 1995);

enfin la convention de l'Institut International pour l'Unification du Droit Privé (UNIDROIT), adoptée à Rome le 29 Juin 1995, a pour objectif d'imposer aux Etats parties des règles communes sur les questions de restitution des biens culturels .

Le 11 avril 2000, un accord officiel de coopération a également été signé entre le conseil international des musées (ICOM)⁷et Interpol⁸ (Organisation Internationale de Police Criminelle). Interpol est un élément clé dans la lutte contre le trafic des œuvres d'art volées. L'organisation a ainsi créé fin 1997 au sein de son groupe « objets d'art » une cellule « contrefaçon ». Elle diffuse des fichiers d'informations relatifs aux infractions et

⁵ *United nations educational, scientific and cultural organization*. Institution spécialisée de l'ONU, 184 états en sont membres. Cf. : <http://www.unesco.org>.

⁶ Directive 93/1/CEE du Conseil du 15 mars 1993 (*JOCE* du 27 mars 1993).

⁷ *International Council of Museums*. Cf. : <http://nic.icom.org>.

⁸ organisation intergouvernementale de 177 pays membres créée en 1923 dont la mission est d'encourager et d'aider la coopération entre les services de police.

aux objets d'art volés. Au niveau européen, Europol assure à l'échelle de l'union Européenne un système d'échanges d'informations.

Une telle multiplication d'instruments internationaux en la matière reflète l'échelle frappante du trafic illicite de l'art.

5. Pourtant la *notion de « trafic »* n'est pas aisée à définir, son interprétation est délicate pour une double raison. Tout d'abord elle déborde la notion de vol. Le trafic d'un objet volé est par définition illicite, en raison de l'origine de l'objet. Mais il se peut qu'il y ait trafic illicite sans vol préalable. C'est ce qui se produit par exemple quand un bien culturel est exporté par son détenteur légitime en violation d'une législation nationale, ou encore quand une œuvre d'art est détournée au moyen d'une infraction pénale. Le trafic qui résulte de ces opérations irrégulières devient du même coup illicite.

Autre difficulté, le trafic illicite a très fréquemment un caractère international, pour des raisons d'écoulement de la marchandise et parce que le marché mondial est le plus porteur en termes d'acquéreurs potentiels et de profit. Enfin le franchissement des frontières s'explique par le fait que la répression devient plus difficile lorsqu'elle se conjugue d'un élément international. Les trafics d'art mettent à profit les différences juridiques et économiques existant d'un pays à l'autre.

Mais ces difficultés s'accroissent aujourd'hui avec le développement des *nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC)* et laisse place à un nouveau trafic. Le Web (World Wide Web) est, avec la messagerie électronique, l'application la plus importante de l'Internet. A partir de la navigation web, une infinité de services a été développée. L'internaute peut naviguer grâce à un logiciel client, le navigateur, implanté dans son poste de travail et qui permet d'accéder à distance à des serveurs web. Les documents accessibles sont des hyperdocuments, cela signifie qu'ils sont conçus, structurés et formatés de manière à en permettre une lecture non séquentielle, en fonction de balises et de liens déterminés à leur conception. En activant un lien, on accède à une autre partie de document ou à un autre document, situé ou non, sur un ordinateur distant. Le déplacement se fait alors de site en site en activant ces hyperliens.

Le risque qui naît de ces nouvelles technologies est celui de l'information circulant de façon quasi invisible et sans contrôle, celui de rapprochements intempestifs, d'échanges illicites de données ou de mise à disposition d'un patrimoine violé, voire du libre accès à tous des œuvres mises en ligne, ces dernières pouvant alors être travaillées arbitrairement.

Les nouvelles technologies de l'information bouleverse la donne.

En effet les infractions traditionnelles appréhendaient le trafic dit « classique » car matériel, physique. Mais à l'heure où les oeuvres voyagent à grande vitesse sur les « autoroutes de l'information » les qualifications susceptibles d'appréhender leur traitement doivent-elles être repensées ?

Si l'élément matériel des infractions de vol, faux, recel ou escroquerie étaient définissables par simple référence aux textes par une interprétation stricte, qu'en est-il lorsqu'il se « dématérialise » ?

Avec l'avènement des nouvelles technologies les œuvres elles-mêmes sont renouvelées, nous pouvons alors nous demander si le trafic demeure le même ?

Les œuvres demeurent œuvre, mais l'art a évolué. L'informatique est au service du créateur, les créations sont numériques ou numérisées, désormais l'on achète ou l'on copie un tableau comme on réserve un billet de train.

Quelles réponses notre droit positif peut-il apporter à ce nouveau mode de circulation des œuvres ?

Les incriminations pénales, tant générales que celles spécifiques à la protection des biens culturels, et leur application par les tribunaux démontrent l'efficacité de notre droit pénal. Cette efficacité n'est pourtant que toute relative. Elle s'entend dans une logique matérielle. Or le trafic prend de nouvelles formes, l'œuvre est renouvelée, l'ère de l'information a commencé.

6. Le droit pénal est bouleversé par la nouvelle donne qu'est l'immatériel.

A l'ère du numérique les infractions se dématérialisent et une nouvelle forme de délinquance apparaît : la « cybercriminalité » en est l'une des facettes.

Notre droit pénal doit relever le défi de l'adaptation, voire de la mutation.

Partons de la définition du trafic plus connu de stupéfiants afin d'établir celle du trafic d'œuvres d'art.

Selon l'article 222-34 du code pénal, le trafic de stupéfiants est « le fait de diriger ou d'organiser un groupement ayant pour objet la production, la fabrication, l'importation, l'exportation, le transport, la détention, l'offre, la cession, l'acquisition ou l'emploi « illicite » de stupéfiants ».

Ainsi, si un trafic peut se définir comme la circulation illicite, prohibée, clandestine de marchandises, si l'œuvre d'art à l'heure des nouvelles technologies n'est plus qu'une

donnée, une information qui « circule » sur les réseaux, enfin si l'illicéité découle de toute atteinte (fabrication, transport, détention, offre, cession...), alors une œuvre qui circule sans droit sur les réseaux ou en violation d'un droit quelqu'il soit – notamment droit d'auteur- caractérise cette illicéité.

N'y-a-t-il pas dès lors un nouveau trafic via les réseaux ?

Celui de la circulation numérique par télécommunication de l'information « œuvre d'art ». Autrement dit le seul fait qu'une atteinte soit portée à une œuvre qui circule sur le réseau rend cette circulation illicite et caractériserait le « trafic ». Il y a en outre ici clandestinité puisque le réseau est opaque et son contrôle difficile.

Dès lors que l'œuvre d'art n'a plus de support matériel, qu'elle emprunte des formes virtuelles, qu'elle circule sur des réseaux et qu'elle n'est plus qu'une donnée numérisée parmi tant d'autre sur la Toile, nous pouvons nous interroger.

7. Savoir ce qu'elle est : *l'œuvre d'art est renouvelée (I)*, elle devient information. En tant que telle elle subit des traitements qui nous poussent à repenser le trafic.

En outre si le droit pénal appréhende le trafic des œuvres d'art de façon classique, qu'advient-il de ces nouveaux modes de trafics qui sont nés des réseaux ? Poser la question de la *mutation du droit pénal (II)*, c'est se demander en définitive comment l'immatériel bouleverse le droit pénal .

I. L'ŒUVRE D'ART RENOUVELEE

Les nouvelles technologies de l'information et de la communication sont un nouveau mode d'expression pour les artistes, mais supposent une remise en cause des postulats. L'œuvre, dans le monde numérique, devient une suite de couples binaires stockés dans des bases de données. Elle est une « donnée », une information (A).

Certains⁹ considèrent que l'œuvre d'art est plus que cela. Bien évidemment l'œuvre d'art comprend une dimension personnelle intrinsèque, elle est personnalité de l'auteur rendue chose, elle transcende son support et devient au-delà de son contenant, autonome. Mais quoiqu'il en soit, une fois numérisée, l'œuvre n'est plus qu'information prenant la forme de données brutes.

L'œuvre immatérielle dans le monde digital bouleverse la donne, les formes du trafic se renouvellent, l'information offre des possibilités jusqu'alors inconnues, le traitement des œuvres peut varier à l'infini. Les nouveaux trafics (B) impliquent de nouveaux risques, donc de nouveaux défis.

A. L'œuvre d'art est une information

Les termes d' « œuvres virtuelles » et œuvres numériques sont devenus courant dans le monde de l'art. Mais quelle réalité découvrent-ils ? Il faut distinguer l'œuvre matérielle reproduite de façon numérique sur l'internet, et celle créée ab initio par les moyens de

⁹ Notamment A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, édition Litec.

l'informatique, appelée « œuvre virtuelle ». L'œuvre matérielle qui circule sur le réseau par reproduction peut tout autant être l'objet de manœuvres illicites puisque ce qui est en cause est alors moins le support que la création elle-même.

Mais quelques soient les distinctions il est désormais indéniable que les liens entre l'Art et le cyberspace¹⁰ sont irréductibles. L'information est une donnée brute, un fait juridique qui circule librement sur les réseaux. Peut-on cantonner l'œuvre à une information lorsqu'elle est sur un réseau ?

1. Les nouvelles œuvres

- le « cyber-art »

En 1996, la première vente aux enchères d'une œuvre d'art numérique « Parcelle/Réseau » a eu lieu à l'Hôtel Drouot. L'œuvre était visible par connexion directe sur internet. Son auteur Fred Forest, pionnier de l'art-vidéo et du cyber-art, l'a référencée et signée sur son site.

Cette vente, retransmise en directe sur internet, est la première vente mondiale aux enchères publiques d'une œuvre virtuelle.

Les acquéreurs reçoivent des mains du commissaire-priseur une enveloppe contenant le mot de passe leur permettant de « déverrouiller » l'accès à un site « web » sur lequel l'œuvre est exposée.

Elle devient alors propriété des collectionneurs-acquéreurs qui reçoivent sous enveloppe scellée le code secret leur permettant d'avoir accès exclusif à l'œuvre sur l'internet.

L'originalité ici tient au fait de vendre une œuvre sans support matériel et sans existence légale. Cette œuvre en effet n'existe que quelque part sur la Toile, sur une URL¹¹ que les acquéreurs sont les seuls à connaître aujourd'hui et à pouvoir changer.

Fred Forest a abandonné tous ses droits de reproduction sur l'œuvre au profit de l'acquéreur.

¹⁰ Terme utilisé pour la première fois par William Gibson dans son roman *Neuromancien*.

¹¹ *Uniform Resource Locator (URL)* : adresse sur le réseau. L'URL se compose d'un protocole (ex : http), suivi de « // » puis un nom de serveur, puis un « chemin » vers une page.

Cette expérience pose la question des formes de création liées aux nouvelles technologies de communication mais suggère aussi de nouveaux modes de diffusion pour les œuvres d'art. Ainsi les créations assistées et créations numérisées : les techniques numériques génèrent des œuvres d'un nouveau type, pour autant le changement existe-t-il dans les conséquences ?

Les créations « assistées » ou « générées » par ordinateur ont suscité des débats sur la nature de l'œuvre ainsi créée. Monsieur Lucas rappelle pourtant que c'est toujours une personne physique qui est à l'origine de l'œuvre résultante¹².

- la « cyberculture »

L'art numérique, virtuel ou « cyber-art » est l'ensemble des nouveaux genres artistiques générés par les nouvelles technologies. La particularité de cet art nouveau est l'interactivité et la participation de ceux qui le lisent, qui le reçoivent. Il s'agit d'une véritable co-production de l'œuvre. En effet le « spectateur » intervient directement dans la lecture de l'œuvre : il l'affiche, l'édite, l'imprime. L'œuvre virtuelle est « ouverte »¹³.

Mais quelle est l'incidence du numérique sur la production artistique ?

La « société de l'information » s'est vue consacrer un Livre vert par la Commission des Communautés européennes. Elle est Internet et au-delà tous les réseaux numériques, y compris les réseaux fermés (« Intranet ») et les supports numériques tels CD-ROM, DVD et autres.

L'environnement numérique a permis ce qu'on appelle la « révolution numérique », c'est-à-dire la possibilité de convertir n'importe quel type d'information en format numérique et de « compresser » les données ainsi obtenues pour les stocker et les faire circuler. Les techniques numériques permettent de faire circuler les œuvres sur toute la planète, la « volatilité¹⁴ » des œuvres menace l'effectivité de leur protection.

- le marché de l'art et l'internet

¹² A. Lucas, *Le droit de l'informatique*, PUF, Thémis, 1987, n. 276.

¹³ Pierre Lévy, Professeur à l'Université de Paris VIII, in « Le deuxième Déluge », rapport sur la cyberculture, Conseil de l'Europe, 1996.

¹⁴ A. Lucas ; *Droit d'auteur et numérique*. Ed. Litec.

L'œuvre d'art est entrée dans une nouvelle ère : l'ère du marché virtuel. Internet est un réseau mondial.

Comment passer à côté d'une telle place ? Le commerce de l'art était déjà florissant mais avec l'internet les grandes villes leader des cotes se délocalisent. La vente est planétaire, le marché de l'art en pleine expansion profite de l'outil incommensurable qu'est le réseau pour, à son tour, entrer dans le « *e-business* ».

Les œuvres d'art ont une nature particulière et universelle et s'inscrivent parfaitement dans un contexte de marché international. L'œuvre d'art est visuelle, elle est parfaitement adaptée à Internet dont la fonction première est de diffuser l'image.

Il existe donc bien une relation étroite entre Art et Internet. L'on peut constater un développement des sites Internet qui traitent des œuvres d'art, certains sont informatifs, d'autres deviennent de véritables boutiques ou galeries virtuelles.

Les sites de vente d'œuvres d'art ont révolutionné le marché de l'art. « La toile est la vitrine mondiale de l'art »¹⁵. Pour les objets courants de l'art, tels livres, objets de collection divers, lithographies...), Internet est un outil de vente et de transaction ; concernant enfin les œuvres « haut de gamme », Internet peut être le moyen d'annoncer une vente aux enchères.

Mais sur Internet, plus encore que dans le monde physique, où il y a commerce, il y a risque de fraude : chaque fois qu'il y a transaction, échange, la tentation est grande (et d'autant plus quand le marché est virtuel) de vouloir échapper aux normes.

Le marché de l'art reste encore attaché à une certaine confidentialité. Et non seulement Internet offre cette confidentialité mais bien mieux encore la clandestinité.

Le réseau permettrait-il d'abolir les frontières auxquelles les ventes physiques ne pouvaient échapper jusqu'à la réforme des ventes publiques aux enchères du 10 Juillet 2000¹⁶ (les maisons de vente étrangères se voyaient imposer le monopole des commissaires-priseurs français).

Plusieurs types de sites peuvent susciter de nouveaux trafics, ainsi en est-il de certains sites de courtage aux enchères¹⁷ qui proposent des ventes par courtage aux enchères d'objets de collection par exemple. En réalité ce sont des enchères virtuelles : le vendeur dépose sur le site la photographie du bien à vendre ainsi que ses caractéristiques et l'acheteur potentiel surenchérit jusqu'à une date fixée. Puis le site met en relation le

¹⁵ F. Bouglé, *L'art et la gestion de patrimoine*, éditions de Verneuil.

¹⁶ Loi n° 2000-642. *Ventes volontaires de meubles aux enchères publiques*.

¹⁷ ex. : www.ebay.com; www.ibazar.fr; www.aucland.fr...

vendeur et le plus offrant. Il n'y a pas d'intervention de tiers dans la vente, mais simple mise en relation par le propriétaire du site moyennant paiement d'une commission.

Le risque pourtant est que, lors de la transaction, l'acheteur ne voit pas réellement l'œuvre, de nombreux litiges peuvent s'élever dans la pratique car rien ne garanti l'authenticité. En outre, la loi du 10 Juillet 2000 ne s'applique pas pour ce genre de transaction (sauf pour les ventes de biens culturels qui nécessitent l'agrément du Conseil des ventes).

Des sites de ventes aux enchères¹⁸ proposent quant à eux réellement des œuvres et objets d'art à vendre dans le cadre d'une vente aux enchères par internet. Le plus souvent il s'agit d'une société de vente aux enchères qui a créé un site internet en complément de son activité principale. Sotheby's, qui s'est associée à Amazon, a par exemple créé un véritable site de vente aux enchères par internet de biens rares et précieux.

Ce type de site, à l'inverse du premier est soumis à l'agrément du Conseil des ventes aux enchères. Les risques sont donc minimisés mais non exclus.

Enfin ce qui est probablement véritablement l'avenir des enchères en ligne, sont les sites de diffusion des ventes aux enchères¹⁹ qui permettent de visionner en direct les ventes qui se déroulent dans une salle des ventes ou à Drouot. Par le biais d'une webcam, ils permettent de visiter la salle puis de suivre les ventes aux enchères réelles sans être vu et en gagnant du temps.

Au vu du catalogue ou de la visite virtuelle, l'internaute, s'il est intéressé par une œuvre, peut aller physiquement la voir à l'exposition. S'il veut l'acheter, il lui suffit alors de s'inscrire sur une liste pour participer à la vente via Internet. S'il l'achète il versera une commission supplémentaire au site.

Cette pratique favorise la confidentialité de l'acheteur mais permet aussi une analyse réelle de l'œuvre. L'authenticité peut ainsi être préalablement contrôlée et limite ainsi les risques de fraude.

En définitive, acheter ou vendre sur Internet requiert non seulement un savoir-faire mais également beaucoup de prudence et d'attention car pour le moment aucun système de garantie fiable n'a été mis au point pour les œuvres d'art proposées sur la Toile.

A l'heure du numérique serait-il encore essentiel de voir une œuvre d'art réellement ?

Il semble que c'est la garantie d'un choix pertinent.

¹⁸ ex. : www.sothebys.com

¹⁹ ex : www.eauctionroom.com

Malgré tout, l'Internet se développe considérablement et dans la perspective d'un marché mondial, il est l'outil qui permet de faciliter les échanges d'informations et de transactions. La libéralisation des échanges via le net va accroître la demande et l'offre d'œuvres d'art et donc multiplier les risques de transferts illicites opaques.

2. La société de l'information

Le paradoxe actuel est que l'ère de la communication, qui se veut un monde dans lequel les réseaux permettent l'échange et l'interconnexion, est aussi l'ère du profit.

On communique, on échange mais le partage n'est pas gratuit. Les réseaux sont un marché à l'échelle planétaire et ce qui est dans le monde matériel se retrouve dans le monde virtuel. Rien n'est gratuit et tous les accès se paient. Les informations sont des marchandises et les œuvres d'art des informations. Le marché de l'art existe et demeure. Délocalisé géographiquement, il existe partout à la fois sur les réseaux.

Ce marché qui ne parvenait pas physiquement jusqu'aux pays les plus éloignés ou les plus pauvres, ne connaît désormais ni frontière, ni distance.

- le « monde de l'accès »

L'enjeu de notre propos est de démontrer que l'œuvre qui circule sur l'Internet est entrée dans le « monde de l'accès ». Comme toute information ou toute donnée qui circule sur les réseaux, elle est devenue objet de traitement d'autant plus évident que son support est accessible à tous. A nouvelle œuvre, nouveaux trafics. Comment se manifestent dès lors le « trafic de la nouvelle génération » ?

De nouveaux risques apparaissent, de nouveaux défis aussi.

Internet a permis l'explosion d'une nouvelle forme de criminalité, en France l'on peut constater que le droit positif permet de répondre de façon relativement satisfaisante au souci de sécurité juridique.

Mais il est vrai que l'Internet véhicule des informations de façon « sauvage ». L'Internet met à disposition des créations (œuvres photographiques, œuvres graphiques notamment).

Les nouvelles technologies permettent de stocker des données distinctes sur un même support. L'exemple du *multimédia* est caractéristique. Ainsi le fait d'intégrer dans un CD-rom culturel une œuvre d'art dépeinte dans un contexte dépréciatif accompagnée de sons choisis arbitrairement peut porter atteinte à l'œuvre d'un point de vue moral sur le fondement du droit d'auteur.

Peut-on alors considérer que l'atteinte au droit de l'auteur qui circule via les réseaux devient « trafic » ?

Si le trafic est circulation clandestine et illicite, tout fait quelconque illicite qui circule dans un réseau devient trafic, puisqu'alors le « groupement » est le public interconnecté à tout moment. Alors les pirateries musicales, les copies numériques de logiciels et autres, dès lors qu'elles circulent sur le Net incarnent le trafic.

L'Internet permet la reproduction en grande série à un niveau de qualité de l'image tel qu'il favorise cette piraterie.

- la démultiplication des oeuvres

Se pose le problème de la multiplication d'utilisations non autorisées des œuvres, du contrôle impossible de l'usage des œuvres, de leur utilisation par fragment qui porte atteinte à l'œuvre dans son entier, la fixation de l'œuvre est dématérialisée et délocalisée. Le « pays de l'œuvre » devient une notion désuète : le support peut se situer quelque part mais l'œuvre circulée autour de la planète.

Plus loin l'œuvre créée de façon numérique aura vocation à être mondiale. Le support matériel de l'œuvre disparaît, sinon se raréfie.

Les œuvres d'art ont vocation à subir des altérations. « Au regard des objets immatériels en circulation, les nouvelles techniques de traitement de l'information et de la communication ont une incidence déterminante dans la formation de l'illicite »²⁰.

B. Les nouveaux trafics

²⁰ M. Barré, Maître de conférence à l'Université de Bourgogne, in « *L'illicite dans le commerce international* » - colloque CREDIMI (Centre de Recherche sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux), 1996.

Les délinquants se sont rapidement adaptés et ont compris les avantages présentés par le monde virtuel. En effet la rapidité d'exécution des instructions réalisées à la vitesse électronique, la confidentialité assurée grâce au cryptage des données numériques et l'immatérialité des transactions qui protègent l'anonymat ne peuvent que favoriser le crime organisé.

De nouvelles pratiques délictuelles liées aux nouvelles technologies de l'information et de la communication sont apparues. Comment le droit pénal relève ces nouveaux défis alors qu'Internet échappe à tout contrôle centralisé ?

1. les nouveaux risques : la criminalité informatique.

« L'évolution des mœurs et des techniques donne matière à de nouvelles formes de délinquance »²¹. L'émergence de l'ère informatique a ainsi donnée naissance à de nouveaux comportements délinquants, difficiles à appréhender et marqués du sceau de l'immatérialité.

Malgré toutes les difficultés techniques propres à ce domaine, une classification de la criminalité informatique semble possible. Telle que proposée par David L. Carter²², professeur au département de justice pénale de l'Université de l'Etat du Michigan, elle tend à établir une distinction nette en fonction de l'utilisation faite de l'ordinateur.

Soit il est utilisé par le délinquant comme outil d'un crime « conventionnel » (délicts qui, tels la contrefaçon ou l'escroquerie en ligne, sont réprimés aussi hors du domaine propre à l'informatique).

Soit l'ordinateur est la cible visée par le criminel (vol d'information par exemple qui relève de la cybercriminalité et ne saurait lui-même prospérer sans l'existence du système informatique).

De nouveaux comportements délictueux en rapport avec les œuvres exploitées par le biais des réseaux doivent être confrontés au droit pénal classique.

²¹ J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, 1978 p.401.

²² David L. Carter, *Computer Crime Categories : How Technico-Criminals Operate*, *FBI Law Enforcement Bulletin*, 1992.

L'œuvre numérisée est facilement accessible, par simple « copier/coller », ce que les copistes s'efforçaient de faire devient un acte à la portée de tous.

La reproduction de l'œuvre se fait aujourd'hui avec une grande facilité.

En outre cette reproduction peut n'être que partielle, chaque œuvre est alors parfaitement démontable, l'utilisateur choisit les morceaux qu'il souhaite, leur taille et peut même recomposer ce qu'il veut à partir de l'œuvre démantelée.

- L'œuvre « clonée »²³

Le numérique permet la reproduction de l'œuvre à l'infini, sans altération aucune de chaque copie. La reproduction à l'identique devient clonage. De plus l'internet, réseau planétaire rend l'œuvre si volatile que sa localisation devient impossible autant que sa différenciation de l'original.

Le risque naît du fait que les nouvelles générations sont moins attachées au support de l'œuvre qu'à l'œuvre elle-même. Peu importe le contenant, seul compte le contenu, si facilement stockable dans la mémoire de l'ordinateur. Et ceci est d'autant plus vrai lorsque l'œuvre a été créée ab initio sur le réseau, si l'œuvre est née numérique, son support est le réseau même.

« Si la mémoire d'ordinateur tend à devenir le support universel de l'œuvre, la présentation de l'œuvre tend à s'uniformiser : la magie du numérique réside précisément dans cette capacité à réduire le multimédia à l'« unimédia »²⁴.

La banalisation du support numérique tend à la dispersion des œuvres, le contrôle de leur utilisation et de leur flux deviennent alors de plus en plus difficile.

L'œuvre fait naître des droits sur la tête de son créateur : celui de la représenter et celui de la reproduire notamment.

« La représentation (de l'œuvre) consiste dans la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque » (art. L. 122-2 CPI)

Quelques décisions ont traitées du droit de représentation et d'Internet : le tribunal de commerce de Paris, par ordonnance de référé du 3 Mars 1997²⁵, a interdit la distribution sans droit de logiciels en ligne.

²³ G. De Broglie, *Le droit d'auteur et l'internet* ; PUF.

²⁴ G. De Broglie. déjà cité.

²⁵ T. com. Paris, réf., 3 Mars 1997, *JCP éd. G*, 1997, II, n°22840, note Olivier et Barbry)

La cour d'appel de Paris, le 20 Janvier 2000, a condamné une personne qui proposait à la vente des logiciels contrefaits sur Internet via des groupes de discussion et un site web personnel ; cette affaire de contrefaçon a pu être qualifiée de « véritable réseau de contrefacteurs ». Il est en l'espèce bien question d'un « trafic » de la nouvelle génération. Ce qui vaut pour les logiciels vaut a fortiori pour les œuvres d'art, une œuvre numérisée créée à partir d'un logiciel peut alors par exemple parfaitement être piratée de la sorte.

« La reproduction (de l'œuvre) consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte » (art. L. 122-3 CPI). L'artiste est seul maître de la communication de son œuvre, et peut donc s'opposer à toute reproduction non autorisée.

L'œuvre est communiquée à celui qui en fait un usage, même temporaire, « pour voir ». Ainsi celui qui imprime sur papier une image numérique créée sur ordinateur.

Reproduire l'œuvre sur un support autre est une contrefaçon, ainsi en est-il de la numérisation. A l'inverse de l'exemple précédent, c'est le cas de celui qui photographie une œuvre d'art et la numérise pour la mettre en ligne.

Jusqu'à présent les affaires pour lesquelles les tribunaux se sont prononcés sont relatives à des numérisations de textes écrits ou des compressions de fichiers musicaux par MP3 (Motion Picture Experts Group Audio Layer 3), mais encore ici ce qui vaut pour un texte vaut a fortiori pour une image (un tableau ou un dessin, ou une œuvre informatique).

D'autant plus que la doctrine majoritaire s'accorde à refuser un droit de citation pour les œuvres d'art, alors que cette exception joue pour les écrits.

Enfin au nombre des droits pécuniaires de l'auteur d'une œuvre existe le droit de suite accordé à l'artiste et ses ayants droit sur le produit des ventes ultérieures de l'œuvre d'art graphique ou plastique. C'est un « intéressement » de 3% unifié désormais dans l'Union Européenne qui suit les transactions sur l'œuvre lorsqu'elles sont le fait de ventes publiques ou par le biais d'un commerçant. Alors qu'en est-il des ventes par le net ? Il suffira de déterminer le statut du vendeur et d'appliquer les règles de droit international privé en matière de commerce électronique si l'on est hors Union Européenne.

- l'œuvre « désagrégée »

L'œuvre dématérialisée offre un éventail de possibilité pour travailler avec ou sur l'œuvre. Le numérique permet la création commune d'œuvres « en réseau » par plusieurs artistes (« Afrique virtuelle », www.olats.org), des expositions en ligne (par exemple, Art Entertainment Network du Walker Art Center de Minneapolis (www.walkerart.org) ou les œuvres interactives, comme le Verbarium de Christa Sommerer, visible dans la galerie virtuelle de la Fondation Cartier (www.fondation.cartier.fr)²⁶.

La souplesse de l'œuvre numérisée est sa principale faiblesse, la technique permet la copie et la transformation de l'œuvre.

Le risque évident est celui de l'appropriation pure et simple de l'œuvre en la téléchargeant. Alors que celui qui se promène dans une galerie d'art scrute, observe, ressent la toile ; l'internaute ou l'utilisateur du réseau la fait sienne.

Internet et le numérique permettent l'accès à l'œuvre, à l'information à un coût minime. L'œuvre immatérielle car virtuelle, ou immatérialisée car mise en ligne par reproduction sur le réseau est « téléchargée », c'est-à-dire techniquement importer par voie de télécommunications, les données numériques et les recopier intégralement sur la mémoire de l'ordinateur. L'œuvre est alors « physiquement » présente, certes sous forme numérisée, mais utilisable à volonté.

2. Les nouveaux défis

Quelles solutions envisagées face à ces nouvelles formes de trafic ?

Concernant le droit pénal les incertitudes sont multiples et tendent tant à la détermination d'un régime unifié de responsabilité des différents acteurs, qu'à l'application du droit pénal spécial aux réalités techniques.

Le droit commun offre des possibilités certaines.

Lorsqu'il s'agit de trafic classique, c'est-à-dire le trafic physique qui consiste à soustraire des objets d'art, ou à les dissimuler aux autorités, à les faire transiter sur les territoires voisins sans autorisation ; le droit pénal tel qu'il existe dans le Code pénal et des textes spéciaux s'applique.

²⁶ Cité par *Le Monde* 23 Février 2000

Ainsi les juges retiennent les qualifications de recel, vol, abus de confiance²⁷, escroquerie, faux... mais n'utilise que très rarement le terme de « trafic » qui renvoie à une opération particulière : celle de circulation de biens, de marchandises, en l'occurrence les œuvres d'art, par un commerce illégal et clandestin.

- *le droit commun appliqué aux œuvres d'art*

(i) le recel d'œuvre d'art

Le fait pour un directeur de galerie d'exposer un « tableau d'un peintre flamand qui provenait d'une collection composée de plus de trois cents toiles dérobées en France par l'occupant en Avril 1943, alors que la collection avait une réputation mondiale que le marché de l'art ne pouvait ignorer et que plusieurs ouvrages de référence, connus des professionnels et accessibles à tous, mentionnaient la toile litigieuse comme faisant partie des œuvres spoliées pendant la guerre et non retrouvées »²⁸, que le directeur de la galerie(...) connaissait le vol de la toile litigieuse. La mauvaise foi du receleur était établie. Pourtant pour les juges il n'est jamais question ici de trafic.

Le recel provient ici de toiles volées²⁹, mais il peut naître de toiles contrefaites.

Par exemple le commissionnaire en tableaux qui met en vente sciemment des œuvres picturales revêtues de la fausse signature de Henri Matisse³⁰.

L'infraction de contrebande réprimée par le Code des douanes peut être le fondement des poursuites lorsqu'un bien culturel sort du territoire national à destination d'un autre Etat, sans passage en douane. Ainsi le cas de tableaux de maîtres destinés à être vendus publiquement à Londres qui furent dissimulés à la douane constitue le délit de contrebande de marchandises prohibées³¹.

(ii) l'escroquerie d'œuvre d'art

²⁷ voir l'organisateur d'une exposition qui détourne au préjudice d'un artiste-peintre des œuvres qui lui ont été confiées en vue de leur exposition et de leur vente : Crim. 23 Mars 1987, Gaz. Pal Rec. 1988 som. p. 4

²⁸ Crim. 4 Juin 1998. *Rec. Dalloz* 1998 IR p.221

²⁹ voir aussi pour vol et recel de gouaches : Crim. 13 Décembre 2000, *bull. crim.* n°7557

³⁰ Crim. 6 Mai 1981. *Rec. Dalloz Sirey* 1982 p.48

³¹ Crim. 14 Novembre 1996, *Bull. Crim* n° 410

En matière d'escroquerie, l'arrêt Giacometti est caractéristique³².

L'information judiciaire avait relevé l'existence de trois filières concernant la reproduction des œuvres de Giacometti. Apparaissait l'existence d'un circuit financier concernant la vente de bronzes à vil prix qui confirmait un trafic clandestin. Les juges avaient d'ailleurs relevé une « *volonté de dissimulation commune* à tous les intéressés », et que se dégageait « un *sentiment de concertation* entre personnes gravitant dans le même monde et voulant se protéger mutuellement et cherchant à tout prix à ce que la *connexité des infractions* ne soit pas établie ».

Cet arrêt est d'un apport intellectuel incontestable, il dresse en quelques lignes les caractéristiques d'un trafic³³, en l'espèce une « filière dite parisienne » de trafic d'œuvres contrefaisantes recélées.

Ainsi le trafic suppose :

- des infractions connexes
- une concertation
- une volonté de dissimulation commune à tous les intéressés

Le caractère clandestin du trafic rend sa pénétration difficile, évidemment il est rare qu'une infraction se réalise autrement mais le trafic a cela de dérangeant qu'il est difficile à établir car il faut prouver la connexité entre plusieurs infractions, et l'opacité (la dissimulation) des transactions rend compliqué l'établissement de la filière.

Mais qu'en est-il des nouveaux trafics ? Dès l'instant où la circulation de l'œuvre se fait par le biais de réseaux de télécommunications, que l'œuvre devient une simple information qui circule sur l'internet, est-il aussi aisé d'appliquer le droit pénal ordinaire ? Alors que les trafics illicites physiques sont déjà clandestins et dissimulés, comment parvenir à détecter puis à localiser le trafic virtuel ?

(iii) la contrefaçon d'œuvre d'art

Si le nouveau trafic est celui de la reproduction non autorisée des œuvres, de leur altération, de leur manipulation, le délit en cause est alors celui de la **contrefaçon**.

La contrefaçon est définie par le Code de la propriété intellectuelle à l'article L. 335-2 comme « toute édition d'écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de

³² Crim. 19 Janvier 2000, *Bull Crim* n° 624

³³ voir aussi pour un trafic d'œuvres d'art provenant d'un pillage d'épaves sous-marines appartenant à l'Etat : Crim. 2 Avril 1998, *Gaz. Pal. Rec 1998 ch crim J n° 251* 8 Sept. 1998 p. 134 note Doucet

toute autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est une contrefaçon ; et toute contrefaçon est un délit. » Et l'article L. 335-3 : « Est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi. »

Le trafic moderne est la contrefaçon : désormais le faux est la copie numérique, le recel est la mise en mémoire, le vol est reproduction, édition...

Dans le monde virtuel, le trafic est contrefaçon.

- la spécificité du numérique

Le support est l'œuvre dans l'ère du numérique, mais l'œuvre d'art existe telle détachée de son support ? La création, certes, existe. Elle fait naître des droits sur la tête de l'artiste, mais l'œuvre incorporée dans son support ?

L'article L. 111-3 du Code de la propriété intellectuelle prévoit bien que : « La propriété incorporelle (...) est indépendante de la propriété de l'objet matériel. »

Dès lors pouvons-nous nous demander si le trafic implique circulation du support ou de la création ? Autrement dit, dans le monde physique, l'œuvre d'art coïncide avec son support, par exemple une toile de Picasso volée porte atteinte tant au propriétaire du tableau qu'aux ayant-droits du peintre.

Mais cela devient plus difficile si ce qui circule est la photographie du tableau de Picasso, y-a-t-il alors trafic ?

Il y a certes atteinte aux droits des ayant-droits de Picasso s'ils n'ont pas autorisé la reproduction du tableau par photographie, mais y-a-t-il un quelconque trafic pour le propriétaire du tableau, du support ? S'il n'y a pas dépossession, il n'y a pas de circulation possible, donc le propriétaire ne peut pas se plaindre.

Il y a tout au plus une atteinte à l'image de son bien, selon les dernières décisions de la Cour de Cassation relative à l'image des biens³⁴. A condition que l'exploitation des images porte un trouble certain à la jouissance du propriétaire.

³⁴ 1^{re} civ. 2 mai 2001, *JCP 2001*, II, 10 553, obs. C. Caron.

Poussons le raisonnement plus loin, le photographe qui peut, à son tour, prétendre à des droits sur sa photographie, sous condition d'originalité, pourrait-il prétendre à un trafic de son œuvre ?

Il semble qu'il faille répondre dans l'affirmative.

Il ressort de ces quelques observations que le trafic implique d'une part une atteinte aux droits du propriétaire et/ou du créateur, et d'autre part circulation de l'œuvre *quelque soit son support*.

Ainsi la photographie du tableau de Picasso numérisée et mise en ligne mettra en cause les prérogatives des ayant-droits qui doivent autoriser la reproduction par photographie, et si la photographie est « originale », celle du photographe, sinon encore celle des ayant-droits. Par contre le propriétaire du support, c'est-à-dire du tableau peut interdire cette reproduction. Il a donc un pouvoir sur l'œuvre par le biais du support.

Reste à savoir si les trafics de la nouvelle génération (copie, modification, travail sur l'œuvre...) changent la donne. Il semble pourtant que le trafic, au sens de circulation des œuvres, ait considérablement augmenté. En effet, si l'on considère que les œuvres mises en ligne indépendamment de leur support sont susceptibles de circuler mondialement sur les réseaux, d'être recopiées à l'infini, transformées, éditées... alors le trafic est non seulement incroyablement étendu, mais aussi très difficilement contrôlable.

(i) La copie privée numérique

Aujourd'hui avec les systèmes informatisés, la notion de copie peut être conservée. Ainsi la représentation d'une œuvre sous forme lisible par l'ordinateur peut être qualifiée de copie. Les ordinateurs peuvent être reliés entre eux pour former un réseau et internet permet la connexion de plusieurs millions d'ordinateurs entre eux à l'échelle planétaire. Dans le cadre d'un tel réseau, des signaux peuvent être transmis. Un signal peut représenter une lettre, un nombre, un code décrivant un pixel (élément d'image) de l'écran, en couleur...

Ces données sont la représentation d'un tableau, d'une œuvre littéraire ou autre.

L'ère du numérique a pour caractéristique de démultiplier le nombre et l'utilisation des œuvres. Les réseaux sont exploités sans tenir compte des frontières, donc des législations

nationales ou européennes. Le réseau existe en dehors de toute idée de territoire, de limitation géographique, le réseau internet est accessible par tous et de partout.

L'ère numérique multiplie les possibilités de distribution et d'utilisation, donc de circulation des œuvres, sans que les contrôles mis en place au niveau national puissent fonctionner.

La numérisation est donc un risque grave et un facteur qui accentue la préoccupation des artistes par le fait de la dématérialisation.

Certes pour certains artistes Internet est le lieu de la liberté, l'accès à l'Art, l'ouverture des esprits sur le monde et pratiquement un formidable moyen de se faire connaître, d'exposer de chez soi, sans faire appel à une galerie. Internet est la vitrine sur le monde et un espoir pour les jeunes créateurs.

Mais accès n'est pas gratuit, accès n'est pas pillage intellectuel, les artistes veulent protéger leur production. Internet doit les servir, non les desservir.

Or numériser une œuvre, c'est la reproduire sous une forme autre que sa forme initiale (pour les œuvres matérielles *ab initio*), c'est la transformer en une suite de couples binaires. Ainsi une sculpture, une toile ne sont plus que des 0 et des 1. Il ne s'agit plus que de stocker des œuvres dans des bases de données.

Toutefois, l'article L. 122-5 du CPI permet « les copies ou reproduction strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective ».

L'internet est le terrain virtuel d'une nouvelle utilisation des œuvres. Les concepts juridiques et les modes de protection doivent être repensés. Deux objectifs s'affrontent, celui de l'accès universel au savoir et la nécessaire protection des artistes et de leur œuvres. L'intérêt de l'Internet réside dans la possibilité offerte à l'utilisateur de charger sur le réseau ses propres œuvres ; « il en fait don à la communauté virtuelle participant ainsi à l'enrichissement du patrimoine universel³⁵ ».

Internet diffuse le savoir mais en même temps gêne la protection des œuvres. L'environnement numérique se traduit par une dématérialisation, et le développement du commerce d'œuvres sans support. Toutes les œuvres numérisées deviennent fichiers informatiques.

Pour autant, ces œuvres demeurent « œuvres », il n'y a pas de place pour une nouvelle catégorie d'œuvre numérique : « Une œuvre musicale numérisée reste une œuvre

³⁵ G. Guillotreau, *Art et crime*, PUF, 1999, Criminalité internationale.

musicale. Elle ne change pas de nature, pas plus que l'œuvre littéraire exprimée dans le langage de la sténographie ne cesse d'être une œuvre littéraire. (...) Il ne semble pas que l'interactivité, que permettent les techniques numériques, change fondamentalement les données du problème. Certes elle fait jouer un rôle plus actif au consommateur. Il reste quand même qu'au-delà des mots, il y a bien un scénariste, un imagineur³⁶ ».

(ii) la contrefaçon d'œuvres numérisées

Les œuvres numérisées sont prises en compte par la convention de Berne ainsi que le prévoit le Traité de L'OMPI sur le droit d'auteur qui consacre la protection des œuvres diffusées en ligne. Ainsi le droit d'auteur s'applique à l'Internet et la jurisprudence condamne les contrefaçons d'œuvres numérisées

Mais qu'en est-il de notre système répressif ? Comment le droit pénal appréhende-t-il ces nouveaux comportements délictueux ? Est-il adapté à l'environnement numérique ?

Dès les débuts de l'Internet des craintes ont surgi, la matière était technique, à rayonnement planétaire. Ainsi se posaient des problèmes de droit international privé mêlés de droit commercial, de propriété intellectuelle et l'on a même pu entendre que l'Internet était dans le flou juridique, que la matière était nouvelle, que les normes applicables n'étaient pas adaptées... Mais déjà il fût aisé d'affirmer que la propriété intellectuelle s'applique sur l'Internet puisqu'elle s'applique à des objets immatériels dont le statut juridique est indépendant de celui de leur supports matériels. « Ainsi quand un lecteur achète un roman, il ne devient propriétaire que d'un exemplaire imprimé de l'ouvrage, sans acquérir le moindre droit sur l'œuvre elle-même, qui demeure la propriété de l'auteur, et partiellement, celle de l'éditeur (...). Le droit de la propriété intellectuelle protège donc un objet « virtuel »³⁷ ».

Mais Internet donne aussi l'occasion à des utilisateurs de commettre toute sorte d'infractions pénales, nous les avons déjà évoquées : piratage informatique, blanchiment, infractions financières, contrefaçons, diffusion d'images pornographiques ou pédophiles... Ces infractions présentent un caractère international intrinsèque étant donné le caractère universel de l'Internet. En effet tout message ou information illicite émis diffusé sur l'Internet à partir d'un Etat donné est susceptible d'être reçu, lu et vu par les internautes du

³⁶ A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, éd. Litec.

³⁷ B. Warusfel, *La propriété intellectuelle et l'internet*, Editions Flammarion, coll. Dominos, 2001, p.15.

monde entier. Ainsi certains ont pu dire que « la structure d'Internet conduit à l'internationalisation pratiquement obligatoire des infractions pénales³⁸ ».

Or aujourd'hui on constate que très rares³⁹ sont les règles spécifiques aux infractions commises par l'intermédiaire d'internet. Non pas qu'existe un vide juridique, mais simplement les infractions commises sur Internet se voient appliquer les règles classiques de droit pénal, à défaut de règles spécifiques.

Y-a-t-il des infractions spécifiques sur internet, ou ne sont-elles que les infractions classiques commises par un mode différent, celui des télécommunications ?

Au regard du principe d'interprétation stricte de la loi pénale, le droit pénal peut-il s'appliquer sans difficulté à une matière « virtuelle » et universelle ?

Doit-on envisager de nouvelles incriminations ? ou doit-on conclure à la suffisance et à la capacité d'adaptation de la matière ?

Voici l'enjeu de notre propos et l'interrogation que nous allons tenter de résoudre.

Autrement dit, comment l'immatériel bouleverse le droit pénal.

³⁸ A. Huet, *Le droit pénal international et internet*, Petites affiches, 10 Novembre 1999, n°224, p. 39.

³⁹ Voir les art. 227-28 (6°), 227-26, 227-22, 227-23, 225-7 (10°) et 222-24 (8°) du Code Pénal.

II. LA NECESSAIRE MUTATION DU DROIT PENAL

Se demander comment l'immatériel bouleverse le droit pénal revient à se demander si la matière est adaptée à la nouvelle donne. Peut-on appliquer aux infractions commises sur l'Internet les règles pensées pour le monde physique, matériel ?

Il s'agit de comprendre le phénomène qui bouleverse toutes les matières du droit à vrai dire. Comme en témoigne la série de directives européennes sur la Société de l'information⁴⁰, il faut prendre en considération désormais que toute information, toute donnée, toute transaction peut exister sous forme immatérielle par le biais des réseaux.

De ce fait, le droit a évolué ainsi qu'en témoigne par exemple la loi du 13 Mars 2000⁴¹ sur la signature électronique qui a introduit un nouvel article 1316-1 au code civil.

Les infractions sont donc dématérialisées (A) comme le prouvent les dernières décisions des tribunaux, et doivent être repensées en se posant la question de la suffisance ou non du droit positif (B).

A. Les infractions dématérialisées

Les articles 111-3 et 111-4 du code pénal posent les principes fondateurs du droit pénal :

- le principe de légalité des délits et des peines, et
- le principe d'interprétation stricte de la loi pénale

Ainsi « Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi (...) ». ⁴²Et « La loi pénale est d'interprétation stricte. » ⁴³

⁴⁰ Notamment Directive CE n° 2000 /31, *Commerce électronique* ; Directive CE n°2001/29, *Harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*.

⁴¹ Loi n°2000-230 du 13 Mars 2000, P.- Y. Gautier et X. Linant de Bellefonds, *JCP 2000*, I, 236.

⁴² Art. 111-3 CP

⁴³ art. 111-4 CP

Au regard de certaines infractions il devient légitime de se demander si le texte initial peut s'accommoder de nouveaux comportements, ainsi en est-il de l'abus de confiance, et du recel.

1. Une jurisprudence audacieuse

Traditionnellement les infractions contre les biens tels le vol, le recel, l'abus de confiance, l'escroquerie, s'entendent dans le monde matériel. Le bien envisagé est un bien corporel.

- le vol d'information

De façon constante les tribunaux ont toujours affirmé que le vol d'information ne pouvait être retenu, il y a certes vol du support, mais le vol de choses immatérielles reste cantonné à celui de l'énergie selon l'article 311-2 du Code pénal. Toutefois le célèbre arrêt Bourquin a fait l'objet de nombreuses discussions. En l'espèce, un employé avait volé des disquettes et les données qui y étaient contenues. La Cour de cassation avait rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel de Reims qui avait condamné deux salariés d'une entreprise pour vol de 77 disquettes et « du contenu informationnel de 47 d'entre elles⁴⁴ ». Y-a-t-il eu vol d'un bien incorporel ? Les auteurs s'interrogent dans la mesure où il y avait préalablement vol du support : les disquettes. La soustraction des informations a été rendue possible par celle des supports. Le vol du contenant implique celui du contenu intellectuel. En définitive, le vol de biens incorporels serait impossible.

Le vol est « la soustraction frauduleuse de la *chose* d'autrui ».

La chose soustraite est donc nécessairement une chose mobilière, c'est-à-dire une chose susceptible d'être mobilisée. Le vol de biens immeubles est impossible (sauf les immeubles par destination au sens du droit civil dès lors qu'ils peuvent être appréhendés⁴⁵). La chose soustraite est nécessairement corporelle, une créance ne peut être volée que par soustraction du support, c'est-à-dire le titre qui constate la créance, objet mobilier. De même un service n'est pas une chose au sens de l'article 311-1 du Code pénal car incorporel.

⁴⁴ Crim. 12 Janvier 1989, *Bull. crim.* n°14 ; *Rev. sc. Crim.* 1990. 507, chron. M.-P. Lucas de Leyssac.

⁴⁵ TGI Auxerre, 19 Mars 1968, *Gaz. Pal.* 1968, I, somm. P. 29

Ainsi en matière de vol, la chose n'est retenue qu'à travers son support : le préposé qui, détenant matériellement certains documents appartenant à son employeur, en prend, à des fins personnels, à l'insu et contre le gré du propriétaire, des photocopies, et qui ainsi appréhende frauduleusement ces documents pendant le temps nécessaire à leur reproduction, est coupable de vol⁴⁶. Le vol porte ici sur le document qui est le support matériel de l'information.

Il faut se demander alors : si le vol de bien immatériel n'existe pas, comment qualifier le trafic de biens immatériels, d'œuvres d'art numérisées ?

Si l'utilisateur tombe en admiration sur une œuvre numérique disponible sur une page personnelle, et qu'il l'a téléchargé, qu'il se l'approprie par un simple jeu de « copier/coller », comment qualifier pénalement ce comportement ?

Si le vol de chose immatérielle n'existe pas ou du moins n'existe qu'à travers un support, quel est le support ? Ici il n'en existe pas.

Le principe « Nullum crimen nulla poena sine lege » qui signifie pas de crime, pas de peine sans loi, oblige le juge à ne retenir une culpabilité que si un texte prévoit le comportement illicite et l'érige en infraction. Seuls les comportements incriminés sont susceptibles de sanction pénale, or il semblerait, à s'en tenir à la jurisprudence, que le vol de chose incorporelle n'est pas prévu par l'article 311-1 du code pénal.

Le juge doit respecter la loi, il est « la bouche qui prononce les paroles de la loi » écrivait Montesquieu. En outre le principe d'interprétation stricte lui impose de ne pas étendre un texte au-delà de ce qu'il incrimine. C'est pourquoi il semble que si le législateur n'a pas prévu le vol de chose incorporelle, le juge ne peut pas appliquer ce texte à un tel comportement. Il doit appliquer le texte adéquat, concernant les œuvres numériques détournées, la qualification de contrefaçon que nous avons étudié plus haut paraît la plus appropriée⁴⁷.

- l'abus de confiance

L'article 314-1 du code pénal définit l'abus de confiance comme « le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs, ou un *bien quelconque* qui lui

⁴⁶ Crim. 8 Janvier 1979, D. 1979. 509, note Corlay.

⁴⁷ Voir I, B, 2.

ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé. »

Le débat porte sur le « bien quelconque » car il pourrait bien élargir le champ d'application de la répression de l'abus de confiance.

La Chambre criminelle, dans un important arrêt du 14 Novembre 2000⁴⁸ affirme à propos d'un détournement portant sur le numéro d'une carte bancaire, que « les dispositions de l'article 314-1 du code pénal s'appliquent à un bien quelconque, et non pas seulement à un bien corporel ».

En l'espèce, une cliente d'une entreprise de vente par correspondance avait transmis son numéro de carte bancaire à l'occasion du paiement d'une commande. Or, l'entreprise avait conservé le numéro de carte et l'autorisation de prélèvement et remis à une entreprise sous-traitante lors d'un nouvel envoi refusé par la cliente. Le président de la société a été condamné par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence pour abus de confiance à cinq ans d'interdiction des droits civiques, civils et de famille et cinq ans d'interdiction d'exercice des fonctions de direction d'une entreprise commerciale. Il soutenait au moyen de son pourvoi en cassation que le détournement n'est punissable en vertu de l'article 314-1 du Code pénal que s'il porte sur une chose corporelle.

La Chambre criminelle n'a pas suivi cette argumentation.

Ce qui représente le « bien quelconque » ici c'est bien l'autorisation donnée d'utiliser le numéro de carte pour une opération unique. Cette autorisation représente une « valeur patrimoniale ».

Alors que jusqu'à présent la Chambre criminelle refusait de sanctionner le détournement d'une information sur le terrain de l'abus de confiance, à défaut de support⁴⁹, il semble qu'elle admette désormais qu'un bien immatériel puisse faire l'objet d'un comportement délictuel.

Cet arrêt a suscité plusieurs interrogations au sein de la doctrine⁵⁰, notamment celle de la dématérialisation des infractions contre les biens. En effet dès lors que les biens eux-mêmes se dématérialisent, qu'ils sont services, données ou information, il est dans l'ordre des choses que les qualifications qui les régissent tendent à se dématérialisées à leur tour.

⁴⁸ *Dr. Pén.* 2001, comm. 28, obs. M. Véron.

⁴⁹ *Crim.* 9 Mars 1987, *JCP* 1988. II. 20913, note Devèze.

⁵⁰ Voir notamment R. Ottenhof, *Rev. sc. Crim* (2), avril-juin 2001, p. 384

Sinon comment sanctionner des comportements modernes qui utilisent de nouveaux modes opératoires ? Ainsi puisque les objets deviennent virtuels, qu'ils circulent à grande vitesse sur les autoroutes de l'information, et qu'ils sont devenus eux-mêmes information, qu'est-ce qui distingue plus un numéro de carte bancaire d'une œuvre numérique, d'une sculpture mise en ligne ?

Ainsi celui qui déposera sa toile sur un site de vente aux enchères en ligne, en vertu d'un contrat de dépôt, sera le même que celui qui l'a confié à un commissaire-priseur à l'Hôtel Drouot, si son œuvre est détournée, il pourra arguer d'un abus de confiance ; et, nous l'avons vu, les juges n'hésiteront pas à condamner l'abus virtuel.

De ceci découle une conséquence considérable, celle d'une redéfinition de la notion d'infractions contre le patrimoine. Le patrimoine est certes une fiction, il englobe des biens de toute nature, tant matériels (biens corporels meubles ou immeubles) qu'immatériels (des biens incorporels : des droits de propriété intellectuels, des créances et dettes). Mais aujourd'hui le champ d'action du droit pénal tend à s'élargir et prend en considération toutes les facettes du patrimoine, ainsi il viendra sanctionner des atteintes à ses éléments matériels et immatériels.

C'est une avancée considérable, un bouleversement de la matière.

Mais l'on peut de nouveau s'interroger sur le problème du respect du principe de légalité puisque cette décision vient élargir considérablement le champ d'application de l'abus de confiance. L'article 111-3 du Code pénal impose aux magistrats de déterminer l'exacte qualification des faits accomplis et également de ne pas interpréter de façon extensive une incrimination pénale⁵¹. La question mérite d'être soulevée même si aucune réponse ne peut y être apportée de façon définitive.

Le contenu de la remise est selon le Code pénal « un bien quelconque », alors que l'ancien article 408 du Code pénal prévoyait des « effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge ». Le contenu est indiscutablement matériel⁵². C'est le support matériel qui peut concrètement caractériser le détournement. Or, nous l'avons vu, désormais il est de plus en plus fréquent de rencontrer des biens immatériels, informations circulant de manière virtuelle sans support. Ainsi pour l'œuvre créée en ligne, quel est son support ?

⁵¹ R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, éd. Cujas, 7^e éd., 1997, p. 232.

⁵² M. Véron, *Droit pénal spécial*, éd. Masson, 8^e éd., 2000.

L'article 314-1 du nouveau Code pénal qui vise « un bien quelconque » est certainement plus large. Le bien quelconque est aussi un bien incorporel. Dans l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt du 14 Novembre 2000, c'est une information qui a été détournée. « Le droit doit s'adapter aux nouvelles technologies⁵³ ».

2. Les interrogations pertinentes de la doctrine

La doctrine, prenant acte des dernières évolutions jurisprudentielles en matière d'infractions contre les biens, a pu s'interroger sur les conséquences de telles interprétations et mettre en perspective de nouveaux horizons pour les biens immatériels. Ainsi a-t-elle pu établir un parallèle avec le recel et l'escroquerie.

- la chose susceptible d'appropriation frauduleuse

La « dématérialisation » des infractions est caractérisée par le passage de biens matériels (meubles) à des biens autres, plus difficiles à appréhender car immatériels. A l'heure actuelle le débat porte sur la « chose » appréhendée. A l'ère des nouvelles technologies, la notion même de « chose » évolue. Or la chose est l'objet de l'infraction, il est essentiel de déterminer quelle réalité elle recouvre. La position de la Cour de cassation en matière d'abus de confiance est révélatrice de la difficulté qui touche désormais toutes les branches du droit. Concernant les trafics, nous ne nous intéresserons qu'au droit pénal. Une information est par essence immatérielle et donc faire difficilement objet d'un droit de propriété classiquement entendu.

Les concepts juridiques ont du s'adapter.

(i) le recel d'un bien immatériel

En matière de recel, l'article 321-1 du pénal définit l'élément matériel comme « le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une *chose* » provenant d'un crime ou d'un délit.

⁵³ S. Jacopin, *Le début d'une évolution sur la nature de la chose susceptible d'appropriation frauduleuse*, Editions du Juris-Classeur Pénal, Chro. 16, p. 4, Avril 2001.

Le recel s'est dématérialisé déjà avec le nouveau Code pénal puisque le recel-profit est désormais sanctionné : « Constitue également un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit. » (art. 321-1 al. 2)

La jurisprudence a étendu l'élément matériel du recel au simple fait de profiter de l'infraction d'origine⁵⁴.

Pourtant par un arrêt du 3 Avril 1995, dit arrêt *Fressoz*, la Cour de cassation a décidé « qu'une information qu'elle qu'en soit la nature ou l'origine échappe aux prévisions tant de l'article 460 que de l'article 321-1 du Code pénal⁵⁵ ». Il y a recel à détenir le document écrit *instrumentum* mais pas du *negotium*.

Mais une autre analyse⁵⁶ de cet arrêt plaide pour une interprétation en faveur du caractère recelable d'une information.

L'article 321-1 du Code pénal comprend deux alinéas, le premier traite du recel de choses, le second du recel-profit.

La Chambre criminelle, dans son attendu de principe, emploie le mot « chose », certains ont pu en déduire qu'elle ne visait que l'alinéa premier. La Haute juridiction n'a exclu la poursuite de l'utilisation d'une information sans support que sur le fondement de l'alinéa premier de l'article 321-1 du Code pénal.

Si une information ne peut être considérée comme une « chose », car immatérielle, elle peut néanmoins être « produit » du recel (al. 2) et être, de ce fait, recelable.

Déjà sous l'empire dans l'ancien Code pénal, la jurisprudence avait retenue qu'une information pouvait faire l'objet d'un recel. Ainsi dans un arrêt du 9 Juillet 1970⁵⁷ la Cour de cassation élargit l'élément matériel du recel.

Alors qu'un passager avait pris place dans un véhicule volé par une autre personne, les juges le déclarèrent coupable de recel. Il n'avait pourtant commis aucun acte matériel de détournement du véhicule, mais la Cour considéra que « l'article 460 du Code pénal (ancien), qui est conçu en termes généraux, atteint tous ceux qui, en connaissance de cause, ont, par un moyen quelconque, bénéficié du produit d'un crime ou d'un délit ; qu'en l'espèce, en se faisant transporter dans une voiture automobile qu'il savait volée, le demandeur a bénéficié personnellement du produit du vol ».

⁵⁴ Arrêt Maillol 7 Novembre 1974, *Bull. crim.* n°323 ; D. 1974, somm. P. 144.

⁵⁵ Cass. crim. 3 Avril 1995, *Rev. sc. crim.* 1995, p. 599, note J. Francillon.

⁵⁶ D. Chevrotin, *Bévue sur la caractère non « recelable » d'une information*, Editions du Juris-Classeur Pénal, Mars 2001, Chro. 12, p. 4.

⁵⁷ Cass. crim. 9 Juill. 1970, *Bull. crim.* n° 236; D. 1971, jurispr. p.3, note Littmann.

Le nouveau Code pénal a repris le concept de recel-profit ou recel-bénéfice à l'alinéa 2 de l'article 321-1 du Code.

Ainsi est sanctionné sur ce fondement le fait d'utiliser des informations verbales provenant de la violation d'un secret pénalement protégé. Alors que l'information n'étant pas une chose n'aurait pu être objet du recel de l'alinéa 1^{er}, elle peut cependant être le produit d'une infraction sur le fondement de l'alinéa second.

Le même raisonnement que précédemment peut alors être soutenu, à savoir que dès lors que l'œuvre d'art devient information sur les réseaux, elle peut faire l'objet de recel-profit alors qu'elle n'a pas de support. Par conséquent, celui qui bénéficie d'une œuvre piratée peut être poursuivi sur la base de l'alinéa 2 de l'article 321-1 du Code pénal.

Nous le voyons, le droit pénal possède des ressources considérables, il suffit pour s'en convaincre de voir qu'avec un même texte, des comportements nouveaux peuvent être sanctionnés.

Toutefois, ce raisonnement ne vaut que pour le recel-profit ; qu'advierait-il d'un recel d'une chose immatérielle? Ce serait le cas de la transmission par simple message électronique, en pièce jointe par exemple, d'une œuvre contrefaisante.

Dans ce cas il semble qu'en l'état de la jurisprudence actuelle, les juges, à défaut de support ne retiendraient pas le recel. Ils devraient soit rechercher une autre qualification pour respecter le principe de légalité, soit renoncer à poursuivre.

Quelle qualification retenir alors? Pour l'heure, aucune réponse n'est donnée ni par la jurisprudence ni par le législateur. En outre pratiquement la localisation sur le réseau est difficile, dès lors comment sanctionner le simple fait d'envoyer une information illicite, de la « transférer » d'un internaute à l'autre ?

Actuellement il semble donc que ce comportement n'est pas légalement répréhensible.

Peut être faut-il raisonner comme en matière d'images pornographiques de mineur, puisque l'article 227-23 du Code pénal sanctionne le simple fait « de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image ou la représentation du mineur lorsque cette image ou cette représentation présente un caractère pornographique »(...) « lorsqu'il a été utilisé (...) un réseau de télécommunications⁵⁸ ».

Cette disposition qui prévoit expressément le cas d'une transmission par voie de télécommunications vient confirmer que le législateur peut prévoir des infractions spécifiquement commises par l'Internet, et que lorsqu'il ne le fait pas, il ne faut pas

⁵⁸ Art. 227-23 al. 3

ajouter au texte. Toutefois d'un autre côté, par une interprétation téléologique, il faut bien reconnaître qu'aujourd'hui « transmettre une chose » (art. 321-1 Code pénal), c'est aussi la transmettre par un réseau. On en revient toujours au même problème : on ne transmet pas une « chose » au sens du Code pénal, mais une « information », donnée immatérielle.

ii) l'escroquerie d'information

Ce qui vaut pour le recel et l'abus de confiance peut être transposé à l'escroquerie.

L'ancien article 408 du Code pénal prévoyait que l'escroquerie ne pouvait porter que sur des « fonds, des meubles ou des obligations, dispositions, billets, promesses, quittances ou décharges ». Le terme « meuble » ne visait que les meubles corporels⁵⁹.

Désormais l'article 313-1 du Code pénal vise « des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, (...) un service ou un acte opérant obligation ou décharge ».

Désormais l'expression « bien quelconque » s'entend comme « tout élément exploitable même sans consistance matérielle⁶⁰ ». D'ailleurs l'introduction du « service » confirme l'analyse car un service est nécessairement incorporel.

La dématérialisation est ici forte puisque le « bien quelconque » ouvre la perspective vers l'escroquerie de bien immatériels. En pratique, et reprenant l'hypothèse de la vente virtuelle de la toile de Fred Forest⁶¹, si le code d'accès au site contenant la toile virtuelle avait été obtenu par les moyens de l'escroquerie (« usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses⁶² »), et qu'ainsi le code ait été remis de façon frauduleuse, la qualification d'escroquerie aurait-elle pu être retenue ? Il semble que la réponse est affirmative puisqu'un « bien quelconque » peut s'entendre comme un bien immatériel, en l'occurrence ici, un code d'accès.

⁵⁹ M.L. Rassat, *Droit pénal spécial*, éd. Dalloz, précis, 1997, p. 105.

⁶⁰ M.L. Rassat, préc., p. 106.

⁶¹ Voir I, A, 1.

⁶² Art. 313-1 al. 1.

Tous ces contorsionnismes juridiques font apparaître la difficulté essentielle : celle de déterminer le statut pénal de l'information. A l'heure où tout tend à se dématérialiser, il faut s'interroger sur le traitement de l'information par la matière pénale.

- le statut pénal de l'information

Qu'est-ce qu'une information ? Aucun texte n'en donne de définition⁶³.

Selon M. le Professeur M. Bibent, « considérée dans sa valeur économique, l'information est un bien. (...) Ce bien informationnel est immatériel⁶⁴ ».

Selon M. le Professeur Catala, une information « est d'abord expression, formulation destinée à rendre un message communicable, elle est ensuite communiquée ou peut l'être à l'aide de signes choisis pour porter le message à autrui⁶⁵ ».

Mais quoiqu'elle puisse être, l'information est-elle susceptible d'appropriation frauduleuse ? Le postulat de départ est la propriété, en effet seule une chose qui fait l'objet d'une propriété est susceptible d'être appréhendée. Peut-on alors être propriétaire d'une chose immatérielle sans support matériel. Tel est le problème des propriétés intellectuelles. Pourtant ce qui est intellectuel, donc immatériel, est producteur de droit, ainsi l'artiste est titulaire de droits de propriété intellectuelle sur sa création indépendamment de son support matériel qui peut très bien être la propriété d'un tiers⁶⁶.

Pendant longtemps les juges, en matière pénale, ne s'intéressaient qu'au support matériel avant son contenu. Actuellement existe une confusion entre les termes « bien » et « chose ».

En droit civil, un bien est une chose qui peut faire l'objet d'un droit de propriété. Le bien fait partie du patrimoine, nous l'avons déjà vu, il est corporel ou incorporel.

⁶³ J.C. Galloux, *Ebauche d'une théorie juridique de l'information*, D. 1994, doct. P. 229 et s.

⁶⁴ M. Bibent est Professeur à l'Université de Montpellier I, il est l'auteur de : *Le droit du traitement de l'information*, éd. Nathan Université, coll. Information documentation, 2000.

⁶⁵ P. Catala, *L'information*, D. 1984, chron. p. 97.

⁶⁶ Voir art.L 111-3 al. 1 du Code de la propriété intellectuelle, « La propriété incorporelle définie par l'article L. 111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel. (...) »

Il convient alors de savoir quelle est la nature de l'information. Pour certains, l'information est un bien et est susceptible d'appropriation⁶⁷. Or rien n'est simple. « L'information est un bien déconcertant au regard des catégories juridiques. Parfois, elle semble se consommer par le premier usage ⁶⁸».

La valeur patrimoniale de l'information semble être déterminante aussi dans la qualification de « bien ». Seule celle qui posséderait une certaine valeur patrimoniale serait susceptible d'appropriation. Les droits de la propriété intellectuelle sont des moyens de protéger certaines de ces informations qui ont une valeur (un savoir-faire, un secret, une invention...). Ainsi par le brevet ou le droit d'auteur notamment, une information peut-être protégée. D'ailleurs la violation d'un secret de fabrication est pénalement sanctionné sur le fondement de l'article L. 621-1 du Code de la propriété intellectuelle.

Avec le développement des nouvelles technologies, la propriété a changé, elle s'est elle aussi dématérialisée. Alors faut-il que l'information soit rangée dans une catégorie préexistante, ou le droit pénal doit-il créer une infraction spéciale pour sanctionner son appropriation frauduleuse ? Quoiqu'il en soit, ce qui reste inchangé, est la nécessité de mener une réflexion sur les infractions.

B. Les infractions repensées

Repenser les infractions pénales susceptibles d'appréhender les nouvelles formes de trafic, c'est se poser la question de la suffisance ou non du droit positif. Doit-on combler des lacunes de la législation ? En amont de la matière répressive, diverses techniques permettent de prévenir les comportements délictueux.

1. Les moyens de riposte

Le développement du numérique impose des précautions indispensables. De simples protections techniques peuvent permettre d'empêcher toute sorte de piratage.

⁶⁷ M.-P. Lucas de Leyssac, *Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ?*, D. 1985, chron. p. 43.

⁶⁸ P. Catala, préc.

- l'identification des œuvres d'art

La recherche de « sécurité informatique ⁶⁹ » devient un objectif primordial afin de garantir les droits de chacun sur l'œuvre et la création. C'est dans cette perspective qu'a été créé un réseau mondial de données, baptisé « Worksnet » à l'initiative de la Confédération internationale des sociétés d'auteurs et de compositeurs (CISAC). Ce réseau a pour objectif de garantir une information fiable en matière de droit d'auteur en attribuant un code d'identification uniformisé à chaque œuvre. Ce réseau doit permettre la localisation de l'empreinte digitale de l'œuvre sur l'Internet, et par là permettre de signaler plus aisément les diffusions ou reproductions illicites.

Enfin des mesures techniques de protection permettent de réguler le réseau, elles ont pour but de prévenir tout acte portant atteinte à l'œuvre virtuelle ou l'œuvre mise en ligne, empêchant son altération, sa manipulation.

L'identification des œuvres se fait par leur immatriculation. Un identifiant est attribué à un objet identifié, décrit de façon précise, et délivré par une autorité d'enregistrement qui sécurise le dépôt en tant que « tiers de confiance ». L'identifiant est une suite de codes numériques, alphanumériques ou simplement binaires, qui occupera un nombre d'octets déterminé. Il est placé à l'intérieur du fichier numérique de l'œuvre de deux façons possibles : l'« étiquetage » et l'« aquamarquage » (ou « watermarking »). La première « consiste à placer dans la partie initiale du fichier une information donnant une valeur de l'identifiant selon une convention de placement, de codage, de syntaxe et de longueur ⁷⁰ ». Cet identifiant sera alors utilisé comme lien vers une base de données que les auteurs ou propriétaires d'œuvres alimentent et mettent à jour.

Le second consiste à apposer une marque codée, par exemple une image, en la rendant invisible mais décelable.

L'identification des œuvres est désormais garantie par la normalisation des codes, et les bases de données constamment actualisées.

Le numérique pose, nous l'avons vu, de nouveaux défis. Mais ce qui pose problème est moins la numérisation des œuvres que leur démultiplication. Les codages (tatouages) permettent ainsi l'identification des œuvres pour contrecarrer les agissements illicites. Un

⁶⁹ S. Ghernaouti-Hélie, *Internet et sécurité*, PUF, coll. QSJ, p. 23.

⁷⁰ G. de Broglie, *Le droit d'auteur et l'internet*, PUF, p.77.

consensus international s'impose, un accord de principe a ainsi été trouvé sur le principe de « plaque d'immatriculation numérique », telle que décrite plus haut, en 1997.

Enfin la cryptologie permet la transmission de données cryptées, donc les œuvres, de façon à ce qu'elles ne puissent être lues d'une manière intelligible que par le destinataire final.

- la publicité des œuvres d'art

La prévention des trafics d'œuvres d'art, quel qu'ils soient, peut se faire par la publicité des œuvres. En effet la description d'une œuvre d'art est l'un des meilleurs moyens pour l'identifier. La documentation visuelle devient alors fondamentale. Les autorités judiciaires estiment que sans une photographie, un descriptif, un objet volé est difficilement retrouvé. Citons *L'international foundation for art research* (IFAR) qui répertorie des objets d'art volés et les authentifie. Egalement le *Art loss register* (ALR) est une base de données qui recense plus de 80 000 objets et qui étudie systématiquement les catalogues des maisons de ventes et signale toute anomalie. ARL est présent sur Internet⁷¹. Il est possible de faire enregistrer la description détaillée de l'œuvre d'art, accompagnée d'une photo, en remplissant un formulaire affiché sur une page Web ou en envoyant un courrier électronique.

Mais si ces registres sont certainement efficaces pour des œuvres matérielles, dérobées dans le monde physique, il en va tout autrement lorsque l'on envisage les œuvres virtuelles, ou celles mises en ligne. Car alors rien n'empêche de faire circuler l'œuvre. Concernant l'œuvre virtuelle, il suffit qu'elle soit accessible une seule fois pour être piratée à l'infini, et concernant l'œuvre mise en ligne par numérisation, sa circulation impliquerait, comme nous l'avons vu, trafic des droits sur la création et non du support matériel de celle-ci.

La solution est alors l'accès réglementé à l'œuvre par le biais de « code d'accès » au site ou à la page web sur lequel l'œuvre est hébergée, comme ce fût le cas pour la vente de l'œuvre de Fred Forest. L'accès peut être payant, moyennant paiement d'un droit d'accès

⁷¹ Cf. : <http://www.artloss.com> et e-mail : artloss@artloss.com

ou d'un abonnement. L'accès peut être gratuit mais imposant la fourniture d'un certain nombre de renseignements relativement au visiteur.

Ces moyens de prévention sont relatifs et le créateur ou le propriétaire de l'œuvre n'y pas forcément recours. Qu'en est-il quand le barrage a été franchi ? Quelles solutions apportent le droit positif, notamment le droit pénal ?

2. La répression de la délinquance informatique

La délinquance informatique est bien entendu l'ensemble des actes illégaux intéressant l'informatique et les télécommunications tant sur le plan matériel que logiciel. Ainsi l'informatique est tantôt l'objet même du délit (la « cybercriminalité »), tantôt l'outil permettant de le commettre.

- la « cybercriminalité »

La cybercriminalité est l'ensemble des infractions qui portent atteinte aux systèmes de traitement automatisé de données, ou à la confidentialité, l'intégrité ou la disponibilité des données. Elles sont aux articles 323-1 et suivants du Code pénal et répriment « l'accès ou le maintien frauduleux dans un système de traitement automatisé de données » ; « le fait d'entraver ou de fausser le fonctionnement d'un tel système » ; « l'introduction, la suppression ou la modification frauduleuse de données dans un système » ; et « la participation à un groupement formé ou à une entente établie en vue de commettre un délit informatique » ou association de malfaiteurs informatique. Peut-on considérer que les trafics générés par les nouvelles technologies entrent dans la cybercriminalité ? Le fait d'avoir accès à une œuvre en ligne et de l'altérer par exemple peut-il être assimilé à la « modification frauduleuse de données dans un système » ? Il semble qu'ici l'informatique est le moyen de commettre l'infraction, et non l'objet même du délit. Doit-on alors distinguer entre les œuvres créées par l'informatique, qui n'ont jamais eu d'existence physique et qui sont ab initio des « données » intégrées dans un système, et qui seraient donc susceptibles de « modification frauduleuse » et régis par les articles relatifs à la

cybercriminalité ; et les œuvres matérielles, simplement mises en ligne, qui deviennent certes des données, mais l'informatique ne serait pas ici l'objet de l'infraction (ce n'est pas l'atteinte au système qui est recherchée, mais à l'œuvre), sinon le moyen de la commettre ?

Ce raisonnement est fallacieux. Il ne faut pas distinguer. La nature des œuvres qui circulent sur le réseau, qu'elles aient été créées par informatique ou simplement mises en ligne, se discute. Nous l'avons déjà évoqué, pour certains elles ne sont pas information. Elles ne peuvent donc pas bénéficier de la protection spécifique des atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données. Ce n'est plus la « donnée » qui est en cause, mais l'œuvre. L'œuvre est objet d'un trafic facilité par l'informatique. L'informatique n'est, pour les partisans de cette thèse, que l'outil, le moyen de ce trafic.

Il faut donc rechercher d'autres fondements pour sanctionner ces comportements. Ce sont toutes les infractions de droit commun qui s'appliquent alors. Le fait qu'elles soient commises par le biais d'internet n'y change rien. Ainsi concernant les œuvres d'art, pourront être retenues, comme nous l'avons vu plus haut, l'escroquerie (L. 313-1 Code pénal) ou la contrefaçon (L. 335-2 et L. 335-3 du Code de la propriété intellectuelle), voire le vol, le recel.

Doit-on distinguer là où le Code ne distingue pas ? Le Code pénal réprime l'escroquerie mais ne précise pas par quel moyen elle s'exécute: matériel ou par voie de télécommunications, Les éléments constitutifs du délit (les « manœuvres frauduleuses », « l'usage d'un faux nom »...) peuvent être exercés par l'internet.

Effectivement le fait que certaines infractions soient commises par le biais d'un réseau de télécommunications est pris expressément en compte par le Code. Mais il n'en fait pas des infractions spécifiques, cette circonstance est aggravante. En outre cela ne concerne que des atteintes à la personne humaine, et en grande partie le mineur de quinze ans. Ceci est tout à fait légitime puisque le réseau permet une diffusion planétaire donc un préjudice d'autant plus important, et un risque social accru. C'est le cas des atteintes sexuelles sur mineurs (art. 227-26), de la corruption de mineur (art. 227-22) facilitées par un « réseau de télécommunications », ou encore de provocation d'un mineur à l'usage de stupéfiants (227-18), à commettre un crime ou délit (227-21) , ou la diffusion, fixation, enregistrement ou transmission de l'image ou de la représentation pornographique d'un mineur « par voie de la presse écrite ou audiovisuelle ». Rappelons que la loi du 1^{er} Août

2000⁷² confirme que l'internet est soumis à la loi sur la communication audiovisuelle (d'ailleurs à la loi du 29 Juillet 1881 sur la presse également) . Citons que le viol et le proxénétisme sont aggravés lorsqu'ils ont été facilité par un réseau de télécommunications (222-24 et 225-7).

- l'opportunité de nouvelles incriminations

Il faut donc en déduire qu'à l'heure actuelle, le droit commun doit s'appliquer aux délits commis par voie de télécommunications. Les infractions commises sur le net n'échappent pas à la répression. Y-a-t-il des comportements spécifiques à l'internet ? Existe-t-il des infractions spécifiques commises sur internet ? Une escroquerie par l'usage d'un faux nom, pour reprendre cet exemple, peut parfaitement être réalisée dans le monde matériel autant que virtuel. Distingue-t-on si elle est commise par voie téléphonique ? par voie postale ? non. Pourtant, comme l'Internet, ce sont des moyens de télécommunications. Les éléments constitutifs d'une contrefaçon ne sont pas différents selon que l'acte est accompli par la voie classique de la parole ou du papier, ou par l'internet. Certes les comportements attentatoires aux systèmes informatiques nécessitent une législation spécifique, car l'objet est lui-même spécifique. Il reste qu'un doute subsiste sur la nature des œuvres qui circulent sur le réseau. Ont-elles une nature propre qui imposerait des règles appropriées ? Et si l'œuvre est alors bien une information quand elle circule sur les réseaux, le législateur doit-il intervenir pour créer une incrimination spécifique aux atteintes à l'information ?

En réalité le droit positif prend en compte l'Internet uniquement dans la détermination des sanctions. Faut-il créer des peines complémentaires spécifiques aux infractions commises sur internet comme l'interdiction de se connecter, de participer à un forum de discussion, l'interdiction d'ouvrir un site ou l'obligation de publier sur internet une décision pénale de condamnation ?

⁷² Loi n° 2000-246 du 1^{er} Août 2000 modifiant la Loi n° 86-1067 du 30 Septembre 1986 *relative à la liberté de communication*.

Si l'on considère que l'œuvre d'art sur l'internet est une information⁷³, doit-on envisager d'une manière plus générale l'information et lui créer un statut protecteur propre. Déjà la loi *Informatique et Libertés*⁷⁴ protège les données nominatives, le législateur pourrait-il envisager des sanctions spécifiques aux atteintes à l'information en tant que telle ?

Quoiqu'il en soit, il semble qu'actuellement le droit pénal français peut être relativement efficace face aux nouveaux trafics de l'œuvre, mais ce n'est compter qu'avec le droit commun. Certaines spécificités propres à l'Internet impose toutefois de réfléchir sur le statut des valeurs immatérielles dont fait partie l'information. La donnée informatique est devenu objet de convoitise, les incriminations ne peuvent l'ignorer.

Conclusion

Finalement le statut de l'œuvre « nouvelle génération » conduira irrémédiablement à reconsidérer les qualifications. L'alternative est celle de considérer les incriminations existantes suffisamment générales pour les appliquer à une chose quelle qu'elle soit en respectant le principe de légalité ; soit de considérer que les définitions sont trop étroites et de légiférer.

Concernant la détermination des responsables, s'il est juste que le responsable d'un comportement délictuel est celui qui commet le fait répréhensible, il ne faut pas oublier celui qui, par ses services, permet une tel acte. Au delà de la complicité, la responsabilité des prestataires techniques a beaucoup été discutée. A l'heure actuelle leur responsabilité est limitée au cas où, « ayant été saisis par une autorité judiciaire, (les fournisseurs d'hébergement) n'ont pas agi promptement pour empêcher l'accès à ce contenu⁷⁵ ».

Internet, réseau des réseaux, est un formidable outil d'échange et de communication. Il n'en est pas moins le terrain propice pour commettre des actes illicites difficilement contrôlables. L'œuvre d'art, comme toute forme d'expression, a emprunté la voie du virtuel pour se fondre dans l'ère de l'accès. Elle devient couples binaires stockés dans des bases de données, circule à « vitesse grand V » et objet de toutes les tentations. Le droit

⁷³ Voir I, A.

⁷⁴ Loi 6 Janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, Code pénal, art. 226-16 et s.

⁷⁵ Art. 43-8 issu de la Loi n° 2000-719 du 1^{er} Août 2000 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

pénal relèvera-t-il le défi ? Pour le moment aucune espèce n'a été traitée, rien ne semble ébranler la matière, seuls les auteurs se posent la question de l'immatériel. Il faudra bien pourtant soulever la délicate question d'accueil par la matière de la dématérialisation des biens, et donc des infractions. Le bilan est en théorie néanmoins satisfaisant, faute de pratique suffisante.

Nous verrons alors si le droit pénal peut prendre ce nouveau virage...

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages juridiques

- A. LUCAS ET H. -J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Editions Litec, 2^e édition 2001.
- R. MERLE ET A. VITU, *Traité de droit criminel*, Editions Cujas, 7^e édition, 1997.
- J.-M. PONTIER, J.-C. RICCI ET J. BOURDON, *Droit de la culture*, Dalloz, 1996.
- X. LINANT DE BELLEFONDS (sous la direction de), AFDIT, *Internet saisi par le droit*, Editions du Parques 1999.

Aspects techniques

- J. BENHAMOU-HUET, *Art business, le marché de l'art ou l'art du marché*, Editions Assouline, 2001.
- D. BENHAMOU, R. SARFATI, V. WEILL, *Les clefs du marché de l'art*, Editions Séfi.
- M. BIBENT, *Le droit du traitement de l'information*, Editions Nathan Université, coll. Information, documentation, 2000.
- F. BOUGLE, *L'art et la gestion de patrimoine*, Editions de Verneuil, 2001.

- N. BOURGUIGNON ET F. CHOPPIN**, *L'art volé, enquête sur le vol et le trafic d'objets d'art*, Editions La Découverte, coll. Enquêtes, Paris, 1994.
- F. CHATELAIN ,J. CHATELAIN, et C. PATTYN**, *Œuvres d'art et objets de collection en droit français*, Editions Berger-Levrault, 1997.
- J. COLOMBAIN**, *La cyberculture*, Les essentiels Milan 1997.
- M. CORNU ET NATHALIE MALLET-POUJOL**, *Droit, œuvres d'art et musées, Protection et valorisation des collections*, CNRS Editions, coll. CNRS Droit, 2001.
- C. FERAL- SCHUL**, *Cyberdroit*, Editions Dalloz, coll. Dunod, 2^e ED.
- P.-L. FRIER**, *Droit du patrimoine culturel*, PUF, coll. « Droit fondamental », Paris 1997.
- S. GHERNAOUTI-HELIE**, *Internet et sécurité*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2002.
- G. GUILLOTREAU**, *Art et crime, La criminalité internationale du monde artistique, sa répression*, PUF coll. Criminalité internationale, 1999.
- M. HOOG**, *Le marché de l'art*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1991.
- A. LUCAS**, *Droit et numérique*, Editions Litec.
- C. MARTIN ET F.-P. MARTIN**, *Cybercrime : menaces, vulnérabilités et ripostes*, PUF, coll. Criminalité internationale, 2001.
- D.-L. N'GUYEN**, *Numérisation des œuvres*, Editions Litec, publications de l'IRPI, 1997.
- F.- J. PANSIER ET E. JEZ**, *La criminalité sur internet*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2001.
- J. PASSA**, *La contrefaçon*, Edition Litec, publications de l'IRPI, 1997.

Articles

- A. FRANCON**, in « *Les nouvelles pratiques délictuelles liées aux technologies de la communication* », Actes du Juriscope 96, PUF, Publications du magistère en droit de la communicatque, Univrsité de Poitiers.
- E. TARIANT**, *Droit de suite, suite et fin...*, Le journal des Arts, n°130, 29 Juin et 30 Août 2001, p. 33.
- P. LEVY**, « *Le deuxième déluge* », *Rapport sur la cyberculture*, Conseil de l'Europe, 1996.

Revues

Communication- Commerce électronique, Editions du Juris-Classeur

Droit pénal, Editions du Juris-Classeur

Le Journal des arts (JDA)

Petites Affiches

Recueil Dalloz

Revue de Sciences criminelles

Sites

www.artprice.com : Résultats de ventes aux enchères

www.eauctionroom.com: retransmission de ventes aux enchères par webcam

www.ibazar.fr: courtage aux enchères d'objets d'art et de collection

www.artguardian.com: catalogue d'objets volés

www.artloss.com: catalogue d'objets volés

www.icom.org : Conseil International des Musées (*International Council of Museum*)

www.unesco.org : *United Nations educational, scientific and cultural organization*

www.interpol.int