

Chapitre 13

ÉBAUCHE D'UNE THÉORIE JURIDIQUE DE L'INFORMATION*

APERÇU

L'informatique et la télématique opèrent sur un dénominateur commun : l'information. D'où l'hypothèse qu'une théorie juridique de l'information pourrait servir de socle au droit futur qu'appellent ses transformations et ses transferts. En première approche une question vient à l'esprit. L'information se ramène-t-elle à un simple service offert, rendu et éventuellement rémunéré ? Ou bien est-elle un produit autonome et antérieur aux prestations dont elle pourra être l'objet, c'est-à-dire un bien immatériel susceptible d'appropriation ?

L'information peut se définir comme la formulation d'un message communicable ; elle est successivement mise en forme et transmise. Les progrès techniques du siècle écoulé ont centuplé les outils disponibles à ces deux stades de son existence, mais sans modifier sa définition élémentaire.

L'information est créée, c'est un produit de l'activité humaine. Son auteur détient une vocation naturelle à disposer des droits sur elle. Mais des distinctions s'imposent en fonction de la nature des données. Les données nominatives sont des attributs de la personnalité obéissant à des règles particulières. D'autres règles spécifiques régissent les œuvres de l'esprit, génératrices de

* Cette étude développe des réflexions présentées oralement le 12 mai 1982 lors des Deuxièmes Entretiens du droit de l'informatique de Nanterre. Elle a été publiée par la *Revue de droit prospectif* de l'Université d'Aix-Marseille III (1983, n° 1, p. 185), dans *Informatica e Diritto* (1983, I, p. 15 et s.) et enfin au *Recueil Dalloz*, 1984, chron. p. 975, sous ce même titre.

droits de propriété intellectuelle. Quant aux données publiques, elles sont, en principe, de libre parcours (res communis). Il appartient à chacun de les recueillir et de les exprimer par le moyen de son choix (écrit, image, son...).

Une fois créée, l'information donne lieu à des processus complexes de transformation et de circulation. Leur réalisation juridique passe par des conventions — parfois originales — où apparaissent des partenaires naguère inconnus (le serveur, le télétransmetteur). En bout de chaîne, le destinataire de la communication, individu ou multitude, fait figure de consommateur. En cette qualité, se verra-t-il reconnaître un droit à l'information, au nom du bon partage du savoir ?

S'agissant des données nominatives, il n'existe pas un droit général à être renseigné sur autrui, tout au moins quant aux personnes physiques. Il est aussi des données non nominatives soumises au secret. Mais une aspiration latente à la transparence et à la connaissance tend à reculer les limites de la confidentialité, voire même du droit d'auteur (Microfor). La vénalité de l'information et les lois du marché exercent une pression irrésistible dans le sens de la libre circulation.

1. L'ampleur des produits et des services nouveaux, qui gravitent autour de l'information et s'offrent à la consommation des cerveaux, interpelle aujourd'hui le législateur. Rencontres et travaux scientifiques se multiplient en tous lieux, pour constater l'apparition d'un « droit de l'informatique », voire de la « télématique », et pour en suggérer le renforcement¹.

Mais l'informatique et la télématique demeurent tributaires d'une technologie en constant devenir. Aussi les problèmes de droit qu'elles proposent à la sagacité des juristes sont-ils sous la dépendance de don-

1. Pour s'en tenir à quelques manifestations significatives récentes, dans l'ordre national, on relèvera notamment *L'informatique et le droit commercial*, Colloque de l'Association droit et commerce, Deauville, 1979, *Revue de jurisprudence commerciale*, novembre 1979; *Le droit d'auteur et les banques de données*, Colloque de l'ADJ, Versailles, 1980; *Informatique et droit pénal*, XIII^e Journée d'études de l'Institut des sciences criminelles de Poitiers, Éd. Cujas; *Actes du Congrès « Informatique et société »*, Paris, La Documentation française, 1980; *L'émergence du droit de l'informatique*, Deuxièmes Entretiens du droit de l'informatique de Nanterre, mai 1982.

Dans l'ordre international, il serait très difficile de procéder à un recensement systématique. Plusieurs organismes travaillent régulièrement sur ce type de problèmes : Conseil de l'Europe, CEE, OCDE, IBI (Bureau intergouvernemental pour l'informatique) dont on mentionnera, parmi les documents récents : *Considérations pour l'étude du droit de l'informatique*, DR 01, juin 1981 et *Programme pour une étude globale des aspects constitutifs d'un système de droit de l'informatique*, DR 02, année 1982. Les travaux de la VII^e section du XI^e Congrès de l'Académie internationale de droit comparé, qui s'est tenu à Caracas en août 1982, ont eu pour thème : *Protection des libertés individuelles et informatique* (V. Knapp) et *La modification du droit sous l'influence de l'informatique* (H. Maisl et J. Huet).

nées techniques mouvantes. Si ces problèmes peuvent être réglés par voie de conventions, celles-ci sauront sans doute s'adapter à l'évolution des matériels et des systèmes. Si, au contraire, les possibilités du contrat se révèlent insuffisantes et qu'il faille légiférer, comme beaucoup le pensent désormais, tout porte à craindre les malfaçons du législateur.

Comment éviter, en effet, que la réponse de la loi au défi électronique ne s'élabore dans le désordre, sous forme de réglementations mal coordonnées, minutieuses à l'excès et cependant parcellaires, attelées au progrès scientifique et, comme lui, sans cesse remises en question, oubliées enfin de quelques vérités permanentes auxquelles pourraient s'attacher des règles stables ?

2. En d'autres domaines, l'expérience montre que le droit s'est formé à partir d'une notion fondamentale et de quelques principes, autour desquels sont venues s'articuler des législations spécifiques. Pour retenir deux exemples entre mille, il est clair que les textes relatifs aux immeubles et aux sociétés se diversifient sans cesse à partir d'un tronc commun bien identifié. Quand la complexité s'édifie ainsi par arborescence, le danger d'incohérence entre plusieurs des sous-ensembles n'est pas tout à fait écarté, mais il est certainement reporté à des distances plus rassurantes. Le moment paraît dès lors venu de formuler les définitions, les idées essentielles qui pourraient ordonner la *lex ferenda* d'une société informatisée, avant qu'une végétation spontanée de règles n'obscurcisse irrémédiablement le terrain.

A cette fin, il faut que la pensée, fidèle au discours de la méthode, se tourne vers ce qu'il y a de plus général, voire de plus abstrait. Or, l'informatique ayant pour fonction de traiter l'information et la télématique de la déplacer, ces deux disciplines opèrent sur un dénominateur commun, l'information, qui devrait logiquement se retrouver au cœur de toutes les difficultés juridiques qu'elles suscitent. D'où l'hypothèse qu'une théorie juridique de l'information pourrait servir de socle au droit futur qu'appellent ses transformations et ses transferts¹.

1. Quelques auteurs ont récemment senti la nécessité de réfléchir au régime juridique de l'information, en premier lieu M. Pierre Leclercq, *Essai sur le statut juridique des informations*, Paris, ministère de la Justice, 1980. Comparer, du même auteur, *Réflexions sur « Technologies et évolution du droit »*, Contribution au rapport sur « Technologies et société » préparé sous l'égide du ministre délégué auprès du Premier ministre (février-mars 1981). On se référera également à l'étude de M. Jean-Pierre Chamoux, *Impacts économiques et juridiques de l'informatisation*, Paradoxes, 1982, p. 116 et s. Il existe, depuis le mois de novembre 1981, un groupe interministériel sur les problèmes juridiques posés par les technologies de l'information.

3. Posons en premier postulat que l'information est un bien susceptible d'appropriation. Sa vocation naturelle est de posséder, sauf exception, une valeur patrimoniale. Quand le commerce n'en est pas interdit, l'information est un bien marchand dont le prix se détermine par les lois du marché. Les agences de presse font profession de la vendre, ainsi que tout organisme spécialisé dans le renseignement. De façon plus diffuse, mais aussi plus générale, les devoirs de conseil et autres obligations de renseignement qui parsèment le champ contractuel ont pour objet une information spécifique, due par le sachant à son partenaire. Plus que jamais, dans une société dominée par la technique, le savoir est un ressort convoité de la puissance; cette réalité donne sa valeur à l'information, véhicule du savoir. Il n'est donc pas surprenant que la demande, ici, précède parfois l'offre, que l'on propose une somme d'argent pour une masse de données (le fichier clientèle d'Électricité de France, par exemple...) qui n'ont pas été amassées en vue de la vente.

A travers les prestations des professionnels, l'information se présente souvent comme un service auquel on serait tenté de l'identifier. Il ne faut pourtant pas s'en tenir à cette apparence occasionnelle. L'information ne se ramène ni à l'objet qui la porte ni au geste qui la communique, elle a une réalité intrinsèque. Indépendante à la fois de son support matériel et de la prestation qui la délivre, l'information est un bien en soi, immatériel certes, mais constituant un produit autonome et antérieur à tous les services dont elle pourra être l'objet.

Si l'analyse du commerce auquel l'information donne lieu ne distingue pas toujours clairement le produit du service, c'est-à-dire le bien de la prestation, le droit pénal, lui, ne s'y trompe pas. En sanctionnant le vol d'une bande magnétique enregistrée, ce n'est pas la soustraction du support mais celle des données qu'il réprime, des données qui constituent la « chose » d'autrui, comme elles pourraient former la matière d'une escroquerie ou d'un abus de confiance. Le droit pénal encore, incriminant la fausse nouvelle (L. 29 juillet 1881, art. 27), considère la falsification de l'information comme celle d'un produit quelconque.

4. De ce bien, dont l'importance culturelle, politique et économique est immense, les lois, pourtant, ne parlent guère. Celle du 29 juillet 1881 déclare libres la librairie et l'imprimerie et organise l'usage de cette liberté, mais sans définir son objet, comme si la notion d'information allait de soi. La loi du 6 janvier 1978 donne une image des

informations nominatives ; les textes relatifs aux propriétés intellectuelles déterminent les œuvres et les inventions protégées ; mais ce sont là des informations de type particulier et non pas l'information en soi.

Pour la première fois, la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle vient d'avancer une définition générale — mais redondante — de l'information dans son article 1 qui parle « de sons, d'images, de documents, de données ou messages de toute nature ». Encore est-il que cette définition se trouve énoncée à propos de la communication (service) et non pas de l'information considérée en elle-même comme un objet. C'est cette dernière analyse qu'il faut essayer de creuser.

5. Qu'est-ce donc que l'information ? Les dictionnaires disent que le verbe « informer » possède deux significations : donner forme, structure, signification, d'une part ; mettre au courant, faire part, instruire, d'autre part. Sans doute n'y a-t-il là que les deux étapes d'une unique fonction, le transfert des connaissances. L'information est d'abord expression, formulation destinée à rendre un message communicable ; elle est ensuite communiquée, ou peut l'être, à l'aide du signe choisi pour porter le message à autrui.

Cette analyse met l'accent sur l'expression, comme point de passage nécessaire du simple fait ou de l'idée à l'information. Le fait précède la donnée qui la dénomme. La pure idée abstraite n'est pas information avant d'être coulée en signes intelligibles ; dans le for interne de son auteur, elle échappe à toute emprise juridique, comme l'intention criminelle avant le commencement d'exécution. Ainsi, dans sa plus grande généralité sémantique, l'information est un message quelconque. Son auteur est celui qui rend communicable le fait qu'il a perçu ou l'idée qu'il a conçue. En son premier état, l'information comporte un sujet de droit, son auteur, et un objet de droit, son contenu intelligible.

Cependant, s'il est de l'essence de l'information d'être communicable, il est dans sa nature d'être communiquée. Cette fonction met en scène un autre sujet de droit : le destinataire du message, individu isolé ou multitude, sujet passif ou interactif, mais en tout cas partenaire de la communication. Pour donner une image exacte de l'information, il faut aussi prendre en compte sa destination, et pas seulement sa genèse. Elle apparaît alors comme une relation juridique de transfert entre celui qui émet le message et celui qui le reçoit. Un peu à la manière du rapport obligatoire, cette relation unit deux personnes ou un plus grand nombre à propos d'un objet. Comme il arrive souvent dans la

langue du droit, un même terme, l'information, désigne à la fois la relation interpersonnelle et sa matière.

6. Cette analyse par éléments montre la fragilité du savoir dans les civilisations antérieures à l'écrit, de tradition orale, où l'information n'est transmise que par des messages évanescents et périt avec ceux qui l'ont en mémoire. Elle explique l'importance qu'eurent, tour à tour, la révolution qualitative de l'écriture substituant le signe au son sur un support non mortel, puis celle quantitative de l'imprimerie donnant à la précédente sa dimension universelle. Elle permet, enfin, de comprendre à la racine de ses causes le bond prodigieux, la véritable explosion de l'information depuis un siècle.

L'information, a-t-on dit, est successivement formulation et communication. Sous ces deux aspects, elle a besoin d'outils. Or, le progrès de la technologie a centuplé les outils qui lui sont disponibles.

Dans l'ordre de la formulation, tout est affaire de mesure et de langage. En même temps qu'ils inventaient les instruments de mesure les plus divers, qu'il s'agisse d'espace, de volume ou de temps, de matière ou d'énergie, les hommes établissaient les unités de compte, les étalons, les mots et les signes propres à exprimer les conquêtes nouvelles du savoir. De façon parallèle, les procédés permettant de capter et de fixer l'image ou le son accroissent immensément les capacités de collecte et de stockage, détruisant le monopole de l'écrit comme support de la connaissance communicable. Enfin, la possibilité de transformer et de retrouver les données par l'informatique, celle de les transmettre dans des conditions qui abolissent l'espace et le temps, bouleversent aujourd'hui l'autre terme de l'information, celui de la communication.

7. Depuis un siècle, donc, l'information connaît un foisonnement inouï. A l'heure où l'on photographie les atomes et où l'on écoute les astres, il n'est pas faux de dire que l'information potentielle donne une idée de l'infini.

Un regard plus analytique révèle que ces changements affectent les procédés de collecte, d'expression, de conservation et de communication, c'est-à-dire toute la chaîne qui va du recensement au transfert de la connaissance.

Or, dans ce tourbillon de techniques, la définition esquissée plus haut conserve sa validité. Aujourd'hui comme hier, l'article 1 du *Droit de l'information* pourrait toujours affirmer : « Tout message communicable à autrui par un moyen quelconque constitue une information. »

Pourquoi, dès lors, ne pas supposer que les principes propres à encadrer les corps de règles périphériques à l'information peuvent se déduire de ces éléments primaires dont la stabilité est avérée ?

Considérée dans son objet, l'information est produite par celui qui lui donne forme. Il n'est pas étonnant que tende à s'établir entre l'auteur et l'objet une relation de possédant à possédé, ressortissant au droit réel. On ne sera pas davantage surpris que cet objet initial, l'information originelle, se prête souvent à transport, dépôt, louage, transfert... Ainsi naissent, changent, s'éteignent *des droits sur l'information*, dont on peut imaginer, à titre d'hypothèse, qu'ils relèvent des mécanismes du droit privé.

Considérée en fonction de sa destination et non plus de son objet, l'information apparaît promise à la communication, vouée à elle à peine de perdre sa raison d'être. Autrui est son but. La réalisation de ce but va donc créer une relation entre l'émetteur et le récepteur de l'information. Qui est le maître de ce rapport ? Le détenteur de l'information est-il fondé à la retenir au lieu de la communiquer ? Son destinataire potentiel est-il, au contraire, fondé à la réclamer comme un élément du savoir humain dû à chacun, au nom du droit de l'homme à la connaissance ? Dans cette mesure, on reconnaîtrait l'existence d'*un droit à l'information*, dont on pressent qu'il relèverait plutôt de l'esprit du droit public et aussi qu'il risquerait d'entrer en conflit avec les droits sur l'information.

I / DES DROITS SUR L'INFORMATION

8. L'information est un bien créé et non pas donné. C'est un produit de l'activité humaine. Les conditions de son appropriation sont liées à celles de sa genèse : la naissance de l'information est génératrice d'un bien.

Une fois créé, ce bien peut donner lieu à un commerce juridique complexe : la vie de l'information est génératrice de contrats.

A / La naissance de l'information, génératrice d'un bien

9. Le fait que l'information soit un produit de l'activité humaine suggère une affirmation à deux branches : d'une part, l'information est, en principe, appropriée dès son origine ; d'autre part, elle appar-

tient, toujours en principe, à son auteur, c'est-à-dire à celui qui la met en forme pour la rendre communicable, pourvu qu'il ait la possession régulière de ses éléments.

10. Cette dernière précision est essentielle. Il faut poser en règle qu'une appropriation légale ne peut résulter d'une mainmise illicite sur les données, que ce soit par vol, détournement, plagiat ou fraude quelconque. Certes, le dommage causé par l'appréhension ou la diffusion induite d'une information risque de se révéler souvent difficilement réparable. Sans doute aussi l'action en revendication du vrai propriétaire achoppera-t-elle sur la divulgation chaque fois qu'elle lui sera postérieure. De sorte que les mécanismes protecteurs classiques des droits privés, la revendication et la réparation, ne protègent qu'imparfaitement le détenteur légitime de l'information contre son usurpateur. Il n'en est pas moins nécessaire de connaître le détenteur légitime pour proclamer son titre et condamner l'illicite. Tout d'abord, parce que telle est la fonction du droit. Ensuite, parce que le dispositif actuel de protection n'est pas négligeable : on peut, à tout le moins, lorsque cela est utile, obtenir la cessation du comportement délictueux et la sanction pénale vient parfois suppléer la défaillance des sanctions civiles. Enfin, parce que les progrès du droit positif, *de lege ferenda*, seront d'autant plus sensibles qu'ils se fonderont sur une analyse plus précise des intérêts dignes de protection.

11. Les conditions ci-dessus proposées d'une appropriation régulière se fondent sur un raisonnement qui ignore délibérément les variétés de l'information, ses cas d'espèces. Elles doivent être vérifiables en toute hypothèse. Mais les modalités de leur réalisation n'en sont pas moins sujettes à des différences, selon que les éléments de l'information considérée sont ou non attachés à la personne de leur titulaire.

12. Il existe, en premier lieu, d'innombrables informations relatives aux personnes et aux patrimoines. Lorsqu'elles sont objectives, c'est-à-dire lorsqu'elles ne traduisent pas l'opinion subjective d'un tiers, ces données nominatives sont susceptibles d'une expression normalisée, voire d'une codification. Leur formulation n'est pas l'œuvre volontaire de la personne concernée ; elle dépend de la loi (dévolution du nom, détermination de l'état civil, du domicile...), ou bien elle s'attache de plein droit aux actes du sujet (acquisitions immobilières, état des comptes bancaires, condamnations...). Bien que la personne concernée

ne soit pas « auteur » de l'information, au sens de sa mise en forme, elle est le titulaire légitime de ses éléments. Leur lien avec l'individu est trop étroit pour qu'il puisse en être autrement. Quand l'objet des données est un sujet de droit, l'information est un attribut de la personnalité.

Ce principe mérite de prévaloir dans sa plus grande généralité, tant pour les données patrimoniales que personnelles, aussi bien pour les personnes morales que physiques, comme une des assises fondamentales du droit de l'information. Peu importe les mille accommodements dont il est susceptible, soit que l'information doive être obligatoirement communiquée (déclaration au fisc...), soit qu'elle se trouve impérativement gérée par un service public (état civil, casier judiciaire et autres fichiers publics...). L'intérêt du principe n'en subsiste pas moins puisque, s'il est reconnu, toute atteinte qui lui sera apportée ne pourra résulter que d'un abandon librement consenti par la personne concernée, ou d'une mesure régulièrement imposée par l'autorité publique compétente.

La loi, pendant longtemps, s'est peu souciée de cette sauvegarde, si ce n'est à travers la protection civile du nom et la réglementation pénale des secrets. C'est l'usage croissant des machines à capter les données nominatives qui a ému l'opinion, puis le législateur. Depuis 1970, l'article 9 du Code civil affirme le droit de chacun au respect de sa vie privée, ce qui permet de sanctionner l'appréhension et la diffusion abusive d'informations relatives aux personnes, par l'écrit, l'image ou le son. De façon plus explicite et positive, la loi du 6 janvier 1978 sur l'informatique et les libertés organise la protection des individus contre le traitement des informations nominatives. Plusieurs dispositions essentielles de cette loi, notamment celles qui touchent à la collecte et au droit d'accès, ne s'éclairent que par la reconnaissance implicite d'un droit primordial de la personne sur les données qui la concernent.

Quant aux informations qui impliquent l'opinion subjective d'un tiers sur quelqu'un (article de presse, dossier administratif), il est évidemment plus difficile de soutenir qu'elles appartiennent à la personne concernée. Il y a ici dissociation entre l'auteur de la formulation, maître naturel de l'information qu'il a créée, s'il en a obtenu les éléments de façon licite, et le sujet des données nominatives. Deux libertés s'affrontent, plutôt que deux droits : celle du rédacteur (journaliste, biographe, supérieur hiérarchique...) et celle du citoyen mis en question. Le droit n'est pas indifférent aux abus possibles du discours (diffamation, outrages) et même du silence (jurisprudence *Branly*), mais il n'existe encore aucun principe général coordonnant la mise en œuvre

de ces intérêts opposés. On constate simplement à travers des signes concordants (communication des notes aux agents, accès aux documents administratifs, article 2 de la loi sur l'informatique et les libertés) que notre droit tend à s'orienter vers une société à venir que ses prophètes prédisent « transparente ».

13. L'appropriation par la formulation caractérise au plus haut degré cette autre catégorie d'informations attachées à la personne que sont les œuvres de l'esprit. Leur conception suivie d'expression est source de droit. L'œuvre de l'esprit appartient à son auteur en raison même du rapport de filiation qui l'unit à lui ; à travers le plagiat et la contrefaçon, la loi condamne l'usurpation du bien d'autrui.

Certaines de ces créations jouissent d'une protection privative, au moyen de droits opposables à tous, dits de propriété industrielle, littéraire ou artistique. Les lois qui gouvernent ces droits attribuent clairement à l'auteur ou à l'inventeur la propriété de l'œuvre protégée.

Mais d'autres produits de la pensée ne bénéficient pas ou pas encore d'une sauvegarde de ce type. C'est le cas, notamment, des créations intellectuelles abstraites, au nombre desquelles on a coutume de ranger les programmes d'ordinateur¹. Il n'en est pas moins vrai que le fruit de ces travaux appartient à leur auteur, qui peut en concéder l'usage avec les restrictions de son choix, se constituant ainsi une sécurité contractuelle de caractère relatif. En dernier ressort, à défaut de convention, le créateur spolié de son œuvre cherchera refuge dans les mécanismes généraux du droit civil (responsabilité civile, enrichissement sans cause) ou dans les poursuites pénales, qui présupposent la propriété du demandeur.

Ceci montre que la propriété des logiciels ne fait pas de doute. Les problèmes qui se posent à son sujet ne tiennent pas à la reconnaissance du titre de l'auteur mais à sa mise en œuvre : ils sont de politique et de technique législative. Est-il ou non opportun de renforcer le droit actuellement fragile de l'auteur (ou de l'acquéreur) par une protection dotée de l'opposabilité *erga omnes* ? Si l'on répond par l'affirmative à cette première question, comment organiser ce nouveau droit privatif (définition de l'œuvre protégée, durée et modalités de la protection...) ? Ces questions redoutables recevront sans doute, tôt ou tard, une réponse de portée internationale.

1. Notamment André Lucas, *La protection les créations intellectuelles abstraites*, Librairies Techniques, 1975. Du même auteur : Les programmes d'ordinateur comme objets de droit intellectuels, *JCP*, 1982, I, 308.

14. Il reste, enfin, l'immense cohorte des données qui ne sont pas rattachées à la personne par un lien d'attribution ou de création. Ces données, que l'on pourrait dire quelconques, mesurent des phénomènes, décrivent des choses, relatent des événements. C'est à leur propos que l'on vérifie le mieux la réalité du mode d'appropriation par le couple « collecte-formulation ».

S'agissant du premier de ces deux termes, l'opération de capture s'applique ici à un objet non approprié. Les données quelconques du monde extérieur forment une sorte de *res communis* offerte à l'observation de tous. Il paraît dès lors rationnel, pour ce type d'informations, de poser en principe la licéité de la collecte.

Mais les éléments régulièrement captés ne deviennent information véritable qu'à travers le deuxième terme de l'appropriation : la formalisation qui les rend communicables. Cette étape, qui passe inaperçue dans le cas des données nominatives et qui va de soi dans celui des œuvres de l'esprit, joue un rôle essentiel dans la genèse des informations quelconques. Car le passage du fait brut au message peut s'opérer par plusieurs voies (écrit, image, son) qui donnent naissance à autant d'informations autonomes. Ceci explique que plusieurs agents collectant les mêmes données, mais les exprimant chacun à sa manière, s'approprient distinctement les informations créées.

En dernière analyse, c'est bien la formalisation de la donnée qui est, comme la sémantique nous l'a appris plus haut, le ressort essentiel de l'information et des droits qui en résultent au profit de son auteur. La licéité de la collecte n'est que son antécédent nécessaire. *En dehors des données nominatives, les droits sur l'information procèdent d'une opération intellectuelle de création ou de formulation.*

15. Ce schéma décrivant la filière de l'appropriation devrait guider toute recherche sur la reconnaissance de droits non encore expressément consacrés en ce domaine. Mais la méthode ainsi démontrée, si elle permet de déterminer le titulaire du droit et les conditions de sa reconnaissance, ne préjuge pas son contenu ni la vie que va connaître le bien information dans le commerce juridique.

B / La vie de l'information, génératrice de contrats

16. Une fois créée et appropriée comme on s'est efforcé de l'expliquer, l'information va connaître un certain nombre de processus plus

ou moins complexes, les uns de transformation, les autres d'exploitation. Pour rendre compte de leurs mécanismes juridiques, le droit des biens s'efface ici devant celui des contrats.

17. Il n'est pas rare que la formulation banale d'une information, en vue de sa communication sans passage à l'informatique, soit aujourd'hui reprise dans la perspective d'un traitement automatisé. On va alors constituer, à partir d'une information de base, les données spécifiques qui seront mises en mémoire d'ordinateur.

Qui est le maître de ces nouvelles données «informatisées»? A cette importante question, le droit des contrats propose des réponses simples: les données appartiennent au propriétaire de l'information quand il les façonne lui-même, ou quand il y fait procéder pour son compte par un tiers; elles appartiennent à celui qui les façonne lorsqu'il a régulièrement acquis l'information de base, en vue du traitement auquel il la soumet. Ainsi, à l'occasion de l'avatar qu'inflige à l'information le passage à l'informatique, on retrouve les deux éléments de base de l'appropriation: une possession licite par obtention régulière des données, suivie de leur mise en forme ou plutôt de leur remise en forme.

18. Une autre transformation devenue courante par l'usage des ordinateurs consiste à combiner plusieurs informations de base pour produire une information-résultat. Il est clair que celle-ci est distincte de ses éléments constitutifs et qu'elle peut revêtir une grande valeur économique, policière, politique, voire stratégique. Même question que pour les données: à qui appartient l'information-résultat?

Ici encore, les bonnes réponses doivent être demandées au droit des contrats: il appartient aux propriétaires des informations de base d'en convenir avec celui à qui ils les procurent en vue de fabriquer, en les combinant, un produit nouveau. Que si, pourtant, les conventions étaient muettes ou l'opération s'était faite sans convention, les vieilles règles de l'accession proposeraient une solution de raison, pour peu que l'on regarde l'information comme bien mobilier. L'article 573 du Code civil semble écrit pour cette hypothèse: «Lorsqu'une chose a été formée par le mélange de plusieurs matières appartenant à différents propriétaires, mais dont aucune ne peut être regardée comme la matière principale, .. si les matières ne peuvent plus être séparées sans inconvénient, ils en acquièrent en commun la propriété dans la proportion de la quantité, de la qualité et de la valeur des matières appar-

tenant à chacun d'eux. » Comment ne pas admirer l'insurpassable qualité de cette législation, capable de s'appliquer à des phénomènes inconcevables pour ses rédacteurs, parce que ceux-ci savaient raisonner sur ce qu'il y a de plus général, comme les y invitait Descartes ?

19. Ces deux exemples de transformation illustrent une méthode qui doit permettre de retracer les appropriations successives de l'information. Il faut, à cette fin, suivre la chaîne de ses mutations formelles ou substantielles, en se demandant à chaque fois si elles ont donné lieu à un transfert juridique des données. Plus difficiles à élucider sans doute, parce que plus complexes, sont les processus d'exploitation de l'information.

20. L'information est un bien déconcertant au regard des catégories juridiques. Parfois, elle semble se consommer par le premier usage. Éphémère au sens étymologique, sa valeur ne dure qu'un jour. N'est-ce pas le cas de toute l'actualité qui nous abreuve, des cours de la Bourse aux bulletins de la météorologie ?

Pourtant, ces mêmes données, qui épuisent dans l'instant leur nouveauté qualitative, peuvent conserver une utilité différée dans l'ordre quantitatif. Utilité rétrospective, lorsque le cours de la Bourse s'inscrit dans celui de l'histoire économique ; utilité prédictive, quand la somme accumulée des observations météorologiques aide à prévoir le temps qu'il fera.

Il se peut que l'information, consommée une première fois sous le signe de l'actualité, change ensuite de maître, qu'elle soit cédée ou seulement déposée en mains tierces pour une exploitation à retardement. Qu'un tel passage à l'état d'archive s'accomplisse à titre onéreux ou gratuit, qu'il s'accompagne ou non d'un transfert de propriété, en toute hypothèse la panoplie des contrats est assez diversifiée pour encadrer l'opération sans difficulté particulière.

21. En d'autres cas, les plus nombreux peut-être, l'information n'est pas consommable : elle ne s'use pas, même si l'on s'en sert. Sans doute cessera-t-elle un jour d'être exacte, supplantée par une donnée nouvelle qui l'abroge, mais sans avoir été altérée jusque-là par une utilisation quelconque, fût-elle indéfiniment répétée. Ainsi les correspondants d'une personne pourront-ils la joindre autant de fois qu'ils le voudront par son adresse ou son téléphone, tant qu'elle n'aura pas changé de rue ou de numéro !

C'est la stabilité de l'information qui justifie, depuis Gutenberg, l'édition de dictionnaires, d'annuaires et de répertoires. C'est elle qui permet, depuis l'apparition de l'informatique, le développement des banques de données.

22. Or, la précarité de l'information influe sur son mode d'exploitation. Éphémère, elle ne saurait être l'objet que de contrats à exécution instantanée, contrats translatifs dont la vente ou la donation restent les modèles de base. Les conventions sur choses consommables par le premier usage transfèrent toujours la propriété.

23. Stable, l'information donne lieu à des opérations sensiblement plus diversifiées et subtiles, dont les lois relatives aux propriétés intellectuelles donnent de multiples illustrations.

La figure la plus simple préserve le tête-à-tête du maître de l'information, le fournisseur, avec son client consommateur. Pour régler leur relation juridique, le contrat instantané, la prestation d'information au coup par coup apparaît comme un modèle possible mais fruste. C'est à des conventions échelonnées dans le temps que l'on aura plus volontiers recours, à des contrats de fourniture ou d'abonnement susceptibles des modalités les plus souples quant à leur durée et au contenu des prestations échangées. L'avantage de la bilatéralité est de tracer un cadre précis et commode aux rapports contractuels, ainsi qu'à la responsabilité éventuelle du fournisseur pour manquement à ses obligations.

24. Le modèle juridique devient beaucoup plus complexe lorsque l'on insère des tiers prestataires de services entre le producteur et l'utilisateur de l'information. Il s'agit notamment du « serveur », c'est-à-dire de celui qui prend en charge la délivrance des données à l'utilisateur. Le serveur est un intermédiaire technique entre la base documentaire et sa clientèle ; il propose un matériel et un logiciel de service, auquel il doit le plus souvent adapter les données. Mais, en général, il fait écran entre le producteur d'information et le client, auxquels le lient des conventions bilatérales distinctes. Au demeurant, le serveur n'est pas un transporteur *stricto sensu* de données, puisque c'est un réseau de télétransmission, c'est-à-dire un quatrième partenaire, qui assume la fonction matérielle d'acheminement.

La télématique a ainsi greffé sur la chaîne de l'information un nouveau venu dont le statut juridique n'est pas limpide. Pour qui réfléchit

aux droits sur l'information, c'est une des zone floues de la matière. Quels sont, en effet, les droits du serveur sur les données qu'il prend en charge ? En est-il simple concessionnaire en vue de la vente, simple agent de distribution à des conditions et pour une durée librement déterminées par la convention ? C'est l'analyse la meilleure lorsque le serveur ne transforme pas les données qu'on lui communique avant de les diffuser. Mais qu'en est-il dans le cas contraire : l'adaptation des données à un système de distribution ouvre-t-elle au serveur un droit propre sur l'information ?

Ce point et bien d'autres devraient être réglés dans des formules qu'il est nécessaire de perfectionner pour que les serveurs et leurs partenaires ne soient pas liés par des contrats où les vides l'emportent sur le tissu.

25. A vrai dire, la bonne méthode consisterait à raisonner globalement sur la figure quadrangulaire que composent le producteur, le serveur, le télétransmetteur et l'utilisateur, pour déterminer les obligations, les redevances et les responsabilités de chacun. On verrait ainsi s'il existe sur l'information, en tant que bien, des droits autres que celui du producteur, notamment si le serveur est rémunéré pour un produit ou seulement, comme nous le pensons, pour un service. On saurait aussi à quoi peut légitimement prétendre l'utilisateur de l'information, ce consommateur qu'on dit tour à tour boulimique et saturé. Mais c'est du droit à l'information qu'il est alors question.

II / DU DROIT A L'INFORMATION

26. Derrière les lois sur la presse et sur la communication audiovisuelle, à travers les affirmations de liberté que ces textes professent, on perçoit que la question du droit à l'information se trouve posée et qu'il y est répondu par un libéralisme de principe¹. Cependant, les principes émis concernent les vecteurs écrits ou audiovisuels de l'information et non l'information en elle-même. Si le regard se pose sur elle et pas seulement sur ses supports, la vision se complique car le droit de chacun à l'information en général s'oppose aux droits de certains sur

1. Loi du 29 juillet 1881, art. 1 : L'imprimerie et la librairie sont libres ; loi du 29 juillet 1982, art. 1 : La communication audiovisuelle est libre ; art. 2 : Les citoyens ont droit à une communication audiovisuelle libre et pluraliste.

les informations qu'ils ont produites. Il faut donc se garder de confondre le droit d'obtenir une information privée et celui de collecter des données vacantes.

A / Le droit d'obtenir une information privée

27. Dans le domaine des informations nominatives, la loi du 6 janvier 1978 a fait franchir un pas important à la théorie juridique.

Elle reconnaît aux individus des prérogatives considérables sur les données qui les concernent nommément, les droits d'accès (art. 34 et 35) et de rectification (art. 36) en particulier. La même loi ouvre aux personnes la faculté de s'opposer, pour des raisons légitimes, à leur inclusion dans un fichier nominatif (art. 26). Elle leur donne enfin le droit d'exiger des renseignements de celui qui recueille l'information (art. 27) : intéressante innovation, empruntée aux procédés de défense du consommateur, mais qui protège ici le fournisseur.

Ce sont là des prérogatives relevant du droit réel. Elles consacrent implicitement l'appartenance de la donnée nominative à la personne concernée, légitime titulaire qui peut, en cette qualité, vérifier leur bon usage et leur véracité, sous certaines contraintes et limites que le législateur a édictées pour des motifs d'intérêt général. Il nous paraît donc que la protection accordée aux individus par la loi sur l'informatique et les libertés reflète un droit *sur* l'information personnalisée plutôt qu'un droit *à* cette information.

Aussi est-ce en la personne des tiers et non du sujet qu'il faut rechercher l'existence éventuelle d'un droit aux données nominatives relatives à autrui. La situation est claire lorsque la loi impose certaines déclarations (recensement de population, déclarations fiscales...). D'autres fois, bien qu'aucun texte n'y oblige, la communication d'informations personnelles est pratiquement inéluctable parce qu'elle forme la condition *sine qua non* des accords que l'on est amené à passer avec des interlocuteurs nécessaires (assureurs, banquiers). Mais le droit commun est celui de la libre communication, aujourd'hui formulé par les articles 25 à 28 de la loi du 6 janvier 1978. Il n'existe pas un droit général aux données concernant la personne d'autrui : ainsi le veut le respect de l'intimité.

28. On sait, cependant, que la loi française sur l'informatique et les libertés, à la différence de certains textes étrangers, ne s'applique pas

aux personnes morales. Celles-ci se trouvent ainsi en position d'infériorité. Maîtresses de leurs données nominatives, elles peuvent, certes, n'en faire que des communications volontaires, hormis les cas où la déclaration leur en est imposée par l'autorité publique ou par un cocontractant plus puissant. Mais sur les informations communiquées de gré ou de force, ou même collectées à leur insu, les personnes morales ne bénéficient pas de la protection techniquement élaborée que la loi de 1978 a accordée aux individus contre la captation abusive, la rétention irrégulière, le détournement d'usage, la falsification, etc. Dans l'attente d'une éventuelle réforme leur étendant tout ou partie de ce régime, la sécurité des personnes morales ne repose que sur des bases fragiles. Cependant, la reconnaissance d'un droit de principe sur les données nominatives qui les concernent justifierait à notre sens que la jurisprudence leur reconnaisse dès à présent un embryon de protection fondé sur les mécanismes généraux du droit privé : responsabilité civile, abus du droit, concurrence déloyale. Il serait légitime que soit consacré à tout le moins par les tribunaux leur droit à obtenir communication des données conservées sur leur compte pour vérifier leur exactitude et la régularité de l'usage qui en est fait.

Mais on touche rapidement à la limite d'efficacité de la théorie générale. Force est de constater à nouveau qu'il ne suffit pas d'affirmer le droit d'un sujet sur un objet immatériel pour en assurer efficacement la sauvegarde, en l'absence d'une législation spécifique attribuant au titulaire du droit des prérogatives adaptées à cet objet et inspirées de l'opposabilité absolue.

29. La même observation vaut pour les œuvres de l'esprit. Celles-ci ne sont vraiment protégées que si elles satisfont aux critères de la propriété industrielle ou du droit d'auteur. Alors et tant que dure cette protection, il n'existe chez autrui aucun droit à l'information que représente le brevet ou l'œuvre littéraire. Pour obtenir l'usage de cette information en vue d'une application industrielle, d'une édition ou d'une reproduction, il n'est que de contracter avec son titulaire. Ainsi se vérifie, plus encore que pour les données nominatives, l'absence d'un droit des tiers à l'information protégée.

30. Les formes modernes de la documentation mettent pourtant cette affirmation à l'épreuve, quand elles opposent au titulaire du droit d'auteur une banque de données voulant inclure dans son fonds documentaire une référence à l'œuvre protégée. On sait que, sur ce thème,

un important litige entre la société canadienne Microfor et le journal *Le Monde* suit son cours, en France, depuis plusieurs années¹. En schématisant le débat, il s'agit de savoir si une entreprise de documentation peut ignorer la propriété intellectuelle d'autrui, en élaborant un descriptif de l'œuvre protégée à l'insu du titulaire du droit d'auteur ou contre son gré. Le conflit est net, exemplaire, entre un droit reconnu sur l'information et un droit prétendu à cette même information.

Ce conflit pourrait trouver, dans une distinction, des solutions plus nuancées et mieux équilibrées que celles que paraissent avoir retenues les juridictions parisiennes. Il est d'abord évident que l'utilisation en texte intégral d'une œuvre protégée par une banque de données ne saurait se faire sans l'accord de celui qui possède la propriété littéraire puisqu'elle lui contrevient directement. La même règle doit prévaloir s'agissant de résumés en langage naturel ou d'extraits littéraires de l'œuvre, et ceci pour deux raisons : d'abord parce que la connaissance de l'extrait ou du résumé peut détourner certains lecteurs potentiels d'une lecture intégrale ; ensuite, parce que la méthode de citation ou de condensation, pouvant être maladroite ou tendancieuse, risque de déformer le sens du document de base.

A l'inverse, une simple indexation par mots clés devrait passer à travers les mailles du droit d'auteur, si l'on interprète les règles juridiques d'après leur but comme il convient de le faire. A condition de ne pouvoir se substituer au document principal comme instrument de connaissance, d'être un simple instrument de repérage de la référence pertinente pour l'usager de la banque de données, l'information par mots clés possède une finalité exclusivement documentaire qui, loin de nuire à l'auteur, concourt au contraire à une plus large diffusion de sa pensée. Telle est la distinction que l'on verrait volontiers prévaloir en jurisprudence pour ne pas freiner l'essor des banques de données, en attendant que le législateur mette éventuellement au point des solutions plus complexes².

31. Le plus grand nombre d'informations, cependant, ne ressortit pas au statut particulièrement protecteur des données nominatives ou des propriétés intellectuelles. Pourtant, si l'on adhère au raisonnement exposé plus haut, une information quelconque ne mérite son nom que si elle a été créée par une opération intellectuelle de formulation, qui

1. Paris, 4^e ch. A, 2 juin 1981, *Gaz. Pal.*, 1982, I, 6.

2. Voir, notamment, en ce sens, de Jérôme Huet, la communication présentée aux Deuxièmes Entretiens du droit de l'informatique de Nanterre (mai 1982) et sa contribution au rapport sur *La modification du droit sous l'influence de l'informatique*, Académie internationale de droit comparé, Caracas, 1982.

emporte appropriation au bénéfice du metteur en forme¹. C'est dire qu'on ne devrait pas juridiquement rencontrer d'information « vacante et sans maître ».

De là procède une conséquence certaine pour ce qui nous occupe ici : il n'existe pas un droit du public à la divulgation d'une information privée, alors même que celle-ci ne constitue pas une création littéraire ni une invention brevetée. Ce point, qui est certain pour les œuvres de l'esprit ne bénéficiant pas d'une protection privative (logiciels par exemple), ne devrait pas faire davantage de doute pour toute autre information que l'on hésiterait à classer parmi les créations pures de la pensée. Il faut y voir un effet normal de l'appropriation : le droit de rétention s'attache par nature à la possession légitime.

L'infériorité de la « propriété ordinaire » de l'information sur les statuts particuliers qui la renforcent est éclatante si on l'observe après la divulgation : elle ne jouit que d'une opposabilité inconsistante et souffre d'une absence de protection utile contre les usurpations. Du moins cette chétive propriété comporte-t-elle le pouvoir préalable de ne pas divulguer. Par cet attribut négatif mais énergique, le droit du maître sur l'information tient en échec le droit d'autrui à l'information. A cette règle générale, il n'y aurait d'exception que si le créateur de l'information s'était obligé par avance à la diffuser comme contrepartie, par exemple, d'une subvention octroyée à son entreprise ou de l'autorisation d'accéder à des données confidentielles.

Lorsqu'il n'est pas lié au préalable, le maître de l'information détermine librement le moment, le bénéficiaire et les modalités de la divulgation, sous les conditions qui lui paraissent les plus favorables... Si l'information est publiquement offerte au consommateur, elle relève des lois générales du commerce. Le droit commun sanctionnant déjà, à travers le refus de vente, des discriminations illicites dans la distribution, il n'est sans doute pas nécessaire de prévoir une réglementation supplémentaire en la matière pour garantir l'égal accès de chacun aux données mises en circulation. Sur ce terrain, on ne peut pourtant se défendre d'une certaine inquiétude devant le système de l'autorisation préalable auquel la loi sur la communication audiovisuelle (art. 77) prévoit de soumettre, pour un temps à vrai dire limité, tous les services proposant l'interrogation à distance d'un système documentaire, c'est-à-dire toutes les banques de données.

1. V. notamment, *supra*, n° 14.

B / Le droit de collecter des données vacantes

32. La règle du libre et égal accès à des données vacantes figure certainement au nombre des principes généraux qui fondent un État de droit et de liberté. Elle est le gage indispensable du pluralisme de l'information et de la libre recherche scientifique. Pratiquement, elle signifie qu'aucune discrimination ne doit être opérée entre les personnes qui collectent les données, créent l'information et la diffusent. C'est ce qu'impliquent la loi sur la presse (art. 1) et la loi sur la communication audiovisuelle (art. 2).

Il est vrai que le libre accès aux données subit des restrictions importantes, non seulement pendant la guerre mais aussi en temps de paix quand l'intérêt général la commande, notamment la sûreté de l'État et la sécurité des personnes. Mais ces restrictions ne doivent pas s'accompagner de discriminations ; il faut qu'elles soient communes à tous ceux qui relèvent de la loi française. Dans le couple liberté-égalité en matière d'accès aux données, on ne voit pas que les atteintes parfois portées au premier des deux termes puissent jamais affecter le second.

33. Les dimensions mêmes de cette étude tracent la limite de ses ambitions.

Son premier objectif était de proposer une définition aussi générale que possible de l'information, applicable à toutes ses espèces. Elle visait ensuite à montrer que la valeur de l'information exprime sa réalité juridique en tant que bien, et pas seulement comme service. Ce bien étant susceptible d'appropriation, il fallait rechercher les conditions de cette appartenance, souvent doublée de patrimonialité. Elles nous apparaissent liées à la genèse même du bien information qui, par principe, accède à la vie juridique sous le signe de la propriété de son auteur.

Cette propriété peut évidemment changer de titulaire par le jeu contractuel tant que l'information conserve sa validité. Mais c'est un droit fragile, en raison de l'immatérialité de son objet et des possibilités de détournement que les techniques comportent. Sa fragilité se vérifie chaque fois qu'un régime légal particulier ne confère pas à son titulaire une protection spécifique de type privatif adaptée à la nature de l'information.

Pourtant, la reconnaissance de l'appropriation telle qu'elle est ici proposée comporte deux conséquences importantes. Elle procure, d'une part, au maître de l'information les sûretés négatives de la réten-

tion et du retrait, ainsi que la protection générale déduite de la responsabilité et de ses satellites. Elle assure, d'autre part, aux droits du maître sur l'information une prééminence de principe sur le droit d'autrui à cette information. Le droit à l'information est celui de collecter des données vacantes (ou publiques), pour créer librement le bien-information. Il n'est pas d'exiger une information privée, mais il est d'obtenir un accès libre et égal à cette information lorsqu'elle est rendue publique.

34. L'enchaînement de ces réflexions peut dérouter car il rapproche des choses hétérogènes, qu'il n'est pas habituel de mettre en relation, telles que les fichiers nominatifs, les droits d'auteur, les contrats et procédures de saisie, de distribution, etc. Mais le dénominateur commun de l'information fait qu'il existe une synergie entre ces éléments disparates. On pourrait concevoir un organigramme, voire un graphe, formalisant la naissance et la vie juridique des informations comme bien et comme service.

L'intérêt de cette vision globale est de montrer où se situent les points forts et les lacunes du dispositif juridique qui encadre l'information. Il est aussi de poser les principes par référence auxquels les lois à venir devront se situer, soit qu'elles les appliquent, soit qu'elles les écartent. L'instrument d'analyse et la méthode ainsi dégagés nous semblent propres à favoriser la cohérence du droit futur, conformément au dessein qui inspira, dès le début, notre démarche.