

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La notion d'information : la valeur juridique de l'information

Schaff, Sylvie

Publication date:
1985

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):
Schaff, S 1985, *La notion d'information : la valeur juridique de l'information..*

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.



La Notion d'Information.

LA VALEUR JURIDIQUE DE L'INFORMATION

Sylvie Schaff
Chargée de Recherches
au C.R.I.D.

Introduction

Les services télématiques professionnels ont pour objet d'appliquer à l'information un traitement informatique afin de la transformer, de l'enrichir et de créer de nouvelles informations (statistiques, calculs, gestion) ou de la communiquer et de la rendre plus largement accessible (banque de données, courrier électronique).

Aussi, en introduction d'une étude consacrée aux services télématiques professionnels apparaît-il comme essentiel de définir l'information telle qu'on l'entend lorsque l'on parle de son traitement.

En effet, il existe une certaine confusion et des incertitudes dans ce domaine, notamment quant à la distinction entre les informations, les données et les biens informationnels. Cependant, afin de demeurer dans le cadre de notre sujet, cette étude sera volontairement limitée aux aspects juridiques de l'information et ne tentera pas une analyse plus globale du phénomène (sémantique, sociologique, ...).

Cette introduction sera divisée en deux sections, traitant respectivement de la notion d'information et de son statut juridique.

Section 1 - La notion d'information

L'information occupe aujourd'hui une part importante de l'économie. Ainsi près des 2/3 des P.N.B. des pays européens sont directement ou indirectement influencés par les technologies de l'information, et plus de 50% de la population active des Etats-Unis travaille dans ce secteur. Certains voient même dans l'information la ressource de base d'une nouvelle société (1). Aussi est-il paradoxal de constater que l'information reste une notion difficile à cerner et à définir.

Par exemple, un économiste peut déterminer le coût d'un système d'information (téléphone, réseau de transmission de données, ...) mais il ne peut pas calculer son impact, quantifier le rôle de l'information et le pouvoir qu'elle confère.

De même, le droit appréhende l'information sous plusieurs de ces aspects (liberté de la presse, propriété intellectuelle, ...) mais n'en donne aucune définition générale et abstraite.

Du fait du rôle déterminant que joue l'information dans la société aujourd'hui, le droit ne peut plus se limiter à cette approche ponctuelle et doit appréhender l'information d'une façon globale, déterminer les principes généraux qui la gouvernent et fournir un cadre juridique qui protège son développement et réprime les abus quelles que soient les formes qu'ils prendront.

Mais avant de pouvoir définir le cadre juridique qui régit l'information, il faut la présenter. Comment est-elle créée? Quelles sont ses caractéristiques?

1) La création de l'information

a) Sur le plan technique

L'observation de la pratique révèle que l'information est créée à partir de données.

Les données sont des faits, des concepts, des relations qui sont susceptibles d'être organisés, par une série d'opérations en informations fonctionnelles (2).

En tant que telle, une donnée a peu de signification.

Exemple de données : soleil, lever, est, 6, ...

Leur organisation consiste à les placer dans un contexte plus large, à les lier au monde extérieur de façon à ce qu'elles en fassent partie intégrante, et enfin à leur donner un sens. Dans notre exemple : le soleil se lève à l'est à 6 heures. La combinaison des données a créé une information.

On peut dès à présent y voir deux conséquences :

- seule l'organisation des données est proprement originale, et l'organisation des mêmes données par des personnes différentes aboutira souvent à des résultats différents. Cette remarque est à la base du droit de propriété intellectuelle.

- l'importance des données vient du fait qu'elles constituent l'élément de base de l'information, qui a une valeur supérieure à la somme des valeurs des données dont elle est constituée. Ainsi le Comité des Nations Unies pour l'Utilisation Pacifique de l'Espace distingue entre les données recueillies par les satellites de la N.A.S.A. et vendues à bas prix et les données analysées, qui sont l'objet d'un droit de propriété et dont le prix est beaucoup plus élevé.

La collecte des données et leur transformation en information est une activité proprement humaine. Mais l'homme dispose d'instruments de plus en plus sophistiqués pour l'aider dans ces opérations.

Il n'est plus limité à ses perceptions naturelles, et accroît le nombre et le type de données collectées grâce au microscope, aux antennes, aux satellites, ... De même, pour analyser ces données, il dispose maintenant de l'ordinateur, qui va accomplir à sa place et plus rapidement les calculs les plus fastidieux.

Grâce à sa rapidité, l'ordinateur permet d'effectuer des opérations très complexes sur un très grand nombre de données dans un temps raisonnable, et en tout cas beaucoup plus court que celui qu'il aurait fallu à l'homme pour le faire lui-

même. Cette constatation ne doit cependant pas faire perdre de vue que l'ordinateur est seulement un instrument, qui accomplit ce que l'homme lui a commandé de faire.

L'utilisation de l'ordinateur dans cette tâche appelle cependant quelques précisions techniques et surtout terminologiques.

Le mécanisme d'un ordinateur est simple et logique : il fonctionne à partir d'impulsions électriques (les bits) et ne connaît que deux signaux : le courant passe ou ne passe pas (système binaire).

Lorsqu'il a déterminé les opérations qu'il veut effectuer, l'homme va les traduire en langage machine par des instructions dans un programme. De même, il va traduire en langage machine les informations et données qu'il veut analyser (encodage) et les introduire dans l'ordinateur. On appelle "données" le résultat de cette traduction, c'est-à-dire des chaînes de signaux binaires.

Cette appellation est en conformité avec la définition d'une donnée indiquée plus haut (élément de base de l'information, sans signification propre), mais elle a pu engendrer des doutes du fait de sa représentation particulière (signaux binaires).

L'application du programme aux données est appelé le "traitement". Le résultat du traitement pourra, après le décodage, être utilisé par l'homme tel quel (factures, lettres...) ou pour créer d'autres informations (calculs, statistiques, ...).

Il apparaît donc que ni le programme, ni les banques de données ne sont des informations, mais que ce sont des instruments qui vont servir à en créer, le programme en effectuant leur analyse et la banque de données en facilitant leur collecte. En effet, la banque de données est un fichier, une liste, un ensemble d'informations classées de façon à pouvoir être retrouvées facilement, qui diffère très peu d'un fichier manuel dans son principe. L'apport de l'informatique va permettre :

- de classer un plus grand nombre de données dans un espace plus petit (bandes magnétiques);

- de retrouver plus facilement et plus rapidement l'information recherchée ou les informations relatives à un thème donné.

L'écriture du programme et la création de la banque de données représentent un travail et une valeur économique qui méritent une protection juridique.

Après des hésitations, il semble maintenant admis que le programme d'ordinateur peut faire l'objet d'un droit d'auteur ou brevet qui le protégera des utilisations illicites. La banque de données elle-même, par l'organisation et le classement qu'elle suppose, a été comparée à une oeuvre seconde (anthologie...) et la Cour de Cassation française a reconnu à son producteur un droit d'auteur (Arrêt Microfor - Le Monde).

Mais le fait que le programme et la banque de données soient protégés par le droit de la propriété intellectuelle ne permet pas de déduire qu'ils doivent être considérés comme des informations. Il leur manque pour cela l'individualité, l'indépendance. L'un comme l'autre n'existent qu'en fonction de l'ordinateur, en raison et l'ordinateur et n'ont aucun sens sans lui. Ainsi un programme est écrit pour un certain type d'ordinateur, et ne fonctionnera pas sur un autre. Aussi, bien qu'ils soient des créations intellectuelles et présentent les mêmes caractéristiques que l'information, le programme et la banque de données doivent être considérés, dans l'analyse de la notion d'information, comme faisant partie intégrante de l'ordinateur, instrument de traitement de données.

Cette définition de l'information comme le produit de l'analyse de données (quelle que soit la forme du produit et que l'analyse soit faite par un homme ou par une machine) est volontairement très large, à l'image de la réalité qu'elle veut cerner. En effet, l'information est tout ce que peuvent percevoir nos cinq sens, quelle que soit la forme sous laquelle elle est matérialisée; ce sont des renseignements, des images, des sons, des odeurs, ...

b) Sur le plan économique

Dans la vie courante, la qualification d'information est réservée à ce qui est utile (information est alors synonyme de renseignement) ou à ce qui est nouveau (le contenu des journaux). L'information est à la fois quelque chose de bref et de pratique. Il ne viendrait à l'idée de personne de qualifier d'information un roman ou une théorie mathématique.

Mais l'information a pris aujourd'hui une dimension plus générale. On parle des technologies de l'information, de la civilisation de l'information, de l'ordre public informationnel en la pensant comme toute forme de communication de savoir ou de connaissances. Ce glissement du sens du mot "information" est certainement l'un des motifs des troubles et incertitudes qu'elle provoque dans la doctrine aujourd'hui.

Un deuxième motif est l'évolution de l'économie et la place prépondérante qu'y a prise l'information. Alors que jusqu'à la deuxième guerre mondiale la société capitaliste était dominée par la production et la consommation de biens matériels, elle connaît depuis les années 50 un essor continu du secteur tertiaire et en particulier de la production d'information (3). Cette information est non seulement un objet de consommation, comme le prouve l'expansion des mass media, mais également un élément du processus de production (importance du know how).

La transformation de l'information en un bien marchand a profondément modifié à la fois sa production, sa consommation et sa nature.

En effet, à partir du moment où elle est destinée à être commercialisée, l'information doit devenir "vendable" et "consommable". On va donc en planifier la production, en assurer la distribution, fixer son prix de façon à assurer un profit aux capitaux investis, voire même stimuler la consommation par la création de nouveaux besoins. Ce qui n'est pas sans influencer sur la qualité de l'information produite.

L'entrée dans le circuit économique va changer la nature de la plus grande partie des informations, qui deviennent quantifiables, prévisibles et standardisées. Bien sûr, elles doivent présenter un élément de nouveauté pour conserver une valeur, mais cette nouveauté est limitée par avance à un cadre déterminé. Cette tendance présente un danger à la fois pour le progrès et l'évolution de la société en général et pour la liberté de circulation de l'information sous toutes ses formes.

Enfin l'"industrialisation" de l'information exerce une influence sur la fixation de son prix.

Par nature, la valeur de l'information est fondée sur sa rareté, sur sa nouveauté et non sur le temps ou les moyens utilisés pour la produire : elle peut naître d'une intuition spontanée. En effet, l'information est un élément essentiel de la décision, dont elle réduit les incertitudes en permettant de connaître les possibilités existantes et de prévoir les implications des choix. Une information a donc d'autant plus de valeur que le degré d'incertitude dans un domaine est élevé (4). Ce postulat, issu de la théorie des probabilités, trouve application dans le domaine économique où l'information est un bien marchand, dont le prix est déterminé par les lois du marché. L'activité des agences de presse par exemple le démontre.

À partir du moment où l'information devient un bien de consommation courante produit en masse, son prix va être influencé par des considérations de rentabilité : remboursement du capital investi pour sa production et création d'un profit. Le créateur de l'information a alors le choix de la vendre à un seul client à un prix très élevé (celui-ci a alors un avantage sur ses concurrents et récupérera la somme déboursée grâce à l'augmentation de ses bénéfices) ou la vendre plusieurs fois à un prix moindre. Il est cependant à craindre qu'il se crée une différence entre le prix et la valeur d'une information.

Mais l'information est un bien curieux, et avant d'étudier son régime juridique, il paraît utile de dresser un tableau de ses caractéristiques.

2) Les caractéristiques de l'information

Les caractéristiques liées à la nature même de l'information expliquent les difficultés que soulèvent sa commercialisation et la détermination de son statut juridique (5).

- l'information n'est pas divisible (peut-on parler d'une demi-idée?);

- elle est difficilement séparable de sa description (à quel point la description devient-elle l'information elle-même?) Lors de sa commercialisation, il peut être difficile de parvenir à un équilibre entre intérêt du vendeur (ne pas trop en dire pour ne pas dévaloriser son bien) et celui de l'acheteur (connaître la teneur de ce qu'il achète);

- l'information est difficilement mesurable, en ce sens qu'il n'existe pas d'unité de mesure commune à toutes les informations. La valeur d'une information sur le marché dépend de sa rareté à un moment donné;

- l'information ne s'use pas : elle peut être utilisée des milliards de fois, elle peut perdre sa valeur économique (devenir un bien public) ou sa valeur pratique (devenir obsolète ou dépassée), elle n'en demeure pas moins utilisable;

- l'information est facilement et indéfiniment reproductible. Le mode de reproduction le plus courant et le moins cher est sûrement la parole, mais l'impression, la photocopie, l'enregistrement, ... deviennent rentables au delà d'un certain nombre de reproductions.

Plus l'information est reproduite, plus elle perd de sa rareté et donc de sa valeur. Le prix d'une information tient compte de cette dévaluation.

Sur ce point on a proposé d'adopter un système de redevance basée sur l'usage, l'exploitation ou la reproduction, qui permettrait à l'auteur de retrouver son investissement initial tout en répartissant plus harmonieusement le prix de l'information (dans la situation actuelle, le prix pèse en totalité sur les premiers exemplaires reproduits pour devenir quasiment nul après un certain nombre de reproductions) (Madc) p. 65.

- l'information peut être publique (accessible à tous) ou privée (réservée à quelques uns).

Le droit intervient alors pour protéger certaines informations privées contre les divulgations illicites (qu'elles aient des motifs commerciaux ou non);

- la création de l'information est chère. Cependant, cette activité est reconnue comme nécessaire et encouragée en permettant aux créateurs d'amortir l'investissement qu'ils ont consacré et d'en tirer un profit par la vente de l'information.

Ici aussi, le droit intervient pour reconnaître un droit de propriété à ces créateurs et sanctionner ses violations (en particulier la reproduction illicite);

- l'information a un caractère cumulatif, en ce sens qu'elle est créée à partir des découvertes des générations précédentes. L'intérêt général requiert donc ici que les droits exclusifs sur une information soient limités à un certain délai, à l'expiration duquel elle tombe dans le domaine public;

- la communication de l'information n'en prive pas son détenteur initial (créateur ou non).

- l'information est immatérielle, mais peut être incorporée dans un support (papier, bande magnétique, pellicule cinématographique, ...);

- l'information a une valeur économique.

Comment le droit appréhende-t-il l'information? Face à un phénomène aussi flou et protéiforme, il n'est pas vraiment étonnant de constater qu'il n'existe pas (ou pas encore) de théorie générale de l'information et que le droit se contente aujourd'hui d'une approche pragmatique et ponctuelle. Pourtant, l'importance qu'a prise l'information dans la société et les esprits exige qu'une telle théorie soit ébauchée.

Section 2 - Le statut juridique de l'information

1) La nature juridique de l'information

Du fait de son caractère immatériel, l'information est difficile à appréhender sur le plan juridique.

Mais on peut raisonner ici par analogie et remarquer que le droit a déjà reconnu l'existence et organisé la protection juridique d'autres éléments immatériels, comme par exemple la clientèle, la réputation ou le droit d'auteur. L'information pourrait être l'un d'eux.

La question suivante est alors : l'information est-elle un bien? Planiol et Ripert écrivaient il y a cinquante ans :

"La notion de chose ou de bien est une représentation intellectuelle et nous admettons que la qualité d'objet de droit peut être attribuée à un bien immatériel, pourvu que ce bien soit considéré comme tel économiquement et qu'il soit digne de protection juridique" (6).

Il semble que l'information remplisse les deux conditions posées. Elle est considérée comme un bien du point de vue économique, puisqu'elle fait l'objet de transactions, d'amortissement, de commercialisation. Le développement d'une industrie de l'information en fournit une preuve suffisante. M. Catala écrit sans ambiguïté : "L'information est un bien susceptible d'appropriation. Sa vocation naturelle est de posséder, sauf exception, une valeur patrimoniale" (p. 16). Est-elle digne de protection juridique? Il faut répondre par l'affirmative.

Jusqu'à présent, l'information a souvent été identifiée en droit à son support (comme par exemple en droit douanier) ou à un service (conseils de toute nature). Elle n'était que rarement appréhendée en tant que telle, comme par exemple à l'article 27 de la loi française du 29 juillet 1881 qui sanctionne la fausse nouvelle comme la falsification de n'importe quel autre produit.

Mais il apparaît aujourd'hui que l'information a une réalité intrinsèque, qui préexiste aux utilisations dont elle peut faire l'objet et qui exige qu'on la protège en tant que telle (7).

La nécessité de sa protection juridique est simplement démontrée par l'existence d'une telle protection sur de nombreux types particuliers d'informations. Il s'agit donc seulement de généraliser, d'approcher de façon plus globale et de trouver la logique interne d'un principe qui existe déjà et qui jusqu'à présent n'a été abordé que de manière ponctuelle et fragmentée.

Face aux développements des nouvelles technologies et à la prise d'importance de l'information qui les ont suivi, la tentation est grande de penser qu'il s'agit d'un domaine nouveau. Une réflexion un peu approfondie révèle qu'il n'en est rien, que ces changements ont en fait une fonction de révélateur et ne bousculent pas "...des schémas de raisonnement reçus mais au contraire mettent en lumière des idées et des conceptions normalement restées au stade de l'implicite ou au moins souffrant d'un défaut de théorisation" (8).

C'est ici le lieu de faire une remarque sur l'apparition de termes nouveaux qui suivent le progrès et qui sont parfois seulement des tentatives de saisir une notion que l'on appréhende mal. C'est par exemple le terme de "bien informationnel", qui signifie que l'information est un bien (point sur lequel existaient des doutes). En fait, tout le droit de la propriété intellectuelle est fondé sur la notion (peut être implicite) que l'information est un bien, et le fait d'avoir mis cette caractéristique en lumière ne semble pas nécessiter l'utilisation d'une nouvelle expression.

La difficulté de considérer l'information en elle-même comme un bien sur le plan juridique semble être la conséquence de deux de ses spécificités : la possibilité de la reproduire à un coût modique et le lien étroit entre l'information et son créateur.

En effet, on peut se demander si l'information est susceptible d'un véritable désaisissement. Par la reproduction, la communication de l'information n'en prive pas le détenteur initial. Dans de nombreux cas, l'auteur qui a cédé ses droits conserve un droit de regard sur l'usage qui est fait de l'information cédée (droit moral, protection des données nominatives).

On peut répondre à cette remarque par deux observations. La première est que la "désaisissabilité" n'est pas une condition mise à la reconnaissance d'une chose comme un bien (cf. Planiol et Ripert). La seconde est que lorsqu'il communique l'information, l'auteur s'en "désaisit" d'une certaine manière puisqu'il la rend utilisable par d'autres. Aussi la qualification de l'information ou du moins de certaines informations comme un bien nous paraît-elle souhaitable.

Mais elle ne doit pas empêcher de reconnaître ce que la pratique démontre tous les jours, à savoir qu'il existe plusieurs catégories d'informations. Nous en distinguons trois (9) :

- un certain nombre d'informations sont tout d'abord des "res nullius", des biens libres qui n'appartiennent à personne et circulent librement. Leur existence est fondée sur les droits fondamentaux de la personne humaine, en particulier la liberté d'expression, et dans l'idée d'un patrimoine commun de l'humanité. En pratique, il est admis que les idées et le raisonnement ne sont pas l'objet d'un droit de propriété; la liberté d'information est reconnue par les textes internationaux; il existe des informations qui doivent être connues par tous (renseignements administratifs, ...);

- l'information peut ensuite être liée à une personne physique ou morale qu'elle concerne. Il est reconnu à cette personne un droit sur cette information justifié par le respect de la vie privée (pour les personnes physiques), par l'interdiction de la concurrence déloyale et le respect du secret des affaires (pour les sociétés) et par le secret d'Etat (pour les Etats). C'est la nature de l'information qui justifie ici la protection juridique qui lui est accordée (bien qu'elle puisse avoir une valeur économique non négligeable);

- enfin, l'information peut aussi être un bien économique, c'est-à-dire auquel est attaché une certaine valeur en argent ou en pouvoir, et qui est utilisé au sein d'un groupe fermé (entreprise par exemple) ou mis en vente sur le marché (agences de presse).

Les mesures juridiques applicables à cette information sont destinées à préserver sa valeur économique (qui diminue si l'information est divulguée).

On peut distinguer ici deux sortes d'informations :

- les informations destinées à être communiquées. L'intérêt de leur auteur est qu'elles soient largement diffusées (il touche un pourcentage pour chaque exemplaire vendu), qu'elles ne soient pas reproduites de façon illicite (pour la même raison), que son nom soit indiqué et que l'information diffusée soit exactement celle qu'il a créée (exemples : journaux, livres, films,...).

- les informations secrètes, ou qui ne sont pas destinées à être largement communiquées. Ce sont essentiellement des informations industrielles (know how, brevets, ...) qui procurent à leur détenteur un avantage sur ses concurrents. L'intérêt de l'acheteur est d'être le seul à posséder cette information (interdiction pour le vendeur de l'utiliser ou de la vendre à d'autres).

Le concept d'une civilisation de l'information engendré par le progrès technologique est fondé sur une large circulation de l'information en tant que bien économique. Il faut cependant ramener cette théorie à ses justes proportions en remarquant que :

- toutes les informations ne sont pas des biens économiques; il existe des informations "libres", gratuites et accessibles à tous (donc hors commerce) et il existe des informations dont la collecte est interdite (vie privée, secret d'affaire, secret d'Etat) et dont le commerce est illicite.

- même lorsqu'une information est un bien économique, son idéal n'est pas toujours de circuler largement (au contraire).

Il ne faut donc pas confondre la circulation de l'information avec la libre circulation de l'information, c'est-à-dire le fait de faciliter sur un plan pratique, et notamment grâce à la télématique, la circulation des informations qui peuvent et qui veulent circuler. Le droit intervient pour assurer la protection des autres informations contre les divulgations nuisibles.

2) Le régime juridique de l'information

Traditionnellement, le droit de l'information est synonyme du droit de la presse (voir Auby et Ducos-Ader, Droit de l'Information, Dalloz, Paris 1976). Cette approche part de la notion d'information telle qu'on l'entend dans le sens courant (nouvelles, renseignements donnés par les mass média), et vise à promouvoir la libre circulation des idées et leur diffusion par la presse, la radio et la télévision,

reconnue à l'article 18 de la Constitution belge et l'article 1er de l'arrêté du 16 octobre 1830.

Le rôle du droit dans ce domaine consiste à déterminer les conditions d'exercice de cette liberté (réglementation administrative de la presse et de l'audio-visuel) et en particulier à lui fixer certaines limites (répression des délits de presse tels la provocation, l'outrage, la divulgation de fausses nouvelles ou de secrets).

Le droit de la presse n'est cependant pas le seul à appréhender l'information comme un objet de droit.

Plusieurs autres branches juridiques touchent à ce sujet, dont le trait commun est de protéger certaines informations contre les divulgations illicites (10).

a) Le droit pénal

- le secret d'Etat (art. 116 et s. C. pén.).

La communication à un ennemi d'informations concernant la défense du territoire ou la sécurité de l'Etat est puni de mort. L'information est ici protégée (c'est-à-dire sa divulgation interdite) en raison de sa grande valeur sur le plan diplomatique ou stratégique;

- le secret de fabrique (art. 309 C. pén.)

"Celui qui aura méchamment ou frauduleusement communiqué des secrets de la fabrique dans laquelle il a été ou est encore employé sera puni d'un emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de 50 F. à 2.000 F."

Selon l'arrêt du 27 septembre 1943 de la Cour de Cassation, le secret de fabrique est "... un fait technique qui, contribuant à la réalisation des opérations mises en oeuvre dans une fabrique pour obtenir un produit déterminé, est de nature à procurer au fabricant des avantages techniques et à lui assurer sur ses concurrents une supériorité d'une nature telle qu'il y a pour lui un avantage économique à ce qu'il ne soit pas connu de ses concurrents" (11).

Classée parmi les infractions relatives à l'industrie et au commerce, la motivation de cette incrimination est le maintien de conditions économiques saines et d'une concurrence loyale. Son champ d'application est cependant assez limité.

Elle ne concerne que les processus de fabrication, et non les techniques commerciales, financières ou administratives qui peuvent pourtant procurer à une entreprise un avantage non négligeable sur ses concurrents. Il faut noter cependant qu'elle s'applique à tous les processus de fabrication, et en particulier à ceux qui ne sont pas brevetés.

Ensuite cette incrimination ne vise que les employés ou ex-employés de l'entreprise et ne couvre donc pas les cas

d'espionnage par des tiers. Elle paraît donc autant destinée à garantir la loyauté des salariés envers leur employeur qu'à éviter la divulgation de processus secrets.

La protection du secret de fabrique a pu être interprétée à contrario comme une disposition en faveur de la circulation de l'information.

En effet, celui qui ne fait pas breveter les nouvelles techniques qu'il a élaboré (qui tomberaient donc dans le domaine public après 30 ans) et qui préfère les garder et créer ainsi un monopole sans limitation de durée, "... est un égoïste dont le droit, sans doute, doit être respecté en lui-même, si peu favorable qu'il soit au développement du progrès, mais doit par cela même être renfermé dans de strictes limites" (12).

Cette théorie n'explique cependant pas l'origine du droit de l'entreprise à garder secrets ses procédés techniques, et qui pourrait être de favoriser justement le développement du progrès en permettant à celui qui a inventé un nouveau processus de l'exploiter lui-même afin d'amortir les investissements qu'il y a consacré. C'est le raisonnement qui est suivi en matière de propriété intellectuelle (cf. infra).

- Le secret professionnel (art. 458 Code pén.) couvre les informations échangées dans le cadre de certaines activités professionnelles, essentiellement médicales.

Il a un double fondement : la protection du droit des particuliers à la confidentialité des informations qui les concernent (vie privée) et la protection de la confiance accordée à certaines professions.

Par opposition au secret d'Etat ou de fabrique, il ne s'agit pas ici de la protection de certaines informations spécifiques, mais de l'interdiction pour le praticien de divulguer ce que lui a confié son patient. Les informations visées sont d'ailleurs moins précisément définies que dans les deux premiers cas, et concernent la réputation, l'honneur ou l'intégrité d'une personne (mais pas ses activités économiques ou financières).

- Enfin le secret de la correspondance (art. 460 Code pén.) ne vise pas non plus à protéger un certain type d'informations contre les divulgations illicites, mais garantit la confidentialité des communications en général, quel que soient les informations transmises.

L'exemple du droit pénal montre donc que l'information peut être protégée juridiquement en raison de son contenu (secret d'Etat ou de fabrique) ou en raison de son mode de communication (secret professionnel ou de la correspondance), le principe étant que les informations non-protégées sont libres. La suite de l'analyse devrait permettre d'affiner

cette proposition.

b) La protection de la vie privée

Il s'agit ici de la protection par le droit des données nominatives, c'est-à-dire permettant d'identifier directement ou indirectement une personne.

L'importance de cette protection, considérée comme une garantie fondamentale de la démocratie, a été soulignée par le développement des nouvelles technologies et en particulier de l'informatique et des banques de données.

Cette protection est prévue par plusieurs textes internationaux et par la loi nationale de nombreux pays (cf. infra).

Comme en matière de secret d'Etat ou de fabrication, c'est le contenu de l'information qui justifie sa protection juridique. On peut rapprocher le droit au respect de la vie privée du droit à l'image ou à la réputation.

c) Les droits de propriété intellectuelle

Les inventions nouvelles, originales et exploitables au niveau industriel peuvent faire l'objet d'un brevet qui garantit à son titulaire un monopole d'exploitation pendant une durée déterminée (20 ans en Belgique, selon l'article 3 de la loi du 24 mai 1854). A l'expiration de ce délai, l'invention tombe dans le domaine public et peut être utilisée par tous.

Le même type de protection existe pour les oeuvres littéraires ou artistiques nouvelles et originales, qui font l'objet d'un droit d'auteur interdisant les reproductions non-autorisées durant la vie de leur auteur et 50 ans après sa mort (art. 2 de la loi du 22 mars 1886).

Ces deux types de dispositions sont destinées à favoriser la création et l'invention en permettant à leurs auteurs d'être payés de leurs efforts. Elles limitent cependant ces droits à une certaine durée, afin de permettre à tous de les utiliser librement ensuite.

Nous retrouvons ici la dualité déjà évoquée entre le respect des droits portant sur l'information et le principe de sa libre circulation. Il apparaît que le Droit tente de les concilier en posant des critères permettant de déterminer le principe applicable à une information donnée (contenu de l'information, intérêt général à la divulguer, intérêt particulier à la garder secrète, convention entre les parties sur ce point, ...).

d) Le droit social

L'article 17-3 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail interdit aux salariés de divulguer des secrets de fabrication ou d'affaire ou toute affaire à caractère personnel ou confidentielle et de se livrer ou de coopé-

rer à des actes de concurrence déloyale pendant la durée du contrat et après sa résiliation. Cette interdiction étant d'ordre public ne peut pas être modifiée par le contrat de travail.

On peut rapprocher cette disposition de la protection du secret de fabrique (cf. supra). Sa portée est cependant beaucoup plus large, puisqu'on peut déduire de la rédaction de l'article 17-3 que l'interdiction porte aussi sur les secrets commerciaux, financiers, administratifs ou tout autre secret lié à l'entreprise, même s'ils n'ont pas un caractère technique, ainsi que sur les données à caractère personnel.

Le manquement du salarié à ces obligations entraîne la rupture immédiate du contrat de travail. De plus, l'employeur qui a subi un préjudice du fait de ce manquement pourra obtenir des dommages-intérêts.

Par ailleurs, la clause de non-concurrence, prévue à l'article 65 paragraphe 1 de la loi du 3 juillet 1978 interdit tous les actes de concurrence, loyale ou déloyale, que le salarié pourrait commettre après la résiliation du contrat de travail. En particulier, cette clause vise expressément l'utilisation par le salarié, à son profit ou à celui d'un concurrent de l'employeur, d'informations industrielles ou relatives à l'entreprise dans laquelle il a travaillé.

Il faut cependant noter que du fait qu'elle restreint la liberté du travail du salarié, le domaine d'application de la clause est très limité.

Les restrictions posées par le droit social à la diffusion de l'information sont motivées, comme en matière de secret de fabrique, par le maintien de conditions économiques saines et de relations de confiance entre employeurs et salariés (13).

e) Le droit des contrats

Dans les contrats où l'information (sous forme de conseil, know-how, ainsi que dans les contrats d'utilisation de banques de données) joue un rôle particulièrement important, les parties insèrent une clause de confidentialité, souvent assortie d'une clause pénale sévère pour décourager sa violation.

De même, les informations échangées pendant la période précontractuelle (en particulier des renseignements sur l'entreprise, sur ses objectifs industriels ou commerciaux...) sont souvent l'objet d'un accord particulier prévoyant l'interdiction pour celui qui les reçoit de les utiliser avant que le contrat ne soit conclu.

Enfin, même si le contrat ne contient pas de clause de confidentialité, on peut estimer que cette obligation en fait partie intégrante en application de l'article 1134 du Code

Civil selon lequel les conventions doivent être exécutées de bonne foi (14). Cette obligation est cependant limitée aux parties, et la divulgation de ces informations par des tiers devra être poursuivie sur le plan délictuel (cf. ci-après). Les informations sont protégées ici en raison de leur teneur, et cette protection est motivée par les trois raisons que nous avons vues jusqu'à présent : maintien de conditions économiques saines, protection de données "personnelles" (à l'entreprise) et relations de confiance entre les parties.

f) La responsabilité délictuelle

Si les informations relatives à l'Etat ou aux personnes sont protégées contre leur divulgation par des tiers (secret d'Etat et protection des données nominatives), les informations relatives aux entreprises (informations industrielles, commerciales, financières...) ne peuvent défendues contre de telles divulgations que par le biais de la responsabilité délictuelle.

En application de l'article 1382 du Code Civil, celui qui a subi un dommage par la faute d'un tiers a droit à réparation à condition de prouver le dommage, la faute du tiers et le lien de causalité entre ceux-ci. Cependant, en raison du lourd fardeau de la preuve, le recours à l'article 1382 a une portée limitée en matière de divulgation illicite d'informations, d'autant plus qu'il ne peut aboutir qu'à une réparation pécuniaire, ce qui ne fera pas cesser le préjudice (la diffusion de l'information secrète).

On peut également penser aux articles 54 et 55 de l'Arrêté Royal du 28 février 1935 sur les pratiques du commerce, selon lesquels le Président du Tribunal de Commerce peut ordonner la cessation de tout "... acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale..." sans préjudice du droit du demandeur de réclamer des dommages-intérêts.

L'appropriation et l'utilisation d'informations secrètes d'un concurrent peuvent être assimilées à des pratiques commerciales malhonnêtes. Cette interprétation est confirmée par l'article 56 du même arrêté royal selon lequel les dispositions précitées ne sont pas applicables aux informations déjà protégées par des brevets, droit d'auteur ou autres droits de la propriété intellectuelle (marques, modèles...).

g) L'enrichissement sans cause

Enfin, on peut imaginer d'intenter une action "de in rem verso" contre celui qui s'approprié illicitement une information en arguant de son enrichissement injuste. Cependant les conditions de recevabilité de cette action sont très strictes (preuve de l'appauvrissement du demandeur, de

l'enrichissement du défendeur, du lien de causalité entre ces deux faits et de l'absence de cause de l'enrichissement) et elle ne peut être exercée qu'à titre subsidiaire, ce qui limite l'utilité pratique de ce recours en matière de "vol" d'informations.

A partir de cette protection fragmentaire et incertaine de l'information par le droit s'est développée une approche plus globale de l'information en tant que bien juridique autonome, qui a donné naissance à un "droit de l'information" encore très théorique pour l'instant.

3) Le droit de l'information

Jusqu'à présent, le droit n'a abordé la notion d'information que pour protéger certaines d'entre elles en raison de leur contenu (Secret d'Etat, données nominatives, secrets des entreprises) ou de leur mode de communication (secret de la correspondance, liberté de la presse, droit de l'audio-visuel). Cette approche révèle les deux principes directeurs en matière d'information : sa protection et sa libre circulation.

Ayant admis que l'information est un bien (cf. supra), le droit de l'information détermine comment les deux principes directeurs, apparemment contradictoires, qui le gouvernent sont mis en oeuvre en pratique.

Pour ce faire M. Catala, qui est le principal promoteur de ce nouveau droit, part de la définition de la notion d'information (15).

Selon le dictionnaire, informer signifie à la fois donner forme, signification et mettre au courant, faire part. Il en résulte deux conséquences :

- de par sa nature, l'information est nécessairement créée (à partir de données ou d'autres informations, cf. supra) et a toujours un auteur;
- l'information est par essence communicable. Elle est créée pour quelqu'un, qu'il soit identifié ou non.

Nous retrouvons ici les deux principes directeurs sus-mentionnés, qui justifient la division du droit de l'information en droit sur l'information et principe de libre circulation.

a) Le droit sur l'information

Du fait que l'information est nécessairement créée, elle est appropriée dès son origine et elle appartient à son auteur. Celui-ci peut décider de l'utilisation qu'il en fera (la conserver secrète, la vendre à quelques uns, la diffuser largement) à moins d'être légalement contraint d'en faire un

usage déterminé (par exemple, les actes des autorités publiques sont nécessairement du domaine public).

Il en résulte que toute appropriation d'une information sans autorisation de son auteur (vol, copie, plagiat, ...) est considérée comme illicite et justifiant une réparation. Certes, le préjudice est difficilement réparable puisque la valeur de l'information est fondée sur sa rareté et que toute diffusion diminue cette valeur, mais le droit connaît d'autres hypothèses de préjudice difficilement réparable (par exemple le pretium doloris ou l'atteinte à la réputation) et cette circonstance ne doit pas priver de réparation une victime injustement lésée ni laisser impuni un acte illicite.

Suivant les trois catégories d'information identifiées plus haut, on peut déterminer trois façons de créer l'information (16) :

- l'information nominative, c'est-à-dire relative aux personnes et aux patrimoines n'est pas, dans un certain sens, l'oeuvre volontaire de la personne concernée mais une conséquence de la loi (le nom par exemple) ou de ses actes juridiques (mariage, acquisition, condamnation...). Bien que n'ayant pas à proprement parler créé cette information, la personne concernée en est titulaire et possède sur elle certains droits en tant qu'attribut de sa personnalité. En conséquence, sa divulgation n'est licite que si elle résulte d'un acte volontaire de la personne concernée ou d'une mesure obligatoire de l'autorité compétente. C'est le sens des nombreuses législations protectrices de la vie privée qui existent aujourd'hui (cf. supra).

- Les oeuvres de l'esprit par contre sont créées volontairement par leur auteur qui en devient automatiquement propriétaire. M. Catala appellé ce processus "l'appropriation par la formulation" (17).

Nous avons vu que le droit reconnaît dans plusieurs hypothèses le lien qui unit l'auteur à son oeuvre (droits de propriété intellectuelle). Lorsque celle-ci n'est pas protégée en tant que telle, l'auteur peut avoir recours à d'autres voies de droit (principes généraux, concurrence déloyale, restrictions contractuelles, ...) pour sanctionner les divulgations illicites.

- Enfin, il existe des données vacantes, c'est-à-dire qui n'appartiennent à personne. Ce sont des "res nullius", des données au sens premier du terme ou des informations tombées dans le domaine public. Par principe, leur collecte est licite et le droit n'intervient ici que pour déterminer quand une information appropriée tombe dans le domaine public.

Une fois créée ou collectée, l'information va être utilisée pour créer d'autres informations ou va être exploitée telle quelle.

Dans le premier cas, l'information peut être vendue ou

utilisée par son créateur lui-même. En application du droit des contrats, celui qui acquiert régulièrement une information et qui la transforme est le propriétaire de la nouvelle information issue de la transformation (18).

Il faut noter ici que les nouvelles technologies, si elles facilitent et améliorent le processus de transformation, n'ont aucune influence sur ses aspects juridiques. Ainsi par exemple, le propriétaire d'informations peut les confier à un tiers chargé de leur transformation sans pour autant se départir de son droit de propriété ni sur les informations initiales, ni sur le résultat de leur transformation. Un exemple en est le service de traitement de données proposé aujourd'hui par les sociétés informatiques.

L'exploitation de l'information revêt un caractère spécifique du fait de sa nature, et en particulier parce que son utilisation ne l'use pas et qu'elle peut être reproduite des milliards de fois. Il faut cependant distinguer ici entre l'exploitation des informations destinées à rester secrètes et celle des informations destinées à être largement communiquées.

Les informations destinées à rester secrètes procurent à leur acheteur un avantage sur ses concurrents par l'utilisation qu'il en fera dans le cadre de ses activités. Ce sont essentiellement des informations industrielles (brevets, know how) et les contrats prévoient l'interdiction pour le vendeur de communiquer ces informations à d'autres ou de les utiliser lui-même. Le secret de ces informations est le garant de leur valeur.

Par contre les informations destinées à être largement communiquées rapporteront d'autant plus à leur auteur qu'un nombre élevé de personnes les achèteront. Il en résulte plusieurs différences avec les informations secrètes, dont la principale est que l'information destinée à être communiquée sera vendue à un prix très bas, pour tenter le plus d'acheteurs possible (par opposition à un seul acheteur et un prix élevé); les contrats ont ici pour objectif d'assurer la plus large diffusion possible et l'auteur de l'information est souvent rémunéré par un pourcentage sur chaque exemplaire vendu (livre, film, disque...).

Les reproductions illicites de l'information sont interdites dans un cas comme dans l'autre, dans le premier cas pour conserver la valeur de l'information et dans le second pour conserver une source de revenus.

On peut signaler enfin des cas intermédiaires d'informations secrètes qui sont vendues très cher à une personne pour qu'elle la diffuse largement. C'est principalement l'exemple des éditeurs de journaux, qui vont acheter très cher une information inédite, une photo exceptionnelle pour la publier. Ils s'assurent un avantage sur leurs concurrents en

diffusant largement cette information et récupèrent leur investissement dans leur activité, la diffusion. Ce type d'activité, qui rappelle que l'information est par essence communicable, amène à se poser la question de sa libre circulation.

b) La libre circulation de l'information

Se plaçant non plus du côté de l'auteur de l'information, mais de celui de son destinataire, on a pu se demander s'il existe un droit à l'information (19).

Les lois sur la presse et sur la communication audio-visuelle consacrent le principe d'une liberté de l'information, mais elles concernent son vecteur (journaux, télévision, ...) et non son contenu. Et c'est là que se marque la distinction entre la libre circulation et le droit à l'information. Nous pouvons affirmer que si la première est en voie de réalisation, le second par contre est très strictement limité et en fait ils n'ont rien à voir l'un avec l'autre : le plaidoyer pour une libre circulation de l'information concerne les moyens techniques qui permettront aux informations qui veulent circuler de le faire de façon plus rapide et plus sûre, grâce en particulier aux nouvelles technologies (télématique, satellites, ...) et aux efforts de normalisation au niveau international.

Par contre le droit à l'information, c'est-à-dire le droit de connaître le contenu de certaines informations, est une question plus juridique. Il faut distinguer ici entre les données appropriées et les données vacantes.

Nous avons vu qu'une personne a des droits sur une information dans deux hypothèses : si cette information les concernent (donnée nominative) ou si elle l'a créée (oeuvre de l'esprit).

En matière de données nominatives, il est admis qu'une personne a le droit de connaître les informations qui la concerne et qui sont détenues par d'autres. Ce droit est reconnu par la législation de nombreux pays et par plusieurs textes internationaux, qui prévoient entre autres un droit d'accès et de rectification (20).

Cependant, le fondement de ce droit est le droit de propriété reconnu à chacun sur les données qui le concernent (bien que la nature exacte de ce droit n'ait pas encore été définie) et il ne peut en aucun cas être interprété comme un exemple d'un droit général à l'information. L'accès par des tiers à des documents concernant la vie privée d'autrui est interdit, en application du principe du respect de l'intimité affirmé par les législations sus-mentionnées. Cette affirmation doit cependant être nuancée.

Tout d'abord, il existe des exceptions légales au principe, comme l'obligation de divulguer des données personnelles aux autorités administratives ou fiscales.

Mais il existe également des exceptions de fait, c'est-à-dire des situations où une personne est nécessairement obligée de divulguer des données personnelles à certains interlocuteurs (banques, assurances, ...).

Enfin, il faut mentionner que les personnes morales ne sont pas protégées par les législations sur la vie privée. Pour se défendre contre la collecte, l'utilisation et la divulgation illicites de données les concernant elles devront faire appel aux autres principes de droit mentionnés plus haut (secret de fabrication, concurrence déloyale, responsabilité délictuelle, ...).

Pour ce qui concerne les oeuvres de l'esprit, on doit distinguer celles qui sont juridiquement protégées de celles qui ne le sont pas.

L'exploitation des oeuvres protégées par des dispositions légales spécifiques (brevet, droit d'auteur) est réservée à leur propriétaire et les tiers n'ont aucun droit sur elles. Les limites de la propriété intellectuelle ont cependant été récemment remises en cause dans l'affaire Microfor - Le Monde, dans laquelle il s'agissait de savoir si la référence faite à une oeuvre pouvait être faite librement ou devait être autorisée par son auteur (21).

Cette question, qui se place exactement à la limite du droit sur l'information et du droit à l'information, a reçu une réponse nuancée prenant en considération à la fois le type de référence, son contenu et son but afin de protéger les droits de l'auteur tout en assurant la publicité de son oeuvre.

La majorité des informations cependant ne sont pas l'objet d'une protection juridiquement organisée et on peut se demander alors quels sont les droits de son auteur et des tiers. On doit distinguer ici les informations et les données vacantes.

L'auteur d'une information bénéficie toujours de certains droits, dont le plus élémentaire et incontestable est le droit de rétention : il décidera librement des modalités de divulgation de son information (moment, bénéficiaire, conditions, ...). De cette constatation, on peut déduire qu'il n'existe pas de droit à l'information, mais il faut remarquer que le propriétaire d'une information non protégée juridiquement se trouve particulièrement démuné en cas de divulgation illicite ou d'usurpation (22).

Les données vacantes n'appartiennent par principe à personne, soit qu'il s'agit de faits, soit qu'il s'agit d'informations tombées dans le domaine public. Ce principe est alors d'un accès libre et égal pour tous à ces données.

En conclusion, il apparaît que la protection de l'information et sa circulation ne doivent pas être considérées comme des principes contradictoires. De nombreuses informations, peut être la majorité d'entre elles sont protégées d'une façon ou d'une autre (technique, juridique, ...) sans que cela les empêche de circuler. En second lieu, la confusion entre la libre circulation de l'information et la liberté d'accès à l'information est dangereuse. Croire que promouvoir l'une favorisera l'autre est dans une certaine mesure un leurre qu'il convient de dénoncer.

Les propriétaires d'informations ne diffuseront jamais que ce qu'ils ont envie de diffuser, et faciliter leur circulation ne facilitera l'accès qu'aux informations déjà publiques, mais non aux informations protégées (sauf cas de fraude), ce qui n'est pas négligeable, mais doit être considéré à sa juste valeur.

NOTES

(1) J.F.SOUPIZET, "Informatique et information : Introduction à une typologie de l'information", Futuribles, Juillet-Août 1985, p. 53-54.

(2) C.J. HAMELINK, "Transnational Data Flows in the Information Age", Studentlitteratur A.B. Lund (1984), p. 10.

G. BLANC, "Attention information!", Futuribles, Juillet-Août 1985, p. 50.

(3) M. CINI, "Comment les règles du jeu de la science changent-elles?", Colloque Interuniversitaire de Nivelles des 15 et 16 mai 1981, "Du mode de production des sciences, Finalisation/Autonomie de la Recherche", Cahiers de Sociologie et d'économie régionale. Editions de l'U.L.B., Bruxelles (1981), p. 79.

(4) HAMELINK, précité n. 2, p. 11.

P. CATALA, "Ebauche d'une théorie juridique de l'information", Informatica e Diritto, 1983, p. 15.

(5) A. MADEC, "Les flux transfrontières de données : vers une économie internationale de l'information?", La Documentation Française, Paris (1982), p. 110 et s.

(6) PLANIOL et RIPERT, "Droit Civil Français", T.3, "Les Biens", n. 50.

(7) CATALA, précité n. 4, p. 17; MADEC, précité n. 5, p. 65.

(8) M. VIVANT, "A propos des "biens informationnels", SJ Doctrine (1984), n. 3132.

(9) MADEC, précité n. 5, p. 66-67.

(10) S. GUTWIRTH, "Problemen gesteld door de beteugeling van informatica fraude als aanzet tot een bezinning over een nieuw "informatierecht", Centrum voor Internationaal Strafrecht, V.U.B. Document de travail, Novembre 1985.

(11) Pas. I, 1943, p. 358.

(12) GUTWIRTH, précité n. 10, p. 9.

(13) Idem, p. 15.

(14) Idem.

(15) CATALA, précité n. 4, p. 17.

(16) Idem, p. 20.

(17) Idem, p. 21.

(18) Idem, p. 23.

(19) Idem, p. 26.

(20) J. DE HOUWER, "Privacy and Transborder data flows",
Computer and Law, V.U.B. Centrum voor Internationaal
Strafrecht, Bruxelles (Novembre 1984).

(21) Affaire Microfor - Le Monde, Cour de Cassation
française, 9 novembre 1983, Droit de l'Informatique n° 1
(1984), N. MIGNOT, p. 20-23.

(22) CATALA, précité n. 4, p. 28.