

## Chapitre 14

---

### LA « PROPRIÉTÉ » DE L'INFORMATION\*

---

#### APERÇU

Ce texte prolonge la théorie juridique ébauchée au chapitre précédent. Partant du postulat que la valeur économique reconnue à l'information en général lui donne une vocation de principe à devenir un bien incorporel, il s'efforce de préciser quelques contours de la protection juridique qui lui est ou qui devrait lui être accordée.

C'est d'abord l'appropriation de l'information qui est envisagée. Elle pré-suppose la production d'un message original dans son mode d'expression et puisé à des sources licites. Ces deux conditions étant satisfaites, l'information appartient normalement à celui qui l'a formulée, à son auteur ; mais il peut en être autrement si son œuvre a été accomplie au service d'autrui.

Quant au contenu du droit sur l'information, il est susceptible de plusieurs degrés. A son niveau supérieur, la loi lui reconnaît un caractère privatif, opposable à tous, une pleine patrimonialité garantie par les sanctions du droit civil et pénal. L'archétype en est le droit d'auteur, dont le domaine s'étend sans cesse à de nouveaux objets et dont dérivent des droits voisins.

A défaut, cependant, d'une appropriation achevée, ou dans son attente, le créateur d'information n'est pas sans recours. Il puisera dans le contrat l'instrument d'une protection relative, mais efficace inter partes. Il trouvera, en outre, dans la responsabilité civile (parasitisme) le moyen de faire cesser des

\* Étude écrite pour les *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Éd. Dalloz-Sirey, 1985.

*agissements déloyaux et d'en obtenir réparation. Ainsi se profilait, il y a dix ans, une sorte de « régime primaire » des informations en quête de droit d'auteur. On attendait plus : le droit sui generis inventé par la directive européenne sur les banques de données montre que cette expectative était fondée.*

1. Une précédente étude a jeté les bases d'une théorie juridique de l'information<sup>1</sup>. On en résumera en quelques mots les principaux acquis, tout en exposant les raisons qui nous incitent à pousser le raisonnement plus avant.

2. Si l'on admet que le mouvement se prouve en marchant, on peut aussi bien reconnaître que la valeur marchande de l'information établit sa réalité patrimoniale. Encore faut-il préciser si cette réalité s'attache à un bien ou à un service, à une valeur en capital (le bien-information) ou à une action (la communication de l'information).

Il est hors de doute que le bien-information existe indépendamment du service dont il peut être l'objet ou, pour être plus précis, qu'il lui préexiste à l'état de valeur latente.

On s'en convaincra aisément en considérant les innombrables fichiers, de clientèle notamment, dont la possession est fréquemment convoitée. Une offre d'achat de fichier a bien pour objet les données qu'il contient, considérées comme matière du contrat par l'acheteur, comme dans l'opération de vente la plus classique, et non pas une prestation du cocontractant. Quant au vol du fichier, il a pareillement pour objet les données soustraites par fraude et non pas la bande magnétique ou la microfiche qui en constitue le support contingent et occasionnel.

Ainsi, par référence à une situation élémentaire, isole-t-on sans difficulté l'information de la chose sur laquelle elle est inscrite, ainsi que du geste qui la communique. A travers la valeur qui la révèle, l'information est un bien en soi, distinct à la fois de son support matériel et de la prestation qui la délivre.

3. Ce bien est immatériel. Loin de s'incorporer au titre qui la relate, l'information peut être indéfiniment reproduite en vue de sa conservation ou de sa divulgation. De surcroît, le monopole du papier, comme instrument tangible de la communication, appartient à

1. P. Catala, Ébauche d'une théorie juridique de l'information, *Revue de droit prospectif*, Université d'Aix-Marseille III, 1983, n° 1, et *Dalloz*, 1984, chron. p. 97 et s., *supra*, p. 224 et s.

l'Histoire ; d'impalpables supports magnétiques tendent à le supplanter dans l'ordre de l'archivage et de la diffusion des données. Un bien sans *corpus* s'inscrit sur un *instrumentum* dématérialisé<sup>1</sup> : les avatars modernes de l'information engendrent des valeurs incorporelles par excellence.

4. En dépit de sa fluidité suprême, le bien-information est susceptible d'appropriation. Cette proposition est vérifiable partout où le législateur est intervenu pour protéger certaines espèces du genre, telles que l'invention brevetable ou l'œuvre génératrice du droit d'auteur. Les lois qui instituent ces variétés de la propriété intellectuelle fournissent d'utiles observations au chercheur, par la définition qu'elles donnent des données protégées et des modes de protection qui leur sont attachés.

Mais, opérant en ordre dispersé, ces lois ne formulent pas une définition générale de l'information comme bien, ni un modèle unique de protection privative. De plus elles laissent hors de leur domaine maintes informations non protégées.

5. Or, le besoin existe aujourd'hui d'acquérir des vues plus globales. Il est dû, pour l'essentiel, aux bouleversements qu'apporte l'informatique dans tout ce qui touche à l'information. Elle stimule en nombre croissant des créations intellectuelles abstraites (logiciels, savoir-faire) qui demeurent en quête de statut. Elle suscite une documentation secondaire destinée aux banques de données, dont on ne sait pas si elle peut être librement élaborée à partir de la documentation primaire. Elle impose la transformation des données existantes en vue de leur passage à l'ordinateur. Elle permet la création d'informations-résultat ou de « profils », produits par la compilation et le tri d'informations de base.

On n'en finirait pas d'énoncer les questions que posent au juriste les péripéties du traitement de l'information. Qui peut faire quoi ? Quels sont les contrats possibles, les initiatives permises, les responsabilités encourues ? Où commencent et s'achèvent le droit sur l'information et le droit à l'information ?

6. Pour mettre de l'ordre dans la matière, une définition générale a été proposée, selon laquelle l'information est un message quelconque exprimé dans une forme qui le rend communicable à autrui. Dans l'ordre chronologique, informer c'est d'abord mettre en forme, puis,

1. Cf. Rapport de M. Vasseur, L'informatique et quelques-unes de ses applications en matière bancaire et E. du Pontavice, L'informatique et les documents du commerce extérieur, in *L'informatique et le droit commercial*, Colloque de l'Association droit et commerce, *Revue de jurisprudence commerciale*, 1979, n° 11, p. 418 et s., 435 et s.

éventuellement, communiquer. Ainsi l'information est-elle toujours un bien créé ou non pas donné. Qu'elle soit formulée à partir d'une idée pure ou d'un fait observé, elle est une œuvre de l'esprit attribuable à un auteur.

Si l'information est susceptible d'appropriation, il est naturel que ce soit au bénéfice de son auteur (ou de celui qui rémunère l'auteur à cette fin). Par suite, puisqu'il n'y a pas d'information sans auteur, il ne devrait pas y avoir d'information sans maître. C'est ainsi qu'une simple définition semble procurer le moyen de reconnaître le bien-information et d'identifier son maître. Tels furent les principaux résultats obtenus au terme des premières réflexions déjà évoquées<sup>1</sup>, dont on souhaite ici mener un peu plus loin le cours.

7. L'une des voies où il semble particulièrement utile de progresser conduit à explorer le contenu des droits sur l'information, démarche qui commence par une question préalable : existe-t-il des droits autres que les propriétés intellectuelles instituées pour certaines informations par des lois particulières ? Le nier aboutirait à bloquer la situation dans l'alternative d'une protection privative complète et du non-droit. Cette vue manichéenne méconnaîtrait une réalité plus nuancée, car en dehors de la propriété littéraire et du brevet, pour s'en tenir aux droits intellectuels majeurs, il existe des modes de défense plus fragiles qui n'en attestent pas moins la préexistence d'un droit sur l'information aux formes achevées de la propriété privative.

Analyser ces prérogatives élémentaires, contribuer à les systématiser comporte un intérêt considérable. Attachées à la notion d'information prise en soi, elles lui apportent une consistance juridique de base. Ce sont les seules sauvegardes offertes aux informations qui ne forment pas des propriétés intellectuelles. Quant à ces dernières elles-mêmes, elles ne sont pas sans faille, et l'on démontre sans peine qu'une action « élémentaire » en responsabilité civile peut combler certaines lacunes du droit d'auteur (ex. l'utilisation pour soi-même et sans reproduction du logiciel d'autrui ne tomberait pas sous le coup de la loi de 1957, même s'il était définitivement admis que les programmes d'ordinateur donnent lieu à la propriété littéraire)<sup>2</sup>.

C'est dire que ce fonds commun de conséquences, s'il existe, véritable « régime primaire » de l'information, présente un intérêt général et

1. Étude précitée, *supra*, n° 1.

2. Cf. A. Lucas, La protection des programmes, in *L'informatique et le droit commercial* (cité *supra*, n. 1, p. 247), p. 478 et s.

non pas résiduel, comme on pourrait d'abord le croire, puisqu'il peut se révéler utile à des informations déjà reconnues comme objet de droit.

8. Cependant, pour que des conséquences juridiques s'attachent à une situation, celle-ci doit nécessairement satisfaire à certaines exigences, tant il est vrai que le régime juridique le plus simple implique toujours une corrélation minimum de conditions et d'effets. Une formule a été proposée, qui désigne le titulaire des droits sur l'information. S'il est vrai que celle-ci appartient, en général, à celui qui l'exprime, ce principe n'est pas absolu. Ne faudrait-il pas l'écarter au cas d'une mainmise illicite sur les données de l'information, ou encore lorsque l'auteur a accepté d'avance que le fruit de son travail appartienne à autrui ?

Toutes ces circonstances affectent les *modes d'appropriation* de l'information (I), dont on traitera d'abord avant de s'attacher à ses *conséquences* (II).

## I / LES MODES D'APPROPRIATION DE L'INFORMATION

9. La genèse de tout droit portant sur une chose, fût-elle immatérielle, suppose l'existence de son objet (en l'espèce : création de l'information) et la désignation du maître de la chose (attribution de l'information).

### A / La création de l'information

10. Une information n'existe que si elle est exprimée dans une forme qui la rende communicable : la formulation est une condition nécessaire de sa réalité comme objet de droit. Encore faut-il que cette formulation obéisse à deux exigences : comporter un élément d'innovation et résulter d'un accès licite aux sources de l'information.

#### a) L'innovation

11. Il y a deux façons de concevoir l'innovation en la matière.

La première s'attache à la nouveauté de la création prétendue par rapport à l'état antérieur du sujet. C'est le critère appliqué à l'inven-

tion scientifique en vue de sa brevetabilité : « Une invention est considérée comme nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique. L'état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date du dépôt de la demande de brevet, par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen » (L. 13 juillet 1978, art. 8).

La deuxième conception considère l'originalité de la création prétendue au regard des matériaux préexistants. Elle s'applique aux œuvres protégées par le droit d'auteur. Dans une conception étroite de l'originalité, il faut que l'œuvre exprime la personnalité de son créateur. Dans une conception large, qui seule convient aux informations en général, il suffit que l'expression de l'œuvre soit nouvelle en sa forme.

Nouveauté, originalité : de ces deux visages de l'innovation, le premier touche au fond, le second à la forme, l'un convient à la découverte scientifique, l'autre à la création littéraire, domaine où certains nient la possibilité de trouver de nouveaux thèmes<sup>1</sup>. Ce sont, en tout cas, des éléments essentiels de référence puisqu'ils touchent aux deux versions majeures de la propriété intellectuelle.

12. Il est donc vraisemblable que tout débat sur le degré d'innovation d'une information dont la protection est recherchée se situera par rapport à l'une ou l'autre de ces deux références. On le voit bien à propos des logiciels. Pour qui pense en termes de brevetabilité, c'est la logique des programmes qui est en cause : et l'on constate qu'il est extrêmement difficile d'établir leur nouveauté au sens de la propriété industrielle, sauf peut-être si l'on raisonne globalement sur la notion de système de traitement<sup>2</sup>. Pour qui pense, au contraire, en termes de droit d'auteur, c'est l'écriture de la partition informatique qui compte et l'on s'aperçoit qu'il est beaucoup plus simple d'admettre son originalité.

On pourrait en inférer que l'interprétation la plus souple de l'innovation tend à aiguiller les logiciels vers le mode d'appropriation le plus ouvert mais aussi le moins énergique. Pour l'avenir, cette conception souple semble devoir l'emporter à travers le projet de protection spécifique des programmes élaborés par l'OMPI<sup>3</sup>. Il reste à savoir si, en

1. Cf. B. Edelman, Création et banalité, *D.*, 1983, chron. p. 73 et s.

2. Leclercq, Protection juridique du logiciel, *CBI Informations*, n° 23, octobre 1982, p. 7 et s.

3. Cf. A. Françon, La protection des programmes d'ordinateur, *CBI Informations*, n° 23, octobre 1982, p. 4 et s.

droit positif, le fonds commun d'effets juridiques formant le régime primaire de l'information tel qu'on l'esquissera ci-dessous<sup>1</sup>, s'attache à la nouveauté ou à l'originalité des logiciels. Si la simple originalité suffit à engendrer un droit d'auteur sur les programmes, elle doit aussi suffire à justifier le bénéfice du « régime primaire » en leur faveur.

Ce qui est vrai pour les logiciels, dont la tonalité scientifique est accusée, devrait l'être *a fortiori* pour des informations quelconques. A titre de principe, on proposera donc que l'appropriation de l'information se fonde, sauf exception, sur l'originalité de l'expression et non sur la nouveauté de l'idée ou du thème.

#### b) La régularité de l'accès aux sources

13. Même revêtue d'une forme originale, l'information ne mérite pas protection si elle procède d'une effraction, d'un détournement ou de quelque autre abus. Parvenu à ce point, il faut sans doute opérer une distinction suivant que l'information prétendue provient de données brutes, c'est-à-dire informées, ou qu'elle dérive d'une information antérieure.

14. Quand il part de données brutes, l'auteur peut se prévaloir de la première formulation. Il est réellement créateur de l'information et le droit qu'il invoque sur son œuvre ne se heurte pas à un droit antérieur d'autrui sur une information préexistante. Le seul problème est alors de savoir si l'auteur a obtenu de manière licite les données dont il s'est servi. Diverses restrictions peuvent entraver sa collecte, tenant au respect de la vie privée, au secret des personnes et des affaires, à l'ordre et à la sécurité publics, etc. Indépendamment des sanctions pénales attachées à ces intérêts, l'auteur qui les enfreindrait ne saurait prétendre, pour son œuvre, aux protections que l'on dépeindra ci-après.

Des mouvements en sens divers et parfois contraire affectent ces temps-ci la collecte des données. Le goût d'une société « transparente » va dans le sens d'un libéralisme accru de l'information, mais la protection des individus, des entreprises et de l'État contre une « écoute » trop indiscreète pousse dans la direction opposée. Il n'est pas exclu, enfin, qu'à l'échelle internationale des réticences se fassent sentir dans certains États contre la saisie de données opérée sur leur territoire par des

1. *Ibid.*, n° 26 et s.

entreprises ou des États étrangers, en vue de les transformer en une information marchande. La création de l'information future, théoriquement illimitée grâce aux technologies nouvelles, dépend en définitive de facteurs politiques, juridiques et économiques, dont l'évolution reste, à ce jour, difficilement prévisible<sup>1</sup>.

15. Dans bien d'autres cas, l'information nouvelle se greffe sur des données préalablement formulées, autrement dit sur une information existante. Par rapport à celle qui la précède, l'information nouvelle se prévaut alors d'une innovation relative : reformulation, compilation, transformation quelconque entraînant une différenciation certaine des deux œuvres successives. Mais cette innovation ne suffit pas à justifier les droits de l'auteur sur l'information seconde. Encore faut-il qu'il ait accédé régulièrement à l'information première.

Si celle-ci n'est pas protégée par un droit privatif de propriété intellectuelle, chacun peut théoriquement s'en servir comme matériau de sa propre création sous réserve de ce qui sera dit plus loin. Ainsi sont de « libre parcours » les théorèmes et autres raisonnements scientifiques, comme les thèmes de la pensée philosophique ou littéraire. Plus prosaïquement, il est des informations qui, par leur nature de *res communis*, autorisent toute espèce de travail au deuxième degré : statistiques publiées, décisions de jurisprudence, débats parlementaires, etc. Pour résumer l'état des choses, on dirait volontiers qu'il est *a priori* licite de se saisir d'une information non protégée (droit à l'information) comme matériau d'une information nouvelle qui sera elle-même susceptible d'appropriation (droit sur l'information).

16. L'équilibre des forces se trouve modifié, lorsque certaines informations obtiennent une protection privative, comme ce pourrait être le cas des logiciels. Mais il peut l'être aussi par la reconnaissance à des informations qui ne forment pas une propriété intellectuelle du minimum d'effets qu'on leur attribuera ci-après.

Toute protection accordée à l'information présente tend à freiner la création de l'information future, puisqu'elle établit un minimum de règles de bonne conduite en matière d'accès. Il est fatal que le droit de l'auteur sur son information refoule le droit d'un autre à cette même

1. Cf. cependant les travaux de la première conférence intergouvernementale sur les stratégies et les politiques en informatique (SPIN I) tenue à Torremolinos en 1978, et la préparation de la conférence SPIN II sous l'égide du Bureau intergouvernemental pour l'informatique (IBI, Rome).



information. Ce qui favorise la créativité du premier tend à décourager celle du second.

17. C'est ce qu'illustre le droit d'auteur, protecteur par excellence de l'information. Un conflit latent oppose les promoteurs de bases de données, créateurs d'une information secondaire, aux éditeurs titulaires du copyright. Porté à la connaissance des tribunaux grâce au litige qui oppose le journal français *Le Monde* à la société canadienne « Microfor », le conflit a tourné à l'avantage du premier sur la seconde : le droit acquis sur l'information l'emporte sur le droit prétendu à l'information<sup>1</sup>.

On touche ici à l'un des points aigus du débat. Sans trahir la propriété littéraire, ne pourrait-on pas autoriser les créateurs de bases de données à indexer par mots clés les œuvres protégées dans un dessein de pur repérage documentaire ? L'interdiction qui leur en serait faite méconnaîtrait l'utilité publique des moyens d'information et sans doute aussi l'intérêt bien compris des auteurs<sup>2</sup>.

18. Ainsi suggérera-t-on assez volontiers un nouvel équilibre entre la sauvegarde de l'information actuelle, relâchée ici, renforcée ailleurs, et les facilités offertes à l'information future, diminuées ou accrues en raison inverse du mouvement précédent. Ces brèves observations montrent le terrain où se livrera sans doute le combat de l'appropriation. Ce sera celui de l'accès plus que de l'innovation, et il opposera ceux qui détiennent l'information à ceux qui la convoitent : affrontement de toujours sur un air nouveau.

### B / L'attribution de l'information

19. Si sa création satisfait aux exigences que l'on vient d'énoncer, l'information appartient normalement à celui qui la formule, à son auteur. Il arrive, cependant, que certaines relations juridiques transfèrent à une autre personne que l'auteur le bénéfice des droits sur l'information.

1. Depuis la rédaction du texte, la Cour de cassation a réformé l'arrêt de la Cour de Paris et donné gain de cause à Microfor ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 novembre 1983, *JCP*, 1984, II, 20189, note A. Françon ; *Gaz. Pal.*, 1984, I, 177, note Plaisant.

2. En ce sens J. Huet, La modification du droit sous l'influence de l'informatique, *JCP*, 1982, Éd. CI, II, 13871, n<sup>os</sup> 19 à 23.

## a) Attribution à l'auteur

20. Il est naturel que les œuvres de l'esprit appartiennent à leur auteur. C'est ce que dit dans son article 1<sup>er</sup> la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire. Quant au droit résultant du brevet, il échoit à l'inventeur. Rompant avec la tradition, la loi du 2 janvier 1968 l'avait attribué au premier déposant ; en restituant à l'inventeur ses prérogatives habituelles, la loi du 13 juillet 1978 est revenue à une solution plus orthodoxe (art. 1<sup>er bis</sup>). La solution retenue par la loi dans ces deux formes de propriété intellectuelle possède assurément valeur de principe pour toutes les créations de la pensée et notamment pour les informations quelconques.

21. Ceci posé, deux complications peuvent se présenter, dont la première concerne les créations de groupe. Les textes relatifs aux inventions protégées organisent la copropriété des brevets, sans envisager d'autres figures juridiques qui correspondent à la pluralité d'inventeurs. Au contraire, la loi de 1957 égrène une casuistique plus complexe à propos du droit d'auteur : elle distingue les œuvres de collaboration, composites et collectives, en prévoyant, pour chacune d'elles, un mode d'appropriation différent (art. 9 à 13).

Or il est certain que ces formes diversifiées de création plurale peuvent se rencontrer à propos de toute espèce d'information et pas seulement des œuvres protégées par la propriété littéraire. Il en est ainsi particulièrement dans le domaine des logiciels, si on s'attache au système de traitement pris dans son ensemble et non pas, un par un, aux programmes qui le composent. «Le style révélateur de l'origine d'un ensemble de programmes, écrit P. Leclercq, est moins celui de tel ou tel programmeur que celui de son équipe de projet, voire de sa société, où une méthode particulière de travail et des normes d'exploitation auront été définies.»<sup>1</sup>

Le législateur devra s'attacher à résoudre ces difficultés s'il institue de nouveaux droits de propriété intellectuelle. La jurisprudence aura à en connaître lorsqu'elle accordera la protection de base à des informations procédant de plusieurs coauteurs. Il serait logique qu'elle s'inspire, en tant que de raison, des dispositions gouvernant la propriété littéraire.

22. Il y aura lieu également, *de lege ferenda* pour le législateur, *de lege lata* pour la jurisprudence, de résoudre, le cas échéant, une autre

1. P. Leclercq, *op. cit.*, *supra*, n. 2, p. 250.

difficulté : l'information peut-elle appartenir à une personne morale ? A cet égard, les enseignements qui nous viennent des propriétés intellectuelles sont contradictoires : alors qu'une personne morale peut déposer un brevet, elle n'a droit à la propriété littéraire que dans le cas des œuvres collectives. Quant au système de protection proposé pour les logiciels par l'OMPI, bien qu'il soit plus proche du droit d'auteur que du droit des brevets, il prévoit que le monopole sur le logiciel peut appartenir aussi bien à une personne morale qu'à une personne physique<sup>1</sup>. C'est cette option large qui convient seule à la reconnaissance de droits généraux sur une information quelconque, si l'on veut protéger l'investissement des entreprises en matière de savoir-faire contre les agissements parasitaires.

*b) Attribution à un autre que l'auteur*

23. L'appropriation de l'information s'opère parfois sur une autre tête que celle de l'auteur, en raison des conventions que celui-ci a passées ou du statut qu'il occupe. Il n'est pas ici question des contrats qui ont pour objet de concéder l'exploitation (concession de licence, contrat d'édition...), sans transférer la propriété intellectuelle, mais des relations juridiques qui déplacent l'appropriation.

24. Lorsque l'information a été produite en vertu d'un louage d'ouvrage encore appelé « contrat de commande » selon la terminologie en usage, c'est la convention qui décide si le créateur conserve ou cède ses droits d'auteur au maître de l'ouvrage. Il y a donc là matière à interprétation de la convention. Une certaine insécurité en résulte, car la situation est fréquente si l'on songe aux multiples études, enquêtes par sondages et autres recherches confiées par des organismes privés ou publics à des entreprises spécialisées<sup>2</sup>.

25. L'œuvre produite par un salarié dans l'exercice de ses fonctions est traitée différemment par le droit des brevets et par le droit d'auteur. S'il s'agit d'une invention brevetable, la loi du 13 juillet 1978 en attribue la propriété tantôt à l'employeur, tantôt au salarié, et prévoit même l'éventualité d'un partage de la propriété ou de la jouissance

1. A. Françon, *op. cit.*, *supra*, n. 3, p. 250.

2. Sur le contrat de commande, V° *Juris-Classeur civil annexe. Propriété littéraire et artistique*, fasc. 9 bis par R. Plaisant.

entre l'un et l'autre. (art. 1<sup>er</sup> *ter*). Inversement, la loi de 1957 paraît accorder dans tous les cas au salarié la jouissance de la propriété littéraire (art. 1<sup>er</sup>, al. 3). Mais, nonobstant cette disposition, une jurisprudence relativement abondante présume la cession totale du droit d'auteur à l'employeur. Bien qu'elle soit critiquée par certains auteurs, cette jurisprudence, qui n'a pas été renversée par la Cour de cassation, continue d'exprimer l'interprétation dominante<sup>1</sup>. Nul doute qu'elle s'appliquerait *a fortiori* dans des situations auxquelles la loi de 1957 ne serait pas applicable, c'est-à-dire à des informations qui ne donnent pas naissance au droit d'auteur, mais à des prérogatives plus modestes. Le Conseil d'État consacre une solution analogue pour les œuvres des fonctionnaires accomplies dans le cadre du service public. Leur attribution à l'administration s'opère libre de toute prérogative reconnue à l'auteur, nonobstant l'article 1<sup>er</sup> de la loi de 1957<sup>2</sup>. Cette règle est importante car les données dont l'administration ne retient pas la divulgation sont ainsi « de libre parcours » ; elles forment un domaine public de l'information (archives, statistiques, etc.) dont l'ouverture est nécessaire à la création d'œuvres nouvelles.

## II / LES CONSÉQUENCES DE L'APPROPRIATION

26. De nouvelles formes de propriété intellectuelle apparaîtront tôt ou tard pour apporter une consécration patrimoniale aux conquêtes de l'esprit. Ce processus étant inéluctable, il faut sans doute se réjouir de ce qu'il n'ait pas été trop rapidement conduit. Il y a quelques années on eût probablement conçu pour les programmes d'ordinateur une protection privative trop inspirée du droit des brevets, qui serait sans doute apparue inadéquate. Aujourd'hui, on pense plutôt à protéger par un dispositif spécifique des logiciels composant un système de traitement. Demain peut-être, montant d'un degré dans la généralité des créations intellectuelles, on cherchera à établir un monopole d'exploitation sur le savoir-faire, le *know-how*<sup>3</sup>.

1. R. Plaisant, L'auteur salarié et la propriété littéraire et artistique, *Dr. auteur*, Genève, 1972, 262.

2. P. Frémond, Les droits des fonctionnaires ou agents publics ou agents des établissements publics sur les œuvres créées en leurs services, *Gazette du Palais*, 1978, I, doct. 50.

3. J. Huet, *op. cit.*, *supra*, n. 2, p. 253, n° 15.

27. Mais le propre des législations spécifiques est d'avoir un objet particulier et non pas universel. Elles laisseront toujours subsister, à la périphérie des monopoles d'exploitation, des informations dépourvues de protection privative. C'est donc pour elles d'abord, même si leur nombre est appelé à décroître, qu'il importe de mettre en évidence les effets minimum attachés à la reconnaissance du bien-information. Mais on a déjà observé que l'accès à la propriété intellectuelle n'enlève pas tout intérêt à cette protection de base pour les informations qui en bénéficient. On a vu, par exemple, que la propriété littéraire ne met pas l'auteur à l'abri de certains agissements parasites, dès lors qu'ils ne comportent pas reproduction de l'œuvre protégée<sup>1</sup> ; aussi l'auteur trouvera-t-il dans la responsabilité délictuelle un très utile complément de sécurité. Commune à toutes les données formalisées par l'homme, qu'elles soient ou non revêtues de la propriété intellectuelle, cette protection de base constitue le régime primaire de l'information.

En se limitant au droit civil, on esquissera quelques-unes de ses conséquences, tour à tour dans les domaines contractuel et extracontractuel.

#### *A / Domaine contractuel*

28. Est-il nécessaire de rappeler, tout d'abord, que le premier droit d'un auteur est de ne pas divulguer son œuvre, c'est-à-dire, s'agissant d'une information, de ne pas la communiquer ? Le refus de communication ne serait répréhensible que s'il contrevient à une obligation légale ou à un engagement antérieur. Hormis ces hypothèses, sa légitimité ne fait aucun doute : la rétention est un attribut de la possession. Celui qui s'emparerait indûment des données que l'auteur entend conserver par-devers lui s'exposerait certainement aux sanctions de la responsabilité civile et parfois même à celles du droit pénal (ex. art. 418 : violation des secrets de la fabrique ; art. 177 et 179 : corruption passive et active d'employés).

29. Qui peut le plus peut le moins : le producteur de biens-informations non protégés par une propriété intellectuelle, qui pourrait ne rien communiquer à autrui, peut à coup sûr moduler par contrat les modalités de la communication qu'il consent, en l'assortissant des

1. *Supra*, n° 7.

clauses de sauvegarde qui lui paraissent les plus efficaces. Ces stipulations permettront, le cas échéant, de mettre en jeu la responsabilité contractuelle du partenaire.

Elles peuvent se traduire, de façon alternative ou cumulative, par une limitation de l'usage autorisé au contractant, ainsi que par une interdiction de divulguer à des tiers l'objet du contrat. Comme exemples du premier type de restrictions, on peut citer la limitation de l'usage dans le temps, ou celle du nombre de copies disponibles, ou encore l'énumération des personnes ayant accès aux données, etc.<sup>1</sup>. Quant à la clause de non-communication, elle est d'autant plus efficace que le cocontractant soumis à confidentialité s'engage à garantir les fautes de ses auxiliaires même non salariés<sup>2</sup>. Si cette promesse d'abstention est relative, c'est-à-dire s'il n'en résulte pas pour le promettant un empêchement d'exercer sa profession, elle pourrait être illimitée dans l'espace et dans le temps<sup>3</sup>.

30. Au total, les stipulations du contrat qui transfèrent l'information peuvent apporter au cédant des garanties non négligeables contre un détournement d'usage<sup>4</sup>. Cependant, elles ne font la loi qu'aux parties contractantes. L'auteur n'est pas protégé contre le fait des tiers, sauf le cas où l'un d'eux se rendrait complice de la violation d'une obligation contractuelle. La convention bute ici sur une limite technique infranchissable. Mais le droit des obligations extracontractuelles ne peut-il pas alors prendre le relais de celui des contrats ?

### B / Domaine extracontractuel

31. La propriété, quand elle existe dans sa plénitude, bénéficie des multiples sanctions du droit civil et du droit pénal. Le premier, outre la protection possessoire, lui procure la revendication et l'indemnisation des préjudices causés par toute atteinte illicite au droit réel. Le second réprime les délits commis contre les biens par une gamme d'incriminations.

Sans pouvoir reproduire exactement les attributs de la propriété corporelle, les propriétés incorporelles fondées sur un monopole d'ex-

1. A. Lucas, Les programmes d'ordinateur comme objets de droits intellectuels, *JCP*, 1982, I, 3081, n° 16.

2. A. Lucas, *op. cit.* (*supra*, n. 2, p. 248), p. 485.

3. Cf. observations G. Cornu, sous Cass. com. 2 avril 1979, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1979, 812.

4. En ce sens J. Huet, *op. cit.*, *supra*, n. 2, p. 253, n° 17 et la jurisprudence citée par l'auteur.

ploitation lui empruntent son trait essentiel : l'opposabilité absolue. La revendication n'est qu'une conséquence parmi d'autres de ce trait fondamental. Elle peut être tenue en échec par l'article 2279 C. civ., sans que l'on mette en doute l'existence de la propriété mobilière. Il serait donc excessif de lier inséparablement la revendication et la propriété.

Celle-ci reste reconnaissable tant que d'autres voies de droit, fussent-elles moins énergiques, expriment son opposabilité à tous. Tel est le cas lorsqu'une action civile permet au demandeur de faire cesser le trouble causé à son bien et d'obtenir réparation, surtout si le droit pénal conforte sa position par ses moyens propres. L'obligation passive universelle, par laquelle Planiol détectait le droit réel selon une analyse féconde (si l'on admet que le devoir d'abstention peut ne pas comporter tous les caractères techniques de l'obligation négative), cette obligation passive universelle se révèle à travers les sanctions de la responsabilité.

C'est dans cette voie qu'il faut chercher l'opposabilité absolue du droit de l'auteur sur une information non protégée par un monopole d'exploitation, mais qui n'en forme pas moins une « propriété » embryonnaire.

32. Une information qui ne bénéficie pas d'une des formes classiques de la protection privative peut-elle être librement utilisée ou reproduite sans contrepartie par quiconque y trouve son intérêt ? Si la réponse est affirmative, la défense de l'auteur ne peut s'organiser que par le moyen du contrat ; elle présente un caractère irrémédiablement relatif. Si, au contraire, il existe une possibilité de mettre un terme à un usage qualifié abusif et d'obtenir éventuellement des dommages-intérêts, le caractère absolu du droit se profile, une propriété est en voie de formation.

A la base du recours possible figure le thème de l'équité : n'est-il pas injuste que la valeur créée par l'un profite gratuitement à un autre ? Peut-être le mouvement le plus naturel conduirait-il vers l'enrichissement sans cause pour obtenir compensation. Mais le procédé est peu « rentable » : d'une part, l'argument de la subsidiarité menace toujours sa recevabilité ; d'autre part, la double pesée de l'enrichissement et de l'appauvrissement condamne toujours le demandeur à l'indemnité la plus congrue. Aussi vaut-il mieux tourner le regard du côté de la responsabilité civile.

Cependant le principe général de la responsabilité civile (art. 1382) met à la charge du demandeur en réparation l'obligation de prouver

une faute et le préjudice causé par elle. Passe encore pour le préjudice, qu'on laissera provisoirement de côté, mais peut-il y avoir faute à user d'un bien non protégé? N'existe-t-il pas une contradiction entre l'absence d'un droit réel reconnu au soutien de l'information et l'existence d'une faute prétendue liée à son usage? Cette contradiction s'estompe si l'on quitte le droit commun de la responsabilité générale pour certains rameaux plus spécialisés.

33. Connue et éprouvée de longue date, l'action en concurrence déloyale, sous-produit de la responsabilité délictuelle, sanctionne des agissements très diversifiés visant à détourner indûment à son profit la notoriété, le savoir-faire d'autrui. Certaines décisions lui ont reconnu « pour objet d'assurer la protection de celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif »<sup>1</sup>. Voilà bien levée, par la Cour de cassation elle-même, l'objection liant l'usage fautif à la propriété privative. Mais la théorie de la concurrence déloyale ne s'applique, en principe, qu'entre concurrents exerçant des activités lucratives rivales. Or, cette restriction limite par trop son champ d'action, tant il est clair qu'une information (logiciel, fichier d'adresses, données quelconques) peut servir à un prédateur qui n'exerce pas la même activité que sa victime.

34. Ainsi est-ce une version moins profilée, plus ouverte de la déloyauté qui mobilise aujourd'hui l'attention des interprètes. Il s'agit de la théorie des agissements parasites qui pourrait jouer, selon un auteur qui l'a excellemment résumée, « chaque fois que quelqu'un utilise, de façon intéressée, une valeur économique d'autrui, fruit d'un savoir-faire et d'un travail intellectuel, lorsque cette valeur n'est pas protégée par un droit privatif »<sup>2</sup>. Nul doute que cette formule couvre l'usurpation de l'information dont on a déjà dit qu'elle procédait de l'intelligence et possédait une valeur économique. Cette notion de concurrence parasite<sup>3</sup> a reçu la sanction implicite de certaines décisions de jurisprudence, notamment de l'arrêt rendu par la Cour de Rouen, le 13 janvier 1981, dans l'affaire Schlumberger<sup>4</sup>. Un fort cou-

1. Cass. com. 29 novembre 1960, *Annales de la propriété industrielle*, 1961, p. 309.

2. Philippe Le Tourneau, Variations autour de la protection du logiciel, *Gazette du Palais*, 1982, Doctrine, p. 370 et s.

3. Ainsi dénommée il y a un quart de siècle par M. Saint-Gal, *La concurrence parasite*, *Revue internationale de la propriété littéraire et artistique*, 1956, p. 39.

4. Rouen, 13 janvier 1981, *PIBD*, 1981. III. 62. *Adde* la jurisprudence citée par M. Le Tourneau, *op. cit.*, *supra*, n. 2 ci-dessus et par M. Lucas, *op. cit.*, *supra*, n. 2, p. 248.



rant de doctrine, qui nous paraît mériter approbation, enregistre avec sympathie ce nouveau visage de la responsabilité civile au service de valeurs qui tendent à prendre les contours d'un bien<sup>1</sup>.

Ce faisant, la responsabilité civile se révèle, une fois de plus, « subversive », puisqu'elle confère directement une manière d'opposabilité *erga omnes* à un droit qui ne devrait pas la posséder. Mais il est excessif de dire que l'expansion du comportement parasitaire en jurisprudence viderait de son contenu les véritables propriétés intellectuelles. Autre chose est d'engager une telle action, doublement aléatoire dans son résultat quant à la responsabilité et quant à la réparation, et autre chose de s'abriter derrière les certitudes civiles et pénales du droit des brevets ou du droit d'auteur. Mais il faut savoir ce que l'on veut : si des intérêts non érigés en propriété intellectuelle méritent vraiment l'attention, vive la théorie qui leur apporte une protection minimum. Son utilité est à tous égards manifeste, soit qu'elle permette l'économie d'un nouveau monopole d'exploitation, soit qu'elle meuble son attente et laisse au législateur le soin de mieux le mûrir, soit enfin qu'elle comble certains vides des droits privatifs existants ou à venir.

35. La patrimonialité de l'information nous paraît engagée dans un processus irréversible. Sa réalisation par contrat ne fait aucun doute *inter partes*. Inversement son opposabilité absolue semblait, naguère encore, une pure chimère, en dehors des cas où le bien-information bénéficiait des monopoles attachés aux propriétés intellectuelles.

L'avenir se présente aujourd'hui tout autrement. D'une part, il est possible qu'une nouvelle protection privative apparaisse, qui couvrirait les logiciels ou même, plus globalement, les systèmes de traitement de données. D'autre part, précédant les monopoles et coexistant avec eux une fois qu'ils sont établis, l'information reconnue comme un intérêt légitime devrait bénéficier d'une protection de base, une « sauvegarde minimum à l'information garantie » (SMIG), dont les linéaments se dessinent en doctrine et en jurisprudence.

Qu'on dénomme ou non « propriété » ce nouveau droit en quête d'opposabilité, qu'on appelle ou non « régime primaire » le dispositif qui tend à le réaliser, peu importe au fond, encore que les mots aient

1. Outre l'étude de M. Le Tourneau citée *supra*, n. 2, p. 260, on mentionnera les articles de M. Huet et de M. Leclercq cités *supra*, n° 10 et 6.

une force propre qui opère sur le destin des institutions. Ce qui est captivant pour le juriste est de voir se former, chrysalide encore mais déjà vivant, un nouveau bien consacré aujourd'hui par l'économie et qui portera demain les couleurs du droit.

Il faudrait dire aussi que cette patrimonialité naissante est attestée ou le sera par le droit pénal et par le droit fiscal. Mais ceci est une autre histoire...