

## LE DROIT D'ACCÈS À L'INFORMATION, OU LE NOUVEL ÉQUILIBRE DE LA PROPRIÉTÉ

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Tout commence ainsi : on distingue le droit objectif et les droits subjectifs comme au début on sépara le jour et la nuit. La masse des règles d'une part, les multiples prérogatives de l'autre. Confondre les deux éloigne l'étudiant de première année de l'espoir d'obtenir la moyenne à son examen : ce serait mêler le jour et la nuit. Entre gens plus instruits, on manie la distinction avec assurance et pour mieux se disputer. Prétendre qu'au premier jour il y eut les règles nées de l'usage d'un légitime pouvoir de les créer et que les droits en découlèrent, au bénéfice d'assujettis reconnaissants. Soutenir qu'au premier temps des droits subjectifs naturels existaient au cœur de l'homme, prérogatives que les instruments législatifs et réglementaires ont pour devoir servile de concrétiser. Au-delà de l'enjeu de pouvoir, la bataille autour des droits de l'homme tient dans cette histoire de préséance.

Cette dispute originelle est avivée par la conception même que l'on peut avoir du droit comme il convient qu'il soit. Pour certains, l'efficiencia et la beauté du droit – que l'on associe aisément<sup>1</sup> – tiendraient dans la rareté, la simplicité, donc la pureté, des règles. Cette pureté exprimée à travers la rareté implique que le meilleur système juridique reste à l'état virtuel : la perfection des règles implique qu'il n'en soit jamais fait application par la force, même par la force de la puissance publique. Dans cette conception où classicisme romaniste et tradition asiatique se rejoignent, le procès est pathologique. On aurait pu penser que, comme l'a montré Henri Motulsky, c'est le procès qui génère, au sens fort du terme, les droits subjectifs<sup>2</sup>. Toujours est-il que les droits subjectifs revendiqués troubleraient l'eau calme des règles juridiques et abîmeraient le système. Ainsi, les auteurs des règles seraient actuellement bien fous pour multiplier de loi en loi les droits subjectifs, dont le

1. *Droit et esthétique* : Arch. phil. dr., t. 40, Sirey 1996, spéc. Ph. JESTAZ, *Le beau droit*, p. 14-24.

2. H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit. Réflexion sur les éléments générateurs des droits subjectifs*, Sirey 1948, réimpr. Dalloz 1992.

maniement par les plaideurs et les juges détruit leur propre œuvre, anéantit le droit. À ce jugement sévère<sup>3</sup>, s'associe plus ou moins exprimée la tristesse de songer au système classique comme à un monde perdu, cette conception rattachant l'idée de cette dégénérescence du système juridique à la montée en puissance du droit anglo-américain, construit sur les droits et les juges.

Prenons la question sous un autre angle, celui précédemment évoqué est épuisant. Ouvrons – la sur le droit subjectif par excellence, puisqu'il est le « plus absolu », le droit de propriété. Ce que l'on désigne fréquemment comme une création de droits subjectifs n'est souvent que l'extension de ce droit de propriété. Pour qu'il y ait un droit de propriété, il faut qu'existe préalablement une chose appropriable, c'est-à-dire un bien. Que les catégories de choses appropriables prolifèrent et les droits de propriété, plus ou moins affectés dans leur réglementation par l'objet sur lequel ils portent, seront en conséquence multipliés. C'est du côté du droit des biens, la branche du droit la plus proche de la nature des choses, qu'il faut alors chercher. Pierre Catala a montré mieux que tout autre qu'il existait de nouveaux biens. Ils sont la source de nouveaux droits, de nouvelles emprises du droit de propriété.

Ces biens peuvent venir de la nature, le droit se saisissant de nouvelles matières, comme l'électricité ou les lignes hertziennes<sup>4</sup>, choses dont l'information se rapproche parce qu'elles partagent la même « fluidité »<sup>5</sup>. Cette qualité de chose appropriable est acquise, même si les régimes de propriété diffèrent suivant qu'il s'agit ou non de ressources rares<sup>6</sup>, suivant qu'il s'agira ou non d'un bien considéré politiquement comme un bien public. Dans cet ordre d'idées, le prochain enjeu sera certainement la question de l'appropriation du temps et un juge devra bien un jour trancher la question de savoir si les compagnies aériennes ou les aéroports sont propriétaires des canaux horaires des décollages et atterrissages d'avions.

Mais ces nouveaux biens peuvent aussi venir de l'œuvre humaine, propriété industrielle, propriété littéraire et artistique. La difficulté advient lorsque l'activité humaine et le mouvement naturel du monde ne s'articulent plus autour de l'interface de l'œuvre – auquel cas la propriété porte sur celle-ci sans trop de difficultés dans le principe même – mais établissent un rapport direct entre esprit et nature; il s'agit alors de la simple connaissance par une personne des faits et des lois qui gouvernent le monde. Il n'y aurait donc pas de biens à dominer, fussent-ils incorporels, et l'admission d'une propriété sur les choses immatérielles<sup>7</sup> ne

3. J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, coll. « Forum », Flammarion 1995.

4. V. la remarquable démonstration de P. CATALA, *La matière et l'énergie* in *L'Avenir du droit* in *Mélanges François Terré*, Dalloz, PUF et Juris-Classeur 1999, p. 557-565.

5. Expression de P. CATALA, *La propriété de l'information* in *Mélanges Pierre Raynaud*, Dalloz 1985, p. 97-112, p. 98.

6. Lorsque le bien constitue une ressource rare, le système d'appropriation se double d'un système de régulation, comme en matière de télécommunications ou d'énergie.

7. Ce qui ne relèverait peut-être même pas d'une évolution, voir F. ZÉNATI, *Pour une rénovation de la théorie de la propriété*: *RTD civ.* 1993, p. 307-323. L'auteur soumet à la même critique le critère de l'exclusivité du droit de propriété, en soulignant que la propriété pourrait plutôt être par nature partagée (p. 314). V. *infra*, sur cette nouvelle forme de partage constituée par l'accès des tiers, alternative entre l'exclusion et le communautarisme.

suffit pas à régler le problème de la connaissance, parce qu'on considéra longtemps que la connaissance ne produit aucun objet, ce qui la rend rétive à toute appropriation. La notion de connaissance n'engendra pas dès le départ la notion d'information. Pour justifier cela, on trouve bien des arguments philosophiques, principalement l'idée que la connaissance est ce qui peut être découvert par chacun, ce à quoi même l'esclave Théétète peut prétendre, ainsi que des arguments économiques, à savoir que la disponibilité de l'information est à la base de l'innovation, laquelle accroît la connaissance en retour.

Mais Pierre Catala a, d'une façon successive et décisive, montré que l'information, c'est-à-dire la connaissance obtenue sur un objet, objet existant préalablement à la connaissance qu'on en a et non affecté par cette connaissance – ce qui distingue l'information de l'œuvre et de l'invention –, est un bien<sup>8</sup>. L'information est donc appropriable. De cette intuition fondamentale, l'on voit aujourd'hui toutes les implications : ainsi, la connaissance du gène a vocation à engendrer un droit de propriété pour le chercheur et son entreprise. On peut même dépasser cette hypothèse d'appropriation de la connaissance d'un fait naturel pour envisager l'appropriation de la connaissance d'une loi naturelle. Ce *crescendo* s'exprime notamment à travers la question aujourd'hui sérieusement débattue de la brevetabilité des formules mathématiques.

Une perspective, une tentation sans doute, est de se voiler les yeux et d'affirmer haut et fort que cela ne se passera pas comme cela, que le marché qui attise l'envie de propriété ne triomphera pas, que le droit sera là pour interdire de telles appropriations. Cela est fortement demandé en bioéthique. On suivrait aisément cette démonstration si les faits ne montraient qu'il vaut mieux réguler les appropriations que les dénier, pour éviter la prospérité d'un marché noir, lequel ne repose que sur ce que l'on peut désigner comme le phénomène de propriétés noires. Le trafic d'organes en apporte à l'envi la démonstration.

## I. – PLÉNITUDE DE L'ACCÈS DES TIERS ET PLÉNITUDE DE LA PROPRIÉTÉ DE L'INFORMATION

Dès lors, une solution plus raisonnable, plus crédible, plus juste aussi sans doute pour celui qui a produit à grand coût l'information, est de reconnaître d'un côté un droit de propriété de l'information pour celui qui l'a produite, et d'un autre côté un droit des tiers d'accéder à l'information. Il faut alors poser que la légitimité du premier droit tient dans l'existence du second. En effet, ce n'est que parce que les tiers pourront accéder à l'information que celui qui a forgé celle-ci peut en être propriétaire. Ainsi, ce n'est pas le droit positif, l'ordre de la loi relayant la vertu, qui contiendra l'excès du droit de propriété de l'information :

8. *Ébauche d'une théorie juridique de l'information* : D. 1984, chron., p. 97, 104 ; et surtout *La propriété de l'information*, préc. ; d'une façon plus générale, exposé de synthèse in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, troisièmes journées René Savatier, PUF 1991, p. 181-190.

c'est l'articulation de deux droits subjectifs, celui du propriétaire dans la détention et celui du tiers dans l'accès, qui produit l'équilibre.

Le droit évolue nettement dans ce sens. Par exemple, la directive européenne de 1998 sur la brevetabilité du gène, qui conçoit l'appropriation de l'information, prévoit corrélativement un système de licence obligatoire au bénéfice des États qui doivent en disposer pour leur santé publique, licence qui peut être dans certains cas gratuite. Cela rejoint une conception régulée de la propriété. En effet, dans le système classique de la propriété, tranché, si l'objet en cause ne pouvait être abandonné à la propriété privée, notamment parce qu'il recevait la qualification économique de monopole naturel impliquant qu'il reste unique dans son genre (par exemple, le réseau ferré ou le système de transport de l'électricité), la solution était dans une appropriation supérieure, à savoir la constitution d'une propriété publique et l'appartenance du bien en cause au domaine public. S'il est vrai que la propriété publique est très ambiguë dans la mesure où l'État n'est que le gardien du domaine public, s'opposant ainsi au principe de titularité singulière qui caractérise la propriété<sup>9</sup>, en tout cas le caractère exclusif de la propriété, consistant à interdire l'accès au tiers, était pleinement reconnu. Ainsi, le raisonnement aboutissait à la constitution de monopoles publics.

Si l'on reprend ce bien à la fois naturel et industriel qu'est l'électricité<sup>10</sup>, sous l'impulsion de la directive européenne du 16 décembre 1996, la loi du 10 février 2000 a imposé un autre système : celui de la propriété privée régulée. En effet, le propriétaire du réseau de transport, EDF, reste le maître de celui-ci mais désormais les tiers, à savoir les entreprises qui veulent vendre de l'électricité, ont le droit d'accéder au réseau pour y faire voyager les électrons qu'ils vendent. Il en est de même pour l'information : celui qui la produit en devient titulaire, peut opposer cette propriété au reste du monde mais doit en organiser par ailleurs l'accès.

La différence concrète entre la première conception du droit de propriété, plein de son superbe isolement<sup>11</sup>, et la seconde conception qui l'articule nécessairement sur le droit d'accès au tiers, c'est l'argent. L'argent ouvre en effet une troisième voie. Dans l'ancien système, pour des biens comme l'information, comme il n'était pas supportable qu'une personne exclue les autres du pouvoir de découvrir les faits et les lois du monde, il fallait renoncer à l'idée même de propriété. *A contrario*, en effet, admettre la propriété équivalait à dénier toute idée de science. Dans le nouveau système, les tiers ont effectivement accès à l'information pour la détenir à leur tour, voire l'accroître, et le propriétaire ne peut s'y opposer ; mais parce qu'il est propriétaire, il sera en droit d'exiger une contrepartie financière à l'accès. Cela explique que le parasitisme soit sanctionné, en tant que le parasite accède à une

9. Sur cette démonstration, essentiellement métaphysique, M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, *Origines théologiques du concept moderne de propriété*, Droz 1987.

10. P. CATALA, *La matière et l'énergie*, préc.

11. M.-A. FRISON-ROCHE et D. TERRÉ-FORNACCIARI, *Quelques remarques sur le droit de propriété* in *Vocabulaire fondamental du droit : Arch. phil. dr.*, t. 35, Sirey 1990, p. 233-244.

information sans rétribuer pour cela le détenteur de l'information<sup>12</sup>. Le système est donc le même sauf que l'on passe d'un accès gratuit pour tous, puisqu'il n'y a pas de propriété, à un droit d'accès du tiers engendrant son obligation de payer pour cela. Il est certes possible, dans un mouvement de défiance, de contrôler ce prix. Ainsi, tous les nouveaux systèmes de régulation des industries de réseaux tournent autour du contrôle du prix équitable des tiers au réseau. Mais il y aura bien à la fois appropriation privée et droit d'accès aux tiers.

Cette évolution change fondamentalement la définition même du droit de propriété. En effet, on a défini la propriété essentiellement comme le pouvoir d'exclure autrui, avançant l'idée que l'homme seul sur une île déserte ne peut en être propriétaire parce qu'il n'a pas de tiers à repousser, justifiant l'importance que le Code civil a accordé au droit de se clore, droit corrélatif du droit de propriété, droit dont l'usage ne peut jamais donner lieu à abus<sup>13</sup>. Or, l'accès des tiers au bien est la dénégation pure et simple du droit du propriétaire de se clore ; le nouveau droit subjectif des tiers contredit terme à terme l'ancien droit subjectif du propriétaire. Ce n'est donc pas une évolution du droit de propriété mais son bouleversement, puisque le droit de propriété tel que posé par le Code civil repose entièrement sur l'idée d'exclusivité<sup>14</sup>. L'articulation du droit de l'un sur l'information et du droit de l'autre à l'information est nécessairement révolutionnaire.

Cela exprime en outre un changement de nature du droit de propriété. En effet, le droit classique d'exclure est un droit fondamentalement politique, permettant à chacun de repousser autrui, si puissant soit celui-ci, et d'assurer par là, la liberté individuelle. Un tel droit de propriété contribue à une société d'individus libres, à l'égal de l'assurance de sécurité que la société doit produire à leur bénéfice. Dans le nouveau système, plus pragmatique et plus trivial, le propriétaire ne peut plus exclure le tiers, il ne peut plus qu'exiger de lui de l'argent. La définition financière de la propriété a remplacé sa définition politique.

Il faut apporter une nuance au constat. En ce qui concerne cette disparition de la définition politique de la propriété, ce droit d'accès des tiers au bien est certes un abandon de la propriété comme exclusivité mais ce n'est pas pour engendrer une propriété collective. Ainsi, la propriété commune n'est pas la seule alternative à la propriété exclusive, puisque l'accès des tiers brise avec l'exclusivité mais laisse la propriété demeurée individuelle. Cette nature conservée permet un nouveau mode de régulation, puisque la considération de l'intérêt des tiers ne prend plus nécessairement la forme d'une collectivisation des biens, préservant ainsi le libéralisme politique et l'individualisme juridique. Si l'on traduit le principe

12. Sur le lien entre théorie du parasitisme et propriété de l'information, voir P. CATALA, *La propriété de l'information*, préc., p. 111.

13. Sur l'interprétation jurisprudentielle faite en ce sens de l'article 545 du Code civil, V. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 7 juin 1990 : *Bull. civ.* III, n<sup>o</sup> 140. – 17 nov. 1990 : *Bull. civ.* III, n<sup>o</sup> 226. – Paris, 7<sup>e</sup> ch. B, 21 mai 1992 : *Juris-Data* n<sup>o</sup> 0021368.

14. F. ZÉNATI, préc., p. 314. Sur la démonstration économique du passage bouleversant d'une économie de propriété – et donc de marché – à une économie d'accès – et donc de réseaux –, voir J. RIFFIN, *The age of acces*, Penguin Books 2000.

en termes économiques, l'accès des tiers à des biens dont l'appropriation particulière n'est pas par ailleurs contestée permet de conserver le principe du libéralisme économique, indissociable de la propriété privée sans abandonner l'ambition d'établir et de conserver des équilibres entre les droits des intervenants sur le marché<sup>15</sup>.

Si l'on considère maintenant la nature très particulière de l'information, on peut songer à l'objection suivante : l'intérêt du propriétaire à conserver pour lui son bien ou à exiger une contrepartie financière pour sa mise à disposition ou sa cession, tient en principe au fait que le propriétaire subit un appauvrissement lorsqu'il permet à un tiers de disposer de la chose parce qu'il se prive alors d'en disposer lui-même, appauvrissement qu'il convient de compenser, sacrifice qu'il faut rémunérer, contrepartie dont le loyer ou le prix de vente sont des exemples. Mais cela ne vaudrait pas pour l'information puisque celui qui la donne la conserve encore, l'activité scientifique pouvant ainsi être commune sans dommage.

Cette observation est aisée à dépasser. En effet, ce qui fait la valeur de l'information, valeur économique qui justifie que le droit la qualifie comme bien, c'est son envers, à savoir le secret. Le pouvoir du propriétaire sur l'information s'exprime par le droit de ne pas la dévoiler, droit dont un arsenal de contraintes contractuelles conforte aujourd'hui l'effectivité. Dès lors, la transmission de l'information constitue tout de même un sacrifice, puisqu'elle signifie certes pas la perte de l'information mais bien le renoncement à son secret. Plus encore, lorsque l'information est le gisement d'une activité économique, la cession de l'information s'accompagne d'une obligation de non-concurrence du cessionnaire par le cédant ce qui consiste à arracher à celui-ci par fiction juridique la connaissance qu'il avait puisqu'il ne peut plus en faire usage, cette clause assimilant alors la cession d'information à une vente ordinaire d'un bien dont la dépossession est de rigueur. Ainsi, le droit oblige à l'oubli, comme si l'on n'avait jamais su, ce que seule la force morale du confesseur permet dans le monde non juridique d'obtenir<sup>16</sup>. C'est d'ailleurs pourquoi lorsque l'information se vend, par exemple dans les accords de *know-how* et les transferts de technologie, les clauses de non-concurrence sont valides sous l'empire du règlement communautaire du 31 janvier 1996, comme les clauses de confidentialité sont naturelles lorsque l'information devenue commune doit encore demeurer obscure pour les tiers pour justifier le prix que l'acquéreur paye pour l'obtenir.

L'information appartient donc pleinement aux mécanismes de marché, ce qui est conforme à sa nature de bien<sup>17</sup>. Cela explique d'ailleurs que la transparence n'ait jamais été un principe du marché des biens et services, non seulement parce

15. Sur cette nouvelle conception de la régulation, V. *La victoire du citoyen-client in Services publics et marchés : l'ère des régulateurs : Rev. Sociétal*, n° 30, 4<sup>e</sup> trim. 2000, p. 49-54; *Le droit de la régularisation : D.*, chron., p. 610-616.

16. G. BEDOUELLE, *La loi du silence. Le secret de la confession in Secrets professionnels*, éditions Autrement 1999, p. 118-136, p. 118.

17. Sur la corrélation entre le statut de bien et sa vocation à être soumis à la loi du marché, voir P. CATALA, *Les lois du marché in Mélanges Jacques Ghestin*, LGDJ 2001, p. 201.

que le secret des projets et des savoir-faire est un élément essentiel de la compétition mais encore parce que cela nierait le statut même de l'information comme bien. Il y a donc naturellement un marché de l'information. On peut s'alarmer du mouvement, en soulignant là aussi la dégénérescence d'un droit qui est passé des cimes du monde de la liberté aux abîmes du monde des marchands. Mais en premier lieu, on soulignera que l'accès à l'information peut être encore gratuit pour celui qui n'a pas de ressource, par exemple dans les systèmes de régulation aujourd'hui en place dans les services publics, ou parce que le système offre l'accès de tous à l'information. Ainsi, le lieu même de l'argent, le marché financier, produit de l'information disponible à tous, puisque le principe de transparence régit les intervenants et qu'il suffit pour l'investisseur de suivre le comportement du plus informé.

Mais plus fondamentalement, le droit d'accès des tiers à l'information est au contraire un moyen de liberté, même s'il l'est d'une façon tout à fait différente du droit classique de propriété. En effet, le droit de propriété, dans sa dimension politique, a mis en valeur l'hypothèse d'un petit propriétaire qui reste libre parce qu'il demeure dans son enclos, sans en bouger, barricadé contre les tiers. Vision statique et défensive s'il en est. Mais si le propriétaire sort de son jardin, qu'il aurait dû certes continuer de sagement cultiver, s'il le fait donc, parce qu'il veut participer au monde, parce que sa jeunesse, son dynamisme et ses envies l'y poussent, que lui arrive-t-il ? Il entre dans des relations interpersonnelles qui reposent entre autres choses sur des rapports de force. Or, l'un des instruments les plus puissants et les plus injustes pour une personne qui veut dominer autrui, c'est d'avoir une information et de la garder pour lui, plus encore lorsque cette information concerne directement l'autre. Ainsi, le médecin n'informe pas le malade, le dirigeant d'entreprise garde secrète l'information sur ce qui va se répercuter sur l'actionnaire, le fabricant se dispense de signaler les dangers du produit proposé au consommateur. Hors du jardin, c'est alors le droit d'accès à l'information qui protège celui qui veut encore exercer sa liberté, autrement que par la barricade.

Si l'on prend par exemple l'évolution du droit des sociétés, en dehors même du droit des sociétés cotées contaminé par la règle précitée d'un marché financier se nourrissant d'informations, les lois et les jurisprudences ont donné de plus en plus de droits d'information aux administrateurs, y voyant même un principe général<sup>18</sup>. La prochaine loi sur les nouvelles régulations économiques met des obligations d'information au cœur de ses dispositions relatives au droit des sociétés. Pourquoi ? Parce que le droit d'accès des tiers à l'information est ce qui équilibre le rapport de force, c'est-à-dire ce qui régule l'exercice des pouvoirs. C'est une autre forme de protection des libertés, autrement plus dynamique que celle fournie par le pur droit de propriété.

18. Cass. com., 2 juill. 1985, *Rémy Cointreau* : *JCP* 1985, II, 20518, note A. VIANDIER : *Rev. soc.* 1986, p. 231, note P. LE CANNU.

## II. – LÉGITIMITÉ DE L'ACCÈS DES TIERS ET LÉGITIMITÉ DE LA PROPRIÉTÉ DE L'INFORMATION

Précisément, le droit d'accès des tiers à l'information, ce n'est pas ce qui corrode l'exercice des pouvoirs mais c'est ce qui en permet l'exercice.

En effet, pour reprendre la question du droit des sociétés, si l'actionnaire minoritaire a un droit à être informé, c'est précisément parce qu'il n'a pas le pouvoir d'exprimer la volonté sociétaire. Ainsi, l'actionnaire majoritaire a le pouvoir, et l'actionnaire minoritaire le droit à être informé de l'exercice du pouvoir. Cette information porte non seulement sur la décision adoptée, au moment ou après qu'elle advient mais encore sur les conditions à partir desquelles une décision peut être prise, l'information étant alors préalable à celle-ci. Ce qui peut aisément s'illustrer à travers le droit des sociétés se détecte désormais de la même façon en droit public à propos des décisions adoptées par les autorités publiques. Plus encore, cette idée donne tout son sens au procès qui, à travers le principe du contradictoire, organise l'accès de la personne intéressée à l'information à partir de laquelle la décision juridictionnelle sera adoptée. Les droits de la défense et le principe du contradictoire, que l'on présente comme les règles juridiques les plus naturelles qui soient<sup>19</sup>, ne sont désormais que l'illustration particulière d'un principe du droit plus général.

Ainsi, l'accès de la personne intéressée à l'information détenue par celui qui a le pouvoir de prendre une décision ayant un effet sur sa situation, est ce qui renforce, voire ce qui fonde, le pouvoir du titulaire de l'information. C'est parce que l'actionnaire minoritaire a le droit d'information que l'actionnaire majoritaire a le pouvoir de diriger la société, et ce en principe sans partage. De la même façon, c'est la manière dont le juge veille sur le contradictoire et les droits de la défense qui fonde son terrible pouvoir de juger. À l'un le droit, à l'autre le pouvoir<sup>20</sup>. Plus encore, ce n'est que parce que l'un a le droit que l'autre peut exercer son pouvoir. Le droit d'accès du tiers à l'information fonde le droit du titulaire de l'information d'utiliser celle-ci pour agir et contraindre les autres. Voilà l'autre façon par laquelle le droit de celui qui possède et utilise l'information s'articule sur le droit du tiers qui y accède.

Se fonde ainsi le droit des personnes intéressées d'accéder à l'information à partir de laquelle peut s'exercer un pouvoir qui aura des effets sur leur situation. Il est important de souligner que ce droit ne dilue en rien les mécanismes de décision et les responsabilités. Tout au contraire, il les fonde voire les accroît, renforçant là aussi le principe d'individualisme juridique. Contrairement à des théories qui associent l'accès des tiers à l'information comme une façon d'entrer dans le

19. H. MOTULSKY, *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle, le respect des droits de la défense* in *Mélanges Paul Roubier*, Dalloz-Sirey 1961, t. 2, p. 175-200.

20. D. SCHMIDT (dir.), *La finalité du pouvoir dans les sociétés cotées* : JCP 1996 E; *Cab. entr.* 4/1996. – D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, coll. « Pratique des affaires », éditions Joly 1999.



champ d'une perpétuelle discussion, où nul ne peut nettement faire prévaloir sa position mais d'où sortirait mécaniquement le bon consensus, comme le développe notamment J. Habermas<sup>21</sup>, cette absence de décision finissant par engendrer ce que Pascal Bruckner a désigné d'une façon éclairante comme un phénomène de « mélancolie démocratique »<sup>22</sup>, le droit d'accès à l'information de celui qui ne décide pas permet de renforcer le pouvoir de celui qui décide. Ainsi, l'obligation de celui qui détient l'information d'organiser l'accès des tiers à celle-ci renforce son propre pouvoir. En cela, on revient à une conception classique du droit subjectif, comme exercice plein d'un pouvoir unilatéralement exercé, la procédure de communication n'entravant pas l'exercice du pouvoir qui peut donc continuer de ne pas être partagé, afin que de véritables décisions soient prises, décisions privées et décisions publiques, affirmant une direction des systèmes, qu'il s'agisse de la famille, de l'entreprise ou de la société dans son ensemble.

Mais si l'on peut ainsi mesurer la raison pour laquelle celui qui détient l'information doit la délivrer, puisque cela lui permet d'exercer pleinement son pouvoir, on peut alors se demander quel intérêt est servi concernant celui qui accède à cette information. Fondamentalement, la question pertinente est la suivante : pourquoi savoir ? Le droit, en ce qu'il a lien avec la conduite<sup>23</sup> et se détache ainsi de la démarche scientifique, ne repose pas, contrairement à celle-ci, sur l'impératif de savoir pour savoir. Le droit permet à la personne de savoir à une autre fin que la détention de ce savoir. Il y a donc une dynamique du droit à l'accès à l'information puisque le savoir est conféré à une autre fin que lui-même.

La première raison fondamentale pour laquelle une personne doit avoir accès à l'information tient dans le fait que, si cela ne doit pas entamer le pouvoir de décision du détenteur premier de l'information, il demeure que le tiers peut, en ce qui le concerne, prendre une décision en conséquence. Par exemple, l'actionnaire minoritaire ne peut infléchir la décision adoptée par la société à travers l'exercice que l'actionnaire majoritaire aura fait de son pouvoir mais il pourra en conséquence prendre la décision personnelle de vendre ses titres. De la même façon, le patient, dont les droits doivent être étendus afin qu'il dispose enfin d'un droit d'accéder à l'information que le médecin a construite à son propos<sup>24</sup>, peut décider de ne pas se soumettre au traitement. Le consommateur à qui les risques ont été dévoilés peut modifier ses choix de consommation. Ainsi, et d'une nouvelle façon, un équilibre s'établit : l'équilibre entre le pouvoir pour l'un de prendre une décision et le pouvoir pour l'autre d'en prendre une autre en réaction. Le droit d'accès

21. Pour une présentation de cette conception, et l'opposition qu'y apporte notamment John Rawls, V. la présentation très claire de Benoît FRYDMAN et Guy HAARSCHER, *Philosophie du droit*, coll. « Connaissance du droit », Dalloz 1999.

22. *La mélancolie démocratique*, Seuil 1990.

23. B. BOURGEOIS, *La raison dans le droit* in *L'avenir du droit*, préc., p. 25-35.

24. V. not. le projet de loi en discussion *Rénovant l'action sociale et médico-sociale*, adopté en première lecture le 6 février 2000. Sur l'idée plus fondamentale encore selon laquelle on a le droit de savoir qui l'on est, voir le projet de loi *Relatif à l'accès aux origines personnelles* déposé le 17 janvier 2001.

à l'information est donc fondamentalement un mode d'accès au pouvoir et à la liberté de décision de l'individu qui dispose de lui-même même s'il s'insère dans un ensemble qui requiert que l'on décide parfois pour lui, système sur lequel s'est construite la tradition occidentale de philosophie politique.

Deux difficultés se présentent alors. La première tient dans la question de savoir si le droit d'accès à l'information doit-il évoluer à travers le principe de transparence? L'information et la transparence sont deux notions distinctes<sup>25</sup> puisque celui qui est soumis à l'obligation d'informer doit répondre à la sollicitation du tiers dans ce sens tandis que la transparence le contraint à apporter l'information. En quelque sorte, l'information est quérable tandis que la transparence est portable. La transparence présente certes le danger du contrôle absolu et l'atteinte à l'équilibre des libertés entre elles<sup>26</sup> n'est pas nécessairement imposée dans un souci de protection des personnes – notamment pas la transparence des marchés financiers –, mais elle peut s'imposer dans la situation suivante. Pour exercer son droit d'accéder à l'information, il faut avoir la force de l'exercer. Lorsque ce droit est conféré au tiers pour tenir compte de son état de faiblesse, parce que ce tiers est un malade ou un consommateur, le déséquilibre du rapport de force peut entraver l'exercice possible de son droit. Il faut alors, dans une sorte de régression vertueuse, organiser un droit d'accès à l'accès. La transparence, qui offre au tiers le luxe de la passivité, fournit cela. Pour prendre un exemple dans la vie quotidienne, modes d'emploi et étiquetages des produits participent de cette logique.

La seconde difficulté s'accroche au truisme suivant : pour qu'il y ait accès à l'information, il faut que l'information existe préalablement. Or, un risque certain du développement du droit d'accès est d'inciter ceux qui pourraient produire l'information à renoncer à cela pour éviter l'agression des tiers. Parce que le droit d'accès à l'information est secondaire au pouvoir de la produire, cela conduirait donc à une impasse. En réalité, le raisonnement est réversible et l'on peut formuler la question dans l'autre sens. Ainsi, on peut concevoir que le droit d'accès à l'information est plus fondamental que le pouvoir de produire l'information, de sorte que le droit d'accès pourrait engendrer un devoir de la produire. Ce n'est pas un raisonnement d'école : l'éventuelle régulation de la recherche médicale tient dans la mise en place de cette priorité ou non. En effet, les laboratoires pharmaceutiques ont le pouvoir de produire de l'information, la découverte de nouvelles molécules notamment, laquelle se traduit techniquement dans la mise en place de médicaments et de vaccins. S'ils le font, le droit d'accès des tiers à travers l'usage des produits est satisfait par le marché. Mais si la recherche n'est pas entreprise, parce que le retour sur cet investissement est jugé par avance trop faible, l'information n'est pas produite, le malade n'y a pas accès, demeure malade ou meurt. D'une façon ou d'une autre, l'État peut alors intervenir, par la recherche publique ou la mise en place d'obligations particulières à la charge des entreprises du secteur,

25. M. GERMAIN, *Transparence et information* in *Pratique des affaires et contrôle judiciaire*, n° spéc. : *Petites affiches*, 19 nov. 1997, p. 16-17.

26. J. CARBONNIER, *Propos introductifs* in *La transparence*, n° spéc. : *RJ com.* 1993, p. 9-18, p. 13.

pour que l'information naisse, pour que soit servi le droit fondamental, premier, du tiers d'y accéder. Le raisonnement est identique concernant les origines personnelles des individus.

Plus encore et pour en revenir au droit, le droit d'accès à l'information permet notamment à la personne lésée de découvrir qu'elle peut imputer le dommage qu'elle ressent non pas à la fatalité, fatalité agissant comme un écran séparant l'homme de la connaissance du monde, mais à une série de faits et de décisions humaines. L'accès à la connaissance permet l'imputation juridique des risques, y compris lorsque le savoir consiste à déterminer ce que l'on ne sait pas, socle du principe de précaution<sup>27</sup>. La conséquence naturelle en est la plainte de celui qui va revendiquer le statut de victime. Ce mouvement a été souligné en sociologie<sup>28</sup>. Dans le même temps qu'on en a pris conscience, la critique du phénomène a pris corps : cette « victimisation » nous transformerait tous en pleurnicheurs réfugiés dans les robes de juge, se plaignant de tout, n'assumant plus rien, accrochés à nos droits subjectifs.

Nous revoilà dans la problématique des droits subjectifs et c'est la même pensée qui déplore la multiplication des droits subjectifs, la multiplication des victimes et des consommateurs – qui sont les mêmes dans cette perspective, puisque ce sont ceux qui se plaignent et demandent compte – et l'accès à l'information. Il est vrai que le droit d'accès à l'information, l'action en justice, la prétention à imputer les dommages à des responsables, sont liés. En effet, il n'y a accès à l'information que pour mieux permettre l'accès à la justice, que l'on perçoive celui-ci sous sa forme guerrière de l'accès à un jugement exécuté, ou sous la forme pragmatique de l'arrangement obtenu, ou sous la forme virtuelle d'une garantie d'évitement des dommages par le jeu d'anticipation du détenteur du pouvoir de décision craignant l'action subséquente de la victime.

Mais faut-il y voir nécessairement le triomphe des droits subjectifs, à travers lequel on sous-entendrait la victoire des grincheux ? On peut tout aussi bien fonder le mouvement sans cette référence. Il suffit, comme le fit Portalis dans son discours préliminaire au Code civil, de rappeler que les lois sont faites pour les hommes, qu'elles ont donc vocation à s'appliquer à l'endroit et au bénéfice de ceux-ci sauf à ce que le droit perde son sens, que l'action en justice n'est que le mécanisme de concrétisation, donc d'existence, du droit, que son exercice exprime le devoir de chacun de participer à l'existence du droit, ce que Jhering résuma, dans son *Esprit du droit romain*, par la formule de « lutte pour le droit ». L'action en justice est un devoir. C'est donc tautologiquement que le système juridique requiert pour son existence le droit d'accès au juge, et dans un nécessaire préalable le droit d'accéder au moyen de cet accès, notamment la disposition des informations préalables. Cette connaissance requise, elle est non seulement celle des faits,

27. Pour une synthèse du mouvement, voir J. MESTRE (dir.), *Le droit face à l'exigence contemporaine de sécurité*, PUA 2000.

28. V. not. J.-F. LAE, *L'instance de la plainte*, Descartes et Cie 1996.

ayant vocation à fonder la prétention formée devant le juge, mais elle est encore et plus encore celle du droit lui-même.

La Constitution l'exprime avec une force extraordinaire par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme posant qu'il n'y a pas de Constitution s'il n'y a pas de garantie des droits. Le Conseil constitutionnel en a déduit par une décision du 6 avril 1996 le droit d'accès au juge<sup>29</sup>, puis par une décision du 16 décembre 1999 le principe d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi<sup>30</sup>. Donc, s'il n'y a pas connaissance de la loi, il n'y a pas de Constitution. C'est le droit objectif qui requiert le droit d'accès à l'information, puisque sinon, il n'y a pas de Constitution, pas de système juridique, pas de droit. Le droit d'accès à ce bien essentiel qu'est l'information, la connaissance et la compréhension du droit est ce qui soude le droit objectif et les droits subjectifs, quelque chose comme le premier état du droit, avant qu'on ne l'appauvrisse en distinguant le droit objectif et le droit subjectif, en demandant à chacun s'il préfère le jour ou la nuit, renonçant par là même à toute idée de plénitude, alors que François Gény montra que le droit peut encore y prétendre.

29. *AJDA* 1996, p. 371, note O. SCHRAMECK. *cf.* *Le droit constitutionnel de l'Europe*, op. cit.

30. *AJDA* 2000, p. 31-37, doct. J.-E. SCHOETTL. — V. aussi M.-A. FRISON-ROCHE et W. BARANÈS, *Le principe constitutionnel de l'accessibilité et d'intelligibilité de la loi* : *D.* 2000, chron., p. 361-368.