Chapitre 18

LE MARCHÉ DE L'INFORMATION (ASPECTS JURIDIQUES)*

APERÇU

Tour à tour créée et communiquée, l'information possède, aux deux stades de son existence, la valeur vénale que lui reconnaît le marché. Elle est donc matière à contrat, soit comme bien (capital), soit comme service (prestation). Il existe ainsi un double marché, de la production et de la circulation des informations, qui est bouleversé par les techniques nouvelles, informatiques et télématiques notamment. La présente étude tente de saisir cette métamorphose dans ses aspects juridiques.

La possibilité de produire des informations réelles ou virtuelles est aujourd'hui illimitée, qu'il s'agisse de capturer des données de toutes sortes, de les archiver, trier, combiner ou transformer. Un même constat caractérise leur circulation, dans un espace sans frontière, à la vitesse de la lumière. La réduction des signaux à l'infiniment petit et l'instantanéité des traitements abattent toutes les bornes liées à la distance ou au temps. Sous ses deux formes, le marché de l'information est en expansion continue.

Mais, du même coup, son organisation juridique devient beaucoup plus complexe. Elle implique de nouveaux opérateurs, appelés à de nouvelles fonctions. Elle suscite des conventions originales, innomées pour la plupart. Elle

* Texte élaboré à partir d'une communication présentée au Palais de justice de Paris, le 14 juin 1995, à l'occasion du Colloque *Journalisme et droit d'auteur*, publié aux *Petites Affiches*, le 16 octobre 1995, n° 124, p. 5 et s., et à la revue *Derecho de la Alta Tecnología*, 1996, n° 93, p. 1 et s.

place les États, les entreprises et les individus dans des liens relevant des traités internationaux, de la loi et des règlements ou des contrats. Cette vitalité se heurtera-t-elle à des résistances qui en contiendraient la poussée? Certaines pourraient tenir à la substance même de l'information, les données, si, par leur nature même, celles-ci se dérobaient à la commercialité. On pense, par exemple, aux données appropriées, aux données confidentielles et aux données publiques, dont chaque espèce pose, d'ailleurs, des problèmes qui lui sont propres.

1. On définira d'abord les termes du titre. Le verbe informer, dont procède le mot *information*, possède une double signification. Il faut d'abord que l'information prenne corps. Sa genèse passe par la capture des données qui en forment la substance brute, puis par la composition et l'expression qui lui impriment structure et formulation. Ce processus est productif d'information.

Ensuite, une fois née de cette activité primordiale, l'information, fruit du cerveau humain, a pour fonction naturelle d'être communiquée. Stérile est le message qui n'a pas été transmis. La divulgation, communication première, est un moment capital qui ouvre dans la vie de l'information une phase nouvelle, celle de la circulation succédant à la production.

A ces deux stades successifs issus de sa genèse et de sa divulgation, l'existence de l'information recoupe l'économie de marché: en d'autres termes, il existe un marché de la production d'informations et un marché de la circulation.

2. Mais *quid* du marché? N'est-il pas, lui aussi, susceptible de plusieurs acceptions? Les dictionnaires se plaisent à le définir abstraitement comme une somme de transactions commerciales, un ensemble de relations financières interpersonnelles. Sous le regard du droit, sa constante est le titre onéreux. A la notion économique de marché s'accrole le concept juridique de patrimoine, qui englobe la matière des biens et des contrats. Mais ce regard impersonnel ne reflète ni les couleurs ni le mouvement de son objet.

Une vue plus réaliste conduit, au contraire, à considérer un marché donné en fonction du temps et du lieu, des choses et des personnes qui le caractérisent. Ce marché-là, des observateurs différents ne le regarderont pas du même œil: un économiste s'intéressera au volume des

opérations et aux marges bénéficiaires, un sociologue aux formes et aux acteurs de l'échange, un juriste aux instruments que le droit affecte aux transactions.

3. Dans les pages qui suivent, l'information sera prise dans sa définition la plus *large*, comme désignant tout message communicable sous quelque forme que ce soit. Au contraire, le marché sera entendu dans un sens *étroit*: l'auteur ne possédant pas les outils de l'économiste ni du sociologue, c'est en *juriste* qu'il observera la reconnaissance par le droit des intérêts légitimes et des valeurs qu'engendrent la création et la circulation de l'information.

De quelque côté que la vue se porte, ce qui caractérise l'époque présente, et singulièrement les vingt ou trente dernières années écoulées, c'est une expansion considérable des deux marchés qui valorisent l'information. Cette *expansion* était prévisible, dès lors que l'informatique et les autres techniques associées bouleversaient le traitement et le transfert des données en tous genres. Elle se révèle irrésistible, comme un phénomène majeur du moment: il faut en montrer la force et l'étendue (I).

Cette croissance sera-t-elle indéfinie, les hommes produisant et consommant une quantité toujours plus grande d'informations? Ou bien le droit lui assignera-t-il des *limites*, au nom de quelques principes supérieurs à la loi pure du marché? C'est une des questions importantes que les faits d'aujourd'hui posent au législateur de demain (II).

I / UNE EXPANSION IRRÉSISTIBLE

4. Lorsqu'elle est protégée en soi, en tant qu'œuvre de l'esprit, l'information est un bien juridique. Elle est présente, dans le patrimoine des personnes physiques ou morales, comme élément, parmi d'autres, d'un capital susceptible d'évaluation, de transmission et d'exploitation. La *production* de l'information juridiquement protégée, sa reconnaissance comme composante du patrimoine relèvent du *droit des biens*.

Si la loi consacre le bien, c'est le marché qui en dit la valeur. Une autre loi, celle de l'offre et de la demande, est déclarative du prix de l'information. Sa propriété, à l'instar des propriétés corporelles, est

susceptible de vente (cession) ou de louage (licence). Par ces deux modes de transfert, celui de la propriété et celui de l'usage, l'information circule comme sa nature le veut. Sa *communication* relève, elle, du *droit des contrats*.

Aux sources du marché de l'information, le droit confirme l'existence successive d'une phase de production et d'une phase de circulation.

A / Expansion de la production

5. Les lettres et les arts sont protégés de longue date en Europe occidentale. A partir de la Renaissance, les foyers culturels, longtemps confinés à l'ombre des Églises, gagnent les cours. Les œuvres de l'esprit bénéficient de privilèges que les autorités régaliennes confèrent aux artistes et aux écrivains. Ces prérogatives subjectives, procédant du bon plaisir, préfigurent la reconnaissance objective par la loi des droits de l'auteur sur son œuvre.

Les premières lois apparaissent à la fin du XVIII^e siècle, au crépuscule des Lumières, tant du côté des brevets d'invention que du droit d'auteur. Le XIX^e siècle consolidera ces conquêtes juridiques : des textes se succèdent qui cristallisent les nouveaux droits privatifs, une importante jurisprudence s'édifie, le tout pour aboutir à la grande loi de 1957, qui déclenche à son tour un vaste mouvement doctrinal. Toutes les forces génératrices du droit se sont ainsi conjuguées dans une construction dont la codification à droit constant de 1992 n'a pas changé les lignes.

6. Ancré dans les textes et dans les mœurs, le droit d'auteur est un bien complexe. Ses attributs d'ordre moral, attachés à la personne de son titulaire, n'abondent pas le patrimoine de celui-ci. Inversement, les droits pécuniaires forment la composante patrimoniale du droit d'auteur et justifient le nom de propriété littéraire et artistique que le législateur lui a donné. Du droit réel, la propriété littéraire possède la caractéristique essentielle, l'opposabilité *erga omnes* ; il s'agit d'un droit dont nul n'est débiteur mais qui s'impose à chacun.

Mais, en l'absence d'objet corporel, cette propriété est de nature immatérielle. La durée du droit ne peut dès lors pas s'aligner sur la longévité de son objet matériel, comme il en va des propriétés corporelles. Celles-ci sont dites perpétuelles, mais elles ne durent, en fait, qu'autant que la chose sur laquelle elles portent. Dans le cas des pro-

priétés incorporelles, la durée du droit privatif, du monopole d'exploitation en quoi elles consistent, est nécessairement fixé, de manière arbitraire, par la loi ou la convention internationale. En modulant sa longévité, le législateur peut agir sur la valeur du droit : c'est une des données qui impriment leur fragilité aux droits immatériels.

Sous cette réserve, la propriété intellectuelle a acquis de nos jours une importance économique majeure. C'est sous sa protection que l'information est objet de marché.

7. Traditionnellement, ce marché était à deux personnages : l'auteur et l'éditeur, liés par des conventions d'exploitation des droits d'auteur. Cette configuration très simple, forgée à propos du livre, s'étendit *mutatis mutandis* à la presse, quand s'est dessiné, dans la deuxième moitié du XIX^e siècle, le fulgurant essor des journaux et des périodiques. Ainsi s'organise spontanément autour de l'œuvre écrite, reconnue comme un bien juridique, un microcosme littéraire et journalistique. Microcosme comparable à celui qui se créait parallèlement autour des arts plastiques entre les artistes, les galeries et les amateurs. Le tout se situait sur quelques collines inspirées, Montmartre, Montparnasse, où communiait la bohème des lettres et des arts : Apollinaire, Carco, Picasso, Modigliani...

Pour localisée qu'elle fut, cette société d'auteurs, d'artistes, d'éditeurs et de galeries avait des antennes internationales. L'art n'ayant pas de frontières, ceux qui en vivaient aspiraient à une internationalisation de sa protection. Dès 1886, la première Convention de Berne conféra un statut à vocation mondiale aux droits des auteurs et des artistes. Sur le socle de ce traité, amendé à diverses reprises, relayé et complété par de nombreuses lois nationales, le droit d'auteur se stabilisa pendant plus d'un demi-siècle.

8. Puis, son cours tranquille fut bousculé par l'invention scientifique. L'information va revêtir de nouveaux aspects parce que l'on saura capturer d'autres données pour en faire de nouveaux messages. La photographie fixe l'image, le cinéma s'empare du mouvement, le phonographe, le téléphone, la radiophonie, le magnétophone piègent le son. Quelques années passent et le cinéma parlant, la télévision et la vidéo saisissent ensemble l'image et le son : le septième art est né. Une presse visuelle et parlée s'ajoute à la presse écrite traditionnelle : le quatrième pouvoir est en marche.

Désormais, la capacité de saisir les données atteint théoriquement l'infini : les télescopes satellites écoutent les étoiles jusqu'à percevoir,

dit-on, les rumeurs du *big-bang* originel; le chirurgien opère sous coelioscopie, à l'aide de sondes qui permettent à la fois de voir et d'atteindre l'organe malade; la police scientifique identifie un assassin en analysant la salive séchée sur une cigarette. Qu'une fraction, même modeste, de ces données soit enregistrée sur un support stable et l'on accroîtra à volonté le volume de l'information communicable.

Alors explosent les microcosmes de naguère. La propriété littéraire et artistique n'est plus l'apanage du peintre, du compositeur de musique et de l'écrivain. De nouveaux personnages surgissent, en quête de droits d'auteur: ce sont les traducteurs, adaptateurs, scénaristes, metteurs en scène, les artistes et les interprètes, les producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes... L'exploitation de leurs droits n'est plus le domaine réservé de petits éditeurs indépendants. Le marché se concentre autour de puissantes maisons d'édition et de production, fréquemment multinationales. Des sociétés de recouvrement de redevances se mettent en place. L'État lui-même intervient, non seulement pour réglementer, mais aussi pour financer (cinéma) et produire (radio, télévision), en concours avec des opérateurs privés.

Ce foisonnement diversifie les branches professionnelles qui gravitent autour de l'information. De plus en plus souvent, les œuvres de l'esprit sont produites en commun au lieu de l'être isolément. Ce sont de véritables équipes qui réalisent les émissions de radio et de télévision, ainsi que les films de cinéma. On assiste donc à une prolifération d'œuvres de collaboration et d'œuvres collectives.

9. Tel serait le tableau d'aujourd'hui s'il n'y avait l'informatique qui remet tout en question. Elle n'apparut d'abord que comme un moyen nouveau de traiter des données alphabétiques et numériques, de les archiver sous un faible volume, de les trier et de les repérer avec une efficacité sans précédent. Mais, depuis quelques années, le progrès inouï des ordinateurs et des supports magnétiques montre que la révolution informatique est égale, dans l'organisation et le transfert du savoir, à celles que furent jadis l'invention de l'écriture et de l'imprimerie.

Dans l'ordre de l'information il y eut d'abord l'ère du geste et celle de la parole. Elles coïncidèrent avec des civilisations orales à la culture évanescence, dont les dernières meurent sous nos yeux. Avec l'écriture, le savoir s'inscrit en nombres et en lettres sur des supports non périssables, que l'imprimerie permit de reproduire à volonté. Pendant des siècles, la science et la culture passèrent par l'apprentissage de

l'écrit. Puis, on l'a vu, de nouveaux vecteurs d'information fixèrent et véhiculèrent l'image et le son : le geste et la parole, cessant d'être des données évanescentes, devenaient à leur tour susceptibles de conservation. Tout paraissait aller dans le sens d'une démultiplication croissante des supports quand survint la transcription binaire des données.

Les traitements informatiques consistent à décomposer toute espèce de signal en deux données numériques : le 1 et le 0. Cette numérisation du message informatisé s'applique non seulement aux lettres et aux chiffres, mais aussi aux images, à la couleur et au son. Les trois formes de la communication que sont le geste, la parole et l'écrit sont désormais susceptibles des mêmes représentations graphiques, ou plutôt électromagnétiques.

Qui parle encore de diversification ? Nous assistons à un extraordinaire retour à l'unité. Alors que, depuis quelques années, le monopole séculaire de l'écrit était battu en brèche par un foisonnement de supports nouveaux, voici que le disque compact abrite et restitue toutes les formes concevables de message sous le dénominateur élémentaire de la numération binaire. *Exit* la subtilité des hiéroglyphes, le raffinement des caractères, l'art de la calligraphie : toutes les données du monde intelligible sont réductibles à l'alternative manichéenne du 1 et du 0, du oui et du non, du Nord et du Sud. L'univers se résume à ce Janus sémiotique auquel l'informatique ramène la moindre parcelle d'information. Elle a inventé la particule insécable du savoir. L'ère du *multimédia*, qui va dominer le siècle à venir, s'ouvre sous le signe de l'élémentaire.

10. La crise de l'information s'inscrit dans ce double constat : une aptitude illimitée à saisir des données de toute nature, jointe à la capacité de leur appliquer un même traitement, qui permettra leur enregistrement en masse sur un support polyvalent.

Que devient le droit d'auteur emporté dans ce tourbillon ?

11. Le droit d'auteur souffre de son extension à de nouveaux objets et à de nouveaux titulaires, car cet élargissement tend à le dénaturer.

Il est clair que le chanteur ou l'acteur ne sont pas des créateurs au même titre que le compositeur ou l'écrivain. Si la qualité de leur interprétation apporte quelque chose au texte ou à la partition c'est en termes de valeur ajoutée et si œuvre il y a, elle est dérivée mais non originelle.

Il est clair que le producteur d'un vidéo-clip qui va piocher chez J.-S. Bach une harmonie dont il modifiera le rythme et qui amalgamera quelques images déformées par des procédés de synthèse, ce producteur-là de phonogramme ou de vidéogramme n'est pas, lui non plus, un compositeur authentique au sens traditionnel.

Il est plus clair encore qu'en étendant la propriété littéraire à des annuaires et à des catalogues, comme l'ont fait certains jugements, on ne trouve rien de l'activité créatrice d'un Zola ou d'un Balzac.

Dans le même ordre d'idées, la doctrine majoritaire, qui approuve la protection des logiciels par le droit d'auteur, ne peut nier que la notion d'originalité de l'œuvre, clé de voûte de la propriété littéraire, soit bien difficile à caractériser dans le cas des programmes d'ordinateur. L'écriture d'un programme peut-elle révéler la personnalité de son auteur, selon l'expression consacrée ? Nul n'a encore osé le dire.

On voit que le droit d'auteur est en question dans plusieurs de ses extensions qui, en quelque sorte, l'adultèrent et le dévoient.

12. Mais c'est surtout avec les banques de données que l'on se heurte à une difficulté majeure, qui interdit de fermer les yeux sur le fondement de l'appropriation privative des informations. Lorsqu'une banque de données compile des informations originales, le problème ne se pose pas. La banque n'est alors pas protégée en tant que telle, mais parce que les données qu'elle contient sont couvertes par le droit d'auteur.

A l'inverse, il est fréquent qu'une banque de données amasse des informations qui ne sont pas susceptibles d'appropriation privative parce qu'elles manquent d'originalité ou encore parce qu'elles sont « de libre parcours », sorte de *res communis* offerte et ouverte à tous. Ainsi en irait-il de fichiers compilant des données météorologiques, les cours de la Bourse, les résultats du PMU ou encore les textes normatifs publiés dans les journaux et bulletins officiels. Ceux qui ont saisi et traité ces masses d'informations aspirent, non sans quelque raison, à voir leur réalisation bénéficier d'une protection juridique.

Encore faut-il savoir ce que la loi peut et doit protéger dans cette affaire. Est-ce la banque en tant que réalisation intellectuelle que l'on protégerait comme une anthologie, à raison du choix des informations, de leur format, de leur ordonnancement, en un mot de la structure documentaire inventée par le réalisateur ?

Ou bien le droit lui prêterait-il mainforte en reconnaissance des efforts qu'il a accomplis et notamment des investissements financiers que son œuvre a exigés ?

13. Ces questions ne sont pas simples. La Commission de Bruxelles qui s'en est saisie a émis une directive dans laquelle elle admet qu'une banque de données soit protégée, alors que les données qu'elle contient ne peuvent l'être. Dans sa version définitive, le texte communautaire aménage une double sauvegarde. D'une part, la banque de données est couverte par le droit d'auteur en tant que telle, dans sa composition et son organisation, comme structure documentaire. D'autre part, un droit qualifié *sui generis* permet au réalisateur de la banque d'interdire l'extraction ou la réutilisation « substantielle » de son contenu. Il s'agit là d'une innovation très intéressante, saluée par certains comme l'apparition d'un nouveau monopole d'exploitation récompensant les investissements.

Une proposition de loi Godfrain, du même esprit mais de plus large portée, tend aussi à secourir les auteurs de créations intellectuelles en général qui ne sauraient prétendre au droit d'auteur. Ils auraient la faculté d'apposer un signe de réservation sur la création à protéger, comparable au « c » du copyright. Par ce geste, le créateur bénéficierait d'un monopole temporaire d'exploitation sur son œuvre. Évidemment, son droit serait sensiblement plus faible que la propriété littéraire : dépourvu des attributs du droit moral, il ne durerait que les quelques années nécessaires à amortir l'investissement.

En l'absence d'originalité et d'innovation, qualités qui fondent les deux formes majeures de la propriété intellectuelle, la proposition de loi protège l'effort du créateur, ses peines et soins et surtout ses impenses. Elle présente pour lui un avantage majeur : l'apposition du signe de réservation inverse la charge de la preuve, en créant une apparence qui désigne le créateur comme titulaire légitime du droit. C'est une sorte de protection possessoire transposée dans le domaine de l'immatériel.

Le moment paraît effectivement venu de reconnaître que l'investissement productif en matière d'information et de documentation mérite une protection spécifique, une sorte d'abrégé de la propriété intellectuelle. On devrait ainsi préserver le vrai droit d'auteur des extensions qui le dénaturent, en le restituant à la pureté originelle de son objet, c'est-à-dire les arts et les lettres.

Il reste que, si un bon encadrement juridique favorise la production de l'information, celle-ci est faite pour circuler à telle enseigne que le marché de la communication connaît lui aussi un constant développement.

B / Expansion de la communication

14. La diffusion de l'information imprimée a suscité, comme sa production, un schéma traditionnel bien connu, qui est à peu près le même pour les livres et les publications périodiques. Ce dispositif repose sur des réseaux de distribution constitués de marchands au détail (libraires, kiosques) ou de vendeurs à domicile (VRP). A un moindre degré, la commercialisation se réalise aussi par des organismes de vente par correspondance. L'achat du produit considéré se fait au coup par coup ou sur abonnement.

Ce système s'est étendu sans difficulté à d'autres objets que le papier imprimé, dès lors que le support de l'information est une chose corporelle. Ainsi, dans les « grandes surfaces », des rayons de cassettes voisinent-ils avec des rayons de livres, cependant que des boutiques se spécialisent dans la vente ou la location de « produits vidéo ».

La distribution des supports corporels de l'information s'ordonne ainsi suivant une chaîne contractuelle classique. L'éditeur rémunère l'auteur sur le produit des ventes et éventuellement d'autres recettes (traduction, adaptation...). En amont, l'information est créée sous le couvert d'un statut, le droit d'auteur ; en aval, elle circule à l'aide de contrats simples : vente et location essentiellement.

15. Mais le schéma traditionnel de la communication est aujourd'hui perturbé par le progrès technique, comme l'est celui de la production. Cela tient à de multiples facteurs.

L'information désormais n'est plus nécessairement diffusée par écrit, ni même au moyen d'un support matériel. Le plus souvent elle parvient à son destinataire sous la forme de messages visuels ou sonores. Quoiqu'ils soient susceptibles d'enregistrements magnétiques qui en permettent la conservation, ces messages sont évanescents dans leur immense majorité. Si on les assimilait à des biens, on dirait qu'ils se consomment par le premier usage qui en est fait, acoustique ou visuel. Mais il est plus conforme à leur nature de les considérer comme des services et non comme des produits, comme des prestations à caractère culturel, ludique ou de banale information.

Dans le même temps, grâce aux mêmes outils, l'information portable – jadis celle du crieur public – prend le pas sur l'information quérable. Elle s'est généralisée avec la mise en place des réseaux câblés et hertziens. Le téléphone et la radiodiffusion acheminent depuis long-

temps à domicile les conversations privées et l'information publique. Le téléphone se double aujourd'hui de la télécopie et du Minitel qui permettent d'échanger, à distance et dans l'instant, des messages visuels sur papier ou sur écran. Quant à la télévision, ses multiples chaînes asservissent l'auditeur à d'innombrables nouvelles, spectacles, reportages et autres divertissements.

Ces mêmes réseaux sont aujourd'hui capables de relier les terminaux des particuliers aux gisements d'informations que sont les banques de données, et de les véhiculer en flux intarissables. Un filet aux mailles impalpables enserme la planète, par lequel passent et grouillent en permanence des milliards de données. Est-ce la « noosphère » annoncée par Teilhard de Chardin ou un brouhaha de connaissances inutilisable à force de profusion ?

Un fait émerge, quoi qu'il en soit. La télématique établit dans la circulation de l'information l'unité que l'informatique a apportée dans sa production. A travers la numérisation, les mêmes techniques stockent et déplacent l'information sous toutes ses formes. Au disque multimédia, support polyvalent, qui enregistre indifféremment le texte, l'image et le son, vont correspondre les *autoroutes de l'information* qui délivreront les mêmes messages en tous les points de l'espace.

16. La complexité du dispositif juridique requis par ces formes nouvelles de communication est à l'image de sa complexité technique. On est loin de la robuste simplicité dont fait preuve la distribution de l'écrit. Là où le contrat suffit à l'écrit, la loi gouverne l'audiovisuel.

Le partage de l'espace où circulent les ondes est affaire de conventions internationales et de normes internes qui répartissent les fréquences. L'État délimite, en outre, la part des monopoles publics et des actions laissées au secteur privé. Cet ensemble provoque une lourde réglementation sur laquelle veille une autorité de contrôle.

Il est vrai que le poids des monopoles et des règlements tend à décroître sous la pression du libéralisme ambiant. Mais un libéralisme débridé aboutit à des concentrations qui tendent à reconstituer des monopoles, de sorte que la nécessité d'un contrôle réapparaît de ce fait. On sait combien sont étroits les chemins de la liberté, entre les écueils inverses de l'anarchie et du dirigisme.

Cependant, la complexité du dispositif juridique encadrant la communication télématique et audiovisuelle ne provient pas tout entière du partage des compétences entre la puissance publique et les opérateurs privés. Elle résulte aussi de la chaîne des interventions qui

séparent le producteur de l'information de son destinataire final. Pour s'en tenir à la chaîne télématique, il n'est pas rare de rencontrer dans cet ordre: l'auteur du document de base, le producteur qui assure le traitement informatique, le serveur qui prend en charge la diffusion télématique, un réseau qui véhicule les données, et encore une interface qui interroge le système et filtre l'information pour la communiquer à l'utilisateur final.

A chaque étape correspond la prestation spécifique d'un agent différent, commandée par un contrat particulier, à la manière un peu du transport multimodal. Il est clair que la défaillance éventuelle d'un maillon de la chaîne ne sera pas toujours simple à localiser, et que l'écheveau des responsabilités, délictuelles et contractuelles, des personnes privées et des personnes publiques, pourra être bien difficile à démêler.

17. L'expansion du marché de l'information, saisissante sous quelque aspect qu'on la considère, quant aux produits, aux services, aux opérateurs et aux consommateurs, cette expansion est-elle promise à un essor constant, ou est-elle appelée à atteindre des limites, voire à connaître un reflux ?

L'interrogation va succéder au constat.

II / UNE EXPANSION ILLIMITÉE ?

18. Pour un économiste, les frontières du marché passent par l'utilité de l'offre, son adéquation à la demande et par la solvabilité de celle-ci. Un sociologue prendra en compte des éléments plus subjectifs de la consommation : tradition culturelle, effets de mode, barrières linguistiques.

Le point de vue du juriste est différent. Tout marché ne peut porter que sur des biens qui sont dans le commerce, susceptibles d'être acquis et cédés de façon licite. Les limites juridiques du marché sont celles de la liberté des transactions. Elles tiennent au matériau de base de l'information : les données. S'il en est dont le droit interdit le commerce, que ce soit sous forme de produits ou de services, elles se trouvent *ipso jure* soustraites au marché de l'information.

Le droit a ses humeurs et ses saisons, que la raison, parfois, peine à comprendre. Qui peut croire, face à l'étal de la pornographie, que

Baudelaire et Flaubert furent condamnés pour avoir offusqué les mœurs de leur temps ? Le XX^e siècle n'a pas brûlé les mêmes sorcières, ni les mêmes livres que ceux qui l'ont précédé. C'est dire que, dans notre domaine, les frontières du marché sont loin d'être stables et reconnues.

A condition d'être prudent dans le pronostic, on s'efforcera néanmoins d'en identifier quelques-unes : *hic et nunc*, la mise sur le marché pose des problèmes pour les données appropriées, les données confidentielles et les données publiques.

A / Les données appropriées

19. Il paraît aller de soi que les données revêtues de la propriété littéraire ne puissent être commercialisées qu'à la seule initiative du titulaire du droit, l'auteur ou l'éditeur. Jusqu'à la fameuse affaire *Le Monde-Microfor*, on ne se doutait pas que cette tranquille certitude pouvait être battue en brèche par l'article 41 de la loi du 11 mars 1957 (aujourd'hui article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle). Il y est écrit :

« Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire :

.....
« 3° Sous réserve que soient indiqués clairement le nom de l'auteur et la source :

« a) Les analyses et courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées »

.....

Microfor avait « emprunté » au *Monde* le titre de ses articles et découpé une partie de leur contenu pour l'insérer dans sa banque de données, dont l'accès payant était ouvert au public.

Le journal soutenait que la banque de données outrepassait la faculté prévue par la loi, qu'il n'y avait pas d'œuvre « incorporante » au sens de l'article litigieux, étant donné que le texte incorporé provenait en totalité de ses colonnes, sans aucun ajout de l'usurpateur. Il prétendait en outre que les extraits d'articles, présentés comme des « résumés signalétiques », constituaient des altérations et des mutilations de l'œuvre originale qui en donnaient une idée incomplète et souvent déformée. Par deux fois la Cour de Paris lui donna raison.

Mais, à deux reprises, la Cour de cassation censura les arrêts de Paris, d'abord par une décision de sa première chambre civile, puis en Assemblée plénière (Cass. Ass. plén. 30 octobre 1987, *JCP*, 1988, Éd. G, II, 20932; Éd. E, II, 15093, n° 4; *D*, 1988, 21). Pour cette dernière décision, particulièrement importante, les emprunts de Microfor au journal français n'ont pas excédé la mesure permise par l'article 41 de la loi de 1957 aux motifs que les « résumés », constitués uniquement de courtes citations de l'œuvre, ne dispensaient pas le lecteur de recourir à celle-ci, et que la combinaison de ces résumés avec l'index analytique de la publication formait un ensemble ayant le caractère d'une œuvre d'information.

20. La solution de la Cour de cassation a été diversement accueillie en doctrine. Il est clair que les hauts magistrats l'ont adoptée pour favoriser l'essor des nouvelles techniques de l'information, en l'espèce une banque de données, fût-ce au détriment de l'édition traditionnelle. Une œuvre d'information peut donc être faite à coup de ciseaux : culture ou couture ? On ne peut s'empêcher de penser qu'une certaine discordance existe entre l'engouement que suscite la répression des agissements parasitaires et la permission d'aller faire son marché dans le jardin du voisin.

Au reste, l'arrêt d'Assemblée ne répond pas à toutes les questions que sa lecture suscite. Jusqu'où peut-on parler de « courtes citations » et s'agit-il d'un point de fait ou de droit ? La Cour de cassation n'en a-t-elle pas fait une question de droit dans le cas de la reproduction d'un tableau de maître ? Et encore : si une banque de données peut emprunter des extraits de presse à titre de courtes citations, que doit-on penser d'une banque de données qui résumerait de semblable manière le *corpus* d'une autre banque de données ? Microfor jouerait-il alors l'arroseur arrosé ?

Bornons-nous ici à constater que les lisières du marché de l'information ne sont pas tout à fait certaines au regard du droit d'auteur d'autrui.

B / Les données confidentielles

21. Une donnée frappée du sceau du secret n'est pas une information puisqu'elle n'est pas, par hypothèse, communicable. Impropre à la circulation, cette donnée n'est pas transmissible, même à titre gratuit ; *a fortiori* est-elle absente des circuits commerciaux.

Notre système juridique ne semble pas avoir édifié une théorie générale du secret, qui proposerait une doctrine de ses finalités, de son objet, de ses sujets et de ses sanctions. Mais la loi édicte un certain nombre de secrets particuliers, dont les plus connus sont le secret professionnel des médecins et des hommes de lois, le secret défense et le secret des affaires.

Leur portée n'est pas immuable : la loi n° 94-548 du 1^{er} juillet 1994, relative aux traitements de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé, ébrèche le secret médical dans l'intérêt de la science. De façon plus indirecte, l'admission de la preuve génétique en matière de filiation lève le voile dont la médecine recouvrait naguère la paix des familles. Le principe n'en demeure pas moins que l'information médicale nominative est hors du commerce, à moins qu'un personnage (illustre) n'en fasse une information en choisissant de la divulguer.

D'autres secrets paraissent moins bien reçus par le corps social, tel le secret défense qui éveille les soupçons de l'opinion lorsqu'il paraît invoqué à des fins politiques et, plus encore, le secret de l'instruction dont la légitimité est aujourd'hui mise en cause par certains de ceux à qui il s'impose. En fait, les données de l'instruction ont rejoint le marché de l'information : c'est dire combien le sceau de leur secret s'est affaibli en droit.

À côté de ces zones ponctuelles de silence, il existe un domaine réservé bien plus vaste et plus flou, que l'on dénomme parfois le secret des personnes. Il s'agit essentiellement des personnes physiques et des données nominatives les concernant.

Lorsque ces données sont promises à des traitements informatiques, la loi du 6 janvier 1978 leur a donné une sorte de statut qui pose les règles de leur collecte, de leur transparence et du contrôle que la Commission nationale de l'informatique et des libertés a pour mission d'exercer en la matière.

Ces fichiers nominatifs ont un grand intérêt pour les entreprises et les administrations. Si leur usage interne n'est pas sans risque pour l'intimité des citoyens, à plus forte raison leur mise sur le marché général de l'information pourrait être redoutable. C'est pourquoi les organismes qui créent et exploitent de pareilles bases de données doivent déclarer à l'autorité publique la finalité du fichier, les informations qu'il comporte et les personnes à qui elles sont destinées. Sous le couvert de ces précautions et de ces contrôles, le marché des fichiers nominatifs constitue une réalité économique dont l'importance – mal connue sans doute – est d'ores et déjà bien réelle.

22. Quelle que soit, cependant, l'importance croissante des banques de données, elles ne représentent qu'un segment encore modeste du marché de l'information. Aussi bien, la protection des données personnelles ne saurait se fonder sur la seule loi du 6 janvier 1978. Elle repose sur une assise beaucoup plus large, couvrant des comportements qui n'utilisent pas l'informatique.

Outre quelques délits pénaux spécifiques (de diffamation et d'injure, notamment), le grand texte fondateur est, en la matière, l'article 9 du Code civil, dans la rédaction que lui a donnée la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 : « Chacun a droit au respect de sa vie privée. » Sur cette base, une jurisprudence foisonnante a défini la notion de vie privée et les atteintes dont elle est susceptible. Elle a sanctionné, par exemple, le fait de capter des conversations téléphoniques ou autres, y compris des propos échangés sur les lieux de travail ; également, la divulgation de faits intéressant la vie sentimentale, la santé physique ou mentale, le comportement intime d'une personne, voire la simple indication de son domicile et des objets qui le garnissent. Le droit à l'image est aussi une conquête de l'article 9 : toute personne peut s'opposer à la reproduction de ses traits, notamment à des fins publicitaires ou mercantiles ; l'application de ce principe donne lieu à de multiples décisions.

Sans doute la jurisprudence fait-elle preuve de pragmatisme dans l'application des sanctions dont elle dispose. Elle tient compte *in concreto* de la célébrité du sujet et de la complaisance dont il a pu faire preuve à l'égard des journalistes et photographes. Le franc symbolique n'apporte souvent aux victimes qu'une satisfaction morale. Et quand bien même les condamnations seraient plus lourdes, elles n'égalent généralement pas le profit que le journal a retiré d'un article ou d'une image à sensation. C'est pourquoi, en dépit des lois civiles et pénales, une certaine presse à scandale existe toujours, moins prospère peut-être en France que dans certains pays réputés plus puritains.

Ces réserves ne doivent pas être imputées aux codes ni aux juges, mais aux mœurs et... à la loi du marché. On a vu que l'article 6 du Code civil avait perdu sa vigueur dans l'ordre des bonnes mœurs, à l'échelle de la société. L'article 9 assure une sorte de relève à l'échelle de l'individu et c'est bien ainsi car le respect des données confidentielles doit demeurer la brèche la plus large ouverte dans le libre commerce de l'information.

C / Les données publiques

23. Le problème des données publiques est presque inverse du précédent. Par hypothèse, il s'agit d'informations dues au plus grand nombre, soit parce que les citoyens doivent les connaître (nul n'est censé ignorer la loi), soit parce qu'elles sont nécessaires à la bonne marche de la vie en société (accès aux fichiers publics, aux données économiques...), soit pour toute autre raison. A l'inverse des données confidentielles, ce n'est pas leur divulgation qui est en question : elle est, en quelque sorte, de droit. Ce sont les modalités de leur communication qui appellent un débat.

La racine du débat tient à ce que la diffusion des données publiques est une nécessité d'intérêt général et qu'elle entretient, de ce fait, des rapports évidents avec la notion de service public. D'où une question préliminaire et fondamentale : l'autorité publique peut-elle se désengager de leur communication en livrant les données qu'elle produit et contrôle au libre marché de la distribution ? Il est clair que deux courants de pensée s'affrontent sur ce point en fonction de leur degré d'adhésion aux thèses libérales : M. Gaudrat l'a mis en évidence dans son rapport sur la commercialisation des données publiques (La Documentation française, 1992).

24. A ce stade de la réflexion, il y a deux manières de soustraire les données publiques au marché de l'information. La première est d'en proclamer la gratuité par égard pour l'égal accès de tous à cette *res communis* intellectuelle. Le marché étant, par définition, à titre onéreux, on peut poser l'équation : absence de prix = absence de marché. De fait, le citoyen ne paie pas pour l'air qu'il respire ; mais il paie pour l'eau, tout aussi indispensable à la vie. Une sage position consiste sans doute à admettre que la décision de commercialiser les données publiques relève des autorités du même nom. Ce faisant, on doit être conscient de ce que le penchant naturel des collectivités comme des individus est de faire feu de tout bois et monnaie de toute donnée.

Un nouveau dilemme apparaît alors, si la décision penche en faveur de la commercialisation. L'autorité publique doit-elle en garder la maîtrise, soit par ses propres services, soit par le moyen des régies ou des concessions, veillant ainsi à la bonne marche du service et à l'évolution raisonnable des tarifs ? Ce mode de gestion bénéficie, en France, d'une tradition éprouvée. Mais son usage heurte les principes du libé-

ralisme, car il étouffe assez largement les lois du marché. La circulaire administrative relative à la diffusion des données publiques, en posant les termes du débat, a ouvert celui-ci plus qu'elle ne l'a traité (circulaire du 14 février 1994, *JO*, 19 février 1994, p. 2864 ; v° H. Maisl, La diffusion des données publiques, *AJDA*, 1991, n° 5, p. 362). Tout laisse à prévoir que le problème des données publiques occupera les esprits dans les années à venir et qu'il les divisera sans doute au sein de l'opinion nationale mais plus encore peut-être au sein de l'Union européenne (*La Revue française d'administration publique*, en consacrant à ces questions son n° 72 d'octobre-décembre 1994, sous le titre *Les données publiques : un gisement à exploiter ?*, apporte à ses lecteurs une information qui montre combien les polémiques sont ardentes entre les secteurs public et privé).

25. Le cadre de cette communication ne permet pas d'en dire plus sur des sujets qui ont déjà inspiré bien des commentaires et qui en susciteront encore beaucoup. Il n'a même pas été possible de simplement effleurer toutes les questions qui se rapportent au thème : faut-il, par exemple, envisager une loi du type « Informatique et libertés » pour les personnes morales ?

Mais ce que l'on a pu observer suffit à montrer combien le marché de l'information est fluide, complexe et sensible. Si ses enjeux économiques paraissent colossaux, il faut être conscient de ce que ses aspects juridiques pèsent aussi lourd en termes de transparence, de liberté et d'égalité culturelle.