La propriété de l'information après l'arrêt *Stewart*

André Lucas*

Que l'on vive dans une société d'information, la chose n'est plus à démontrer. Le journaliste, le sociologue, l'économiste nous le répètent à satiété. Le juriste ne peut rester insensible à l'évolution. Surgit alors inévitablement la question de savoir s'il faut regarder l'information comme un bien susceptible d'appropriation.

La controverse bat son plein. Au-delà du droit des biens, elle a naturellement des implications en droit criminel. Le problème du vol d'information a donné lieu déjà à une littérature abondante, notamment en France (v. surtout M.P. Lucas de Leyssac, « Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ? », *D.* 1985, Chr. 43) et aux Pays-Bas (Arnhem 27 oct. 1983, *Droit de l'informatique*, 1984, no 2, p. 22, note J.M. Smits ; Anvers 13 sept. 1984, même revue, 1986, no 2, p. 93, note G. Vandenberghe). Tous les observateurs spécialisés attendaient avec impatience la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Stewart* qui avait donné lieu à un arrêt très remarqué de la Cour d'appel d'Ontario, 5 C.C.C. (3d) 481, admettant explicitement la possibilité d'appliquer les peines du vol en dépit du caractère immatériel de l'information.

Les faits de l'espèce sont aujourd'hui bien connus. Stewart avait offert de l'argent au gardien de sécurité d'un hôtel pour obtenir des renseignements concernant les employés de cet hôtel. Le gardien devait, selon le plan mis au point, consulter des documents auxquels il n'avait pas normalement accès. En réalité, il n'avait pas donné suite à cette offre, mais s'en était ouvert aux policiers. Stewart était notamment accusé d'avoir conseillé à une autre personne de commettre l'acte criminel de vol. En première instance, 68 C.C.C. (2d) 305, le juge Krever avait écarté cette accusation, laquelle avait au contraire été retenue en appel.

© André Lucas, 1989.

* André Lucas est professeur à la faculté de droit de l'Université de Nantes.

La Cour suprême s'en est tenue à une position orthodoxe en accueillant le pourvoi. Pour certains, qui mettront en cause l'incorrigible conservatisme des juristes, la déception sera à la mesure de l'espoir.

Une telle appréciation ne serait pas équitable. La solution adoptée par la Cour d'appel d'Ontario compromettait trop gravement la cohérence du droit de la propriété intellectuelle et du droit criminel pour pouvoir être avalisée. L'information, en effet, ne peut pas être reconnue comme un bien appropriable au sens plein du terme (I). Tout au plus peut-on envisager qu'elle soit protégée sur un autre terrain (II).

I. L'appropriation de l'information

Si l'affaire *Stewart* présentait un caractère exemplaire, c'est parce qu'elle posait ouvertement le problème du vol d'information, sans soustraction d'un support matériel quelconque, contrairement à la situation créée en matière de vol de photocopie, dans laquelle on peut toujours soutenir la thèse qu'il y a eu dépossession du document original.

Le texte en cause était l'article 283(1) du Code criminel. Toute la question, selon la Cour suprême, se ramenait en effet au point de savoir si des renseignements confidentiels pouvaient faire l'objet d'un vol au sens de cette disposition.

En première instance, le juge Krever avait écarté cette thèse en affirmant que si la «chose» visée par l'article 283(1) pouvait être intangible, encore fallait-il, conformément à l'arrêt *R.* c. *Scallen*, (1974) 15 C.C.C. (2d) 441 (C.A.C.-B.), qu'elle pût être regardée comme un bien, ce qui, en l'état du droit positif, ne pouvait être admis pour des renseignements confidentiels.

Au contraire, en appel, le juge Houlden avait décidé que la qualification de vol pouvait être retenue. Son raisonnement tenait en deux propositions. D'une part, des renseignements confidentiels réunis au prix de temps, de travail et d'argent constituent des biens. D'autre part, en l'espèce, si le plan ourdi par Stewart avait abouti, ces renseignements auraient perdu leur caractère confidentiel et n'auraient pu de ce fait être restitués dans l'état où ils étaient antérieurement, ce qui suffisait à justifier la condamnation pour vol sur le fondement de l'alinéa d) de l'article 283(1).

Aucune de ces deux propositions ne trouve grâce en Cour suprême auprès du juge Lamer. Celui-ci affirme tout à la fois qu'une information en tant que telle ne peut être considérée comme un bien, au moins en droit criminel, et que la perte du caractère confidentiel

de ladite information ne caractérise pas suffisamment le détournement visé à l'alinéa d) de l'article 283(1).

Les deux arguments se rejoignent. Si l'information ne peut être regardée comme un bien, c'est parce qu'elle n'est pas susceptible d'une possession privative, et c'est cette particularité qui explique en même temps que le prétendu propriétaire ne puisse se prévaloir d'un véritable détournement.

La solution en tout cas rejoint celle adoptée par la Cour d'appel d'Alberta dans l'arrêt *R.* c. *Offley*, (1986) 28 C.C.C. (3d) 1, cité par le juge Lamer qui, contrairement à la Cour d'appel d'Ontario dans l'affaire *Stewart*, avait jugé qu'une information, même confidentielle, ne constituait pas une «chose» au sens de l'article 283(1).

Un autre précédent va dans le sens de la position adoptée par la Cour suprême. Il s'agit de l'arrêt *Oxford* c. *Moss*, (1978) 68 Cr. App. R. 183, refusant de condamner pour vol un étudiant qui s'était procuré frauduleusement un sujet d'examen. Le juge Houlden, en appel, avait curieusement écarté ce précédent (p. 495) en observant que la Cour divisionnaire, dans cette espèce, n'avait pas elle-même tenu compte des précédents *Exchange Telegraph Co.*, dont nous verrons plus loin (v. *infra* II) qu'ils ne sont pourtant pas décisifs..

La position ici adoptée par la Cour suprême mérite selon nous d'être approuvée pour deux séries de raisons. D'abord, on ne peut qu'adhérer à l'argumentation du juge Lamer lorsqu'il démontre que l'information ne peut être considérée comme un bien au sens du Code criminel. En l'état actuel du droit positif, il faut à l'évidence solliciter la lettre de l'article 283(1) du Code criminel (comme l'article 379 du Code pénal français) pour découvrir dans l'information une «chose» susceptible d'être volée. On peut certes imaginer une extension de l'incrimination, mais, comme l'observe le juge Lamer, c'est au législateur de s'engager sur une telle voie. Celle-ci, au demeurant, serait de nature à menacer les libertés individuelles. En France, elle soulèverait à n'en pas douter des problèmes de constitutionnalité. Faudra-t-il condamner pour vol tous les curieux qui lisent le courrier de leur voisin? Faudra-t-il, interroge le juge Lamer, appliquer l'article 312 du Code criminel à celui qui, ayant en sa possession une information criminellement obtenue, ne sera pas en mesure de justifier qu'il ne l'a pas effacée de sa mémoire? On voit bien que le droit criminel ne peut s'accommoder de constructions aussi dangereuses.

Mais il faut aller plus loin et dire que, même sur le terrain du droit civil, il n'apparaît pas possible de considérer l'information comme un bien. Le juge Lamer, il est vrai, est moins affirmatif sur

ce point et paraît même faire sienne l'opinion contraire d'un auteur (Weinrib, « Information and Property », (1988) 38 *U.T.L.J.* 117). Cette opinion nous paraît toutefois critiquable au regard des principes qui gouvernent la propriété intellectuelle. On doit en effet tenir compte du postulat que les idées sont en elles-mêmes de libre parcours. Des créations intellectuelles peuvent certes être appropriées, mais c'est à la condition de répondre à certaines exigences, par exemple la non-évidence pour l'invention brevetable, ou l'originalité pour la création littéraire et artistique.

En appel, dans la présente affaire *Stewart*, le juge Cory (p. 500) avait cru pouvoir tirer argument en faveur de la thèse du vol de la circonstance que l'information était, selon lui, protégée par un droit d'auteur. Mais, en admettant que le constat fût fondé (ce qui était loin d'être certain, une liste de noms et d'adresses ne répondant pas nécessairement à l'exigence d'originalité, même en interprétant la notion de façon compréhensive), la démonstration reposait sur une confusion. Si une oeuvre est protégée par le droit d'auteur, la violation des droits du créateur ne sera pas sanctionnée en tant que vol, mais au titre de la contrefaçon.

Vouloir ignorer cette distinction fondamentale, et prétendre sanctionner en tant que vol tout emprunt d'une création, c'est, il faut en être conscient, plaider pour un complet bouleversement du droit de la propriété intellectuelle. À quoi bon chercher à obtenir un brevet d'invention ou demander le bénéfice du droit d'auteur si, en toute hypothèse, on peut toujours faire condamner l'usurpateur en lui appliquant les peines du vol ?

L'argument suffit selon nous à ruiner la thèse selon laquelle l'information est un bien, même en droit civil. L'opinion inverse repose sur une conception purement économique, et même quantitative, de l'information, qui exclut les indispensables distinctions. C'est le terme même d'information qui suscite alors l'équivoque. On peut bien dire que la Joconde ou les Fleurs du Mal sont des informations au même titre qu'une liste de fournisseurs ou les résultats d'une compétition sportive. Mais il est facile de voir qu'une telle analyse est trop globalisante pour être opératoire.

Il nous semble qu'il faut en rester (ou en revenir) à des conceptions plus rigoureuses. Là où il y a création intellectuelle, il faut appliquer les techniques connues d'appropriation, telles que le brevet ou le droit d'auteur, qui obéissent à un régime propre. Là où il y a une simple information, il faut sortir du cadre de la propriété intellectuelle et de la propriété tout court. Ce n'est pas à dire pour autant qu'il n'y aura pas de protection du tout. Mais c'est une autre histoire.

II. La protection de l'information

Le débat sur le statut de l'information doit prendre en compte le postulat que le refus du droit de propriété n'implique pas l'absence de protection.

Que le juriste intègre dans ses constructions cette nouvelle valeur économique que constitue l'information, rien de plus normal. S'il n'est pas en mesure de traduire sur le plan juridique ce que les comptables (et souvent le fisc) reconnaissent déjà, la réalité finira tôt ou tard par se venger.

Mais, avant de remettre en question l'édifice, deux fois séculaire, du droit de la propriété intellectuelle, il sera bien inspiré de rechercher d'abord ce que peuvent apporter les techniques du droit commun des obligations, trop souvent négligées.

C'est d'abord le contrat qui pourra être mis à contribution. On sait depuis longtemps qu'il est possible d'assurer une certaine protection à l'information en limitant la diffusion par des clauses appropriées. Parfois même, il n'est pas besoin de clause spécifique. Ainsi, dans la conception française, le salarié sera, même dans le silence du contrat, tenu d'une obligation de confidentialité, corollaire de l'obligation de loyauté.

On aboutit à un résultat comparable en « common law » en sanctionnant au titre d'un « breach of trust » certaines divulgations intempestives émanant de contractants à qui sont communiquées des informations confidentielles (*Board of Trade of City of Chicago* c. *Christie Grain & Stock Co.*, (1905) 198 U.S. 236).

En dehors de tout contrat, on peut même décider que dans certaines circonstances déterminées, l'utilisation de l'information constitue une faute engageant la responsabilité de l'utilisateur. C'est ainsi que la Cour de cassation française a condamné, sur la base de l'article 1382 du Code civil, un journal qui avait reproduit les dépêches d'une agence de presse sans avoir payé l'abonnement exigé des clients (Req. 23 mai 1900, D.P. 1902, I, 405). Quelques années plus tard, la Cour suprême des États-Unis a approuvé l'injonction accordée à une agence dans des circonstances similaires (*International News Service* c. *Associated Press*, (1918) 39 S.C.R. 68). L'argument essentiel invoqué par les deux arrêts est que, selon la formule du juge Pitney dans l'A.P. Case (p. 72), il est déloyal de récolter ce que d'autres ont semé à grands frais.

C'est notamment sur la base d'une telle jurisprudence qu'a été édifiée la théorie dite des agissements parasitaires selon laquelle tout emprunt permettant de détourner des investissements faits par un

concurrent ou plus généralement par un tiers devrait être considéré comme fautif (P. Veron, « La protection de l'information par le droit de la concurrence déloyale et parasitaire », dans *L'entreprise, l'information et le droit*, J.C.P. éd. E, Supplément 1/1988, p. 16).

Encore faut-il se garder d'exagérer l'efficacité de ces moyens qui ne sont guère que des palliatifs. Les clauses insérées dans un contrat n'ont d'effet qu'entre les parties, sauf à démontrer que le tiers a participé sciemment à leur violation, ce qui n'est pas facile.

Quant à la responsabilité civile, elle ne peut être retenue que dans des circonstances particulières, par exemple lorsque l'information confidentielle est acquise grâce à des manoeuvres frauduleuses relevant de l'espionnage industriel. Mais poser que le parasitisme en tant que tel présente un caractère fautif, indépendamment de toute atteinte à un monopole, soulève à notre avis la même objection décisive que la condamnation du vol d'information, à savoir que la solution retire tout intérêt aux droits de propriété intellectuelle (v. *supra* I).

On citera en ce sens un arrêt rendu par la Cour d'appel de Toulouse le 19 octobre 1988 (D. 1989, 290, note Barbieri) qui a jugé que la reproduction d'un dessin non protégé par les lois de 1909 (sur les dessins et modèles) et de 1957 (sur le droit d'auteur) ne présentait aucun caractère fautif et que décider le contraire « aboutirait à créer une protection privative subsidiaire faisant revivre par un biais excluant la notion fondamentale d'originalité, la protection des lois susvisées ».

Il semble qu'en réalité les discussions sur le statut de l'information soient obscurcies par une certaine confusion terminologique. L'ambiguïté vient du terme propriété. S'il est pris dans son sens plein et entier, comme l'impose la tradition juridique française, c'est-à-dire comme évoquant un droit réel opposable à tous, alors il est clair que l'information, même confidentielle, n'est pas appropriable, et qu'elle peut seulement le devenir en remplissant les conditions exigées pour l'obtention d'un brevet, d'un droit d'auteur, d'un dessin industriel, ou d'une marque.

Si, en revanche, on veut décorer du nom de propriété les prérogatives reconnues au titulaire d'une information pour le protéger contre certaines divulgations abusives, le débat prend un tour bien différent. Le juge Pitney ne s'y est pas trompé dans l'A.P. Case puisqu'il affirmait nettement qu'il n'était pas question de reconnaître à l'agence de presse « any general and absolute property in the news » (p. 71), mais seulement une « quasi property » ayant effet entre les parties intéressées. C'est également en ce sens que

doivent être interprétés, semble-t-il, les arrêts *Exchange Telegraph Co.* (et notamment le premier d'entre eux [1896] 1 Q.B. 147) invoqués par le juge Houlden de la Cour d'appel d'Ontario.

L'essentiel est de ne pas céder au nominalisme ni au dogmatisme. Qu'importe le flacon, certes, mais à la condition de ne pas se bercer d'illusions sur le contenu.

Jurisprudence

De la difficile protection des oeuvres d'architecture — Les affaires Du Boisé et Nouvelle Dimension

Claude Brunet*

Les oeuvres d'architecture ont souvent fait, au cours des ans, l'objet de débats judiciaires[1], mais deux arrêts récents de cours québécoises viennent nous rappeler à quel point la nature de ces oeuvres demeure ambiguë et combien leur protection par droit d'auteur reste aléatoire. Ces arrêts nous fournissent aussi l'occasion d'illustrer le peu de cas fait ici de la protection des oeuvres d'architecture, malgré que le Canada soit enfin résolument engagé dans le difficile processus de révision de sa *Loi sur le droit d'auteur*[2].

Les deux arrêts en question sont, d'abord, l'affaire de *Les Habitations du Boisé d'en Haut Inc. et une autre* c. *Yves Bilodeau Dessinateur Inc. et autres* (ci-après, l'affaire «Du Boisé») (14 sept. 1988; C.S. Terrebonne; Hon. Gontran Rouleau; [1989] R.J.Q. 405), puis l'affaire de *Les Constructions Nouvelle Dimension Inc.* c. *Yvan Berthiaume* (ci-après, l'affaire «Nouvelle Dimension») (8 fév. 1989; C.Q.(civ.); Hon. Sarto Cloutier; J.E. 89-413).

© Claude Brunet, 1989.

* Associé, Martineau Walker

1. *Hay & Hay Construction Co. Ltd.* c. *Sloan et al.*, 27 CPR Section II p. 132; *Hay* c. *Saunders and Saunders*, *Hay* c. *Kent and Kent*, *Hay* c. *Charge*, 30 CPR, Section II, p. 81; *Netupsky et al.* c. *Dominion Bridge Co. Ltd.*, 56 CPR 134; en appel: 58 CPR 7; 61 CPR 150 et 3 CPR 2d 1; *Webb & Knapp (Canada) Ltd. et al.* c. *City of Edmonton*, 63 CPR 21; *Katz* c. *Cytrymbaum et al.*, 76 CPR (2d) 276; *Kaffka* c. *Mountain Side Development Ltd.*, 62 CPR (2d) 157; *Geremia* c. *Maric et al.*, 15 C.I.P.R. 90; *Randall Homes Ltd.* c. *Harwood Homes Ltd.*, 13 C.I.P.R. 159.
2. L.R.C. 1985, c. C-42, amendée par L.C. 1988, c. 15 et c. 65.