

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La « propriété » des données

Poullet, Yves

Published in:
Penser le droit de la pensée

Publication date:
2020

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Poullet, Y 2020, La « propriété » des données: balade au « pays des merveilles » à l'heure du Big Data . dans *Penser le droit de la pensée: mélanges en l'honneur de Michel Vivant*. Dalloz, Paris, pp. 191-204.
<<http://www.crid.be/pdf/crid5978-/8651.pdf>>

General rights

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

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

Take down policy

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

LA « PROPRIÉTÉ » DES DONNÉES

BALADE AU « PAYS DES MERVEILLES » À L'HEURE DU *BIG DATA*

par Yves POULLET

*Professeur émérite à l'Université de Namur, professeur associé à l'UCLille,
membre de l'Académie royale de Belgique¹*

« En vérité, le “droit de l'informatique”
est un jeu moins plaisant qu'il n'y paraît de prime abord,
si l'on veut tout simplement faire du droit. »

M. VIVANT, « Le logiciel au pays des merveilles »,
JCP 1985. I. 3208.

1.- *Propriété des données et/ou des données à caractère personnel* — Il y a trente ans à l'occasion d'un colloque tenu à Montréal², j'avais traité du thème : « Données à caractère personnel : propriété ou libertés ». J'avais alors plaidé pour le rejet de toute approche en termes de propriété, de la relation qui peut exister entre la personne concernée et les données qui permettent de l'identifier de manière directe ou indirecte. La réflexion d'hier est-elle toujours d'actualité à l'heure des *big data*, où chacun reconnaît que les données

1. Je tiens à remercier M. Thomas Tombal, doctorant à la faculté de droit de Namur, pour sa relecture attentive.

2. Le colloque était organisé par le Centre de recherche de droit public de l'Université de Montréal. Je ne peux que remercier mes amis montréalais de m'avoir invité à réfléchir à nouveau sur ce thème dans le cadre de la chaire L. R. Wilson quasi 30 ans après, soit le 6 nov. 2018, et de me donner l'occasion de dédier à mon ami Michel Vivant ces propos.

sont « *the new oil of our economy* » et appellent toujours à y voir une « *commodity* » ? La question de la propriété des données n'est plus seulement liée à celle de la protection des données à caractère personnel ; elle concerne dorénavant toute donnée. Avant d'aborder les arguments avancés de part et d'autre, revenons un instant sur les arguments développés hier à l'encontre d'une approche « propriétaire » des données à caractère personnel.

2.- *Once upon a time — contre la propriété des données à caractère personnel* — Il y a trente ans, à l'approche « propriété » développée par Catala (1985) : « Aujourd'hui, on admet d'une façon assez générale que l'information a une valeur, qu'elle a une valeur préexistante à son transfert... Donc c'est un bien. Et donc ce bien est appropriable », j'opposais les arguments suivants. Le premier était simplement de rappeler que le droit de la propriété protège des biens matériels et que le droit de la propriété intellectuelle ne peut s'entendre que de données résultant d'une création intellectuelle originale, même si depuis, des exceptions ont été consenties via des protections *sui generis* comme le régime des bases de données ou tout récemment le secret d'affaires. Le deuxième constatait qu'il était difficile de parler de propriété lorsque les données concernées sont révélées par autrui (ainsi, les résultats d'un examen médical) et ajoutait que des données nous concernant sont loin d'être nos « produits » : certaines sont partagées avec d'autres, d'autres proviennent de notre interaction avec des tiers, d'autres, enfin, même si elles nous concernent, nous sont largement inconnues et si connues, incompréhensibles. Comment dès lors parler de propriété de données dans de tels cas ? Le troisième argument mettait en évidence le risque d'une telle reconnaissance. Si le droit reconnaît à la personne concernée la maîtrise de « mes » données, il doit lui être loisible de pouvoir les « vendre », les « louer » ou en céder le droit d'usage, c'est l'essence même de la reconnaissance du droit de propriété qu'il soit intellectuel ou non. Il y a donc une contradiction à affirmer la « propriété » des données à caractère personnel au moment même où le principe même de cette reconnaissance serait d'en limiter l'aliénabilité et ce, pour protéger la personne qualifiée de « propriétaire ». Le quatrième argument note en effet que l'attribution du droit de propriété ne résout pas le problème de la dissymétrie de pouvoir informationnel entre la personne concernée et le responsable : « *The power inequalities that pervade the world of information transfers.* » En d'autres termes, la possibilité de négociation offerte par la reconnaissance d'un droit de propriété renvoie au jugement de la seule personne concernée quant à sa « commercialisation ». C'est à elle que reviendrait le soin de décider de l'exploitation ou non de ses données ; sa volonté risque d'être exploitée par des « vendeurs », souhaitant « rentabiliser » leurs données, et par des « acheteurs », capables de surenchères pour capter des clients ou des marchés³. La « vie privée » deviendrait ainsi un privilège de

nantis. À l'inverse, l'approche « libertés ou droits fondamentaux », dans le cadre des lois de protection des données nées des obligations positives des États d'assurer l'effectivité des droits fondamentaux, justifiait non seulement des balises à l'utilisation des données par le responsable des traitements, mais, en outre, l'octroi de droits subjectifs à tous et chacun, ainsi les droits à l'information, d'accès, de correction, etc., en aucune manière « marchandables ». Pour cette raison, le caractère extrapatrimonial de la donnée personnelle devait être maintenu.

3.- *Data as a new oil* — Après tant d'années, fallait-il revenir à ce débat ? Je le pense. La première raison est à trouver dans la volonté de consacrer les données, qu'elles soient personnelles ou non, comme le moteur d'une société dite de l'information : « *Data as a new oil.* » Le numérique bouleverse l'économie de la donnée, de la connaissance et de l'information. L'ubiquité des technologies (l'IoT), les capacités de transmission, de stockage et de traitement et l'existence de plateformes accessibles modifient profondément la chaîne de valeurs des données : la production de données brutes et triviales s'opère en des lieux multiples et sans lien *a priori*, ces données sont alors « ensilées » dans de vastes répertoires. Leur analyse, c'est-à-dire leur combinaison aléatoire et statistique, au sein de ces répertoires par des algorithmes d'intelligence artificielle permet, le cas échéant, des innovations en termes de connaissances nouvelles et parfois de services nouveaux. Le développement de services de plus en plus personnalisés, l'efficacité administrative et organisationnelle, la sécurité des biens et des personnes exigent que la donnée soit partagée, vendue, entreposée afin de servir les impératifs de l'intelligence artificielle. Cette préoccupation est vive en Europe où l'absence des plateformes américaines (les GAFAM) fait ressentir cruellement le besoin, à partir des entreprises traditionnelles (secteur de l'énergie, de l'automobile, des télécommunications...) et du secteur public, de créer des vastes réservoirs de données ou en tout cas d'encourager leur mise en commun. On connaît les multiples initiatives de l'Union européenne à ce sujet, ainsi la communication : « *A Digital Single Market Strategy for Europe* » (2015), celle : « *Building a European Data Economy* » (2017) ou celle plus récente de la Commission européenne de 2018 : « *Towards a common European data space* ». Pour permettre et encourager ces échanges fructueux, ne faut-il pas reconnaître un droit de propriété intellectuelle *sui generis* sur la donnée comme le suggère déjà le document européen de 2015 et, comme l'envisage la proposition de règlement sur un cadre pour la libre circulation des données à caractère non personnel, en date du 13 septembre 2017, « les fabricants ou les prestataires de service peuvent devenir les propriétaires de “fait” des données que leurs services génèrent, même si ces machines [les terminaux] restent la propriété de l'utilisateur ». Dans la foulée de cette stratégie économique,

3. Comme le note l'avis du CEPD (avis n° 08/2018, p. 17) : « Il a été signalé que de nombreux prestataires de services numériques déploient des “stratégies de conception” ou des

“dark patterns” [des interfaces conçues pour que les utilisateurs fassent des choix sans en être conscients] aux nouvelles conditions contractuelles. »

certain auteurs plaident pour la reconnaissance d'un droit de propriété sur les données (Kerber [2016], Drexel [2016], Zech [2015], de manière plus prudente, Strowel [2018]). La volonté d'encourager la marchandisation de la donnée et de développer un marché « secondaire » de la donnée est indiscutablement la première raison de promouvoir un droit de propriété sur les données. N'est-ce pas là le fondement même du droit de propriété, comme l'affirme Straker (2018) : « *The German civil legal system and its property law try to provide a coherent approach to foster the trade of goods* » ?

4.- *Des données aux données à caractère personnel* — Cet argument vaut en tout cas pour les données à caractère non personnel de manière à éviter l'objection tirée des défenseurs des libertés⁴ qui répètent que les droits de la personnalité sont « hors commerce » et qu'il ne peut être question d'envisager la « vente » de ses données contre rémunération. « Le CEPD craint que l'introduction par la proposition de la notion de « contrats de fourniture de contenu numérique ou de service numérique pour lesquels les consommateurs doivent fournir des données à caractère personnel au lieu de payer une somme d'argent » puisse être source de confusion pour les prestataires de services, qui seraient amenés à penser que le traitement de données fondé sur le consentement dans le cadre d'un contrat est conforme à la législation dans tous les cas, même lorsque les conditions de validité du consentement définies dans le RGPD ne sont pas remplies. Cela porterait préjudice à la sécurité juridique. » La primauté du respect de la vie privée ou du droit à la protection des données sur le droit de propriété est ainsi affirmée et la transaction entre la personne concernée ne peut dès lors s'analyser comme l'exercice du droit de pleine propriété de la personne concernée sur ses données. C'est pour mettre fin à de tels débats que lors de sa dernière version de la proposition de règlement sur la libre circulation des données, la Commission a précisé en son article 2 (1) que le règlement désormais qualifié par ailleurs de libre circulation des données à caractère non personnel vise les « *electronic data other than personal data* ». Nous reviendrons (*infra*, n° 10) sur le caractère illusoire de cette distinction, sans doute compréhensible mais irréaliste, dans la pratique des *big data*.

5.- *RGPD : des arguments en faveur de la propriété des données* — La défense des libertés amène cependant d'autres *privacy advocates* à plaider en sens contraire. Selon eux, il est possible d'invoquer certaines dispositions du RGPD à l'appui de la consécration d'une propriété des données à caractère personnel. La propriété des données à caractère personnel par la personne concernée n'est-elle pas la meilleure manière d'assurer le contrôle par ce dernier de la circulation et de l'usage de « ses » données ? L'évolution du droit à la vie privée plaide de même pour la reconnaissance d'un quasi-droit de propriété sur les données à caractère personnel. La première raison est la volonté des autorités européennes de substituer à la

notion transversale, vague, de vie privée, celle, étroite, de données à caractère personnel. Comme l'écrit très justement Trudel (2018), « la notion de « donnée personnelle » marque l'abandon de la plasticité que présentait la notion de vie privée. Elle fait abstraction des rapports avec le contexte informationnel dans lequel circule l'information. Elle évacue la pluralité des facettes que comporte nécessairement l'information relative aux personnes ». C'est le sens de la consécration par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne d'un droit quasi constitutionnel à la protection des données à côté du droit traditionnel à la vie privée. Cette focalisation sur les données à caractère personnel et la reconnaissance d'un droit de l'individu à contrôler la circulation de « ses » données amènent certains à analyser la relation de la personne concernée à « ses » données comme une forme de propriété. Mettre en avant la notion de « protection des données », sans s'interroger sur le sens que lui donne son rattachement à la vie privée, c'est-à-dire aux besoins d'épanouissement de l'individu, c'est risquer — et la tentation est grande aujourd'hui à l'heure de la marchandisation de la donnée, qu'elle soit personnelle ou non, et de sa consécration par les autorités européennes⁵ — de considérer la donnée à caractère personnel comme un « *asset* », susceptible d'être négocié en fonction de la volonté réelle ou fictive de la personne concernée (Poullet [2019a]).

6.- Cette analyse voit la propriété comme le meilleur moyen de protection de la personne concernée⁶ et, pour elle, d'exercer son droit à l'autodétermination : « *Propertisation of personal data will respond to the individual preferences for Privacy as the individual has a chance to decide for himself whether to disclose data and benefit from it or pay a higher price for, e.g. mortgage in a more sensitive way than the current tort system does.* » (Purtova [2012], Solove [2001], Murphy [2006]). La proposition heurte l'équité : il existe en effet un risque non négligeable que seuls les nantis puissent se permettre d'opter pour les choix « *privacy friendly* » plus onéreux alors que les personnes aux revenus plus modestes opteront, par nécessité plus que par choix, pour des services gratuits ou à des prix plus abordables. En outre, comme déjà affirmé (*supra*, n° 2), cette proposition est contre-productive. La proposition, selon ses tenants, trouve écho dans des dispositions du RGPD. Ainsi, la personne concernée peut désormais récupérer ses données, suivant l'article 20 qui consacre le principe de portabilité conçu, nous

5. Ainsi, la communication de la Commission européenne, intitulée : « Créer une économie fondée sur les données » (COM[2017] 9 final du 10 janv. 2017). Cette communication a été suivie par une proposition de règlement (« *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Framework for the free flow of Non Personal Data in the EU* »), qui prône une libre circulation des données à caractère non personnel dans l'Union européenne, sans parler de « droit de propriété » sur ces données et en restreignant son champ d'application aux seules données à caractère non personnel.

6. V. à cet égard, l'affirmation de Lessig reprise par Purtova (2012) : « *Property talk is just how we talk about matters of great importance... If we get people... to see certain resource as property, then you are 90 percent to your protective goal.* »

4. V. l'avis n° 08/2018 du CEPD à l'adresse suivante : [https://edps.europa.eu/].

dit le considérant n° 68 du RGPD, « pour renforcer encore le contrôle qu'elles [les personnes concernées] exercent sur leurs propres données ». Le consentement est consacré comme rétractable par l'article 7.2., signe qu'il s'agit bien d'une propriété qu'à tout moment je puis décider de conserver par-derrière moi. Au-delà, le consentement est devenu la première cause de licéité des traitements (Poullet [2019]). Ainsi, « on constate chaque jour que les informations ainsi obtenues par le consentement libre et éclairé des individus sont devenues un bien négocié et cela malgré le cadre juridique formel supposé garantir leur caractère extrapatrimonial. Les apparences formelles sont sauvées... mais la réalité est fort éloignée des prémices de ce cadre formaliste supposé assurer la protection de l'individu à travers ses données personnelles » (Trudel [2018]). On évoque également certaines solutions technologiques apparues depuis ces dernières années qui renforcent l'*empowerment* de la personne concernée, notamment celles qui permettent à cette dernière de préciser les destinataires des données les concernant et de définir *a priori* les finalités de leurs utilisations.

7.- *Service contre données* — La commercialisation des données constitue une caractéristique centrale du fonctionnement de la société numérique. Elle est rendue possible par la généralisation et la banalisation du « consentement » des individus. Dès 2015⁸, la Commission s'interrogeait sur le droit du « producteur de données », en l'occurrence l'utilisateur d'un service à distance ou le propriétaire d'un bien générateur de données, de conférer gratuitement au producteur du service ou du bien au minimum un droit d'utilisation des données en échange de la gratuité du service ou du contrôle du fonctionnement du bien. Une loi californienne (CCPA [2018]) va d'ailleurs en ce sens. Il s'agit d'une législation « *Consumer Privacy* » qui prévoit notamment que la personne concernée peut s'opposer à la « vente » de ses données, sans être pour autant discriminée tant en ce qui concerne la qualité ou le prix du service rendu, sauf si la différence est en rapport raisonnable avec la valeur des données fournies par le consommateur. Par ailleurs, l'entreprise peut soit offrir au consommateur un incitatif financier, y compris un paiement ou une compensation pour la collecte ou la vente des données de ce dernier, soit prévoir un prix ou une qualité de service différents au consommateur qui accepte le traitement de ses données à caractère personnel. Ces deux dispositions parmi d'autres introduisent bien l'idée de la généralisation d'un modèle économique des opérations sur le net, basé sur une transaction entre la personne concernée et le responsable du traitement ayant pour objet les données à caractère personnel. Les mouvements de consommateurs emboîtent d'ailleurs le pas avec le slogan « *My Data are mine* », pour justifier leur droit à

7. Cet argument est en particulier longuement développé par Padova (2019).

8. Commission européenne, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique*, COM(2015) 634 final, 9 déc. 2015.

exiger une compensation financière pour les données transmises aux plateformes et prestataires de services sur le Net.

8.- *La primauté du consentement comme condition de licéité des traitements de DCP* — Cette omnipotence du consentement constituerait ainsi la preuve de la propriété par la personne concernée de ses données à caractère personnel. Le raisonnement est un peu court. Le consentement « libre, éclairé, spécifique et univoque », dont parle le RGPD, même s'il faut reconnaître que, rarement, sont réunies autant de qualités, entend protéger la personne concernée, en particulier en lui réaffirmant les droits nombreux de contrôle de l'utilisation de ses données à caractère personnel et ne peut être analysé comme un acte de mise à disposition au responsable de traitement des données le concernant. Ensuite, ce consentement, s'il est une condition de licéité du traitement, est loin de suffire. L'article 5 du RGPD soumet tout traitement aux principes de légitimité et de proportionnalité des traitements qui s'appliqueront au-delà de l'existence du consentement. Ainsi, la personne concernée ne pourra consentir au transfert de données non nécessaires à la réalisation de la finalité du traitement et surtout, il peut toujours être jugé que le transfert consenti d'une information peut manquer de légitimité, eu égard aux effets négatifs que ce transfert isolé ou susceptible de se généraliser vis-à-vis d'autres personnes. Laisser à chacun le soin de décider ou non de l'exploitation par des tiers de ses données peut, dans nombre de cas, avoir des effets négatifs pour l'ensemble de la population et d'esquiver les débats sociétaux nécessaires. Reprenons l'exemple de l'assurance automobile dont la prime pourrait être calculée en fonction des risques révélés par un suivi continu de la conduite de l'assuré. Il est évident que nombre de candidats à l'assurance seront tentés par l'offre et déclineront les modes traditionnels de calcul fondés sur une mutualisation des risques. La multiplication des choix individuels risque d'entraîner la généralisation de la méthode de calcul par un effet domino, sans que la question de l'essence même de nos systèmes d'assurance ne soit posée. Comme le note Léonard (2018), « Tant l'approche contractuelle que celle issues des conditions de licéité du traitement se concentrent principalement sur une validation de chaque acte juridique pris dans sa singularité... Il est difficile dans cette approche de la licéité de réintégrer des critères de validité prenant en compte l'intérêt général et le risque des actes juridiques de collecte et de leurs traitements subséquents. »

9.- *Micro et macroéconomie à l'appui de la propriété des données* — En conclusion, et sous réserve des bémols déjà indiqués, tant la volonté macroéconomique de fonder le développement de nos sociétés sur la valeur des données, que le modèle microéconomique sur lequel fonctionnent les transactions sur la toile justifient le retour du débat : ne faut-il pas reconnaître un droit de propriété, intellectuelle ou non, sur les données, qu'elles soient personnelles ou non ? À la limite et à première vue, ce droit apparaît plus justifiable encore en ce qui concerne les premières qui « portent » notre image, qu'à propos des secondes ?

10.- *La distinction entre DCP et données anonymes a-t-elle un sens?* — La première question interroge précisément cette différence que la Commission souhaite introduire entre les données à caractère personnel non appropriables et celles à caractère non personnel, c'est-à-dire anonymes, qui, elles, seraient appropriables (Janecek [2018]). Cette distinction a-t-elle encore un sens à l'heure actuelle? Le RGPD a ainsi consacré l'extension de la notion de données à caractère personnel à toute donnée capable non seulement d'identifier — c'est-à-dire de pouvoir retrouver⁹ les éléments d'identité de la personne concernée — mais également, comme le dit très bien de Terwangne (2018), à toute donnée capable d'individualiser la personne et de pouvoir agir vis-à-vis d'elle sans que la recherche d'éléments d'identité ne soit opérée (exemple : la personne visitant mon magasin et qui porte la montre incorporant tel « tag »). En outre, la distinction entre données anonymes et à caractère personnel pose à l'heure actuelle difficulté au regard de la capacité de nos ordinateurs à « désanonymiser » et à tirer des conséquences vis-à-vis de personnes déterminées à partir de données strictement anonymes. Un ami me confiait récemment comment, pour connaître avec une grande probabilité d'exactitude l'état de santé de populations africaines, il suffisait d'analyser le sang collecté par les moustiques, sans avoir recours à des prises de sang coûteuses et culturellement parfois inacceptables.

11.- *Les caractéristiques de la propriété* — Ces précautions prises, comment aborder le débat sur la propriété de telles données? Qu'elle soit propriété ou propriété intellectuelle, le droit de propriété se caractérise par deux caractéristiques : le « full control » et l'exclusion d'autrui : « *Thus when the Law guarantees a full-blown erga omnes/in rem control and protection over a valuable resource, we can speak of propertisation of the resource* » (Janecek [2018]). Sans doute, peut-on écarter immédiatement la propriété matérielle de l'article 544 du Code civil. La matérialité de l'objet suppose son unicité, alors même que la donnée est une ressource reproductible (*non rivalry*) et la transparence, aux yeux des tiers, du lien entre le propriétaire et le bien découle soit de la possession exercée, soit de systèmes administratifs d'information. Si propriété il y a, elle doit être conçue sur le mode d'une propriété intellectuelle *sui generis*, comme le postulait la

9. À cet égard, on notera en plus que le RGPD (considérant n° 26) a une notion extensive de la possibilité d'identifier une personne : « Pour déterminer si une personne physique est identifiable, il convient de prendre en considération l'ensemble des moyens raisonnablement susceptibles d'être utilisés par le responsable du traitement ou par toute autre personne pour identifier la personne physique directement ou indirectement, tels que le ciblage. Pour établir si des moyens sont raisonnablement susceptibles d'être utilisés pour identifier une personne physique, il convient de prendre en considération l'ensemble des facteurs objectifs, tels que le coût de l'identification et le temps nécessaire à celle-ci, en tenant compte des technologies disponibles au moment du traitement et de l'évolution de celles-ci. » L'arrêt *Breier* (CJUE 16 oct. 2016) pris depuis, précise même que ces moyens peuvent exister entre les mains de plusieurs personnes.

Commission dès 2017 dans son rapport synoptique « *Building a European Data Economy* ». Cette référence à un droit *sui generis* n'est pas pour surprendre. L'Europe semble coutumière du fait après avoir consacré l'éligibilité des bases de données et le secret d'affaires à la dignité d'une telle protection (Strowel [2018]). Cette extension à des « œuvres » en dehors des exigences de l'originalité (droit d'auteur) ou de l'innovation technique (droit des brevets) vise à protéger, dans le premier cas, l'investissement consenti à la collecte, l'analyse, la structuration et la dissémination de données, dans le second cas, la protection de certaines informations tenues confidentielles par l'entreprise par le refus de tout accès par des tiers à celles-ci. Ne peut-on sur la base de ces extensions certes osées du législateur européen, aller plus loin et consacrer un droit *sui generis* sur les données et ce au nom tout à la fois de l'intérêt économique à permettre le commerce des données, mais également de la volonté de protéger la liberté de nos citoyens? Notre réponse est négative pour diverses raisons. Le premier argument touche aux limites de l'extension qui serait ainsi consacrée (n° 12). Le deuxième montre que les théories de la propriété désignent non la personne concernée par (ou à l'origine) des données, mais bien celui qui donne une valeur à de telles données (Padova [2019]) (n°s 13, 14 et 15). Enfin, troisième argument, octroyer un droit de propriété sur les données, loin de favoriser le marché souhaité par l'Union européenne, complique son fonctionnement (n° 16). Au-delà, il nous apparaît que la donnée même dite à caractère personnel est peut-être moins personnelle qu'on peut le croire *a priori*.

12.- Traditionnellement la reconnaissance du droit d'auteur et de ses droits voisins a été liée à l'exigence de l'originalité de l'œuvre : « elle porte l'empreinte de son créateur, de son interprète ou de son traducteur ». Le brevet, de son côté, réclame une innovation technologique. L'admission d'autres fondements à la propriété intellectuelle, à côté de ses deux figures de proue, est plus discutable et on sait que l'Union européenne, par sa directive de 1996, a finalement consenti¹⁰, au nom d'arguments purement économiques, à protéger par « d'autres mesures additionnelles, nécessaires afin d'empêcher l'extraction et/ou la réutilisation non autorisées du contenu d'une base de données ». Ainsi, elle s'est résolue à reconnaître,

10. On s'étonne de cette hardiesse de l'Union européenne qui certes justifie son intervention par le défaut d'harmonisation des règles de concurrence déloyale mais aurait pu agir avec plus de prudence au vu l'article 345 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ancien art. 295) : « Les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres. » Certes, l'article 118 permet à l'UE d'agir de manière plus libre en matière de propriété intellectuelle mais il est difficile de tirer du libellé de l'article, la possibilité pour l'Europe de créer de nouveaux droits de propriété intellectuelle : « Dans le cadre de l'établissement ou du fonctionnement du marché intérieur, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, établissent les mesures relatives à la création de titres européens pour assurer une protection uniforme des droits de propriété intellectuelle dans l'Union, et à la mise en place de régimes d'autorisation, de coordination et de contrôle centralisés au niveau de l'Union. »

comme digne de protection, la banque de données « lorsque l'obtention, la vérification ou la présentation de ce contenu attestent un investissement substantiel du point de vue qualitatif ou quantitatif ». C'est donc cet investissement dans la collecte des données et leur structuration¹¹, qui constitue le fondement de la protection assurée. En l'occurrence, la donnée brute, celle « saisie » à notre propos par les multiples objets intelligents ou par les systèmes d'information mis à notre disposition, ne répond pas à cette exigence. De même, il est clair que même si l'algorithme utilisé peut représenter un « secret d'affaires » au sens de la directive européenne 2016/943/UE, les données recueillies auprès de la personne concernée ou auprès de tiers, sur lesquelles l'algorithme travaille, ne rempliront pas les conditions de la directive : être « secrètes », avoir « une valeur commerciale parce qu'[elles sont] secrètes » et avoir « fait... l'objet... de dispositions raisonnables destinées à les garder secrètes ». Bref, l'extension de la protection par le droit de la propriété intellectuelle aux données supposerait d'autres fondements que ceux mis en avant par les deux extensions citées et par ailleurs largement critiquées à l'heure des *big data* et de l'intelligence artificielle.

13.- *Qui est propriétaire?* — Le deuxième argument tend à montrer que les explications qui justifient l'attribution du droit de propriété à une personne conduisent à identifier, le plus souvent, le responsable de traitement comme propriétaire et non la personne concernée. La propriété peut se justifier par la possession et revient alors au premier occupant ou plutôt à celui qui le premier développe une activité en rapport avec le bien en question. Il est évident que, dans la plupart des cas, cette théorie désignerait le responsable du traitement comme « propriétaire » des données, sous réserve des cas où la personne concernée définirait elle-même ses données tout en en confiant le traitement au prestataire de services, alors deuxième « occupant ». Ainsi, lorsqu'intéressé par un service de confection d'habit sur mesure accessible en ligne, l'internaute définit progressivement, en dialogue avec le serveur, les détails du costume souhaité. Hormis cette hypothèse, la « propriété » revient à celui qui utilise légitimement la ressource et lui donne une valeur économique.

14.- *Deux conditions ou limites : RGPD et concurrence* — Deux conditions semblent donc conditionner la « propriété » de celui qui utilise la ressource informationnelle. Premièrement, il est question d'utilisation légitime. Donner la propriété à celui qui, de force, prend possession de l'objet matériel ou immatériel, en l'occurrence des données, comme cela pourrait être le cas par le placement de capteurs de données, apparaîtrait certes

11. La « *spin-off theory* » considère que seul l'investissement dans la collecte de données existantes mérite protection, ce qui exclut la protection d'une base de données dérivée d'une première base de données même si celle-ci dispose d'une valeur différente, par exemple par l'utilisation de système d'intelligence artificielle dont la conception peut par ailleurs avoir demandé un investissement considérable certes non à la collecte de données mais à leur utilisation (ESPEEL [2017]).

immoral, mais surtout s'oppose au fait que les législations de protection des données exigent la loyauté, la licéité et la légitimité des traitements. Mais, *a contrario*, le respect du RGPD ne permet-il pas de reconnaître un droit du responsable du traitement sur les données telles qu'elles résultent du traitement? On note que ce respect du RGPD aura des implications sur cette « propriété » tant en amont de ce résultat, dans la collecte et les limites du traitement des données de base, qu'en aval, c'est-à-dire dans le cadre également de ses relations avec les tiers concernant à la fois les données de base que celles de résultat. Au-delà du RGPD, on peut également imaginer des limitations dues cette fois au respect des règles de la concurrence. Certes, les données sont infiniment reproductibles et on peut imaginer la multiplication par différents opérateurs de capteurs permettant la collecte des mêmes données. Mais dans la réalité, il est facile de concevoir des monopoles de fait ou de droit que la technologie, des contrats d'exclusivité ou simplement les coûts afférents à la mise en place d'une seconde captation des données peuvent engendrer. Par exemple, seul le producteur de voiture est en mesure de placer le capteur nécessaire à l'enregistrement des détails de la conduite du véhicule qu'un distributeur mettra sur le marché. En d'autres termes, le développement de l'économie de l'information peut rendre nécessaire l'accès à la donnée de base ou à des *big data* pour permettre l'innovation. Pour ce faire, on songe à l'application dans ce domaine de la théorie des « *essential facilities* » qui ouvre la possibilité de reconnaissance d'un droit d'accès aux données ou d'un système de licences obligatoires (Drexel [2017] ou Weber [2017]). Certains auteurs (Geiger [2018], Espeels [2018]) réclament, sur le modèle déjà retenu par la proposition de directive « *Digital Copyright Act* » pour le « *data mining* » des institutions publiques de recherche, l'octroi, par exception aux droits de propriété intellectuelle, d'un droit d'accès aux bases de données via des licences obligatoires fondées sur le « *fair use* » (les FRAND [*Fair Reasonable And Not Discriminatory licenses*])

15.- *Des données à l'information dans les big data* — Secondement, la « propriété » naît de la valeur économique produite par l'« industrie » de celui qui traite les données. À cet égard, il y a trente ans, lorsqu'était évoquée l'existence de données à caractère personnel, il s'agissait, au vu des faibles capacités des ordinateurs de l'époque et des coûts importants de stockage, de données à contenu sémantiquement fort, le revenu d'un employé, la situation professionnelle, la maladie subie, etc. Il s'agissait alors d'informations, c'est-à-dire de support direct à la connaissance (Hoeren [2018]). Aujourd'hui, nos systèmes d'information transportent des annotations factuelles triviales collectées par un numérique ubiquitaire : le fait de notre présence à tel endroit physique ou virtuel, le choix de tel site, etc. La donnée est purement syntaxique et son contenu sémantique est en soi pauvre voire nul. Elle naît au hasard de nos comportements et saisit un instantané de nos vies. C'est la possibilité de connexion entre

de telles données par des métadonnées, élaborées par le responsable de traitement ou un tiers, la confrontation de ces données avec d'autres données qui peuvent être anonymes au sein de vastes réservoirs de données qui donne sens et permet notamment d'attribuer un profil à chacun, non en soi, mais en comparaison avec les profils attribués à autrui. C'est au sein des systèmes de *big data* et d'intelligence artificielle que naît l'information (Padova [2019]). Bref, les données nous concernant sont loin d'être souvent nos « produits » : certaines sont partagées avec d'autres (ainsi, les données génétiques partagées « en famille »), d'autres proviennent de notre interaction avec des tiers, celles de nos conversations ou « *likes* » postés sur les réseaux sociaux, d'autres, enfin, même si elles nous concernent nous, sont largement inconnues et si connues, incompréhensibles. Dans de tels cas, les plus fréquents, il est permis de s'interroger sérieusement sur la réalité de notre « propriété », d'une part, des données triviales bien souvent collectées à notre insu ou dans l'ignorance des combinaisons auxquelles elles seront mêlées et sans valeur informationnelle en soi : « quel sens donner au simple fait que je suis à tel moment à tel endroit ? » et, d'autre part, de ce profil, généré en dehors de nous et grâce à l'intelligence et à l'effort d'autrui, en l'occurrence du responsable de traitement. Plus fondamentalement encore, il nous paraît, à l'heure des *big data*, que la donnée personnelle collectée envisagée individuellement n'a que peu de rapport avec la donnée ou plutôt l'information résultat (Rouvroy [2018]). C'est en effet au sein de ce vaste réservoir de données, qui mélange tant des données à caractère personnel que des données anonymes, et au regard de la quantité, de la variété des données et de la rapidité de leur traitement et, enfin, de leur qualité, que l'information prend sens grâce à la qualité des algorithmes qui les analysent. En d'autres termes, les données de base n'ont pas de prix en tant que telles, ce qui rend illusoire le fait que je puisse les marchander, leur valeur naît de leur rapprochement entre elles (grâce aux métadonnées créées par le responsable ou un tiers) et, surtout, avec de multiples autres données concernant autrui.

16.- *De l'inopportunité de la reconnaissance d'un droit sui generis aux données* — Le dernier argument met en évidence la contradiction qu'il y aurait à reconnaître à la donnée un droit de propriété intellectuelle *sui generis*. L'ambition de la Commission européenne est de créer un vaste marché de la donnée et de faciliter le partage et à tout le moins la circulation (le *free flow*) des données afin de favoriser l'émergence de nouveaux services et l'innovation. L'octroi d'un *droit sui generis* est censé faciliter cette mise à disposition des données sur le marché. À l'analyse, cette reconnaissance a un effet contre-productif. Comme le note Straker (2018), l'introduction d'un tel droit se superpose à ceux déjà reconnus et les met en danger : « [I] fear that a super IP right might undermine the existing differentiated legal protection provided by other related rights. » Ainsi, si l'on considère que ce droit existe dans le chef de celui qui produit la donnée (par exemple,

le propriétaire d'un véhicule dont l'utilisation génère toute une série de données), il sera nécessaire d'attribuer à ce titulaire des prérogatives qui, même si elles sont réduites, pourront s'opposer à celles du « collecteur » des données (le concessionnaire de la marque automobile ou directement le fabricant) et obligeront ce dernier en toute hypothèse à prévoir le transfert contractuel des données. Lors des transactions futures entre le titulaire des droits sur la base de données et des tiers intéressés à pouvoir exploiter les données ainsi collectées, il sera de même nécessaire de prendre en compte l'existence de ce droit *sui generis*, si du moins est pris au sérieux le fait de l'opposabilité *erga omnes* de tout droit de propriété intellectuelle. Comme le note le rapport du JRC à propos de l'intelligence artificielle, la Commission semble avoir abandonné cette idée du droit *sui generis* au profit de la reconnaissance d'un droit d'accès : « *However, in the later Communication Towards a common European data space, data ownership is hardly mentioned. Instead, the EC focuses on access to data and on fundamental measures such as a proposal to review the PSI Directive, a recommendation on access to and preservation of scientific information and a guidance document on the business-to-business and business-to-government exchange.* »

CONCLUSIONS

17.- *De la propriété au droit d'accès* — Notre réflexion partait de deux axiomes posés à l'appui du droit de propriété sur les données : le premier affirmait que sans une consécration de la propriété des données, ne serait-ce que par l'octroi d'un droit de propriété intellectuelle *sui generis*, la construction d'un marché européen de la donnée était impossible. Notre conviction est tout autre : un tel octroi ne peut se justifier au regard des fondements du droit de propriété ; en particulier, heurte la réalité d'une donnée éminemment reproductible et en définitive s'avère contreproductif par la création d'un droit supplémentaire qui se heurte aux droits déjà reconnus. Au regard de l'objectif souligné par la Commission européenne, c'est au contraire par la prise en compte du droit de la concurrence et d'exceptions nouvelles aux droits de la propriété intellectuelle en particulier des banques de données et la reconnaissance de droit d'accès (comme celui du *data mining* pour les institutions publiques de recherche) que l'on pourra construire ce marché commun de la donnée. Par ailleurs, comme le note Kerber (2016), « *both through contractual and technical restrictions and through indirect use of data through services, the digital economy so far seems to have developed a wide range of effective market solutions for dealing with potential market failure problems of data markets.* »

Le second axiome tendait à justifier que les droits reconnus à la personne concernée justifiaient la reconnaissance d'un droit de propriété de la personne concernée sur « ses » données à caractère personnel. Là

également, notre propos se veut critique. Au-delà du symbole réconfortant que peut représenter l'affirmation de mon appropriation des données me concernant, l'analyse montre qu'à l'heure du *Big Data*, les données qui seraient ainsi visées, d'une part, sont sans valeur par elles-mêmes et, d'autre part, n'acquièrent de valeur qu'au sein d'un tout qui les corréle à bien d'autres données. Par ailleurs, affirmer la propriété des données à caractère personnel c'est adopter une approche individualiste de la protection des données et laisser la personne concernée seule face au pouvoir informationnel sans cesse plus grand et plus opaque de certains responsables de traitement. Ce n'est pas de propriété dont nous avons besoin pour défendre nos libertés, mais de transparence et de contrôle social. Comme le note Gutwirth et Gonzalez [2018], « Mais on le voit, la "proposition propriétaire" indécorable, revient comme un boomerang qui planerait sans cesse sur le domaine de la protection des données à caractère personnel. Cela veut-il dire que ceux qui la reprennent et l'alimentent sont de piètres juristes? Non naturellement que non. Mais, consciemment ou inconsciemment, ils font en réalité autre chose que du droit quand ils plaident pour l'*Ownership of Data*. L'attachement à ce droit est symptomatique du fait que les choses ont pris une tout autre tournure, car ces plaidoyers représentent avant tout des prises de position politiques et/ou économiques... ».

En définitive, quel est le but poursuivi par cette patrimonialisation de la donnée? S'agit-il de défendre l'individu? S'agit-il au contraire de protéger l'innovation et de défendre le capital immatériel de nos entreprises? S'agit-il enfin de permettre un meilleur partage des données, comme le souhaite la Commission européenne? Entre ces trois objectifs, la « propriété des données » apparaît comme un faux dénominateur commun.

Plus radicalement, à l'heure des *big data*, plaider pour un renforcement de la propriété serait faire non du droit mais céder à des lobbies et Michel, tu ne nous y invites pas. Il nous apparaît souhaitable, bien au contraire, d'affirmer nos libertés et les droits que les États ont souhaité leur attacher pour les rendre effectifs mais, également, d'évoquer la solidarité humaine, afin que les bénéficiaires, qu'incontestablement le numérique peut apporter à « notre maison », soient bien au rendez-vous pour tous et chacun.

BIBLIOGRAPHIE

1. Ouvrages, rapports et articles

Bjorn, L., (janv. 2018), « Regulating Competition and Property in the Digital Economy. The Interface Between Data, Privacy, Intellectual Property, Fairness and Competition Law », Faculty of Law, *Stockholm University Research Paper No. 54*, disponible à cette adresse : [https://ssrn.com/abstract=3103870].

California Consumer Privacy Act (CCPA) (2018), « *An act to add Title 1.81.5 (commencing with Section 1798.100) to Part 4 of Division 3 of the Civil Code, relating to privacy* », Senate Bill n° 375, approuvé par le « Governor » le 28 juin 2018, disponible à l'adresse suivante : [https://leginfo.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201720180AB375].

Catala, P., (1985), « La "propriété" de l'information », in *Mélanges offerts à P. Raynaud*, Paris, Dalloz, 1985, p. 97 s.

Courtier, N., (2015), « La nécessaire évolution du droit des producteurs de bases de données pour permettre son adaptation à l'émergence du *Big Data* », *INPI. La propriété intellectuelle & la transformation numérique de l'économie*, 2015, p. 30 s.

Derclaye, E., (2004), « Database sui generis right: should we adopt the spin-off theory », *European Intellectual Property Review* 2004, 26 (9), p. 404.

de Schutter, O., (1999), « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *RTDH* 1999. 827-862.

Drexel, J. (2016), *Designing Competitive Markets for Industrial Data. Between Propertisation and Access*, Max Planck Institute for Innovation & Competition, Research Paper No. 16-13, disponible sur : [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2862975].

Drexel, J., Hilty, R.M., Desautettes, L., Greiner, F., Kim, D., Richter, H., Surblyte, G. and Wiedemann, K. (août 2016), *Data Ownership and Access to Data*, Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition, Research Paper n° 16-10, disponible sur SSRN : [https://ssrn.com/abstract=2833165].

Duch-Brown, N., Martens, B. and Mueller-Langer, F. (2017), « The Economics of ownership, access and trade in digital data », *JRC Digital Economy Working Paper* 2017-01.

Espeel, T., (2018), *Building Competitive Markets for Digital Data. The Interface between Data Ownership and Access to Data*, mémoire DTIC, Namur, 2018.

Geiger et alii (2018), Geiger, C., Frosio, G. et Bulayenko, O., (2018), « Crafting a text and data mining exception for machine learning and big data in the Digital Single Market », in Seuba, X., Geiger, C. et Penin, J., (eds.) (2018), *Intellectual Property and Digital Trade in the Age of Artificial Intelligence and Big Data*, p. 95-112, disponible sur : [https://www.ictsd.org/themes/innovation-and-ip/research/intellectual-property-and-digital-trade-in-the-age-of-artificial].

Gutwirth, S. et Gonzalez-Fuster, G. (2018), « L'éternel retour de la propriété des données. De l'insistance d'un mot d'ordre », in De Terwangne, C., Degrave, E. and Dusollier, S. (dir.), *Law, Norms and Freedom in Cyberspace. Liber amicorum Y. Poulet*, Bruxelles, Larcier, p. 140.

- Hoeren, T., (2018), « A new Approach to Data Property? », *AMI*, p. 58 s.
- Janecek, V., (2018), « Ownership of personal data in the Internet of Things », *CL&SR*, 2018, n° 34, p. 1039-1052.
- Kerber, W. (2016), « A New (Intellectual) Property Right for Non-Personal Data? An Economic Analysis », *GRUR Int.*, No. 37-2016.
- Léonard, T., (2018), « Yves, si tu exploitais tes données? », in Degrave, E. et alii (eds), *Law, Norms and Freedoms in Cyberspace. Liber amicorum Y. Poullet*, Bruxelles, Larcier, Collection des Cahiers du CRIDS, n° 43, 2018, p. 664 s.
- Litman, J., (2000), « Information Privacy/Information Property », *Stanford Law Review* 2000, n° 52, p. 1283.
- Michaux, B. (2017), « La Cour de justice favorise l'appropriation des données par celui qui les a traitées? », note sous CJUE (2^e ch.), 29 octobre 2015, *Auteurs et médias*, n° 1 2017.
- Murphy, R. S., (1996), « Property Rights in Personal Information: An Economic Defence of Privacy », *Georgetown Law Journal* 1996, p. 238-266.
- Padova, Y., « Entre patrimonialité et injonction au partage : la donnée écartelée », Étude, *Lamy, Droit de l'immatériel*, n° 155 (partie 1), janv. 2019 et n° 156 (partie 2), févr. 2019.
- Poullet, Y., (1991), « Le fondement du droit à la protection des données nominatives : "propriété ou libertés" », in *Nouvelles technologies et propriété. Actes du colloque tenu à la faculté de droit de l'Université de Montréal, 9 et 10 novembre 1989*, Paris, Litec, 1991, p. 175-205.
- Poullet, Y., (2019a), *La vie privée à l'heure du numérique. Essai*, Bruxelles, Larcier, Collection des Cahiers du CRIDS, n° 47, 2019.
- Poullet, Y., (2019b), « RGPD et contrats : des zones d'ombre », *DCCR* 2019, à paraître.
- Priens C., (2006), « Property and Privacy: European perspectives and the Commodification of our identity », in Guilbaut, L. et Hugenholtz, P. B. (eds), *The Future of the Public Domain*, Amsterdam, Kluwer, 2006, p. 223- 257.
- Purtova, N., *Property Rights in Personal Data: European Perspective*, thèse, University of Tilburg, Box Press, 2011.
- Rochfeld, J., « Le "contrat de fourniture de contenus numériques" : la reconnaissance de l'économie spécifique "contenus contre données" », *Dalloz IP/IT* 2017. 15-25.
- Samuelson, P., (1999), « Privacy as Intellectual Property », *Stanford Law Rev.* 2000, n° 52, p. 1125-1173.
- Schwartz, P., « Property, Privacy and Personal Data », *Harvard Law Review* 2004, n° 117, p. 2089 s.

- Solove, D., (2001), « Privacy and Power, Computer Data Bases and Metaphors for Information Privacy », *Stanford Law Review* 2001, n° 53, p. 1452.
- Strowel, A., (2018), « Les données : des ressources en quête de propriété », in *Mélanges Y. Poullet, op. cit.*
- Straker, B., (2018), « From data Property to data rights : legal thoughts on basic principles of the European digital economy in the age of Big Data », *RDTI* 2018, n° 70, p. 63 à 75.
- Trudel, P., « Entre propriétés et libertés — retour sur un débat », exposé présenté au colloque *Entre propriété et liberté : 30 ans de protection des données personnelles*, Université de Montréal, Laboratoire de cyberjustice, 6 novembre 2018 (à paraître).
- Van Asbroeck, B., Debussche, J. and César, J. (2017), *Building the European Data Economy. Data Ownership* (White Paper), Bird & Bird, disponible à l'adresse suivante : [<https://www.twobirds.com/en/news/articles/2017/global/data-ownership-in-the-context-of-the-european-data-economy>].
- Weber, R., (2017), « Improvement of Data Economy through Compulsory Licences? », in Lohsse, S., Schulze, R. et Staudenmayer, D. (eds.) 2017, *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools*, Nomos, p. 137-158.
- Wiebe, A., (2016), « Protection of industrial data. A new property right for the digital economy? », *GRUR Int.*
- Zech, H., (2015), « Information as Property », *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law (JIPITEC)*, vol. 6, disponible à l'adresse suivante : [<https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-6-3-2015/4315/zech%206%20%283%29.pdf>].
- Zech, H., « Data as tradeable Commodity. Implications for Contract Law », in Drexl, J., (ed.), *Proceedings of the 18th EIPIN Congress: The new data Economy between Data Ownership, Privacy and Safeguarding Competition*, disponible sur : [<https://ssrn.com/abstract=3063153>].

2. Textes officiels de l'Union européenne

- European Commission, « Towards a thriving data-driven economy », COM(2014) 442.
- European Commission, Communication of 6 May 2015 to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions — « A Digital Single Market Strategy for Europe », COM(2015) 192 final.
- Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the

processing of personal data and the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC.

Directive (EU) 2016/943 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure.

European Commission, « Staff Working Document to the Communication “Building a European Data Economy” », SWD(2017) 2 final.

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Framework for the Free Flow of Non-Personal Data in the European Union, COM(2017) 495 final of September 13, 2017.

European Commission, Communication of 25 April 2018 to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions — « Towards a common European data space », SWD(2018) 125 final.

European Commission (EC), Commission Staff Working Document Guidance on sharing private sector data in the European data economy Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social Committee and the Committee of the Regions « Towards a common European data space », SWD(2018) 125 final, Brussels.