Informations
Intitulé du sujet de thèse : Contribution à l'étude de la protection des biens informationnels numérisés **Doctorant :** Gonzague GRAVE **Directrice de thèse :** Madame Édith BLARY-CLÉMENT **Université de rattachement :** École doctorale des Sciences Juridiques, Politique et de Gestion (Lille) (LERADP) **Année de la première inscription en thèse :** 2017 (le 1er octobre 2017)

I. Présentation du sujet de thèse

Les sociétés occidentales sont en train de se transformer sous l'impulsion des nouvelles technologies de l'information et de la communication en « *sociétés de communication* ». Aussi, a émergé l'ère post-industrielle, appelée également l'« *ère de l'information* » selon les termes du Professeur Jean-Christophe GALLOUX[1].

Actuellement, au cœur l'« *économie de la connaissance* »[2], l'information est de plus en plus convoitée posant ainsi la question de sa protection. En effet, l'information, résultat des activités humaines, est devenue un actif stratégique essentiel, outil de développement, de croissances économiques, tout particulièrement dans un contexte de mondialisation des échanges qui sont dématérialisés et intensifiés, et de concurrences exacerbées. Les biens informationnels[3] se matérialisent en des données pouvant être des données personnelles ou des données non-personnelles. De plus, une partie de ces biens informationnels peuvent être protégés par un droit de la propriété intellectuelle comme le droit *sui generis* du producteur d'une base de données, voire par un cumul de protection, ainsi qu'on le voit en matière de logiciel avec la possibilité de cumuler, sous conditions, la protection du droit d'auteur et celle du droit des brevets.

En raison de l'importance accrue des biens informationnels, les acteurs économiques portent une attention toute particulière à leur protection notamment en raison des risques qu'a suscité le développement exponentiel des nouvelles technologies depuis ces dernières décennies. Ces nouvelles technologies peuvent permettre de capter et de diffuser largement et

[1] GALLOUX J.-C., *Ébauche d'une définition juridique de l'information*, D., 1994, p. 229

[2] Terme Dominique Foray, *L'économie de la connaissance*, Paris, La Découverte, 2000. V. clairement dans cet esprit également l'article du directeur général de l'UNESCO K. Matsuura, « *Le partage du savoir est un multiplicateur de croissance* », *Le Figaro*, 27 septembre 2006, dans lequel celui-ci estime que « le potentiel de développement d'une société dépendra moins à l'avenir de ses richesses naturelles que de sa capacité à créer, diffuser et utiliser des connaissances ».
Pour illustrer l'importance de la place de l'information, on peut citer l'étude en forme de réflexion projective publiée par l'OCDE (Organisation de coopération et de développement économiques), intitulée *Vers une économie de la connaissance*.

[3] Cette notion de « bien informationnel » est utilisée depuis les années 1980 notamment par Monsieur le Professeur Michel VIVANT, V. notamment VIVANT M. *À propos des « biens informationnels »*, JCP G, 1984, 3132 ; LUCAS A., *L'adaptation du droit aux biens informationnels*, *in* L'appropriation de l'information, Paris, Litec Droit, 1986, p. 80 ; MACKAAY E., *Les biens informationnels ou le droit de suite dans les idées, in* L'appropriation de l'information, Paris, Librairies Techniques, 1986, p. 26-46.

de manière instantanée ces biens informationnels numérisés pouvant ainsi causer un préjudice à leurs détenteurs.

De plus, il est possible de constater l'émergence d'un droit spécifique portant sur les données que ce soient des données personnelles ou des données non-personnelles. En effet, le règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données[4] et le règlement (UE) 2018/1807 du 14 novembre 2018 établissant un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union européenne, constituent les prémices d'un droit sur les données[5]. Ces législations européennes ont des incidences notables quant à la question de la protection des biens informationnels numérisés qui prennent la forme soit de données non-personnelles, soit de données personnelles.

À partir de l'étude de la législation et de la pratique, cette recherche a pour but, d'une part, d'exposer la diversité des protections possibles des biens informationnels numérisés notamment par le droit de la propriété intellectuelle, et, d'autre part, d'apprécier l'opportunité de l'adoption d'un droit *sui generis* pour ces biens, conduisant ainsi à la question de la spécialisation du droit.

Pour entreprendre cette étude, il a tout d'abord fallu procéder à la délimitation de la notion de donnée. En effet, le bien informationnel numérisé prenant la forme d'une donnée doit se distinguer de l'information. La définition de la notion d'information a connu et connaît encore, un vif débat et cela depuis le développement de nouvelles technologies de l'information et de la communication. Aussi, cette notion a été approfondie par plusieurs disciplines telles que la philosophie, la sociologie, l'économie ainsi que le droit. L'information est devenue un « objet de droit »[6]. Il en résulte que cette notion regroupe en réalité des informations de nature diverses et, en droit, peut principalement être appréhendée d'au moins de deux manières, soit d'une manière stricte en considérant les différents types d'information, soit en distinguant selon les différents supports techniques. Cette dernière approche technique a été principalement adoptée par le législateur à partir de la fin du XIXe siècle, ce qui a eu pour conséquence notable que le droit sur l'information a été construit de façon empirique sans aucune conception d'ensemble. Cependant, nous pouvons retenir une définition classique de l'information, à savoir que l'information est le contenu d'un message, le message étant par ailleurs communicable (souvent communiqué) à autrui par un moyen quelconque[7].

À l'inverse, la « donnée » peut être définie comme « *la représentation conventionnelle d'une information dans une forme permettant d'en faire un traitement* »[8]. Au regard de cette définition large, nous avons décidé de limiter notre étude aux données numériques. Aussi, la donnée serait le support immatériel de l'information et ferait, par là même, partie du patrimoine informationnel des entreprises. Cette notion de donnée est souvent associée au phénomène du

[4] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), Journal Officiel de l'Union européenne n° L 119/1, 4 mai 2016

[5] Règlement (UE) 2018/1807 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 établissant un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union européenne, Journal Officiel de l'Union européenne n° L 303/59, 28 novembre 2018

[6] VIVANT M. *L'information, objet de droit*, *in* Le droit des communications : bilan et perspective, coll. IDATE, Académie du droit des communication, 1993, p. 125 ; VERN F. *Les objets juridiques ; Recherche en droit des biens*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, n° 200, juillet 2020, 878 p.

[7] Cette définition s'inspire d'une part, de celle issue de l'arrêté du 22 décembre 1981 (JONC, 17 janvier 1982, 624) et d'autre part de l'embauche de définition de Monsieur le Professeur GALLOUX, V. GALLOUX J.-C., *Ébauche d'une définition juridique de l'information*, D., 1994, chr. 229

[8] Rapport Gaudrat, *Commercialisation des données*, Doc. fr., 1992

« *Big Data* » ou de « *mégadonnées* ». Sur ce point, le législateur européen a fourni une définition de la donnée à caractère personnel ainsi qu'une définition large des données non-personnelles. Il convient donc de circonscrire ces deux types de données afin de voir si les données telles que définies peuvent faire l'objet d'un droit de propriété ou tout au moins d'un droit d'utilisation. En effet, s'est posée la question de la protection des données notamment afin de favoriser les flux de données entre entreprises.

En outre, à la diversité des types d'informations (informations à caractère technique telles que le savoir-faire ou l'invention brevetable ou informations de nature commerciale, stratégique ou financière qui sont purement descriptives puisqu'elles se bornent à illustrer une situation de fait ou une projection), répond une diversité de protections possibles. La question qui survient alors est de savoir si ces protections sont adaptées au monde numérique. Après ce constat *de lege lata*, se pose la question de savoir s'il ne serait pas possible, *de lege ferenda,* de protéger par le biais du droit des biens, voire par un droit spécial, les biens informationnels numérisés. En effet, selon une approche économique du droit, la notion de bien désigne les valeurs économiques susceptibles de figurer dans le patrimoine[9]. Pour le Professeur Ejan MACKAAY, toute chose utile, rare, serait douée de valeur et partant, serait ainsi un bien. Par conséquent, ces biens informationnels numérisés peuvent entrer dans la catégorie des biens puisqu'ils possèdent intrinsèquement une valeur économique. Toutefois, cette approche économique du droit laisse ouverte la question de savoir si l'information stratégique peut être qualifiée de bien. Ainsi, reste la question de savoir à quelles conditions une information stratégique peut relever de cette qualification de bien informationnel. Cette question théorique entraîne indubitablement des conséquences pratiques en matière de droit des biens et sur la possibilité d'appliquer ou non l'article 1er du Protocole additionnel n°1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

L'idée d'un droit *sui generis* attribué au « producteur de données » a commencé à émerger. En effet, la Commission européenne s'est interrogée sur cette possibilité, notamment dans son document de travail du 10 janvier 2017 sur la libre circulation des données. Ainsi, il convient d'envisager ce droit éventuel accordé au producteur de données en particulier au regard de l'équilibre entre cette protection et les incidences sur la concurrence[10]. Ce droit ne pourrait-il être considéré non pas comme un droit réel mais un droit défensif ? De cette façon, cette position suivrait celle adoptée pour la protection des secrets des affaires. De plus, une telle protection relèvera-t-elle de la sphère de la propriété intellectuelle ou, comme en matière de secret des affaires, se situera-t-elle en périphérie de cette matière ? Il devra également se concilier avec d'autres droits notamment les droits de la propriété intellectuelle, tels que le droit *sui generis* sur les bases de données, le droit de la concurrence ou encore avec la législation des données ouvertes dites « *Open Data* »[11]. En outre, il conviendra également de songer à la possibilité d'imposer la mise en place de licences notamment pour des données essentielles au marché. Une telle obligation de licence se retrouve dans le droit de la propriété intellectuelle, notamment en matière de brevet d'invention, avec les licences dites « FRAND ».

---

[9] MACKAAY E., *La propriété est-elle en voie d'extinction ?*, *in* Nouvelles technologies et propriété, Actes du colloque tenu à la Faculté de droit de l'Université de Montréal les 9 et 10 novembre 1991, p. 271 et s. Or, on peut dire qu'à travers sa valeur qui la révèle, l'information est un bien en soi distinct à la fois de son support matériel et de la prestation qui la délivre.

[10] Europen Commission, *Commission staff working document on the free flow of data and emerging issues of the European data economy,* 10 January 2017, SWD(2017) 2 final.

[11] Par exemple, la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, JORF n°0235 du 8 octobre 2016

II. Axes de recherche spécifique

1. La diversité des protections des biens informationnels numérisés

Les biens informationnels numérisés peuvent faire l'objet d'un cumul de protection, possibilité affirmée tant en droit interne qu'en droit européen par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne[12]. Ainsi, il convient concrètement d'identifier les hypothèses de cumuls pour un bien informationnel numérisé déterminé. Cela conduit à s'interroger sur la pertinence d'un tel cumul notamment pour le propriétaire du bien informationnel en cause. En effet, le propriétaire cherche à amplifier la protection de son bien informationnel par un cumul de droits de propriété intellectuelle, voire par un cumul des droits de propriété intellectuelle avec le secret des affaires. Par là même, le propriétaire du bien informationnel poursuit le but d'exclure les tiers de l'exploitation du bien.
En outre, afin d'éviter tout risque de conflit entre les différents droits, il convient d'organiser ce cumul particulièrement au regard de conflit potentiel de titularité lorsque le bien informationnel a nécessité l'intervention de plusieurs personnes.

2. Le titulaire du droit au « producteur de données »

Si un droit reconnu au producteur des données non-personnelles doit être créé, il sera nécessaire d'en déterminer le ou les titulaires. La question des critères fixant la titularité de ce droit se posera ainsi inévitablement.
L'attribution de ce droit pourrait en effet résulter de la prise en compte des investissements fournis et des ressources mises en œuvre pour la création des données non-personnelles. Cependant, plusieurs personnes pourraient revendiquer un droit sur des données non-personnelles. Cette situation pourrait se rencontrer entre un fabricant qui a apporté des investissements pour l'élaboration d'une machine qui servira par la suite à la création de données et un opérateur économique qui a acheté ou loué cette machine. C'est l'hypothèse de la création de données par un algorithme dès lors que le créateur de cet algorithme est différent de l'utilisateur ou du possesseur.
De même, la titularité de ce droit posera une difficulté lorsque la donnée résulte d'un agrégat d'informations appartenant à plusieurs entités. Ce sera l'hypothèse d'une entité qui fournira des informations à un tiers prestataire de service afin de réaliser une analyse ou une statistique. Ainsi, la détermination du titulaire du droit entre le client et le prestataire de service se posera.

3. L'accès aux données non-personnelles dites essentielles

Dans le contexte d'innovation fondée sur les données, l'accès à certaines d'entre elles peuvent donner un avantage concurrentiel à l'opérateur économique les détenant par rapport aux concurrents situés dans le même marché. Cet accès privilégié aux données pourra notamment avoir pour conséquence une distorsion de la concurrence en raison d'une position dominante sur le marché.
En se basant sur la jurisprudence notamment de celle issue de la Cour de justice de l'Union européenne en particulier les affaires *Magill*[13], *Microsoft*[14], des obligations contractuelles pourraient résulter du droit de la concurrence. De plus, il est possible de faire référence à la loi

[12] V. notamment CJUE, 3e ch., 12 septembre 2019, affaire C-683/17 ; CJUE, 5e ch., 23 avril 2020, affaire C-237/19 ; CJUE, 5e ch., 11 juin 2020, affaire C-833/18 ;
[13] CJCE, 6 avril 1995, *RTE et ITP Ltd c. Commission*, affaires C-241/91 P et C-242/91 P, Recueil 1995, p.743
[14] T.P.I, 17 septembre 2007, *Microsoft Corp c. Commission*, affaire T-201/04, Recueil 2007, p.3601

du 7 octobre 2016 pour une République numérique qui a créé une nouvelle catégorie de données, à savoir les « données d'intérêt public ».
Ainsi, se poseront les questions de la caractérisation de la notion de données essentielles et des conditions nécessaires pour qu'une action fondée sur les principes du droit de la concurrence puisse entraîner une obligation d'accorder un accès à ce type de données.

4. *L'adoption d'un droit* sui generis *au producteur de données non-personnelles*

L'adoption d'un droit *sui generis* au producteur de données non-personnelles posera tout d'abord la question de l'articulation avec le droit de la propriété intellectuelle et la protection des secrets des affaires. En effet, une donnée pourra relever d'un droit de propriété intellectuelle tel que le droit d'auteur. Dans une telle hypothèse, il conviendra d'envisager la primauté du droit de la propriété intellectuelle face à celui du producteur de données.
Ensuite, la question de la distinction entre donnée personnelle et donnée non-personnelle se posera en raison de la définition adoptée par le législateur européen. Les contours de cette distinction semblent nébuleuses alors que cette dernière est importante en ce que ces deux types de données n'ont pas un régime strictement identique. De plus, dans son document de travail du 10 janvier 2017, la Commission entendait inclure dans ce droit *sui generis* les données non-personnelles mais également les données personnelles anonymisées. Or, cette dernière catégorie de données poserait assurément des interrogations d'interprétation.