

Thèse délivrée par
L'Université de Lille,

N° attribué par la bibliothèque

_____|_____|_____|_____|_____|_____|_____|_____|

THÈSE

Pour obtenir le grade de Docteur en droit

Présentée et soutenue publiquement par

Luis Roman ARCINIEGA GIL

Le 14 décembre 2022

*La gouvernance des données en tant que « biens communs ».
Étude juridico-stratégique pour une valorisation publique des données
informationnelles.*

JURY

Directeur de thèse :

Marcel MORITZ, Maître de conférences HDR, Centre d'Etudes et de Recherches Administratives Politiques et Sociales (CERAPS) UMR 8026, Université de Lille.

Membres du jury :

Nathalie MALLET-POUJOL, Directrice de recherche au CNRS, Centre d'Etudes Politiques Et sociales : Environnement, Santé, Territoires (CEPEL) UMR 5112, Université de Montpellier.

Giorgio RESTA, Pro-recteur pour l'internationalisation, Professeur de droit privé comparé, Département de droit, Université de Roma Tre.

Brunessen BERTRAND, Professeure de droit public, Institut de l'Ouest : Droit et Europe (IODE) UMR CNRS 6262, Université de Rennes 1.

Céline CASTETS-RENARD, Professeure de droit, Titulaire de la Chaire de recherche sur l'intelligence artificielle responsable à l'échelle mondiale, Chercheure au Centre de recherche en droit, technologie et société, Université d'Ottawa.

Cette thèse a été financée par le Conseil national de la science et de la technologie du Mexique (CONACYT – Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología).

Elle a été encadrée à l'Université de Lille en France.

Aucune des institutions n'entend donner ni approbation, ni improbation aux opinions émises dans la présente thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Je remercie tout d'abord mes parents, Luis et Melva, qui m'ont soutenu dans chacune des étapes qui m'ont permis d'arriver là où je suis aujourd'hui. À ma sœur, Mildreth, parce qu'avec elle je remonte le temps pour continuer à sourire avec innocence. À Alice, mon grand amour, parce que son courage et sa joie m'inspirent chaque jour pour continuer à grandir et à aller de l'avant ensemble. À Léonie, mon petit amour, parce qu'elle est arrivée dans ma vie pour lui donner un nouveau sens plein d'apprentissage et d'harmonie.

Je tiens également à remercier M. MORITZ, mon directeur de thèse, pour m'avoir donné la confiance qui m'a permis d'obtenir ce diplôme universitaire. À Laurene et Audrey, mes amies doctorantes, pour leurs précieuses lectures et relectures qui ont rendu ce texte lisible. À Anne-Cécile et Younes, directrice et secrétaire général du CERAPS, qui m'ont tendu la main chaque fois que nécessaire. À Sophie et Françoise, de l'école doctorale, pour leur volonté de m'aider dès le premier jour de mon arrivée à Lille.

Je remercie tout particulièrement les membres de mon jury, Mme MALLET-POUJOL, M. RESTA, Mme BERTRAND et Mme CASTETS-RENARD, d'avoir pris le temps d'évaluer avec rigueur et bienveillance les résultats de ces années d'études et de travail.

Je remercie encore une fois le CONACYT pour le soutien financier apporté à la réalisation de ce projet.

Je remercie enfin tous ceux qui, d'une manière ou d'une autre, ont toujours été présents pendant chacune de ces années.

SOMMAIRE

PARTIE I. LA COMPLEXITÉ DU STATUT JURIDIQUE DES DONNÉES PUBLIQUES

TITRE I. LES DIFFÉRENTS INTÉRÊTS PUBLICS ET PRIVÉS AFFECTANT LA PROPRIÉTÉ DES DONNÉES PUBLIQUES

Chapitre 1. Les tensions entre transparence démocratique et potentiel économique des données publiques

Chapitre 2. La propriété indéterminée des données publiques

TITRE II. LES ENJEUX SPÉCIFIQUES DES DONNÉES PUBLIQUES ISSUES DE DONNÉES PERSONNELLES

Chapitre 1. La régulation des données publiques et personnelles en tant que faculté souveraine de l'Etat à l'ère du numérique

Chapitre 2. Les enjeux juridiques subsistants dans le cadre de la protection des données personnelles

PARTIE 2. POUR UNE GOUVERNANCE PARTAGÉE DES DONNÉES INFORMATIONNELLES

TITRE I. LA QUALIFICATION JURIDIQUE DES DONNÉES PUBLIQUES EN TANT QUE « BIENS COMMUNS »

Chapitre 1. Les composants des données publiques en tant que « choses communes informationnelles »

Chapitre 2. Vers les « biens communs » : la communalité des données publiques saisie par les théories du « faisceau de droits » et du « faisceau d'utilités »

TITRE II. L'ÉCOSYSTÈME COMPLEXE DES RELATIONS JURIDIQUES PORTANT SUR LES DONNÉES INFORMATIONNELLES D'INTÉRÊT COMMUN

Chapitre 1. L' « écosystème des relations juridiques » comme régime démocratique et durable de la gouvernance des données informationnelles

Chapitre 2. Vers un « coopérativisme ouvert » dans la production publique de données informationnelles

TABLE DES ABRÉVIATIONS

A.	Arrêté
A. préf.	Arrêté préfectoral
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AN	Assemblée nationale
ann.	Annexe
art.	Article
assoc.	Association
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
Bull. inf. C. cass.	Bulletin d'information de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. env.	Code de l'environnement
C. just. adm.	Code de justice administrative
C. pén.	Code pénal
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
CADA	Commission d'accès aux documents administratifs
Cass	Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CEE	Communauté économique européenne
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
CNNum	Conseil national du numérique
CNUCED	Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement
coll.	Collection
concl.	Conclusion
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Cons. UE	Conseil de l'Union européenne
CPI	Code de la propriété intellectuelle
D.	Dalloz (Recueil)
DGA	Règlement sur la gouvernance européenne des données
Dr. adm.	Droit administrative
FIRIP	Fédération des Industriels des Réseaux d'Initiative Publique
Gaz. Cnes	Gazette des communes
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
<i>ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>id.</i>	<i>Idem</i>
<i>infra</i>	Ci-dessous
INPI	Institut national de propriété industrielle
JO	Journal officiel
JORF	Journal officiel de la République française
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
Jurispr.	Jurisprudence
LEGICOM	Revue thématique de droit de la communication

n°	Numéro
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OIT	Organisation internationale du travail
OMPI	Organisation mondiale de la propriété industrielle
<i>op. cit.</i>	Opere citato
PUF	Presses universitaires de France
Rép. civ. Dalloz	Dalloz (Encyclopédie)
RGPD	Règlement Général sur la Protection des Données
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>Supra</i>	Ci-dessus
T. civ.	Tribunal civil
T. com.	Tribunal de commerce
TA	Tribunal administratif
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
UE	Union européenne
UIT	Union internationale des télécommunications
V.	Voir
vol.	Volume

“La ‘rivoluzione dei beni comuni’, che ci porta sempre più intensamente al di là della dicotomia proprietà privata/proprietà pubblica; ci parla dell’aria, dell’acqua, del cibo, della conoscenza; ci mostra la connessione sempre più forte tra persone e mondo esterno, e delle persone tra loro; ci rivela proprio un legame necessario tra diritti fondamentali e strumenti indispensabili per la loro attuazione.”

« La ‘révolution des biens communs’ nous amène à dépasser de plus en plus intensément la dichotomie propriété privée/propriété publique ; elle nous parle de l’air, de l’eau, de la nourriture, de la connaissance ; elle nous montre le lien toujours plus fort entre les hommes et le monde extérieur, et des hommes entre eux ; elle nous révèle précisément un lien nécessaire entre les droits fondamentaux et les instruments indispensables à leur mise en œuvre. »

Stefano Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Ed. Laterza, 2012.

INTRODUCTION

1. La révolution numérique est un phénomène qui se caractérise par la transformation considérable des modes d'interaction de la société : elle modifie profondément la façon de produire, d'échanger et de consommer en effaçant les limites géographiques¹. En effet, l'internet est devenu un outil incontournable tant pour les gouvernements que pour les entreprises et les citoyens, de sorte que certains moteurs de recherche, notamment Google², certaines plateformes sectorielles telles que TripAdvisor, Expedia ou Booking dans le domaine du tourisme³, ainsi que les géants du numérique, les GAFA⁴, sont devenus des modèles de référence. Leurs outils sont même souvent devenus nécessaires à la communication, la démocratie, l'économie et la recherche, parmi d'autres, dans une société globalisée de l'information⁵. Cette situation exige de comprendre la manière dont les technologies transforment les dynamiques sociales, l'action publique et les marchés, mais aussi les territoires en tant qu'espaces géographiques à court, moyen et long terme⁶.

2. D'après Marc Bourreau et Thierry Pénard, la transformation numérique de la société repose sur trois grands piliers : (1) les nouvelles technologies – notamment les

¹ Marc Bourreau et Thierry Pénard, « Introduction. L'économie numérique en question », *Revue d'économie industrielle*, vol. 156, n° 4, 2016, p. 11.

² Sur ce point, on souligne que, en 2013, Google possédait 90% du marché européen et enregistrait 550 millions d'utilisateurs pour son service Google Maps. V. European Commission: DG Communication, « Commission seeks feedback on commitments offered by Google to address competition concerns » [en ligne], communiqué de presse, 25 April 2013. Consulté le 6 avril 2019 : http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-383_en.htm ; par ailleurs, Google se positionne comme le premier moteur de recherche au niveau mondial, sauf en Russie et en Chine. En France, les requêtes de recherches sur Google représentent plus de 90% du total. V. Olivier Duffez, « Parts de marché des moteurs de recherche (France, USA, monde) » [en ligne], Webrank info. Consulté le 19 juin 2020 : <https://www.webrankinfo.com/dossiers/etudes/parts-marche-moteurs>

³ En France, 40% des hôtels (8512 établissements) et 32% des chambres proposées passent par une plateforme spécialisée dans le tourisme. V. Laurent Botti, Nicolas Peypoch et Bernardin Solonandrasana, *Économie du tourisme*, coll. « Les Topos », Dunod, 2013, p. 96.

⁴ L'acronyme GAFA désigne les quatre entreprises les plus puissantes du numérique : Google, Apple, Facebook et Amazon. En 2015, les GAFA ont une valeur cumulée de 1675 milliards de dollars, contre 1131 milliards de dollars pour l'ensemble des entreprises françaises cotées à l'indice CAC 40 (Cotation Assistée en Continu). V. Le dico du commerce international. Définition de GAFA. Consulté le 20 juillet 2020 : <https://www.glossaire-international.com/pages/tous-les-termes/gafa.html>

⁵ Marc Bourreau et Thierry Pénard, « Introduction. L'économie numérique en question », art. préc., p. 11.

⁶ *Ibidem*.

données massives (ou *Big data*)⁷, l'intelligence artificielle⁸, l'internet des objets (couramment désigné par le terme anglais *Internet of things* ou IoT)⁹, la chaîne de blocs (ou *blockchain*)¹⁰ et l'informatique en nuage (ou *cloud computing*)¹¹ ; (2) l'économie – qui est transformée avec l'émergence de puissants acteurs numériques capables de réorganiser les chaînes de valeur et d'imposer de nouveaux modèles économiques et d'intermédiation, en particulier les GAFA et d'autres entreprises numériques de présence mondiale telles que Uber, Waze et Airbnb ; (3) et le social – caractérisé par de nouveaux

⁷ D'après la CNIL, les *Big data* (« données massives » ou « métadonnées ») désignent la production de données numériques (texte, photos, vidéos, etc.) caractérisées par leur volume, leur vitesse et leur variété, qui combinées à une capacité de stockage croissante et à des outils d'analyse en temps réel, de plus en plus sophistiqués, offrent de nouvelles formes d'exploitation de l'information. V. CNIL, Glossaire [en ligne], Définition de *Big data*. Consulté le 20 juillet 2020 : <https://www.cnil.fr/fr/definition/big-data>

⁸ La Commission européenne propose une première définition : « l'intelligence artificielle (IA) » désigne « les systèmes qui font preuve d'un comportement intelligent en analysant leur environnement et en prenant des mesures – avec un certain degré d'autonomie – pour atteindre des objectifs spécifiques. [...] Les systèmes dotés d'IA peuvent être purement logiciels, agissant dans le monde virtuel (assistants vocaux, logiciels d'analyse d'images, moteurs de recherche ou systèmes de reconnaissance vocale et faciale, par exemple), mais l'IA peut aussi être intégrée dans des dispositifs matériels (robots évolués, voitures autonomes, drones ou applications de l'internet des objets, par exemple) ». V. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *L'intelligence artificielle pour l'Europe*, Bruxelles, le 25 avril 2018, COM(2018) 237 final, p. 1 ; cette définition est affinée par le Groupe d'experts de haut niveau de la Commission qui considère que : « [L]es systèmes d'intelligence artificielle (IA) sont des systèmes logiciels (et éventuellement matériels) conçus par des êtres humains et qui, ayant reçu un objectif complexe, agissent dans le monde réel ou numérique en percevant leur environnement par l'acquisition de données, en interprétant les données structurées ou non structurées collectées, en appliquant un raisonnement aux connaissances, ou en traitant les informations, dérivées de ces données et en décidant de la/des meilleure(s) action(s) à prendre pour atteindre l'objectif donné. Les systèmes d'IA peuvent soit utiliser des règles symboliques, soit apprendre un modèle numérique. Ils peuvent également adapter leur comportement en analysant la manière dont l'environnement est affecté par leurs actions antérieures ». V. Livre blanc, *Intelligence artificielle : Une approche européenne axée sur l'excellence et la confiance*, Bruxelles, le 19 février 2020, COM(2020) 65 final, p. 8.

⁹ Dans un contexte supra-national et supra-régional, l'Union Internationale des Télécommunications (UIT) définit « l'internet des objets (IoT) » comme « une infrastructure mondiale pour la société de l'information, qui permet de disposer de services évolués en interconnectant des objets (physiques ou virtuels) grâce aux technologies de l'information et de la communication (TIC) interopérables existantes ou en évolution. NOTE 1 – En exploitant les capacités d'identification, de saisie de données, de traitement et de communication, l'IoT tire pleinement parti des objets pour offrir des services à toutes sortes d'applications, tout en garantissant le respect des exigences de sécurité et de confidentialité ». V. Recommandation UIT-T Y.2060, 06/2012, Série Y : Infrastructure mondiale de l'information, protocole internet et réseaux de prochaine génération, Présentation générale de l'internet des objets, p. 1.

¹⁰ La chaîne de blocs ou *blockchain* « peut être définie d'un point de vue utilitariste comme une technologie qui permet un stockage, un transfert d'information, de valeur, de documents ou de données de manière directe, sans intermédiaire et automatisée. Les échanges et leur stockage sont immuables car enregistrés par les différentes parties constituées ». V. Rapport au nom de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, sur les enjeux technologiques des blockchains (chaînes de blocs), par Mme Valéria Faure-Muntian, MM. Claude de Ganay et Ronan Le Gleut, 20 juin 2018, p. 156.

¹¹ En français, « informatique dans les nuages », consiste à utiliser la mémoire et la capacité de calcul d'ordinateurs et de serveurs répartis partout dans le monde qui sont interconnectés par un réseau de nombreux serveurs distants. V. CNIL, Glossaire [en ligne], Définition de *Cloud computing*. Consulté le 20 juillet 2020 : <https://www.cnil.fr/fr/definition/cloud-computing>

modes de sociabilité et d'action collective qui stimulent l'innovation et la consommation tels que les réseaux sociaux Twitter, Instagram, Facebook, etc.¹².

3. Ce nouveau dynamisme socio-économique, à l'ère numérique, remet en cause les pouvoirs et la souveraineté des États¹³, et incite à envisager de nouvelles formes de régulation et de gouvernance¹⁴. Un accent particulier doit être mis sur le pilier de l'économie numérique qui continue à croître de manière exponentielle par l'intermédiaire de la collecte, de l'analyse et de la réutilisation de grandes quantités de données, qui font référence aux activités quotidiennes de tous les acteurs de la société dans un contexte supranational¹⁵. De fait, l'enjeu est tel que le monde est devenu le témoin de la montée en puissance des grandes entreprises numériques en tant qu'acteurs transfrontaliers, par opposition aux États qui tardent encore à trouver un accord harmonisé en matière de numérique¹⁶.

4. Si l'on tient compte des chiffres présentés en 2019 par la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED), l'indicateur de flux de données du trafic mondial, connu sous le nom de protocole internet (IP), est passé d'environ 100 gigaoctets (Go) par jour en 1992 à plus de 45 000 Go par seconde en 2017, et devrait atteindre 150 700 Go par seconde en 2022, notamment du fait de l'augmentation du nombre de personnes se connectant à internet et de la croissance des objets connectés¹⁷. Ce trafic élevé des activités en ligne fait des données une nouvelle ressource pour la création et la saisie de la valeur économique. Dès lors, leur maîtrise présente un intérêt stratégique à l'égard de leur transformation en informations capitalisables¹⁸.

¹² Marc Bourreau et Thierry Pénard, « Introduction. L'économie numérique en question », art. préc., p.12.

¹³ Cf. *Infra* : « La régulation des données publiques et personnelles en tant que faculté souveraine de l'État à l'ère du numérique », en page 91.

¹⁴ Marc Bourreau et Thierry Pénard, « Introduction. L'économie numérique en question », art. préc., p.12.

¹⁵ Conférence de Nations Unies sur le Commerce et le Développement – CNUCED, *Rapport sur l'économie numérique 2019. Création et captation de valeur numérique 2019 : indices sur les pays en développement*, New York, United Nations Publications, 2019, p. 1.

¹⁶ Pierre Bellanger, « Les données personnelles : une question de souveraineté », *Le Débat*, vol. 183, no. 1, 2015, p. 25 : « Nous assistons à un moment décisif, celui des réseaux qui deviennent des États face à des États qui tardent encore à devenir des réseaux. C'est cela la souveraineté numérique. Tel est notre défi capital. ».

¹⁷ CNUCED, *Rapport sur l'économie numérique 2019. Création et captation de valeur numérique 2019 : indices sur les pays en développement*, *op. cit.*, p. 1.

¹⁸ En ce sens, v. Rapport du groupe de travail franco-britannique sur l'économie de la donnée, *La révolution de la donnée au service de la croissance : Innovation, Infrastructure, Compétences et "Pouvoir d'agir" à l'ère numérique*, 2016, 28 pages.

5. Les instances institutionnelles commencent, pour ces raisons, à réagir, et par exemple, au niveau international, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) encourage, depuis 2016, la transition des États vers une vie publique pilotée par le numérique¹⁹. Elle lance en 2019 un document intitulé « Axer le secteur public sur les données : marche à suivre » en se focalisant sur la possibilité de fournir des services publics de haute qualité et de mieux optimiser les ressources publiques, grâce aux informations produites par les données, non sans oublier la nécessité de promouvoir la bonne intégration des considérations liées à l'éthique et de la confidentialité des données²⁰.

6. De même, au niveau régional, l'Europe, en se fondant sur le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) qui vise notamment à créer de nouvelles opportunités pour l'économie et la société en s'appuyant sur le potentiel technologique²¹, met en marche, depuis 2010, une stratégie numérique dans le but d'adapter son corpus juridique à un marché unique du numérique au niveau régional²². En particulier, le Règlement 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 (RGPD)²³, ainsi que la Directive 2019/1024 du 20 juin 2019 concernant les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public²⁴, sont les instruments communautaires qui mettent en place un véritable marché unique européen basé sur les données.

7. La France, quant à elle, a engagé depuis les années 2010 une série d'initiatives qui marquent la transition vers une transformation numérique de l'État. Cela comprend, entre autres, le Décret n° 2011-194 du 12 février 2011 portant création d'une mission « Etalab »

¹⁹ V. OCDE, Recommandation du Conseil sur les stratégies numériques gouvernementales, OECD/LEGAL/0406Co.

²⁰ V. OCDE, *Axer le secteur public sur les données : marche à suivre*, Paris, Éditions OCDE, 2020, 196 pages. <https://doi.org/10.1787/0090312e-fr>.

²¹ Traité sur le fonctionnement de l'UE, Titre XIX « Recherche et développement technologique et espace », Articles 179 – 190, *JOUE C 202* du 7 juin 2016.

²² V. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Une stratégie numérique pour l'Europe*, Bruxelles, le 19 mai 2010, COM(2010)245 final.

²³ RGPD - 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). *JOUE L 119* du 4 mai 2016, pp. 1-88.

²⁴ Directive (UE) 2019/1024 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 concernant les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public. *JOUE L 172* du 26 juin 2019, pp. 56–83.

chargée de la création d'un portail unique interministériel des données publiques²⁵, la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite loi Macron) qui met en place une politique d'ouverture des données des transports²⁶, la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (dite loi NOTRe) qui rend les informations publiques des collectivités de plus de 3 500 habitants accessibles en ligne en format électronique²⁷, et la loi pour une République numérique du 7 octobre 2016 qui reconnaît les principes de libre accès et de circulation des informations et données numérisées à essence publique²⁸.

8. Les données, en étant au cœur de toutes les nouvelles technologies et d'une grande partie des services publics et privés, sont considérées, par conséquent, comme des « actifs stratégiques » essentiels à la prise de décision, faisant d'elles un élément clé dans tous les secteurs²⁹. En ce sens, les données permettent aux entreprises d'adapter avec plus de précision leur offre de produits ou de services aux besoins des utilisateurs, d'explorer de nouvelles opportunités de marché et tendances de consommation, et de réduire les coûts d'exploitation des données elles-mêmes³⁰. Pour le secteur public, elles représentent un outil de transformation de l'administration et de l'action publique qui rend celle-ci plus efficace, grâce à un meilleur suivi, à la mesure d'impact de politiques et de services publics, ainsi qu'au partage de données avec les différents acteurs de la société et d'autres personnes publiques³¹. Elles peuvent enfin être source d'« innovation sociale » pour les citoyens, puisqu'elles permettent d'offrir des produits ou des services visant à répondre à des besoins sociaux, non ou mal satisfaits, dans les conditions actuelles du marché ou des politiques publiques³².

²⁵ Décret n° 2011-194 du 21 février 2011 portant création d'une mission « Etalab » chargée de la création d'un portail unique interministériel des données publiques. *JORF* n° 0044 du 22 février 2011, p. 3248 ; abrogé par le Décret n° 2012-1198 du 30 octobre 2012 portant création du secrétariat général pour la modernisation de l'action publique - Article 7. *JORF* n° 0254 du 31 octobre 2012, texte n° 2.

²⁶ V. Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques. *JORF* n° 0181 du 7 août 2015.

²⁷ V. Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République. *JORF* n° 0182 du 8 août 2015.

²⁸ V. LOI n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique. *JORF* n°0235 du 8 octobre 2016.

²⁹ CNUCED, *Rapport sur l'économie numérique 2019. Création et captation de valeur numérique 2019 : indices sur les pays en développement*, op. cit., p. 8.

³⁰ Louis-David Benyayer et Chignard Simon, « Focus - Les enjeux économiques de l'ouverture des données : pas de marché, pas de valeur », *Informations sociales*, vol. 191, n° 5, 2015, p. 38.

³¹ OCDE, *Axer le secteur public sur les données : marche à suivre*, op. cit., p. 17.

³² Entrepris principalement par les associations, les citoyens bénévoles et les collectivités locales, les « projets socialement innovants », ou l'« innovation sociale », permettent de « répondre à des besoins

9. Autrement dit, on considère que les données peuvent avoir un impact majeur en termes de développement. Elles sont produites à toutes les échelles, du niveau local au niveau global, et c'est le plus souvent au niveau local que commence le premier niveau d'exploitation³³. Les données ont, de ce fait, une valeur informationnelle capitalisable et leur gouvernance est fondamentale au développement des territoires, que ce soit le niveau local, régional, ou national³⁴. C'est dans ce contexte qu'émergent nombre de projets technologiques que l'on qualifie habituellement d'« intelligents » ; tous se caractérisant par la présence de données en tant qu'éléments d'informations numérisés au cœur de leur fonctionnement.

Le rôle central des données comme moteur des nouvelles technologies : une analyse basée sur le cas des projets de villes dites « intelligentes ».

10. Afin de mieux comprendre le champ d'application des données en tant que moteur des nouvelles technologies, on se penchera sur le cas spécifique des projets de « villes intelligentes ». En effet, les données peuvent avoir une approche territoriale qui peut être déterminée en fonction du réseau dans lequel elles circulent. En d'autres termes, la portée du projet, allant d'une collectivité locale à une région, couvrant même dans certains cas l'échelle nationale lorsque la dimension du projet le mérite, déterminera l'échelle dans laquelle les données en tant qu'éléments informationnels prendront de la valeur. Ainsi, les projets de « villes intelligentes », et plus largement, de « territoires intelligents », ou de tout autre type de projet se déclarant « intelligent », comprennent à la fois des environnements ruraux et urbains, sous leurs différentes modalités en tant que projets publics, privés ou de partenariat public/privé³⁵. C'est-à-dire que, plus la portée de ces projets est large, plus ils doivent être analysés en conjonction avec d'autres critères, par

sociaux par une forme innovante d'entreprise, par un processus innovant de production de biens ou de services ou encore par un mode innovant d'organisation du travail ». V. l'article 15 de la LOI n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire. *JORF* n° 0176 du 1 août 2014.

³³ Sur ce point, on considère que le processus social du développement local est nécessairement spatial et mérite une appréciation des concepts géographiques d'espace, de territoire, de lieu et d'échelle. V. Andy Pike, Andrés Rodríguez-Pose et John Tomaney, « What Kind of Local and Regional Development and for Whom? », *Journal of Regional Studies*, vol. 41, n° 9, pp. 1253-1269.

³⁴ V. en ce sens : Fédération des Industriels des Réseaux d'Initiative Publique – FIRIP, *Construire son smart territoire*, Groupe Caisse des Dépôts, 2018, 60 pages. Consulté le 20 juillet 2020 :

<https://www.lagazettedescommunes.com/telechargements/2018/05/guide-smartcity2018-web-vfcompressed.pdf>

³⁵ FIRIP, *Construire son smart territoire*, op. cit., p. 9.

exemple celui d'une urbanisation mondiale sans précédent soulevant des questions de durabilité à moyen et long terme dans le cas des « villes intelligentes »³⁶.

11. Selon un rapport de l'ONU publié en 2015, 60 % de la population mondiale se concentrera dans les zones urbaines d'ici 2030, avec un nombre de résidents urbains en croissance constante de près de 73 millions d'habitants par an ; à titre de comparaison, il y a cent ans, ce chiffre ne représentait que 20% de la population mondiale, 5% dans le cas des pays les moins industrialisés³⁷. Ce phénomène urbain interroge l'efficacité de la gestion des ressources et de l'énergie pour répondre aux dynamiques socio-économiques des territoires, qui conduit à l'émergence de nouvelles notions d'urbanisation telles que la « ville durable », ou sa variante technologique la « ville intelligente »³⁸. En ce sens, il s'agit d'un concept nouveau, ayant au cœur de son fonctionnement l'utilisation de nouvelles technologies et de données³⁹.

12. En effet, depuis le début des années 2000, la notion d'« intelligence » au sein des projets urbains est devenue de plus en plus populaire tant dans la littérature scientifique que dans les politiques publiques locales, car elle cherche des solutions aux problématiques locales grâce à l'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC)⁴⁰. C'est ainsi que les projets dits « intelligents » ont pris une importance considérable puisque, par exemple, dans le cas des « villes intelligentes », les villes représentent aujourd'hui 70 % du produit intérieur brut (PIB) mondial, mais sont également soumises à de nombreuses externalités négatives telles que la congestion urbaine, les inégalités sociales et la pollution⁴¹. Par ailleurs, le processus d'urbanisation au niveau mondial représente 95 % de la croissance démographique mondiale future dans

³⁶ V. en ce sens : Résolution 70/1 de l'Assemblée générale sur le Programme de développement durable à l'horizon 2030, A/RES/70/1, du 25 septembre 2015. Aussi connue comme « Agenda 2030 », elle contient 17 objectifs de développement durable (ODD), dont l'ODD numéro 11 vise à rendre les villes et les établissements humains inclusifs, sûrs, résilients et durables.

³⁷ V. ONU-Habitat, *Global Activities Report: 2015 – Increasing synergy for a greater national ownership*, Rapports annuels d'ONU-Habitat, UN-Habitat, HS/028/15E, p. 1, ISBN: 978-92-1-132652-9.

³⁸ En effet, l'ODD numéro 11 de l'Agenda 2030 de l'ONU de 2015, donne lieu au « Nouveau programme pour les villes » en 2016, qui reconnaît le terme de « ville intelligente ». V. Résolution 71/256 de l'Assemblée générale sur le Nouveau Programme pour les villes, A/RES/71/256, du 23 décembre 2016.

³⁹ France Urbaine, *Villes, numérique et innovation sociale : Expériences françaises*, p. 48. Consulté le 20 juillet 2020 : <https://franceurbaine.org/publications/villes-numerique-et-innovation-sociale-experiences-francaises>

⁴⁰ Vito Albino, Umberto Berardi et Rosa Maria Dangelico, « Smart Cities: Definitions, Dimensions, Performance, and Initiatives », *Journal of Urban Technology*, vol. 22, n° 1, 2015, p. 11.

⁴¹ ONU-Habitat, *Global Activities Report: 2015 – Increasing synergy for a greater national ownership*, op. cit., p. 1.

les pays en développement et un accroissement de la population mondiale vivant dans des bidonvilles qui compte d'ores et déjà 883 millions de personnes (principalement en Asie de l'Est et du Sud-Est) ; mais une occupation de seulement 3 % de la masse continentale mondiale qui représente pourtant 60 à 80 % de la consommation énergétique mondiale, plus de 70 % des émissions de carbone dans l'atmosphère et plus de 60% des ressources utilisées⁴².

13. Ce processus d'urbanisation rapide et sans précédent exerce une pression considérable ayant des conséquences négatives sur les réserves d'eau douce, les systèmes d'approvisionnement en eau et d'évacuation des déchets, ainsi que sur le cadre de vie des citoyens et la santé publique en général⁴³. Les données représentent, en ce sens, une source d'information valorisable permettant d'améliorer l'élaboration, le suivi et l'évaluation des politiques publiques, notamment par la saisie et l'analyse des données des territoires, rendues possibles par l'utilisation des nouvelles technologies.

14. Au niveau international, le « Nouveau programme pour les villes » de l'ONU de 2016, adopté dans le cadre de la Conférence sur le logement et le développement urbain durable – Habitat III, conçoit la « ville intelligente » comme celle « qui tire parti des *perspectives ouvertes par la numérisation*, les énergies et les technologies propres ainsi que les transports innovants, offrant ainsi aux habitants les moyens d'opérer des choix plus respectueux de l'environnement et de favoriser une croissance économique durable, et aux villes la possibilité d'améliorer leur offre de services » [nous soulignons]⁴⁴. De la même façon, l'Organisation internationale de normalisation (ISO) dans la norme « ISO 37122:2019 : Villes et communautés territoriales durables – Indicateurs pour les villes intelligentes », établit une définition la considérant comme la « [v]ille qui augmente le rythme auquel elle obtient des résultats en termes de durabilité sociale, économique et environnementale et qui répond à des défis tels que le changement climatique, la croissance démographique rapide et l'instabilité politique et économique, en améliorant

⁴² Agenda 2030, « Objectif 11 : Faire en sorte que les villes et les établissements humains soient ouverts à tous, sûrs, résilients et durables » [en ligne]. Consulté le 22 juillet 2020 : <https://www.un.org/sustainabledevelopment/fr/cities/>

⁴³ *Ibidem* : À titre d'exemple, en 2016, 90 % des citoyens respiraient de l'air malsain, entraînant 4,2 millions de décès dus à la pollution atmosphérique. En outre, plus de la moitié de la population urbaine mondiale est exposée à des niveaux de pollution de l'air au moins 2,5 fois supérieurs à ce que les normes de sécurité établissent.

⁴⁴ Résolution 71/256 de l'Assemblée générale sur le Nouveau Programme pour les villes, A/RES/71/256, du 23 décembre 2016, p. 15.

fondamentalement la manière dont elle implique la société, applique des méthodes de leadership collaboratif, collabore entre disciplines et systèmes urbains *et utilise les données et les technologies modernes* pour offrir de meilleurs services et une meilleure qualité de vie aux personnes se trouvant dans la ville (résidents, entreprises, visiteurs), maintenant et dans un futur prévisible, sans désavantage injuste pour d'autres, ni dégradation de l'environnement naturel » [nous soulignons]⁴⁵.

15. L'état des lieux juridique met en évidence qu'en Europe, aucun document juridique ou politique ne définit le terme de « ville intelligente » et seuls certains instruments peuvent être considérés comme étant à la base du concept. C'est notamment le cas de la « Charte de Leipzig sur la ville européenne durable » du 24 mai 2007⁴⁶, la « Charte verte numérique d'Eurocités » soutenue par la Commission européenne et publiée en janvier 2012⁴⁷, ainsi que l'« Agenda urbain pour l'Union européenne » de 2015 considérant la transition numérique comme un objectif primaire pour le développement de villes⁴⁸. Ce dernier document se caractérisant, par ailleurs, par la proposition de l'utilisation de la chaîne de blocs en tant que protocole de gestion des données⁴⁹.

16. Au niveau national, le glossaire en ligne de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) prévoit cependant une définition informelle du terme : « La ville intelligente est un nouveau concept de développement urbain. Il s'agit d'améliorer la qualité de vie des citoyens en rendant la ville plus adaptative et efficace, *à l'aide de nouvelles technologies* qui s'appuient sur un écosystème d'objets et de services. Le périmètre couvrant ce nouveau mode de gestion des villes inclut notamment : infrastructures publiques (bâtiments, mobiliers urbains, domotique, etc.) ; réseaux (eau, électricité, gaz, télécoms) ; transports (transports publics, routes et voitures intelligentes,

⁴⁵ ISO 37122:2019 : Villes et communautés territoriales durables – Indicateurs pour les villes intelligentes. Mai 2019, p. 107.

⁴⁶ Charte de Leipzig sur la ville européenne durable du 24 mai 2007. Consulté le 06 novembre 2019 : https://www.diplomatie.gouv.fr/sites/odysee-developpement-durable/files/25/Charte_Leipzig_Fr.pdf

⁴⁷ Charte verte numérique de janvier 2012 [en ligne]. Consulté le 06 novembre 2019 : http://www.greendigitalcharter.com/wp-content/uploads/2012/01/GreenDigitalCharter_FR.pdf

⁴⁸ L'agenda urbain pour l'UE est une initiative lancée en 2015 par la Commission européenne, les États membres et les villes, s'appuyant sur le Pacte d'Amsterdam, adopté le 30 mai 2016. Consulté le 06 novembre 2016 : <https://www.europe-en-france.gouv.fr/fr/nos-villes-bougent-avec-leurope/lagenda-urbain-pour-lue>

⁴⁹ Erick Leroux et Jean-Marc Lusson, « Smart city : quels enjeux politiques et juridiques ? », *Juris tourisme*, n° 221, 2019, p. 23.

covoiturage, mobilités dites douces – à vélo, à pied, etc.) ; *les e-services et e-administrations* » [nous soulignons]⁵⁰.

17. Compte tenu de ce qui précède, on peut conclure que, les données, vues à la lumière des projets dits « intelligents », peuvent être définies par trois éléments principaux : la nature des projets qui détermine les acteurs impliqués (publics, privés, PPP) ; l'ampleur du réseau qui délimite l'échelle de la territorialité (locale, régionale, nationale, continentale, internationale) ; et l'utilisation des technologies permettant la production des données numériques. Ceci étant, il s'agit de déterminer quel est le statut juridique des données en tant qu'éléments informationnels en tenant compte des éléments mentionnés ci-dessus.

Les éléments à considérer pour un statut juridique des données

18. La nature des projets, leur échelle et la numérisation sont des éléments qui permettent de déterminer le statut juridique des données informationnelles. Suivant l'exemple des « villes intelligentes », on s'appuiera ici sur l'analyse faite par l'urbaniste Vasilis Niaros qui développe une « Taxonomie de la ville intelligente » la classant en quatre modèles : d'abord, le modèle de « ville intelligente gérée par les entreprises » et celui de « ville intelligente sponsorisée par les entreprises », se caractérisant par le fait d'être gérées par des acteurs privés ; ensuite, celui de la « ville intelligente résiliente » et celui de la « ville intelligente basée sur les 'biens communs' », se caractérisant par une maîtrise plus démocratique des projets⁵¹ et en faveur d'un intérêt dit « commun »⁵². Selon le type de projet, la protection et l'approche de la gouvernance des données seront affectées. Il convient donc de faire une première approche de l'état des données, en tenant compte de ces éléments.

⁵⁰ CNIL. Glossaire [en ligne]. Définition de *Smart city*. Consulté le 21 décembre 2019 : <https://www.cnil.fr/fr/definition/smart-city>

⁵¹ Vasilis Niaros, « Introducing a Taxonomy of the 'Smart City': Towards a Commons-oriented Approach? », *Journal for a Global Sustainable Information Society*, vol. 14, n° 1, 2016, pp. 51-61. DOI: <https://doi.org/10.31269/triplec.v14i1.718>

⁵² On entend ici par « intérêt commun » « le résultat du caractère réciproque des intérêts ». Certains auteurs préfèrent en effet la notion d'« intérêt commun » car ils la jugent plus précise que celle d'« intérêt général » : « [s]eul le rapprochement de l'intérêt commun et de l'intérêt général permet d'en cerner les contours et d'en clarifier les applications. La caractéristique essentielle de l'intérêt commun renvoie à une conception immanente de l'intérêt général. ». Ainsi, du fait qu'il n'y ait pas de différence de nature entre les intérêts individuels et l'intérêt général, on serait dans un contexte d'« intérêt commun ». V. Mustapha Mekki, « Intérêt commun », in Marie Cornu, Fabienne Orsi, Judith Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses universitaires de France, 2017, pp. 691 et 694.

19. En premier lieu, la « ville intelligente gérée par les entreprises » se caractérise par son ancrage dans ce que l'on appelle le « solutionnisme technologique »⁵³. Un exemple de ce type de projet est le « Centre d'opérations de Rio », construit en 2010, dans la Ville de Rio de Janeiro au Brésil par l'entreprise américaine *International Business Machines Corporation* (IBM)⁵⁴. Dans l'esprit de favoriser la prise de décisions, le projet met à disposition des autorités, en temps réel, les données météorologiques, de la mobilité, de la collecte des ordures, de la consommation d'électricité, d'eau et du gaz, ainsi que des épidémies et des situations d'urgence, à partir de plateformes conviviales et des réseaux sociaux⁵⁵. Les données, dans ce type de projet, se caractérisent donc par le fait de pouvoir être intégrées en tant qu'actifs commerciaux, ce qui fait que le contrôle et la gestion des données relèvent du domaine privé de l'entreprise⁵⁶. En conséquence, le degré de transparence et de contrôle des données reste à la merci de l'entreprise, ce qui peut susciter des inquiétudes quant au respect de la vie privée, la surveillance, la censure et la manipulation des personnes, autant de risques d'atteinte aux droits et libertés fondamentaux⁵⁷.

20. En deuxième lieu, la « ville intelligente sponsorisée par les entreprises » fait référence aux projets privés dits *open source*, qui se distinguent par le fait que la gestion et le développement du projet est aligné sur la stratégie commerciale de l'entreprise et dont les citoyens ont le rôle de contributeurs à la production de données locales, mais ne participent pas au processus de conception du projet⁵⁸. À titre d'exemple, l'entreprise Waze, qui a développé une application sociale pour le transport automobile en temps réel

⁵³ Pour une critique du concept de « solutionnisme technologique », en relation avec celui de « villes intelligentes », v. Jean-François Soupizet, « Les villes intelligentes entre utopies et expérimentations », in Jean Haëtjens (dir.), « Renouveau des utopies urbaines », *Futuribles*, n° 414, septembre-octobre 2016, p. 96. ISBN : 978-2-84387-427-7 : « pour les industriels à l'origine du concept, les villes intelligentes désignent un idéal porté par les avancées technologiques qui assurent l'exécution sans faille des fonctions de l'urbanité et offrent à ses responsables les moyens d'une gestion centralisée dont la déclinaison la plus aboutie est la salle de crise, combinant renseignements, informations et décisions ».

⁵⁴ Ce projet a été lancé à partir d'une initiative conjointe sur la durabilité urbaine entre les gouvernements des États-Unis et du Brésil. V. Mémoire d'accord entre l'Agence de protection de l'environnement du gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Ministère de l'environnement de la République Fédérative du Brésil du 30 avril 2012. Consulté le 5 avril 2019 : https://www.epa.gov/sites/production/files/2014-04/documents/epa-mma-mou_signed.pdf

⁵⁵ C40 Cities, « Case study "Rio Operations Center" », 16 décembre 2012. Consulté le 5 avril 2019 : https://www.c40.org/case_studies/rio-operations-center

⁵⁶ Vasilis Niaros, « Introducing a Taxonomy of the 'Smart City': Towards a Commons-oriented Approach? », art. préc., p. 54.

⁵⁷ V. en ce sens : Evgeny Morozov, *To Save Everything Click Here: The Folly of Technological Solutionism*. New York, Public Affairs, 2013, 432 pages.

⁵⁸ Vasilis Niaros, « Introducing a Taxonomy of the 'Smart City': Towards a Commons-oriented Approach? », art. préc., P. 55.

et navigation assistée par GPS propose, depuis 2015, le service *Waze Connected Citizens*, en tant qu'outil de *monitoring* urbain pour les autorités locales et ce en échange d'autres types de données concernant les travaux en cours ou à venir dans la ville, les accidents, etc.⁵⁹. Les projets de cette sorte, basés sur une approche dite « participative » de la collecte de données auprès des citoyens, sont critiqués du fait qu'ils intègrent la participation sociale dans le fonctionnement du projet, mais pas dans la conception et l'élaboration de la stratégie visant à définir la manière dont les données sont collectées, traitées et exploitées⁶⁰. En outre, tout comme le prototype précédent, ce modèle conçoit les données en tant qu'actifs commerciaux privés et il n'appartient qu'à l'entreprise de décider du degré de transparence et d'ouverture des données, ce qui affecte leur valeur utilitaire lors d'une réutilisation plus large par le reste des acteurs de la société⁶¹.

21. À l'opposé de ces modèles de projets gérés directement par les entreprises, il en existe d'autres qui sont davantage tournés vers les citoyens. On trouve ainsi, en troisième lieu, la « ville intelligente résiliente » qui se caractérise principalement par son approche ascendante basée sur la philosophie du mouvement du « logiciel libre »⁶². Dans de tels projets, le mot « libre » s'entend comme la volonté de respecter les libertés essentielles des utilisateurs pour démarrer, étudier, modifier et redistribuer un projet en vue d'un intérêt commun⁶³. On peut citer comme exemple le laboratoire « Metalab » à Vienne, qui développe des innovations technologiques visant à répondre aux problèmes locaux, notamment par la création collective d'appareils électroniques à faire soi-même, de logiciels alternatifs en matière de sécurité, de programmation, d'intelligence artificielle, etc.⁶⁴. Ils se caractérisent par une collecte des données qui est effectuée sur une base volontaire, ce qui favorise dans le même temps la collaboration entre les utilisateurs et le partage des données. Cependant, si ce modèle présente des avantages en matière de

⁵⁹ CNIL, *La plateforme d'une ville : les données personnelles au cœur de la fabrique de la smart city*, Cahiers IP Innovation et Prospective, n°. 05, 2017, p. 30.

⁶⁰ Pour une critique de l'approche « participative », v. Slavoj Žižek, *First as tragedy, then as farce*, New York, Verso, 2010, pp. 100-104. En effet, le philosophe et sociologue slovène souligne que l'utilisation des termes « participation sociale » et « inclusion sociale » font partie d'une stratégie corporative, et non pas d'une proposition démocratique en faveur de la participation et l'inclusion des citoyens.

⁶¹ Vasilis Niaros, « Introducing a Taxonomy of the 'Smart City': Towards a Commons-oriented Approach? », art. préc., p. 55.

⁶² Richard Stallman, « Why Open Source Misses the Point of Free Software », GNU Operating system [En ligne], 2015. Consulté le 30 juin 2015 : <http://www.gnu.org/philosophy/open-source-misses-the-point.html>

⁶³ Vasilis Niaros, « Introducing a Taxonomy of the 'Smart City': Towards a Commons-oriented Approach? », art. préc., p. 56.

⁶⁴ V. en ce sens : Metalab. Site officiel [en ligne]. Consulté le 12 avril 2019 : https://metalab.at/wiki/Info_Folder/en

protection de données et d'une gestion démocratique de celles-ci, on peut noter qu'il reste un cas isolé, s'éloignant des dynamiques multilatérales existantes et ne favorisant pas la libre circulation des données, la production des informations, et la reproductibilité des solutions innovantes⁶⁵, notamment dans une approche de scalabilité⁶⁶.

22. Par conséquent, dans le but de résoudre les déficiences de la « ville intelligente résiliente », on trouve, en quatrième lieu, le modèle de « ville intelligente basée sur les 'biens communs' »⁶⁷. Ce concept, encore en construction, pourrait offrir une alternative durable à la gestion des données et vise à la création de données locales en tant que « communs urbains »⁶⁸. Basée sur la notion économique des « communs »⁶⁹, ce modèle soutient que les données locales devraient être créées et mises à disposition à une échelle transfrontalière, dans le but de favoriser l'engagement citoyen et de promouvoir l'innovation sociale et la diffusion des connaissances locales à l'échelle mondiale⁷⁰. Ainsi, grâce à la conception et à la diffusion de données locales, permettant leur flux continu dans une vision d'interopérabilité et de scalabilité, il serait possible d'assurer la production d'informations et la répliquabilité de solutions innovantes, du local au global et

⁶⁵ Vasilis Niaros, « Introducing a Taxonomy of the 'Smart City': Towards a Commons-oriented Approach? », art. préc., p. 58.

⁶⁶ La « scalabilité », une adaptation en français du terme anglais « scalability », est la « faculté d'adaptation d'un système aux dimensions du problème qu'il a à traiter » notamment, la capacité d'augmenter ou de diminuer selon un certain ratio. V. René J. Chevance, « Architectures de stockage », Techniques de l'ingénieur [Archives en ligne], 10 février 2006, p. 3, Réf : H2932 V1

⁶⁷ Vasilis Niaros, « Introducing a Taxonomy of the 'Smart City': Towards a Commons-oriented Approach? », art. préc., p. 58.

⁶⁸ On considère que « les communs urbains peuvent être des biens ou des services publics ou privés [dont] leur caractère commun dépend essentiellement de l'action collective qui les investi ». V. Daniela Festa, « Communs urbains », in Marie Cornu, Fabienne Orsi, Judith Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses universitaires de France, 2017, pp. 285-292.

⁶⁹ La notion économique de « biens communs », reprise en français de la terminologie anglo-saxonne de *commons*, a été principalement utilisée pour faire référence aux ressources partagées. A l'origine, une telle notion était liée à l'article portant sur la « tragédie des communs » de Garrett Hardin en 1968, traitant d'un phénomène collectif de surexploitation d'une ressource, conduisant à sa rareté en tant qu'élément qui lui donne de la valeur. Cet article est considéré comme étant à la base scientifique de l'allocation des droits de propriété, en tant que forme de régulation de certaines « biens » épuisables (au sens économique du terme). V. Garrett Hardin, « The Tragedy of the Commons », *Science*, vol. 162, n° 3859, 1968, pp. 1243-1248. La notion de « biens communs », cependant, a également été utilisée en tant qu'antithèse à la « tragédie des communs » par Elinor Ostrom, lauréate du prix Nobel d'économie 2009, pour donner également une base scientifique à un courant idéologique en développement qui fait appel à la possible « propriété » et « gouvernance partagée » des dits « biens communs ». V. Elinor Ostrom, *Governing the commons: The evolution of institutions for collective action*, Cambridge et New York, Cambridge University Press, 1990, 280 pages.

⁷⁰ Vasilis Kostakis, Vasilis Niaros, George Dafermos et Michel Bauwens, « Design Global, Manufacture Local: Exploring the Contours of an Emerging Productive Model », *Futures*, vol. 73, octobre 2015, pp. 126-135.

vice-versa⁷¹. Un exemple pourrait être la plateforme collaborative *OpenStreetMap*, qui est une base de données géographiques construite et alimentée volontairement par ses utilisateurs, et publiée sous une licence *open source*, permettant à quiconque de cartographier sa ville, son quartier, son itinéraire, etc., alors qu'il est possible de consulter, modifier, exporter et utiliser librement ces données à différentes fins, tant au niveau local que dans d'autres parties du monde⁷². Dans un contexte de société de l'information, ce modèle pourrait en effet représenter une alternative pour tirer parti des ressources communes à l'échelle mondiale, ce qui ne signifie pas que toutes les villes doivent appliquer les mêmes solutions, mais au contraire, qu'elles puissent bénéficier de ressources partagées afin de créer de nouveaux outils qui tiennent compte des particularités de chaque localité⁷³.

23. Les idées derrière ce dernier prototype serviront de base en vue de construire tout au long de ce travail la thèse des données comme « biens communs ». Toutefois, il convient de souligner que quel que soit le modèle du projet de « ville intelligente », une constatation est évidente : les données étant au cœur du fonctionnement des nouvelles technologies, elles se retrouvent à une place centrale dans tous les projets. Les données sont donc des éléments d'information qui, bien structurées et gérées, permettent un diagnostic plus précis de la réalité qu'elles représentent. De ce fait, les données sont considérées comme une source d'informations, puis d'idées et de connaissances en général, ce qui constitue un faisceau d'intérêts, de pouvoirs, de droits et d'obligations, entre autres prérogatives, déterminant le statut juridique des données numérisées en vue d'un intérêt dit « commun ».

⁷¹ Vasilis Niaros, « Introducing a Taxonomy of the 'Smart City': Towards a Commons-oriented Approach? », art. préc., p. 59.

⁷² V. en ce sens : *OpenStreetMap*. Plateforme numérique contributive. Consultée le 01 juillet 2020 : <http://www.openstreetmap.fr/>

⁷³ Vasilis Niaros, « Introducing a Taxonomy of the 'Smart City': Towards a Commons-oriented Approach? », art. préc., p. 59.

Délimitation du sujet

Objet de l'étude : le statut juridique des données en tant qu'éléments informationnels

24. Suivant le cas des projets des « villes intelligentes », Valérie Peugeot identifie trois sources principales dans la production de données : les gouvernements, les délégataires de services publics et les citoyens⁷⁴. A cela s'ajoutent les entités privées qui concentrent également de grandes quantités de données et qui, en ce sens, ont une forte incidence sur les flux informationnels et les dynamiques inter-échelle⁷⁵. L'ensemble de ces données définit un espace hybride, entre le physique et le numérique, qui reconfigure les territoires ainsi que les relations socioéconomiques, méritant une analyse plus approfondie du statut juridique et de la gouvernance de données en tant qu'éléments informationnels⁷⁶.

25. En principe, si l'on reprend les mots de Mikhaïl Xifaras, on pourrait dire que les données font partie de ce que l'on appelle la « communauté positive universelle [...] patrimoines errants, sans appartenance ni organes [se trouvant en dehors] du monde de la conceptualisation patrimoniale de la propriété »⁷⁷. Par ailleurs, elles sont, à l'instar des idées et suivant la thèse d'Augustin-Charles Renouard, membres d'un « communisme intellectuel [qui est un] fonds commun non consommable et toujours croissant [pouvant] se transmettre d'homme à homme, de génération en génération [puisque] ce fonds commun, trésor de l'intelligence universelle, est demeuré ouvert, donnant à tous et recevant de tous »⁷⁸.

⁷⁴ Valérie Peugeot in CNIL, *La plateforme d'une ville : les données personnelles au cœur de la fabrique de la smart city*, op. cit., p. 37.

⁷⁵ *Ibidem*. p. 38.

⁷⁶ V. en ce sens : Joe Shaw and Mark Graham, « An Informational Right to the City? Code, Content, Control, and the Urbanization of Information. », *Antipode*, vol. 49, n° 4, 2017, pp. 907-927.

⁷⁷ Mikhaïl Xifaras, *La propriété : étude de philosophie du droit*, PUF, 2004, p. 343.

⁷⁸ Sur ce point, on reprend ici intégralement un passage d'Augustin-Charles Renouard (1860) qui souligne que le « communisme des idées » ou « le communisme intellectuel est la loi de l'humanité ; et il n'est pas, pour notre espèce, de plus noble apanage ». En effet, le monde des idées est un « fonds commun non consommable et toujours croissant [qui] est le siège de la perfectibilité humaine. Plus on en use, plus il s'améliore, s'enrichit, se coordonne ». Ce fonds « a saisi au passage et retenu à lui les idées, à durée plus ou moins longue, qui ont pu se transmettre d'homme à homme, de génération en génération. Beaucoup ont péri ou disparu ; d'autres ont pris leur place ; quelques-unes ont persisté. [Mais ce] fonds commun, trésor de l'intelligence universelle, est demeuré ouvert, donnant à tous et recevant de tous ». V. Augustin-Charles Renouard, *Du droit industriel dans son rapport avec les principes du droit civil sur les personnes et sur les choses*, Paris, Guillaumin, 1860, premier chapitre « Du domaine immatériel » ; cité par Pierre-André

26. Les données s'ajoutent alors à une analyse complexe du statut juridique de l'information, pouvant être le support des idées et des connaissances tant intergénérationnelles⁷⁹ que transgénérationnelles⁸⁰, notamment comme éléments d'information d'une valeur stratégique émanant du monde réel. Pour cela, les acteurs socio-économiques font appel à la reconnaissance de certaines prérogatives telles que l'accès et la libre circulation des données et des informations, qui à leur tour s'opposent à une demande de non monopole, façonnée par des considérations politiques et culturelles, des droits et libertés, le progrès scientifique et social ; le tout avec une approche libérale déterminée par les impératifs du libre-échange, de l'industrie et de la concurrence⁸¹. Ainsi, les données pourraient être assimilées aux *res communes*, issues du droit romain, au sujet desquels les intérêts collectifs de la société s'opposent à un droit de propriété absolu⁸².

27. Pourtant, le droit a privilégié la protection des données une fois mises en forme, au lieu de reconnaître leur protection au sens abstrait. Les données peuvent, dans un tel contexte, être classées selon deux grandes catégories : (1) les données protégées et (2) les données non protégées. L'analyse juridique de leur protection se fonde à son tour sur la distinction de deux composantes différentes : (i) les données comme éléments informationnels et (ii) la base de données en tant que la structure permettant leur traitement.

28. D'une part, la donnée est définie par l'Arrêté du 22 décembre 1981 sur l'enrichissement de la langue française comme : la « représentation d'une information sous une forme conventionnelle destinée à faciliter son traitement »⁸³. D'autre part, la « base de données » est définie par l'article L112-3 du Code de la propriété intellectuelle

Mangolte, *La guerre des brevets, d'Edison aux frères Wright. Une comparaison franco-américaine*, Collection « Chemins de la Mémoire », série « Histoire économique », Paris, L'Harmattan, 2014, p. 33.

⁷⁹ « Qui concerne les relations entre les générations : Solidarité intergénérationnelle », Définition Larousse [En ligne]. Consulté le 22 octobre 2021 : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/interg%c3%a9n%c3%a9rationnel/10909973>

⁸⁰ « Qui concerne toutes les générations, tous les âges : Des pratiques culturelles transgénérationnelles », Définition Larousse [En ligne]. Consulté le 22 octobre 2021 : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/transg%c3%a9n%c3%a9rationnel/10910112>

⁸¹ V. en ce sens : Nathalie Mallet-Poujol, « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *Recueil Dalloz*, D. 1997, p. 330.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ V. l'Annexe. Liste N° 1 de l'arrêté français du Ministère de l'éducation nationale et du Ministère de l'Industrie du 22 décembre 1981 relatif à l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique, *JORF* du 17 janvier 1982.

(CPI) en tant que : « recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen »⁸⁴. Qu'il s'agisse de données ou de bases de données, une protection légale peut être accordée si les unes ou les autres remplissent les conditions exigées par la loi à cet effet.

29. En ce qui concerne les données protégées, cela comprend les éléments d'information qui font l'objet d'une protection par le droit de la propriété intellectuelle, ainsi que par le droit des données personnelles.

30. En premier lieu, les données peuvent être protégées soit par l'application du droit d'auteur, soit par la reconnaissance d'un autre droit, dès lors qu'elles font partie des éléments constitutifs d'une base de données. En d'autres termes, chacun des éléments qui composent une base peut être protégé soit par le droit d'auteur, lorsqu'il s'agit des « œuvres littéraires, artistiques, musicales ou autres, ou de matières telles que des textes, sons, images, chiffres, faits et données »⁸⁵ ; soit par un droit de la propriété industrielle, lorsqu'elles sont de marques, modèles, dessins et brevets⁸⁶.

31. La base de données, quant à elle, est protégée au sens de l'article L.341-1 du CPI par un droit *sui generis* lorsque sa constitution, sa vérification ou sa présentation fait l'objet d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel⁸⁷. À ce propos, il convient de souligner que la protection accordée à la base de données, au titre du droit *sui generis*, est faite sans préjudice de celle pouvant résulter de l'application du droit d'auteur, ou d'un autre droit, sur la base de données elle-même ou sur l'un des éléments

⁸⁴ Transposition de l'article 1.2 de la Directive 96/9/CE du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données. Loi n°98-536 du 1er juillet 1998. *JORF* n° 151 du 2 juillet 1998.

⁸⁵ À ce sujet, il faut remarquer que le considérant 17 de la Directive 96/9/CE du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, en énonçant ce qui peut être intégré à la base, considère par extension, en tant que données, les éléments qui font l'objet d'une protection par le droit d'auteur. *JOUE* L 77 du 27 mars 1996, pp. 20-28.

⁸⁶ Sur ce point, il convient de préciser qu'une base de données peut être composée de marques, modèles, dessins et brevets, comme celle de l'INPI ; cela étant, ces éléments ne sont pas la propriété de l'institu mais de ses dépositaires. V. en ce sens : Darnand, Pauline et Karlo Fonseca Tinoco, « L'ouverture des données de l'INPI », *LEGICOM*, vol. 56, n° 1, 2016, pp. 77-85.

⁸⁷ Sur ce point, la Directive 96/9/CE précitée considère (38) qu'une protection des données peut être accordée par moyen de la base de données, puisque « l'utilisation toujours croissante de la technologie numérique expose le fabricant d'une base de données au risque que le contenu de sa base soit copié et adapté électroniquement sans autorisation, pour en faire une autre base de données, de contenu identique, mais qui ne violerait pas le droit d'auteur applicable à la disposition du contenu de la première base ». *JOUE* L 77 du 27 mars 1996.

constitutifs de la base⁸⁸. Pour que l'un de ces éléments puisse être exploité, une autorisation du titulaire des droits, de la base ou de la donnée, doit donc être accordée au préalable⁸⁹.

32. En second lieu, lorsque la base de données est composée de données à caractère personnel (DACP), une protection spéciale et individualisée est accordée à chacun de ces éléments. En effet, les DACP se distinguent des autres données mentionnées ci-dessus parce qu'elles sont protégées par la législation sur les données personnelles. Elles sont définies à l'article 4 du RGPD comme : « toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable [...] directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale »⁹⁰. Leur protection implique, en pratique, l'application des techniques spécifiques telles que l'anonymisation et la pseudonymisation⁹¹. Toutefois, pour que les données personnelles soient exploitables, il est nécessaire de prévoir, *a priori*, le consentement de la personne concernée en fonction des objectifs du traitement pour lesquels les données ont été collectées, ou toute autre base légale rendant licite le traitement notamment leur nécessité pour l'exécution d'une obligation légale, d'une mission d'intérêt public, ainsi que pour des intérêts légitimes⁹².

⁸⁸ Deuxième alinéa de l'Article L341-1 du Code de la propriété intellectuelle (CPI), créée par la Loi n°98-536 du 1 juillet 1998 - art. 5. *JORF* 2 juillet 1998.

⁸⁹ En effet, le manque d'autorisation par les titulaires des droits peut donner lieu aux délits de plagiat ou contrefaçon : article L122-4 du CPI : « Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite. Il en est de même pour la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque ». Créé par la loi 92-597 du 1^{er} juillet 1992 relative au Code de la propriété intellectuelle – annexe. *JORF* 3 juillet 1992 ; article L335-3 du CPI : « Est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi. Est également un délit de contrefaçon la violation de l'un des droits de l'auteur d'un logiciel ». Modifié par LOI n°2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet- art. 8. *JORF* n°0135 du 13 juin 2009.

⁹⁰ Article 4 du RGPD. *JOUE* L 119 du 4 mai 2016.

⁹¹ Pour une définition et une distinction de ces techniques, ainsi que de leurs conséquences et limites, cf. *infra* : « Les potentielles menaces d'une réutilisation induite des données supposément anonymisées pour des finalités non-souhaitées », sur la page 124.

⁹² Article 6, 1 du RGPD. Rectificatif au règlement (UE) 2016/679. *JOUE* L127 2 du 23 mai 2018.

33. Ensuite, les données peuvent également être classifiées en données non protégées, englobant les données brutes, les données publiques, les données exclues de la protection du droit d'auteur, ainsi que les données tombées dans le domaine public.

34. Pour commencer, les données brutes, relevant du domaine de l'information, ne bénéficient pas d'une protection légale et sont, d'après la jurisprudence du Tribunal de Compiègne du 2 juin 1989, des « *biens communs* à tous dès leur publication » [nous soulignons]⁹³. Il s'agit notamment de chiffres, de données boursières, météorologiques et géographiques⁹⁴ qui, ne faisant pas l'objet d'une protection, peuvent être intégrés librement à une base de données⁹⁵.

35. Il en va de même pour les données publiques qui, conformément à l'article L300-2 du Code des relations entre le public et l'administration (CRPA), sont considérées comme des documents administratifs « quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support, [...] produits ou reçus, dans le cadre [d'une] mission de service public, par l'État, les collectivités territoriales ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une telle mission. Constituent de tels documents notamment les dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles, correspondances, avis, prévisions, codes sources et décisions »⁹⁶ ; ainsi que les

⁹³ En effet, la jurisprudence du Tribunal de commerce de Compiègne, 2 juin 1989, Société de bourses françaises / option service et cotes des fosses, prévoit que : « la cote des bourses est un document officiel destiné à l'information du public » et « les cotations et négociations boursières sont des informations brutes et sont *biens communs* à tous dès leur publication » [nous soulignons]. *DIT* 1989-4, p. 60, note N. Poujol.

⁹⁴ L'article D. 324-5-1 du Code des relations entre le public et l'administration (CRPA) prévoit pourtant des exceptions pour certains organismes tels que l'Institut national de l'information géographique et forestière, Météo-France, le Service hydrographique et océanographique de la marine et les informations issues des opérations de numérisation des fonds et des collections des bibliothèques, des musées et des archives. Créé par le Décret n° 2016-1617 du 29 novembre 2016 relatif aux catégories d'informations publiques de l'Etat et de ses établissements publics administratifs susceptibles d'être soumises au paiement d'une redevance de réutilisation. *JORF* n° 0278 du 30 novembre 2016.

⁹⁵ Sur ce point, l'Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (deuxième chambre) du 29 octobre 2015, Freistaat Bayern contre Verlag Esterbauer GmbH, précise que les « données géographiques qui sont extraites par un tiers d'une carte topographique aux fins de la fabrication et de la commercialisation d'une autre carte conservent, après leur extraction, une valeur informative suffisante pour pouvoir être qualifiées d'« éléments indépendants » d'une « base de données » ; bien avant, le Tribunal de commerce de Compiègne dans son jugement du 2 juin 1989, Société de bourses françaises / option service et cotes des fosses, précisait également que les brutes de la bourse peuvent être extraites librement puisque « les cotations des valeurs ou titres ne sont pas, comme tout prix de produits, susceptibles d'appropriation » ; il en va de même pour les nombres et les chiffres, notamment les numéros de téléphone, qui ne sont pas la propriété de leurs usagers. V. CE, 29 janvier 2003, *Syndicat national de la télématique*, Propriété intellectuelle, octobre 2003, n°9, p. 460, obs. Jean-Michel Bruguière.

⁹⁶ Article L300-2 du CRPA, créé par l'Ordonnance n°2015-1341 du 23 octobre 2015 et modifié par LOI n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique - Art. 2. Il convient de noter ici qu'à

« documents relatifs à la gestion du domaine privé de l'État et des collectivités territoriales »⁹⁷. Par ailleurs, les données publiques se caractérisent par le fait qu'elles sont mises à la disposition du public sous forme électronique, dans un standard ouvert, facilement réutilisable et exploitable par un système de traitement automatisé⁹⁸, à titre gratuit et à des fins autres que celles de la mission de service public pour laquelle elles ont été produites ou collectées⁹⁹.

36. En outre, en concordance avec l'article L122-5 du Code de la propriété intellectuelle, on considère comme des données non protégées les exceptions au droit d'auteur, à condition que le nom de l'auteur et la source soient clairement indiqués, comprenant : (a) les analyses et les courtes citations justifiées par le caractère critique, controversé, pédagogique, scientifique ou informatif de l'œuvre dans laquelle elles sont incorporées ; (b) les revues de presse ; (c) la diffusion partielle ou totale de discours au public ; (d) les reproductions, en tout ou en partie, d'œuvres d'art graphique ou plastique destinées à figurer dans le catalogue d'une vente judiciaire ; et, sous réserve de certaines exceptions (e) la représentation ou la reproduction d'extraits d'œuvres¹⁰⁰.

37. Enfin, les œuvres protégées par le droit d'auteur dont la durée de protection a expiré, ainsi que les marques, dessins, modèles et brevets qui ne sont plus protégés par le droit de la propriété industrielle, font également partie des éléments qui peuvent être intégrés librement dans une base de données pour leur exploitation¹⁰¹.

l'instar des données protégées, comprenant par extension des éléments protégés par la propriété intellectuelle ou industrielle, la notion de données publiques s'étend également à tout document administratif détenu par une personne publique ou délégataire.

⁹⁷ Article L300-3 CRPA, créé par la LOI n°2016-1321 du 7 octobre 2016 précité - Art. 10. *JORF* n° 0235 du 8 octobre 2016.

⁹⁸ Article L300-4 CRPA, créé par LOI n°2016-1321 du 7 octobre 2016 précité Art. 3. *JORF* n° 0235 du 8 octobre 2016.

⁹⁹ Article L321-1 CRPA, créé par Ordonnance n°2016-307 du 17 mars 2016 portant codification des dispositions relatives à la réutilisation des informations publiques dans le code des relations entre le public et l'administration, modifié par la LOI n°2016-1321 du 7 octobre 2016 précitée - Art. 9. *JORF* n° 0235 du 8 octobre 2016.

¹⁰⁰ Article L122-5, alinéa 3, du Code de la propriété intellectuelle, modifié par la LOI n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel - Art. 81. *JORF* n° 0205 du 6 septembre 2018.

¹⁰¹ Par exemple, l'article 123-1 du Code de la propriété intellectuelle prévoit un délai de 70 ans après la mort de l'auteur pour qu'une œuvre soit considérée comme appartenant au domaine public. De même, l'article L611-2 prévoit un délai de 20 ans pour les brevets d'invention (renouvelable). Après la durée de protection accordée par le droit d'auteur, ainsi qu'en l'absence de renouvellement du brevet, ces éléments tombent dans le « domaine public » et peuvent être librement intégrés dans une base de données pour leur exploitation.

38. À l'ère du numérique, des nouvelles technologies, des projets dits intelligents, des appareils connectés, des algorithmes, du *big data*, etc., les données de toute nature font l'objet d'usages multiples, ce qui rend indispensable l'analyse de leur statut juridique. Ceci est d'autant plus important si l'on considère que l'utilisation de ces informations semble donner lieu à une forme de déterminisme des données¹⁰². Il paraît alors essentiel, conjointement à leur statut juridique, d'aborder les questions de leur gouvernance.

Problématique et annonce du plan

39. En principe, une gouvernance appuyée sur des « données ouvertes¹⁰³ » et des plateformes conviviales et participatives¹⁰⁴ pourrait favoriser une action publique se fondant sur le transfert et la mutualisation de connaissances communes. De surcroît, elle permettrait l'émergence de données comparables entre les différents niveaux de gouvernement et la diversité des parties prenantes, pour une meilleure mise en œuvre, suivi et évaluation des politiques publiques¹⁰⁵. Or, bien que la circulation des données soit conçue comme une source d'informations, d'idées et de connaissances, le développement rapide des technologies et leurs moyens d'application soulèvent des questions importantes en ce qui concerne leur gouvernance et la protection de la vie privée des individus, et ce à l'égard de leur réutilisation pour le développement d'une économie de la donnée et d'un marché de l'information¹⁰⁶.

40. Par conséquent, cette thèse adopte une dimension publique, sans pour autant faire abstraction du fait que l'avancée technologique soit une circonstance qui impose l'étude des données de manière transversale et élargie. Ainsi, les données se distinguent en

¹⁰² Cf. *infra* : « Les potentielles menaces d'une réutilisation induite des données supposément anonymisées pour des finalités non-souhaitées », en page 129.

¹⁰³ La CNIL désigne les « données ouvertes » ou *open data* comme « un mouvement, né en Grande-Bretagne et aux États-Unis, d'ouverture et de mise à disposition des données produites et collectées par les services publics (administrations, collectivités locales...) ». V. CNIL, Glossaire [en ligne], Définition d'*Open data*. Consulté le 05 avril 2022 à l'adresse : <https://www.cnil.fr/fr/definition/open-data>

¹⁰⁴ Sur ce point, on souligne que « [l]e développement de l'internet et l'émergence de nouvelles pratiques d'innovation ouverte ont conduit à l'apparition de plateformes qualifiées de collaboratives (ou participatives). [...] Les plateformes collaboratives sont liées au concept de *crowdsourcing* [c'est-à-dire] qu'elles font appel à la foule des internautes pour résoudre un problème, proposer une idée, une création, ou un échange de service (gratuit ou payant). [...] ». V. Isabelle Liotard, « Plateforme collaborative d'innovation-innocentive », in Marie Cornu, Fabienne Orsi, Judith Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses universitaires de France, 2017, p. 929.

¹⁰⁵ Résolution 71/256 de l'Assemblée générale sur le Nouveau Programme pour les villes du 23 décembre 2016, A/RES/71/256, p. 32.

¹⁰⁶ Erick Leroux et Jean-Marc Lussion, « Smart city : quels enjeux politiques et juridiques ? », art. préc., p. 24.

données publiques, privées et personnelles, parmi d'autres ; le dénominateur commun entre les trois étant avant tout la donnée elle-même, c'est-à-dire avant tout type de qualificatif.

41. Cette étude s'efforcera d'analyser la complexité du statut juridique des données, ainsi que des différents intérêts publics et privés affectant leur nature. En effet, il a été précédemment souligné que les données, en tant qu'éléments informationnels, pourraient être conçues, par principe, comme des *res communes*. Ceci est dû au fait que les données font l'objet d'intérêts divers appelant à leur non-monopolisation. Toutefois, il a aussi été noté que les données peuvent être protégées par des droits de propriété intellectuelle, ou en tant que données personnelles, lorsque certaines conditions sont remplies.

42. Nous nous intéresserons ici principalement aux données publiques et personnelles, non sans négliger que dans certaines circonstances, qui seront présentées tout au long de cette thèse, celles-ci peuvent tomber dans le domaine privé d'une personne, les transformant en données privées. Tenant compte de ces considérations, il convient de se demander premièrement : quels intérêts affectent le statut juridique des données publiques et comment ces intérêts affectent leur gouvernance et le régime de leur titularité. L'étude de cette question permettra de déterminer quel traitement devrait être accordé aux données publiques issues de données à caractère personnel, ainsi que la portée de la réglementation de ces données pour les individus et l'administration. Deuxièmement, il s'agira de s'interroger plus particulièrement sur les politiques d'ouverture des données publiques et la liberté de circulation des données personnelles, notamment au regard de leur compatibilité avec le développement d'une économie de la donnée et d'un marché de l'information.

43. L'objectif de ce parcours est d'envisager une nouvelle forme de gouvernance sur une ressource qui pourrait être considérée comme « commune », ainsi que de définir quels en seraient les éléments constitutifs, comment cette gouvernance serait-elle organisée et par quels mécanismes il serait possible d'envisager une gestion efficace au-delà de leur libre circulation.

44. Pour ce faire, cette étude se concentrera, dans un premier temps, sur la complexité du statut juridique des données publiques (Partie 1) et sur la façon dont le droit traite actuellement les différents intérêts auxquels les données sont soumises et leurs effets. On

analysera ensuite les éléments démocratiques et économiques qui ont progressivement déterminé une ouverture des données publiques au cours des dernières années ; à l'inverse, on abordera la manière dont cela affecte le régime de protection de ces données, en particulier par la reconnaissance d'une titularité ou d'une propriété sur celles-ci. Dans le même ordre d'idées, on traitera les enjeux spécifiques des données publiques liés aux données à caractère personnel, notamment leur réglementation à la lumière des évolutions technologiques et les impacts de cette réglementation. Enfin, on abordera l'étude des questions qui n'ont pas encore obtenu de réponses juridiques appropriées, spécifiquement l'absence d'une vision collective sur la vie privée qui prend une nouvelle dimension à l'ère numérique.

45. La voie sera alors ouverte à l'examen d'une tendance juridique, économique et sociale, qui appelle à la reconnaissance de certaines choses en tant que « biens communs »¹⁰⁷. On se positionnera alors, dans un second temps, pour une approche de gouvernance partagée des données informationnelles (Partie 2). Dans cette perspective, il faudra observer la manière dont l'étude des « biens communs » a été menée jusqu'à présent, ainsi que la possible application de ce régime aux données publiques et personnelles. Nous analyserons ensuite le cadre juridique applicable à la gouvernance des données, notamment par le biais de différents mécanismes d'application tels que les licences afin de concilier les intérêts et de favoriser une gouvernance ouverte mais organisée, tant dans le traitement que dans la réutilisation des données. Ce qui précède sera inscrit dans un courant de pragmatisme juridique qui tente d'organiser le fonctionnement complexe des relations juridiques comme un « faisceau d'intérêts » et donc de droits, des obligations, des privilèges et des non-droits, en vue de la construction des données informationnelles en tant que « biens communs ».

¹⁰⁷ V. en ce sens Giorgio Resta, « Systems of Public Ownership», in Michele Graziadei - Lionel Smith, eds., *Comparative Property Law: Global Perspectives*, Edward Elgar, 2017, p. 5. <https://ssrn.com/abstract=2684826> : « [l]a catégorie des biens communs est de plus en plus reconnue, même dans les juridictions nationales, englobant à la fois des biens tangibles, comme l'eau, ou intangibles, comme les informations sur la structure du génome humain ».

PARTIE I. LA COMPLEXITÉ DU STATUT JURIDIQUE DES DONNÉES PUBLIQUES

46. L'administration produit, collecte et stocke des données dans le cadre des activités qui distinguent l'action publique¹⁰⁸. Un tel processus est souvent effectué : soit dans le but d'exercer une activité administrative, notamment la collecte et la production de données et d'informations ; soit dans le cadre d'une mission de service public, telle que leur diffusion¹⁰⁹. Or, bien que la maîtrise de l'administration sur les données fasse en principe appel au régime de la propriété publique¹¹⁰, l'ensemble des intérêts et des usages qui peuvent en découler conduisent à un débat éternel sur la non-appropriation de l'information¹¹¹. En outre, dans le cadre des réformes promues par la loi pour une République numérique (LRN), en 2014, il convient de noter que les administrations deviennent les dépositaires d'une grande quantité de données, comprenant également des données à caractère personnel, ce qui accroît encore plus cette complexité¹¹².

47. Les conditions de diffusion et de réutilisation des données publiques ont été établies par la Directive 2003/98/CE concernant la réutilisation des informations du secteur public¹¹³, transposée dans la législation française en 2005¹¹⁴, dans le but de répondre précisément aux différents usages qui peuvent en être faits grâce à l'utilisation des nouvelles technologies et de la numérisation. De manière générale, les dispositions en vertu desquelles l'État et les autorités locales mettent à la disposition du public les informations qu'ils produisent, suivent des principes similaires et sont habituellement soumises aux mêmes restrictions¹¹⁵. Elles partagent, par exemple, les principes du libre

¹⁰⁸ Fanny Tarlet, *Les biens publics mobiliers*, coll. « NBT », Dalloz, 2017, p. 514.

¹⁰⁹ Aurélien Camus, « La propriété des données publiques », *Revue française d'administration publique*, vol. 167, n° 3, 2018, p. 480. DOI : 10.3917/rfap.167.0479.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ Nathalie Mallet-Poujol, « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *Recueil Dalloz*, D. 1997, p. 330.

¹¹² Juliette Schweiger, « Smart cities et nouveaux enjeux de protection des données : comment tirer profit du nouveau règlement européen ? », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 625.

¹¹³ V. Directive 2003/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public. *JOUE* L345 du 31 décembre 2003, p. 90.

¹¹⁴ V. les textes de transposition : Ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques. *JORF* n°131 du 7 juin 2005 page 10022 ; Décret n° 2005-1755 du 30 décembre 2005 relatif à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques, pris pour l'application de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978. *JORF* n° 304 du 31 décembre 2005, p. 20827.

¹¹⁵ Stéphane Manson, « La mise à disposition de leurs données publiques par les collectivités territoriales », *AJDA*, 2016, p. 98.

accès et de la libre circulation et réutilisation des informations publiques¹¹⁶, et sont limitées généralement par un cadre juridique qui protègent la vie privée, les données personnelles, la confidentialité, la sécurité nationale, les intérêts commerciaux légitimes, les droits de propriété intellectuelle de tiers, le tout selon le principe « aussi ouvert que possible, mais aussi fermé que nécessaire »¹¹⁷.

48. Outre ce régime commun, les données publiques se caractérisent par leur objectif de diffusion et de réutilisation efficace, grâce à des formats numériques harmonisés comprenant : des données ouvertes par défaut ; en quantité et en qualité ; actualisées et exhaustives ; accessibles, utilisables et réutilisables ; comparables et interopérables¹¹⁸. La finalité étant de rendre les données techniquement exploitables, ce qui implique qu'elles soient convenablement structurées afin de permettre un traitement automatisé par des machines¹¹⁹. Il semble donc approprié d'analyser, d'une part, les différents intérêts publics et privés affectant la propriété des données publiques (Titre I) ; d'autre part, les enjeux spécifiques des données publiques issues des données personnelles (Titre II), qui rend l'univers des données de plus en plus complexe.

¹¹⁶ V. en ce sens : articles 11, 17, 20, 21 de la LOI n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, concernant le principe de gratuité de l'utilisation et de la réutilisation des informations publiques. *JORF* n° 0235 du 8 octobre 2016.

¹¹⁷ V. l'article premier, point 2, de la Directive (UE) 2019/1024 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 concernant les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public, pour la liste détaillée des informations non couvertes par l'ouverture des données publiques. *JOUE* L 172, du 26 juin 2019, p. 56-83 ; ainsi que L311-5 du Code de relations entre le public et l'administration. Modifié par Ordonnance n° 2016-1360 du 13 octobre 2016 modifiant la partie législative du Code des juridictions financières - art. 51. *JORF* n° 0240 du 14 octobre 2016.

¹¹⁸ V. en ce sens les principes établis par la « Charte du G8 pour l'ouverture des données publiques » et la « Charte Internationale des Données Ouvertes »

¹¹⁹ Laurent Teresi, « L'open data et le droit de l'Union européenne », *L'Actualité Juridique Droit Administratif*, 2016, p. 91.

TITRE I. LES DIFFÉRENTS INTÉRÊTS PUBLICS ET PRIVÉS AFFECTANT LA PROPRIÉTÉ DES DONNÉES PUBLIQUES

49. Depuis le début des années 2010, on observe une tendance au niveau international à promouvoir une politique d'ouverture des données, notamment la signature de la Charte de l'*Open data* du G8 signée en juin 2013¹²⁰ ainsi que la « Charte internationale des données ouvertes » d'octobre 2015¹²¹, dont la France est signataire. En principe, l'idée de l'*open data* est inspirée du concept américain de *public domain*, qui concerne la libre utilisation des données publiques, *a priori*, au bénéfice de la société¹²². Ce concept ne doit pourtant pas être confondu avec la notion du « domaine public » issu du droit français, soumis aux règles d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité¹²³. Ainsi, l'ouverture des données publiques implique en pratique la mise à disposition spontanée des données détenues par l'administration, dans un format standard ouvert et lisible par les machines, permettant la réutilisation libre et gratuite de l'information publique par toute personne¹²⁴.

50. Serge Daël, ancien Président (2011-2014) de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA), considère à ce sujet que l'ouverture des données publiques fait partie d'une « exigence de démocratie participative, d'efficacité administrative et de développement économique [qui] se conjuguent pour justifier que soient prises au profit de tout un chacun les mesures propres à restituer aux informations publiques, au-delà de leur statut juridique, les usages effectifs d'un *bien commun* qui est la conséquence de leur essence » [nous soulignons]¹²⁵. La réflexion sur la titularité,

¹²⁰ À ce propos, le 17 juin 2013, le Canada, la France, l'Allemagne, l'Italie le Japon, la Russie, le Royaume-Uni et les États-Unis signent une Charte dans laquelle les pays s'engagent à mettre en place des politiques garantissant l'accès libre et gratuit aux données publiques produites par leurs administrations. V. « Charte du G8 pour l'ouverture des données publiques » [En ligne], *Le portail de la modernisation de l'action publique*. Consulté le 18 septembre 2018 : <http://www.modernisation.gouv.fr/sites/default/files/fichiers-attaches/charte-g8-ouverture-donnees-publiques-fr.pdf>

¹²¹ La « Charte Internationale des Données Ouvertes », signée officiellement en octobre 2015, est ratifiée par 22 pays et 52 gouvernements locaux au 6 juillet 2020. V. l'*Open Data Charter* [en ligne]. Consulté le 18 septembre 2018 : https://opendatacharter.net/wp-content/uploads/2015/10/opendatacharter-charter_F.pdf

¹²² Aurélien Antoine, « Les expériences étrangères d'ouverture de l'accès aux données publiques », *L'Actualité Juridique Droit Administratif*, 2016, p. 81.

¹²³ Maxime Boul, « Les public goods : traduction juridique d'une notion économique », *RFDA*, 2013, p. 559.

¹²⁴ Melanie Dulong de Rosnay, « Données ouvertes (Open Data) », in Marie Cornu, Fabienne Orsi, Judith Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses universitaires de France, 2017, pp. 403-407.

¹²⁵ Avant-propos du rapport d'activité 2013 de la Commission d'accès aux documents administratifs - CADA, p. 3.

propriété ou l'inappropriabilité des données publiques passe donc nécessairement sous l'angle de ces considérations démocratiques, administratives et économiques, d'autant plus que le numérique transforme les relations entre le public et l'administration¹²⁶, et anime le débat sur la nature juridique et la valeur des données en tant que biens informationnels¹²⁷.

51. Cela conduit nécessairement à analyser les tensions entre transparence démocratique et potentiel économique des données publiques (Chapitre 1), qui sont à l'origine de leur propriété indéterminée (Chapitre 2).

¹²⁶ Philippe Yolka, « *Open data* : «L'ouverture, c'est l'aventure» », *AJDA*, Dalloz, 2016, p. 79.

¹²⁷ Aurélien Camus, « La propriété des données publiques », *Revue française d'administration publique*, Art. préc., p. 480.

Chapitre 1. Les tensions entre transparence démocratique et potentiel économique des données publiques

52. Depuis les années 1990, la France développe une politique d'ouverture et de partage de données publiques, en reconnaissant les possibilités offertes par les technologies pour la diffusion des informations d'intérêt général¹²⁸. L'idée d'une mise à disposition des données publiques au profit du public n'est pas en effet nouvelle et repose sur l'idée d'une liberté d'accès à l'information publique¹²⁹. Elle trouve ses racines dans l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui reconnaît « le droit de demander compte à tout agent public de son administration »¹³⁰. Avec l'« ouverture des données », ce qui change sont les formes, puisque l'on favorise une diffusion spontanée des données publiques, dans un format ouvert et lisible pour les machines, qui à son tour étend la gamme à une réutilisation gratuite de l'information publique à toutes fins licites¹³¹.

53. Cet exercice de transparence administrative, qui est considéré comme un principe de droit public garantissant le processus démocratique¹³², l'un ne pouvant exister sans l'autre, s'est progressivement amélioré par la reconnaissance et l'extension des droits des usagers et la création d'autorités indépendantes¹³³, permettant d'influencer l'action publique par l'analyse et le questionnement des informations mises à disposition¹³⁴. Or, bien que les politiques d'ouverture des données publiques aient leurs origines dans le cadre d'une demande démocratique, celles-ci font également l'objet d'intérêts économiques exigeant l'harmonisation de leurs modes de diffusion pour assurer une

¹²⁸ V. notamment la Circulaire du 14 février 1994 relative à la diffusion des données publiques. *JORF* n° 42 du 19 février 1994, p. 2864.

¹²⁹ Henri Verdier, « L'État et la politique d'ouverture en France », *AJDA*, 2016, p. 95.

¹³⁰ Au niveau local, une telle prérogative trouve ses racines dans les lois du 18 juillet 1837 sur l'administration communale (Recueil Duvergier, p. 227), ainsi que dans la loi du 5 avril 1884 relative à l'organisation municipale (*JORF* du 6 avril 1884, p. 1557) en reconnaissant la mise à disposition des actes budgétaires, procès-verbaux, arrêtés et comptes de la commune à destination des contribuables locaux ; repris par Stéphane Manson, « La mise à disposition de leurs données publiques par les collectivités territoriales », *AJDA*, 2016, p. 98.

¹³¹ Melanie Dulong de Rosnay, « Données ouvertes (Open Data) », in Marie Cornu, Judith Rochfeld et Fabienne Orsi (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, *Op. cit.*, pp. 403-407.

¹³² V. en ce sens : Emmanuel Aubin, « La protection constitutionnelle de la transparence administrative », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 59, 2018, p. 35.

¹³³ Jennifer Marchand, « L'open data, la réutilisation des données publiques entre exigence démocratique et potentiel économique », *JCP A*, février, n° 7, 2038, 2014, p. 27.

¹³⁴ Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, ancienne collection « Étude et documents du Conseil d'État », La documentation française, 2014, p. 67.

circulation optimale dans une économie de la donnée et marché de l'information en pleine expansion¹³⁵.

54. En effet, les technologies favorisent l'émergence de nouvelles formes d'interprétation et d'exploitation commerciale des informations publiques¹³⁶, et leur entrée sur le marché suggère que les données soient tout de même considérées comme des éléments stratégiques présentant un fort intérêt économique¹³⁷. Cependant, la mise en œuvre d'une politique d'ouverture des données publiques continue de faire l'objet de controverses, notamment de la part des collectivités locales qui doivent mettre à la disposition du secteur privé, de manière gratuite et obligatoire, des informations qui ont fait l'objet d'un investissement humain, technique et financier important, et qui représentait autrefois une source de revenus publics¹³⁸. Dans ce sens, l'ouverture des données publiques, qui implique la mise à disposition de données de qualité à des fins diverses, peut effectivement être examinée, en principe, comme une réforme de l'État en réponse à une demande démocratique (Section 1). Or, il ne faudra pas nier le fait que les données font également l'objet d'un fort potentiel économique qui détermine en grande partie leur degré d'ouverture (Section 2).

Section 1. L'ouverture des données publiques : une réforme de l'État en réponse à une demande démocratique

55. D'après Philippe Yolka, l'information représente une opportunité et une source de richesse qui transforme le « droit "de" l'information publique » en un véritable « droit "à" l'information publique »¹³⁹. Ce parallélisme juridique reflète « l'appréhension graduelle » du droit public sur les données comme « un nouvel objet technique et évolutif »¹⁴⁰, en ce sens que la numérisation inscrit l'accès à l'information publique dans

¹³⁵ V. en ce sens : Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Vers une économie de la donnée prospère », COM(2014) 442 final.

¹³⁶ Laurent Teresi, « L'open data et le droit de l'Union européenne », *AJDA*, 2016, p. 88.

¹³⁷ Sur ce point, il convient de souligner que l'ouverture de données publiques varie d'un État à l'autre. En effet, certains pays, comme le Kenya, limitent l'accès aux données en excluant toute possibilité de contestation juridictionnelle ; d'autres, comme la Chine et le Singapour, contrôlent l'accès afin d'attirer des investisseurs potentiels. Les données sont donc considérées, avant tout, comme des éléments stratégiques de la croissance économique. V. Aurélien Antoine, « Les expériences étrangères d'ouverture de l'accès aux données publiques », *AJDA*, 2016, p. 85.

¹³⁸ Lucie Cluzel-Métayer, « Les limites de l'open data », *AJDA*, 2016, p. 106.

¹³⁹ Philippe Yolka, « Open data : "L'ouverture c'est l'aventure" », art. préc., p. 79.

¹⁴⁰ Stéphane Manson, « La mise à disposition de leurs données publiques par les collectivités territoriales », art. préc., p. 97 et s.

un processus révolutionnaire qui à la fois modernise l'action publique et transforme la démocratie¹⁴¹. Ce fait conduit à identifier les enjeux de l'ouverture des données en tant qu'élément modernisateur de l'action publique (1), d'une part, et de déterminer dans quelle mesure la transformation numérique de l'État s'inscrit dans un processus démocratique, pluriel et représentatif au profit de tous les acteurs de la société (2), d'autre part.

Paragraphe 1. Les enjeux de l'ouverture en tant qu'élément modernisateur de l'action publique

56. Depuis les années 2000, plusieurs initiatives marquent la transition de la France vers une transformation numérique de son administration, ce qui comprend notamment l'ouverture harmonisée des données publiques¹⁴². Néanmoins, ce n'est que par le décret n° 2011-194 du 12 février 2011¹⁴³ et la circulaire du 26 mai 2011¹⁴⁴, qu'une véritable politique publique de la donnée est mise en place avec le lancement du portail unique des informations publiques « data.gouv.fr »¹⁴⁵. Coordonnée par la mission « Etalab »¹⁴⁶, ce site devient l'outil de coordination des administrations à toutes les échelles en vue de faciliter la libre diffusion et réutilisation des informations à caractère

¹⁴¹ Jennifer Marchand, « L'open data, la réutilisation des données publiques entre exigence démocratique et potentiel économique », art. préc., p. 25.

¹⁴² V. notamment la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations. *JORF* n° 0088 du 13 avril 2000, p. 5646 ; l'arrêté du 6 novembre 2000 relatif à la création d'un site sur internet intitulé « service-public.fr ». *JORF* n° 259 du 8 novembre 2000, p. 17671 ; le décret n° 2002-1064 du 7 août 2002 relatif au service public de la diffusion du droit par l'internet. *JORF* du 9 août 2002, p. 13655 ; ainsi que l'Ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004 relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs. *JORF* n° 44 du 21 février 2004, p. 3514.

¹⁴³ Décret n° 2011-194 du 21 février 2011 portant création d'une mission « Etalab » chargée de la création d'un portail unique interministériel des données publiques. *JORF* n° 0044 du 22 février 2011, p. 3248 ; abrogé par le Décret n° 2012-1198 du 30 octobre 2012 portant création du secrétariat général pour la modernisation de l'action publique - Article 7. *JORF* n° 0254 du 31 octobre 2012, texte n° 2.

¹⁴⁴ Circulaire du 26 mai 2011 relative à la création du portail unique des informations publiques de l'Etat « data.gouv.fr » par la mission « Etalab » et l'application des dispositions régissant le droit de réutilisation des informations publiques. *JORF* n° 0123 du 27 mai 2011, p. 9140.

¹⁴⁵ V. en ce sens : Plateforme des données publiques ouvertes [en ligne]. Consulté le 23 juillet 2020 : <https://www.data.gouv.fr/fr/>

¹⁴⁶ La mission Etalab fait partie de la Direction interministérielle du numérique et du système d'information et de communication de l'Etat (DINSIC), dont les missions et l'organisation sont fixées par le Décret n° 2017-1584 du 20 novembre 2017 relatif à la direction interministérielle de la transformation publique et à la direction interministérielle du numérique et du système d'information et de communication de l'Etat. *JORF* n° 0271 du 21 novembre 2017. Elle coordonne la politique d'ouverture et de partage des données publiques et contribue également à ouvrir l'administration et l'action publique sur la société, en mettant en œuvre les principes de la gouvernance ouverte. V. Etalab. Site officiel [En ligne] : <https://www.etalab.gouv.fr/>

public¹⁴⁷. Au niveau international, la France joue un rôle de premier plan en tant que pays signataire de la « Charte du G8 pour l'ouverture des données publiques » depuis 2013, ce qui a considérablement accentué au niveau national la mise à disposition spontanée et gratuite des données publiques¹⁴⁸.

57. D'une manière générale, l'ouverture des données comprend les données à fort impact social, les données à fort potentiel économique et d'innovation, les données de santé et les données de l'éducation¹⁴⁹. Elle fait partie d'un long processus législatif marqué notamment par la promulgation de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite loi Macron), qui met en place l'ouverture des données du domaine des transports¹⁵⁰ ; la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (loi NOTRe), qui oblige les collectivités de plus de 3 500 habitants à rendre leurs informations publiques accessibles en ligne en format électronique¹⁵¹ ; la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, qui encadre la mise à disposition des données de consommations énergétiques¹⁵² ; ainsi que la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, qui précise les modalités de mise à disposition des données du système national des données de santé¹⁵³. La loi pour une République numérique du 7 octobre 2016, est l'aboutissement de ce chemin d'actions législatives¹⁵⁴ qui reconnaît les principes de libre accès et de circulation des informations publiques, en supprimant l'obligation de demande d'accès qui prévalait sous l'empire de la loi du 17 juillet 1978 (loi CADA)¹⁵⁵.

¹⁴⁷ V. Décret n° 2015-1165 du 21 sept. 2015 relatif au secrétariat général pour la modernisation de l'action publique. *JORF* n° 0219 du 22 septembre 2015 ; v. également l'Arrêté du 21 sept. 2015 portant organisation du secrétariat général pour la modernisation de l'action publique. *JORF* n° 0219 du 22 septembre 2015.

¹⁴⁸ Henri Verdier, « L'État et la politique d'ouverture en France », art. préc., p. 95 ; v. également la « Charte du G8 pour l'ouverture des données publiques » [En ligne], précitée.

¹⁴⁹ V. en ce sens : Circulaire du 26 mai 2011 relative à la création du portail unique des informations publiques de l'Etat « data.gouv.fr » par la mission « Etalab » et l'application des dispositions régissant le droit de réutilisation des informations publiques. *JORF* n° 0123 du 27 mai 2011, p. 9140 ; Circulaire du 17 septembre 2013 relatives à l'ouverture et partage des données publiques.

¹⁵⁰ *JORF* n° 0181 du 7 août 2015.

¹⁵¹ *JORF* n° 0182 du 8 août 2015.

¹⁵² *JORF* n° 0189 du 18 août 2015.

¹⁵³ *JORF* n° 0022 du 27 janvier 2016.

¹⁵⁴ Schéhérezade Abboub et Emilie Coquel, « Les modalités de mise à disposition des données publiques locales », *Revue Française de Droit Administratif*, 2018, p. 36.

¹⁵⁵ V. la version initiale de la LOI n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal. *JORF* du 18 juillet 1978, p. 2851.

58. Si l'on tient compte de ce qui précède, l'ouverture des données publiques fait en effet partie d'une réforme de modernisation de l'État puisqu'elle constitue un mécanisme novateur de communication et un outil de reformulation des conditions de mise en œuvre de l'action publique, transformant le rôle de l'administration et ses modes d'intervention, dans le cadre d'une réflexion sur l'offre des services publics et ses modes de délivrance¹⁵⁶. Ainsi, en visant l'élimination du temps d'accès associé au processus de la demande, l'ouverture des données publiques vise à détacher les informations de l'influence à laquelle elles pourraient être soumises de la part de l'administration¹⁵⁷. L'ouverture est donc conçue comme un enjeu de renouvellement de l'action publique, mais aussi comme une nouvelle forme de transparence démocratique¹⁵⁸, qui met en évidence les avantages offerts par les nouvelles technologies en facilitant la diffusion des informations publiques de manière immédiate¹⁵⁹.

59. De même, dans le cadre des actions qui modernisent l'administration, l'ouverture des données publiques est perçue comme un moyen qui pourrait contribuer à améliorer la performance des agents de l'État, grâce au libre accès des ressources de l'administration qui sont nécessaires à l'accomplissement des missions de service public¹⁶⁰. Par ailleurs, on estime que l'ouverture des données permettrait de contribuer à aborder d'autres problèmes de la vie publique telles que la prévention et la lutte contre la corruption¹⁶¹. Enfin, au-delà d'un outil de renouvellement de l'action publique, l'ouverture des données pourrait être perçue comme un mécanisme permettant de favoriser les relations de confiance entre le public et l'administration, ainsi qu'à l'encontre d'autres États et organisations internationales dans les engagements internationaux¹⁶².

¹⁵⁶ Laurent Teresi, « L'open data et le droit de l'Union européenne », art. préc., p. 89.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 90.

¹⁵⁸ Henri Verdier, « L'État et la politique d'ouverture en France », art. préc., p. 96.

¹⁵⁹ V. en ce sens : Déclaration de M. Lionel Jospin, Premier ministre, sur la mise en œuvre et les orientations de développement du Programme d'action gouvernementale pour la société de l'information (PAGSI) depuis son lancement en 1997 et la préparation du passage électronique à l'an 2000, Hourtin le 26 août 1999 ; repris par Henri Verdier, « L'État et la politique d'ouverture en France », art. préc., p. 92.

¹⁶⁰ Corinne Bouchoux, *Refonder le droit à l'information publique à l'heure du numérique : un enjeu citoyen, une opportunité stratégique*, Rapport d'information fait au nom de la Mission commune d'information (MCI) du Sénat sur l'accès aux documents administratifs n° 589, tome 1, 5 juin 2014, pp. 9 et 172.

¹⁶¹ Jean-Louis Nadal, *Renouer la confiance publique*, Rapport au président de la république sur l'exemplarité des responsables publics, janvier 2015, p. 53

¹⁶² *Ibidem*, p. 56 ; repris par Henri Verdier, « L'État et la politique d'ouverture en France », art. préc., p. 92.

60. Néanmoins, bien que l'ouverture des données publiques s'inscrive en principe dans un exercice de transparence démocratique et d'effort de modernisation de l'action publique, il se trouve que le cadre juridique des données est également affecté par des intérêts économiques, qui conduisent à interroger la mesure dans laquelle leur potentiel économique répond de manière pluraliste aux divers intérêts des différents acteurs de la société. Une réforme de l'État d'une telle ampleur sera donc analysée à la lumière de ces questions.

Paragraphe 2. La transformation numérique de l'État : un processus démocratique, pluriel et représentatif de tous les acteurs de la société ?

61. De prime abord, les politiques d'ouverture et de partage de données publiques sont faites au bénéfice des administrés, notamment par une large diffusion indiscriminée des données d'intérêt général, qui est rendue possible grâce à la numérisation et à l'utilisation répandue des nouvelles technologies¹⁶³. Cet exercice de transparence publique a été formulé par le législateur dans le but de favoriser l'accès à l'information et est généralement perçu comme une refondation profonde de la relation entre le public et l'administration¹⁶⁴. En effet, en permettant l'accès, l'analyse, la contestation et la réutilisation des données publiques, les politiques d'ouverture renforcent le droit à l'information car elles permettent aux individus d'influencer sur l'exercice de l'action publique¹⁶⁵.

62. L'accès à l'information publique se positionne alors comme une prérogative¹⁶⁶ qui soutient le débat démocratique et favorise la prise de décisions, sur la base d'une analyse éclairée et pluraliste des données et des informations mises à disposition¹⁶⁷. Le numérique permet toutefois de constater que les données ont également une valeur marchande, fortement capitalisable, faisant de l'ouverture un outil de croissance économique qui questionne la mise à disposition obligatoire et généralisée des

¹⁶³ Circulaire du 14 février 1994 relative à la diffusion des données publiques. *JORF* n° 42 du 19 février 1994.

¹⁶⁴ Laurent Teresi, « L'open data et le droit de l'Union européenne », art. préc., p. 88.

¹⁶⁵ Conseil d'Etat, *Le numérique et les droits fondamentaux*, op. cit., p. 67.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ Romain Lacombe, Pierre-Henri Bertin, François Vauglin et Alice Vieillefosse, *Pour une politique ambitieuse des données publiques : les données publiques au service de l'innovation et de la transparence*, Rapport à la Délégation aux usages de l'Internet, remis au Ministre de l'Industrie, de l'Energie et de l'Economie numérique le 13 juillet 2011, Ecole des Ponts ParisTech, p. 8.

données publiques en vue de l'intérêt général¹⁶⁸. La transformation numérique de l'État va ainsi au-delà de la transparence démocratique et d'une recherche d'efficacité et de modernisation de l'action publique puisque, d'une part, elle favorise la participation sociale au sein de la vie publique et, d'autre part, elle fait l'objet d'un large réseau d'intérêts privés qui sont attirés par le potentiel économique des données informationnelles¹⁶⁹.

63. Les plateformes numériques illustrent une nouvelle forme de gouvernance qui favorise la participation des citoyens dans la prise de décisions publiques¹⁷⁰. Les collectivités locales ont été à l'avant-garde dans cette démarche de création de plateformes numériques, la communauté urbaine de Rennes étant la première à créer un portail de données publiques gratuit en 2010¹⁷¹. À l'échelle nationale, ce type de gouvernance a également été mise en place par le processus de consultation du projet de loi pour une République numérique en 2015, qui a utilisé une plateforme numérique pour permettre aux citoyens de commenter et proposer des modifications au projet de loi¹⁷².

64. Cependant, dans les deux cas, cet exercice de démocratie numérique peut être critiqué. De fait, les destinataires immédiats ne constituent pas la majorité des citoyens englobant la diversité des secteurs sociaux et générationnels¹⁷³ ; au contraire, il s'agit de plateformes destinées aux experts ayant des connaissances techniques capables de maîtriser l'utilisation des nouvelles technologies, ainsi qu'aux entreprises numériques capables de transformer les données en informations capitalisables à exploiter pour un

¹⁶⁸ Exposé de motifs de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique. *JORF* n° 0235 du 8 octobre 2016.

¹⁶⁹ Jennifer Marchand, « L'*open data*, la réutilisation des données publiques entre exigence démocratique et potentiel économique », art. préc., p. 27.

¹⁷⁰ Barbara Ubaldi, « L'administration électronique, support de l'innovation dans les services publics », *Revue Française d'Administration Publique*, 2013, p. 449.

¹⁷¹ Elle a été ensuite suivie par Paris en 2011, le département de la Saône-et-Loire et la région de Provence-Alpes-Côte d'Azur en 2012. V. Stéphane Manson, « La mise à disposition de leurs données publiques par les collectivités territoriales », art. préc., p. 98

¹⁷² À titre illustratif, le processus de consultation de la LRN a permis à plus de 21 000 participants de commenter et de modifier le texte du projet de loi V. le site de concertation pour « co-écrire » le projet de loi pour une République numérique [en ligne]. Consulté le 19 juin 2019 : <https://www.republique-numerique.fr/>

¹⁷³ V. en ce sens : Adel Ben Youssef, « Les quatre dimensions de la fracture numérique », *Réseaux*, vol. 127-128, n° 5, 2004, pp. 181-209 ; Luc Vodoz, « Fracture numérique, fracture sociale : aux frontières de l'intégration et de l'exclusion », *SociologieS* [En ligne], Dossiers, Frontières sociales, frontières culturelles, frontières techniques, mis en ligne le 27 décembre 2010, consulté le 08 octobre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/sociologies/3333> ; ainsi que Fabien Granjon, « Fracture numérique », *Communications*, Vol. 88, No. 1, 2011, pp. 67-74.

bénéfice privé¹⁷⁴. Dans ce contexte, si les collectivités locales ont été les pionnières dans la création de plateformes numériques participatives, elles ont également été les premières à s'élever contre la mise à disposition obligatoire et gratuite de données publiques, notamment pour les intérêts commerciaux du secteur privé¹⁷⁵.

65. En effet, la numérisation de l'information implique un investissement humain, technique et financier important de la part de l'administration, qui promet d'être complexe et coûteux dans le cadre de la gratuité des données publiques¹⁷⁶. La transformation numérique de l'État, qui est soumise à la condition de pouvoir traiter de grandes quantités de données, implique pareillement d'aller au-delà des capacités de certaines personnes publiques, notamment les collectivités locales¹⁷⁷. Pour ces raisons, on considère que l'ouverture des données publiques en tant qu'enjeu modernisateur de l'action publique, plus que répondre à l'esprit démocratique qui aurait pu lui donner son origine, est façonnée par le potentiel économique des données au sein d'un marché de l'information et d'une économie de la donnée en constante croissance.

66. Cela étant, l'ouverture de données publiques fait aussi l'objet de critiques en particulier sous l'angle du droit de la concurrence. En principe, Laurent Teresi souligne que ce sont les acteurs de l'industrie de l'information qui demandaient à pouvoir exploiter le monopole des données détenues par l'administration¹⁷⁸. Sans aller au-delà de ce que le droit de la concurrence prévoit actuellement, les actions législatives pour une ouverture des données publiques se limitent à encadrer une perception limitée des redevances, un accord des droits exclusifs sur les données, des implications du principe de non-discrimination, ainsi que des considérations sur les différents types de subventions ou d'investissements auxquels elles sont soumises¹⁷⁹. Or, ces considérations ne s'appliquent pas, pour l'heure, de la même manière au régime des données privées. Le principe d'ouverture est donc inégalitaire car, bien que la circulation de l'information soit considérée comme une source d'innovation et de connaissances, il existe une asymétrie d'ouverture entre les données publiques et les données privées, en faveur d'un intérêt dit

¹⁷⁴ Stéphane Manson, « La mise à disposition de leurs données publiques par les collectivités territoriales », art. préc., p. 102 et s.

¹⁷⁵ Lucie Cluzel-Métayer, « Les limites de l'open data », art. préc., p. 106.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ Stéphane Manson, « La mise à disposition de leurs données publiques par les collectivités territoriales », art. préc., p. 101.

¹⁷⁸ Laurent Teresi, « L'open data et le droit de l'Union européenne », art. préc., p. 89.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

commun de la société de l'information¹⁸⁰. Les données tombant dans le domaine de la concurrence, il ne fait aucun doute que c'est le potentiel économique des données comme vecteur d'attractivité territoriale qui est le facteur déterminant de l'ouverture des données publiques¹⁸¹. On procédera à l'analyse de cette dimension en conséquence.

Section 2. Le potentiel économique comme facteur déterminant de l'ouverture des données publiques

67. Selon le rapport McKinsey de 2013, l'économie des données serait évaluée entre 3,22 et 5,29 milliards de dollars par an¹⁸². Le Portail de l'économie, des finances, de l'action et des comptes publiques a estimé également la valeur du marché du *big data* en 2018 en environ 2,5 milliards d'euros¹⁸³. L'univers des données constitue donc un bien intangible qui mérite de fait d'être valorisé par l'État¹⁸⁴. En 2011, l'Agence du patrimoine immatériel de l'État (APIE) avait même qualifié les données comme étant des « actifs immatériels [...] puissants facteurs de croissance dans les économies modernes »¹⁸⁵. Or, au lieu de reconnaître une patrimonialité de l'État sur les données publiques¹⁸⁶, le législateur a opté pour leur ouverture, c'est-à-dire la libéralisation, en encourageant la création d'une économie de la donnée et d'un marché de l'information qui conduit à l'adoption de mesures visant à promouvoir la diffusion spontanée et l'exploitation commerciale des données publiques¹⁸⁷.

¹⁸⁰ En effet, certaines entreprises considèrent que l'ouverture obligatoire des données privées représenterait une menace pour leurs activités commerciales ; or, il convient de noter que les entreprises du numérique basent précisément leurs modèles commerciaux sur les données publiques ouvertes, notamment les *start-ups*. V. Erick Leroux et Jean-Marc Lussion, « Smart city : quels enjeux politiques et juridiques ? », art. préc., p. 24.

¹⁸¹ V. en ce sens : Elizabeth Gardère, « L'attractivité territoriale : servuction et réseaux dans l'action publique locale », *Numérique, action publique et démocratie*, Presses Universitaires de Rouen et du Havre, A paraître. ([hal-02735127](https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02735127))

¹⁸² Données du rapport McKinsey de 2013 ; citées par Louis-David Benyayer et Simon Chignard, « Focus - Les enjeux économiques de l'ouverture des données : pas de marché, pas de valeur », art. préc., p. 36.

¹⁸³ NFI - Economie des données - Enjeux et objectifs, 30 mai 2016 [en ligne]. Consulté le 8 janvier 2020 : <https://www.economie.gouv.fr/nfi-economie-des-donnees-enjeux-et-objectifs#>

¹⁸⁴ V. en ce sens : Simon Chignard, *Open data. Comprendre l'ouverture des données publiques*, Fyp éd., 2012, 192 pages.

¹⁸⁵ Agence du patrimoine immatériel de l'État – APIE, *Patrimoine immatériel public : quels enjeux ?* [En ligne], Ressources de l'immatériel, coll. « Pour comprendre », 2011, p. 1. Consulté le 23 décembre 2019 : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/apie/pilotage/publications/Patrimoine_immatériel_public_enjeux_2011.pdf

¹⁸⁶ Sur ce point, cf. *infra* : « La propriété indéterminée des données publiques », en page 62.

¹⁸⁷ V. notamment l'évolution du cadre juridique des données publiques adopté au niveau européen : Directive 2003/98/CE du 17 nov. 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public, *JOUE* L 345/90, du 31 déc. 2003, modifiée par la Directive 2013/37/UE du 26 juin 2013, *JOUE* L 175/1 du 27 juin 2013 ; Communication de la Commission, Orientation sur les licences types recommandées, les

68. Le potentiel économique étant le facteur déterminant de l'ouverture des données publiques, ceci est promu afin de favoriser leur libre accès et leur libre réutilisation, en vue d'un retour économique au niveau national¹⁸⁸. La LRN du 7 octobre 2016, soutient bien cette valeur capitalisable des données et envisage le numérique comme une nouvelle opportunité pour la croissance et le partage de connaissances¹⁸⁹. Elle est développée dans un cadre de politique économique visant la transformation numérique de l'État, en tant qu'outil pour donner un avantage à la France dans le marché de l'information¹⁹⁰. L'ouverture se place alors, de fait comme de droit, en tant que mécanisme révélateur de la valeur économique des données publiques et constitue l'un des meilleurs instruments pour faire ressortir la valeur d'usage, grâce à leur circulation au sein d'un écosystème des données et de l'information¹⁹¹.

69. Les principes de libre accès et de libre réutilisation qui conduisent à leur tour à la gratuité des données publiques ne sont toutefois pas exempts de critiques (1). La possibilité qu'une personne publique puisse exploiter les données à son propre profit est soumise, quant à elle, à une réglementation stricte de l'État lui-même (2).

Paragraphe 1. Les critiques du principe de la gratuité des données publiques

70. L'ancien texte de la loi CADA, prévoyait le principe selon lequel « les documents administratifs sont de plein droit communicables aux personnes qui en font la demande, qu'ils émanent des administrations de l'État, des collectivités locales, des établissements publics ou des organismes, fussent-ils de droit privé, chargés de la mission d'un service public »¹⁹². Une telle communication était néanmoins assortie de deux restrictions : (a) que l'accès s'exerce par consultation gratuite sur place, sauf par

ensembles de données et la tarification de la réutilisation des documents, C 240/1. *JOUE* du 24 juillet 2014 ; Directive (UE) 2019/1024 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 concernant les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public. *JOUE* L 172 du 26 juin 2019.

¹⁸⁸ Laurent Teresi, « L'open data et le droit de l'Union européenne », art. préc., p. 87.

¹⁸⁹ Exposé de motifs de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique. *JORF* n° 0235 du 8 octobre 2016.

¹⁹⁰ *Ibidem*.

¹⁹¹ Simon Chignard, « Ce n'est pas la rareté des données qui fait leur valeur, mais leur abondance » [En ligne], Re.sources : travailler demain, 7 mars 2016. Consulté le 9 janvier 2020 : <https://resources.grouperandstad.fr/decryptages/ce-nest-pas-la-rarete-des-donnees-qui-fait-leur-valeur-mais-leur-abondance/>

¹⁹² Article 2 de la LOI n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal. *JORF* du 18 juillet 1978, p. 2851.

délivrance de copies aux frais de la personne qui les sollicite et sans que ces frais excèdent le coût réel de charges de fonctionnement¹⁹³ ; (b) que l'exercice du droit à la communication exclut la possibilité de reproduire, de diffuser ou d'utiliser à des fins commerciales les documents communiqués¹⁹⁴.

71. L'ouverture des données publiques, qui est fondée sur le concept américain de *public domain*, vient révolutionner cet ancien régime puisqu'elle demande que les informations détenues par les administrations puissent être utilisées par les citoyens de manière libre, égale et gratuite, pour toutes sortes de finalités¹⁹⁵. Ce nouveau régime fait l'objet de controverses, notamment de la part des acteurs du secteur public qui doivent mettre à disposition du secteur privé, de manière obligatoire et gratuite, des informations qui auparavant représentaient une source de revenus¹⁹⁶. En effet, depuis 2003, la Commission européenne encourage au niveau régional une économie de la donnée fondée sur la réutilisation commerciale de l'information publique : plus précisément, c'est la Directive du 17 novembre 2003 relative à la réutilisation des informations du secteur public, transposée par l'Ordonnance du 6 juin 2005 et modifiant la loi du 17 juillet 1978, qui introduit le droit à la libre réutilisation des données publiques, y compris à des finalités commerciales¹⁹⁷.

72. À cet égard, le rapport Levy-Jouyet de 2006 a mis l'accent sur le fait que la libre réutilisation des données, entraînant le principe de la gratuité des données publiques, est l'élément déclencheur de l'économie de l'immatériel à l'ère du numérique¹⁹⁸. Ce principe, qui repose sur l'idée de permettre aux utilisateurs d'interagir librement avec les services, considère que la gratuité permet d'enrichir le contenu, stimuler l'innovation et créer de nouveaux produits et services, pouvant ensuite être récupérés et « rentabilisés » de différentes manières au fil du temps. Autrement dit, il s'agit d'encourager une économie de la donnée « libre » et « plurielle » qui favorisera à

¹⁹³ Article 4 de la LOI n° 78-753 du 17 juillet 1978 précitée. *JORF* du 18 juillet 1978, p. 2851.

¹⁹⁴ Article 10 de la LOI n° 78-753 du 17 juillet 1978 précitée. *JORF* du 18 juillet 1978, p. 2852.

¹⁹⁵ Aurélien Antoine, « Les expériences étrangères d'ouverture de l'accès aux données publiques », *Actualité Juridique Droit Administratif*, 2016, p. 81.

¹⁹⁶ Lucie Cluzel-Métayer, « Les limites de l'open data », art. préc., p. 106.

¹⁹⁷ V. en ce sens : Directive 2003/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 relative à la réutilisation des informations du secteur public. *JOUE* L345 du 31 décembre 2003 ; transposée par l'ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005, qui introduit un chapitre II dans le titre I de la loi du 17 juillet 1978 en supprimant la règle d'interdiction de la réutilisation commerciale de l'information publique et créant, à la place, un régime fondé sur le principe de la libre réutilisation. *JORF* n° 131 du 7 juin 2005.

¹⁹⁸ Maurice Lévy et Jean-Pierre Jouyet, *L'économie de l'immatériel : la croissance de demain*, Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel à la demande du Ministère de l'économie, 2006, p. 25.

terme d'autres types d'échanges non traditionnels au sein du marché, mais dont on peut tirer parti comme : « temps contre temps », « temps contre valeur », « temps contre information », « information contre temps », « information contre information »¹⁹⁹.

73. Avec une compréhension claire de cette valeur marchande et non-marchande, la LRN consacre en 2016 de manière positive le principe selon lequel « la réutilisation d'informations publiques est gratuite »²⁰⁰. Un tel principe n'est pourtant pas non plus exempt de controverses : d'une part, les partisans de ce principe considèrent que la réutilisation des données doit être libre, puisque la production est réalisée dans le cadre d'une mission de service public, financée par des impôts, et que l'introduction de redevances peut permettre de refuser l'accès à certains utilisateurs, rendant la réutilisation discriminatoire et par conséquent inégalitaire²⁰¹ ; d'autre part, les détracteurs de la gratuité soulignent que s'il n'est pas normal de subventionner des entreprises avec l'argent des contribuables, c'est pourtant ce qui est fait avec le principe de la gratuité²⁰². Ces derniers font également valoir que bien que les questions liées à l'ouverture des données se fondent sur le principe de la non-discrimination, ce fait ne prend pas en compte les investissements réalisés pour la collecte, la production et la diffusion des données²⁰³.

74. Les raisons budgétaires autour de la production des données sont alors mises en évidence et dans un contexte financier dont l'objectif d'augmentation des ressources publiques est primordial, le système de redevance est certainement plus avantageux que la gratuité à court terme²⁰⁴. Tenant compte d'une telle circonstance, la loi prévoit des exceptions pour certains organismes publics tels que l'Institut national de l'information géographique et forestière, Météo-France, le Service hydrographique et océanographique de la marine et les informations issues des opérations de numérisation des fonds et des collections des bibliothèques, des musées et des archives, pour lesquels le système de redevance reste en vigueur²⁰⁵. En effet, si un tel principe était applicable à

¹⁹⁹ *Ibidem*.

²⁰⁰ Article 9 de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, modifiant l'article L324-1 du Code de relations entre le public et l'administration. *JORF* n° 0235 du 8 octobre 2016.

²⁰¹ Lucie Cluzel-Métayer, « Les limites de l'open data », art. préc., p. 107.

²⁰² André Lebeau, « L'Échange gratuit au péril de la commercialisation », *La Météorologie*, 8^e série, n° 9, mars 1995, Société météorologique de France, Paris, p.75.

²⁰³ Laurent Teresi, « L'open data et le droit de l'Union européenne », art. préc., p. 90.

²⁰⁴ Lucie Cluzel-Métayer, « Les limites de l'open data », art. préc., p. 107.

²⁰⁵ Art. D. 324-5-1 du CRPA, créé par le Décret n° 2016-1617 du 29 novembre 2016 relatif aux catégories d'informations publiques de l'Etat et de ses établissements publics administratifs susceptibles d'être soumises au paiement d'une redevance de réutilisation. *JORF* n° 0278 du 30 novembre 2016.

Météo-France, par exemple, la perte des recettes de ventes de leurs données, ainsi que des recettes indirectes liées aux baisses de tarification de la production commerciale, serait quantifiée à plus de 3 millions d'euros²⁰⁶.

75. Dès lors, il apparaît indéniable que les données représentent, dans une plus ou moins large mesure, une source de richesse capitalisable pour les personnes publiques et de ce fait une contribution minimale, notamment au coût des systèmes de base de production de données, ne serait donc pas dénuée de sens²⁰⁷. Cependant, d'après Luc Belot, rapporteur de la « loi Valter », la volonté de rendre gratuite la réutilisation des informations publiques est « un choix politique » de sorte qu'« aucune redevance ne devrait pouvoir être établie par une administration dont la mission de service public comprend à titre principal la diffusion de données publiques. Le législateur devrait en revanche, si ces redevances étaient supprimées, faire preuve de la plus grande cohérence, en compensant pour ces administrations la perte des recettes par une augmentation de leur dotation budgétaire »²⁰⁸.

76. La question des conditions financières pour la majorité des personnes publiques, en particulier des collectivités territoriales, n'a toutefois pas été suffisamment abordée dans le cadre des discussions de la LRN²⁰⁹. Le principe de gratuité est alors effectivement controversé, mais il convient de noter que la gratuité des données publiques, comme le souligne le rapport Levy-Jouyet de 2006, est considérée sous l'angle de leur potentiel économique, qui n'est pas compris de manière intérieure (dans le sens où ces données pourraient être capitalisées économiquement par l'administration), mais vers l'extérieur dans le but de favoriser les différents usages commerciaux auxquelles les données peuvent être soumises sur le marché²¹⁰. Ainsi, les données peuvent être exploitées de diverses manières, notamment par l'exploitation conjointe avec d'autres

²⁰⁶ Mohammed Adnène Trojette, *Ouverture des données publiques : les exceptions au principe de gratuité sont-elles toutes légitimes ?*, Rapport au Premier ministre, juillet 2013, p. 36.

²⁰⁷ André Lebeau, « L'Échange gratuit au péril de la commercialisation », art. préc., p. 75.

²⁰⁸ Rapport n° 3037 de M. L. Belot sur le projet de loi relatif à la gratuité et aux modalités de la réutilisation des informations du secteur public, enregistré à l'Assemblée nationale le 29 septembre 2015, p. 28.

²⁰⁹ Schéhérezade Abboub et Emilie Coquel, « Les modalités de mise à disposition des données publiques locales », art. préc., p. 39.

²¹⁰ Maurice Lévy et Jean-Pierre Jouyet, *L'économie de l'immatériel : la croissance de demain*, op. cit., p. 25.

ensembles de données, dans le contexte d'une économie des données et de marchés de l'information libéralisés ²¹¹.

77. Ceci étant, l'injection de données gratuites dans une économie de marché n'est pas non plus exempt de critiques. En effet, on estime que l'introduction massive des données peut nuire à la stabilité des produits payants, sans nécessairement stimuler la concurrence entre les acteurs du numérique²¹². Il y a un argument à un tel raisonnement puisque, contrairement à ce que l'on appelle en économie la « rareté » – qui donne une plus grande valeur aux choses en raison de la difficulté à les obtenir – ce qui se passe avec les données est exactement l'effet contraire : la valeur des données réside dans leur abondance et ce fait permet d'augmenter la capacité d'analyse et de croisement des données, donnant une plus grande certitude aux informations produites ; en revanche, si les données sont abondantes, les mécanismes permettant d'y accéder sont rares et c'est précisément à ce stade qu'une nouvelle « rareté » est générée, produisant une nouvelle forme de capitalisation des données²¹³.

78. Autrement dit, l'abondance des données augmente la valeur économique de celles-ci, car elle leur offre de plus grandes possibilités d'être analysées avec d'autres ensembles de données, permettant de les décrire et de les exploiter de manière plus précise²¹⁴. Or ce processus analytique repose sur l'utilisation des nouvelles technologies, telles que le *big data*, le *cloud computing* ou les *supercalculateurs*, qui permettent d'améliorer la performance économique des acteurs numériques et dont seuls certains ont la capacité de pouvoir y accéder²¹⁵. La valeur ajoutée des données dépend donc de la capacité technologique d'une personne à posséder et gérer une grande quantité de

²¹¹ Louis-David Benyayer et Simon Chignard, « Focus - Les enjeux économiques de l'ouverture des données : pas de marché, pas de valeur », art. préc., p. 37.

²¹² Lucie Cluzel-Métayer, « Les limites de l'open data », art. préc., p. 107.

²¹³ Simon Chignard, « Ce n'est pas la rareté des données qui fait leur valeur, mais leur abondance » [En ligne], art. préc.

²¹⁴ Henri Isaac, « Données, valeur et business model », *Les cahiers scientifiques*, n° 21, Chaire intelligence et économique et stratégie des organisations, Fondation Paris-Dauphine, 2016, p. 14.

²¹⁵ Louis-David Benyayer et Simon Chignard, « Focus - Les enjeux économiques de l'ouverture des données : pas de marché, pas de valeur », art. préc., p. 38.

données²¹⁶, et c'est notamment le cas avec les géants du numérique qui fondent leurs modèles économiques sur le libre accès aux données²¹⁷.

79. C'est alors que la capacité de ces entreprises à capter la valeur de toute une industrie devient une nouvelle préoccupation publique, car elle les place en position dominante sans stimuler nécessairement la concurrence²¹⁸. Pourtant, pour la plupart des personnes publiques, n'ayant pas la capacité technologique d'exploiter le potentiel économique des données, les possibilités de capitalisation des données deviennent plus complexes et sont généralement soumises à une réglementation stricte de l'État à sa propre administration.

Paragraphe 2. La possibilité d'une exploitation publique des données soumise à une réglementation étatique stricte

80. Le principe de la gratuité implique que la diversité juridique des conditions de réutilisation, notamment par l'établissement de formulaires de demande ou de licences, soit réduite, voire éliminée, dans le but de favoriser la réutilisation des données publiques²¹⁹. Au fil des années, la gratuité est passée par la mise en place de divers mécanismes tels que la suppression des conditions de réutilisation, leur substitution par un avis juridique accompagnant l'ensemble des données et faisant référence à des consignes générales de réutilisation, ainsi que l'adoption de licences ouvertes permettant la libre réutilisation²²⁰. Cependant, deux questions essentielles concernant la capacité des administrations dans la production des données, en particulier des collectivités locales, méritent d'être examinées : (a) comment financer le travail lié à la production de données permettant de garantir la qualité et la sécurité de celles-ci dans un contexte de

²¹⁶ NFI - Economie des données - Enjeux et objectifs, 30 mai 2016 [En ligne]. Consulté le 8 janvier 2020 : <https://www.economie.gouv.fr/nfi-economie-des-donnees-enjeux-et-objectifs#>

²¹⁷ Simon Chignard, « Ce n'est pas la rareté des données qui fait leur valeur, mais leur abondance » [En ligne], art. préc.

²¹⁸ Mohammed Adnène Trojette, *Ouverture des données publiques : les exceptions au principe de gratuité sont-elles toutes légitimes ?*, op. cit., p. 36.

²¹⁹ Laurent Teresi, « L'open data et le droit de l'Union européenne », art. préc., p. 91.

²²⁰ *Ibidem*, p. 93.

gratuité²²¹ ; (b) comment mener à bien des projets aussi ambitieux sans allocations budgétaires spécifiques²²²

81. En 2013, le « Rapport Trojette » avait proposé de réguler la réutilisation des données en établissant des redevances en fonction du type de réutilisateur, plus précisément par la création d'une licence gratuite pour les citoyens et les sociétés nouvellement créées et d'une licence payante pour les entreprises consolidées, dont le montant de la redevance dépendrait de la valeur de la plateforme par rapport au volume des transactions, à sa concurrence et à la fraîcheur des données²²³. Or, on le rappelle, la LRN libéralise finalement en 2016 les données publiques et régule plus strictement le modèle des redevances, en faisant de la gratuité la règle et des redevances l'exception²²⁴.

82. En effet, la LRN suit l'analyse économique de la gratuité proposée par le rapport Levy-Jouyet de 2006, réduisant la possibilité d'une exploitation économique des données par les administrations. Elle adopte un mécanisme de licences, fixé par décret, pouvant être utilisées par les administrations pour autoriser la libre réutilisation des données publiques²²⁵. On trouve ainsi, d'une part, la « Licence Ouverte version 2.0 » qui concède un droit non exclusif et gratuit de libre réutilisation de l'information pour une durée illimitée, à des fins commerciales ou non, dans les conditions prévues dans la licence²²⁶ ; d'autre part, l' « ODC *Open Database Licence* (ODBL) version 1.0 » qui est une licence permettant aux réutilisateurs de partager, modifier et utiliser librement les données, tout en conservant cette même liberté pour le reste des réutilisateurs, avec une obligation de partage à l'identique, en échange de la libre réutilisation de ces données²²⁷.

²²¹ En effet, le partage de données implique que la mise à disposition se fasse dans le respect des secrets et des informations protégées, afin d'offrir une plus grande sécurité juridique aux réutilisateurs. V. Henri Verdier, « L'État et la politique d'ouverture en France », art. préc., p. 95.

²²² Schéhérezade Abboub et Emilie Coquel, « Les modalités de mise à disposition des données publiques locales », art. préc., P. 39-40.

²²³ Mohammed Adnène Trojette, *Ouverture des données publiques : les exceptions au principe de gratuité sont-elles toutes légitimes ?*, op. cit., pp. 96-97.

²²⁴ Schéhérezade Abboub et Emilie Coquel, « Les modalités de mise à disposition des données publiques locales », art. préc., p. 35.

²²⁵ V. Article D323-2-1 du CRPA, créée par l'article 1 du Décret n° 2017-638 du 27 avril 2017 relatif aux licences de réutilisation à titre gratuit des informations publiques et aux modalités de leur homologation. *JORF* n° 0100 du 28 avril 2017.

²²⁶ V. en ce sens : « Licence Ouverte/Open Licence Version 2.0 », établie pour la mission Etalab pour la réutilisation des informations publiques à titre gratuit. Consulté le 13 mai 2020 : <https://www.etalab.gouv.fr/wp-content/uploads/2017/04/ETALAB-Licence-Ouverte-v2.0.pdf>

²²⁷ L' « ODC *Open Database Licence* (ODBL) version 1.0 » est également connu comme une « Licence avec obligation de partage à l'identique ». Elle a été établie par la mission Etalab comme une option pour

83. Ces types de licences présentent néanmoins deux inconvénients. En ce qui concerne la « Licence Ouverte version 2.0 », les données sont sensibles à ce que l'on appelle en économie le phénomène d'*enclosure*²²⁸, c'est-à-dire qu'elles permettent aux acteurs du numérique en position dominante de « renfermer » d'une certaine manière les données libérées²²⁹, puisqu'ils sont les seuls à pouvoir capter et exploiter massivement les données numériques sans aucune obligation de partage ultérieure. Quant à la licence « ODC *Open Database Licence* (ODBL) version 1.0 », bien qu'elle impose un partage à l'identique, la base de données d'origine de l'administration ne bénéficie pas nécessairement de l'enrichissement des données qui se sont bénéficiées de celles-ci, comme cela pourrait être le cas, par exemple, dans une logique de production de « pair à pair »²³⁰.

84. Pour être exemptées de ce régime généralisé, la LRN prévoit que les administrations souhaitant utiliser une licence autre que celles visées par la loi peuvent obtenir une homologation auprès de la direction interministérielle des systèmes d'information et de communication de l'État ; cette homologation est ensuite prononcée par décision du Premier ministre pour les seules informations publiques qui constituent la demande²³¹. Or, la possibilité pour les administrations d'innover en matière de licences ne s'applique que lorsque celles-ci peuvent établir une licence de réutilisation ou lorsque l'administration ne participe pas à des projets pour lesquels il existe déjà une licence avec

la réutilisation des informations publiques, notamment les données. V. le contenu de la Licence consulté le 13 mai 2020 : <https://spdx.org/licenses/ODbL-1.0.html#licenseText>

²²⁸ Le phénomène de « enclosure » remonte aux XVI^e et XVII^e siècles, et renvoie, dans le droit, à la « réforme des enclosures » fondée sur une nouvelle conception individualiste et exclusive de la propriété, qui a permis aux grands propriétaires fonciers anglais, d'exclure les terres communes d'une grande partie de la paysannerie, généralement pauvre, qui les exploitait depuis le Moyen Âge. Aujourd'hui, la société semble connaître un phénomène similaire dans lequel de grands groupes agroalimentaires, industriels ou financiers profitent de ces droits de propriété, individualistes, pour établir des "industries à péage" qui captent la richesse produite par les nouvelles masses mondiales. Les géants du numérique et les données ne font en ce sens pas l'exception. V. Béatrice Parance et Jacques De Saint Victor (dir.), *Repenser les biens communs*, Paris, CNRS éditions, 2014, PP. 9-10.

²²⁹ Lucie Cluzel-Métayer, « Les limites de l'open data », Art. préc., p. 108.

²³⁰ La production de « pair à pair », de l'anglais « *peer to peer* », fait référence au travail de collaboration entre pairs. V. en ce sens : Michel Bauwens et Vasilis Kistakis, « From the Communism of capital to the capital for the commons: towards an open co-operativism », *TripleC: Communication, Capitalism & Critique*, Vol. 12, No. 1, 2014, PP. 356-361, DOI: <https://doi.org/10.31269/triplec.v12i1.561> ; en matière de technologie, le terme désigne l'échange direct de données entre ordinateurs reliés à l'internet sans passer par un serveur central. V. Recommandation officielle du terme en français : « pair à pair ». Dictionnaire Larousse [En ligne]. Consulté le 27 juillet 2020 : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/peer-to-peer/10910428?q=peer-to-peer#917375>

²³¹ Article D.323-2-2 du CRPA qui prévoit les exigences nécessaires pour faire la demande d'homologation ; créé par le Décret n° 2017-638 du 27 avril 2017 relatif aux licences de réutilisation à titre gratuit des informations publiques et aux modalités de leur homologation - art. 1. *JORF* n°0100 du 28 avril 2017.

des conditions particulières établies²³². En effet, la réglementation des licences s'avère stricte et, en principe, aucun type de licence ne devrait constituer un obstacle à la réutilisation des données pour lesquelles la loi prévoit le libre accès et la gratuité de réutilisation.

85. Ainsi, bien que l'article L324-1 du CRPA prévoit que les administrations peuvent encore « établir une redevance de réutilisation lorsqu'elles sont tenues de couvrir par des recettes propres une part substantielle des coûts liés à l'accomplissement de leurs missions de service public », cette disposition ne s'applique pas aux données pour lesquelles la loi prévoit une réutilisation gratuite²³³. La possibilité pour les administrations de capitaliser économiquement les données, soit par une rémunération directe ou indirecte pour elles ou l'un de leurs partenaires ou délégués, est alors soumise à la commercialisation qui peut être faite de l'information publique, au sens étroit que la loi l'autorise²³⁴.

86. De manière plus explicite, l'article L321-2 du CRPA prévoit que ne sont pas considérés comme des informations publiques les documents : (a) dont la communication ne constitue pas un droit pour tout individu, sauf si ces informations font l'objet d'une diffusion publique ; (b) ou sur lesquels des tiers détiennent des droits de propriété intellectuelle²³⁵. Une lecture *a contrario* de ces dispositions impliquerait qu'il est possible de considérer que les informations publiques « non réutilisables » ne sont pas affectées par le principe de la gratuité²³⁶. Par conséquent, si la loi ne l'interdit pas, les administrations peuvent faire preuve d'imagination et développer des modèles économiques innovants, par exemple, à travers des formes de partenariats public-privé qui ont déjà fait leurs preuves dans le passé et qui pourraient, éventuellement, permettre

²³² Dernier alinéa de l'article D.323-2 du CRPA : « Lorsque la réutilisation à titre gratuit donne lieu à l'établissement d'une licence, cette licence est choisie parmi celles figurant sur une liste fixée par décret, qui est révisée tous les cinq ans, après concertation avec les collectivités territoriales et leurs groupements. » ; modifié par la LOI n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique - art. 11. *JORF* n° 0235 du 8 octobre 2016.

²³³ Examen des articles Titre Ier – La circulation des données et du savoir. Chapitre 1^{er} Économie de la donnée. Projet de loi pour une République numérique. Consulté le 27 juillet 2020 : <http://www.senat.fr/rap/115-534-1/115-534-17.html>

²³⁴ Schéhérezade Abboub et Emilie Coquel, « Les modalités de mise à disposition des données publiques locales », art. préc., p. 40.

²³⁵ Article L. 321-2 du CRPA, créée par l'Ordonnance n° 2016-307 du 17 mars 2016 portant codification des dispositions relatives à la réutilisation des informations publiques dans le code des relations entre le public et l'administration. *JORF* n° 0066 du 18 mars 2016.

²³⁶ Schéhérezade Abboub et Emilie Coquel, « Les modalités de mise à disposition des données publiques locales », art. préc., p. 40.

de capitaliser à nouveau sur les données publiques²³⁷. Le défi n'est cependant pas facile à relever et dans un contexte où la gratuité est le principe, une réglementation stricte suivant une logique économique fondée sur la libre circulation des données place l'État lui-même face à l'innovation de sa propre administration.

²³⁷ *Ibidem*, p. 41.

Conclusion du Chapitre 1

87. Les données publiques sont principalement affectées par les différents intérêts, publics et privés, qui définissent leur statut juridique. Elles font d'abord l'objet d'une exigence de transparence démocratique, puis d'un intérêt économique qui envisage leur exploitation. La nature juridique des données publiques par l'administration est ainsi affectée par une tendance croissante qui appelle à leur ouverture afin de favoriser leur libre circulation et exploitation, pour le développement d'une économie de la donnée et d'un marché de l'information.

88. Emanant d'une logique du droit américain du *public domain*, l'ouverture des données publiques apporte des bénéfices pour l'administration qui aboutissent, après plusieurs actions législatives, à une large réforme de l'Etat en matière numérique. La transformation numérique de l'État devient, de ce fait, l'élément modernisateur de l'action publique qui, cependant, pêche par son manque de représentativité sociale et administrative. En effet, la numérisation de l'administration est guidée par le fort potentiel économique des données et répond principalement aux intérêts des acteurs du monde numérique, qui peuvent exploiter les données publiques dans leur sphère privée. Il s'agit d'un intérêt de la puissance publique à aller vers de nouveaux marchés, sources de croissance, de fiscalité, etc., qui n'implique pas nécessairement de répondre aux besoins de tous les secteurs de la société, notamment les plus défavorisés et vulnérables.

89. Par ailleurs, le processus de numérisation de l'administration est caractérisé par une inégalité entre les mêmes administrations à différents niveaux de gouvernance. De fait, la numérisation des données nécessite un fort investissement financier, matériel et humain de la part de toutes les personnes publiques, mais l'ouverture des données est réglementée de telle sorte qu'elles sont mises à disposition en vertu des principes de liberté d'accès et gratuité de réutilisation. Dans ce contexte, les collectivités territoriales sont les plus affectées, économiquement, par une ouverture des données qui ne considère pas une liberté de gestion et qui a comme objectif principal, en revanche, le développement d'une économie numérique fondée sur les données en tant qu'éléments d'information.

90. La complexité des éléments qui s'imbriquent autour de la notion de données publiques affecte, en ce sens, leur élément de base, celui de leur titularité, que

l'on pourrait qualifier d'hybride : d'une part, l'administration est *de facto* la titulaire des données publiques, puisqu'elle est la seule habilitée à les produire ; d'autre part, l'administration ne dispose pas, en raison du caractère gratuit imposé par la loi, des droits patrimoniaux, qui lui permettent d'exploiter à sa guise les ensembles de données qu'elle produit. Cela conduit nécessairement à l'analyse du type de titularité que les administrations ont sur les données publiques, notamment à la lumière du régime de propriété qui ne leur incombe pas.

Chapitre 2. La propriété indéterminée des données publiques

91. Une partie de la doctrine juridique²³⁸ affirme avec certitude l'existence d'un droit de propriété de l'administration sur les données publiques²³⁹. Pour Aurélien Camus, la propriété publique des données est encore en cours de construction mais les fondations ont déjà été fixées par la loi du 17 juillet 1978²⁴⁰, la jurisprudence du Conseil d'État²⁴¹, ainsi que par les apports du droit de l'Union européenne²⁴², qui reconnaissent une faculté exclusive de l'administration sur la collecte, le traitement et la diffusion des données publiques²⁴³. Toutefois, le fait que le droit positif ne se prononce pas explicitement sur cette question accroît l'incertitude car il ne s'agit pas seulement d'une question de propriété, mais de propriété publique sur des choses immatérielles²⁴⁴.

92. Dans cet esprit, certains auteurs évoquent la « propriété incertaine » des données publiques²⁴⁵, tandis que d'autres recourent à des notions existantes, mais non

²³⁸ V. en ce sens : Fanny Tarlet, *Les biens publics mobiliers*, *op. cit.*, p. 514 ; ainsi que Benoît Schmaltz, *Les personnes publiques propriétaires*, coll. « NBT », Dalloz, 2016, 580 pages ; v. plus particulièrement : Jean-Michel Bruguière, « Le patrimoine immatériel de l'État est-il l'objet d'une propriété publique ? », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, n° 3, 2010, pp. 59-73 ; Aurélien Camus, « La propriété des données publiques », *Revue française d'administration publique*, vol. 3, n° 167, 2018, pp. 479-490 ; Maxime Boul, « Réflexions sur la notion de donnée publique », *Revue française d'administration publique*, vol. 3, n° 167, 2018, pp. 471-478.

²³⁹ Aurélien Camus, « La propriété des données publiques », *Revue française d'administration publique*, vol. 3, n° 167, 2018, p. 480.

²⁴⁰ En effet, depuis la loi no 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal (abrogée dans une grande partie à présent) ; on reconnaît un parallélisme juridique entre le droit à la communication et la mise à disposition de l'information publique, entraînant la faculté exclusive de l'administration dans la collecte, le traitement et la diffusion des données, qui implique sa titularité, mais pas la propriété, dans la gestion des données publiques.

²⁴¹ Sur ce point, l'avis n°309721 du 21 septembre 1972 du Conseil d'État relative à la propriété intellectuelle et les personnes publiques (aussi connu comme arrêt « Ofrateme »), a considéré que l'administration est investie des droits d'auteur sur les œuvres de l'esprit définies aux articles 1 et 3 de la loi du 11 mars 1957 (abrogée par la Loi n° 92-597 du 1 juillet 1992 relative au Code de la propriété intellectuelle – partie législative, *JORF* 3 juillet 1992), grâce au travail des agents contractuels, permanents ou occasionnels, qui, dans l'exercice de leurs fonctions, réalisent une mission de service public. V. CE, Avis, 21 novembre 1972, Ofrateme, no 309721 ; repris par Michel Thiollière, Rapport n° 308 (2005-2006) fait au nom de la commission des affaires culturelles sur le projet de loi, adopté par l'assemblée nationale, après déclaration d'urgence, relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, déposé le 12 avril 2006, p. 77-78.

²⁴² V. Directive 2003/98/CE du 17 novembre 2003, *JOUE* L 345 du 31 décembre 2003, p. 90 ; modifiée par la Directive 2013/37/UE, 26 juin 2013, *JOUE* no L 175 du 27 juin 2013, p. 1, où l'on reconnaît également une faculté exclusive de l'administration dans la production des données publiques.

²⁴³ Aurélien Camus, « La propriété des données publiques », art. préc., pp. 480-481.

²⁴⁴ *Ibidem.*, p. 481.

²⁴⁵ Charles-Henry Dubail, « Des données publiques à la propriété incertaine », *LEGICOM*, vol. 2, n° 25, 2001, p. 160.

moins controversées, dans le cadre de la propriété intellectuelle²⁴⁶. En effet, les données font l'objet de débats et d'efforts pour reconnaître un droit de propriété publique sur des choses immatérielles (Section 1). Cependant, le cadre juridique actuel semble confirmer l'inappropriabilité des données publiques (Section 2), en les plaçant sous le régime de choses communes, qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous.

Section 1. Les données publiques saisies par la propriété publique

93. Avant tout, la propriété publique des données passe nécessairement par une étude historique qui conduit à mettre en évidence les efforts menés visant la reconnaissance d'une propriété, par la domanialité publique, finalement non atteinte (1). Celle-ci qui par la suite a permis la reconnaissance d'une propriété publique sur les données par le biais de la propriété intellectuelle, qui reste à ce jour sujette aux critiques (2).

Paragraphe 1. Le refus d'une reconnaissance de la domanialité publique des données de l'administration

94. Deux aspects apparaissent comme revêtant des enjeux essentiels liés à la propriété des données publiques : d'une part, les données publiques font l'objet d'un débat récurrent sur la non-appropriation de l'information²⁴⁷ ; d'autre part, elles sont soumises à un commerce juridique qui dépend, dans le même temps, d'un rapport juridique entre l'administration et leur production²⁴⁸. À l'heure actuelle, seules les fréquences radioélectriques sont prises en compte par le Code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP), notamment en tant que bien immatériel public²⁴⁹. La controverse sur leur intégration dans le domaine public de l'État (article L2111-17 CGPPP), en fait l'exemple le plus caractéristique, puisque l'application d'un régime rigide et protecteur de la domanialité publique ne s'applique, traditionnellement, que pour les biens publics immobiliers et mobiliers, tangibles ou corporels²⁵⁰.

²⁴⁶ À ce propos, les articles L112-3 et L341-1 du Code de la propriété intellectuelle, reconnaissent un droit d'auteur et un droit *sui generis*, respectivement, sur les bases de données.

²⁴⁷ Sur ce point, voir : Nathalie Mallet-Poujol, « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », art. préc., p. 330 et s.

²⁴⁸ Aurélien Camus, « La propriété des données publiques », art. préc., p. 482.

²⁴⁹ Article 2111-17 du Code général de la propriété des personnes publiques.

²⁵⁰ V. en ce sens : Lucien Rapp, « De la domanialité publique à l'appartenance publique. Une évolution dans la révolution ! », in Geneviève Koubi (dir.), *Propriété et Révolution*, Actes du colloque de Toulouse,

95. En effet, la dimension patrimoniale des données publiques fait face aux mêmes polémiques que le domaine public hertzien et est d'autant plus complexe puisque, de plein droit, l'information publique est soumise à des libertés publiques et des droits individuels et collectifs, tels que la libre circulation des informations, la libre réutilisation des informations publiques, ainsi que le droit d'accès aux documents administratifs²⁵¹. Or, certains auteurs estiment qu'il serait possible d'organiser et de protéger les droits et libertés auxquelles l'information publique est soumise, et même d'envisager un possible commerce juridique des données informationnelles, sans nécessairement recourir à l'idée d'une appropriation personnelle et absolue²⁵².

96. Pour cela, il convient de tenir compte du fait que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, établit que la liberté et la propriété se placent au même niveau hiérarchique parmi les droits naturels et imprescriptibles de toute personne²⁵³. En outre, le Conseil constitutionnel affirme, dans sa décision 86-207 DC du 26 juin 1986 relative aux lois de privatisation, que : « les dispositions de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 relatives au droit de propriété et à la protection qui lui est due [...] ne concernent pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi, à un titre égal, la propriété de l'État et des autres personnes publiques »²⁵⁴. Par conséquent, les données publiques pourraient, en principe, faire l'objet d'une propriété immatérielle de l'État.

97. Aurélien Camus suggère qu'un tel régime pourrait être construit autour de la théorie *Zweckvermögen*, proposée par les allemands Ernst Immanuel Bekker (1873)²⁵⁵ et Alois von Brinz (1888)²⁵⁶, qui soutient qu'« une chose peut ne pas appartenir comme

12-14 octobre 1989, 1990, p. 165 ; repris par Maxime Boul, « Les *public goods* : traduction juridique d'une notion économique », *Revue française de droit administratif*, 2013, pp. 560-561.

²⁵¹ À cet égard, l'article L. 324-1 CRPA établit que la « réutilisation d'informations publiques est gratuite ».

²⁵² V. en ce sens : Jean-Christophe Galloux, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 1994, p. 229 et s. ; Nathalie Mallet-Poujol, « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », art. préc., p. 330 ; Aurélien Camus, « La propriété des données publiques », art. préc., pp. 479-490.

²⁵³ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 : « Art. 2. Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression » ; « Art. 17. La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

²⁵⁴ Conseil constitutionnel, Décision 86-207 DC - 26 juin 1986 - Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social – Conformité, Privatisations. *JORF* du 27 juin 1986, p. 7978.

²⁵⁵ V. en ce sens : Ernst Immanuel Bekker, « Zum lehre von Rechtssubject », in *Jahrbücher für die dogmatik*, Tome 12, 1873.

²⁵⁶ V. en ce sens : Alois von Brinz, *Lehrbuch des Pandekten*, Tome 3, 2^{ème} édition, A. Deichert, 1888.

il est d'ordinaire à quelqu'un mais aussi appartenir pour quelque chose »²⁵⁷. En effet, contrairement à ce qu'aurait été la création d'une entité distincte en droit contemporain, Brinz et Bekker développent dans la seconde moitié du XIXe siècle l'idée que tout patrimoine n'appartient pas nécessairement à une seule personne, mais peut exister séparément selon un but commun²⁵⁸. Adoptée en France en droit public par Léon Duguit (1930) en tant que « patrimoine d'affectation », ladite théorie souligne qu' « il est complètement inutile de faire intervenir le concept de personnalité pour expliquer le patrimoine individuel. [...] Si le patrimoine est un ensemble de richesses affectées à un certain but, cette affectation peut être socialement protégée, sans qu'il y ait une personne titulaire du patrimoine.[...] Cette conception du patrimoine-but et de la capacité patrimoniale est la seule qui puisse rendre compte de toute une série de situations reconnues aujourd'hui par une jurisprudence constante et qui sont en contradiction complète avec la théorie traditionnelle du patrimoine personnel, c'est-à-dire du patrimoine correspondant rigoureusement et exclusivement à une personnalité individuelle déterminée »²⁵⁹. La notion de patrimoine d'affectation est utilisée de manière claire et pratique en droit privé, notamment pour le développement des entreprises individuelles à responsabilité limitée (EIRL)²⁶⁰.

98. Conformément à cette thèse, Aurélien Camus soutient que la théorie du patrimoine d'affectation pourrait fournir un cadre juridique de propriété publique renouvelé, dans lequel l'administration pourrait assurer la garde et la maîtrise des données publiques, tout en permettant leur exploitation commerciale, sans nécessairement recourir à la notion d'une propriété privative²⁶¹. Le domaine de l'État sur des biens immatériels d'utilité publique, en l'occurrence les données publiques, pourrait alors être envisagé dans le CGPPP, puisque l'affectation à l'usage commun déterminerait l'application de la domanialité publique, permettant une protection proportionnelle en accord avec leurs

²⁵⁷ V. Alois von Brinz et Ernst Immanuel Bekker, 1888 ; cité par Anne-Sophie Courtier, « L'entreprise individuelle sans risque et le patrimoine d'affectation : le miroir aux alouettes ? », *Management & Avenir*, vol. 74, n° 8, 2014, p. 145.

²⁵⁸ Anne-Sophie Courtier, « L'entreprise individuelle sans risque et le patrimoine d'affectation : le miroir aux alouettes ? », art. préc., pp. 148-149.

²⁵⁹ León Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Tome 3, La théorie générale de l'Etat, 3ème édition, Editions Fontemoing et cie, 1930 ; cité par Anne-Sophie Courtier. « L'entreprise individuelle sans risque et le patrimoine d'affectation : le miroir aux alouettes ? », art. préc., p. 151.

²⁶⁰ En effet, l'article L 526-8 du Code de commerce prévoit la création d'un patrimoine d'affectation pour l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, comme un moyen de séparer les patrimoines privés et professionnelles et ainsi limiter les risques en cas de pertes.

²⁶¹ Aurélien Camus, « La propriété des données publiques », art. préc., p. 479.

utilisations²⁶². La propriété publique étant différente de la propriété privée, celle-ci étant conçue différemment et plus largement²⁶³, l'utilité sociale des données publiques justifierait en conséquence la structuration d'un régime de propriété spécifique.

99. Bien que controversée, l'intégration des radiofréquences dans le « domaine public de l'État »²⁶⁴, grâce à l'intervention du législateur²⁶⁵, atteste de la possible application de la propriété publique sur des choses immatérielles. Les principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité, qui caractérisent le domaine public, rendant possible dans cette même logique leur protection²⁶⁶. Dès lors, si cette analogie est appliquée au domaine des informations publiques, l'État ne pourrait pas céder la propriété des données qu'il produit, mais il pourrait les exploiter et les protéger en délivrant des licences²⁶⁷.

100. La jurisprudence du Conseil d'État du 29 janvier 2003 s'est prononcée dans un sens similaire en ce qui concerne la propriété des numéros de téléphone²⁶⁸. En l'occurrence, l'Agence de régulation des télécommunications (ART), chargée de la construction et du contrôle des installations concurrentielles dans le secteur des télécommunications a décidé, le 23 décembre 1998, que le plan national de numérotation devait évoluer pour répondre à la demande et permettre aux marchés de se développer correctement, remplaçant les numéros commençant par le 0836 par d'autres débutant par le 08 9²⁶⁹. Cette décision a fait que les numéros « non géographiques » commençant par 08 et commercialisés par France Télécom pour les services audiotel 0801, 0802, 0803 et

²⁶² Giulio Napolitano, « Les biens publics et les "tragédies de l'intérêt commun" », *Dr. adm.*, n° 1, janvier 2007, étude 1, p. 5 ; repris par Maxime Boul, « Les *public goods* : traduction juridique d'une notion économique », art. préc., p. 565.

²⁶³ Fanny Tarlet, *Les biens publics mobiliers, op. cit.*, p. 517.

²⁶⁴ En effet, l'article 22 [abrogé] de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, prévoyait que : « l'utilisation par les titulaires d'autorisations de fréquences radioélectriques disponibles sur le territoire de la République constitue un mode d'occupation privatif du domaine public de l'État » ; modifié par la Loi n° 89-25 du 17 janvier 1989 - art. 10. *JORF* du 18 janvier 1989. Version en vigueur du 18 janvier 1989 au 27 juillet 1996 ; Formule reprise par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2000-442 DC du 28 décembre 2000. *JORF* n° 303 du 31 décembre 2000.

²⁶⁵ Yves Gaudemet, *Droit administratif des biens*, coll. « Traité de droit administratif », t. 2, LGDJ, 13^e éd., n° 148, 2008, p. 86.

²⁶⁶ Maxime Boul, « Les *public goods* : traduction juridique d'une notion économique », art. préc., p. 560.

²⁶⁷ Sur ce point, il convient de noter que l'État ne peut pas effectivement céder la propriété des données, mais il peut les rentabiliser en délivrant des licences d'occupation temporaire. V. Jean-Michel Bruguière, « Le patrimoine immatériel de l'État est-il l'objet d'une propriété publique ? », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, n° 3, 2010, p. 71.

²⁶⁸ Conseil d'État, 2^eme et 1^{ère} sous-sections réunies, du 29 janvier 2003, n° 237618, mentionné aux tables du recueil Lebon.

²⁶⁹ Jean-Michel Bruguière, « Le patrimoine immatériel de l'État est-il l'objet d'une propriété publique ? », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, n° 3, 2010, pp. 59 et s.

0836 ont été les plus affectés. Suite à cela, le Syndicat national de la télématique a demandé l'annulation de la décision de l'ART au motif qu'elle n'était pas compétente pour procéder à de telles modifications, qui en plus de provoquer une perturbation dans le fonctionnement des services télématiques, affectent la liberté du commerce et de l'industrie ainsi que le droit à la propriété²⁷⁰. À cet égard, le Conseil d'État a estimé qu'aux termes de l'article L.34-10 du Code des postes et télécommunications, « les préfixes, numéros ou blocs de numéros attribués aux opérateurs ou utilisateurs, qui sont incessibles, ne sont pas la propriété de ces derniers [et] que, par suite, et sans que puisse être utilement invoquée la circonstance que la disposition d'un numéro Audiotel serait susceptible d'être prise en compte dans l'évaluation du fonds de commerce de la société qui en est titulaire, le moyen tiré de l'atteinte illégale au droit de propriété est inopérant »²⁷¹. D'après Jean-Michel Bruguière, la non-transférabilité de ces numéros ou blocs de numéros renvoie à l'inaliénabilité du domaine public, de sorte qu'ils peuvent être considérés comme faisant partie des biens appartenant à l'État²⁷².

101. Le faisceau de plus en plus complexe d'intérêts économiques et sociaux auxquels les données publiques sont soumises continue, toutefois, à faire appel à leur caractère inappropriable²⁷³. Ainsi, le cadre juridique en vigueur, au lieu de reconnaître des « droits patrimoniaux subsidiaires » (tel que le droit de réutilisation) sans remettre en question des « droits extrapatrimoniaux principaux » (notamment la titularité de l'administration sur les données qu'elle produit), fait que les personnes publiques cherchent désormais à organiser les droits patrimoniaux afin de garantir l'exercice des « droits accessoires extrapatrimoniaux » dans l'intérêt du public, concrètement la liberté d'accès et la gratuité de réutilisation²⁷⁴. Cet état de fait conduit à structurer la propriété des données publiques dans le cadre de la propriété intellectuelle, ce qui n'est pas sans susciter des critiques²⁷⁵.

²⁷⁰ *Ibidem*.

²⁷¹ Conseil d'État, 2^{ème} et 1^{ère} sous-sections réunies, du 29 janvier 2003, n° 237618, précitée.

²⁷² CE 29 janvier 2003, *Propriétés intellectuelles*, octobre 2003, p. 460, obs. J.-M. Bruguière.

²⁷³ Maxime Boul, « Réflexions sur la notion de donnée publique », *Revue française d'administration publique*, vol. 167, n° 3, 2018, p. 471.

²⁷⁴ Aurélien Camus, « La propriété des données publiques », art. préc., p. 482.

²⁷⁵ Fanny Tarlet, *Les biens publics mobiliers*, op. cit., p. 517.

Paragraphe 2. Une vision de la propriété sur les données publiques réduite à la propriété intellectuelle

102. Face aux dilemmes posés par le contrôle souverain de l'administration sur les données publiques, les acteurs du droit ont opté pour une approche patrimoniale à partir du cadre juridique de la propriété intellectuelle²⁷⁶. Indépendamment de la protection qui peut être accordée aux données en tant qu'éléments d'une base de données, les données accèdent de manière indirecte à la protection, soit par la reconnaissance du droit d'auteur qui protège la structure originale des données dans une base, soit par la création de droits spéciaux en protégeant directement la base de données comme la structure physique qui les supporte²⁷⁷. De ce point de vue, la possibilité d'une forme de propriété des données publiques s'ouvre autour de la personnalité juridique de l'administration²⁷⁸. Or, il est important de rappeler que la protection de la propriété intellectuelle accordée à la base de données est différente de celle accordée aux données elles-mêmes²⁷⁹. Par ailleurs, pour compléter la critique faite par Fanny Tarlet, il convient de noter que tout comme la propriété publique se distingue de la propriété privée parce qu'elle est conçue de manière plus large à des fins administratives et sociales, la propriété des données publiques ne devrait pas être réduite à la seule propriété intellectuelle²⁸⁰.

103. En premier lieu, l'article L112-3 du CPI prévoit que « les auteurs [...] de recueils d'œuvres ou de données diverses, tels que les bases de données [...] jouissent de la protection instituée » au titre du droit d'auteur²⁸¹. L'article 3.2 de la directive 96/9/CE prévoit toutefois une limitation et « la protection des bases de données par le droit d'auteur [...] ne couvre pas leur contenu et elle est sans préjudice des droits subsistant

²⁷⁶ Aurélien Camus, « La propriété des données publiques », art. préc., p. 484.

²⁷⁷ Alexandra Bensamoun, « Création et données : différence de notions = différence de régimes ? », *Dalloz IP/IT*, 2018, p. 86.

²⁷⁸ Aurélien Camus, « La propriété des données publiques », art. préc., p. 486.

²⁷⁹ À ce propos, l'article 5 du traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996, précise que : « cette protection ne s'étend pas aux données ou éléments eux-mêmes et elle est sans préjudice de tout droit d'auteur existant sur les données ou éléments contenus dans la compilation ». Décret n° 2017-79 du 25 janvier 2017 portant publication du traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes et du traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) sur le droit d'auteur, adoptés à Genève le 20 décembre 1996, signés par la France le 9 octobre 1997. *JORF* n° 0023 du 27 janvier 2017.

²⁸⁰ Fanny Tarlet, *Les biens publics mobiliers*, *op. cit.*, p. 517.

²⁸¹ Modifié par l'article 1 de la Loi n° 98-536 du 1 juillet 1998 portant transposition dans le code de la propriété intellectuelle de la directive 96/9/ CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données. *JORF* n° 151 du 2 juillet 1998.

sur ledit contenu »²⁸². En effet, les dispositions légales ci-dessus considèrent « les compilations de données » en tant que « créations intellectuelles » et sont de ce fait protégées comme telles par le droit d'auteur. La jurisprudence du Conseil d'État confirme ce critère en considérant que le répertoire SIRENE, créé et exploité par l'INSEE, « constitue non une simple collection de données mais un ensemble organisé et structuré d'informations »²⁸³. Il en va de même pour son avis n° 309721 du 21 septembre 1972 concernant la propriété intellectuelle et les personnes publiques, dans lequel le CE considère que l'administration est investie des droits d'auteur grâce aux agents contractuels, permanents ou occasionnels, qui dans l'exercice de leurs fonctions remplissent une mission de service public²⁸⁴.

104. Ceci étant, si le droit d'auteur permet de protéger un ensemble structuré d'informations, il présente néanmoins des difficultés pratiques car il implique une distinction entre les données brutes et celles organisées ou enrichies²⁸⁵. Comme le souligne Jean-Christophe Galloux, la transition de la « chose-information » à celui du « bien-information », en l'occurrence de la « donnée publique-chose informationnelle » à la « donnée publique-bien informationnel », résulte d'une volonté de faire, d'une œuvre ou d'un travail intellectuel, qui laisse une empreinte originale sur la manière de structurer les données dans la base²⁸⁶. En conséquence, à l'instar du répertoire SIRENE de l'INSEE, une base de données, qui est considérée comme une « œuvre collective », peut légalement comporter des droits de propriété intellectuelle au profit de l'administration, devant donc être soumise à l'obtention préalable d'une licence de redistribution donnant lieu à une redevance²⁸⁷. La propriété des données publiques pourrait, en ce sens, être considérée comme indirecte, car ce sont les choix effectués par l'administration, par rapport à

²⁸² Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données. *JOUE L 77* du 27 mars 1996, pp. 20-28.

²⁸³ Conseil d'Etat, Assemblée, du 10 juillet 1996, 168702 168734 169631 169951, publié au recueil Lebon.

²⁸⁴ CE, Avis, 21 novembre 1972, Ofrateme, n° 30972 précité ; à ce propos, il convient de souligner que le droit d'auteur de la personne publique est sans préjudice du respect des droits moraux que les agents contractuels conservent en leur qualité d'auteurs. V. notamment les discussions autour du projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information – Chapitre V.

²⁸⁵ Odile de David Beaugard-Berthier, « Le patrimoine immatériel de l'État », *Bien public, bien commun. Mélanges en l'honneur d'Etienne Fatôme*, Dalloz, 2011, p. 27.

²⁸⁶ Jean-Christophe Galloux, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », art. préc., p. 229.

²⁸⁷ Conseil d'Etat, Assemblée, du 10 juillet 1996, 168702 168734 169631 169951, publié au recueil Lebon.

l'organisation du contenu qualifiée de création originale, qui rend possible une protection et une capitalisation de la base de données²⁸⁸.

105. En deuxième lieu, la base de données peut également faire l'objet d'une protection différente et indépendante du contenu, au titre d'un droit *sui generis* reconnu par l'article L341-1 du CPI²⁸⁹. Cette forme de protection est accordée en faveur des producteurs de bases de données, définis comme les personnes qui prennent l'initiative et le risque d'investissement pour la constitution de la base²⁹⁰. Elle est soumise à certaines conditions, notamment : (1) la réalisation d'un investissement financier, matériel ou humain²⁹¹ ; (2) qui doit être substantiel, qualitatif ou quantitatif²⁹² ; (3) pour la

²⁸⁸ Alexandra Bensamoun, « Création et données : différence de notions = différence de régimes ? », art. préc., p. 86.

²⁸⁹ Article L341-1 du Code de la propriété intellectuelle, créé par Loi n°98-536 du 1 juillet 1998 - art. 5. *JORF* 2 juillet 1998.

²⁹⁰ Le considérant 41 de la directive 96/9/CE prévoit que : « le fabricant d'une base de données est la personne qui prend l'initiative et assume le risque d'effectuer les investissements ; que cela exclut de la définition de fabricant notamment les sous-traitants » ; l'article 7.1 de ladite directive prévoit ainsi que le contenu d'une base de données est susceptible de protection par le droit *sui generis* : « lorsque l'obtention, la vérification ou la présentation du contenu attestent d'un investissement substantiel du point de vue qualitatif ou quantitatif ». *JOUE* L 77 du 27 mars 1996.

²⁹¹ Sur ce point, le considérant 40 de la directive 96/9/CE prévoit que : « cet investissement peut consister dans la mise en œuvre de moyens financiers et/ou d'emploi du temps d'efforts et d'énergie ». *JOUE* L 77 du 27 mars 1996. Ainsi, la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris, 4ème chambre, section A, Arrêt du 12 septembre 2001, Société Tigest / Société Reed expositions France, société Salons français et internationaux Safi, souligne que : « les investissements tant en personnel qu'en prestations informatiques exclusivement consacrés aux dites bases en produisant à l'appui de leurs dires les contrats de travail et la facturation des prestations attest[e]nt que plusieurs personnes travaillent à temps complet à la constitution et à la vérification de celles-ci » ; de même, la Cour d'appel de Bordeaux, 5ème chambre, arrêt du 9 novembre 2006, M. Marc L. / M. Arnaud D'A. et Mme France D'A., précise que le producteur de la base dudit affaire : « ne s'est pas contenté de compiler de telles données mais s'est investi de façon substantielle pendant plusieurs années pour les réunir, vérifier, classer, agencer en faisant des efforts de sélection et de conception, [et même] il a lui même dessiné et colorié « en couleurs naturelles » les écus ».

²⁹² V. notamment Arrêt de la Cour (grande chambre) du 9 novembre 2004. The British Horseracing Board Ltd et autres contre William Hill Organization Ltd. Demande de décision préjudicielle: Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) - Royaume-Uni. Directive 96/9/CE - Protection juridique des bases de données -Droit sui generis - Obtention, vérification ou présentation du contenu d'une base de données - Partie (non) substantielle du contenu d'une base de données - Extraction et réutilisation - Exploitation normale - Préjudice injustifié causé aux intérêts légitimes du fabricant - Base de données hippiques - Listes de courses - Jeux de paris. Affaire C-203/02. Recueil de jurisprudence 2004 I-10415 : « il reste que le rassemblement de ces données, leur agencement systématique ou méthodique au sein de la base, l'organisation de leur accessibilité individuelle et la vérification de leur exactitude tout au long de la période de fonctionnement de la base peuvent nécessiter un investissement substantiel, sur le plan quantitatif et/ou qualitatif » ;v. également Cour de cassation Chambre commerciale, financière et économique Arrêt du 23 mars 2010, Lectiel / France Télécom : « qu'il relève encore que cette base de données avait été constituée par un apport intellectuel de la société France Télécom, chiffré par l'expert en effort d'investissement de sept cent trois hommes par mois de travail correspondant à 10,6 millions d'euros entre 1992 et 2000 ».

constitution²⁹³, la vérification²⁹⁴ ou la présentation²⁹⁵ du contenu de la base de données. Au vu de ce qui précède, le droit *sui generis* est, comme son nom l'indique, un droit spécial : il s'agit d'un droit économique qui protège l'investissement²⁹⁶, dont le caractère doit être substantiel pour en bénéficier et qui, en conséquence, est accordé pour une période de quinze ans, renouvelable chaque fois qu'un investissement important est réalisé sur la base de données²⁹⁷.

106. Néanmoins, il convient de rappeler que, depuis sa création, un tel droit *sui generis* fait l'objet de plusieurs critiques : le droit de la propriété intellectuelle ne protège traditionnellement que les « créations » et les « œuvres de l'esprit » qui ont la caractéristique d'être « originales ». La reconnaissance d'un droit *sui generis* n'est pas conforme à la tradition puisqu'il n'est pas accordé à un « créateur original », mais à une entité qui finance et organise la structure de la base de données, lui conférant un monopole d'exploitation sous la forme d'un « droit d'interdire »²⁹⁸. Le droit de propriété *sui generis* sur une base de données, loin du formalisme conceptuel, est donc, en pratique, similaire à celui du droit d'auteur, mais il est octroyé pour une durée encore plus limitée dans le

²⁹³ V. Arrêt de la Cour (grande chambre) du 9 novembre 2004. *The British Horseracing Board Ltd et autres contre William Hill Organization Ltd.*, précité : « La notion d'investissement lié à l'obtention du contenu d'une base de données au sens de l'article 7, paragraphe 1, de la directive 96/9, concernant la protection juridique des bases de données, doit s'entendre comme désignant les moyens consacrés à la recherche d'éléments existants et à leur rassemblement dans ladite base. Elle ne comprend pas les moyens mis en oeuvre pour la création des éléments constitutifs du contenu d'une base de données. ».

²⁹⁴ *Ibidem* : « La notion d'investissement lié à la vérification du contenu de la base de données au sens de l'article 7, paragraphe 1, de la directive 96/9, doit être comprise comme visant les moyens consacrés, en vue d'assurer la fiabilité de l'information contenue dans ladite base, au contrôle de l'exactitude des éléments recherchés, lors de la constitution de cette base ainsi que pendant la période de fonctionnement de celle-ci. Des moyens consacrés à des opérations de vérification au cours de la phase de création d'éléments par la suite rassemblés dans une base de données ne relèvent pas de cette notion. ».

²⁹⁵ Sur ce point, v. Cour d'appel de Versailles, 14^{ème} chambre, arrêt du 17 février 2010, *Print Chain / Edi Process* : « étant ici observé que l'appréciation du caractère substantiel ou non de l'investissement effectué doit, selon les dispositions précitées de l'article L. 341-1 du code de la propriété intellectuelle, s'opérer au regard non seulement des moyens consacrés à l'obtention du contenu de la base de données, c'est à dire aux recherches, collecte et rassemblement des éléments nécessaires à la constitution de celle-ci, mais aussi à ceux destinés à assurer la présentation de ce contenu, soit à sa diffusion et mise à disposition du public par le biais d'un site internet ».

²⁹⁶ Concernant ces deux dernières conditions, De même, le considérant 40 de la directive 96/9/CE dispose que « l'objet de ce droit *sui generis* est d'assurer la protection d'un investissement dans l'obtention, la vérification ou la présentation du contenu d'une base de données ». Texte consolidé. *JOUE L 077* du 27 mars 1996, p. 20.

²⁹⁷ Article L342-5 du Code de la propriété intellectuelle ; créé par Loi n°98-536 du 1 juillet 1998 - art. 5. *JORF* 2 juillet 1998.

²⁹⁸ L'article 7.1 de la Directive 96/9/CE précitée, prévoit en effet que le fabricant d'une base de données a : « le droit d'interdire l'extraction et/ou la réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle, évaluée de façon qualitative ou quantitative, du contenu de celle-ci, lorsque l'obtention, la vérification ou la présentation de ce contenu attestent un investissement substantiel du point de vue qualitatif ou quantitatif ». *JOUE L 77* du 27 mars 1996.

seul but de compenser l'investissement substantiel réalisé pour la constitution de la base²⁹⁹.

107. Dans le même ordre d'idées, le droit *sui generis* se heurte aux débats sur l'appropriation de l'information brute, traditionnellement en dehors du champ de protection de la propriété intellectuelle, en raison de la reconnaissance des droits économiques sur les données brutes par moyen de ce droit dit « voisin »³⁰⁰. Bien que controversé, le législateur européen, puis le législateur national, ont décidé de reconnaître un droit *sui generis* sur les bases de données en considérant que : le « droit d'interdire l'extraction et/ou la réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle du contenu vise non seulement la fabrication d'un produit concurrent parasite, mais aussi l'utilisateur qui, par ses actes, porte atteinte de manière substantielle, évaluée qualitativement ou quantitativement, à l'investissement »³⁰¹.

108. Le droit *sui generis* est donc critiquable, non seulement parce qu'il s'agit d'un droit économique qui protège ce qui n'est pas traditionnellement une création intellectuelle, mais aussi parce que sa reconnaissance est complexe, notamment pour les personnes publiques. En effet, la propriété des données publiques pourrait, en principe, être reconnue à l'administration sur les bases de données qu'elle détient par le droit *sui generis*, l'extension du champ d'application de la propriété intellectuelle sous la forme de nouveaux droits « voisins » protégeant l'investissement, ce qui serait différent de la prestation de nature créative octroyée par le droit d'auteur³⁰². Or, bien que reconnu par le droit de la propriété intellectuelle, un tel droit *sui generis* appliqué à l'administration n'est pas aussi évidente en pratique puisque, selon l'article L321-3 du CRPA, sous réserve de droits de propriété intellectuelle détenus par des tiers, ou des données publiques à caractère industriel ou commercial soumis à la concurrence, les droits des administrations sur les bases ne peuvent faire obstacle à la réutilisation des données qu'elles publient³⁰³.

²⁹⁹ V. en ce sens : Bertrand Warusfel, « La protection des bases de données en question : un autre débat sur la propriété intellectuelle européenne », *Revue Propriétés intellectuelles*, n° 13, Octobre 2004, pp. 896 et s.

³⁰⁰ Stéphanie Choisy, « La réappropriation du domaine public par le droit de la propriété intellectuelle », *Communication commerce électronique*, n° 4, 2002, pp. 12-15.

³⁰¹ Considérant 42 de la Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, précitée.

³⁰² Agnès Lucas-Schloetter, « Le "domaine commun informationnel" », *Revue de droit de la propriété intellectuelle et du numérique*, Dalloz, 2018, p. 92.

³⁰³ Article L321-1 du CRPA ; créé par la Loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique – art. 11. *JORF* n° 0235 du 8 octobre 2016.

109. La jurisprudence du Conseil d'État du 8 février 2017 confirme ce positionnement en considérant que le droit du producteur sur les bases de données, par l'administration, ne peut s'opposer à l'extraction ou à la réutilisation des données publiques pour lesquelles la loi prévoit leur gratuité³⁰⁴. Il s'agit, si l'on peut s'exprimer ainsi, d'une sorte de propriété imparfaite et complexe où l'administration peut, certes, être titulaire de droits patrimoniaux, en particulier du droit *sui generis*, mais ne peut, en revanche, l'exploiter.

110. En définitive, la propriété des données publiques limitée à sa seule considération par le droit de la propriété intellectuelle est controversée. À ces arguments, il faudra ajouter la critique de Fanny Tarlet qui considère que de même que la propriété publique diffère de la propriété privée en ce qu'elle est conçue différemment et plus largement, notamment à des fins administratives et sociales, le droit de l'administration sur les données publiques ne devrait être réduit à la propriété intellectuelle sous aucune forme que ce soit³⁰⁵. La propriété publique, outre le fait d'avoir un rapport juridique avec une chose, est également un *dominium*³⁰⁶ qui comprend un ensemble de prérogatives nécessaires à l'exercice de l'action publique³⁰⁷. Dans ce cadre, si le droit de la propriété intellectuelle commence à aborder des sujets nouveaux tels que les données et les contenus, il est évident qu'il ne s'est toujours pas familiarisé avec les concepts de droit public, notamment les ressources et la gouvernance³⁰⁸. Ces controverses révèlent un point décisif à savoir que le statut juridique des données publiques s'inscrit dans un débat animé sur la non-appropriation de l'information, qui se heurte à sa valeur informationnelle, source de richesse, étant au cœur même d'une société dite de l'information³⁰⁹.

Section 2. L'inappropriabilité des données publiques

111. Compte tenu de leur nature immatérielle et de leur valeur informationnelle, pour une partie de la doctrine, les données publiques, plutôt que d'appartenir à la propriété

³⁰⁴ CE, 10ème – 9ème ch. réunies, décision du 8 février 2017. Notrefamille.com / Département de la Vienne.

³⁰⁵ Fanny Tarlet, *Les biens publics mobiliers, op. cit.*, p. 517.

³⁰⁶ Aurélien Camus, *Le pouvoir de gestion du domaine public*, thèse Paris Nanterre, 2013, p. 327.

³⁰⁷ V. en ce sens : Benoît Schmaltz, *Les personnes publiques propriétaires*, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », Dalloz, vol. 160, 2016, 580 pages.

³⁰⁸ Agnès Lucas-Schloetter, « Le "domaine commun informationnel" », art. préc., p. 90.

³⁰⁹ Pierre Catala, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », in Pierre Catala, *Le droit à l'épreuve du numérique*, Jus ex Machina, coll. « Droit, Éthique, Société », PUF, Paris, 1998, pp. 224 et s.

souveraine et exclusive de l'État³¹⁰, feraient partie du monde des choses communes³¹¹, « patrimoines errants, sans appartenance ni organes [en dehors] du monde de la conceptualisation patrimoniale de la propriété »³¹². Issues du droit romain, les *res communes* font partie de l'ensemble des choses qui ne peuvent faire l'objet d'une appropriation de par leur nature même, à l'instar de l'eau, l'air, la lumière, ou qui sont organisées par le droit, notamment les idées, les informations et les découvertes scientifiques³¹³. À ce propos, il convient de rappeler que depuis l'époque de Platon, on parle d'un « communisme des biens »³¹⁴ dans lequel prévaut la coexistence de deux éléments, l'un de nature individuelle, l'autre de nature sociale³¹⁵. Il s'agit de la présence simultanée de la propriété et de l'usage commun, sur quelque chose de spécifique, grâce à un équilibre entre les principes de la liberté individuelle et de l'égalité entre les hommes³¹⁶.

112. Sous cette notion de « communisme juridique », les données seraient adjudgées à l'univers des choses communes n'appartenant à personne et dont l'usage est commun à tous, régies par l'article 714 du code civil³¹⁷. Il appartient donc de vérifier le rejet de la propriété des données publiques par le droit positif (1), ainsi que d'analyser le chemin parcouru vers la reconnaissance de ce que l'on propose d'appeler le « domaine commun informationnel » (2).

Paragraphe 1. Le rejet de la propriété par le droit positif

113. Avec la promulgation de la LRN du 7 octobre 2016, la condition juridique des données publiques peut être vue sous deux angles différents : de prime abord, leur essence fait appel à la *res publicae*, réaffirmée puisqu'elles émanent de la sphère publique

³¹⁰ Aurélien Camus, « La propriété des données publiques », art. préc., p. 480.

³¹¹ V. en ce sens : Marie-Alice Chardeaux, *Les choses communes*, Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 2006, 487 pages.

³¹² Mikhaïl Xifaras, *La propriété. Étude de philosophie du droit*, coll. « Fondements de la politique », série Essais, Presse Universitaires de France, 2004, p. 343.

³¹³ Marie-Alice Chardeaux, *Les choses communes*, op. cit., p. 171.

³¹⁴ V. Platon, *La République*, 415d, 417b, 423^e, 424a, parmi d'autres.

³¹⁵ Anne-Sophie Foures-Diop, « Les choses communes (Première partie) », *Revue juridique de l'Ouest*, 2011-1, p. 65.

³¹⁶ François Terré et Phillipe Simpler, *Droit civil, Les biens*, Dalloz, 7^e éd, 2006, n° 107, p. 109 ; repris par Anne-Sophie Foures-Diop, « Les choses communes (Première partie) », art. préc., p. 65.

³¹⁷ V. Mikhaïl Xifaras, *La propriété. Étude de philosophie du droit*, op. cit., P. 391. ; Aurélien Camus, « La propriété des données publiques », art. préc., p. 503 ; V. de toute évidence l'article 714 du code civil : « Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir. ».

et qu'il est de la faculté exclusive de l'administration d'en assurer la production ; or en l'absence de *dominium*³¹⁸, les données publiques seraient davantage des *res communes* puisque les citoyens doivent pouvoir y accéder et les réutiliser librement, en vertu du principe d'égalité³¹⁹. La loi ne prévoit aucune disposition concernant la propriété des données publiques, cependant, d'après Marie-Alice Chardeaux, les maximes des choses communes, en d'autres termes la « liberté, gratuité et égalité »³²⁰, d'accès et de réutilisation, devraient *a priori* toujours être garanties.

114. Suivant cette analyse, il convient de souligner que l'univers conceptuel est en train de changer : la relation juridique entre l'administration et les données publiques est différente, distincte de la théorisation de la propriété comme contrôle souverain³²¹. Considérées comme des choses principalement liées au service public, les données publiques feraient partie de la distinction faite par René Chapus entre les « activités de plus grand service » et celles « de plus grand profit »³²². En ce sens, la production de données publiques est en effet, avant tout, un service public et en l'absence de toute disposition expresse, la propriété des données publiques est déterminée par exclusion de la loi, de moins jusqu'à ce que les conditions de protection requises soient remplies³²³. C'est notamment le cas des documents visés à l'article L. 321-2 du CRPA : a) « dont la communication ne constitue pas un droit pour tout individu » ; b) « ou sur lesquels des tiers détiennent des droits de propriété intellectuelle »³²⁴. Il en va de même pour les données visées par l'article L. 321-3 dudit Code qui font l'objet de « l'exercice d'une

³¹⁸ Jean-Pierre Coriat, « La notion romaine de propriété : une vue d'ensemble », in Oliver Faron et Étienne Huber (dir.s), *Le sol et l'immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XIIe-XIXe siècle)*. Actes de la table ronde de Lyon (14-15 mai 1993), Coll. de l'École Française de Rome, n° 206, 1995, p. 20 : « *dominium*, est une cause suffisante pour interdire un acte ».

³¹⁹ Caroline Chamard-Heim, *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », Paris, Dalloz, 2004, p. 83 ; repris par Maxime Boul, « Réflexions sur la notion de donnée publique », art. préc., p. 473.

³²⁰ Marie-Alice Chardeaux, *Les choses communes*, op. cit., p. 314 : « trois principes gouvernent l'usage commun des choses communes [...] : la liberté, la gratuité et l'égalité ».

³²¹ Camus, Aurélien. « La propriété des données publiques », *Revue française d'administration publique*, vol. 167, no. 3, 2018, p. 484.

³²² René Chapus, *Droit administratif général – Tome 1*, coll. « Domat / Droit public », 15e éd., Paris, Montchrestien, pp. 583-587 ; repris par Maxime Boul, « Réflexions sur la notion de donnée publique », art. préc., p. 475.

³²³ V. en ce sens : « Le fondement de l'inappropriabilité des idées, informations et découvertes scientifiques » (section) dans l'ouvrage de Marie-Alice Chardeaux, *Les choses communes*, op. cit., pp. 150-163.

³²⁴ Article L. 321-2 du CRPA ; crée par l'Ordonnance n° 2016-307 du 17 mars 2016 portant codification des dispositions relatives à la réutilisation des informations publiques dans le code des relations entre le public et l'administration. *JORF* n° 0066 du 18 mars 2016.

mission de service public à caractère industriel ou commercial soumise à la concurrence ».

115. Autrement dit, il s'agit d'un changement de paradigme par rapport au régime antérieur à la LRN, car bien qu'avec la loi CADA le débat sur la propriété de l'information ait toujours été présent, la production de données publiques relevait de la faculté exclusive de l'administration et leur mise à disposition faisait l'objet du paiement de redevances. L'accès, quant à lui, était soumis à une réservation « ouverte », c'est-à-dire que leur réservation n'était pas considérée comme exclusive³²⁵, puisque le droit de communication garantissait l'accès à des tiers, même si la réutilisation commerciale n'était pas autorisée³²⁶.

116. En revanche, sous le régime de la LRN, les données publiques sont transformées en ce que l'on appelle des choses communes parce que le credo identifié par Marie-Alice Chardeaux, c'est-à-dire la liberté, l'égalité et la gratuité d'usage de la chose, est garanti par détermination de la loi. En effet, l'article 9 de la LRN, modifiant l'article L321-1 du CRPA, prévoit que les informations publiques « peuvent être utilisées par toute personne qui le souhaite à des fins autres que celles de la mission de service public »³²⁷. Ensuite, en vertu de l'article L312-1-1 du CRPA, l'obligation de mettre à la disposition de tout public les données publiques, sous forme électronique, garantit également un accès ouvert à ces données³²⁸. Enfin, l'article L324-1 du CRPA, consacre le principe de leur gratuité. Par conséquent, la non-appropriation des informations publiques est une question implicite du nouvel ordre juridique structuré par la LRN, dans lequel les données publiques sont transformées en véritables « choses informationnelles »³²⁹, offertes à

³²⁵ Marie-Alice Chardeaux, *Les choses communes*, *op. cit.*, p. 155.

³²⁶ Articles 4 et 10 de la LOI n° 78-753 du 17 juillet 1978 préc. *JORF* du 18 juillet 1978, pp. 2851-2852.

³²⁷ Article L321-1 du CRPA, ; modifié par l'article 9 de la LOI n° 2016-1321 du 7 octobre 2016. *JORF* n° 0235 du 8 octobre 2016.

³²⁸ L'article L321-3 de la CRPA établi également, en ce sens, que : « les droits des administrations [...] ne peuvent faire obstacle à la réutilisation du contenu des bases de données que ces administrations publient ».

³²⁹ V. en ce sens : Jean-Christophe Galloux, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », art. préc., p. 233 : « l'information entre d'abord dans la catégorie des choses avant de pouvoir être considérée comme un bien car toutes les choses ne sont pas de biens » ; le même avis est retenu par Marie-Alice Chardeaux, *Les choses communes*, *op. cit.*, p. 155 : « De fait, elles n'existent que comme choses informationnelles. Mieux, elles sont choses communes ».

l'usage commun et dont l'accès à chaque individu est non seulement garanti de droit mais aussi de fait par l'utilisation des nouvelles technologies et du numérique³³⁰.

117. Ce qui précède confirme une position sur la non-appropriation des informations et des données publiques³³¹, « motivée par la volonté de garantir les grandes libertés telles que la liberté de l'information et de la communication, et des principes tels que la libre circulation des connaissances »³³². En d'autres termes, le droit positif confirme l'entrée des données publiques dans l'univers des choses communes, non pas par l'établissement positif de la non-appropriabilité mais par l'usage commun, à l'instar des nouvelles de presse exclues par la Convention de Berne³³³. C'est également le cas pour les mots, à l'exception de ceux qui peuvent faire l'objet d'une protection par la propriété intellectuelle, notamment les dénominations, les noms commerciaux ou les marques³³⁴. Enfin, le même raisonnement est appliqué aux chiffres, aux nombres, aux données boursières, météorologiques, géographiques et, d'une manière générale, aux informations brutes relevant du domaine de l'information³³⁵, considérées comme des choses ne faisant pas l'objet d'une appropriation de fait³³⁶.

118. En l'occurrence, les décisions de justice confirment la non-appropriation des données en tant qu'éléments informationnels. Par exemple, le Tribunal de grande

³³⁰ Il convient de souligner, pourtant, que les nouvelles technologies et le numérique s'adressent principalement à des communautés d'experts et aux entreprises du numérique ayant la capacité technique de captation pour profiter du potentiel des données publiques. Cf. *supra* « La transformation numérique de l'État : un processus démocratique, pluriel et représentatif de tous les acteurs de la société ? », en page 46.

³³¹ Cela comprend notamment : « quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support, les documents produits ou reçus, dans le cadre de leur mission de service public, par l'Etat, les collectivités territoriales ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une telle mission ». Article L300-2 du Code des relations entre le public et l'administration ; modifié par la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique. *JORF* n° 0235 du 8 octobre 2016.

³³² Anne-Sophie Foures-Diop, « Les choses communes (Première partie) », art. préc., p. 83.

³³³ L'article 2-8 de la Convention de Berne, aujourd'hui ratifié par la France, établit que : « la protection de la présente convention ne s'applique pas aux nouvelles du jour et aux faits qui ont le caractère de simples informations de presse ».

³³⁴ V. en ce sens : Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 13 mars 2001, 98-18.777, Inédit : « que, selon les articles 3.2 et 3.3 de la loi du 31 décembre 1964, un mot usuel désignant dans le langage courant un produit ou un service ne peut être valablement déposé comme marque afférente à ce produit ou à ce service ; que la dénomination "Abracadabra" ne pouvait être déposée comme marque pour des spectacles de magie, s'agissant d'un mot créé au XVIème siècle auquel on attribue, depuis son origine, une vertu magique ; qu'en refusant d'annuler la marque "Abracadabra", mot usuel de magie *inappropriable* pour des spectacles de magie, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

³³⁵ Agence pour la protection des programmes (APP), « Données non-protégées » [En ligne], article 2157, 9 mars 2018. Consulté le 08 janvier 2020 : <https://www.app.asso.fr/centre-information/base-de-connaissances/code-bases-de-donnees/le-regime-de-protection-des-donnees/donnees-non-protegees>

³³⁶ Anne-Sophie Foures-Diop, « Les choses communes (Première partie) », art. préc., p. 92.

instance (TGI) de Paris, dans sa décision du 9 novembre 1988, a jugé que : « les textes de portée générale qui s'imposent à tous et doivent en conséquence être portés à la connaissance de tous [...] sont par leur destination même des choses dans le *domaine public* » [nous soulignons]³³⁷. De même, le TGI de Compiègne, dans son jugement du 2 juin 1989, a jugé que : « [l]es informations brutes [...] sont des *biens communs* à tous de leur publication » [nous soulignons]³³⁸. *A contrario*, on pourrait argumenter que la jurisprudence du Conseil d'État du 8 février 2017, en établissant le principe de la gratuité au-dessus du droit du producteur de la base de données, qui ne peut s'opposer à l'extraction ou à la réutilisation des données publiques³³⁹, implique implicitement que les données publiques soient reconnues comme des choses communes en raison de l'usage indifférencié déterminé par la loi.

119. Ainsi, entre « domaine public » et « biens communs », une partie de la doctrine plaide pour la reconnaissance positive d'un « domaine commun informationnel », à l'intérieur duquel se trouvent des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Cela inclut, de toute évidence, l'objet de notre étude, en l'occurrence les données informationnelles et plus particulièrement les données publiques.

Paragraphe 2. Vers la reconnaissance d'un « domaine commun informationnel » ?

120. À l'heure actuelle, vu de la sphère immatérielle, aucune définition positive du domaine public n'a été établie et, par exclusion, cela comprend tout ce qui ne fait pas l'objet d'une réservation privative par le Code de la propriété intellectuelle³⁴⁰. Or, comme le souligne Marie-Alice Chardeaux, les choses inappropriables, de nature immatérielle, sont indûment désignées comme appartenant au « domaine public » car un tel domaine

³³⁷ TGI Paris, 3^e chambre, 9 novembre 1988, Cahier du droit d'auteur, février 1989, no. 13, p. 16.

³³⁸ Tribunal de commerce de Compiègne, 2 juin 1989, Société de bourses françaises c/ Société option service et cotes des fosses, *Droit de l'informatique et des Télécoms* 1989-4, p. 60, note N. Poujol : « ces informations sont publiques et non susceptibles d'appropriation ».

³³⁹ Conseil d'État, 10^eme – 9^eme ch. réunies, décision du 8 février 2017, Notrefamille.com c/ Département de la Vienne, no. 389806 : « [...] les établissements, organismes ou services culturels [publics...], ne sont pas des tiers au sens et pour l'application du c) de l'article 10 de la loi du 17 juillet 1978, [pouvant] se fonder sur les droits que tient le producteur de bases de données de l'article L. 342-1 du code de la propriété intellectuelle, pour s'opposer à l'extraction ou à la réutilisation du contenu de telles bases, lorsque ce contenu revêt la nature d'informations publiques au sens des dispositions du même article. ».

³⁴⁰ Agnès Lucas-Schloetter, « Le "domaine commun informationnel" », art. préc., p. 90.

public intangible n'a rien à voir avec le domaine public du droit administratif³⁴¹, et du droit public en général, qui est caractérisé par la domanialité publique³⁴². Tenant compte de ces considérations, une partie de la doctrine semble pencher davantage vers la définition positive d'un « domaine commun informationnel » et ce comme un moyen de protéger les choses communes intangibles contre le détournement des droits de propriété, qui ne sont pas ou plus protégées par la propriété intellectuelle³⁴³.

121. De fait, on considère qu'il existe une confusion entre le « domaine public » intellectuel et les *res communes* issues du droit romain. La confusion repose sur la différenciation historique entre *res communes* et *res publicae* qui a été transcendantal dans le droit public jusqu'à la fin du XIXe siècle, lorsque ces deux concepts ont été clairement séparés ; la *res publicae* étant affectée à l'usage public, mais la propriété appartenant de droit au peuple romain³⁴⁴. En revanche, les *res communes*, qui trouvent leur origine dans la philosophie grecque et apparaissent plus tard dans le droit romain³⁴⁵, font référence à des choses qui « échappent à toute appropriation individuelle, mais dont l'usage est à tous, comme l'air, l'eau courante, la mer et ses rivages »³⁴⁶.

122. Si pour le domaine public matériel de l'État une telle confusion a été dissipée, elle continue de pénétrer jusqu'à ce jour le droit de la propriété intellectuelle qui désigne comme faisant partie du domaine public tout ce qui ne fait pas l'objet d'un droit exclusif³⁴⁷. Si l'on suit la trilogie avancée par Marie-Alice Chardeaux, l'usage des choses communes immatérielles est incontestablement libre, égal et gratuit, tout comme le cas de la *res publicae* qui est caractérisée par la domanialité publique. Or, il convient de faire une distinction car dans la chose publique moderne, la propriété est reconnue à l'État,

³⁴¹ Cette même ambiguïté est soutenue par Giorgio Resta lorsqu'il indique que la notion de « domaine public » fait référence à deux phénomènes complètement différents : d'une part, les terres originellement ouvertes qui sont maintenant dévolues à l'État ; d'autre part, les biens communs immatériels qui font référence au spectre d'informations qui ne font pas l'objet de droits de propriété intellectuelle. V. Giorgio Resta, "Systems of Public Ownership", in Michele Graziadei - Lionel Smith, eds., Comparative Property Law: Global Perspectives, Edward Elgar, 2017, p. 3. <https://ssrn.com/abstract=2684826>

³⁴² Marie-Alice Chardeaux, *Les choses communes*, op. cit., p. 175.

³⁴³ Lionel Maurel, « La reconnaissance du "domaine commun informationnel" : tirer les enseignements d'un échec législatif », *Vers une République des biens communs ?*, Les Liens qui Libèrent, 2018, pp. 1-9, ([hal-01877448](https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01877448)) ; V. également : Conseil national du numérique - CNNum, « Projet de loi pour une République numérique : Le domaine commun informationnel » [En ligne], fiche thématique, octobre 2017. Consulté le 8 avril 20 : https://cnumerique.fr/files/2017-10/CNNum_Fiche_Domaine-commun.pdf

³⁴⁴ Jean-Pierre Coriat, « La notion romaine de propriété : une vue d'ensemble », art. préc., pp. 17-26.

³⁴⁵ Jean-François Brégi, *Droit romain, Les biens et la propriété*, Ellipses Universités Droit, 2009, n° 84, pp. 42 et s. ; repris par Anne-Sophie Foures-Diop, « Les choses communes (Première partie) », art. préc., p. 61.

³⁴⁶ V. Int. 2, 1, § 1. In Prosper Rambaud, *Droit romain*, Paris, Chevalier-Marescq, 1893, p. 306.

³⁴⁷ Marie-Alice Chardeaux, *Les choses communes*, op. cit., p. 175.

bien que l'usage commun soit affecté au profit du public³⁴⁸. Les choses communes, au contraire, n'appartiennent à personne et, pour ces raisons, une partie de la doctrine préfère parler de l'existence d'un « domaine commun », plus conforme du point de vue terminologique aux caractéristiques des choses communes immatérielles n'appartenant à personne et dont l'usage est commun à tous³⁴⁹.

123. En 2013, une proposition de Loi visant à consacrer le domaine public, à élargir son périmètre et à garantir son intégralité (aussi appelée loi Attard)³⁵⁰, en offre une bonne illustration. Celle-ci proposait la reconnaissance d'un « domaine public immatériel » ne faisant pas l'objet d'une protection par le droit de la propriété intellectuelle. L'article 1 dudit projet de loi énonçait que : « les créations appartiennent en principe au domaine public, sauf lorsqu'elles constituent des œuvres de l'esprit. [...] Sont également considérés comme appartenant au domaine public *les données*, faits, idées, procédures, procédés, systèmes, méthodes d'opération, concepts, principes ou découvertes, quelle que soit la forme dans laquelle ils sont décrits, expliqués, illustrés ou intégrés à une œuvre, ainsi que les lois et décisions judiciaires » [nous soulignons]³⁵¹. La difficulté de cerner les choses communes immatérielles dans le cadre de la propriété intellectuelle, qui protège traditionnellement ces choses une fois qu'elles sont matérialisées, a conduit à ce qu'une telle proposition soit finalement abandonnée³⁵².

124. L'intégration de choses communes immatérielles dans ce que l'on appelle le domaine public intellectuel est, en effet, controversée. Pour les juristes de cette branche du droit, la définition positive du domaine public n'est pas nécessaire, puisque cela comprend déjà tout ce qui ne fait pas l'objet d'une protection par le droit de la propriété intellectuelle³⁵³. Cela signifie que le droit de la propriété intellectuelle ne protège pas les

³⁴⁸ *Ibidem*

³⁴⁹ Sur ce point, il convient de noter que le Tribunal correctionnel de Paris, dans une décision du 17 janvier 1968, a utilisé le terme « domaine commun » pour se référer au « domaine public ». V. Tribunal correctionnel de Paris, 17 janvier 1968, Gaz. Pal., 1968, 1, p. 197 ; repris par Marie-Alice Chardeaux, *Les choses communes*, *op. cit.*, p. 175, qui rétient ce critère en précisant que : « pour dissiper toute confusion, il convient de substituer à l'expression de domaine public celle de "domaine commun" ».

³⁵⁰ V. Proposition de Loi N° 1573 visant à consacrer le domaine public, à élargir son périmètre, et à garantir son intégralité. Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 21 novembre 2013 [en ligne] : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion1573.asp>, consulté le 5 septembre 2017.

³⁵¹ Article 1 de la proposition de Loi N° 1573 visant à consacrer le domaine public, précitée et proposant de modifier l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle. Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 21 novembre 2013.

³⁵² Lionel Maurel, « La reconnaissance du "domaine commun informationnel" : tirer les enseignements d'un échec législatif », art. préc., p. 3.

³⁵³ *Ibidem*, p. 2.

idées, les faits, les concepts et les informations brutes, ainsi que les œuvres de l'esprit qui ne remplissent pas la condition d'originalité³⁵⁴. Le CPI ne protège pas non plus les œuvres ou créations dont le droit d'auteur a expiré³⁵⁵. En règle générale, la loi ne définit que ce qu'elle protège et, par exclusion, tout ce qui n'est pas protégé peut être utilisé librement³⁵⁶. Donner une définition positive du domaine public reviendrait à inverser le principe et l'exception, ce qui n'a pas de sens au regard de la propriété intellectuelle où les droits exclusifs prévalent sur les droits d'usage³⁵⁷.

125. En dépit de ce qui précède, plusieurs efforts continuent d'être entrepris pour parvenir à la consécration d'un « domaine commun ». C'est dans cet esprit que l'avant-projet de loi pour une République numérique proposait, en 2016, la reconnaissance d'un « domaine commun informationnel »³⁵⁸. L'article 8 précisait comme appartenant audit domaine : « les informations, faits, idées, principes, méthodes, découvertes, *dès lors qu'ils ont fait l'objet d'une divulgation publique licite* [...] ; les œuvres, dessins, modèles, inventions, bases de données, protégés par le code de la propriété intellectuelle, *dont la durée de protection légale, à l'exception du droit moral des auteurs, a expiré* [ainsi que] *les informations issues des documents administratifs diffusés publiquement* » [nous soulignons].

126. Dans la pratique, la reconnaissance d'un tel domaine visait trois finalités : (1) proclamer et garantir les droits d'usage sur certaines choses libres de droits ; (2) interdire leur réappropriation exclusive et ; (3) ouvrir la possibilité d'entreprendre une action de défense en justice par le secteur associatif en cas d'accaparement³⁵⁹. Soumise à la controverse et à une opposition majeure des institutions et sociétés détentrices de droits,

³⁵⁴ Agnès Lucas-Schloetter, « Le "domaine commun informationnel" », art. préc., p. 91.

³⁵⁵ En France, le droit d'auteur expire après 70 ans de la mort de l'auteur. Article L.123-1 du CPI modifié par la Loi n° 97-283 du 27 mars 1997 - art. 5. *JORF* du 28 mars 1997.

³⁵⁶ Agnès Lucas-Schloetter, « Le "domaine commun informationnel" », art. préc., p. 93.

³⁵⁷ Lionel Maurel, « La reconnaissance du "domaine commun informationnel" : tirer les enseignements d'un échec législatif », art. préc., p. 3.

³⁵⁸ CNNum, « Projet de loi pour une République numérique : Le domaine commun informationnel » [En ligne], préc.

³⁵⁹ L'article 8 prévoyait en ce sens que : « Les associations agréées ayant pour objet la diffusion des savoirs ou la défense des choses communes ont qualité pour agir aux fins de faire cesser toute atteinte au domaine commun informationnel. Cet agrément est attribué dans des conditions définies par un décret en Conseil d'Etat. Il est valable pour une durée limitée, et peut être abrogé lorsque l'association ne satisfait plus aux conditions qui ont conduit à le délivrer » ; cité par Lionel Maurel, « La reconnaissance du "domaine commun informationnel" : tirer les enseignements d'un échec législatif », art. préc., p. 5.

la proposition a été finalement abandonnée, tout comme le projet de loi Attard de 2013³⁶⁰. Néanmoins, il convient de noter que cette proposition visait le « domaine commun informationnel » en tenant compte du fait que le numérique offre des possibilités sans précédent de diffusion et d'échange d'informations, non sans donner lieu à de nouveaux phénomènes de réappropriation qui peuvent entraver leur libre circulation³⁶¹.

127. Ce qui précède a été prévu du fait que, dans la pratique, il est possible de revendiquer des droits exclusifs sur des choses qui sont tombées dans le domaine dit « commun », notamment par ce que certains auteurs appellent le « détournement des droits d'auteur » ou *copyfraud*³⁶². Conscient de cet état de fait, le Conseil national du numérique (CNN) a promu la nécessité de structurer juridiquement le « domaine commun informationnel », dans l'avant-projet de loi de la LRN, dans le but de préserver la diffusion ouverte de ces choses communes immatérielles et lutter ainsi, notamment, contre l'accaparement abusif des données et des informations numérisées³⁶³. Il va sans dire que le CNN regrettera ultérieurement le rejet de l'article 8 du projet de la LRN³⁶⁴.

128. Pourtant, si la proposition d'un « domaine commun informationnel » a été abandonnée, les discussions ont permis de se rapprocher d'une notion oubliée dans le Code civil inséré en 1804³⁶⁵, mais en vigueur jusqu'à présent. En effet, l'article 714 du Code civil prévoit qu'« [i]l est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir. »³⁶⁶. Les discussions entourant l'article 8 ont abouti à la proposition selon laquelle : « les choses qui composent

³⁶⁰ V. en sens le récit de Lionel Maurel qui a participé à la rédaction de l'article 8 de l'avant-projet de la Loi pour une République numérique et qui témoigne que : « le lobbying d'acteurs traditionnels comme les sociétés d'auteurs et d'éditeurs l'a finalement emporté. ». Lionel Maurel, « La reconnaissance du "domaine commun informationnel" : tirer les enseignements d'un échec législatif », art. préc., p. 7.

³⁶¹ V. en ce sens : Stéphanie Choisy, « La réappropriation du domaine public par le droit de la propriété intellectuelle », art. préc., pp. 12-15.

³⁶² Sur ce point, il convient de noter que le détournement du droit d'auteur a été qualifiée par le juriste américain Jason Mazzone en tant que *copyfraud*. V. Jason Mazzone, « Copyfraud », *New York University Law Review*, Brooklyn Law School, Legal Studies Paper n° 40, vol. 81, 2006, p. 1026. Consulté le 13 octobre 2020 : <https://ssrn.com/abstract=787244> ; V. également Stéphanie Choisy, « La réappropriation du domaine public par le droit de la propriété intellectuelle », art. préc., pp. 12 et s.

³⁶³ Conseil national du numérique, « Projet de loi pour une République numérique : Le domaine commun informationnel », [En ligne], préc.

³⁶⁴ Avis N°2015-3 relatif au projet de loi pour une République numérique du Conseil national du numérique [En ligne], 30 Novembre 2015, p. 15 : « Le CCNum regrette l'abandon des dispositions visant à la création d'un domaine commun informationnel ». Consulté le 13 octobre 2020 : <https://cnumberique.fr/files/2017-10/Avis-du-CNNum-sur-le-projet-de-loi-numerique.pdf>

³⁶⁵ Marie-Pierre Camproux Duffrène, « Repenser l'article 714 du Code civil français comme une porte d'entrée vers les communs », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2018/2, volume 81, p. 297-330.

³⁶⁶ V. article 714 du Code civil, créé par la Loi 1803-04-19 et promulguée le 29 avril 1803.

le domaine commun informationnel sont des choses communes au sens de l'article 714 du Code civil. Elles ne peuvent, en tant que telles, faire l'objet d'une exclusivité, ni d'une restriction de l'usage commun à tous, autre que l'exercice du droit moral »³⁶⁷. À ce propos, la Commission de réflexion et de propositions sur le droit et les libertés à l'âge du numérique de la XIV Législature de l'Assemblée nationale a souligné : « qu'il est notamment possible de faire usage de l'article 714 du code civil afin de reconnaître une ressource en tant que commun numérique, en confiant à la puissance publique le rôle de garant de la jouissance commune, si nécessaire par une loi de police »³⁶⁸.

129. La complexité des choses communes, en particulier des choses communes informationnelles, tels que les données publiques, oblige à mener la réflexion au-delà du débat qu'implique la propriété et de visualiser, sous différents angles, la manière dont l'usage commun peut être garanti de manière libre, égale et gratuite. En ce sens, une reconnaissance positive conduirait à la protection de certaines choses informationnelles ; toutefois, des doutes subsistent quant à l'efficacité d'une telle mesure face à la diversité des choses communes incorporelles existant dans le monde immatériel.³⁶⁹.

130. Pour ces raisons, comme le souligne Judith Rochfeld, il serait souhaitable d'analyser d'autres voies plus solides afin de définir la manière la plus appropriée pour accueillir les choses communes en droit français³⁷⁰. Il s'agit notamment d'approfondir l'analyse du refus de la propriété tout en garantissant l'accès tel que prévu par l'article 714 du Code civil, de explorer la voie de la propriété par la transformation de la chose en bien, ainsi que de reconnaître des droits, dits diffus, dont la prérogative individuelle entraînerait un bénéfice à la collectivité, notamment dans le cas de licences ouvertes³⁷¹.

131. De même, comme le propose Marie-Alice Chardeaux, il serait opportun de qualifier la prérogative d'usage commun afin de déterminer le moment où l'utilisation de

³⁶⁷ Article 8 de l'avant-projet de la Loi pour une République numérique, précité.

³⁶⁸ Rapport N° 3119, Numérique et libertés : un nouvel âge démocratique, Commission de réflexion et de propositions sur le droit et les libertés à l'âge du numérique, Recommandation n° 93, p. 235 ; sur la protection des choses communes, on considère qu'elle est accordée aux pouvoirs de police administrative, dans leur devoir de garde, de superintendance, ou d'administration, pour garantir l'usage des choses communes. V. Maxime Boul, « *Les public goods* : traduction juridique d'une notion économique », art. préc., p. 564.

³⁶⁹ Marie-Alice Chardeaux, *Les choses communes*, op. cit., p. 174.

³⁷⁰ Judith Rochfeld, « Quels modèles juridiques pour accueillir les Communs en droit français », in Benjamin Coriat (dir.), *Le retour des Communs*, Les Liens qui Libèrent, 2015, pp. 87-104.

³⁷¹ *Ibidem*.

la chose commune n'est plus égale ou symétrique à tous les usagers et d'examiner, au cas par cas, si l'occupation du domaine commun constitue ou non un usage privatif de la chose commune³⁷². De cette manière, « lorsqu'un usager agirait en justice pour obtenir la mise à disposition d'une œuvre dans le domaine commun, refusée par le propriétaire du support, [le juge] aurait alors à concilier les intérêts du propriétaire et ceux de l'utilisateur du domaine commun informationnel (droit de propriété *versus* privilège d'usage) »³⁷³.

132. En effet, comme le fait remarquer le CNN, l'idée de la création de « communs numériques » répond au besoin que son utilisation indiscriminée soit un « moteur d'innovation économique et sociale [favorisant] le développement de tout un secteur d'activités », en vue d'un intérêt commun³⁷⁴. Les données publiques font donc partie de cet univers de plus en plus complexe de « communs numériques », ce qui soulève la nécessité de s'entendre sur un type de gouvernance commune, d'autant plus si l'on considère que, comme le souligne le Conseil d'État, elles constituent une « œuvre collective »³⁷⁵ puisqu'en effet, au-delà de l'usage, les données sont composées par des éléments d'information qui émanent de tout, de tous et de chacun³⁷⁶.

³⁷² Marie-Alice Chardeaux, « Nommer la prérogative d'usage des choses communes », *Recueil Dalloz*, 2019, p. 2195.

³⁷³ *Ibidem*, p. 2196.

³⁷⁴ CNNum, *Pour une politique française et européenne de la transition numérique*, Rapport remis au Premier Ministre, juin 2015, p. 275.

³⁷⁵ A cet égard, il convient de le noter que le Conseil d'Etat a considéré qu'une base de données : « doit être regardée comme une œuvre collective ». CE, Assemblée, du 10 juillet 1996, 168702 168734 169631 169951, publié au recueil Lebon.

³⁷⁶ Cette dimension est complétée par la vision soutenue, en sociologie, par Henri Lefebvre, « Le droit à la ville », *L'Homme et la société*, n° 6, pp. 29-35 ; qui dans un ouvrage postérieur : Henri Lefebvre, *La production de l'espace*, Paris : Anthropos, pp. 484-485, considère que : « La transformation de la société suppose la possession et la gestion collective de l'espace par l'intervention perpétuelle des "intéressés", avec leurs multiples divers et parfois contradictoires. [...] Il s'agirait alors [...] de produire l'espace de l'espèce humaine, comme *œuvre collective* générique de cette espèce, de créer (produire) l'espace planétaire comme support social d'une vie quotidienne ». Les données publiques devraient en l'espèce supposer la gestion collective de ces éléments d'information.

Conclusion du Chapitre 2

133. Les données publiques font l'objet de divers intérêts et usages publics et privés qui affectent la patrimonialité des données. Avec la promulgation de la LRN, les principes de liberté, d'égalité et de gratuité, d'accès et de réutilisation des informations et données publiques, sont en général consacrés, avec quelques exceptions prévues aux articles L.321-2 et D.324-5-4 du CRPA. Les efforts pour structurer un régime de propriété autour des données publiques restent variés.

134. En principe, les données publiques ont été appelées à être structurées par la reconnaissance d'une domanialité publique sur celles-ci. Les critiques n'ont cependant pas été nombreuses, car le régime de la propriété publique « dure » n'est traditionnellement reconnu que sur les choses matérielles. Or, il existe de solides théories pour soutenir ce régime, notamment celles des Allemands Brinz et Bekker sur le patrimoine d'affectation, qui a été introduit en France par Léon Duguit en 1930. À cet égard, il est possible d'avancer deux arguments : d'une part, la reconnaissance de la domanialité publique de l'État sur les radiofréquences est un exemple clair de l'application d'un tel régime aux choses immatérielles, par une disposition législative ; d'autre part, la jurisprudence du Conseil d'État du 29 janvier 2003³⁷⁷ reconnaît également l'existence de ce régime en ce qui concerne les numéros de téléphone dont la non-transférabilité de ces numéros ou blocs de numéros (relevant de la compétence exclusive de l'ART) renverrait à l'inaliénabilité du domaine public, de sorte qu'ils peuvent être considérés comme faisant partie des biens appartenant à l'État. Toutefois, les intérêts de plus en plus complexes entourant la réutilisation pèsent sur cette dimension de la propriété des données publiques.

135. La propriété de l'administration sur ses données est alors encadrée dans le domaine de la propriété intellectuelle. Ce régime protège les données une fois qu'elles ont été structurées au sein d'une base par le biais du droit d'auteur et du droit *sui generis*, qui sont respectivement soumis à une condition d'originalité et d'investissement humain, matériel ou financier substantiel. La jurisprudence du Conseil d'État du 10 juillet 1996³⁷⁸ a reconnu l'existence d'un droit d'auteur des personnes publiques sur leurs bases de

³⁷⁷ Conseil d'Etat, 2ème et 1ère sous-sections réunies, du 29 janvier 2003, n° 237618, mentionné aux tables du recueil Lebon, préc.

³⁷⁸ CE, Assemblée, du 10 juillet 1996, 168702 168734 169631 169951, publié au recueil Lebon, préc.

données, comme dans le cas du répertoire SIRENE de l'INSEE, qui répond à l'exigence d'originalité qui protège le droit de la propriété intellectuelle. Le droit *sui generis* est cependant plus complexe. En effet, bien que les personnes publiques puissent être les titulaires d'un tel droit, la jurisprudence du Conseil d'État du 8 février 2017³⁷⁹ a confirmé qu'une telle circonstance ne doit pas être un obstacle à la garantie de la liberté d'accès et de gratuité de réutilisation des données publiques pour lesquelles la loi prévoit de tels effets.

136. On entre alors sur un terrain peu exploré, sinon oublié, par le droit contemporain. En l'occurrence, il s'agit du domaine de la non-appropriation des données, tel que déterminé par l'exclusion de la loi. Le domaine de l'« inappropriabilité » les rapproche, de ce point de vue, de ce que l'on appelle les choses communes, émanant du droit romain, mais en vigueur jusqu'à aujourd'hui dans le cadre de l'article 714 du Code civil. En vue de dissiper toute confusion entre les *res communes* et les *res publicae*, il convient de noter que les choses communes diffèrent des choses publiques en ce que les premières n'appartiennent à personne, tandis que les secondes appartiennent à l'État. En outre, les choses communes doivent être distinguées du « patrimoine d'affectation » de Brinz et Bekker en ce sens que ce dernier fait référence à un usage spécifique, aussi appelé le « patrimoine-but ».

137. La complexité de la nature immatérielle des choses informationnelles conduit certains auteurs à préconiser la reconnaissance d'un « domaine commun informationnel ». Le terme « domaine commun » est employé afin d'effectuer une distinction avec le « domaine public » traditionnel du droit administratif et public en général. Le terme « informationnel » est utilisé dans le sens où il désigne tout ce qui peut servir de source d'information, excluant ainsi d'autres choses immatérielles qui peuvent être considérées comme communes (notamment certains éléments naturels comme l'air, l'eau et la terre, mais aussi la lumière, les étoiles et l'univers, et ceux déterminés par les lois de la physique, au-dessus de toute loi positive de l'homme). La reconnaissance d'un tel « domaine commun informationnel » n'a cependant pas été moins controversée. Les auteurs traditionnels du droit de la propriété intellectuelle soulignent qu'une telle reconnaissance est totalement inutile partant du principe que la propriété intellectuelle ne

³⁷⁹ CE, 10ème – 9ème ch. réunies, décision du 8 février 2017. Notrefamille.com / Département de la Vienne, préc.

définit que ce qu'elle protège et non l'inverse. Reconnaître un « domaine commun » reviendrait, ainsi, à inverser le principe par l'exception, ce qui conduirait à une « communauté de biens », voire une « communauté négative »³⁸⁰, laissée de côté par le droit positif depuis des millénaires. *A contrario*, on pourrait argumenter que le « domaine commun » ou « domaine public immatériel » existe dès lors que le droit positif le reconnaît par exclusion.

138. Ce qui précède fait l'objet d'un débat passionné, certes, mais avec la généralité qu'au cœur du sujet on partage l'objectif d'organiser la complexité de relations juridiques touchant la théorie de la propriété et des biens. En l'espèce, on parle de ce qui caractérise les données publiques, non pas par qui se dit être le propriétaire, mais pour qui elles s'avèrent utiles ou à quelles fins spécifiques elles doivent servir.

³⁸⁰ Robert Joseph Pothier qualifia en 1781 de « communauté négative » l'ensemble des choses matérielles qui « existait à l'origine en ce sens que la terre était également *ouverte* à tous » [nous soulignons]. V. Robert Joseph Pothier, « Droit à la propriété », *Traité sur différentes matières du droit civil*, 1781, article premier ; repris par la Communauté des Chercheurs sur la Communauté, « La communauté négative » [en ligne], consulté le 4 juin 2020 : https://communautesdeschercheurssurlacommunaute.wordpress.com/la-communauté-négative/#_ftn1

CONCLUSION DU TITRE I

139. La complexité des données informationnelles est déterminée par les divers intérêts et utilisations auxquels elles sont soumises. Avec l'avènement de la mondialisation et de la révolution numérique, l'État a évolué pour mettre en œuvre des politiques d'ouverture des données qui transforment profondément l'action publique. Corrélativement, les données entraînent une économie de la donnée et de l'information qui incite à la libéralisation des données publiques, les transformant en éléments d'information auxquels le public doit avoir un accès libre, égal et gratuit à toutes sortes de fins, y compris la réutilisation commerciale. Cette caractéristique les fait tomber dans le domaine des choses communes, qui n'est pas exempt de débats notamment s'agissant du régime de la propriété et de l'usage commun. Le régime applicable aux données publiques devrait donc être encadré dans le Code civil, en particulier à la lumière de l'article 714, et non dans le Code de la propriété intellectuelle. De fait, le régime des choses communes privilégie les droits d'usage sur les droits exclusifs, tandis que celui de la propriété intellectuelle privilégie les droits exclusifs sur les droits d'usage.

140. Par ailleurs, nombre de données, notamment des données publiques, sont issues des données personnelles des citoyens. Il apparaît donc pertinent d'analyser séparément, d'une part, le régime de protection applicable à ce type de données, en particulier en ce qui concerne la vie privée et la protection des données à caractère personnel des individus, et, d'autre part, l'incidence que ce régime a sur les fonctions propres de l'administration.

TITRE II. LES ENJEUX SPÉCIFIQUES DES DONNÉES PUBLIQUES ISSUES DE DONNÉES PERSONNELLES

141. Si le statut juridique des données publiques est complexe en raison des différents intérêts et usages auxquels elles sont soumises, leur production à partir d'éléments d'information considérés comme des données personnelles vient accroître cette complexité, méritant une analyse indépendante et approfondie. Les données publiques se trouvent ainsi dans une situation paradoxale : d'une part, les politiques d'ouverture des données s'imposent en vue de favoriser une économie de la donnée et un marché commun de l'information ; d'autre part, on constate une incompatibilité de ces politiques avec la nécessité de protéger les données personnelles et la vie privée, compte tenu de l'évolution rapide des technologies qui alerte sur la possibilité de réidentifier les individus, voire même de favoriser une surveillance généralisée du public³⁸¹.

142. L'écosystème des données comprenant des données publiques, privées et personnelles, parmi d'autres, permet en principe d'accélérer le flux d'informations, d'accroître l'efficacité de ses composantes, ainsi que d'améliorer les performances et la productivité des activités et systèmes de l'économie numérique³⁸². Or, la diversité d'un tel écosystème amplifie également les difficultés de traitement des données, en particulier les données personnelles et par conséquent de la protection de la vie privée. De surcroît, elle complexifie davantage les infrastructures numériques, les services et la propriété intellectuelle, induisant certains auteurs à prôner l'étude approfondie d'une sorte de souveraineté renouvelée à l'ère du numérique³⁸³. Ce dernier concept, compris dans un sens large comme le pouvoir des États de réguler les dynamiques socio-économiques dans le cyberspace, inclus dans le même temps le renforcement des libertés et droits fondamentaux des citoyens, cette fois-ci dans un espace hybride entre le réel et le virtuel³⁸⁴.

³⁸¹ Jennifer Marchand, « L'*open data*, la réutilisation des données publiques entre exigence démocratique et potentiel économique », art. préc., p. 4.

³⁸² Pierre Bellanger, « Les données personnelles : une question de souveraineté », *Le Débat*, vol. 183, n° 1, 2015, p. 14.

³⁸³ *Ibidem*, p. 15.

³⁸⁴ Sur ce point, il convient de noter que depuis les années 2000, le juriste américain Laurence Lessing attire l'attention sur le fait que l'ensemble d'activités dans l'espace numérique, régies par « le code informatique des technologies », nécessitent de la régulation de l'État comme le seul moyen permettant d'encadrer le techno déterminisme de l'ingénierie informatique. V. Lawrence Lessig, « Code is law », *Harvard*

143. La délimitation d'une telle « souveraineté numérique » n'est toutefois pas simple à définir. Au contraire, le pouvoir économique exercé à l'échelle mondiale par les géants du numérique, à l'instar des GAFAM, ainsi que par d'autres acteurs multinationaux émergents, tels que les chinois BATX³⁸⁵, suscite des inquiétudes de plus en plus évidentes ainsi que de nombreuses critiques. Il en va ainsi concernant le rôle de ces acteurs dans la gestion des relations sociales et économiques dans les pays où ils opèrent³⁸⁶. Pour Pierre Bellanger, l'un des premiers auteurs en France à populariser le terme de « souveraineté numérique », « les informations sont au réseau ce que l'argent est à l'économie. Il n'y a pas de politique économique sans souveraineté monétaire, il n'y a pas de politique numérique sans statut des données »³⁸⁷. La régulation des données informationnelles représente, en ce sens, une forme de « souveraineté numérique », nécessaire en vue de renforcer l'autonomie constitutionnelle des peuples, contribuer à l'universalisation de leur droit à l'autodétermination et, d'une manière générale, à mettre à jour les principes de la démocratie et de l'État de droit à l'ère du numérique³⁸⁸.

144. Il convient par conséquent d'analyser les enjeux spécifiques de la régulation des données publiques issues des données personnelles, en tant que faculté souveraine à l'ère du numérique (Chapitre 1). Puis d'aborder les questions en suspens dans le cadre de la protection de ce type de données (Chapitre 2).

Magazine, janvier 2000 [en ligne]. Consulté le 19 octobre 2020 : <https://harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law-html>

³⁸⁵ Deux acronymes désignent généralement les principaux acteurs américains du numérique : (1) les « Gafam » (Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft) qui sont les plus puissants économiquement et (2) les « Natu » (Netflix, Airbnb, Tesla, Uber) qui comprennent des acteurs moins puissants en termes économiques, mais qui sont déjà très présents sur le marché numérique à l'international. De même, en ce qui concerne les géants chinois du numérique, Baidu, Alibaba, Tencent, Xiaomi, qui gagnent également du plus en plus de terrain dans le marché, ils sont souvent appelés par l'acronyme « BATX », auquel on ajoute aujourd'hui souvent le H pour Huawei. V. Gérard Longuet, *Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la souveraineté numérique*, Tome 1, Nbp. 3, p. 29. Enregistré à la Présidence du Sénat le 1er octobre 2019.

³⁸⁶ En effet, on considère que le numérique transforme nombre d'activités de tout type telles que : la publicité, la grande distribution, les livres, la musique, les vidéos, les arts, le transport, l'agriculture, l'armée, l'éducation, l'industrie manufacturière. V. la section « Le numérique ébranle la puissance économique traditionnelle en bouleversant secteurs et marchés » in Catherine Morin-Desailly, *Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires européennes sur l'Union européenne, colonie du monde numérique ?*, pp. 29-33. Enregistré à la Présidence du Sénat le 20 mars 2013.

³⁸⁷ Bellanger, Pierre. « Les données personnelles : une question de souveraineté », art. préc., p. 15.

³⁸⁸ Pauline Türk, « La souveraineté des États à l'épreuve d'internet », *Revue du droit public*, n° 6, 2013, p. 1489.

Chapitre 1. La régulation des données publiques et personnelles en tant que faculté souveraine de l'État à l'ère du numérique

145. La souveraineté est largement comprise comme le « pouvoir suprême reconnu à l'État, qui implique l'exclusivité de sa compétence sur le territoire national (souveraineté interne) et son indépendance absolue dans l'ordre international où il n'est limité que par ses propres engagements (souveraineté externe) »³⁸⁹. En France, l'article 3 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 consacre que : « Le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément »³⁹⁰. Parallèlement, l'article 6 de ladite déclaration prévoit que : « La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. »³⁹¹. En d'autres termes, pour reprendre les mots de Louis Le Fur, la souveraineté est « la qualité de l'État de n'être obligé ou déterminé que par sa propre volonté, dans les limites du principe supérieur du droit, et conformément au but collectif qu'il est appelé à réaliser »³⁹².

146. À l'ère du numérique, la société transforme non seulement sa dynamique socio-économique, mais en devient également dépendante puisque, au lieu que ce soient les citoyens qui maîtrisent les usages technologiques, il apparaît que ce sont les technologies qui gèrent les activités quotidiennes des citoyens, notamment au moyen d'algorithmes, de l'intelligence artificielle et de la robotique, entre autres³⁹³. Pour ces raisons, certains auteurs appellent à une prise de conscience collective et à une implication de tous les acteurs de la société sur les principaux enjeux concernant les réseaux informatiques et les données numériques³⁹⁴. Cela nécessite de comprendre les avantages favorisés par les flux informationnels en termes d'efficacité, d'économie, de valeur, de performance et de productivité. En outre, cela implique de prendre conscience de la nécessité de restructurer les activités et processus des systèmes traditionnels, des

³⁸⁹ Définition de « souveraineté ». Dictionnaire de la langue française. Éditions Larousse [en ligne]. Consulté le 14 octobre 2020 : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/souverainet%C3%A9/74000>

³⁹⁰ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. [Texte en ligne]. Consulté le 23 septembre 2021 : <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-en-vigueur/constitution/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>

³⁹¹ *Ibidem*.

³⁹² Louis LeFur, *État fédéral et Confédération d'États*, Paris, 1896, p. 443.

³⁹³ Cf. *supra* : « Introduction », en page 13.

³⁹⁴ V. en ce sens : Pierre Belanger, *La souveraineté numérique*, Stock, 2014, 264 pages.

infrastructures numériques et, plus particulièrement, du régime juridique des données, des services, de la vie privée et de la propriété intellectuelle³⁹⁵.

147. Le Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la souveraineté numérique établit une première définition de la « souveraineté numérique », la considérant comme « la capacité de l'État à agir dans le cyberspace, dans deux dimensions » : (1) « la capacité d'exercer une souveraineté dans l'espace numérique [...] qui repose sur une capacité autonome d'appréciation, de décision et d'action dans le cyberspace [et qui] correspond de fait à la cyberdéfense » ; (2) « la capacité de préserver ou restaurer la souveraineté de la France sur les outils numériques afin de pouvoir maîtriser [les] réseaux, [les] communications électroniques et [les] données, publiques ou personnelles »³⁹⁶. La régulation de l'écosystème des données informationnelles, comprenant, parmi d'autres, des données privées, publiques et personnelles, se présente ainsi comme le pouvoir souverain du peuple, représenté démocratiquement par l'État, pour réguler les nouvelles dynamiques socio-économiques de l'ère numérique, conformément aux intérêts et aux lois nationales et communautaires, y compris les libertés et droits fondamentaux reconnus à chaque citoyen³⁹⁷.

148. On procédera, dans un premier temps, à l'analyse des mesures prises jusqu'à présent en la matière, en tenant particulièrement compte de la mise à jour du cadre juridique concernant la protection de la vie privée et les données personnelles, qui n'était plus adapté aux évolutions technologiques avant l'entrée en vigueur de la LRN et du nouveau RGPD (Section 1). Ensuite, dans un deuxième temps, on étudiera les conséquences d'une telle mise à jour, notamment en ce qui concerne la spécialisation du service public visant à garantir la mise à disposition effective et sécurisée des données publiques issues des données personnelles (Section 2).

³⁹⁵ Bellanger, Pierre. « Les données personnelles : une question de souveraineté », *Le Débat*, vol. 183, no. 1, 2015, p. 14.

³⁹⁶ Gérard Longuet, *Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la souveraineté numérique*, *Op. cit.*, p. 103.

³⁹⁷ Bellanger, Pierre. « Les données personnelles : une question de souveraineté », art. préc., p. 15.

Section 1. La nécessaire mise à jour d'un cadre juridique pour les données personnelles avant la LRN et le nouveau RGPD

149. L'avancée technologique a favorisé le développement d'un monde hyperconnecté caractérisé par la mise en réseau de différents types de services numériques, qui rend le régime de protection des données personnelles souvent inadéquat, à l'image des données connectées (*linked data*)³⁹⁸. Les politiques de confidentialité, souvent longues et peu protectrices de la vie privée, semblent, en outre, avoir été dépassées par l'avènement de technologies telles que les *big data*, qui regroupent et fusionnent des masses de données en vue de fournir des services personnalisés réduisant, en pratique, les possibilités réelles de s'opposer à la collecte et au traitement inapproprié des données personnelles³⁹⁹.

150. Face à ce problème, deux visions se sont imposées afin de mettre à jour le régime de protection des données personnelles, tout en préservant leur circulation et leur réutilisation utile au développement d'une économie de la donnée et d'un marché de l'information. D'une part, on trouve une logique traditionnelle de protection de la vie privée et des données personnelles, en tant que droits fondamentaux, veillant à protéger la personne et la dignité humaine. D'autre part, on trouve une logique économique-libérale qui propose la reconnaissance des droits de propriété sur les données personnelles. Au niveau européen, les réflexions juridiques et institutionnelles tendent à confirmer le refus d'une éventuelle patrimonialisation des données personnelles (1). Néanmoins, cette prise de position permet un renforcement des droits fondamentaux vis-à-vis les évolutions technologiques (2).

Paragraphe 1. Le refus d'une éventuelle patrimonialisation des données personnelles

151. En 2002, le juriste américain Lawrence Lessing avait développé l'idée d'accorder un droit réel aux données personnelles en proposant de repenser la vie privée comme une propriété intangible et suivant la logique du droit d'auteur, où les détenteurs de droits deviennent normalement plus motivés et réactifs pour s'opposer à l'utilisation

³⁹⁸ Danièle Bourcier et Primavera De Filippi, « Vers un droit collectif sur les données de santé », *Revue du droit sanitaire et social*, 2018, p. 444.

³⁹⁹ *Ibidem*.

non autorisée de leur propriété intellectuelle⁴⁰⁰. Du point de l'économie, cette approche considère que la patrimonialisation des données personnelles soutiendrait davantage la rhétorique de la protection de la vie privée, tout en la rendant plus « efficace »⁴⁰¹. En France, certains juristes se sont également prononcés en faveur de la reconnaissance d'un droit de propriété sur les données personnelles⁴⁰². Or, la promulgation de la LRN, puis l'entrée en vigueur du nouveau RGPD, confirment le rejet de cette apologie tant dans le cadre juridique national qu'eupéen⁴⁰³.

152. L'idée d'une monétisation des données personnelles, étroitement liée aux concepts de patrimonialité et de propriété, remonte à une vingtaine d'années et trouve ses motivations dans le développement progressif d'une économie de la donnée qui appelle à la commercialisation des données personnelles et, par là même, à la reformulation du cadre juridique applicable⁴⁰⁴. En ce sens, Nicolas Binctin considère que les données personnelles se caractérisent, en principe, par leur mécanisme exclusif de possession, notamment par le secret ou le contrôle, et répondent par conséquent au phénomène central de la propriété du droit commun comme « la volonté du propriétaire d'exclure »⁴⁰⁵. La loi reconnaît effectivement un mécanisme exclusif de contrôle par les individus sur les données personnelles les concernant, et va plus loin en reconnaissant le « droit à la portabilité »⁴⁰⁶, le « droit à l'oubli »⁴⁰⁷, ainsi que la possibilité d'établir un « testament numérique »⁴⁰⁸. Pour cet auteur, c'est précisément parce que l'individu jouit de ce

⁴⁰⁰ Lawrence Lessing, « Privacy as property », *Social Research: An International Quarterly*, vol. 69, n° 1, 2002, pp. 247-250.

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 255.

⁴⁰² V. en ce sens : Lucas Léger (dir.), *Rapport : Mes data sont à moi : pour une patrimonialité des données personnelles*, Groupe de réflexion « Génération libre », janvier 2018, 147 pages.

⁴⁰³ Juliette Schweiger, « Smart cities et nouveaux enjeux de protection des données : comment tirer profit du nouveau règlement européen ? », *Daloz IP/IT*, 2017, n° 12, p. 625.

⁴⁰⁴ Alain Bensoussan, *Informatique et libertés*, Ed. Francis Lefebvre, n° 280 2008, p. 39.

⁴⁰⁵ Nicolas Binctin, « Retour sur un cadre juridique complexe et en pleine évolution », in Lucas Léger (dir.), *Rapport : Mes data sont à moi : pour une patrimonialité des données personnelles*, op. cit., pp. 60-62.

⁴⁰⁶ Article 20 du RGPD - 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) : « 1. Les personnes concernées ont le droit de recevoir les données à caractère personnel les concernant qu'elles ont fournies à un responsable du traitement [...], et ont le droit de transmettre ces données à un autre responsable du traitement [...]. 2. Lorsque la personne concernée exerce son droit à la portabilité des données [...], elle a le droit d'obtenir que les données à caractère personnel soient transmises directement d'un responsable du traitement à un autre [...] ». *JO L 119* du 4 mai 2016.

⁴⁰⁷ Article 17 du RGPD : « La personne concernée a le droit d'obtenir [...] l'effacement, dans les meilleurs délais, de données à caractère personnel la concernant et le responsable du traitement a l'obligation d'effacer ces données à caractère personnel [...] ». *JO L 119* du 4 mai 2016.

⁴⁰⁸ Article 85 de la Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés : « Toute personne peut définir des directives relatives à la conservation, à l'effacement et à la

« pouvoir souverain » qu'il pourrait bénéficier d'un droit de propriété sur ses données personnelles⁴⁰⁹.

153. Dans le même ordre d'idées, Isabelle Landreau soutient que le cadre juridique actuel reconnaît désormais les prérogatives d'*usus* et d'*abusus* sur les données personnelles ; elle propose, en conséquence, d'organiser le *fructus* comme un mécanisme permettant aux individus de percevoir une partie des bénéfices générés par la commercialisation de leurs données personnelles, notamment dans le cadre de l'exploitation des données agrégées⁴¹⁰. En effet, en ce qui concerne la propriété, le droit français la consacre sur la base de trois prérogatives : (1) l'*usus*, qui est le droit de faire usage librement d'une chose ; (2) le *fructus*, qui est le droit de percevoir les fruits de cette chose ; (3) l'*abusus*, qui est le droit de disposer de la chose, soit en la transférant, soit en la détruisant⁴¹¹. Pour Landreau, les droits d'*usus* et d'*abusus* sont actuellement reconnus dans les articles 54 de la LRN, 17 et 20 du RGPD, respectivement, qui reconnaissent : les droits de décider et de contrôler les usages⁴¹², le droit à l'oubli, ainsi que le droit à la portabilité des données personnelles. Il n'y aurait donc qu'à organiser le *fructus* pour retirer les fruits du commerce juridique que de toute façon est fait, en pratique, des données personnelles par des tiers⁴¹³.

154. Concernant la patrimonialisation, l'idée a même été formellement présentée dans la sphère législative, en 2018, lorsqu'une proposition d'amendement suggérait la reconnaissance de droits moraux sur les données personnelles, précisément pour permettre aux individus de monétiser ces éléments d'informations à leur profit⁴¹⁴.

communication de ses données à caractère personnel après son décès. » ; modifié par Ordonnance n°2019-964 du 18 septembre 2019 prise en application de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice - art. 35 (VD). *JORF* n°0218 du 19 septembre 2019.

⁴⁰⁹ Nicolas Binctin, « Retour sur un cadre juridique complexe et en pleine évolution », in Lucas Léger (dir.), *Rapport : Mes data sont à moi : pour une patrimonialité des données personnelles*, op. cit., p. 60.

⁴¹⁰ Isabelle Landreau, « Le RGPD, un pas dans la bonne direction ? », in Lucas Léger (dir.), *Rapport : Mes data sont à moi : pour une patrimonialité des données personnelles*, op. cit., pp. 78-79.

⁴¹¹ Danièle Bourcier et Primavera De Filippi, « Vers un droit collectif sur les données de santé », *Revue du droit sanitaire et social*, 2018, p. 444.

⁴¹² Modifiant l'article 1 de la loi du 6 janvier 1978 qui établit : « Toute personne dispose du droit de décider et de contrôler les usages qui sont faits des données à caractère personnel la concernant ». *JORF* n° 0235 du 8 Octobre 2016.

⁴¹³ Isabelle Landreau, « Le RGPD, un pas dans la bonne direction ? », in Lucas Léger (dir.), *Rapport : Mes data sont à moi : pour une patrimonialité des données personnelles*, op. cit., pp. 78-79.

⁴¹⁴ L'amendement N° 20 du projet de loi relatif à la protection des données personnelles – (N° 592) présenté à l'Assemblée Nationale le 1 février 2018, proposait, après l'alinéa 1 de l'article L. 341-1 du code de la propriété intellectuelle, l'insertion d'un alinéa ainsi rédigé : « Le citoyen, entendu comme la personne humaine qui consent à faire exploiter ses données, jouit des droits moraux sur les données personnelles

La proposition a finalement été rejetée par l'Assemblée nationale au cours de la même année, ce qui est conforme à la position que d'autres institutions ont également adoptée sur cette question ⁴¹⁵.

155. En effet, les propositions relatives à une éventuelle patrimonialisation des données personnelles font l'objet de plusieurs critiques. En principe, une telle thèse ne tient pas compte du fait que la protection des données personnelles est fondée sur le droit au respect de la vie privée⁴¹⁶. Il s'agit d'un droit fondamental qui permet à chaque individu de profiter de certains pouvoirs et prérogatives afin de préserver l'intimité de sa vie privée. En d'autres termes, c'est « un droit subjectif, inséparable du sujet de droit » et à ce titre « il est opposable en justice et permet aux individus de limiter le pouvoir d'action des tiers », notamment sur des questions concernant leur sphère privée⁴¹⁷. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne place de ce fait ces droits au même niveau : l'article 7 prévoyant le respect de la vie privée et familiale⁴¹⁸, alors que l'article 8 consacrant la protection des données à caractère personnel⁴¹⁹, les deux dans le cadre des prérogatives dont tous les individus doivent pouvoir jouir.

156. Cela étant, la personne concernée est le titulaire légitime desdits éléments d'information, ce qui signifie que lorsque la donnée est un objet direct du sujet de droit, celle-ci est considérée comme un attribut de la personnalité et non pas une chose susceptible d'appropriation, comme ce pourrait être le cas des données organisées et structurées dans une base, protégées par la propriété intellectuelle⁴²⁰. La reconnaissance des prérogatives sur les données personnelles, sous réserve de certaines contraintes et limites que le législateur a édictées pour des raisons d'intérêt général, octroie aux

qu'il génère individuellement ou par l'intermédiaire des outils numériques qu'il utilise. ». Consulté le 12 octobre 2022 : <http://www.assemblee-nationale.fr/15/amendements/0592/AN/20.asp>

⁴¹⁵ Cf. *infra* : les positions de la CNIL et le CNum, en page 101.

⁴¹⁶ V. en ce sens : Guy Braibant, *Données personnelles et société de l'information, Rapport au Premier ministre sur la transposition en droit français de la Directive n° 95/46*, Paris, La documentation française, 1998, 291 pages.

⁴¹⁷ Danièle Bourcier et Primavera de Filippi, « Vers un droit collectif sur les données de santé », art. préc., p. 444.

⁴¹⁸ Article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : « Toute personne a le droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications ». *Journal officiel des Communautés européennes* du 18 décembre 2000.

⁴¹⁹ Article 8.1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : « Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant ». (2000/C 364/01), *Journal officiel des Communautés européennes* du 18 décembre 2000.

⁴²⁰ Pierre Catala, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », in Pierre Catala, *Le droit à l'épreuve du numérique*, Jus ex Machina, coll. "Droit, Éthique, Société", PUF, Paris, 1998, p. 232.

individus un droit à leur protection⁴²¹, qui diffère des droits réels qui reposent sur des choses. Ce régime confirme le caractère que revêtent les données en tant qu'émanations de la personne et non comme des choses incorporelles pouvant faire l'objet d'une appropriation⁴²².

157. La CNIL confirme ce raisonnement en considérant que la reconnaissance d'un droit de propriété sur les données personnelles est une « une fausse bonne idée »⁴²³, car elle entraînerait la perte de sa valeur en tant que droit fondamental et de la personnalité⁴²⁴. Envers et contre tout, elle souligne que la reconnaissance d'un tel droit risque d'ouvrir la voie à la dépossession des données personnelles, notamment des personnes les plus vulnérables, ce qui irait à l'encontre de l'inaliénabilité accordée par la protection en tant que droit fondamental⁴²⁵. De fait, la vente de données personnelles supposerait le transfert de droits de propriété aux sociétés acquéreuses, ce qui entraînerait aussi la renonciation au droit des individus de s'opposer à toute atteinte à leur vie privée, au contrôle, à l'exploitation et à la suppression des données les concernant⁴²⁶.

158. De même, le CNNum précise que face aux risques réels de réidentification des utilisateurs⁴²⁷, il n'existe pas, pour l'heure, de garanties techniques permettant d'exclure les données personnelles d'un droit patrimonial ; il observe, au contraire, que ce fait pourrait aller à l'encontre des mesures de sécurité visée par des figures légalement reconnues aujourd'hui telles que les processus d'anonymisation ou de pseudonymisation⁴²⁸. Au surplus, le CNNum considère qu'une éventuelle patrimonialisation des données personnelles irait à l'encontre de la Directive 96/9 du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, qui accorde déjà à

⁴²¹ *Ibidem*, p. 239.

⁴²² Avis n°2015-3 relatif au projet de loi pour une République numérique du Conseil national du numérique, 30 novembre 2015, p. 7.

⁴²³ CNIL, *Vie privée à l'horizon 2020, Paroles d'experts*, Cahiers IP Innovation et prospective, n° 1, p. 55.

⁴²⁴ Cet avis a aussi été suivi au préalable par le CNNum en 2015 en considérant que la protection vise protéger les personnes de manière non discriminatoire puisque l'on considère que ce serait les plus vulnérables qui, par manque d'alphabétisation, de temps ou d'argent, laisseraient la gestion, la protection, la valorisation et la monétisation de leurs données personnelles à la loi du marché. V. l'avis n°2015-3 relatif au projet de loi pour une République numérique du Conseil national du numérique, 30 novembre 2015, p. 3.

⁴²⁵ *Ibidem*.

⁴²⁶ Danièle Bourcier et Primavera de Filippi, « Vers un droit collectif sur les données de santé », art. préc., p. 452.

⁴²⁷ Sur ce point, cf. *infra* : « Les risques associés à la réidentification des individus et à l'injection de flux de données par l'individualisation », p. 121.

⁴²⁸ Avis du Conseil National du Numérique sur La libre circulation des données dans l'Union européenne, avril 2017, p. 3

leurs producteurs une double protection au titre du droit d'auteur et d'un droit *sui generis*⁴²⁹. Un tel régime de propriété sur les données personnelles pourrait alors, d'une part, être confronté à la difficulté d'identifier les titulaires des droits en raison de la mise en réseau privilégiée des données personnelles permettant de créer la valeur sur des données agrégées et des métadonnées⁴³⁰ et, d'autre part, conduire à un renversement du prisme en élargissant le champ de la protection des données personnelles en tant que données brutes, traditionnellement exclues de tout type de protection⁴³¹.

159. Par ailleurs, d'un point de vue pragmatique, la patrimonialisation des données personnelles n'aurait qu'une incidence négligeable sur la capitalisation de leurs titulaires. En effet, les simulations menées jusqu'à présent, notamment celles des modèles de « courtiers en données » (*data brokers*) tels que Acxiom et Bluekai aux États-Unis, ainsi que les projets « Midata » au Royaume-Uni et « Mesinfos » par la Fondation Internet Nouvelle Génération en France qui mènent des expérimentations concernant la vente de données personnelles⁴³², permettent d'entrevoir que le retour par individu de la monétisation des données personnelles ne pourrait atteindre que quelques dizaines d'euros par an⁴³³.

160. Il se confirme donc que la valeur économique des données dépend, dans une large mesure, de l'analyse qui en est faite avec une masse de données déterminée. Cela signifie que même si les individus peuvent être considérés comme de grands producteurs de données, en pratique, ils ont besoin de l'intermédiation d'acteurs technologiques spécialisés afin de transférer d'abord les données vers un marché de plateformes numériques, puis les organiser et les encadrer dans le but de leur donner une valeur monétaire⁴³⁴.

161. Compte tenu de ce qui précède, tant au niveau national qu'europpéen, la position demeure celle du rejet de l'idée de monétisation des données personnelles sous quelque forme que ce soit. À la place, le choix s'est porté sur le renforcement d'un cadre

⁴²⁹ *Ibidem*.

⁴³⁰ CNIL, *Vie privée à l'horizon 2020, Paroles d'experts*, Cahiers IP Innovation et prospective, n° 1, p. 56.

⁴³¹ En ce qui concerne les éléments informationnels libres de tout droit, cf. *supra* : « Vers la reconnaissance d'un "domaine commun informationnel" ? », sur la page 78.

⁴³² Isabelle Landreau, « Le RGPD, un pas dans la bonne direction ? », in Lucas Léger (dir.), *Rapport : Mes data sont à moi : pour une patrimonialité des données personnelles*, op. cit., p. 83.

⁴³³ Arnaud Anciaux et Joëlle Farchy, « Données personnelles et droit de propriété : quatre chantiers et un enterrement », *Revue internationale de droit économique*, vol. t. xxix, n° 3, 2015, p. 318.

⁴³⁴ *Ibidem*.

juridique centré sur l'individu pour une régulation *ex ante* contrôlée par les individus eux-mêmes, au-delà d'une régulation *ex post* sanctionnée par les autorités publiques⁴³⁵. La mise à jour de ce cadre juridique permet ainsi de trouver l'équilibre entre les prérogatives d'intérêt général défendues par l'État, notamment celle de la libre circulation des données et de l'information, et les droits fondamentaux de la protection de la vie privée et des données personnelles qui acquièrent une nouvelle dimension à l'égard des évolutions technologiques⁴³⁶.

162. L'article 1^{er} de la loi Informatique et libertés, modifié par la LRN, prévoit dans sa nouvelle formulation que : « L'informatique doit être au service de chaque citoyen. Son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale. Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques ». De même, il énonce que « les droits des personnes de décider et de contrôler les usages qui sont faits des données à caractère personnel les concernant et les obligations incombant aux personnes qui traitent ces données s'exercent dans le cadre » des dispositions établies par le RGPD⁴³⁷. Ce dernier, quant à lui, prévoit que « les personnes physiques devraient avoir le contrôle des données à caractère personnel les concernant [et dans ce contexte] la sécurité tant juridique que pratique devrait être renforcée pour les personnes physiques, les opérateurs économiques et les autorités publiques »⁴³⁸.

163. En somme, le droit confirme, *de jure*, le refus de la patrimonialisation des données personnelles. Or, comme le souligne Lee Tien en référence à nombre de services numériques : « si on ne nous demande pas de payer, et qu'ils dépensent autant [...], c'est qu'ils comptent vraiment monétiser les données [personnelles] »⁴³⁹. Nombre d'entreprises, y compris celles qui fournissent des services publics, fondent leurs *business*

⁴³⁵ Lucie Cluzel-Métayer, « La loi pour une République numérique : l'écosystème de la donnée saisi par le droit », *AJDA*, 2017, p. 349.

⁴³⁶ Danièle Bourcier et Primavera de Filippi, « Vers un droit collectif sur les données de santé », art. préc., p. 452.

⁴³⁷ Article 54 de la Loi pour une République numérique, complétant l'article 1er de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. *JORF* n° 0235 du 8 octobre 2016. Modifié ensuite par l'Ordonnance n° 2018-1125 du 12 décembre 2018 - art. 1. *JORF* n° 0288 du 13 décembre 2018

⁴³⁸ Considérant 7 du RGPD. *JOUE L127 2* du 23 mai 2018.

⁴³⁹ Lee Tien cité par la CNIL, *La plateforme d'une ville : les données personnelles au cœur de la fabrique de la smart city*, *op.cit.*, p. 19 ; repris de Nick Pinto, Google is transforming NYC's payphones into a 'Personalized propaganda engine' [en ligne], 6 juillet 2016. Consulté le 01 décembre 2020 : <https://www.villagevoice.com/2016/07/06/google-is-transforming-nycs-payphones-into-a-personalized-propaganda-engine/>

models sur la monétisation des données personnelles, en pratique par la libre prestation de services en échange de données et de publicité ciblée⁴⁴⁰.

164. On se trouve alors dans une sorte de statut hybride des données personnelles : d'une part, le cadre juridique préconise la protection de la vie privée et des données personnelles en tant qu'émanations (objets directs) de la personne ; d'autre part, les données personnelles font l'objet d'un commerce juridique entraînant une forme de marchandisation de la vie privée. Il n'y a donc pas, en principe, de droits réels sur les données personnelles ; cependant, celles-ci peuvent être reconnues comme des choses dans le commerce, voire même des biens *in commercium* quand elles sont capitalisées et transférées par des personnes privées, à condition d'être traitées légalement, ce qu'à confirmé la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 25 juin 2013⁴⁴¹.

165. Il serait alors pertinent de se demander si le développement d'une économie des données et d'un marché de l'information est compatible avec la protection de la vie privée et des données personnelles. Plus précisément, le caractère non appropriable de ce type de données et leur libre circulation privilégiée par le législateur ne transforment-ils pas ces données en une forme de choses communes ?

Paragraphe 2. Le positionnement pour un renforcement des droits fondamentaux vis-à-vis les évolutions technologiques

166. Suite au refus actuel de patrimonialisation des données personnelles et en se focalisant sur une logique centrée sur l'individu et la sécurité des données, le cadre juridique national et européen évolue vers une logique d'*empowerment* qui introduit une responsabilité conjointe entre les responsables du traitement et les sous-traitants⁴⁴². En effet, en tant que droit consacré par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la protection des données personnelles a pour objectif de garantir la protection vis-à-vis de leur traitement⁴⁴³. Plus précisément, il s'agit de veiller à ce que les

⁴⁴⁰ CNIL, *La plateforme d'une ville : les données personnelles au cœur de la fabrique de la smart city*, Cahiers IP Innovation et Prospective, n° 05, septembre 2017, p. 21.

⁴⁴¹ Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 25 juin 2013, 12-17.037, Publié au bulletin. ECLI:FR:CCASS:2013:CO00685

⁴⁴² Juliette Schweiger, « Smart cities et nouveaux enjeux de protection des données : comment tirer profit du nouveau règlement européen ? », art. préc., p. 625.

⁴⁴³ Article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne. *Journal officiel des Communautés européennes* du 18 décembre 2000.

technologies de l'information soient au service de chaque individu en ce sens qu'elles ne portent pas atteinte à l'identité humaine, aux droits de l'homme, à la vie privée ou aux libertés individuelles ou publiques⁴⁴⁴.

167. En principe, l'approche personnaliste des données personnelles au niveau européen s'inspire de l'idée d'un « droit à l'autodétermination informationnelle », envisagée pour la première fois par la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans sa décision du 15 décembre 1983. Celle-ci le conçoit comme étant la capacité de tout individu à décider de la communication et de l'utilisation qui est faite de ses données personnelles⁴⁴⁵. En France, elle est reprise en 2014 par le Conseil d'État dans son étude « Le numérique et les droits fondamentaux », afin de fournir les bases du cadre juridique en vigueur sur la protection des données à caractère personnel⁴⁴⁶. La LRN et le RGPD viennent ainsi consacrer cette approche personnaliste, à l'ère du numérique, en matière de protection des données personnelles en France et au niveau européen.

168. Au niveau juridictionnel, la Cour de justice de l'Union européenne confirme également une telle approche dans plusieurs arrêts. En premier lieu, dans l'arrêt *Digital Rights Ireland*⁴⁴⁷, qui privilégie la protection de la vie privée et des données à caractère personnel par rapport aux obligations de conservation des données établies par

⁴⁴⁴ Article 1^{er} de la Loi Informatique et libertés ; modifié par Ordonnance n° 2018-1125 du 12 décembre 2018 prise en application de l'article 32 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles et portant modification de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et diverses dispositions concernant la protection des données à caractère personnel. *JORF* n° 0288 du 13 décembre 2018.

⁴⁴⁵ Cour constitutionnelle fédérale (allemande), 16 février 1983, *BVerfGE*, tome 62, p. 1 ; Analyse Fromont, *RD publ.* 1983, p. 954.

⁴⁴⁶ V. Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, ancienne collection « Étude et documents du Conseil d'État », La documentation française, 2014, 446 pages.

⁴⁴⁷ L'arrêt du 8 avril 2014 de la CJUE, *Digital Rights Ireland*, a déclaré l'invalidité de la Directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2006, sur la conservation de données produites ou traitées dans le cadre de l'approvisionnement de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE. En l'espèce, le jugement considère que l'obligation générale établie par la directive 2006/24/CE de conserver les données relatives au trafic et les données de localisation, entraîne une interférence avec les droits fondamentaux au respect de la vie privée et à la protection des données personnelles, puisque la conservation des données n'est pas limitée à ce qui est strictement nécessaire et permet, au contraire, une conservation généralisée et indifférenciée des données à caractère personnel. V. Arrêt de la Cour (grande chambre) du 8 avril 2014. *Digital Rights Ireland Ltd contre Minister for Communications, Marine and Natural Resources e.a. et Kärntner Landesregierung e.a.* Demandes de décision préjudicielle, introduites par la High Court (Irlande) et le Verfassungsgerichtshof. Communications électroniques – Directive 2006/24/CE – Services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications – Conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de tels services – Validité – Articles 7, 8 et 11 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Affaires jointes C-293/12 et C-594/12. Recueil numérique (Recueil général). Identifiant ECLI: ECLI:EU:C:2014:238

la directive 2006/24/CE. En deuxième lieu, dans l'arrêt *Google Spain*⁴⁴⁸, qui reconnaît pour la première fois l'existence d'un « droit à l'oubli » en prévoyant que le traitement licite des données peut, au fil du temps, devenir incompatible avec les finalités pour lesquelles elles ont été collectées ou traitées et doivent par conséquent être supprimées⁴⁴⁹. Enfin, les arrêts *Schrems I*⁴⁵⁰ et *Schrems II*⁴⁵¹, sont également pertinents car ils donnent

⁴⁴⁸ Dans sa décision du 13 mai 2014 – *Google Spain* – la CJUE a reconnue, pour la première fois, l'existence d'un « droit à l'oubli », qui sera par la suite inscrit à l'article 17 du RGPD, entré en vigueur en 2018. En prévoyant que le traitement licite des données peut, au fil du temps, devenir incompatible avec la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données ; les données doivent donc être supprimées dès lorsqu'elles ne sont plus nécessaires aux fins pour lesquelles elles ont été collectées ou traitées, notamment lorsqu'elles « apparaissent inadéquates, qu'elles ne sont pas ou plus pertinentes ou sont excessives au regard de ces finalités et du temps qui s'est écoulé ». V. Arrêt de la Cour (grande chambre) du 13 mai 2014. *Google Spain SL et Google Inc. contre Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González*. Demande de décision préjudicielle, introduite par l'Audiencia Nacional. Données à caractère personnel – Protection des personnes physiques à l'égard du traitement de ces données – Directive 95/46/CE – Articles 2, 4, 12 et 14 – Champ d'application matériel et territorial – Moteurs de recherche sur Internet – Traitement des données contenues dans des sites web – Recherche, indexation et stockage de ces données – Responsabilité de l'exploitant du moteur de recherche – Établissement sur le territoire d'un État membre – Portée des obligations de cet exploitant et des droits de la personne concernée – Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Articles 7 et 8. Affaire C-131/12. Recueil numérique (Recueil général). Identifiant ECLI: ECLI:EU:C:2014:317

⁴⁴⁹ V. en ce sens : Jean-Luc Sauron, « L'affaire Schrems », *Gaz. Pal.*, n° 302, 29 oct. 2015, n° 244v8, p. 7.

⁴⁵⁰ Le 6 octobre 2015, la CJUE a invalidé les principes internationaux de protection de la vie privée de la « sphère de sécurité » entre les États-Unis et la Commission européenne, aussi connus sous le nom de Safe harbor, qui régissaient : (1) le transfert de données des citoyens européens vers ce pays et (2) leur utilisation par un certain nombre d'entreprises américaines dépendantes du département du Commerce des États-Unis. Sur de tels principes, la Cour a considéré qu'ils n'étaient pas conformes aux normes fixées par la directive 95/46/CE en ce qui concerne la sécurité des données personnelles, provenant de l'EEE, une fois sur le territoire étasunien. Selon la Cour, les entreprises américaines ne sont pas tenues de respecter ces principes lorsqu'elles sont confrontées à des demandes liées à la sécurité nationale, à l'intérêt public et au respect de la loi américaine (pt 86) ; cela entraîne qu'il n'existe pas de protection juridique efficace pour compenser les dommages résultant d'une telle ingérence, en plus du fait que les normes américaines ne prévoient aucun recours pour les individus pour accéder, corriger ou supprimer leurs données (pt 90) ; enfin, bien que l'adhésion aux principes du Safe harbor suppose un "niveau de protection adéquat", ces principes ne sont pas contraignants pour les autorités américaines, qui peuvent y accéder à peu près sans aucune limitation (pt. 94). Ces faits portent atteinte au droit à la vie privée garanti par l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux et, par conséquent, la Cour déclara invalide la décision 2000/520 de la Commission européenne selon laquelle les États-Unis garantissent un niveau de protection approprié des données à caractère personnel par le régime de la « sphère de sécurité » pour les entreprises américaines. V. Arrêt de la Cour (grande chambre) du 6 octobre 2015. *Maximilian Schrems contre Data Protection Commissioner*. Demande de décision préjudicielle, introduite par la High Court (Irlande). Renvoi préjudiciel – Données à caractère personnel – Protection des personnes physiques à l'égard du traitement de ces données – Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Articles 7, 8 et 47 – Directive 95/46/CE – Articles 25 et 28 – Transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers – Décision 2000/520/CE – Transfert de données à caractère personnel vers les États-Unis – Niveau de protection inadéquat – Validité – Plainte d'une personne physique dont les données ont été transférées depuis l'Union européenne vers les États-Unis – Pouvoirs des autorités nationales de contrôle. Affaire C-362/14. Recueil numérique (Recueil général). Identifiant ECLI:EU:C:2015:650.

⁴⁵¹ Plus tard, le 16 juillet 2020, en reprenant son premier arrêt *Schrems*, la CJUE invalida également le « bouclier de protection des données » ou Privacy shield, accordé de nouveau entre l'UE et l'USA, et remplaçant les anciens principes du Safe harbor. Cette fois-ci, la Cour estime que le « bouclier de protection des données » n'assure pas un niveau de protection équivalent à celui accordé par le RGPD au niveau européen. En concret, les autorités américaines peuvent avoir une ingérence dans la vie privée des personnes notamment par le Foreign Intelligence Surveillance Act (article 72) et l'Executive Order 12333 (pts 178 à

une portée générale à la suprématie des droits fondamentaux et à la protection de données personnelles, à l'égard du RGPD, sur le principe de la libre circulation des données tant sur le territoire européen qu'au niveau international⁴⁵².

169. Au regard de ce qui précède, les systèmes juridiques tendent effectivement à consolider une approche personnaliste de nature idéologique et traditionnelle du droit européen au niveau régional⁴⁵³. Cela comprend, au-delà de la reconnaissance d'un « droit à l'oubli » en droit européen, « la mort numérique » et le « testament numérique » en droit français, en tant que mécanismes de contrôle *ex ante* par les individus eux-mêmes⁴⁵⁴. Le cadre juridique reconnaît également des mécanismes de contrôle *ex post* afin de garantir que les données soient traitées de manière « loyale et légitime », au sens prévu par le RGPD⁴⁵⁵. Pour ces raisons, ce dernier accorde des facultés aux autorités nationales comme la CNIL pour imposer des amendes administratives⁴⁵⁶, tout en laissant la porte ouverte aux États membres d'imposer d'autres types de sanctions, ainsi que de prendre

182), puisque l'autorisation accordée pour le programme de surveillance des services de renseignement étrangers des États-Unis ne contient aucune limitation ou garantie pour les personnes non américaines concernées (pts 186 à 192). Ils permettent, en outre, de collecter des données à grande échelle, sans nécessairement les associer à un finalité spécifique, ce qui est contraire au principe de proportionnalité inscrit dans le droit européen (p. 183 et 184). Dans ces considérations, le Privacy shield contrevient les articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, mais aussi l'article 47 garantissant le droit à un recours effectif devant un tribunal impartial, compte tenu que le mécanisme de médiation mis en place doit rendre compte au secrétaire d'État américain, en plus de ne pas avoir le pouvoir de prendre des décisions contraignantes. V. Arrêt de la Cour (grande chambre) du 16 juillet 2020. Data Protection Commissioner contre Facebook Ireland Ltd et Maximilian Schrems. Demande de décision préjudicielle, introduite par la High Court (Irlande). Renvoi préjudiciel – Protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel – Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Articles 7, 8 et 47 – Règlement (UE) 2016/679 – Article 2, paragraphe 2 – Champ d'application – Transferts de données à caractère personnel vers des pays tiers à des fins commerciales – Article 45 – Décision d'adéquation de la Commission – Article 46 – Transferts moyennant des garanties appropriées – Article 58 – Pouvoirs des autorités de contrôle – Traitement des données transférées par les autorités publiques d'un pays tiers à des fins de sécurité nationale – Appréciation du caractère adéquat du niveau de protection assuré dans le pays tiers – Décision 2010/87/UE – Clauses types de protection pour le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers – Garanties appropriées offertes par le responsable du traitement – Validité – Décision d'exécution (UE) 2016/1250 – Adéquation de la protection assurée par le bouclier de protection des données Union européenne-États-Unis – Validité – Plainte d'une personne physique dont les données ont été transférées depuis l'Union européenne vers les États-Unis. Affaire C-311/18. Identifiant ECLI: ECLI:EU:C:2020:559.

⁴⁵² Cécile Crichton, « Transfert de données vers les USA : l'arrêt Schrems II », *IP/IT et communication*, Dalloz actualité, édition du 22 juillet 2020.

⁴⁵³ Danièle Bourcier et Primavera de Filippi, « Vers un droit collectif sur les données de la santé », art. préc., p. 444.

⁴⁵⁴ Sur ces mécanismes de contrôle, cf. *supra* : « Le refus de la patrimonialisation des données personnelles », en page 98.

⁴⁵⁵ CNIL, *La plateforme d'une ville : les données personnelles au cœur de la fabrique de la smart city*, op. cit., p. 41.

⁴⁵⁶ Article 83 RGPD. *JOUE L 119* du 4 mai 2016.

des mesures complémentaires⁴⁵⁷, dans le but d'assurer la protection effective des données personnelles⁴⁵⁸.

170. Il convient toutefois de noter que l'avancée des technologies et la mise en réseau des données oblige à repenser le schéma traditionnel de la protection des données personnelles vers un modèle qui tient compte de leur interdépendance et leur interconnexion, notamment dans un circuit de réutilisation massive⁴⁵⁹. En pratique, le grand nombre de systèmes, de dispositifs et d'acteurs exploitant les données, ainsi que leurs multiples transferts d'une plate-forme à l'autre rendent le consentement, le contrôle et la sécurité des données complexes, en particulier dans un contexte où la collecte est faite de manière automatisée et continue par des dispositifs technologiques⁴⁶⁰. Les technologies comme le *Big Data* entraînent la collecte massive de données sans objectif spécifique et remettent en question les principes fondamentaux de la protection des données personnelles, notamment la maîtrise par leurs titulaires, la finalité, la proportionnalité et l'obligation relative aux périodes de conservation limitées des données, tant par les responsables de traitement que par les sous-traitants⁴⁶¹.

171. De surcroît, la grande diversité des données dans le monde numérique, associée à la puissance analytique des nouvelles technologies comme le *Big data* ou les supercalculateurs, soulève des questions quant à l'efficacité des techniques légalement reconnues comme l'anonymisation. Question légitime s'il en est puisque le croisement des données anonymisées avec d'autres peut donner lieu à une éventuelle réidentification des individus⁴⁶². Sur ce point, Pierre-Jean Benghozi souligne, notamment, que même s'il est crédible de penser que les possibilités de capter des données individualisées pourraient

⁴⁵⁷ Article 84 RGPD. *JO L 119* du 4 mai 2016.

⁴⁵⁸ En complément des mécanismes de contrôle cités, on pourrait considérer ceux visés à l'article 68 de la Loi pour une République numérique qui insère un article L. 32-3 au Code des postes et des communications électroniques, notamment « le secret des correspondances électroniques » et l'interdiction du traitement automatisé des courriers électroniques à des fins publicitaires et statistiques, ou pour l'amélioration des services aux utilisateurs, en l'absence de consentement explicite. *JORF* n° 0235 du 8 octobre 2016.

⁴⁵⁹ Silvère Mercier et Philippe Eynaud, « Le droit d'auteur au défi des biens communs de la connaissance », *Revue Juris Associations*, 2014, n° 501, p. 31.

⁴⁶⁰ Juliette Schweiger, « Smart cities et nouveaux enjeux de protection des données : comment tirer profit du nouveau règlement européen ? », art. préc., p. 625.

⁴⁶¹ Laurent Cytermann, « La loi informatique et libertés est-elle dépassée ? », *RFDA*, 2015, p. 99.

⁴⁶² Jennifer Marchand, « L'*open data*, la réutilisation des données publiques entre exigence démocratique et potentiel économique », art. préc., p. 25.

être limitées par des techniques comme l'anonymisation, l'utilisation de données individualisantes sera toujours nécessaire pour des raisons de sécurité⁴⁶³.

172. Ainsi, si en principe il y a un positionnement pour un renforcement des droits fondamentaux face aux évolutions technologiques, le paradoxe se place entre le fait de vouloir garantir la protection de la vie privée et des données personnelles, et, dans le même temps, favoriser une économie de la donnée comprenant dans une large mesure des données à caractère personnel. Cela se produit dans un contexte où la numérisation entraîne, par ailleurs, des changements profonds dans la politique territoriale visant à prendre en compte des critères tels que la protection, l'ouverture et la valorisation des données publiques⁴⁶⁴. On constate alors l'apparition d'une nouvelle forme de spécialisation du service public, de caractère technique, résultant de la mise à jour du cadre juridique relatif à la protection des données personnelles, dans le but d'assurer un traitement efficace en vue de leur transformation en tant que données et informations publiques.

Section 2. La spécialisation du service public comme garant de la mise à disposition effective et sécurisée des données publiques issues des données personnelles

173. La mise à jour du cadre juridique relatif à la protection des données personnelles donne lieu à une nouvelle forme de technocratisation du service public, dans le sens où le développement de l'économie de la donnée et de l'information conduit à une expertise unique des fonctionnaires, qui doit être intégrée dans le cadre des activités quotidiennes menées par l'administration⁴⁶⁵. Or, la mise en œuvre d'une stratégie de protection des données personnelles vis-à-vis de leur ouverture et de leur valorisation n'est pas aussi évidente. Dès lors, un mauvais traitement des données personnelles peut

⁴⁶³ Pierre-Jean Benghozi repris par la CNIL, *La plateforme d'une ville : les données personnelles au cœur de la fabrique de la smart city*, op. cit., p. 41 : « la caractéristique générale de l'espace public est qu'il se prête à des occupations, des circulations pour des intérêts individuels. Dans ce contexte, est-il crédible de penser que l'on va borner les possibilités de capter les données individuelles par l'anonymisation ? Pour lui, la réponse est clairement non – ou en tout cas il serait naïf d'y répondre par la positive – car il y aura toujours des besoins de recourir à des données individualisées notamment pour des raisons de sécurité. La seule réponse crédible réside alors dans le renforcement des possibilités de contrôle ex post pour s'assurer que les données traitées le sont de manière loyale et légitime. ».

⁴⁶⁴ Juliette Schweiger, « Smart cities et nouveaux enjeux de protection des données : comment tirer profit du nouveau règlement européen ? », art. préc., p. 624.

⁴⁶⁵ Cf. *infra* : « La création du "service public de la donnée" et les enjeux de la stratégie de gestion des données personnelles », en page 110.

entraîner des conséquences négatives sur la vie privée des citoyens. Celui-ci peut provenir des responsables de traitement ou des sous-traitants dont la négligence est passible de sanctions⁴⁶⁶.

174. Le RGPD établit, à cet effet, des amendes administratives pouvant s'élever jusqu'à 10 et 20 millions d'euros s'agissant des personnes publiques et jusqu'à 2% et 4% du chiffre d'affaire annuel mondial total de l'exercice précédent dans le cas des entreprises⁴⁶⁷. En outre, l'article 226-17 du Code pénal français prévoit des peines allant jusqu'à cinq ans d'emprisonnement et une amende de 300.000 euros pour un traitement de données personnelles non conforme aux exigences établies par le RGPD⁴⁶⁸. Le traitement des données personnelles, par les personnes publiques, entraîne en conséquence, au-delà de l'émergence d'un service public spécialisé, des défis dans la stratégie de gestion pour la création d'un univers de données de plus en plus complexe (1). Ceci comporte, dans le même temps, des avantages mais aussi des challenges découlant d'un secteur public axé sur les données (2).

Paragraphe 1. La création d'un « service public de la donnée » et les enjeux de la stratégie de gestion des données personnelles

175. La LRN crée le « service public de la donnée » avec pour objectif de mettre à disposition et de faciliter la réutilisation des « données de référence » ayant un impact économique et social important⁴⁶⁹. Ce type de données publiques constitue un ensemble d'éléments d'informations de « référence commune pour nommer ou identifier des produits, des services, des territoires ou des personnes », qui doivent être mises à la disposition du public avec « un niveau élevé de qualité » et ce dans le but de permettre leur libre réutilisation⁴⁷⁰. Elles sont considérées comme des « données pivot », équivalentes à des « briques de base », qui seront liées à d'autres ensembles de données

⁴⁶⁶ Lucie Cluzel-Métayer, « Les limites de l'open data », *AJDA*, 2016, p. 106.

⁴⁶⁷ V. en ce sens les paragraphes 4 et 5 de l'article 83 du RGPD. *JO L 119* du 4 mai 2016.

⁴⁶⁸ Modifié par l'article 13 de l'Ordonnance n°2018-1125 du 12 décembre 2018 prise en application de l'article 32 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles et portant modification de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et diverses dispositions concernant la protection des données à caractère personnel. *JORF* n° 0288 du 13 décembre 2018. *JORF* n° 0235 du 8 octobre 2016.

⁴⁶⁹ L'article 14 de la LRN, créant l'article L321-4 du CRPA prévoit en effet que : « La mise à disposition des données de référence en vue de faciliter leur réutilisation constitue une mission de service public relevant de l'Etat. ». *JORF* n° 0235 du 8 octobre 2016.

⁴⁷⁰ Article L321-4 du CRPA créée par la LOI n°2016-1321 du 7 octobre 2016 - art. 14. *JORF* n° 0235 du 8 octobre 2016.

pour créer de la valeur informationnelle permettant le développement de nouveaux services tant publics que privés⁴⁷¹.

176. Au niveau national, la mission Etalab est l'institution en charge de mettre en œuvre le « service public de la donnée » dont l'objectif est de coordonner l'accès et la mise à disposition des données de référence et connexes, assurant la fiabilité, la disponibilité, la sécurité et le maintien en condition opérationnelle des données, en plus de contribuer à l'amélioration de leur qualité⁴⁷². En d'autres termes, Etalab est la structure publique en charge de l'édification d'un dense « univers de données » authentifiées, afin qu'elles puissent servir de levier économique et d'outil de modernisation à l'action publique⁴⁷³.

177. Dans des cas précis, cela concerne non seulement les données détenues par les personnes publiques, mais aussi celles des personnes privées dont le caractère est considéré comme « stratégique », méritant donc d'être divulguées sans nécessairement appartenir aux dites « données de référence »⁴⁷⁴. Il s'agit notamment des données reçues ou produites par les délégataires d'un service public et les structures ayant bénéficiés de subventions publiques⁴⁷⁵. Les personnes se trouvant dans ces situations sont tenues de fournir à l'autorité concédante les données et les bases de données sous un format électronique et ouvert, afin de permettre leur libre réutilisation par des tiers⁴⁷⁶. Or, le processus de collecte, de traitement et de mise à disposition de ces types de données promet d'être complexe à mettre en place, en particulier parce qu'il soumet les acteurs impliqués à des spécifications juridiques strictes et spécialisées que seuls certains, tels

⁴⁷¹ Lucie Cluzel-Métayer, « La loi pour une République numérique : l'écosystème de la donnée saisi par le droit », art. préc., p. 345.

⁴⁷² Article R321-8 du CRPA ; créé par l'article 1 du Décret n° 2017-331 du 14 mars 2017 relatif au service public de mise à disposition des données de référence. *JORF* n° 0064 du 16 mars 2017.

⁴⁷³ Étude d'impact du projet de la loi pour une République numérique, NOR : EINI1524250L/Bleue, 9 décembre 2015, P. 34 : « L'enjeu est ici de constituer, dans un univers de données très dense et dont les sources ne sont pas toujours identifiables ou maîtrisées, une ressource fiable et authentifiée par la puissance publique. ».

⁴⁷⁴ Lucie Cluzel-Métayer, « La loi pour une République numérique : l'écosystème de la donnée saisi par le droit », art. préc., p. 346.

⁴⁷⁵ V. en ce sens la Section 2, du Chapitre I, Titre Ier, de la loi pour une République numérique, faisant référence à l'ensemble de données d'intérêt général. *JORF* n° 0235 du 8 octobre 2016.

⁴⁷⁶ Article 17 de la Loi pour une République numérique. *JORF* n° 0235 du 8 octobre 2016.

que ceux qui se sont familiarisés avec le traitement des données, seront en mesure de respecter intégralement⁴⁷⁷.

178. En effet, la maîtrise des techniques entraîne un changement radical dans le traitement des données personnelles détenues par l'administration, ce qui comprend une mobilisation technique, financière et humaine importante qui peut aller au-delà des capacités de certaines personnes publiques, notamment des collectivités locales⁴⁷⁸. En outre, dans un contexte où les données publiques et personnelles font l'objet d'un commerce juridique, la spécialisation dans la gestion et le traitement des données est d'une importance capitale non seulement pour la protection de la vie privée, mais aussi dans un souci d'amélioration de l'approvisionnement et de personnalisation des services publics⁴⁷⁹. L'expertise mérite donc que les agents soient techniquement qualifiés dans le but d'atteindre le principe de mise à disposition spontanée de données publiques, établi par la LRN⁴⁸⁰.

179. Pour ce faire, le RGPD prévoit un nouvel acteur en la personne du Délégué à la protection des données personnelles (DPO pour *Data protection officer*) dont la désignation est rendue obligatoire lorsque le traitement est effectué par une personne publique, ou lorsque la nature, l'étendue et/ou les finalités du traitement nécessitent d'un contrôle régulier et systématique, tel que dans le cas de données sensibles à grande échelle⁴⁸¹. Le DPO est de ce fait un élément essentiel du nouveau service public de la donnée. En tant que tel, il doit assurer la transparence des projets afin d'éviter que les citoyens ne soient soumis à des décisions sur lesquelles ils n'ont pas de contrôle par rapport à l'utilisation qui est faite de leurs données personnelles, d'une part, et veiller à ce que les citoyens ne soient pas privés de l'exercice de leurs droits devant une éventuelle utilisation non souhaitée des données les concernant, d'autre part⁴⁸².

⁴⁷⁷ Lucie Cluzel-Métayer, « La construction d'un service public de la donnée », *Revue française d'administration publique*, vol. 167, n° 3, 2018, p. 498.

⁴⁷⁸ Lucie Cluzel-Métayer, « Les limites de l'open data », art. préc., p. 106.

⁴⁷⁹ V. CNIL, *La plateforme d'une ville : les données personnelles au cœur de la fabrique de la smart city*, op. cit., p. 20.

⁴⁸⁰ Charlotte van Ooijen, Barbara Ubaldi et Benjamin Welby, *A data-driven public sector: Enabling the strategic use of data for productive, inclusive and trustworthy governance*, OECD Working Papers on Public Governance, No. 33, Paris, OECD Publishing, Paris, 2019, p. 11.

⁴⁸¹ Article 37.1 a) et b) du RGPD. *JO L 119* du 4 mai 2016.

⁴⁸² Juliette Schweiger, « Smart cities et nouveaux enjeux de protection des données : comment tirer profit du nouveau règlement européen ? », art. préc., p. 631.

180. L'utilisation de nouvelles technologies comme le *Big data* rend cependant la stratégie de gestion des données complexe, puisque la collecte massive des données personnelles, notamment par nombre de projets dits « intelligents » faisant l'utilisation des « objets connectés » à grande échelle, soumet les données à des finalités multiples et diverses, qui ne sont pas nécessairement prévisibles dès la conception des projets⁴⁸³. En conséquence, la professionnalisation du DPO s'est imposée comme la condition *sine qua non* afin de concilier tous les intérêts autour des projets et de prendre toutes les mesures nécessaires en vue de garantir la sécurité des données personnelles, à tous les stades du traitement⁴⁸⁴. Cela implique d'envisager une protection contre un traitement non autorisé ou illicite mais aussi de prévenir toute perte, destruction ou détérioration (accidentelle ou non) des données, de manière concrète par des mesures techniques et organisationnelles appropriées pour garantir l'intégrité, la confidentialité et l'accessibilité des données⁴⁸⁵.

181. L'article 32 du RGPD prévoit plusieurs mesures à cet égard telles que : (a) la pseudonymisation et le chiffrement ; (b) les moyens permettant de garantir la confidentialité, l'intégrité, la disponibilité et la résilience constantes des systèmes et des services de traitement ; (c) les moyens permettant de rétablir la disponibilité et l'accès aux données dans des délais appropriés en cas d'incident physique ou technique ; (d) ainsi qu'une procédure visant à tester, à analyser et à évaluer régulièrement l'efficacité de telles mesures⁴⁸⁶. De même, il serait souhaitable que des rapports d'activité soient régulièrement présentés afin d'évaluer et de garantir l'efficacité des mécanismes de protection établis en tant que mesure de responsabilisation opérationnelle⁴⁸⁷.

182. En effet, la professionnalisation des agents permettrait, en principe, la bonne exécution du « service public de la donnée ». Le DPO est, en ce sens, la clé de voute chargé de veiller à ce que les principes garantissant la protection de la vie privée et les données personnelles soient intégrés dans les nouveaux services dès leur conception (*privacy by design*). Il est également compétent pour recommander la préparation d'une analyse d'impact sur la protection des données (AIPD), lorsque l'utilisation des technologies expose les données à un risque élevé pour les droits et les libertés des

⁴⁸³ Thibault Verbiest, « Smart cities et données », *Juris tourisme*, n° 221, 2019, p. 31 et s.

⁴⁸⁴ Article 5.1, f) du RGPD. *JO L 119* du 4 mai 2016.

⁴⁸⁵ *Ibidem*.

⁴⁸⁶ Article 32 du RGPD. *JO L 119* du 4 mai 2016.

⁴⁸⁷ Juliette Schweiger, « Smart cities et nouveaux enjeux de protection des données : comment tirer profit du nouveau règlement européen ? », art. préc., p. 629.

individus⁴⁸⁸. Or, l'élaboration d'une stratégie fiable ainsi que le traitement exact des données sont plus complexes en pratique qu'en théorie et une mauvaise maîtrise des techniques pourrait conduire à d'éventuelles négligences passibles de sanctions⁴⁸⁹. Par conséquent, le DPO doit jouer le rôle de régulateur interne dont la fonction doit être proactive. En cela, il exerce la double fonction : d'une part, garantir que les données sont correctement protégées dès la collecte ; d'autre part, être capable de créer une valeur publique afin que les données soient profitables à tous les intéressés, notamment par le renforcement de la collaboration de tous les acteurs impliqués dans leur production⁴⁹⁰. Il convient donc d'aborder les avantages et les défis potentiels auxquels doit faire face un secteur public axé sur les données, en particulier les données personnelles.

Paragraphe 2. Les avantages et les défis potentiels d'un secteur public axé sur les données personnelles

183. À l'ère du numérique, les données ont une valeur informationnelle qui peut être capitalisée de diverses manières. La situation globale d'un territoire, par exemple, peut être déterminée à partir d'un écosystème de données puisque ces éléments d'information constituent une représentation quantitative de la réalité, où la totalité des données reproduit ce qui est réel et se réfère à la dynamique socio-économique de ce territoire⁴⁹¹. Il s'agit notamment, outre les données personnelles, des données de santé, du transport, de la consommation, de l'environnement, de l'innovation et du développement économique, parmi d'autres, qui potentialisées par les technologies, pourraient contribuer à l'amélioration de la gouvernance publique, notamment par la réduction des déchets, des pannes, des accidents et des pertes de la plupart des systèmes⁴⁹². Ce fait place les écosystèmes de données au cœur du progrès social et du développement collectif, constituant ce que certains auteurs appellent une sorte de « bien commun », non seulement en raison de son origine émanant de tous les acteurs de la société, mais aussi de sa finalité en ce sens qu'il sert une cause d'utilité publique⁴⁹³.

⁴⁸⁸ Article 35 du RGPD concernant l'analyse d'impact relative à la protection des données. *JO L 119* du 4 mai 2016.

⁴⁸⁹ Lucie Cluzel-Métayer, « Les limites de l'open data », art. préc., p. 106.

⁴⁹⁰ Juliette Schweiger, « Smart cities et nouveaux enjeux de protection des données : comment tirer profit du nouveau règlement européen ? », art. préc., p. 628.

⁴⁹¹ Bellanger, Pierre. « Les données personnelles : une question de souveraineté », art. préc., p. 17.

⁴⁹² *Ibidem*, p. 18.

⁴⁹³ *Ibidem*, p. 19.

184. Or, d'après Simon Chignard et Louis-David Benyayer, les données doivent être distinguées selon trois facettes différentes en tant que : (1) matière première qui est la donnée brute ; (2) levier économique défini par la valeur marchande d'usage ; (3) actifs stratégiques où il faut analyser la capacité à posséder et à gérer une quantité significative de données, permettant d'occuper une position concurrentielle⁴⁹⁴. C'est ce dernier aspect qui pourrait créer de la valeur aux données produites par l'administration afin qu'elle puisse les capitaliser en interne devant leur libéralisation imposée par le législateur. Sur ce point, il convient de rappeler que l'ouverture des données publiques résulte du fait que ces données servent de référence au citoyen et à la sphère économique, et que leur accès libre et leur réutilisation gratuite répondent à des objectifs de transparence démocratique, de potentiel économique et d'innovation sociale⁴⁹⁵. Les données personnelles étant également soumises au principe de libre circulation, rien ne s'oppose à ce que l'administration les utilise dans un objectif d'amélioration de l'efficacité des services publics, notamment par leur échange avec d'autres agents économiques et administrations mais également par leur gestion stratégique⁴⁹⁶.

185. En effet, toutes les données, y compris les données personnelles des citoyens, notamment les données individualisantes, peuvent servir d'outil d'information aux administrations. D'une part, elles peuvent contribuer à améliorer les performances des fonctionnaires et renforcer leur capacité d'analyse pour une meilleure exécution de leurs fonctions. D'autre part, et par voie de conséquence, elles peuvent aider à identifier les problèmes territoriaux existants et les parties prenantes, prévoir les nouvelles tendances et les nouveaux besoins de la société, concevoir et adapter des approches politiques innovantes, suivre les activités et les politiques mises en œuvre, ainsi que gérer les ressources financières, temporelles, humaines et matérielles mobilisées pour relever les défis des politiques publiques⁴⁹⁷. Compte tenu de ce qui précède, le cycle de valeur des données publiques issues des données personnelles doit être compris suivant quatre phases : (1) la collecte et la production ; (2) le stockage, la sécurisation et le traitement des données ; (3) le partage, la sélection et la publication ; (4) l'utilisation et la

⁴⁹⁴ V. en ce sens : Simon Chignard et Louis-David Benyayer, *Datanomics : les nouveaux business models des données*, FYP éditions, 2015, 160 pages.

⁴⁹⁵ Concernant le « faisceau d'intérêts » imbriqués sur les données publiques, cf. *supra* : « Les différents intérêts publics et privés affectant la propriété des données publiques », en page 39.

⁴⁹⁶ Agence du patrimoine immatériel de l'État - APIE, *Patrimoine immatériel public : quels enjeux ?*, Ressources de l'immatériel, Collection « Pour comprendre », Décembre 2011, p. 4.

⁴⁹⁷ Charlotte van Ooijen, Barbara Ubaldi et Benjamin Welby, *A data-driven public sector: Enabling the strategic use of data for productive, inclusive and trustworthy governance*, *op. cit.*, p. 11.

réutilisation⁴⁹⁸. Les deux premières phases concernent la manière dont l'administration gère et rend compte des données qu'elle produit, collecte et conserve, tandis que les deux dernières ouvrent la voie à des possibilités pour créer une nouvelle valeur publique de tout un écosystème de données⁴⁹⁹.

186. Du point de vue interne, afin de pouvoir capitaliser les données publiques issues des données personnelles, par l'administration elle-même, les finalités d'utilisation et de réutilisation peuvent reposer sur : l'analyse statistique, l'apprentissage automatique, la visualisation, les décisions liées aux politiques et aux services, ainsi que sur les analyses de performance⁵⁰⁰. La finalité statistique pourrait être particulièrement importante puisqu'elle permet de mesurer le comportement des phénomènes « complexes »⁵⁰¹, notamment la mise en place de politiques publiques à l'échelle territoriale et leur impact sociétal. De même, l'analyse statistique permettrait de protéger la vie privée des individus en ce sens que le résultat du traitement ne constitue pas des données se référant à un individu en particulier, mais des données agrégées sur lesquelles ont été appliquées des mesures techniques ou opérationnelles faisant référence à une généralité de personnes⁵⁰². La finalité statistique est de fait compatible avec les finalités de collecte prévues par le RGPD et permettrait la conservation des données personnelles sur une plus longue période⁵⁰³. En outre, elle n'est pas définie de manière stricte et peut être interprétée de façon plus large dans le cadre de la législation nationale⁵⁰⁴.

187. Sur ce point, la jurisprudence du Conseil d'État confirme qu'un traitement subséquent des données à des « fins statistiques », « accessoire à la finalité principale », est possible à condition que les données collectées et les comparaisons qui peuvent en être faites ne puissent, par leur nature même, ignorer les principes et procédures de la loi du 6 janvier 1978 révisée, en particulier l'exigence d'un traitement « loyal et licite »⁵⁰⁵.

⁴⁹⁸ *Ibidem*.

⁴⁹⁹ V. en ce sens : OECD, *Axer le secteur public sur les données : marche à suivre*, OECD Publishing, Paris, 2020, <https://doi.org/10.1787/0090312e-fr>.

⁵⁰⁰ *Ibidem*.

⁵⁰¹ Sur ce point, v. Bernard Lietaer, Christian Arnspenger, Sally Goerner, Stefan Brunnhuber, *Money and Sustainability: The Missing Link: a Report from the Club of Rome-Eu Chapter to Finance Watch and the World Business Academy.*, 2012. Print. pp. 70-88.

⁵⁰² Considérant 162 du RGPD. *JO L 119* du 4 mai 2016.

⁵⁰³ Article 5 du RGPD. *JO L 119* du 4 mai 2016.

⁵⁰⁴ Juliette Schweiger, « Smart cities et nouveaux enjeux de protection des données : comment tirer profit du nouveau règlement européen ? », art. préc., p. 631.

⁵⁰⁵ Conseil d'État, 10ème et 9ème sous-sections réunies, 30 décembre 2009, n° 312051, Publié au recueil Lebon, p. 538.

En pratique, cela signifie que l'administration pourrait notamment utiliser l'analyse de données par des méthodes statistiques, l'analyse d'images et les techniques de géoréférencement, pour réduire la charge de travail des agents qui évaluent le coût des travaux publics, ce qui apporterait d'avantage une programmation plus efficace des audits en charge⁵⁰⁶.

188. Dans le même ordre d'idées, afin de mieux comprendre la perception que les citoyens ont des pouvoirs publics, l'administration pourrait effectuer des analyses des sites web et des médias sociaux dans le but d'identifier les contenus les plus pertinents et déterminer leur assimilation positive ou négative par la société⁵⁰⁷. À cet effet, la CNIL souligne que la « finalité du système doit être limitée » à : (1) « la mesure de l'audience du contenu visualisé » pour permettre l'évaluation du contenu publié et l'ergonomie du site ou de l'application ; (2) « la segmentation de l'audience du site » pour évaluer « l'efficacité des choix éditoriaux », sans qu'un individu en particulier ne soit concerné et ; (3) « la modification dynamique d'un site » dans son ensemble. Or, les données personnelles collectées sont limitées par l'impossibilité d'« être recoupées avec d'autres traitements » tels que les « fichiers clients » ou les statistiques de visites d'autres sites, ou transmises à des tiers. Enfin, « l'utilisation des traceurs doit également être strictement limitée à la production de statistiques anonymes » et leur champ d'application devrait « être limité à un seul éditeur de site ou d'application mobile et ne doit pas permettre de suivre la navigation » individualisée, notamment à l'aide de différentes applications ou en parcourant différents sites web⁵⁰⁸.

189. Ainsi, l'utilisation et la réutilisation des données personnelles pourrait venir en soutien lors de la prise de décision et de l'action publique, entraînant une forme

⁵⁰⁶ Sur ce point, l'organisme d'audit brésilien, le *Tribunal de Contas da União*, a identifié des telles avantages comme un outil complémentaire à la fonction publique. V. Charlotte van Ooijen, Barbara Ubaldi et Benjamin Welby, *A data-driven public sector: Enabling the strategic use of data for productive, inclusive and trustworthy governance*, *op. cit.*, p. 23.

⁵⁰⁷ Afin de suivre les progrès accomplis vers l'objectif 16 du développement durable, "Paix, justice et institutions efficaces", qui met l'accent sur la lutte contre la corruption, l'Institut national de statistique tunisien et le Programme des Nations unies pour le développement, ont lancé un projet pilote de ce type. En effet, les méthodes traditionnelles comme les enquêtes auprès des foyers n'étaient pas suffisantes par rapport à leur fréquence et à leur coût. V. en ce sens : OECD, *Axer le secteur public sur les données : marche à suivre* [en ligne], *op. cit.*

⁵⁰⁸ Article 5 de la Délibération de la CNIL no 2019-093 du 4 juillet 2019 portant adoption de lignes directrices relatives à l'application de l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée aux opérations de lecture et écriture dans le terminal d'un utilisateur (notamment aux cookies et autres traceurs). Par un rectificatif paru au JO du 18 juill., délibération rétablie. *JORF* n° 0166 du 19 juillet 2019.

de capitalisation indirecte et de valorisation des données par l'administration. Néanmoins, la production de données ainsi que leur traitement, en particulier l'anonymisation, restent des défis majeurs en ce qu'ils nécessitent une maîtrise des techniques qui prendront du temps à être assimilées par toutes les personnes publiques.

190. De fait, on considère que l'anonymisation est un mécanisme qui permettrait de valoriser les données publiques pour une réutilisation au profit de l'administration⁵⁰⁹. L'avancée technologique nécessite toutefois de prendre en considération les risques provenant de facteurs externes tels que les techniques d'ingénierie inversée de l'anonymisation, le croisement de données, ainsi que la spécialisation de certaines entreprises dans la réidentification des données personnelles notamment les « courtiers de données », qui pourrait porter atteinte aux principes de protection de la vie privée⁵¹⁰. Il paraît alors indispensable que les données soient totalement dés-identifiées, ce qui exige que les identificateurs directs et les quasi-identificateurs (c'est-à-dire ceux fortement corrélés avec les identificateurs uniques) soient soigneusement supprimés⁵¹¹. La mesure dans laquelle cela se produit avant que les données ne soient partagées avec des tiers est cependant un autre défi⁵¹².

191. En conséquence, la spécialisation des agents dans le traitement des données joue un rôle majeur dans la transformation numérique de l'administration. Sa fonction ne se limite pas seulement à s'assurer que les données sont correctement anonymisées, mais consiste aussi à favoriser la création de leur valeur publique permettant une amélioration dans la prise des décisions⁵¹³. La maîtrise des techniques reste alors un grand défi où une anonymisation déficiente pourrait entraîner non seulement la réidentification des individus ayant des répercussions négatives sur la vie privée, mais aussi la responsabilité de l'administration des suites d'un traitement négligent des données personnelles.

⁵⁰⁹ Juliette Schweiger, « Smart cities et nouveaux enjeux de protection des données : comment tirer profit du nouveau règlement européen ? », art. préc., p. 631.

⁵¹⁰ Rob Kitchin, *Getting smarter about smart cities: Improving data privacy and data security*, Data Protection Unit, Department of the Taoiseach, Dublin, Ireland, 2016, p. 34.

⁵¹¹ Pour une meilleure compréhension des « identificateurs », que l'on nommera aussi « étiquettes », Cf. *infra* : « Les risques associés à la réidentification des individus et à l'injection de flux de données par l'individualisation », en page 126.

⁵¹² Rob Kitchin, *Getting smarter about smart cities: Improving data privacy and data security*, *op. cit.*, p. 34.

⁵¹³ Juliette Schweiger, « Smart cities et nouveaux enjeux de protection des données : comment tirer profit du nouveau règlement européen ? », art. préc., p. 628.

Conclusion du Chapitre 1

192. À l'ère du numérique, l'administration est non seulement un grand producteur de données publiques, mais aussi un dépositaire de nombreuses autres données, notamment celles qui émanent de la sphère privée des citoyens. Le fonctionnement complexe de certaines nouvelles technologies, ainsi que la commercialisation des informations personnelles, rendent toutefois la protection de la vie privée et des données personnelles tout aussi complexe, ce qui oblige à repenser le cadre juridique de ce domaine. La régulation est donc le mécanisme juridique à mettre en place pour encadrer juridiquement les nouvelles dynamiques entourant la vie privée et les données personnelles, ce qui peut être perçue comme une forme de souveraineté étatique à l'ère numérique.

193. Les dispositions françaises et européennes ont été harmonisées pour mettre à jour tant le cadre concernant les données publiques que celui concernant les données personnelles. Ainsi, la thèse d'une dimension patrimoniale des données personnelles est rejetée et le cadre législatif est renouvelé afin de renforcer les libertés et les droits fondamentaux des individus dans le cyberspace. En conséquence, les prérogatives d'*usus*, de *fructus* et d'*abusus* des données à caractère personnel ne sont pas reconnues, mais plutôt des droits de nature subjective et des pouvoirs de contrôle par les individus sur les données émanant de leur personne sont consacrés. La jurisprudence a confirmé ce positionnement notamment par les arrêts *Digital rights Ireland*⁵¹⁴, *Google Spain*⁵¹⁵ et

⁵¹⁴ Arrêt de la Cour (grande chambre) du 8 avril 2014. *Digital Rights Ireland Ltd contre Minister for Communications, Marine and Natural Resources e.a. et Kärntner Landesregierung e.a.* Demandes de décision préjudicielle, introduites par la High Court (Irlande) et le Verfassungsgerichtshof. Communications électroniques – Directive 2006/24/CE – Services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications – Conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de tels services – Validité – Articles 7, 8 et 11 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Affaires jointes C-293/12 et C-594/12. Recueil numérique (Recueil général). Identifiant ECLI: ECLI:EU:C:2014:238, préc.

⁵¹⁵ Arrêt de la Cour (grande chambre) du 13 mai 2014. *Google Spain SL et Google Inc. contre Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González.* Demande de décision préjudicielle, introduite par l'Audiencia Nacional. Données à caractère personnel – Protection des personnes physiques à l'égard du traitement de ces données – Directive 95/46/CE – Articles 2, 4, 12 et 14 – Champ d'application matériel et territorial – Moteurs de recherche sur Internet – Traitement des données contenues dans des sites web – Recherche, indexation et stockage de ces données – Responsabilité de l'exploitant du moteur de recherche – Établissement sur le territoire d'un État membre – Portée des obligations de cet exploitant et des droits de la personne concernée – Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Articles 7 et 8. Affaire C-131/12. Recueil numérique (Recueil général). Identifiant ECLI: ECLI:EU:C:2014:317, préc.

*Schrems I*⁵¹⁶ et *II*⁵¹⁷. Néanmoins, la dynamique de l'économie des données et du marché de l'information reste sujette à des questionnements, en particulier en ce qui concerne sa compatibilité avec la protection de la vie privée et des données personnelles.

194. En effet, la libre circulation des données et de l'information vise à développer des produits et des services axés sur les intérêts des individus, ainsi que de nouvelles idées, connaissances, technologies et sciences. Les données faisant l'objet d'un commerce juridique, ce fait marchandise indirectement la vie privée, notamment en utilisant les données personnelles à des fins de profilage et de marketing. La non-patrimonialisation de la vie privée et des données personnelles n'exclut donc pas la possibilité d'une exploitation commerciale qui, en réalité, n'est limitée que par un contrôle d'usage de la personne concernée. Il s'agit de droits de la personnalité, malgré l'existence d'attributs pécuniaires différents de ceux des droits réels. Dès lors, sous réserve de respecter les exigences liées à la protection des données personnelles, toute personne peut collecter des données et en faire un usage légal et légitime. Or, l'exploitation de ces données continue de dépendre de la capacité technologique des acteurs concernés à collecter, posséder et traiter une masse considérable de données leur permettant de les capitaliser. On entre ainsi dans le domaine technique d'une spécialisation dans le traitement des données à caractère personnel.

⁵¹⁶ Arrêt de la Cour (grande chambre) du 6 octobre 2015. Maximilian Schrems contre Data Protection Commissioner. Demande de décision préjudicielle, introduite par la High Court (Irlande). Renvoi préjudiciel – Données à caractère personnel – Protection des personnes physiques à l'égard du traitement de ces données – Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Articles 7, 8 et 47 – Directive 95/46/CE – Articles 25 et 28 – Transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers – Décision 2000/520/CE – Transfert de données à caractère personnel vers les États-Unis – Niveau de protection inadéquat – Validité – Plainte d'une personne physique dont les données ont été transférées depuis l'Union européenne vers les États-Unis – Pouvoirs des autorités nationales de contrôle. Affaire C-362/14. Recueil numérique (Recueil général). Identifiant ECLI:EU:C:2015:650, préc.

⁵¹⁷ Arrêt de la Cour (grande chambre) du 16 juillet 2020. Data Protection Commissioner contre Facebook Ireland Ltd et Maximilian Schrems. Demande de décision préjudicielle, introduite par la High Court (Irlande). Renvoi préjudiciel – Protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel – Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Articles 7, 8 et 47 – Règlement (UE) 2016/679 – Article 2, paragraphe 2 – Champ d'application – Transferts de données à caractère personnel vers des pays tiers à des fins commerciales – Article 45 – Décision d'adéquation de la Commission – Article 46 – Transferts moyennant des garanties appropriées – Article 58 – Pouvoirs des autorités de contrôle – Traitement des données transférées par les autorités publiques d'un pays tiers à des fins de sécurité nationale – Appréciation du caractère adéquat du niveau de protection assuré dans le pays tiers – Décision 2010/87/UE – Clauses types de protection pour le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers – Garanties appropriées offertes par le responsable du traitement – Validité – Décision d'exécution (UE) 2016/1250 – Adéquation de la protection assurée par le bouclier de protection des données Union européenne-États-Unis – Validité – Plainte d'une personne physique dont les données ont été transférées depuis l'Union européenne vers les États-Unis. Affaire C-311/18. Identifiant ECLI: ECLI:EU:C:2020:559, préc.

195. La mise à jour du cadre juridique applicable au traitement des données à caractère personnel entraîne effectivement une forme de spécialisation de tous les acteurs concernés, ce qui donne lieu, dans le cas de l'administration, à un service public de la donnée. L'objectif est d'assurer la mise à disposition effective et sécurisée des données publiques lorsqu'elles émanent de données personnelles. Cependant, le progrès technologique rend le traitement de ces données complexe et la maîtrise de la technique devient certainement une condition indispensable à la bonne exécution du service public. Le RGPD a décidé de créer un nouvel acteur en la personne du DPO dont l'objectif est de veiller à ce que les principes de protection de la vie privée et des données personnelles soient intégrés dans les nouveaux services dès leur conception. L'élaboration d'une stratégie fiable et d'un traitement des données en accord avec la réglementation s'avère toutefois plus complexe en pratique qu'en théorie, et une mauvaise maîtrise de la technique peut entraîner une éventuelle négligence passible de sanctions.

196. L'utilisation des données par l'administration présente, par ailleurs, un certain nombre d'avantages et de défis. De fait, l'utilisation et la réutilisation des données personnelles peuvent aider à la prise de décision et à l'action publique, notamment grâce à l'analyse statistique, à l'apprentissage automatique, à la visualisation des décisions liées aux politiques et aux services, et à l'analyse des performances. La jurisprudence du Conseil d'État a confirmé la légalité de l'analyse statistique sous certaines conditions et la CNIL a donné des orientations spécifiques permettant une analyse correcte de la perception des services par le public au travers des sites web. Or, les développements technologiques rendent difficile la garantie technique de divers mécanismes de protection, notamment celui de l'anonymisation. Cette dernière doit également faire face à l'émergence de nouvelles techniques telles que l'ingénierie inversée de l'anonymisation et le croisement des données, ainsi que des « courtiers de données » spécialisés dans la réidentification des personnes à des fins commerciales. La régulation des données paraît en effet incomplète. Il convient à présent de s'intéresser aux enjeux juridiques subsistants dans le cadre de la protection des données à caractère personnel.

Chapitre 2. Les enjeux juridiques subsistants dans le cadre de la protection des données personnelles

197. L'ancien texte de la loi CADA prévoyait diverses dispositions visant à concilier la transparence administrative et la protection des données à caractère personnel. C'est dans ce cadre que les informations publiques qui contrevenaient à la protection de la vie privée n'étaient ni divulguées ni réutilisées. Toutefois, le traitement de ces informations pouvait faire l'objet d'exceptions lorsque la personne concernée donnait son consentement exprès à la diffusion de ses données, lorsque le traitement répondait à une disposition légale, ou encore lorsque les données étaient traitées de manière anonyme⁵¹⁸. Le cadre juridique actuel reprend des dispositions similaires mais, bien que l'anonymisation soit encore le mécanisme le plus efficace pour accomplir l'obligation d'ouverture des données publiques – puisqu'il permet en théorie de protéger les données personnelles dès la collecte sans devoir obtenir le consentement préalable des personnes concernées – un tel processus n'est pas entièrement exempt de risques car, selon les experts, aucun système d'anonymisation n'est infaillible⁵¹⁹.

198. En ce sens, l'avis du G29 (ancien organe consultatif indépendant de l'Union européenne sur la protection des données et de la vie privée)⁵²⁰ rappelle qu'une solution d'anonymisation doit être élaborée au cas par cas et adaptée aux utilisations prévues sur la base de trois critères répondant à trois questions : (1) l'individualisation : est-il toujours possible d'isoler un individu ? ; (2) la corrélation : est-il possible de relier des ensembles de données distincts concernant un même individu ? ; (3) l'inférence : est-il possible de déduire des informations sur un individu ?⁵²¹ Ledit avis décrit pareillement que les techniques d'anonymisation doivent s'articuler autour de deux principes essentiels (1) transformer les données pour qu'elles ne se rapportent plus à une personne en

⁵¹⁸ V. notamment les articles 6, 7 et 13 (abrogés) de la Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal. Version en vigueur du 20 décembre 2013 au 01 janvier 2016, modifiée par la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013- art. 21 ; v. en parallèle les dispositions de la Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, en particulier l'article 7. Version en vigueur du 07 août 2004 au 25 mai 2018, modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel – art. 2. *JORF* 07 août 2004.

⁵¹⁹ Lucie Cluzel-Métayer, « Les limites de l'open data », art. préc, p. 105.

⁵²⁰ A ce sujet, l'article 29 de la directive du 24 octobre 1995 sur la protection des données et la libre circulation des données a créé un groupe de travail réunissant des représentants de chaque autorité nationale indépendante de protection des données.

⁵²¹ V. Groupe de travail « article 29 » sur la protection des données, Avis 05/2014 sur les Techniques d'anonymisation, adopté le 10 avril 2014, 0829/14/FRWP216.

particulier et (2) généraliser les données pour qu'elles ne soient plus spécifiques à une personne, mais communes à un ensemble d'individus⁵²².

199. Ces dernières années, la relation entre le public et l'administration a subi une sorte de médiation technologique, transformant les plateformes numériques en un outil de participation démocratique⁵²³. C'est notamment le cas du processus de consultation du projet de loi de la LRN en 2015, qui a utilisé une plateforme numérique permettant aux citoyens de commenter et de proposer des amendements⁵²⁴. Cependant, cette forme de participation citoyenne est loin de prendre en compte toutes les dynamiques qui émergent à l'ère du numérique et qui méritent une protection renforcée de la vie privée et des données personnelles. En effet, à l'ère du tout connecté, les données personnelles ne peuvent plus être considérées comme des éléments d'information isolés, mais comme des réseaux de données reliées entre eux dans le but de donner aux données une valeur capitalisable dans leur ensemble⁵²⁵. Que ce soit en raison de la participation volontaire des citoyens ou parce qu'elles sont collectées comme une condition nécessaire à l'approvisionnement d'un service public, le droit doit donc trouver un mécanisme optimal afin de protéger les intérêts privés des individus, tout en préservant les prérogatives d'intérêt général défendues par l'État, notamment celle de la libre circulation des données et de l'information⁵²⁶.

200. La vie privée des individus étant au cœur de la protection des données à caractère personnel, ainsi que des évolutions technologiques qui lui donnent une nouvelle dimension à grande échelle, nous analyserons les enjeux sociaux liés au traitement des données personnelles (Section 1). Puis, nous aborderons la nécessaire prise en compte de droits collectifs d'une société interconnectée (Section 2).

⁵²² CNIL, « Le G29 publie un avis sur les techniques d'anonymisation » [en ligne], 16 avril 2014. Consulté le 01 décembre 2020 : <https://www.cnil.fr/fr/le-g29-publie-un-avis-sur-les-techniques-danonymisation>

⁵²³ Antonio A. Casilli, « Quatre thèses sur la surveillance numérique de masse et la négociation de la vie privée », in Jacky Richard et Laurent Cytermann (dir.), *Etude annuelle du Conseil d'Etat "Le numérique et les droits fondamentaux"*, Paris, La Documentation française, 2014, p. 430.

⁵²⁴ Pour une critique de ce type de participation citoyenne à l'ère du numérique, cf. *supra* : « La transformation numérique de l'État : un processus démocratique, pluriel et représentatif de tous les acteurs de la société ? », en page 47 ; v. également le site de concertation pour « co-écrire » le projet de loi pour une République numérique [en ligne]. Consulté le 19 juin 2019 : <https://www.republique-numerique.fr/>

⁵²⁵ Pierre Bellanger, « Les données personnelles : une question de souveraineté », art. préc., pp. 14-25.

⁵²⁶ Danièle Bourcier et Primavera de Filippi, « Vers un droit collectif sur les données de santé », art. préc., p. 452.

Section 1. Les enjeux sociaux liés au traitement des données personnelles

201. En général, on considère que les risques liés à la réidentification des utilisateurs pourraient être limités par l'application de techniques d'anonymisation dites *privacy by design* ou *privacy by default*⁵²⁷. Ces techniques sont respectivement consacrées à l'article 25 du RGPD en tant que : « Protection des données dès la conception et protection des données par défaut ». La première consiste à mettre en œuvre les mesures techniques et organisationnelles adéquates pour protéger efficacement les données personnelles, tant dans la détermination des moyens qu'à chaque étape du traitement, notamment par la mise en place de traitements comme la « pseudonymisation » et la « minimisation des données ». La seconde implique que les règles de protection des données soient appliquées par défaut, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une manipulation autre pour garantir cette protection⁵²⁸.

202. De même, la « pseudonymisation » désigne le traitement de données personnelles visant à empêcher qu'elles ne soient attribuées à une personne déterminée sans recours à des informations complémentaires⁵²⁹, alors que la « minimisation des données » implique que les données à caractère personnel doivent être « adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées »⁵³⁰. Néanmoins, compte tenu des évolutions technologiques, la réidentification des individus reste la principale préoccupation pour la sécurité des citoyens car le croisement de certaines données avec d'autres, risque de conduire à la création de profils hautement personnalisés se référant aux habitudes, lieux de fréquentation et activités quotidiennes des individus, ce qui impliquerait *de facto* une ingérence dans la vie privée⁵³¹.

⁵²⁷ Considérant 78 du RGPD. *JO L 119* du 4 mai 2016.

⁵²⁸ Article 25 RGPD. *JO L 119* du 4 mai 2016.

⁵²⁹ Cela se fait à condition que ces autres informations soient conservées séparément et fassent l'objet de mesures techniques et organisationnelles assurant une telle sécurité pour l'individu en question. V. l'article 4, 5) du RGPD. *JO L 119* du 4 mai 2016.

⁵³⁰ Article 5.1, c) du RGPD. Modifié par Rectificatif au règlement (UE) 2016/679, *JOUE L127 2* du 23/05/2018.

⁵³¹ Juliette Schweiger, « Smart cities et nouveaux enjeux de protection des données : comment tirer profit du nouveau règlement européen ? », art. préc., p. 626.

203. Les risques liés à la ré-identification éventuelle des personnes seront alors étudiés (1), ainsi que les éventuelles menaces d'une réutilisation indue des données supposément anonymisées à des finalités non souhaitées (2).

Paragraphe 1. Les risques associés à la réidentification des individus et à l'injection de flux de données par l'individualisation

204. Les données personnelles font l'objet de divers traitements en particulier la pseudonymisation, la minimisation et l'agrégation. Or, elles peuvent aussi faire l'objet de diverses utilisations, y compris le partage et la vente, à des fins de réutilisation par des tiers⁵³². La déduction et le couplage de certaines données avec d'autres peuvent, malgré l'anonymisation, amener à ce que les personnes soient potentiellement ré-identifiées, notamment par des techniques comme l'ingénierie inversée de l'anonymisation et la combinaison de données dépersonnalisées⁵³³. La garantie de la protection des données personnelles dépendra donc du niveau de sécurité des outils utilisés, ce qui signifie que plus le niveau d'agrégation est élevé, plus les outils de chiffrement doivent être avancés afin de réduire le risque de réidentification d'un individu ⁵³⁴.

205. En pratique, la pseudonymisation signifie qu'au lieu d'identifier une personne par son nom, un code unique lui est attribué et la protection est assurée dans la mesure où le code est utilisé pour identifier un individu. Cependant, le code est persistant et différent des autres et, de ce fait, il peut être suivi « dans le temps et dans l'espace » et être utilisé pour la création des profils individuels détaillés⁵³⁵. Autrement dit, une fois le code attribué, il se peut que celui-ci soit assimilé à d'autres pseudonymes persistants et lorsque le code est lié à d'autres données connues comme le nom, l'adresse, le numéro de carte de crédit ou l'adresse IP, même si la personne n'est pas identifiable dans un premier temps, la persistance du pseudonyme permet d'agir sur les données *a posteriori* notamment par le façonnement des interactions lors de rencontres ultérieures des

⁵³² *Ibidem*, p. 627.

⁵³³ Rob Kitchin, *Getting smarter about smart cities: Improving data privacy and data security*, *op. cit.*, p. 34.

⁵³⁴ Lucie Cluzel-Métayer, « Les limites de l'open data », art. préc., p. 105.

⁵³⁵ Solon Baracos et Helen Nissenbaum, Big data's end run around anonymity and consent, in Julia Lane, Victoria Stodden, Stefan Bender et Helen Nissenbaum, (eds), *Privacy, Big Data and the Public Good*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 55 ; repris par Rob Kitchin, *Getting smarter about smart cities: Improving data privacy and data security*, *op. cit.*, p. 34.

utilisateurs⁵³⁶. La déduction et le lien d'un pseudonyme à d'autres comptes et transactions signifie, en conséquence, qu'une personne peut potentiellement être ré-identifiée⁵³⁷.

206. Ceci étant, si aux yeux de la technique la réidentification est fréquemment possible, on considère que le risque de réidentification pourrait être limité par l'adoption de techniques dites *privacy by design* ou *privacy by default*. À titre d'exemple, la base de données du Système national d'informations inter-régimes de l'Assurance maladie (SNIIRAM) est conçue sur la base de ces techniques afin de protéger l'anonymat des individus dès la collecte de leurs données, grâce au codage initial du numéro de sécurité sociale⁵³⁸. Toutefois, si l'anonymisation prévue par ce type de dispositifs réduit considérablement les risques de réidentification des usagers, cette protection n'est pas aussi évidente lorsque les données sont produites directement par les citoyens, puisque le croisement de données dans une même base, ainsi que l'application des techniques complémentaires, pourraient donner lieu à la réidentification des usagers⁵³⁹.

207. En effet, les activités quotidiennes des citoyens fournissent aux acteurs du numérique une grande quantité de données génératrices de valeur, ce qui cantonne la « participation citoyenne » à un usage essentiellement marchand⁵⁴⁰. Le partage volontaire de données remet donc en question l'approche « participative »⁵⁴¹ de nombre de services publics et *business models* des entreprises, s'additionnant à un contexte où les délégataires de services publics peuvent avoir tendance à monétiser ces informations par différents moyens, y compris la publicité⁵⁴². De même, la prolifération des dispositifs connectés basés sur la collecte massive de données, place la protection des données personnelles dans une dichotomie entre liberté et sécurité. La sécurité des données devenant l'enjeu principal permettant de garantir la liberté des individus, celle-ci

⁵³⁶ *Ibidem*.

⁵³⁷ *Ibidem*.

⁵³⁸ Lucie Cluzel-Métayer, « Les limites de l'open data », art. préc., p. 106.

⁵³⁹ CNIL, *La plateforme d'une ville : les données personnelles au cœur de la smart city*, op. cit., p. 38.

⁵⁴⁰ Dominique Cardon et Antonio A. Casilli, « Qu'est-ce que la digital labor ? » [En ligne], 7 septembre 2015, La Revue des médias, INA, mis à jour le 24 avril 2019. Consulté le 09 juin 2020 : <https://larevuedesmedias.ina.fr/quest-ce-que-le-digital-labor>

⁵⁴¹ Sur ce point, il est important de souligner la critique de plusieurs auteurs sur des nouvelles formes de subordination, voire d'exploitation puisque non rémunérées, favorisées par les nouveaux usages numériques, notamment la participation volontaire des individus en échange de nouveaux services numériques. V. en ce sens : Trebor Scholtz (ed.), *Digital Labor : The internet as Playground and factory*, New York, Routledge, 2013, 258 pages.

⁵⁴² Anders Albrechtslund, « Online Social Networking as Participatory Surveillance », *First Monday*, vol. 13, n° 3, 2008, <https://doi.org/10.5210/fm.v13i3.2142>.

augmente parallèlement le risque de réidentification à grande échelle des individus et donne lieu à une sorte de surveillance généralisée du public à l'ère du numérique⁵⁴³.

208. Le risque de réidentification des individus peut ainsi avoir des conséquences néfastes sur la vie privée des individus pris isolément, mais aussi plus largement sur la dynamique sociale dans son ensemble notamment par l'injection de faux flux de données qui peut donner lieu à des phénomènes fictifs donnant naissance à de nouvelles formes de ségrégation et de « manipulation de masse »⁵⁴⁴. C'est, en ce sens, ce que soulignent Joe Shaw et Mark Graham (2017) dans le cas de Tel-Aviv en Israël où, d'après leurs études, *Google maps* répond aux requêtes de recherche des utilisateurs suivant la langue, hébreu ou arabe, contribuant à la ségrégation accentuée d'un territoire en conflit⁵⁴⁵. Il en va de même avec la ville de Rio de Janeiro au Brésil où Waze (une application mobile de cartographie participative) a mis en place une option permettant à ses utilisateurs d'éviter de passer par des « zones à haut risque », notamment les zones les plus défavorisées, ce qui va à l'encontre des politiques publiques d'inclusion estimant que c'est précisément l'augmentation de l'afflux qui, à l'inverse, pourrait contribuer à rendre ces zones plus sûres⁵⁴⁶.

209. En effet, le pouvoir des technologies semble être supérieure à la capacité d'agir du citoyen et peut également s'avérer plus insidieuse au sein l'ensemble de la société. Le risque de réidentification présente ainsi des conséquences négatives non seulement sur l'individu lui-même, mais aussi de manière plus générale sur l'ensemble des individus qui composent une population. Par conséquent, les individus se trouvent dans une situation où l'ordre de priorité entre la protection de la vie privée et la personnalisation des services risque d'être inversé. De surcroît, ils se trouvent dans un contexte où la durée de conservation et les utilisations secondaires des données, notamment par l'usage des *Big data* et des algorithmes, ne sont plus contrôlées *a priori*

⁵⁴³ Antonio A. Casilli, « Quatre thèses sur la surveillance numérique de masse et la négociation de la vie privée », in Jacky Richard et Laurent Cytermann (dir.), *Etude annuelle du Conseil d'Etat « Le numérique et les droits fondamentaux »*, op.cit., pp. 423 et s.

⁵⁴⁴ CNIL, *La plateforme d'une ville : les données personnelles au cœur de la smart city*, op. cit., p. 40.

⁵⁴⁵ V. Mark Graham, Matthew Zook et Andrew Boulton, « Augmented Reality in the Urban Environment: contested content and the duplicity of code », *Transactions of the Institute of British Geographers*, vol. 38, n° 3, 2013, pp. 464-479.

⁵⁴⁶ CNIL, *La plateforme d'une ville : les données personnelles au cœur de la smart city*, op. cit., p. 28.

par leurs titulaires⁵⁴⁷. En revanche, nous assistons au développement imminent d'une économie de la donnée qui remet en question non seulement la protection effective de la vie privée, mais qui risque également d'être à l'origine de nouveaux phénomènes sociaux, peu explorés à présent par le droit, tels que la ségrégation et les inégalités territoriales causées par l'injection de faux flux de données, ainsi que la « manipulation de masse » et la surveillance généralisée du public⁵⁴⁸.

Paragraphe 2. Les potentielles menaces d'une réutilisation induite des données supposément anonymisées pour des finalités non-souhaitées

210. La sécurité implique que toutes les mesures nécessaires doivent être prises afin d'assurer la sécurité des données, tant dans la détermination des moyens que dans le processus de traitement. Ceci implique une protection contre l'utilisation non autorisée ou illicite, la perte accidentelle, la destruction ou la détérioration de l'intégrité et de la confidentialité des données⁵⁴⁹. Or, à l'heure de l'internet des objets, des métadonnées et des algorithmes, les systèmes de corrélation, de déduction et de prédiction peuvent contredire le principe de finalité, consacrée aux articles 5.1 b) et 6 du RGPD, qui prévoit que les données à caractère personnel doivent être collectées pour des finalités explicites, légitimes et spécifiques, et ne doivent pas être traitées d'une manière incompatible avec ces principes⁵⁵⁰.

211. La CNIL considère que la collecte systématique de données personnelles ne peut donc être effectuée que dans certains cas. Elle reconnaît notamment comme licites les traitements visant une collecte systématique des données répondant aux besoins de maintien et de développement des systèmes, d'adaptation des tarifs concernant l'offre des produits ou des services, ainsi que de fourniture de services complémentaires par des sociétés tierces⁵⁵¹. En pratique, cela se fait au moyen d'une technique dénommée « profilage », qui est une forme de traitement automatisé de données à

⁵⁴⁷ Antonio A. Casilli, « Quatre thèses sur la surveillance numérique de masse et la négociation de la vie privée », in Jacky Richard et Laurent Cytermann (dir.), *Etude annuelle du Conseil d'Etat « Le numérique et les droits fondamentaux »*, op. cit., p. 425.

⁵⁴⁸ Joe Shaw et Mark Graham, « An informational right to the city? Code, content, control and the urbanization of information », *Antipode*, vol. 49, n° 4, 2017, p. 911.

⁵⁴⁹ Article 5.1, f) du RGPD. *JOUE* L 119 du 4 mai 2016.

⁵⁵⁰ Juliette Schweiger, « Smart cities et nouveaux enjeux de protection des données : comment tirer profit du nouveau règlement européen ? », art. préc., p. 631.

⁵⁵¹ V. Délibération n° 2012-404 du 15 novembre 2012 portant recommandation relative aux traitements des données de consommation détaillées collectées par les compteurs communicants. *JORF* n° 0015 du 18 janvier 2013.

caractère personnel visant à évaluer certains aspects relatifs à une personne, notamment pour analyser ou prévoir des questions concernant les performances professionnelles, la situation financière, la santé, les préférences personnelles, les intérêts, la fiabilité, le comportement, la localisation ou les déplacements⁵⁵².

212. Cette technique, bien qu'elle soit reconnue par l'article 4, 4) du RGPD, suscite des inquiétudes concernant la protection de la vie privée puisque le risque de réorientation des données est constamment présent, notamment par le partage et le transfert des données à des tiers qui peuvent modifier la finalité initiale de la collecte, ainsi que par le manque de transparence des algorithmes qui peut devenir un facteur de discrimination pour certains individus⁵⁵³. En effet, l'émergence des courtiers en données (*data brokers*) a fait naître un nouveau service sur le marché, celui du « profilage prédictif » des clients potentiels, permettant de connaître leurs préférences sur des biens et des services ainsi que la valeur et le risque qu'ils pourraient présenter pour les entreprises. De cette manière, en classant la population en fonction des revenus, les entreprises peuvent sélectionner certaines catégories de clients pour accorder un traitement privilégié et en exclure d'autres moins rentables, que ce soit de manière volontaire ou involontaire, notamment par l'accord d'un crédit, d'un bail, d'une hypothèque, d'un emploi, etc.⁵⁵⁴.

213. Le « profilage prédictif » peut alors donner lieu à ce que certains auteurs appellent « déterminisme des données » (*datadeterminism*), dans lequel les individus peuvent être identifiés non seulement sur la base de leurs comportements antérieurs, mais aussi sur ce qu'ils pourraient faire ou auraient tendance à faire dans l'avenir. Avec la limite de l'article 22 RGPD concernant la « décision individuelle automatisée, [comprenant] le profilage », et dans l'optique de favoriser une sorte de « gouvernance anticipative », l'analyse prédictive des données permettrait d'évaluer les comportements ou événements futurs-probables des citoyens afin de proposer des solutions politiques sur mesure⁵⁵⁵. C'est notamment le cas des services de renseignement de la police de Chicago aux États-Unis, qui appliquent désormais cette technique en établissant les profils des zones identifiées comme étant conflictuelles pour renforcer la sécurité. Cependant,

⁵⁵² Article 4, 4) du RGPD. *JOUE* L 119 du 4 mai 2016.

⁵⁵³ Juliette Schweiger, « Smart cities et nouveaux enjeux de protection des données : comment tirer profit du nouveau règlement européen ? », art. préc., p. 628.

⁵⁵⁴ Rob Kitchin, *Getting smarter about smart cities: Improving data privacy and data security*, op. cit., p. 36.

⁵⁵⁵ *Ibidem*, 37.

l'élaboration des profils de criminalité prédictifs, notamment à partir des registres d'arrestation, des relevés téléphoniques, des réseaux sociaux, ainsi que d'autres données, s'avère extrêmement délicat car si ces techniques permettent d'identifier des réseaux criminels potentiels, elles entraînent également des nouvelles formes de discrimination, voire d'incrimination prédictive⁵⁵⁶.

214. En France, la police de Nice, qui a renforcé la sécurité publique depuis l'attaque terroriste du 14 juillet 2016, utilise également des caméras intelligentes pour analyser les émotions et le comportement des passants, en donnant lieu à un type de surveillance numérique⁵⁵⁷. De même, dans les aéroports de Roissy et Orly à Paris, des portes de contrôle biométriques automatisées, dites ultra-sécurisées, ont été installées en 2018, basées sur la lecture d'un « passeport biométrique » et la « reconnaissance faciale »⁵⁵⁸ au moyen d'une caméra⁵⁵⁹. Ainsi, nombre de solutions technologiques exploitant des données personnelles promettent d'aider les responsables politiques et les opérateurs de sécurité à donner l'alerte et à identifier les personnes ayant un comportement suspect, non sans avoir d'abord renforcé les critiques sur les phénomènes de surveillance numérique et de discrimination prédictive⁵⁶⁰.

215. Sur ce dernier point, il convient de noter que le traitement des données biométriques est réglementé par le RGPD⁵⁶¹ et la directive 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 qui accorde un traitement spécial aux données

⁵⁵⁶ Matt Stroud, « The minority report: Chicago's new police computer predicts crimes, but is it racist? » [En ligne], The Verge, 19 February 2014. Consulté le 11 novembre 2020 : www.theverge.com/2014/2/19/5419854/the-minority-report-this-computer-predicts-crime-but-is-it-racist

⁵⁵⁷ Cf. Sylvain Louvet (réalisateur), *Tous surveillés : 7 milliards de suspects*, 2020, ARTE France, Capa Presse. Documentaire.

⁵⁵⁸ Sur ce point, l'article 4 du RGPD définit les « données biométriques » comme « les données à caractère personnel résultant d'un traitement technique spécifique, relatives aux caractéristiques physiques, physiologiques ou comportementales d'une personne physique, qui permettent ou confirment son identification unique, telles que des images faciales ou des données dactyloscopiques ». *JOUE* L 119 du 4 mai 2016.

⁵⁵⁹ Alice Vitard, « Les aéroports parisiens testent la reconnaissance faciale pour fluidifier l'embarquement » [En ligne], L'Usine digitale, 11 mars 2020. Consulté le 11 novembre 2020 : <https://www.usine-digitale.fr/article/les-aeroports-parisiens-testent-la-reconnaissance-faciale-pour-fluidifier-l-embarquement.N939016>

⁵⁶⁰ CNIL, *La plateforme d'une ville : les données personnelles au cœur de la smart city*, op. cit., p. 39.

⁵⁶¹ Sur ce point, l'article 9 du RGPD prévoit que : « Le traitement des données à caractère personnel qui [...] révèle des données biométriques aux fins d'identifier une personne physique de manière unique, [...] sont interdits. », sauf si l'une des conditions établies dans le paragraphe 2 dudit article est remplie, notamment le consentement, le traitement nécessaire à l'exécution des obligations, l'intérêt légitime, l'intérêt public, entre autres. Modifié par Rectificatif au règlement (UE) 2016/679, *JOUE* L127 2 du 23/05/2018.

personnelles à des fins de prévention et de détection des infractions pénales⁵⁶². Or le traitement délicat de cette sorte de données rend nécessaire que la mise en œuvre de techniques soit faite avec des mesures qui garantissent la sécurité des individus, principalement dans un contexte où le consentement n'a pas nécessairement été obtenu⁵⁶³. Ces mesures peuvent inclure notamment une évaluation de l'impact de la technologie appliquée sur la vie privée des personnes concernées⁵⁶⁴.

216. Dès lors, que ce soit pour des raisons de sécurité ou autres, la médiation technologique des services, qui donne lieu à des phénomènes tels que la surveillance généralisée du public et la discrimination des personnes, ne peut être contrée que par la seule considération des droits des individus. En d'autres termes, la protection des données personnelles incite à prendre en compte le rétablissement d'un équilibre des forces comprenant l'État, les acteurs technologiques et les individus⁵⁶⁵. Reconnaître les risques d'une économie des données, qui repose en grande partie sur les données à caractère personnel, exige donc non seulement de considérer une logique individualiste de la vie privée et des données personnelles elles-mêmes, mais aussi de s'assurer que les droits et libertés des individus sont respectés sur la base de leur dimension sociale, c'est-à-dire comme faisant partie de ce qu'Antonio Casilli appelle une « négociation collective »⁵⁶⁶.

Section 2. La nécessaire prise en compte de droits collectifs d'une société interconnectée

217. La mise en réseau des données signifie que les données sont non seulement interconnectées mais aussi interdépendantes. Cela donne lieu à la création d'ensembles de données à caractère individuel qui, cependant, ont également un caractère que l'on pourrait qualifier de collectif⁵⁶⁷. De ce fait, certains auteurs considèrent que la vision

⁵⁶² V. Directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil. *JOUE* L 119 du 4 mai 2016, pp. 89-131.

⁵⁶³ Article 22.3 du RGPD. *JOUE* L 119 du 4 mai 2016.

⁵⁶⁴ Juliette Schweiger, « Smart cities et nouveaux enjeux de protection des données : comment tirer profit du nouveau règlement européen ? », art. préc., p. 627.

⁵⁶⁵ Antonio A. Casilli, « Quatre thèses sur la surveillance numérique de masse et la négociation de la vie privée », in Jacky Richard et Laurent Cytermann (dir.), *Etude annuelle du Conseil d'Etat "Le numérique et les droits fondamentaux"*, op. cit., p. 432.

⁵⁶⁶ *Ibidem*, p. 434.

⁵⁶⁷ Danièle Bourcier et Primavera de Filippi, « Vers un droit collectif sur les données de santé », art. préc., p. 452.

individualiste du droit à la protection des données personnelles est insuffisante et dépassée⁵⁶⁸. Par conséquent, ils préconisent la reconnaissance d'une nouvelle conception de la vie privée comme un enjeu collectif qui modifierait, à son tour, le régime individualiste qui existe autour de la protection des données personnelles⁵⁶⁹.

218. En tant que droit collectif, cela permettrait à un plus grand nombre d'individus de s'opposer à l'utilisation abusive ou induite des données personnelles, notamment au nom de l'intérêt général ou collectif, ou bien de ce que Mustapha Mekki appelle l' « intérêt commun »⁵⁷⁰ résultant de la protection des « biens communs »⁵⁷¹. Cette notion sera développée ultérieurement⁵⁷², mais il est d'abord pertinent d'analyser les enjeux liés à l'émergence de la vie privée en tant qu'enjeu collectif (1), ensuite l'action de groupe comme outil juridique actuellement envisagé par la loi pour faire face à d'éventuelles irrégularités dans le traitement et la réutilisation des données personnelles (2).

Paragraphe 1. Les enjeux liés à l'émergence de la vie privée en tant qu'enjeu collectif

219. Pour Antonio Casilli, la société est entrée dans une ère où le cadre idéologique historiquement associé à la vie privée est à présent dépassé ; cependant, au lieu de s'affaiblir, la vie privée prendrait une nouvelle dimension en tant qu'enjeu collectif⁵⁷³. Initialement conçu comme un droit permettant de limiter les ingérences des tiers dans la sphère privée des individus, le droit à la vie privée a été graduellement subdivisé en plusieurs catégories, incluant la protection de la confidentialité des communications et celle des données à caractère personnel⁵⁷⁴. Pour certains auteurs, la

⁵⁶⁸ V. en ce sens: Charles Arthur, « The end of online privacy ? » [en ligne], *The Guardian*, 28 février 2012. Consulté le 25 septembre 2021 : <http://www.guardian.co.uk/technology/2012/feb/28/the-end-of-online-privacy>

⁵⁶⁹ V. en ce sens : Julie E. Cohen, « Turning Privacy Inside Out », *Theoretical Inquiries in Law* 20.1, version à paraître, 2019, Disponible sur : <https://ssrn.com/abstract=3162178>

⁵⁷⁰ V. Mustapha Mekki, « Intérêt commun », in Marie Cornu, Fabienne Orsi, Judith Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses universitaires de France, 2017, pp. 691 et s.

⁵⁷¹ Danièle Bourcier et Primavera de Filippi, « Vers un droit collectif sur les données de santé », art. préc., p. 453

⁵⁷² Cf. *infra* : « De l'intérêt public et général à l' "intérêt commun" des données publiques », en page 271.

⁵⁷³ Antonio A. Casilli, « Quatre thèses sur la surveillance numérique de masse et la négociation de la vie privée », in Jacky Richard et Laurent Cytermann (dir.), *Etude annuelle du Conseil d'Etat "Le numérique et les droits fondamentaux"*, *op. cit.*, p. 427.

⁵⁷⁴ Danièle Bourcier et Primavera de Filippi, « Vers un droit collectif sur les données de santé », art. préc., p. 452.

mise en réseau de données personnelles, favorisée par l'internet, atteste en effet la consolidation de l'hypothèse de « fin de la vie privée »⁵⁷⁵. Pourtant, pour d'autres, tels que Casilli, on assiste à une transition vers un modèle de *privacy as negotiation* appelant une hiérarchisation des informations personnelles, allant de celles dont la protection devrait être renforcée à celles qui pourraient être divulguées publiquement⁵⁷⁶.

220. De fait, la société actuelle se caractérise par une intermédiation technologique quotidienne réalisée de manière volontaire, involontaire, voire nécessaire, permettant l'accès à nombre de services publics et le respect des obligations légales. D'une part, en acceptant ou en évitant des interactions mais aussi en adaptant la fréquence et l'intensité des échanges, les individus partagent explicitement ou implicitement des informations qui, de manière dialectique et dynamique, émanent des interactions sociales médiées par des usages technologiques⁵⁷⁷. D'autre part, avec l'avènement de l'internet des objets et des capteurs intelligents, les individus ont également de moins en moins de pouvoir de négociation pour autoriser ou refuser l'accès aux informations émanant de leur sphère personnelle⁵⁷⁸. Pour ces raisons, compte tenu de l'usage généralisé des technologies par les individus, il serait effectivement plus opportun d'estimer que la vie privée est entrée dans une nouvelle forme d'appréhension à l'échelle sociale⁵⁷⁹.

221. Il faut noter, toutefois, qu'il existe de nombreuses situations où la technologie semble miner la volonté, voire la capacité des individus, pour exercer un véritable contrôle sur leurs données personnelles⁵⁸⁰. En ce sens, le consentement de la personne concernée⁵⁸¹ semble devenir une « fiction » puisque l'individu, même en

⁵⁷⁵ V. en ce sens: Charles Arthur, « The end of online privacy ? » [en ligne], *The Guardian*, 28 février 2012. Consulté le 25 septembre 2021 : <http://www.guardian.co.uk/technology/2012/feb/28/the-end-of-online-privacy>

⁵⁷⁶ V. en ce sens : Antonio A. Casilli, « Contre l'hypothèse de la "fin de la vie privée" », *Revue française des sciences de l'information et de la communication*, n° 3, 2013. Mis en ligne le 31 juillet 2013, consulté le 02 décembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/rfsic/630> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/rfsic.630>

⁵⁷⁷ Antonio A. Casilli, « Quatre thèses sur la surveillance numérique de masse et la négociation de la vie privée », in Jacky Richard et Laurent Cytermann (dir.), *Etude annuelle du Conseil d'Etat "Le numérique et les droits fondamentaux"*, op. cit., p. 431.

⁵⁷⁸ Arnaud Anciaux et Joëlle Farchy, « Données personnelles et droit de propriété : quatre chantiers et un enterrement », art. préc., p. 326.

⁵⁷⁹ Ibidem.

⁵⁸⁰ V. en ce sens : Christophe Lazaro et Daniel Le Metayer, « Le consentement au traitement des données personnelles : une perspective comparative sur l'autonomie du sujet », *Revue juridique Themis*, vol. 43, n° 3, 2015, pp- 768-815.

⁵⁸¹ L'article 4, 11 du RGPD définit le « consentement » comme « toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque par laquelle la personne concernée accepte, par une déclaration ou par un

supposant qu'il soit correctement informé, est de fait incapable de mesurer les conséquences de ses choix au moment où il autorise la collecte⁵⁸². Les conditions énumérées à l'article 32 de la Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés⁵⁸³, concernant notamment l'information des individus, ne garantissent pas la compréhension du traitement, que ce soit de manière directe ou subséquente des leurs données personnelles⁵⁸⁴.

222. En effet, la personne concernée doit être informée de l'identité du responsable de traitement et de son représentant, de la finalité du traitement, du caractère obligatoire ou facultatif des réponses, des conséquences éventuelles faute de réponse, des destinataires des données, des droits la concernant, de tout transfert hors de l'Union européenne, ainsi que de la durée de conservation des données (ou si cela n'est pas possible, des critères utilisés pour déterminer cette durée)⁵⁸⁵. Or, dans le contexte d'une captation et d'une réutilisation massive des données, les échanges avec les individus sont de moins en moins évidents et les données peuvent faire l'objet des multiples usages allant au-delà des finalités initiales de la collecte⁵⁸⁶.

223. Compte tenu de ce qui précède, le consentement peut donc ne pas être nécessaire dans certaines circonstances notamment : lorsque la personne a consenti au traitement pour une ou plusieurs finalités ; dans le cadre de l'exécution d'un contrat ou

acte positif clair, que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement ». *JOUE L 119* du 4 mai 2016.

⁵⁸² Thomas Bizet, « L'ambition individualiste de l'auto-détermination informationnelle », *Revue internationale de droit des données et du numérique*, vol. 3, 2017, p. 51.

⁵⁸³ Version en vigueur du 25 mai 2018 au 1 juin 2019. Modifié par la LOI n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles – art. 23 et 29. *JORF* n° 0141 du 21 juin 2018.

⁵⁸⁴ Thomas Bizet, « L'ambition individualiste de l'auto-détermination informationnelle », art. préc., p. 52.

⁵⁸⁵ Article 32 de la Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Modifié par LOI n°2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles - art. 23 et 29. *JORF* n° 0141 du 21 juin 2018. Version en vigueur du 25 mai 2018 au 01juin 2019.

⁵⁸⁶ Il s'agit de l'avis d'Isabelle Falque-Pierrotin, présidente de la CNIL, dans son audition du 26 novembre 2014, devant la Commission de réflexion et de propositions sur le droit et les libertés à l'âge numérique ; cité par Thomas Bizet, « L'ambition individualiste de l'auto-détermination informationnelle », art. préc., p. 51. En l'espèce, bien que l'avis du G29 renforce le concept de transparence dans la collecte des données, il est souligné que la critique ne porte pas sur une situation *de jure*, mais sur une situation *de facto*. En effet, l'efficacité de la lecture est mise en question : combien de personnes lisent réellement les conditions générales d'utilisation avant de permettre la collecte de leurs données personnelles ? Par ailleurs, l'efficacité de la compréhension de ces lectures prend-elle en compte les situations de fracture numérique existant au sein de la population et qui ont un impact majeur sur la qualité de la lecture ? Les critiques sont alors formulées dans une perspective sociologique dans laquelle, indépendamment des questions juridiques, il existe des réalités de fait qui vont au-delà de l'esprit de la loi ou du cadre juridique. Pour une lecture complète de l'avis du G29 (Groupe de travail « Article 29 ». Lignes directrices sur la transparence au sens du règlement (UE) 2016/679) : https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/wp260_guidelines-transparence-fr.pdf

de mesures pré-contractuelles impliquant la personne concernée ; dans le respect d'une obligation légale ; pour l'exécution d'une mission d'intérêt public ou émanant d'une autorité publique ; pour la sauvegarde des intérêts vitaux d'une personne ; ainsi que pour des intérêts légitimes, sauf si les intérêts ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée exigent la protection, en particulier dans le cas des données des mineurs⁵⁸⁷. Afin de surmonter la difficulté liée au consentement, la collecte doit s'appuyer sur les différentes possibilités prévues par la loi favorisant la mutualisation des systèmes de collecte et de traitement due à la multiplicité d'acteurs impliqués⁵⁸⁸. En pratique, le consentement est alors assez souvent une base légale substituable.

224. En conséquence, la vie privée n'apparaît plus comme un attribut des individus, ou en tout cas comme un attribut exclusif d'un seul individu⁵⁸⁹, mais au contraire, elle repose sur la recherche d'un accord entre plusieurs parties résultant d'un ordre relationnel qui tient compte des éléments intersubjectifs, des intérêts confrontés, ainsi que des concessions mutuelles réalisées et façonnées par des outils technologiques décentralisés, complexes et multidirectionnels⁵⁹⁰. Cette nouvelle conception de la vie privée, favorisée par les évolutions technologiques, appelle une évolution du cadre juridique non pas pour en limiter la portée mais pour en modifier l'appréhension et les formes⁵⁹¹. Autrement dit, il s'agit d'adapter les règles et les conditions d'usage des services technologiques aux nouvelles dynamiques socio-économiques de la société⁵⁹².

225. Le droit à la vie privée ne peut plus, dans de telles considérations, être conçu comme un droit individuel, mais doit être également perçu comme un droit collectif : c'est-à-dire, qu'il doit être considéré comme un droit qui se réfère en principe aux individus, mais qui peut être aussi exercé de manière collective⁵⁹³. Dans cet esprit, au-delà de la revendication individuelle reconnue à chaque individu sur sa vie privée et

⁵⁸⁷ Article 6, 1 du RGPD. Rectificatif au règlement (UE) 2016/679. *JOUE* L127 2 du 23 mai 2018.

⁵⁸⁸ Juliette Schweiger, « Smart cities et nouveaux enjeux de protection des données : comment tirer profit du nouveau règlement européen ? », art. préc., p. 625.

⁵⁸⁹ Arnaud Anciaux et Joëlle Farchy, « Données personnelles et droit de propriété : quatre chantiers et un enterrement », art. préc., p. 326.

⁵⁹⁰ Antonio A. Casilli, « Quatre thèses sur la surveillance numérique de masse et la négociation de la vie privée », in Jacky Richard et Laurent Cytermann (dir.), *Etude annuelle du Conseil d'Etat "Le numérique et les droits fondamentaux"*, op. cit., p. 431.

⁵⁹¹ Antonio A. Casilli, « Contre l'hypothèse de la "fin de la vie privée" » [En ligne], art. préc.

⁵⁹² Antonio A. Casilli, « Quatre thèses sur la surveillance numérique de masse et la négociation de la vie privée », in Jacky Richard et Laurent Cytermann (dir.), *Etude annuelle du Conseil d'Etat "Le numérique et les droits fondamentaux"*, op. cit., p. 432.

⁵⁹³ V. en ce sens : Geneviève Koubi, « Distinguer entre droits individuels et droits collectifs » [En ligne], Droit cri-TIC, 3 février 2008. Consulté le 08 juin 2020 : <https://koubi.fr/spip.php?article13>

ses données personnelles, l'appréhension collective de ces droits ouvrirait la voie à des redéfinitions pouvant délimiter ce qui est acceptable et souhaitable pour l'ensemble de la société dans ces domaines⁵⁹⁴. L'exercice d'« actions de groupe » permettant aux individus d'entreprendre une action conjointe auprès des tribunaux par rapport à l'usage indu de leurs données personnelles est l'exemple le plus clair, mais pas le seul, de l'émergence de la vie privée en tant qu'enjeu collectif de la société dans son ensemble.

Paragraphe 2. L'« action de groupe » comme outil juridique pour faire face à d'éventuelles irrégularités dans le traitement et la réutilisation des données personnelles

226. La loi reconnaît plusieurs actions pouvant être entreprises par les individus pour la défense des intérêts collectifs de l'ensemble de la société. Il peut s'agir initialement de l'action réservée au ministère public en défense de l'intérêt général mais qui, en vue de protéger efficacement les intérêts collectifs, a également donné lieu à la reconnaissance de nouveaux types d'actions notamment l'action collective visant à défendre un intérêt collectif, ainsi que l'action de groupe visant à défendre une somme d'intérêts individuels non identifiés de telle sorte que l'acteur peut ne pas disposer nécessairement d'un mandat pour l'exercice de l'action⁵⁹⁵. On se concentrera ici sur l'action de groupe, privilégiée par la loi pour la protection des données personnelles, non sans avoir d'abord abordé l'action collective qui peut être confondue avec la première.

227. En premier lieu, dans le système juridique français, l'action collective est une action légale qui est reconnue par la jurisprudence depuis les années 1900. Il s'agit notamment de l'action syndicale qui vise à défendre les intérêts d'une profession lorsqu'un acte risque de nuire à ces intérêts⁵⁹⁶. Plus récemment, dans les années 2000, la jurisprudence nationale a également reconnu que l'action collective peut être exercée par les associations pour la défense d'un intérêt collectif, sans qu'il soit nécessaire une

⁵⁹⁴ Arnaud Anciaux et Joëlle Farchy, « Données personnelles et droit de propriété : quatre chantiers et un enterrement », art. préc., p. 326.

⁵⁹⁵ Soraya Amrani Mekki, « Action collective et action de groupe », in Marie Cornu, Fabienne Orsi, Judith Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses universitaires de France, 2017, xxviii, p. 33.

⁵⁹⁶ En effet, on considère que l'action collective a été reconnue par la jurisprudence : Cass., Ch. réunies, 5 avril 1913 : D.P. 1914, I, 65, note Nast. ; Les Chambres réunies ont décidé que l'action syndicale pour défendre les intérêts de la profession était admissible lorsqu'un acte pouvait nuire à ses intérêts. Elle a été légalisée par la loi du 12 mars 1920 l'ayant incorporée au livre III du Code du travail par la loi du 25 février 1927.

habilitation législative ou sans que les statuts prévoient une telle action en justice, à la seule condition que l'action soit exercée conformément à leur objet social⁵⁹⁷. En général, l'action collective se caractérise par la possibilité d'être exercée à titre d'indemnisation ou de cessation, en vue d'un intérêt collectif, notamment pour la protection des consommateurs et de l'environnement qui sont des domaines du droit dans lesquels ce type d'action peut traditionnellement être exercé⁵⁹⁸.

228. En deuxième lieu, le système juridique français reconnaît également l'action de groupe comme une nouvelle forme d'action conjointe pouvant être exercée par les individus pour la défense d'intérêts pluri-personnels. Elle a été envisagée pour la première fois par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation⁵⁹⁹ et est exercée généralement sans mandat préalable des personnes concernées, pour la défense d'une somme d'intérêts individuels non identifiés. L'action conjointe se caractérise par un traitement commun de situations identiques ou similaires, est ouverte pour permettre la revendication de droits, de fait, inefficaces en raison de leur non-exercice, se limite aux associations et aux syndicats pour réduire le risque d'actions abusives et, permet, en cas de jugement favorable, à chacun des intéressés d'avoir droit à une indemnisation⁶⁰⁰. Avec la promulgation de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, une base procédurale spécifique lui est accordée⁶⁰¹ et son exercice est étendue à d'autres domaines du droit⁶⁰², notamment la protection des données à caractère personnel⁶⁰³. La CJUE, quant à elle, a jugé que, s'agissant de la protection des

⁵⁹⁷ Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 18 septembre 2008, 06-22.038, Publié au bulletin : « Une association, même hors habilitation législative, peut agir en justice au nom d'intérêts collectifs qui entrent dans son objet social ».

⁵⁹⁸ Soraya Amrani Mekki, « Action collective et action de groupe », in Marie Cornu, Fabienne Orsi, Judith Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, op. cit., p. 33.

⁵⁹⁹ V. LOI n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation. *JORF* n° 0065 du 18 mars 2014.

⁶⁰⁰ Soraya Amrani Mekki, « Action collective et action de groupe », in Marie Cornu, Fabienne Orsi, Judith Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, op. cit., pp. 34-35.

⁶⁰¹ Sur ce point, la LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, prévoit qu'une « action de groupe » peut être exercée soit devant le juge judiciaire (articles 60 à 84), soit devant le juge administrative (article 85) ; dans les conditions prévues à cet effet. *JORF* n° 0269 du 19 novembre 2016.

⁶⁰² En effet, l'« action de groupe » est également reconnue en matière de discrimination (articles 86 à 88) ; environnement (article 89) ; et santé (article 90). LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. *JORF* n° 0269 du 19 novembre 2016.

⁶⁰³ L'article 91 de la LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, en introduisant un article 43 ter, à la section 2, du chapitre V, de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, reconnaît que : « Lorsque plusieurs personnes physiques placées dans une situation similaire subissent un dommage ayant pour cause commune un manquement de même nature aux dispositions de la présente loi par un responsable de traitement de données à caractère personnel ou un sous-traitant, une action de groupe peut être exercée devant la juridiction civile ou la

personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et de la libre circulation de ces données, il est permis « à une association de défense des intérêts des consommateurs d'agir en justice, en l'absence d'un mandat qui lui a été conféré à cette fin et indépendamment de la violation de droits concrets des personnes concernées, contre l'auteur présumé d'une atteinte à la protection des données à caractère personnel [...] dès lors que le traitement de données concerné est susceptible d'affecter les droits que des personnes physiques identifiées ou identifiables »⁶⁰⁴.

229. Cependant, il convient de noter que les deux actions sont confondues tant en théorie qu'en pratique, probablement en raison de leur similitude avec les *class actions* exercées aux États-Unis et de leur difficile transposition dans le système juridique français. De même, l'absence de définitions positives dans les textes juridiques français pourrait être à l'origine d'une telle confusion⁶⁰⁵. Or, l'action collective vise en termes pratiques à défendre un intérêt collectif, alors que l'action de groupe est exercée pour une somme d'intérêts individuels ; les intérêts individuels et collectifs pouvant souvent se rejoindre, ce qui complique leur distinction notamment pour leur exercice devant la justice⁶⁰⁶. Le flou juridique laissé par les textes ne devrait pas pour autant être destiné à durcir un système fondé sur la recherche d'une protection efficace des droits, mais au contraire, les actions devraient pouvoir être complémentées et exercées conjointement sous réserve de pouvoir articuler les procédures⁶⁰⁷.

230. Le cas le plus évident d'une telle complémentarité se trouve dans le droit de l'environnement. En effet, la protection de l'environnement concerne en principe « le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé »⁶⁰⁸. Néanmoins, la protection de l'environnement *per se* est également perçue en tant qu'enjeu

juridiction administrative compétente ». *JORF* n° 0269 du 19 novembre 2016. Version en vigueur du 20 novembre 2016 au 25 mai 2018.

⁶⁰⁴ Arrêt de la Cour (troisième chambre), 28 avril 2022, « Renvoi préjudiciel – Protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel – Règlement (UE) 2016/679 – Article 80 – Représentation des personnes concernées par une association à but non lucratif – Action représentative intentée par une association de défense des intérêts des consommateurs en l'absence d'un mandat et indépendamment de la violation de droits concrets d'une personne concernée – Action fondée sur l'interdiction des pratiques commerciales déloyales, la violation d'une loi en matière de protection des consommateurs ou l'interdiction de l'utilisation de conditions générales nulles ». ECLI:EU:C:2022:322

⁶⁰⁵ V. en ce sens : Serge Guinchard, « Une class action à la française ? », *Recueil Dalloz*, 2005, p. 2180.

⁶⁰⁶ Soraya Amrani Mekki, « Action collective et action de groupe », in Marie Cornu, Fabienne Orsi, Judith Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.*, p. 37.

⁶⁰⁷ *Ibidem*.

⁶⁰⁸ LOI constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement. *JORF* n° 0051 du 2 mars 2005, p. 3697 – Article 1^{er}.

d'intérêt collectif⁶⁰⁹, donc à l'instar d'un droit collectif permettant l'exercice d'une action collective ou d'une action de groupe. Les associations peuvent ainsi agir en défense de l'environnement au nom de l'intérêt collectif à la seule condition que cela fasse partie de leur objet social, comme cela a été reconnu par la législation et la jurisprudence de ces derniers années⁶¹⁰. Or, elles peuvent aussi agir au nom d'une somme d'intérêts individuels, c'est-à-dire en tant qu'action de groupe, comme dans le cas d'une action entreprise par un groupe d'habitants vivant à proximité d'une usine de torréfaction de café et affectés par la pollution atmosphérique causée par celle-ci, un fait qui a été confirmé par la Cour de Cassation, première Chambre civile, le 27 mai 1975⁶¹¹. En l'espèce, bien qu'à l'époque l'action de groupe ne soit pas légalement reconnue, un groupe de voisins a constitué une association pour la défense de la pollution atmosphérique, rassemblant une somme d'intérêts individuels sur une question d'intérêt collectif, notamment la protection de l'environnement. Si en théorie il est possible de distinguer que les associations peuvent mener des actions collectives et de groupe, en pratique, cette circonstance peut être plus difficile à mettre en place notamment s'agissant du préjudice moral⁶¹².

231. En matière de données personnelles, l'action de groupe est l'action privilégiée par la loi pour la protection de la vie privée et des données à caractère personnel. Elle prend ses racines dans la loi de modernisation de la justice du 18 novembre 2016, qui la positionne comme une action pouvant être exercée « lorsque plusieurs personnes, placées dans une situation similaire, subissent un dommage causé

⁶⁰⁹ Mustapha Mekki, « Intérêt collectif », in Marie Cornu, Fabienne Orsi, Judith Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses universitaires de France, 2017, xxviii. p. 690.

⁶¹⁰ V. en ce sens la réponse du Ministère de la justice publiée dans le *JO Sénat* du 30 mars 2017 – p. 1304, à la Question écrite n° 21119 de M. Jacques Gersperrin (Doubs - Les Républicains) publiée dans le *JO Sénat* du 07 avril 2016 – p. 1384, sur le droit d'agir des associations, 14^e législature : « le législateur a habilité certaines associations à agir pour la défense d'intérêts collectifs en matière civile. Cette habilitation a notamment été accordée à des associations de défense des consommateurs ou à des associations agissant en droit de l'environnement. En outre, la Cour de cassation a étendu la recevabilité de l'action en justice d'associations non habilitées par la loi afin de faire cesser un trouble manifestement illicite par rapport aux causes qu'elles défendent (Civ. 1re, 14 novembre 2000, pourvoi n° 99-10.778). Elle a ensuite admis qu'une association pouvait agir pour la défense d'intérêts collectifs dès lors qu'ils entraient dans son objet social (Civ. 3e, 26 septembre 2007, pourvoi n° 04-20.636). Elle a enfin précisé, sur le fondement de l'article 31 du code de procédure civile relatif à l'intérêt à agir en justice et de l'article 1er de la loi du 1er juillet 1901, qu'une association pouvait ester en justice pour la défense d'intérêts collectifs, même hors habilitation législative et en l'absence de prévision statutaire expresse quant à l'emprunt des voies judiciaires, à la seule condition que les intérêts précités entrent dans son objet social (Civ. 1re, 18 septembre 2008, pourvoi n° 06-22.038) ».

⁶¹¹ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 27 mai 1975, 74-11.480, Publié au bulletin.

⁶¹² Mustapha Mekki, « Intérêt collectif », in Marie Cornu, Fabienne Orsi, Judith Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, op. cit., p. 691.

par une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public »⁶¹³. Elle a été renforcée par le RGPD, qui reconnaît le droit aux citoyens de mandater un organisme, une organisation ou une association sans but lucratif, dont les objectifs statutaires sont d'intérêt public et agissent dans le domaine de la protection des données à caractère personnel, pour exercer une réclamation en leur nom⁶¹⁴. La loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles, confirme cette suprématie de l'action de groupe en la matière en étendant la réparation des dommages matériels et moraux par le responsable du traitement ayant causé ces dommages⁶¹⁵.

232. Ainsi, le cadre juridique en vigueur reconnaît la possibilité de pouvoir exercer une action de groupe devant le tribunal civil ou administratif compétent, lorsque plusieurs personnes se trouvant dans une situation semblable font l'objet d'un dommage ayant pour cause commune un manquement de même nature par un responsable de traitement ou d'un sous-traitant⁶¹⁶. L'objectif de l'action est de mettre fin à ce manquement ou de tenir pour responsable la personne qui a causé le préjudice afin d'obtenir une réparation, voire les deux⁶¹⁷. Toutefois, la diversité des acteurs pouvant entreprendre l'action de groupe peut rendre également difficile sa différenciation de l'action collective. En effet, l'article 37 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés⁶¹⁸, reconnaît comme seuls autorisés à exercer l'action de groupe : les associations existant depuis au moins cinq ans et dont le but est de protéger la vie privée ou les données à caractère personnel, les associations de protection des consommateurs lorsque le traitement des données personnelles affecte les

⁶¹³ Article 85 de la LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. *JORF* n° 0269 du 19 novembre 2016.

⁶¹⁴ Article 80 RGPD. *JOUE* L 119 du 4 mai 2016.

⁶¹⁵ Article 25 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles, modifiant la LIL, art. 43 ter, II, III, IV. *JORF* n° 0141 du 21 juin 2018.

⁶¹⁶ Article 43.-ter.-II.- de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ; crée par la LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle – article 91. *JORF* n° 0269 du 19 novembre 2016.

⁶¹⁷ En complément avec l'article 62, alinéa 2 de la LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. Version consolidée au 15 juin 2020.

⁶¹⁸ Modifié par l'Ordonnance n° 2018-1125 du 12 décembre 2018 prise en application de l'article 32 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles et portant modification de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et diverses dispositions concernant la protection des données à caractère personnel – Article 1. *JORF* n° 0288 du 13 décembre 2018.

consommateurs, ainsi que les organisations syndicales des salariés ou de fonctionnaires lorsque les intérêts statutaires de leurs membres dans ce domaine sont affectés⁶¹⁹.

233. De fait, si l'on tient compte de la tradition juridique concernant la défense des intérêts collectifs, la protection d'un tel droit par les associations de consommateurs ou par les syndicats des professions devrait, en principe, être considérée comme une action collective et non une action de groupe. Or, en matière de données personnelles, le législateur a choisi d'intégrer l'action collective en ce qu'il régit comme faisant objet de l'action de groupe, notamment en habilitant les associations de consommateurs et les syndicats de professions, sans motif nécessaire, à la protection des données à caractère personnel⁶²⁰. Il va sans dire que, au sens strict, l'habilitation législative ne serait nécessaire que pour les associations spécialisées en la matière et ce sans considérer que la jurisprudence prévoit déjà une telle circonstance à la seule condition que cela fasse partie de leur objet social. Pour Soraya Amrani Mekki, c'est ce manque de différenciation d'une action par rapport à l'autre qui pourrait être à l'origine de la confusion théorique et pratique entre les deux actions dans l'esprit des justiciables, mais peut-être de manière plus importante, dans l'esprit du législateur lui-même⁶²¹.

234. En dépit de ce fait, on considère que l'action de groupe est un premier pas vers une nouvelle logique d'arrangements institutionnels dans lesquels les individus peuvent agir de manière conjointe pour traiter des questions concernant la protection des données personnelles⁶²². Cependant, une législation fondée sur des droits individuels semble encore insuffisante dans le contexte actuel d'une économie de la donnée interconnectée et interdépendante⁶²³. Par ailleurs, des phénomènes sociaux tels que la

⁶¹⁹ Article 37 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Version en vigueur au 30 nov. 20. Modifié par l'article 1 de l'Ordonnance n°2018-1125 du 12 décembre 2018 supra-cité - art. 1. *JORF* n° 0288 du 13 décembre 2018.

⁶²⁰ Par tradition, les actions intentées par des associations de consommateurs ou des syndicats sont considérées comme des actions collectives. Toutefois, le législateur décide de les classer dans ce qu'il appelle l'action de groupe. Cela n'est pas nécessaire puisque la loi habilite déjà les associations de consommateurs et les syndicats à intenter des actions collectives au nom des intérêts de leurs membres (notamment les données personnelles des consommateurs ou des membres d'un syndicat). En ce sens, l'habilitation législative ne serait nécessaire que pour les associations dont l'objet est la protection des données à caractère personnel de tout autre groupe de personnes.

⁶²¹ Soraya Amrani Mekki, « Action collective et action de groupe », in Marie Cornu, Fabienne Orsi, Judith Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, op. cit., p. 36.

⁶²² Arnaud Anciaux et Joëlle Farchy, « Données personnelles et droit de propriété : quatre chantiers et un enterrement », art. préc., p. 326.

⁶²³ Pour une critique en ce qui concerne la dimension individuelle de la protection des données personnelles, cf. supra : « La nécessaire prise en compte de droits collectifs d'une société interconnectée », en page 127.

surveillance généralisée du public, la manipulation de masses, les nouvelles formes de ségrégation influencées par l'injection des faux flux de données, ainsi que le déterminisme des données, permettent de constater que le cadre juridique concernant la vie privée n'est toujours pas achevé et mérite une étude plus approfondie à la lumière des considérations de nature collective⁶²⁴.

235. Dès lors, il semble intéressant d'évoquer la notion d' « intérêts diffus », étudiée depuis les années 70 dans la doctrine italienne, qui en termes généraux considère que les intérêts diffus désignent des intérêts qui n'ont pas un titulaire unique et peuvent être attribués à une généralité de personnes⁶²⁵. En d'autres termes, ils concernent un groupe d'individus indéterminés qui partagent un nombre de caractéristiques communes, unis par une circonstance de fait et pas nécessairement par un rapport juridique, pour la jouissance d'un droit⁶²⁶. La question de savoir qui est légitimé pour représenter les intérêts diffus ne fait toutefois pas l'objet d'un débat mineur et les positions doctrinales se sont développées dans des directions opposées : d'une part, certains auteurs insistent sur la nécessité d'une reconnaissance objective, notamment par l'habilitation légale des syndicats et des associations pour représenter de tels intérêts afin d'exercer une action collective ou diffuse en justice ; d'autre part, d'autres auteurs insistent sur une représentation subjective en reconnaissant la capacité des individus à agir comme une simple action, mais dont l'intérêt porté est ou appartient au public⁶²⁷.

236. Les arrêts *Schrems* de 2015 et 2020 de la CJUE sont particulièrement intéressants à cet égard puisqu'à l'origine il s'agit d'un litige engagé par une personne physique, Maximilian Schrems, contre une société de droit privé, personne morale, Facebook Ireland Ltd. Dans les deux cas, la Cour a estimé que les accords conclus par les autorités européennes et américaines pour le transfert de données personnelles de l'Europe vers les États-Unis étaient incompatibles avec les exigences d'adéquation prévues par le cadre juridique européen, lus à la lumière de la Charte des droits

⁶²⁴ Sur ce point, *cf. supra* : « Les enjeux liés à l'émergence de la vie privée en tant qu'enjeu collectif », en page 128.

⁶²⁵ Chiara Angiolini, « Intérêts diffus », in Marie Cornu, Fabienne Orsi, Judith Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses universitaires de France, 2017, xxviii, pp. 698-702.

⁶²⁶ V. en ce sens : Alexandra Aragão, « Les intérêts diffus, instruments pour la justice et la démocratie environnementale », *Vertigo - la revue électronique en sciences de l'environnement* [En ligne], Hors-série 22 septembre 2015, mis en ligne le 10 septembre 2015, consulté le 19 janvier 2021. URL : <http://journals.openedition.org/vertigo/16284> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/vertigo.16284>

⁶²⁷ Chiara Angiolini et Michael William Monterossi, « Action diffuse (Italie) », in Marie Cornu, Fabienne Orsi, Judith Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.*, pp. 37-42.

fondamentaux de l'Union (articles 7, 8 et 47 notamment), qui a eu pour effet d'invalider les actes dans leur ensemble⁶²⁸. Outre les questions techniques concernant l'interprétation et l'application exactes des dispositions légales en matière de protection de données, la jurisprudence de la Cour est intéressante car, bien que la procédure commence par un conflit entre particuliers, les déclarations d'invalidité ont une portée générale dans le sens où elles protègent non seulement les droits de la personne qui exerce l'action, mais aussi ceux de l'ensemble des personnes protégées par le cadre juridique européen, à savoir tous les individus se trouvant sur le territoire européen au moment de la collecte de données⁶²⁹. Cela soulève la question de savoir si nous serions ici dans ce qu'on appelle un cas d'« intérêt diffus » ?

237. En tout état de cause, il ne fait aucun doute qu'en concevant ces droits non seulement à l'échelle de l'individu au singulier, mais aussi à l'échelle globale des individus dans leur ensemble, on assiste à la transition d'une compréhension de la vie privée et des données personnelles de manière « trans-personnaliste »⁶³⁰ ou « trans-individualiste »⁶³¹, ce qui en fait un véritable enjeu collectif de toute la société⁶³². Il convient de noter, néanmoins, qu'en l'état actuel, la dimension collective de ces droits ne peut être affirmée qu'une fois le conflit arrivé. Il s'agit alors de passer d'une logique post-conflit à une autre de « négociation collective » avant le conflit, dont il convient de se demander s'il serait possible d'envisager un système de protection préventive des droits, tout en préservant cette vision collective d'arrangements institutionnels.

⁶²⁸ V. en ce sens : Sophie Haddad, Antoine Casanova, Nina Dubois, « Arrêt "Schrems 2", la Cour de Justice de l'Union Européenne invalide le système du "Privacy Shield" » [En ligne], Village justice, 7 août 2020. Consulté le 01 décembre 20 : <https://www.village-justice.com/articles/arret-schrems-chute-privacy-shield-les-responsables-traitement-doivent-repenser,36284.html>

⁶²⁹ En effet, le considérant 2 du RGPD, prévoit que : « les principes et les règles régissant la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel les concernant devraient, quelle que soit la nationalité ou la résidence de ces personnes physiques, respecter leurs libertés et droits fondamentaux, en particulier leur droit à la protection des données à caractère personnel ». *JOUE* L 119 du 4 mai 2016.

⁶³⁰ V. en ce sens : Jacques Le Goff, « II. Le pluralisme juridique », in Jacques Le Goff (dir.), *Georges Gurvitch. Le pluralisme créateur*, Paris, Michalon, coll. « Le Bien Commun », 2012, pp. 37-84 : « le 'transpersonnalisme' [...] peut affirmer [...] l'équivalence complète entre les personnes et les totalités de personnes qui s'engendrent mutuellement dans l'activité créatrice qui les porte ensemble » ; repris par l'auteur de *Les Tendances actuelles de la philosophie allemande*, p. 149.

⁶³¹ Chiara Angiolini, « Intérêts diffus », in Marie Cornu, Fabienne Orsi, Judith Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses universitaires de France, 2017, xxviii, p. 699, qui remarque que : « La formulation objective de ces intérêts considère le caractère 'trans-individuel' de l'intérêt comme un élément qui impose la considération, au niveau institutionnel, de tels intérêts en tant que besoin de la collectivité ».

⁶³² Antonio A. Casilli, « Quatre thèses sur la surveillance numérique de masse et la négociation de la vie privée », in Jacky Richard et Laurent Cytermann (dir.), *Etude annuelle du Conseil d'Etat "Le numérique et les droits fondamentaux"*, op. cit., p. 434.

Conclusion du Chapitre 2

238. Il est clair qu'à l'heure du numérique, il y a encore des questions à réguler en ce qui concerne la protection de la vie privée et des données à caractère personnel, en particulier de nature collective. L'administration est affectée par ce vide juridique si l'on tient compte du fait que la relation entre le public et l'administration a fait l'objet d'une médiation technologique qui transforme la participation démocratique et l'approvisionnement des services publics. En ce sens, le droit doit trouver un équilibre entre la protection des droits des individus et les prérogatives d'intérêt général qui doivent être garanties par l'État, telles que la libre circulation des données et l'information publique.

239. En principe, il est considéré que les risques de réidentification des personnes pourraient être limités par l'application de techniques dites de *privacy by design* ou de *privacy by default*, ainsi que par la pseudonymisation, la minimisation et l'agrégation des données, reconnues par le RGPD aux articles 25, 4, 5.1.c) et au considérant 162, respectivement. Or, en dépit de ces techniques, la déduction, le croisement des données et l'ingénierie inversée de l'anonymisation peuvent conduire à une éventuelle réidentification des individus, ce qui rend la protection de la vie privée de fait plus complexe et difficile à mettre en œuvre par tous ceux qui traitent des données personnelles. En outre, le profilage en tant que technique commerciale, qui est légalement reconnue par le RGPD à l'article 4(4), peut être à l'origine de nouvelles formes de ségrégation et de discrimination, et la libre installation de dispositifs connectés donner lieu à de nouveaux phénomènes de surveillance généralisée du public. L'injection de flux de données à des fins de marketing peut également être la base de nouvelles formes de manipulation de masse.

240. En conséquence, il est nécessaire d'envisager la protection de la vie privée et des données à caractère personnel sous un angle différent, notamment le collectif, compte tenu des progrès technologiques qui transforment la dynamique socioéconomique et rendent les données interconnectées et interdépendantes. En définitive, on considère qu'avec l'utilisation généralisée des technologies, la vie privée est entrée dans une nouvelle phase d'appréhension sociale, de manière « trans-personnaliste » ou « trans-individualiste », qui se caractérise cependant par une faible négociation individuelle des usagers dans la collecte et l'utilisation de leurs données personnelles. Cela a motivé

certain auteurs à considérer que la vie privée ne peut plus être regardée comme un attribut exclusif d'un seul individu, mais plutôt comme un enjeu des plusieurs parties concernées, à savoir les individus, l'État et les acteurs technologiques, et ce dans le but de concilier les intérêts en jeu, notamment la protection, la circulation et la réutilisation des données. Ainsi, à l'instar d'un droit collectif, la protection de la vie privée et des données personnelles ouvrirait la porte non seulement à une revendication de droits de façon individuelle, mais aussi de manière collective.

241. L'action de groupe est l'action privilégiée pour la protection collective de la vie privée et des données personnelles. L'article 25 de la loi du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles, confirme cette suprématie procédurale et limite son exercice à certaines personnes du droit privé, en particulier les associations dont l'objet social repose sur la protection de ces droits. Toutefois, l'action de groupe fait l'objet de débats et surtout de confusions en raison de sa similitude avec ce qui est traditionnellement reconnue comme action collective.

242. Ce qui précède permet de conclure que la protection de la vie privée et des données à caractère personnel, en tant qu'enjeu collectif, est un pilier en construction et est encore loin de pouvoir être protégée effectivement comme un droit collectif. En fait, l'action de groupe protège une somme d'intérêts individuels et la protection ne s'étend, en principe, qu'au groupe d'individus qui souscrivent à l'action. Néanmoins, pour être considérée comme un véritable droit collectif, la protection accordée doit pouvoir être étendue à l'ensemble des individus protégés par un tel droit, comme c'est le cas, par exemple, en matière de protection de l'environnement. Des notions diverses telles que les intérêts diffus pourraient prendre place dans l'étude, notamment par une analyse approfondie de ce concept, qui pourrait considérer la protection de la vie privée et des données personnelles non pas comme des droits appartenant à chaque individu au singulier, mais à tout un public au pluriel en tant qu'être collectif titulaire de ces droits fondamentaux.

CONCLUSION DU TITRE II

243. La régulation des données publiques, privées et personnelles correspond à une forme d'exercice de la souveraineté de l'État à l'ère numérique, et ce d'autant plus dans un contexte où la relation entre le public et l'administration fait l'objet d'une médiation numérique quotidienne. Un tel rapport juridique fait de l'administration un grand dépositaire de données personnelles qui doivent être converties en données publiques pour l'intérêt qu'elles représentent en vue de leur réutilisation par le grand public. Cette circonstance a donné lieu à des débats sur une éventuelle reconnaissance de droits réels sur des données à caractère personnel, qui a été rejeté par les institutions aux niveaux national et européen. Cependant, les données font l'objet de plusieurs utilisations, notamment commerciales, ce qui n'empêche pas leur monétisation par les exploitants. Pour l'administration, l'utilisation et la réutilisation des données à caractère personnel permettent de les considérer comme une ressource valorisable susceptible d'appuyer la prise de décision, sans contrevenir à ses obligations d'ouverture et de diffusion spontanée des informations qu'elle détient. La capacité technologique de plusieurs administrations, notamment des collectivités locales, est cependant un obstacle à l'exploitation de cette ressource, sans tenir compte de la mise en œuvre d'une stratégie efficace de gestion des données et la professionnalisation du service public, qui font également partie des défis auxquels sont confrontées les administrations à petite échelle.

244. La valeur des données réside donc dans leur réutilisation. Il s'agit d'une valeur informationnelle qui sert de support stratégique à des fins publiques et privées. Toutefois, cette valeur dépend de la capacité des acteurs à posséder et à analyser une grande quantité de données, une circonstance qui les rend à la fois interconnectés et interdépendants. C'est précisément cette dernière circonstance qui appelle la reconnaissance de la protection de la vie privée et des données personnelles comme un droit collectif. En effet, ces droits prennent une nouvelle dimension à l'ère du numérique en tant que droits trans-individuels, puisque les intérêts qui les entourent se caractérisent par le fait qu'ils dépassent les seuls intérêts des individus pour inclure ceux de l'État et d'autres acteurs exploitants. Or, pour que la protection collective soit considérée comme efficace, il est nécessaire que ces droits puissent être revendiqués au nom de l'intérêt collectif. À l'heure actuelle, la législation ne prévoit que l'exercice de l'action de groupe en tant que mécanisme de défense d'une somme d'intérêts à caractère individuel, bien

qu'il existe d'autres théories comme celles des intérêts diffus qui pourraient appuyer l'étude pour une défense plus vaste. Le système actuel ne prévoyant que des solutions juridiques post-conflit, il convient d'analyser si une protection préventive de ces droits est possible dans le cadre d'une négociation collective et si de nouvelles formes d'arrangements institutionnels peuvent être mise en œuvre.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

245. La révolution numérique transforme profondément l'action publique, notamment la production de données publiques. Cette dernière est clairement une tâche laborieuse, car elle répond à divers intérêts sociaux et économiques, tant dans la sphère publique que privée. La tâche devient plus délicate lorsque les données publiques émanent des données personnelles et de la vie privée des citoyens. La réglementation des données, relevant du pouvoir régalién de l'État, est en ce sens particulièrement complexe puisque, en principe et sous réserve de certaines exceptions et limitations prévues par la loi, les données publiques et personnelles sont soumises à un principe de libre circulation qui doit être compatible avec une économie des données et un marché de l'information incluant des notions de droits exclusifs, en particulier la propriété intellectuelle (droit d'auteur et droit *sui generis*) et la titularité (paternité de l'administration et personnalité d'un individu).

246. *A priori*, étant donné que leur libre accès et leur libre réutilisation ont été privilégiés, les données publiques pourraient être considérées comme des choses communes. Les données personnelles suivent une ligne d'analyse similaire en tenant compte du fait que leur libre circulation, pour la création d'une nouvelle offre de biens et de services, doit être favorisée comme postulat juridique. Dans le cas des données publiques, il ne fait aucun doute que les droits d'usage du public ont été avantagés, par la volonté du législateur, par rapport aux droits exclusifs auxquels l'administration pourrait être partie. Pourtant, lorsque cette logique est transposée dans le domaine des données personnelles, bien que les droits d'usage sur celles-ci aient été mis en avant, leur libre circulation doit toujours être compatible avec les mesures de protection prévues par le RGPD, notamment le respect de la vie privée, la protection des données personnelles et la garantie des droits personnels des titulaires de ces éléments informationnels.

247. Il est important de noter que concernant la titularité, si l'administration ne peut être titulaire de droits patrimoniaux, elle conserve néanmoins un lien indissociable, à savoir la paternité en tant que droit moral sur les données placées sous son autorité. De même, bien que les données personnelles ne puissent faire l'objet de droits réels, les individus conservent un droit personnel inaliénable sur les données qui les concernent. Le principe de la libre circulation des données et des informations comme vecteur de croissance économique conduit, dès lors, à une reconsidération complexe des relations

juridiques en cause et ce dans le cadre d'une politique de libre exploitation et de valorisation commerciale d'une économie des données et d'un marché de l'information en expansion. Il en résulte un nouveau dilemme : la conciliation de la « titularité » et de la « faculté d'usage » notamment sur des données publiques et personnelles en tant qu'éléments répondant, de par sa nature même, à un besoin informationnel.

248. La deuxième partie de cette thèse s'attachera à traiter ces dimensions contradictoires, en encadrant d'abord les données dans un courant qui fait appel à la reconnaissance de certains objets comme « biens communs ». Puis, s'attardera sur l'exploration de nouvelles formes de gouvernance sur des biens qui, reflétant un intérêt partagé, leur titularité serait diffuse et leur usage commun nécessairement réglementé.

PARTIE 2. POUR UNE GOUVERNANCE PARTAGÉE DES DONNEES INFORMATIONNELLES

249. Le concept de gouvernance englobe des phénomènes empiriques liés à l'évolution de l'État et de ses modes d'intervention. Elle traite d'un élargissement et d'une transformation des modalités de l'action publique et se présente comme une perspective théorique pour comprendre les processus de coordination des systèmes sociaux et le rôle de l'État dans ces processus⁶³³. Dans cette optique, l'approche des nouvelles formes de gouvernance donne naissance à un rôle actif des acteurs de la société tant dans les processus d'élaboration que de mise en œuvre des politiques publiques⁶³⁴. La littérature souligne que les changements qui caractérisent les modes d'intervention des pouvoirs publics⁶³⁵ signifient « un changement du sens du terme gouvernement, référant à un nouveau processus de gouvernement, ou à des conditions transformées de réglementation, ou encore à de nouvelles méthodes par lesquelles la société est gouvernée »⁶³⁶. Cependant, la mise en place d'un « État régulateur »⁶³⁷ et d'un nouveau paysage institutionnel caractérisant l'intervention publique ont contribué à ce que l'on se focalise davantage sur les modes de fonctionnement de l'administration, plutôt que sur les réseaux d'acteurs qui composent l'État et sur les enjeux de la gouvernance elle-même⁶³⁸.

250. En effet, bien que l'idée de gouvernance soit en accord avec le rôle actif et direct de l'autorité, les instruments de direction et de contrôle sont disjoints dans un contexte constitué de réseaux d'acteurs⁶³⁹. Caractérisés par l'interdépendance des acteurs qui les composent, les réseaux font appel au fait qu'aucune de leurs composantes, pas même la puissance publique, n'est en mesure d'imposer sa volonté au-dessus de celle des autres (la négociation, la persuasion et l'incitation se substituant à la coercition comme

⁶³³ V. en ce sens : Gerry Stokker, « Governance as theory: five propositions », *International Social Science Journal*, n° 155, 1998, pp. 17-28 ; Jannet Newman, *Modernizing governance: New Labour, Policy and Society*, Sage, London, 208 pages ; repris par Bernard Enjolras, « Gouvernance verticale, gouvernance horizontale et économie sociale et solidaire : le cas des services à la personne », *Revue de géographie, économie et société*, n° 1, vol. 12, 2010, pp. 15-30.

⁶³⁴ Bernard Enjolras, « Gouvernance verticale, gouvernance horizontale et économie sociale et solidaire : le cas des services à la personne », art. préc., p. 16.

⁶³⁵ *Ibidem*, p. 17.

⁶³⁶ Roderick Arthur William Rhodes, *Understanding governance*, Open University Press, Buckingham, 1997, p. 46.

⁶³⁷ V. Giandomenico Majone, « From the positive to the regulatory state: causes and consequences of change in the mode of governance », *Journal of Public Policy* 17.2, 1997, pp. 139-167.

⁶³⁸ Bernard Enjolras, « Gouvernance verticale, gouvernance horizontale et économie sociale et solidaire : le cas des services à la personne », art. préc., p. 17.

⁶³⁹ Lester M. Salamon, (ed), *The tools of government: A Guide to the New Governance*, New York: Oxford University Press, 2002, p. 15.

méthode d'intervention publique)⁶⁴⁰. La gouvernance est donc appelée à évoluer, en tenant compte de la nature des acteurs, du rôle qu'ils jouent et des réseaux qu'ils forment au sein de l'État lui-même.

251. Dès que la gouvernance entre dans le domaine des technologies et du pouvoir, il est impératif de s'interroger sur sa relation avec le droit. Les formes contemporaines de « gouvernement » sont souvent critiquées par l'asymétrie, l'inégalité et l'unilatéralisme de la vision tant dans la prise de décision que dans la forme de gouvernement⁶⁴¹. Or la promotion d'un nouveau style d'action publique fondé sur la coopération et la recherche de la cohésion de ses membres peut être à la base du renouvellement de la forme juridique dans laquelle les gouvernements opèrent⁶⁴². La gouvernance implique alors l'élargissement du cercle des acteurs impliqués, notamment dans les processus de décision et la recherche systématique de solutions consensuelles, comme « formes horizontales d'interaction entre acteurs qui ont des intérêts contradictoires mais qui sont suffisamment indépendants les uns des autres pour qu'aucun d'eux ne puisse imposer une solution à lui seul, tout en étant suffisamment interdépendants »⁶⁴³.

252. En effet, un renouvellement de la gouvernance favoriserait la participation démocratique à la définition des règles sociales afin de parvenir à un équilibre et à une conciliation des intérêts contradictoires. La solution des problèmes qui concernent l'ensemble de la population cesse d'être ainsi la responsabilité unique de l'État, et devient une action conjointe de tous les acteurs de la société qui va au-delà de la défense des intérêts personnels, notamment par l'identification d'intérêts collectifs et la mise en œuvre d'actions communes. En ce sens, l'action publique est le résultat d'un processus complexe dans lequel de multiples acteurs sont invités à participer, en identifiant les sources possibles de conflits, en conciliant les intérêts, en faisant des compromis, et en autorisant la recherche active d'accords et la négociation de ces compromis⁶⁴⁴.

⁶⁴⁰ Bernard Enjolras, « Gouvernance verticale, gouvernance horizontale et économie sociale et solidaire : le cas des services à la personne », art. préc., p. 17.

⁶⁴¹ V. en ce sens : Jacques Chevallier, « La gouvernance et le droit », in *Mélanges Paul Amserek*, Bruylant, 2005, pp. 189-207, 2-8027-1923-8, hal-01759961.

⁶⁴² *Ibidem*.

⁶⁴³ V. Philippe Schmitter, « Réflexions liminaires à propos du concept de gouvernance », in *La démocratie dans tous ses états*, Bruylant, 2000, pp. 51 et s. ; repris par Jacques Chevallier, « La gouvernance et le droit », art. préc., p. 3.

⁶⁴⁴ Jacques Chevallier, « La gouvernance et le droit », art. préc., p. 3.

253. Pourtant, il convient de souligner que l'intégration des acteurs dans les processus décisionnels dépend aussi des ressources mobilisables, de leur degré d'organisation et de leur capacité à adhérer aux contraintes liées au jeu collectif. La logique de la gouvernance invite donc à dépasser cette association de groupes d'intérêts en élargissant le cercle des acteurs impliqués et en créant de nouveaux forums d'échange comme des espaces de « débat », tendant à se construire avant toute forme de mise en œuvre⁶⁴⁵. En d'autres termes, il s'agit d'établir une forme de « négociation collective » avant et post le conflit. La gouvernance se transforme alors pour mettre en œuvre non pas des mécanismes de coercition mais de persuasion, notamment par des dispositifs plus économiques dans leur utilisation, plus souples dans leurs effets et plus durables dans leurs résultats qui donnent naissance à des formes alternatives et préférentielles de régulation⁶⁴⁶.

254. En suivant cette logique, et dans le but de focaliser cette dimension sur la gouvernance et la valorisation des données informationnelles, nous rapprocherons notre étude de la thèse sur les « biens communs ». Tout d'abord, nous étudierons l'éventuelle qualification juridique des données publiques et personnelles (objets informationnels) en tant que « biens communs » (Titre I). Ensuite, nous ferons évoluer la discussion vers une compréhension complexe des relations juridiques imbriquées sur ces éléments d'information qui font l'objet d'un « intérêt commun » (Titre II).

⁶⁴⁵ *Ibidem.*

⁶⁴⁶ *Ibidem*, p. 5.

TITRE I. LA QUALIFICATION JURIDIQUE DES DONNÉES PUBLIQUES EN TANT QUE « BIENS COMMUNS »

255. Avant d'entrer dans l'étude des données publiques en tant que « biens communs », il faut rappeler que les données, avant qu'elles puissent être qualifiées de publiques, personnelles ou privées, sont des éléments de l'information et s'inscrivent, à ce titre, dans un débat plus large sur le statut juridique de l'information. Sous cet angle, en reprenant les propos de Pierre Catala, l'information désigne un message exprimé sous une forme quelconque qui le rend communicable à un autre indépendamment de son support⁶⁴⁷. Les données publiques, étant des objets informationnels, suivent la même ligne d'analyse puisqu'elles sont communicables et indépendantes de leur support. Cette définition met en évidence les deux caractéristiques essentielles de tout élément d'information : leur caractère immatériel et leur caractère reproductible et communicable qui présuppose leur mise en forme⁶⁴⁸. C'est à partir de ce dernier élément, la mise en forme, que les données informationnelles existent en tant que « bien » parce que les techniques et méthodes permettent de leur accorder des droits exclusifs (réserves privatives) reconnus par la propriété intellectuelle⁶⁴⁹.

256. Toutefois, si toutes les données faisant l'objet d'une réserve privative peuvent être considérées, en principe, comme des « biens », le degré de réserve qui opère peut varier dans sa mise en œuvre. En effet, certaines données font l'objet d'un type de réserve dite « exclusive » (c'est-à-dire « fermée ») qui se caractérise par le fait qu'elle limite l'accès à des tiers ; en revanche, d'autres sont caractérisées par un type de réserve « ouverte » (c'est-à-dire « non-exclusive ») qui permet l'accès possible des tiers⁶⁵⁰. Les données font alors partie d'un ensemble de biens dont la réserve peut être « ouverte » ou « fermée ». Les données privées, par exemple, se caractérisent par un accès restreint qui constitue une forme de réserve privative, autrement dit « fermée », comme le secret

⁶⁴⁷ Pierre Catala, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », in *Le droit à l'épreuve du numérique. Jus ex Machina*, coll. "Droit, Éthique, Société", PUF, Paris, 1998, p. 224.

⁶⁴⁸ Marie-Alice Chardeaux, *Les choses communes*, Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 2006, pp. 153-154.

⁶⁴⁹ Sur les différents types de réserves disponibles : cf. *supra* « Une vision de la propriété sur les données publiques réduite à la propriété intellectuelle », en page 68.

⁶⁵⁰ Cette analyse s'appuie sur le raisonnement de Marie-Alice Chardeaux concernant le statut juridique de l'information. En partant du principe que les données, dans leur acception la plus large, sont considérées comme des « éléments d'information », les données publiques, avant de pouvoir être qualifiées de « publiques », suivent la même logique. V. Marie-Alice Chardeaux, *Les choses communes*, *op. cit.*, p. 155.

industriel ou les techniques de confidentialité contractuelle ; au contraire, les données publiques sont par disposition légale « ouvertes » au public, indépendamment du fait qu'elles puissent faire l'objet de la reconnaissance d'un droit de propriété intellectuelle, sauf exceptions prévues par la loi⁶⁵¹.

257. C'est cette malléabilité des éléments informationnels qui élargit le débat à la question de la nature juridique des données, car, qu'elles soient publiques, privées ou personnelles, les données sont en général une source d'informations, d'idées et de connaissances, qui sont à leur tour indispensables au développement économique et social. Comme le souligne Marie-Alice Chardeaux, il faudrait alors se demander à qui appartiennent les données émanant du monde réel, c'est-à-dire les données à l'état brut offertes à l'observation générale de tous et avant toute forme de capitalisation économique grâce à leur mise en forme⁶⁵². Pour Jean-Christophe Galloux, si les données brutes en tant qu'éléments d'information ne font l'objet d'aucun type de propriété, donc ne possédant pas la qualification juridique de « bien », elles sont par conséquent des « choses », c'est-à-dire des « objets informationnels » non susceptibles d'appropriation⁶⁵³.

258. En effet, une partie de la doctrine considère que l'inappropriabilité de l'information, y compris les données informationnelles, est directement liée à son caractère immatériel puisque, une fois portée à la connaissance du public, elle échappe *de facto* à tout type de réserve privative⁶⁵⁴. En revanche, pour d'autres auteurs, l'inappropriabilité de l'information est le résultat d'une volonté de laisser dans le

⁶⁵¹ C'est notamment le cas des documents visés à l'article L. 321-2 du CRPA : (a) « dont la communication ne constitue pas un droit pour tout individu » ; (b) « ou sur lesquels des tiers détiennent des droits de propriété intellectuelle » ; ainsi que les données visées par l'article L. 321-3 dudit Code qui font l'objet « l'exercice d'une mission de service public à caractère industriel ou commercial soumise à la concurrence ». Il en va de même pour celles qui protègent la vie privée, les données personnelles, la confidentialité, la sécurité nationale, les intérêts commerciaux légitimes et les droits de propriété intellectuelle de tiers. V. Article premier, point 2, de la Directive (UE) 2019/1024 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 concernant les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public. JOUE L 172, du 26 juin 2019, p. 56-83 ; ainsi que l'article L311-5 du CRPA, modifié par Ordonnance n° 2016-1360 du 13 octobre 2016 modifiant la partie législative du Code des juridictions financières - art. 51. JORF n° 0240 du 14 octobre 2016

⁶⁵² Marie-Alice Chardeaux, *Les choses communes, op. cit.*, p. 156.

⁶⁵³ Jean-Christophe Galloux, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 1994, p. 229.

⁶⁵⁴ Pour une analyse détaillée de l'immatérialité de l'information comme facteur déterminant de sa non-appropriation, cf. *infra* : « La non-rivalité et la non-exclusivité des données publiques en tant que choses immatérielles », en page 154.

« domaine commun informationnel »⁶⁵⁵ certains éléments considérés comme indispensables à la satisfaction des intérêts socioéconomiques dont ils font l'objet.

259. Les données publiques font partie de ces éléments informationnels que le législateur a décidé de laisser dans le « domaine commun informationnel », ce qui en fait, une sorte de « choses communes informationnelles ». De fait, le législateur a choisi d'offrir ces éléments au grand public en réponse au « faisceau d'intérêts » et au « faisceau d'utilités » dont ils peuvent faire l'objet⁶⁵⁶. Toutefois, même si les données publiques peuvent être considérées, en principe, comme des « choses communes informationnelles », elles peuvent faire également l'objet d'un droit de propriété intellectuelle, dont l'exploitation économique est exclue pour l'administration en vertu du principe de gratuité. Bien que non exploitables, ce fait leur confère la qualité de « biens », en l'occurrence de « biens communs informationnels », puisqu'indépendamment du fait que l'usage commun du public ait été privilégié, le droit moral de l'administration subsiste en tant que titulaire des données relevant de sa compétence⁶⁵⁷.

260. En ce sens, il convient de préciser les éléments qui caractérisent les données publiques en tant que « choses communes informationnelles » (Chapitre 1). Puis d'analyser leur passage vers le régime de propriété, notamment à la lumière des théories du « faisceau de droits » et du « faisceau d'utilités », ce qui permettra de déterminer le caractère de ces données en tant que « biens communs informationnels » (Chapitre 2).

⁶⁵⁵ Sur ce point, *cf. supra* : « Vers la reconnaissance d'un 'domaine commun informationnel' ? », sur la page 78.

⁶⁵⁶ À cet égard, *cf. infra* : « Vers les 'biens communs' : la communalité des données publiques saisie par les théories du 'faisceau de droits' et du 'faisceau d'utilités' », en page 178.

⁶⁵⁷ Pour une critique, *cf. supra* : « Une vision de la propriété sur les données publiques réduite à la propriété intellectuelle », en page 68.

Chapitre 1. Les composants des données publiques en tant que « choses communes informationnelles »

261. Suivant la thèse de l'inappropriabilité, les données publiques se caractérisent par le fait d'être des éléments d'information non-exclusifs et non-rivaux, les plaçant juridiquement dans la catégorie des « choses communes ». En effet, le premier alinéa de l'article 714 du Code civil dispose qu'« [i]l est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous ». L'absence de propriété et l'usage commun sont donc les éléments qui confèrent aux données publiques leur caractère non-exclusif et non-rival en tant que « choses communes informationnelles ». À cet égard, il existe deux visions sur la non-appropriabilité des choses : d'une part, la doctrine qui affirme que les choses d'usage commun sont inappropriables de par leur nature même⁶⁵⁸ ; d'autre part, celle qui affirme que ces éléments sont rendus communs par une question de droit⁶⁵⁹.

262. On se concentrera ici sur la première de ces visions. De fait, pour les auteurs des conceptions naturalistes, l'usage commun qui dicte l'inappropriabilité des choses communes est défini, plus que par la loi, par la nature même de la chose, c'est-à-dire par son caractère inépuisable ou impossible d'appropriation⁶⁶⁰. Si l'on s'attache à la nature de l'immatériel, on pourrait dire que les données publiques font partie de ce type de choses dont le caractère non-exclusif et non-rival, donc commun, est déterminé par nature au même titre que l'air, la lumière ou le spectre électromagnétique. Cependant, les données publiques, étant des éléments d'information produits par l'administration et réglementés par le législateur, sont plutôt cataloguées au sein des choses communes qui ont été organisées par le droit au même titre que les idées et les découvertes scientifiques⁶⁶¹.

⁶⁵⁸ C'est notamment le cas de : Martine Rémond-Gouilloud, *Du droit de détruire, essai sur le droit de l'environnement*, PUF, Les voies du droit, 1989, p. 121 ; Joseph-Louis-Elzéar Ortholan, *Explication historique des Instituts de l'empereur Justinien*, Livre 2, Paris, Joubert Libraire-Editeur, 2^e éd., 1840, p. 6 ; repris par Marie-Alice Chardeaux, *Les choses communes*, *op. cit.*, p. 112 et s.

⁶⁵⁹ V. Pierre Catala, « La propriété de l'information », in *Le droit à l'épreuve du numérique. Jus ex Machina*, coll. "Droit, Éthique, Société", PUF, Paris, 1998, p. 245 ; Jean-Christophe Galloux, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 1994, p. 229 ; repris par Marie-Alice Chardeaux, *Les choses communes*, *op. cit.*, pp. 153-158 ; v. également : Michel Vivant, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *Revue Internationale de Droit Économique*, Association internationale de droit économique, 2006, pp. 361-388.

⁶⁶⁰ Marie-Alice Chardeaux, *Les choses communes*, *op. cit.*, p. 109.

⁶⁶¹ Maxime Boul, « Les "public goods" : traduction juridique d'une notion économique », *Revue Française de Droit Administratif*, 2013, p. 559.

263. Le caractère naturel des choses communes a été largement débattu au sein de la doctrine juridique affirmant, pour la plupart, que la communauté des choses n'existe pas par nature mais est le produit d'une volonté législative qui décide d'une telle finalité⁶⁶². Cette dimension naturelle, qui ne fait pas l'unanimité au sein de la doctrine, est pourtant mieux comprise par d'autres disciplines notamment l'économie qui analyse la non-exclusivité et la non-rivalité des choses à la lumière de ce que l'on appelle les *public goods* (« biens publics » au sens économique du terme).

264. Compte tenu de ce qui précède, on procédera à l'analyse de la non-exclusivité et de la non-rivalité des éléments informationnels, en faisant appel à la théorie économique et dans l'intention de pouvoir mieux assimiler la dimension naturelle des choses au sein du droit (Section 1). Ensuite, on décryptera le passage de la « donnée publique-chose commune » à celle de la « donnée publique-bien commun » de l'information (Section 2).

Section 1. Les éléments de la propriété saisis par les théories économique et juridique

265. Tout d'abord, il faut souligner que, d'un point de vue économique, la non-exclusivité et la non-rivalité des données publiques les placent immédiatement dans la catégorie des « biens publics », qui doivent être distingués des « biens publics » en droit caractérisés par leur inaliénabilité et leur imprescriptibilité. Par conséquent, on préférera utiliser le terme de *public goods* pour différencier les « biens publics » au sens économique du terme, des biens publics dans la théorie des biens en droit. Ainsi, les économistes de l'après-guerre, notamment Paul Samuelson, ont identifié les qualités non-rivales des *public goods*⁶⁶³, tandis que James M. Buchanan et Vincent Ostrom ont décrit leurs aspects non-exclusifs⁶⁶⁴. Les éléments centraux des choses communes étant la non-exclusivité et la non-rivalité, il apparaît pertinent d'analyser en quoi consistent ces éléments (1) afin de procéder à l'encadrement juridique correspondant (2).

⁶⁶² Marie-Alice Chardeaux, *Les choses communes*, *op. cit.*, p. 165 et s.

⁶⁶³ V. Paul A. Samuelson, « The pure Theory of Public Expenditure », *The Review of Economics and Statistics*, vol. 36, n° 4, 1954, pp. 387-389.

⁶⁶⁴ James B. Quilligan, « Why distinguish common goods from public goods », in *The Wealth of the Commons: A World Beyond Market and State*, David Bollier and Silke Helfrich (eds.), Leveellers Press, 2012. [En ligne] Consulté le 3 juin 2021 : <http://wealthofthecommons.org/essay/why-distinguish-common-goods-public-goods>

Paragraphe 1. La non-rivalité et la non-exclusivité des données publiques en tant que choses immatérielles

266. En économie, deux caractéristiques sont nécessaires pour identifier ce que l'on désigne par *public goods* purs ou parfaits : (1) la non-exclusivité, définie comme la caractéristique qui permet à un bien de ne pas être utilisé par un seul individu ; (2) la non-rivalité, qui se caractérise par le fait que l'utilisation d'un bien ne réduit pas la quantité disponible pour qu'un autre individu en profite également⁶⁶⁵. Lorsqu'un *public good* ne remplit pas l'un de ces éléments, il est appelé un *public good* impur ou imparfait ; en revanche, si un bien est exclusif et rival, il est appelé un *private good*⁶⁶⁶.

267. A titre d'exemple, la lumière d'un phare est qualifiée de *public good* pur ou parfait (c'est-à-dire non-exclusif et non-rival) puisque chaque marin bénéficie de la lumière sans que cela ne réduise la quantité de lumière émise par le phare au point d'exclure un autre marin d'en bénéficier également⁶⁶⁷. Cependant, si un bien est non-rival mais peut être exclu, il correspond à ce que l'on appelle les « biens de club » dont l'utilisation n'entraîne pas une réduction du nombre de biens mais peut exclure d'autres individus de son usage. C'est notamment le cas de la télévision à la demande où le « bien » est considéré exclusif puisque son accès est payant, mais la consommation par un individu ne réduit pas la quantité du bien par la consommation d'autres usagers⁶⁶⁸. Enfin, si un bien est non-exclusif mais rival, tout le monde peut en devenir usager mais sa consommation entraînera une réduction des ressources disponibles conduisant à ce que l'on appelle en économie la « tragédie des communs »⁶⁶⁹. L'exemple classique de ce type de bien est celui d'une population de pêcheurs dont le nombre excessif de bateaux, au sein d'une réserve donnée, entraîne une pénurie des poissons composant la réserve en raison de la surpêche⁶⁷⁰.

268. Bien que la nature des choses, en tant qu'élément déterminant des choses communes, ait été largement remise en cause par le droit positif, certaines d'entre elles,

⁶⁶⁵ Sofia Wickberg, « Biens publics/biens privés », in Colin Hay (éd.), *Dictionnaire d'économie politique. Capitalisme, institutions, pouvoir*, Paris, Presses de Sciences Po, « Références », 2018, p. 58.

⁶⁶⁶ Maxime Boul, « Les "public goods" : traduction juridique d'une notion économique », art. préc., p. 557.

⁶⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁶⁸ Sofia Wickberg, « Biens publics/biens privés », in Colin Hay (éd.), *Dictionnaire d'économie politique. Capitalisme, institutions, pouvoir, op. cit.*, p. 59.

⁶⁶⁹ V. Garrett Hardin, « The Tragedy of the Commons », *Science*, vol. 162, n° 3859, 1968, pp. 1243-1248.

⁶⁷⁰ V. H. Scott Gordon, « The Economic Theory of a Common-Property Resource: The Fishery », *Journal of Political Economy*, vol. 62, n° 2, pp. 124-142. doi: 10.2307/1825571

comme les données publiques, peuvent trouver un soutien dans la théorie économique des *public goods* purs ou parfaits, notamment à la lumière de leur incorporabilité qui donnent lieu à une non-exclusivité et non-rivalité desdits éléments d'information.

269. Les fréquences radio du spectre hertzien sont un bon exemple pour illustrer la nature non-exclusive et non-rivale des *public goods*. En effet, sans tenir compte de leur régulation et intégration en tant que patrimoine de l'État⁶⁷¹, l'espace hertzien et ses ondes sont par nature même des biens non-exclusifs et non-rivaux. D'une part, les ondes sont des biens non-exclusifs puisqu'elles peuvent être exploitées par n'importe quel utilisateur, sans que cela empêche d'autres utilisateurs de bénéficier d'une autre fréquence, voire de la même fréquence ; d'autre part, elles sont également des biens non-rivaux puisque l'usage d'une fréquence ne diminue pas la capacité d'autres usagers d'utiliser les fréquences⁶⁷². La régulation par l'État n'est nécessaire que pour éviter la saturation de l'espace hertzien, sur un territoire déterminé, afin de permettre leur correcte exploitation par un concessionnaire, sans que cela signifie que les ondes perdent leurs caractéristiques intrinsèques qui les rendent inappropriables⁶⁷³.

270. C'est cette dernière circonstance qui explique pourquoi il peut y avoir sous la même fréquence deux stations de radio diffusant deux programmations distinctes sur deux territoires différents, mais qu'à un certain endroit il peut y avoir des interférences qui rendent difficile la distinction entre une station et l'autre. En d'autres termes, la réalité de la non-rivalité et de la non-exclusivité des ondes est déterminée par leur nature immatérielle. Leur impossible appropriation est confirmée par le fait que, partout dans le monde, il existe des exemples de radios communautaires diffusant à petite échelle sur les mêmes fréquences réservées par le domaine public de l'État, sans nécessairement avoir une autorisation d'exploitation publique⁶⁷⁴.

⁶⁷¹ Qui est de fait une volonté du législateur d'accorder une réserve privative de caractère publique à ce type de chose. Cf. *supra* : « Le refus d'une reconnaissance de la domanialité publique des données de l'administration », en page 63.

⁶⁷² Maxime Boul, « Les "public goods" : traduction juridique d'une notion économique », art. préc., p. 560.

⁶⁷³ V. Olivier Cachard, « Ondes magnétiques, une pollution invisible », *Le monde diplomatique*, Février 2017, p. 16.

⁶⁷⁴ En ce sens, v. Marcelo Scarone Azzi et Gloria Cecilia Sánchez, *La législation sur la radiodiffusion sonore communautaire : étude comparative des législations de treize pays*, UNESCO, 2003, CI.2003/WS/1, 107 pages.

271. Dans un sens similaire, les données publiques répondent à la non-exclusivité et à la non-rivalité des choses immatérielles⁶⁷⁵. En effet, les données publiques sont, comme tout élément d'information, la formulation d'une « réalité intrinsèque [...] communicable et successivement mise en forme et transmise [...] indépendante de son support matériel et de la prestation qui la délivre, [...] constituant un produit autonome et antérieur à tous les services dont elle pourra être objet »⁶⁷⁶. Sous cet angle, les données donnent une indication de l'état du réel et, comme elles peuvent réduire une incertitude, elles peuvent simplement faire référence à quelque chose de vaste, de général, de relatif à quelque chose, mais sans être nécessairement utiles⁶⁷⁷. Par ailleurs, une fois diffusées auprès du public, les données, y compris celles publiques, sont considérées comme échappant à toute forme de réserve privative, en devenant des « choses communes informationnelles » non-exclusives et non-rivales, c'est-à-dire qu'elles peuvent difficilement faire à nouveau l'objet d'une exclusivité quelconque.

272. C'est pour ces raisons que la théorie économique libérale justifie l'intervention de l'État dans l'approvisionnement de *public goods* purs ou parfaits, notamment parce que l'on considère que les lois du marché sont incapables de réguler efficacement l'offre et la demande de cette sorte de biens (puisque leur gestion ne représente pas un intérêt économique substantiel pour les personnes privées)⁶⁷⁸. Les notions de service public et de *public good* sont alors imbriquées et trouvent leur fondement juridico-doctrinal dans le concept d' « interdépendance sociale », développé par Léon Duguit, qui conçoit que l'État est objectivement limité par l'intérêt général qui commande l'accomplissement des missions de service public dans le but de maintenir cette interdépendance⁶⁷⁹. D'après cette perspective juridico-économique, la diffusion des données publiques, comme service public, se justifie par la nécessité de satisfaire les besoins collectifs de la société, c'est-à-dire d'en faire un bien au profit du public. Les données publiques étant corrélées à la nature des *public goods* assurant l'inappropriabilité

⁶⁷⁵ Il convient toutefois de noter que, contrairement aux ondes radio, qui existent naturellement en vertu des lois de la physique, les données publiques sont, pour ce qui les concerne, le résultat d'une action administrative.

⁶⁷⁶ Pierre Catala, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », in *Le droit à l'épreuve du numérique. Jus ex Machina*, pp. 224 et 227.

⁶⁷⁷ Jean-Christophe Galloux, « Ébauche d'une définition juridique de l'information », art. préc., p. 230.

⁶⁷⁸ Maxime Boul, « Les "public goods" : traduction juridique d'une notion économique », art. préc., p. 557.

⁶⁷⁹ V. Léon Duguit, *Les transformations du droit public*, Librairie Armand Colin, Paris, 1913.

en tant que bien non-exclusif, leur caractère non-rival est accordé par la diffusion indiscriminée en faveur de l'usage commun comme fonction du service public⁶⁸⁰.

273. La donnée publique est alors un « bien » non-exclusif et non-rival, en termes économiques, qu'elle soit considérée par la nature même qui caractérise l'information comme un bien inappropriable, ou par sa finalité publique au sens où elle doit répondre à l'intérêt commun de la société. Il convient donc de procéder à l'encadrement juridique de cette dimension non-exclusive et non-rivale, notamment des données publiques en tant qu'éléments d'information non susceptibles d'une appropriation exclusive.

Paragraphe 2. L'encadrement juridique des données publiques en tant que « choses communes »

274. Pour Maxime Boul, le Conseil d'Etat (CE) aurait établi le parallélisme de la non-rivalité et la non-exclusivité de données en tant que *public goods*, dans ses arrêts du 13 octobre 2010⁶⁸¹ et du 30 mars 2011⁶⁸², relatifs à l'ouverture à la concurrence du marché des jeux d'argent et de hasard en ligne. À l'examen, le CE estime, dans son premier arrêt, que les droits d'exploitation des résultats sportifs sont attribués aux seules fédérations sportives, puisque « le droit d'exploitation de ces informations aux fins de l'organisation à titre commercial de paris ne constitue pas un *bien public* » [nous soulignons] ; dans le deuxième, « que le droit de consentir à l'organisation de paris sur les manifestations ou compétitions sportives, qui s'appuie sur l'aléa qui existe, lors de leur déroulement, sur les résultats qu'elles comportent et constitue ainsi l'une des modalités de leur exploitation commerciale, n'a pas le caractère d'un *bien public* [nous soulignons] ; que, dès lors, en incluant ce droit dans les droits d'exploitation définis à l'article L. 333-1 du code du sport, l'article L. 333-1-1 n'a pas privé les opérateurs de paris sportifs en ligne d'un bien dont ils auraient pu librement disposer et qu'ils auraient eu l'espérance légitime de pouvoir exploiter ».

275. D'après Jean-Gabriel Sorbara, cela signifie *a contrario* que les informations qui ne sont pas protégées ou régulées par une législation spécifique

⁶⁸⁰ Maxime Boul, « Les "public goods" : traduction juridique d'une notion économique », art. préc., p. 559.

⁶⁸¹ Conseil d'État, 5^{ème} sous-section jugeant seule, 13 octobre 2010, Société Betclik Enterprises Limited, n° 342142, Inédit au recueil Lebon.

⁶⁸² Conseil d'Etat 30 mars 2011, Société Betclik Enterprises Limited, n° 342142, Lebon T. p. 828.

entraînent en conséquence leur libre disposition et leur libre exploitation⁶⁸³. Les éléments d'information qui ne sont pas considérés comme des biens puisqu'ils ne font pas l'objet d'un droit exclusif sont donc des choses communes informationnelles, non-rivales et non-exclusives, dont chacun peut prétendre un usage commun. C'est cette caractéristique qui donne aux données publiques, et aux données informationnelles en général, la qualité de *public goods* au sens économique du terme et de *res communes* d'après les conceptions de la théorie juridique⁶⁸⁴.

276. Si l'on pousse cette analyse à l'extrême, la réglementation de l'exploitation des résultats sportifs restreint en effet le nombre des ayants droit, sans pour autant changer la nature non-exclusive et non-rivale des résultats sportifs en tant que « données informationnelles ». En fait et en droit, la non-appropriation des résultats sportifs est garantie par les principes de la communication et de la libre circulation de l'information. En revanche, seule l'exploitation commerciale est réservée aux fédérations sportives, sans que cela signifie qu'ils ne puissent pas faire l'objet d'autres usages. Ainsi, les résultats sportifs peuvent faire l'objet d'analyses, de comparaisons, de débats et même de paris entre particuliers, à condition qu'il n'y ait pas d'exploitation commerciale en tant que droit économique réservé aux fédérations sportives⁶⁸⁵. La faculté d'usage, en matière d'information, est alors déterminée par différents types de prérogatives, certaines étant permissives et d'autres restrictives, en fonction de l'utilisateur et des intentions de celui-ci dans l'utilisation ultérieure de l'information⁶⁸⁶.

277. Nathalie Mallet-Poujol suit une analyse similaire en s'appuyant sur des raisonnements juridictionnels émis à l'égard du droit d'auteur et de sa relation avec la protection de certains éléments d'information⁶⁸⁷. En effet, depuis l'arrêt Didot-Bottin du 18 décembre 1924 de la Cour d'appel de Paris, il a été déclaré que « les noms, les adresses et les divers renseignements dont se compose un annuaire tel que celui de la société Didot-

⁶⁸³ Jean-Gabriel Sorbara, « Le Conseil d'État découvre-t-il la notion de *public goods* ? », JCP G, n° 15, avril 2011, p. 701.

⁶⁸⁴ Maxime Boul, « Les "public goods" : traduction juridique d'une notion économique », art. préc., p. 559.

⁶⁸⁵ Cette dimension de la propriété informationnelle sera analysée plus en avant, notamment en tant qu'appropriation fictive. Or, il convient de souligner que, s'agissant d'informations, la propriété n'est qu'un droit de nature économique. Cf. *infra* : « La propriété des données publiques en tant que fiction du droit », sur la page 164.

⁶⁸⁶ Anne-Sophie Foures-Diop, « Les choses communes (Première partie) », in *Revue juridique de l'Ouest*, 2011-1, p. 112.

⁶⁸⁷ Nathalie Mallet-Poujol, « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *Recueil Dalloz*, D. 1997, pp. 332 et 333.

Bottin sont de notoriété courante et appartiennent [...] au *domaine public* » [nous soulignons]⁶⁸⁸. De même, le 14 février 1990, la Cour d'appel de Paris a jugé que : « Ne commet pas de faute l'auteur d'un ouvrage scientifique qui contient des informations figurant dans un livre précédent, dès lors que, d'une part, cette présence n'est pas révélatrice d'un quelconque emprunt et qu'il est, d'autre part, normal qu'un ouvrage, même de vulgarisation scientifique, utilise des informations qui, une fois divulguées, sont dans le domaine public et en tire les mêmes enseignements que l'ouvrage antécédent sans encourir le reproche de reproduction systématique en utilisant le langage propre à la matière traitée »⁶⁸⁹.

278. Le Tribunal de grande instance de Grenoble, quant à lui, a considéré dans une décision du 9 mai 1984 que la protection du droit d'auteur « ne s'étend pas aux éléments d'information qui, une fois publiés, échappent à toute appropriation »⁶⁹⁰. Cela a lieu, cependant, si leur composition et leur présentation sont sous une forme différente de l'original⁶⁹¹. En d'autres termes, les éléments de l'information, que ce soient « des adresses de laboratoires⁶⁹², l'indication du nombre de population au début du siècle⁶⁹³, la composition d'équipes de football⁶⁹⁴, des renseignements administratifs (listes d'établissements publics⁶⁹⁵ ou formalités⁶⁹⁶), etc. sont en principe des choses dans le *domaine public* » [nous soulignons]⁶⁹⁷. Si l'on tient compte des critères versés dans la première partie de cette étude, mieux vaut dire qu'il s'agit de choses appartenant à un « domaine commun informationnel »⁶⁹⁸. Il en va de même pour « les cotations des valeurs

⁶⁸⁸ Cour d'appel de Paris, 18 décembre 1924, D. 1925, Jur. p. 30 ; repris par Nathalie Mallet-Poujol, « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », art. préc., p. 332.

⁶⁸⁹ Cour d'appel de Paris, 4^e chambre A, 14 février 1990, Couturier c/Pflieger, Recueil Dalloz 1990, p. 72.

⁶⁹⁰ Tribunal de grande instance de Grenoble, réf., 9 mai 1984, UFC 38 c/ Carrefour, D. 1985. somm. 309, obs. Colombet.

⁶⁹¹ André R. Bertrand, 2010, Chapitre 102 – Relations entre le droit d'auteur, les autres droits privatifs et la protection des créations non protégées par un droit privatif, Dalloz action Droit d'auteur, p. 65.

⁶⁹² Cour d'appel de Paris, 4^e ch., 6 octobre 1995, Labo France Editeur c/Spectra 2000, RIDA, avril 1996, p. 308.

⁶⁹³ Cour d'appel de Paris, 4^e ch., 14 octobre 1993, Carré et Neudin c/ SA L'image Document, RIDA, avril 1994, p. 241.

⁶⁹⁴ Cour d'appel de Versailles, 31 mars 1981, citée in D. 1983, IR p. 89, obs. Colombet

⁶⁹⁵ Cour d'appel de Paris, 6 mai 1987, D. 1988, Somm. P. 202, obs. Colombet

⁶⁹⁶ Cour d'appel de Paris, 13 septembre 1995, RIDA, avril 1996, p. 287

⁶⁹⁷ Notes 686 à 694 reprises par Nathalie Mallet-Poujol, « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », art. préc., p. 332.

⁶⁹⁸ À cet égard, cf. *supra* : « Vers la reconnaissance d'un 'domaine commun informationnel' ? », p. 78.

ou titres [qui] ne sont pas, comme tout prix de produits, susceptibles d'appropriation⁶⁹⁹ », ou bien « les numéros de téléphone, qui ne sont pas la propriété de leurs usagers⁷⁰⁰ ».

279. On peut alors convenir que les données publiques, comme tout autre élément d'information, étant donné leurs caractéristiques non-exclusives et non-rivales, une fois diffusées auprès du public, sont en principe des « choses communes informationnelles ». Dès lors, l'octroi d'un droit exclusif d'exploitation économique ne protège pas les données elles-mêmes mais répond à une volonté de protéger l'œuvre intellectuelle qui façonne l'architecture de la base de données (droit d'auteur), ainsi que l'investissement matériel, physique ou économique substantiel qui en est à l'origine (droit *sui generis*). Cela étant, c'est cette même volonté qui décide de laisser libres de droits certains éléments, notamment les données publiques dont la volonté du législateur a été de privilégier l'usage commun du public sur le droit de l'administration en tant que titulaire ou productrice de données.

280. Tenant compte de ce fait, les données publiques font partie d'une « communauté de choses » qui a été organisée par le droit. En l'espèce, l'article 6 de la LRN établit que les administrations doivent publier en ligne « [l]es bases de données, mises à jour de façon régulière, qu'elles produisent ou qu'elles reçoivent et qui ne font pas l'objet d'une diffusion publique par ailleurs », ainsi que « [l]es données, mises à jour de façon régulière, dont la publication présente un intérêt économique, social, sanitaire ou environnemental »⁷⁰¹. L'article 9 de la LRN⁷⁰² consacre également que « [l]a réutilisation [de données publiques] est gratuite » et « peuvent être utilisées par toute personne qui le souhaite à des fins autres que celles de la mission de service public »⁷⁰³.

⁶⁹⁹ Tribunal de commerce de Compiègne, 2 juin 1989, Société de bourses françaises c/ Société option service et cotes des fosses, *Droit de l'informatique et des Télécoms* 1989-4, p. 60, note N. Poujol.

⁷⁰⁰ V. Conseil d'Etat, 29 janvier 2003, Syndicat national de la télématique, Propriété intellectuelles, octobre 2003, n° 9, p. 460, obs. Jean-Michel Bruguière.

⁷⁰¹ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 du JORF n°0235 du 8 octobre 2016, modifiant l'article L312-1-1 du CRPA.

⁷⁰² LOI n°2016-1321 du 7 octobre 2016 du JORF n°0235 du 8 octobre 2016, modifiant l'article L321-1 du CRPA

⁷⁰³ Article L321-1 du CRPA, ; modifié par l'article 9 de la LOI n° 2016-1321 du 7 octobre 2016. *JORF* n° 0235 du 8 octobre 2016.

L'article 11, quant à lui, prévoit que les administrations « ne peuvent faire obstacle à la réutilisation du contenu des bases de données qu'[elles] publient »⁷⁰⁴.

281. Si la nature non-exclusive et non-rivale de la généralité des données est niée en principe par le droit positif, ce n'est pas le cas des données publiques pour lesquelles la loi et la jurisprudence ont confirmé la volonté de refuser une réserve privative, notamment par le refus de la reconnaissance de droits patrimoniaux à l'administration tels que le droit *sui generis*. En effet, la jurisprudence du Conseil d'État du 8 février 2017 souligne que : « [...] les établissements, organismes ou services culturels [publics...], ne sont pas des tiers au sens et pour l'application du c) de l'article 10 de la loi du 17 juillet 1978, [pouvant] se fonder sur les droits que tient le producteur de bases de données de l'article L. 342-1 du Code de la propriété intellectuelle, pour s'opposer à l'extraction ou à la réutilisation du contenu de telles bases, lorsque ce contenu revêt la nature d'informations publiques au sens des dispositions du même article »⁷⁰⁵.

282. Par conséquent, à quelques exceptions près, les données publiques sont exemptées de la protection de la propriété intellectuelle, ce qui signifie que, même si l'administration peut bénéficier de droits moraux, elle ne peut se voir reconnaître des droits patrimoniaux. La propriété des choses informationnelles, bien que par nature non-exclusive et non-rivale, relève donc du droit positif et n'est organisée que par le droit lui-même. La réserve privative accordée n'est rien d'autre que la reconnaissance d'un droit économique dans le but d'exploiter de manière exclusive la base de données et de protéger son architecture ou l'investissement matériel, physique ou économique substantiel sur celle-ci. Cette exclusivité économique est néanmoins exclue à l'administration pour laquelle les acteurs du droit ont imposé la gratuité des données publiques. Il est donc nécessaire de décrypter la nature de cette asymétrie des droits de propriété, ce qui permettra d'entrevoir le passage de la donnée publique « chose commune » à celle de la donnée publique « bien commun » de l'information.

⁷⁰⁴ « Sous réserve de droits de propriété intellectuelle détenus par des tiers » et celles dont la « mission de service public à caractère industriel ou commercial [est] soumise à la concurrence ». Article 11 de la LRN modifiant l'article L321-3 du CRPA.

⁷⁰⁵ Conseil d'État, 10ème – 9ème ch. réunies, décision du 8 février 2017, Notrefamille.com c/ Département de la Vienne, no. 389806.

Section 2. La transformation de la donnée publique « chose commune » à celle de la donnée publique « bien commun » de l'information

283. Pour commencer, il est pertinent de différencier les données en tant que « choses informationnelles », des données en tant que « biens informationnels ». En effet, la chose est une notion première qui préexiste au droit et qui peut exister avant le droit et sans le droit. Les données informationnelles se présentent, en ce sens, d'abord comme des réalités brutes, c'est-à-dire comme des choses, avant de pouvoir entrer dans la catégorie juridique des biens, puisque toutes les choses qui existent ne sont pas nécessairement des biens pour le droit⁷⁰⁶. Parmi ces choses, il y a les choses dites « incorporelles », « immatérielles » ou « intangibles », dont la transposition dans la catégorie juridique des biens correspondrait à ce que sont les biens « incorporels », « immatériels » ou « intangibles »⁷⁰⁷.

284. Afin d'élucider le passage par lequel la donnée en tant que « chose informationnelle » se transforme en donnée « bien informationnel », la théorie du droit de la propriété fonde son analyse sur un héritage de la doctrine classique qui renvoie à un monde ancien dans lequel le droit de propriété s'exerce, principalement, sur des choses matérielles⁷⁰⁸. Or, l'univers des données numériques, qui est le résultat du progrès technologique, s'accorde de moins en moins avec une telle théorie et ses droits⁷⁰⁹. En effet, cette théorie continue de se positionner comme le modèle de prédilection pour expliquer le passage du monde des choses à celui des biens⁷¹⁰. Néanmoins, il convient de noter que les données informationnelles ne sont jamais au sens strict matériellement appropriées et ne deviennent des biens qu'au moment où une personne peut les exploiter économiquement dans le monde extérieur⁷¹¹. En d'autres termes, s'agissant des données,

⁷⁰⁶ Jean-Christophe Galloux, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », art. préc., p. 232.

⁷⁰⁷ Jean-Christophe Galloux, *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, thèse en droit, Bordeaux, 1988, p. 54 et s.

⁷⁰⁸ Sur ce point, cf. *supra* : « Le refus d'une reconnaissance de la domanialité publique des données de l'administration », en page 63 ; v. également Lucien Rapp, « De la domanialité publique à l'appartenance publique. Une évolution dans la révolution ! », in Geneviève Koubi (dir.), *Propriété et Révolution*, Actes du colloque de Toulouse, 12-14 octobre 1989, 1990, p. 165 ; repris par Maxime Boul, « Les "public goods" : traduction juridique d'une notion économique », art. préc., pp. 560-561.

⁷⁰⁹ V. Bernard d'Espagnat, *A la recherche du réel*, Bordas, 1981 ; repris par Jean-Christophe Galloux, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », art. préc., p. 232.

⁷¹⁰ V. Planiol et Ripert, *Traité de droit civil français*, t. 2, par Planiol, n° 51, p. 58 ; Jean-Marc Mousseron, Jacques Raynard et Thierry Revet, « De la propriété comme modèle », in *Mélanges offerts à Colomer*, Litec, 1993, n° 14, pp. 281-305 ; repris par Jean-Christophe Galloux, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », art. préc., p. 232.

⁷¹¹ Jean-Christophe Galloux, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », art. préc., p. 232.

il ne peut y avoir de propriété, mais simplement une production, une détention et une capitalisation.

285. Diverses techniques de « réserve » de l'information remettent ainsi en cause la propriété des données en tant qu'objets juridiques du droit des biens. Il s'agit notamment des techniques contractuelles ou de la responsabilité civile ou pénale, qui permettent de restreindre l'accès et l'utilisation de certains éléments d'information à des tiers, car ils sont considérés comme des actifs immatériels stratégiques de nature privée⁷¹². Si l'on tient compte de ce fait, comme l'interroge à juste titre Jean-Christophe Galloux, la nature juridique de ces techniques a-t-elle pour but de transformer la chose en bien, ou précisément le contraire, de marquer une limite à cette transformation ?⁷¹³ En tout état de cause, il faut souligner que ni la valeur économique des données, ni la valeur utilitaire de celles-ci, ne sont suffisantes pour leur attribuer le qualificatif de biens au sens juridique, comme cela pourrait être le cas, par exemple, en économie où l'on considère les choses comme des « biens » en raison de leur utilité et de leur valeur capitalisable⁷¹⁴.

286. En effet, le droit positif considère que les éléments informationnels, qui ne font pas l'objet d'un droit exclusif, peuvent circuler plus ou moins librement du moins jusqu'à ce que l'on reconnaisse la nécessité juridique d'organiser leur réserve privative⁷¹⁵. L'organisation des données par le droit donne alors lieu à un écosystème complexe de réserves privatives qui sont reconnues comme des mécanismes d'appropriation des choses informationnelles. Ceci étant, les données publiques font partie de l'exception puisque, on le rappelle, les acteurs du droit ont choisi de privilégier explicitement la diffusion spontanée et la gratuité de réutilisation de celles-ci, sur le droit de production qui pourrait être reconnu au profit de l'administration.

287. On analysera donc la nature juridique d'une telle forme d'appropriation des choses informationnelles, notamment sous l'angle de la propriété des données publiques comme une fiction de droit (1). Ensuite, on traitera la réserve « ouverte » de la

⁷¹² Jean-Marc Mousseron, « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, 1991, p. 281 et s. ; repris par Jean-Christophe Galloux, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », art. préc., p. 232 ; v. également : Louis-David Benyayer et Chignard Simon, « Focus - Les enjeux économiques de l'ouverture des données : pas de marché, pas de valeur », *Informations sociales*, vol. 191, n° 5, 2015, p. 38..

⁷¹³ Jean-Christophe Galloux, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », art. préc., p. 232.

⁷¹⁴ Pour une comparaison de la notion de « bien » dans les deux disciplines, cf. *supra* : « Les éléments de la propriété saisis par les théories économique et juridique », en page 153.

⁷¹⁵ Jean-Christophe Galloux, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », art. préc., p. 232.

jouissance comme forme d'appropriation fictive des données publiques, en tant qu'éléments informationnels dont l'administration est effectivement un sujet de droit (2).

Paragraphe 1. La propriété des données publiques en tant que fiction du droit

288. Le droit de propriété sur les choses informationnelles trouve son origine dans ce que l'on appelle une fiction du droit. Cela est possible puisque, du point de vue des non-juristes, toute forme d'organisation humaine à grande échelle serait fondée sur la coopération donnant lieu à des récits communs qui n'existent que dans l'imaginaire collectif. Selon la discipline, ces récits entre individus sont appelés « fictions », « constructions sociales » ou « réalités imaginaires »⁷¹⁶. En effet, depuis ce que l'on appelle la « révolution cognitive », on considère que les individus ont vécu une double réalité : d'une part, une réalité objective qui comprend des choses matérielles telles que les arbres, les rivières et les montagnes ; d'autre part, une réalité subjective qui fait référence aux États, aux lois, à la justice et aux droits de l'homme, entre autres⁷¹⁷. Aucun de ces derniers concepts n'existe à l'origine dans le monde naturel ; on ne les trouve que dans l'imaginaire commun en tant que partie d'une organisation sociale évolutive qui a été créée, acceptée et améliorée sous la forme d'un système politique et juridique⁷¹⁸.

289. Le dictionnaire Larousse définit la fiction comme une : « [c]réation de l'imagination ; ce qui est du domaine de l'imaginaire, de l'irréel »⁷¹⁹. Dans le langage juridique, selon la définition donnée par Gérard Cornu, la fiction renvoie à une : « artifice de technique juridique (en principe réservé au législateur souverain), un 'mensonge de la loi' (et bienfait de celle-ci) consistant à 'faire comme si', à supposer un fait contraire à la réalité, en vue de produire un effet de droit »⁷²⁰. La fiction en droit est donc la conséquence d'une technique, le résultat de la recherche juridique, qui emploie un « modèle empirique-logique [...] issu du positivisme scientifique [...] qui, dans sa dimension empirique [...] exige que les connaissances se fondent sur une observation

⁷¹⁶ Nous nous appuyons, pour cela, sur le raisonnement présenté par l'historien : Yuval Noah Harari, *Sapiens : Une brève histoire de l'humanité*, traduction de Pierre-Emmanuel Dauzat, Albin Michel, 2015, p. 44.

⁷¹⁷ *Ibidem*, p. 41.

⁷¹⁸ *Ibidem*, p. 42.

⁷¹⁹ Définition Larousse [En ligne]. Consulté le 27 avril 2022 : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/fiction/33587>

⁷²⁰ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 6ème éd., Paris, Quadrige, PUF, 2004, p. 402.

objective du réel. [...] Dans sa dimension logique, le positivisme scientifique veut que l'élaboration des connaissances à partir des données brutes se fasse conformément aux exigences de la logique formelle, dont le raisonnement mathématique constitue la manifestation la plus aboutie »⁷²¹. Dans le même ordre d'idées, la fiction émane de l'herméneutique « qui, dans une conception large, englobe les courants interprétativiste et constructiviste qui se sont développés dans plusieurs domaines des sciences humaines »⁷²².

290. L'objectif de la fiction juridique est alors de contribuer à la fonction primaire du système légal qui est celle de formuler des réponses en fonction d'une complexité de faits qu'il tente d'organiser⁷²³. Sans entrer dans les débats entre jusnaturalisme et positivisme, le droit est lui-même considéré comme le résultat d'une fiction, manifestement technique, qui crée une réalité subjective (juridique) avec ses propres concepts, classifications et règles⁷²⁴. L'État, lui, est également une fiction du droit qui réaffirme la construction juridique indispensable à l'existence et à la cohérence du système social⁷²⁵. En d'autres termes, la fiction juridique est le résultat d'un processus cognitif organisé, qui peut donner lieu à des réalités subjectives ou représentations relatives qui sont classées, appliquées et évoluent dans le temps⁷²⁶.

291. Cela étant, la fiction juridique permet la création de catégories juridiques qui donnent naissance à des statuts attribués à chaque institution et d'où émane toute une série de règles et de principes qui, en interagissant, permettent aux institutions d'être opérationnelles. Cependant, pour que cette « magie du droit » existe dans la réalité, il faut une légitimation que seule la pratique sociale peut lui accorder⁷²⁷. Cette reconnaissance de l'irréel est ce qui soutient la capacité du droit positif à élargir les catégories juridiques,

⁷²¹ Michelle Cumyn et Mélanie Samson, « La méthodologie juridique en quête d'identité », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 2, vol. 71, 2013, p. 4 et s.

⁷²² Jihen Missaoui, « La fiction juridique en droit international public, ou le miroir sans strie des réalités dérangeantes », *Mediterranean Journal of Legal Research* [en ligne], p. 2.

⁷²³ Michel Miaille « Désordre, droit et science » in *Théorie du Droit et science*, Paul Amsselek (dir.), coll. « Léviathan », Paris, Pedone, 1994, pp. 87-103 ; repris par Jihen Missaoui, « La fiction juridique en droit international public, ou le miroir sans strie des réalités dérangeantes », art. préc., p. 3.

⁷²⁴ Christine Biquet, « Les fictions en droit », *Revue de la Faculté de Droit de l'Université de Liège*, Bruxelles, 2013, p. 276.

⁷²⁵ Jihen Missaoui, « La fiction juridique en droit international public, ou le miroir sans strie des réalités dérangeantes », art. préc., p. 2.

⁷²⁶ Christine Biquet, « Les fictions en droit », art. préc., p. 276.

⁷²⁷ Jihen Missaoui, « La fiction juridique en droit international public, ou le miroir sans strie des réalités dérangeantes », art. préc., 4.

notamment des sujets au-delà des personnes physiques⁷²⁸. Par exemple, la naissance de l'État, en tant que personne juridique, est inscrite dans cette tessiture et la fiction juridique, en tant que théorie explicative de la personnalité, est légitimée par des considérations utilitaires et propriétaires qui sont étroitement liées à la pratique d'un commerce juridique, à la possession de la chose et à son exploitation⁷²⁹.

292. Dans ce contexte, la fiction juridique est un outil multiple utilisé d'abord pour créer la personne publique, sa personnalité et son domaine, ensuite pour en faire un sujet de droits et d'obligations et, enfin, pour pouvoir posséder, acquérir ou disposer de biens, comme s'il s'agissait d'une personne physique⁷³⁰. Autrement dit, la création des personnes juridiques, notamment les personnes publiques, est une fiction du droit ; la possibilité qu'elles puissent être propriétaires est une continuité de cette fiction du droit ; la propriété des choses sans matière par des personnes également sans corps ne serait en ce sens qu'aller plus loin dans la fiction juridique en tant que technique du droit.

293. Pourtant, il convient de noter qu'il existe une autre théorie, celle de la « propriété collective », qui s'oppose à la « fiction juridique » comme théorie originelle du patrimoine des personnes juridiques. Si l'on reprend les mots d'Aurélien Camus, « la théorie de la fiction légale apparaît insatisfaisante en ce qui concerne la nature et les modalités des relations entre la personne morale et les personnes physiques qui la composent. La personne morale est une unité juridique qui absorbe l'ensemble des individualités, mais ces mêmes individualités ne sont que des tiers vis-à-vis d'elle. La doctrine opposée à la théorie de la fiction légale met justement en exergue ses conséquences en matière d'exercice du droit de propriété. Les actes produits à cette occasion ne sont pas imputés aux personnes physiques, mais directement à la personne morale. La théorie de la fiction légale occulte ainsi les véritables bénéficiaires de la jouissance de la chose, c'est-à-dire les membres de la collectivité »⁷³¹.

294. N'ayant pas l'intention d'entrer dans un tel conflit, on se limitera ici à souligner que l'État et la propriété des personnes morales sont tous deux des idées d'une

⁷²⁸ Aurélien Camus, *Le pouvoir de gestion du domaine public*, Thèse de doctorat en droit public, École doctorale Droit et Science politique (Nanterre), p. 44.

⁷²⁹ *Ibidem*, p. 47.

⁷³⁰ V. Théophile Ducrocq, *Cours de droit administratif*, t. II, 2e éd., E. Thorin, Paris, 1877, p. 398 ; Anselme Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, t. V, 2^e éd., 1885, p. 2 ; repris par Aurélien Camus, *Le pouvoir de gestion du domaine public*, *op. cit.*, p. 48.

⁷³¹ Aurélien Camus, *Le pouvoir de gestion du domaine public*, *op. cit.*, p. 48.

organisation sociale, fruit de la capacité cognitive et coopérative à grande échelle de l'être humain, l'une ne pouvant pas exister sans l'autre, qui se matérialise et évolue dans le cadre d'une construction juridique, politique et sociale. Sans ces concepts, la réalité du genre humain ne se limiterait qu'à la réalité objective primitive, quelque chose que Robert Joseph Pothier qualifiera en 1781 de « communauté négative », c'est-à-dire l'ensemble des choses matérielles qui « existait à l'origine en ce sens que la terre était également ouverte à tous »⁷³². Elle est une hypothèse nécessaire à la « communauté positive », le fondement à partir duquel elle se déploie en tant que communauté originelle, avant l'existence des « communautés positives » qui lui seront superposées et qui exigeront de la Terre et de sa matière « sa conversion en terre, en propriété, en culture, [et] en territoire »⁷³³.

295. S'agissant des données publiques en tant qu'éléments informationnels, donc dépourvus de matière par nature, si par essence « le domaine immatériel [appartient] à l'universalité de jouissance du genre humain, il arrive cependant que le droit civil y crée, par une appropriation fictive, certaines parts exclusivement réservées »⁷³⁴. Le caractère fictif de l'appropriation qui permet la reconnaissance de droits privatifs sur les choses informationnelles, qu'elles soient publiques ou privées, est alors le fruit de l'art juridique et n'a son fondement qu'au sein du même droit, contrairement à la propriété sur les biens matériels qui conduit à sa conceptualisation physique et souveraine⁷³⁵. En d'autres termes, la propriété sur les choses incorporelles, n'étant pas matériellement possédables, la propriété convenue est le résultat de la fiction en tant que technique du droit. Par conséquent, la propriété ne s'exerce pas *stricto sensu* sur les données en tant que choses informationnelles mais plutôt sur les moyens qui permettent leur objectivation, ainsi que sur les actions et les processus qui permettent de les capitaliser et de les exploiter, notamment les droits exclusifs.

⁷³² Robert Joseph Pothier, « Droit à la propriété », *Traité sur différentes matières du droit civil*, 1781, article premier ; repris par Communauté des Chercheurs sur la Communauté, « La communauté négative » [en ligne]. Consulté le 4 juin 2020 : https://communauteschercheurssurlacommunaute.wordpress.com/la-communautaire-negative/#_ftn1

⁷³³ Communauté des Chercheurs sur la Communauté, « La communauté négative », art. préc. [en ligne]

⁷³⁴ Augustin-Charles Renouard, *Traité des droits d'auteur, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, troisième partie, 1898, p. 214 ; repris par Mikhaïl Xifaras, *La propriété : étude de philosophie du droit*, PUF, 2004, p. 403.

⁷³⁵ Mikhaïl Xifaras, *La propriété : étude de philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 404.

296. Pour illustrer ce qui précède, l'appropriation des données ne s'exerce que par le moyen de la base de données et prend la forme de droits exclusifs permettant l'exploitation économique de ces choses informationnelles. Il s'agit donc de droits exclusifs en tant que formes *sui generis* donnant lieu à une appropriation fictive indirecte par le droit. De cette manière, l'appropriation impossible des choses dénuées de matière ne s'oppose pas à l'appropriabilité des moyens d'interprétation ou d'analyse des données, ainsi que des fruits et produits qui en émanent. Cette formulation de l'appropriation matérielle de l'immatériel est certainement complexe : c'est le « caractère éminemment paradoxal de ce droit, qui réalise l'appropriation des fruits que procure un bien inappropriable »⁷³⁶.

297. En ce qui concerne l'administration et les données publiques, bien qu'elle ne puisse être propriétaire en raison d'une exclusion du droit, elle est néanmoins reconnue comme la « titulaire » des données qu'elle produit. Sa « titularité » est ainsi reconnue et les termes « propriété » et « paternité » sont différenciés : la « propriété » étant conçue un droit réel, tandis que la « paternité » étant un droit moral appartenant à la personne publique. En ce sens, pour certains auteurs comme Mikhaïl Xifaras, le terme « réserve » semble plus approprié pour désigner la jouissance exclusive accordée dans le cas de choses informationnelles⁷³⁷. Ceci étant, l'administration ne peut qu'exceptionnellement réserver certaines informations de manière exclusive, notamment lorsqu'elle partage des droits de propriété intellectuelle avec des tiers⁷³⁸. La propriété des choses informationnelles, ainsi que la réserve de leur jouissance, sont toutes deux le fruit de la technique de la fiction du droit.

Paragraphe 2. La réservation de la jouissance comme appropriation fictive des données publiques

298. Avant toute chose, il convient de noter que s'approprier les choses matérielles c'est, en fait ou par analogie, les interioriser comme quelque chose qui est propre ; au contraire, exprimer des idées, produire des données, écrire une œuvre ou créer des connaissances c'est exterioriser ce qui vient de soi, c'est-à-dire se départir de certains

⁷³⁶ *Ibidem*, p. 403.

⁷³⁷ *Ibidem*, p. 343

⁷³⁸ C'est la constante qui a été maintenue en ce qui concerne les informations contenues dans les articles L. 321-2, L. 321-3 et L311-5 du CRPA.

éléments subjectifs pour leur donner une existence indépendante et objective dans le monde réel⁷³⁹. L'appropriation de choses informationnelles comme les données est en soi quelque chose de fictif : elle n'existe que dans le droit et grâce au droit. Pour cette raison, Mikhaïl Xifaras qualifie ce type d'appropriation de « révolution théorique » : « La propriété désigne désormais la réservation exclusive plutôt qu'une maîtrise physique [...] Mais pour nominal qu'il soit, le triomphe de l'expression 'propriété intellectuelle' est d'une grande importance pratique. On s'accorde désormais à penser qu'il favorise grandement l'extension de ces droits à de nouveaux objets, le renforcement des prérogatives de leurs titulaires, la convergence des régimes juridiques des divers types de créations et le renforcement idéologique de leur légitimité ('propriété', ça fait mieux que 'monopole temporaire') »⁷⁴⁰.

299. Le droit de propriété accordé sur les choses immatérielles est alors un monopole d'exploitation économique. Le mot « monopole » vient du latin *monopolium* et du grec *monopôlion* ; *monos* voulant dire « seul », alors que *pôlein* signifiant « vendre »⁷⁴¹. D'après Augustin-Charles Renouard : « [c]'est le droit de vente réservé, soit à un seul être individuel ou collectif, soit à une seule catégorie d'êtres individuels ou collectifs déterminés. [...] Le monopole n'est pas un simple fait ; c'est le titre juste ou injuste d'un droit positif qui, fermé à tout le monde, n'est ouvert que pour un seul ou pour plusieurs. Il est toujours un privilège ; mais un privilège n'est monopole que s'il confère la privative attribution de disposition vénale d'une chose ou d'un service »⁷⁴².

300. En d'autres termes, le privilège accordé comme réserve exclusive sur les choses informationnelles est un monopole dérivé de l'exploitation économique de la chose et non de la chose elle-même. Plus que de propriété en tant que droit réel, il s'agit d'un droit économique qui régleme les utilisations commerciales faites de la chose. Le privilège de l'exploitation économique est ce qui confère aux données la caractéristique

⁷³⁹ Mikhaïl Xifaras, *La propriété : étude de philosophie du droit*, op. cit., p. 367.

⁷⁴⁰ Mikhaïl Xifaras, « Le copyleft et la théorie de la propriété », Séminaire international « Propriété et Communs. Les nouveaux enjeux de l'accès et de l'innovation partagés », Paris, 25 au 26 avril 2013 ; repris par Pierre Dardot et Christian Laval, « Commun : Essai sur la révolution au XXIe siècle », La Découverte, 2014, p. 146-147.

⁷⁴¹ Dictionnaire Larousse [en ligne].

⁷⁴² Augustin-Charles Renouard, *Du droit industriel dans son rapport avec les principes du droit civil sur les personnes et les choses*, Paris, Guillaumin, 1860, p. 339 ; repris par Mikhaïl Xifaras, *La propriété : étude de philosophie du droit*, op. cit., p. 405.

de « bien » dans la réalité objective. Il n'y a donc pas de propriété à proprement parler, mais seulement un monopole d'exploitation reconnu sur la chose.

301. En effet, le monopole économique n'interdit pas l'accès possible à la base de données par un tiers et l'extraction illégale d'une copie frauduleuse de la base est la preuve la plus évidente de la propriété fictive d'une chose non-appropriable⁷⁴³. Ainsi, dans la réalité objective, la propriété d'une chose peut être perdue de droit, mais cela n'implique pas nécessairement la perte de fait de la possession sur cette chose. En revanche, dans la réalité subjective, il n'y a tout simplement pas de possession et les actes de piratage de bases de données n'impliquent en aucun cas une dépossession des données en tant qu'éléments informationnels. L'accès à la base de données est, en ce sens, toujours possible et les concepts de libre disposition et de gratuité doivent être différenciés lorsque l'on parle de propriété sur des choses immatérielles⁷⁴⁴. Enfin, si l'accès économique aux données peut être réservé *de jure*, l'accès intellectuel, lui, reste *de facto* toujours ouvert⁷⁴⁵.

302. Les différents types de réserves privatives « ouvertes » ou « fermées » sur les choses informationnelles, bien qu'elles s'accordent avec l'inappropriabilité « réelle » des données, sont néanmoins les mécanismes de cloisonnement de ces éléments en tant que partie d'un « domaine commun informationnel » qui est vidé dans sa substance par le privilège d'une jouissance économique exclusive⁷⁴⁶. La fiction juridique se présente

⁷⁴³ Article 323-1 du Code pénal : « Le fait d'accéder ou de se maintenir, frauduleusement, dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données est puni de deux ans d'emprisonnement et de 60 000 € d'amende », modifié par Loi n°2015-912 du 24 juillet 2015 - art. 4, *JORF* n°0171 du 26 juillet 2015 ; de même, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré que : « les notions d'extraction et de réutilisation [...] doivent être interprétées comme se référant à tout acte non autorisé d'appropriation et de diffusion au public de tout ou partie du contenu d'une base de données. Ces notions ne supposent pas un accès direct à la base de données concernée », Arrêt de la Cour (grande chambre) du 9 novembre 2004, *The British Horseracing Board Ltd et autres contre William Hill Organization Ltd.*, demande de décision préjudicielle : Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) - Royaume-Uni., Affaire C-203/02, *European Court Reports* 2004 I-10415 ; enfin, v. Tristan Berger, « Qualifier le téléchargement illégal de données : soustraire ou extraire, telle est la question », *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, Lamy (imprimé) / Wolters Kluwer édition électronique, 2015, hal-01206951.

⁷⁴⁴ Mikhaïl Xifaras, *La propriété : étude de philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 405.

⁷⁴⁵ V. Michel Vivant, « Touche pas à mon filtre ! Droit de marque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle », *JCP*, éd. E., 1993, I, 251, n° 5 ; Jean-Marc Mousseron, et Michel Vivant, « Les mécanismes de réservation et leur dialectique : le terrain occupé par le droit », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 1988-1, p. 2 ; repris par Marie-Alice Chardeaux, *Les choses communes*, *op. cit.*, p. 155.

⁷⁴⁶ En effet, si l'on s'en tient aux principes qui ont inspiré le mouvement du « logiciel libre », la reconnaissance excessive de droits exclusifs, au lieu de favoriser le progrès de la connaissance informatique, le ralentit, entraînant une sous-utilisation des ressources. V. Silvère Mercier et Philippe Eynaud, « Le droit d'auteur au défi des biens communs de la connaissance », *Juris associations*, 2014, n° 501, p. 28.

alors comme la technique qui permet l'appropriation fictive des seuls éléments matériels auxquels la communauté des choses, en particulier immatérielles ne peut résister⁷⁴⁷.

303. Par ailleurs, la réserve de jouissance comme appropriation fictive est également montrée comme la cause probable de la disparité matérielle qui existe entre les individus dans l'accès égalitaire aux données comme choses communes informationnelles⁷⁴⁸. En effet, comme le souligne à juste titre Mikhaïl Xifaras, si l'« égalité naturelle » est la condition du « communisme juridique », les deux lois du domaine immatériel que sont l'« inégalité des talents » et la « libre disposition » ne peuvent que se contredire dans le temps, sauf à renoncer au domaine de la justice en traitant comme égaux ceux qui sont par nature inégaux⁷⁴⁹. Dès lors, si les données publiques sont en principe librement et gratuitement accessibles et réutilisables, ces principes sont en contradiction avec l'inégale capacité technologique des assujettis auxquels elles sont destinées⁷⁵⁰.

304. Plus précisément, il s'agit de l'institutionnalisation de la propriété sur les choses immatérielles. Bien que fictive, cette propriété est matériellement effective puisqu'elle réserve un monopole d'exploitation économique sur des choses non appropriables. Dans ce contexte, pour certains auteurs, la propriété de l'immatériel est la conséquence de l'expansion illimitée de l'empire de l'homme sur les mondes matériel et immatériel qui s'oppose à tout type de « communauté de biens »⁷⁵¹. Pour d'autres auteurs, elle serait le résultat de la capacité cognitive qui caractérise l'être humain en tant qu'espèce⁷⁵². En tout état de cause, une chose est certaine, la propriété sur les choses

⁷⁴⁷ Mikhaïl Xifaras, *La propriété : étude de philosophie du droit*, op. cit., p. 406.

⁷⁴⁸ Pour une critique de la prétendue égalité d'accès, cf. *supra* : « La transformation numérique de l'État : un processus démocratique, pluriel et représentatif de tous les acteurs de la société ? », en page 46 ; v. également Adel Ben Youssef, « Les quatre dimensions de la fracture numérique », *Réseaux*, vol. 127-128, n° 5, 2004, pp. 181-209 ; Luc Vodoz, « Fracture numérique, fracture sociale : aux frontières de l'intégration et de l'exclusion », *SociologieS*, art. préc. ; Fabien Granjon, « Fracture numérique », *Communications*, Vol. 88, No. 1, 2011, pp. 67-74.

⁷⁴⁹ Mikhaïl Xifaras, *La propriété : étude de philosophie du droit*, op. cit., p. 406.

⁷⁵⁰ Il faut rappeler que la valeur ajoutée des données dépend de la capacité technologique d'une personne à posséder et gérer une grande quantité de données ; or, pour la plupart des personnes publiques, ceci ce n'est pas le cas et les possibilités de capitalisation de leurs données deviennent plus complexes et sont généralement soumises à une réglementation stricte. La fracture numérique comprend donc également la sphère publique. Cf. *supra* : « La possibilité d'une exploitation publique des données soumise à une réglementation étatique stricte », en page 55.

⁷⁵¹ Mikhaïl Xifaras, *La propriété : étude de philosophie du droit*, op. cit., p. 407.

⁷⁵² Yuval Noah Harari, *Sapiens : Une brève histoire de l'humanité*, op. cit., p. 44.

immatérielles semble être une pénétration de la science économique dans la doctrine classique du droit des biens.

305. Ceci explique pourquoi, en introduisant le concept économique de rareté dans le monde de l'immatériel, on donne une valeur monétaire à la donnée en lui accordant le caractère d'exclusive en tant qu'élément principal de la propriété. En d'autres termes, l'exclusivité ne se produit pas dans le « domaine commun informationnel » qui est par nature infini, mais dans celui de l'exploitation économique en tant que droit exclusif qui s'avère être la caractéristique fondamentale de la propriété sur les choses immatérielles. Les différentes techniques de réserves privatives protègent alors, tout comme la science économique, la valeur capitalisable et utilitaire des données, bien qu'avec des teintes hybrides entre la théorie juridique et économique des biens, par rapport à un « domaine commun » des « choses informationnelles ».

306. Or, si la réserve de la jouissance est l'élément déterminant de l'appropriation fictive, il ne fait aucun doute que la nature immatérielle des informations permet de recréer la communauté des biens et la capacité cognitive de l'être humain de transformer les données de « choses communes » en « biens communs informationnels ». C'est ce qui se passe, par exemple, avec les réserves dites « ouvertes » qui permettent de cataloguer les données comme des biens car il est possible de reconnaître des droits exclusifs, notamment le droit moral sur celles-ci⁷⁵³, tout en permettant au public d'y avoir un accès variable par l'usage partagé des droits patrimoniaux⁷⁵⁴.

⁷⁵³ L'article 5 de la Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, établit que : « L'auteur d'une base de données bénéficie, en ce qui concerne l'expression de cette base pouvant faire l'objet d'une protection par le droit d'auteur, du *droit exclusif* [nous soulignons] de faire ou d'autoriser: a) la reproduction permanente ou provisoire, en tout ou en partie, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit; b) la traduction, l'adaptation, l'arrangement et toute autre transformation; c) toute forme de distribution au public de la base ou de ses copies. La première vente d'une copie d'une base de données dans la Communauté par le titulaire du droit, ou avec son consentement, épuise le droit de contrôler la revente de cette copie dans la Communauté; d) toute communication, exposition ou représentation au public; e) toute reproduction, distribution, communication, exposition ou représentation au public des résultats des actes visés au point b) ». OJ L 77, 27 mars 1996, p. 20–28. De même, l'article L123-1 du Code de la propriété intellectuelle souligne que « l'auteur jouit, sa vie durant, du *droit exclusif* d'exploiter son œuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire », modifié par la Loi n°97-283 du 27 mars 1997 - art. 5 () *JORF* 28 mars 1997 en vigueur le 1er juillet 1995.

⁷⁵⁴ V. Marie-Alice Chardeaux, *Les choses communes*, op. cit., p. 155 ; par opposition, le secret est la technique de réserve « fermée » par excellence, v. Mikhaïl Xifaras, *La propriété : étude de philosophie du droit*, op. cit., p. 363, qui questionne si : « [...] ne serait-il pas plus exact de pointer, comme le fait Hegel, l'existence d'une « propriété interne » de l'esprit sur ses idées, et par conséquent le secret, ou droit que chacun a de ne pas exprimer ses idées, [en tant que] la première forme juridique d'appropriation privative des biens

307. En l'occurrence, ce sont les licences établies par la mission Etalab « Licence Ouverte/Open License version 2.0 » et « ODC Open Database Licence (ODbL) version 1.0 »⁷⁵⁵, qui transforment de fond les données publiques – si on peut dire – de « choses communes » en « biens communs informationnels ». Cependant, au sens strict, on devrait plutôt parler de « biens publics informationnels affectés à l'usage public », en tenant compte de la « paternité » inaliénable qui est reconnue à l'administration comme droit moral⁷⁵⁶. En effet, les licences visent traditionnellement à garantir l'exclusivité d'un droit sur la chose. Toutefois, les licences précitées inversent le prisme pour garantir un accès et une réutilisation des données publiques de manière libre et gratuite, et ce sans perdre la qualité de « biens » accordée aux données, notamment en raison de la paternité publique qui est reconnue à l'administration et qui est la même que celle qui régit les conditions de réutilisation des certaines données publiques⁷⁵⁷.

308. En effet, la « Licence ouverte version 2.0 » accorde un « droit non exclusif et gratuit de libre 'réutilisation' » des données publiques, à des fins commerciales ou non, sans limite territoriale ni période de temps, permettant la « libre » réutilisation des informations pour produire, copier, adapter, modifier, extraire et transformer, créer des « informations dérivées », des produits ou des services, communiquer, diffuser, redistribuer, publier et transmettre, les exploiter commercialement, notamment en combinaison avec d'autres données, ou en les incluant dans un produit ou application de nature privée. La seule réserve imposée est celle de la reconnaissance de la « paternité » de l'information, en indiquant « au moins le nom du 'Concédant' » et la « date de dernière mise à jour de l'information réutilisée ». Dans le cas où l'information contient des données personnelles, seul le respect du cadre juridique en la matière est établi. Lorsque des droits de propriété intellectuelle existent, ils ne doivent pas entraver les droits

immatériels ? ». En soutenant la thèse de Michel Vivant (dir.), *Les créations immatérielles*, Paris, 1997, p. 16.

⁷⁵⁵ V. Licences de réutilisation, Les licences applicables aux « informations publiques » [en ligne], consulté le 4 juin 2021 : <https://www.data.gouv.fr/fr/licences>

⁷⁵⁶ Article L121-1 du Code de la propriété intellectuelle : « L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre. Ce droit est attaché à sa personne. Il est *perpétuel, inaliénable et imprescriptible*. Il est transmissible à cause de mort aux héritiers de l'auteur. L'exercice peut être conféré à un tiers en vertu de dispositions testamentaires », créé par Loi 92-597 1992-07-01 annexe *JORF* 3 juillet 1992.

⁷⁵⁷ Il convient de rappeler ici que, dans le cas des choses informationnelles, la réserve privative est considérée par la technique juridique comme une forme d'appropriation fictive. Ensuite, grâce à la technique contractuelle qui régit son accès et sa réutilisation, la donnée devient un « bien » laissant derrière, elle, son statut de « chose ». V. Mikhaïl Xifaras, « Le copyleft et la théorie de la propriété », Association Multitudes, n° 41, 2010, pp. 50-64.

accordés ou ils doivent être cédés « de façon non exclusive, à titre gracieux, pour le monde entier, pour toute la durée » de la protection desdits droits, afin de pouvoir « faire tout usage » des données publiques conformément aux libertés et conditions définies dans la licence. Cette licence est compatible avec toute autre du même type, notamment la Open Government License (OGL) du Royaume-Uni, la Creative Commons Attribution (CC-BY) et l'Open Data Commons Attribution (ODC-BY) de l'Open Knowledge Foundation⁷⁵⁸.

309. De même, la « ODC Open Database Licence (ODbL) versión 1.0 » permet aux futurs usagers de partager, modifier et utiliser librement les bases de données publiques, tout en imposant au réutilisateur de conserver cette même liberté vis-à-vis des autres utilisateurs. D'une part, il s'agit d'une licence plus complexe que la précédente, puisqu'elle vise à adapter le droit d'auteur en fonction des dispositions des différentes juridictions dans le monde, mais surtout européennes, qui peuvent protéger différemment les bases de données en reconnaissant des droits spécifiques dans leurs lois nationales. D'autre part, l'ODbL est également un accord contractuel puisqu'il règle les actions des réutilisateurs pour qu'ils agissent d'une certaine manière, notamment en partageant le contenu dérivé de la réutilisation sous les mêmes conditions, en échange du libre accès à la base de données et de la réutilisation gratuite des données publiques. Enfin, bien que cette seconde licence ne s'applique qu'à la base de données et non aux contenus individuels qui la composent, il est prévu que lorsque les contenus sont soumis à des droits différents, les droits régissant les divers contenus doivent être décrits ou clarifiés avant d'entreprendre des actions non couvertes par la licence⁷⁵⁹.

310. En tenant compte des éléments de ces licences, il faut alors distinguer deux types de « biens informationnels » dans le cadre de ce qu'on appelle les « réserves ouvertes ». Dans la doctrine, Marie-Alice Chardeaux les distingue : en « biens informationnels accessibles », qui sont ceux auxquels il est légalement et intellectuellement possible d'avoir accès ; et en « biens informationnels offerts à l'usage commun », qui sont les créations protégées par la propriété intellectuelle à travers les

⁷⁵⁸ Pour le contenu complet de la licence, v. « Licence Ouverte / Open Licence », Le blog d'Etalab [en ligne], consulté le 4 juin 2021 : <https://www.etalab.gouv.fr/licence-ouverte-open-licence>

⁷⁵⁹ Pour le contenu complet de la licence, v. « Open Data Commons Open Database License v1.0 », SPDX Linux Foundation collaborative projects, [en ligne], consulté le 4 juin 2021 : <https://spdx.org/licenses/ODbL-1.0.html#licenseText>

licences dites « ouvertes » et les « brevets ouverts »⁷⁶⁰. La caractéristique du « bien » est déterminée par la « réserve ouverte » de la jouissance comme appropriation fictive (c'est-à-dire l'intégration de la donnée au monde propriétaire du droit en tant que réalité subjective), tandis que la caractéristique du « commun » est déterminée par la faculté d'usage (libre mais organisée au sein du même droit avec des effets conséquents sur la réalité objective).

311. Si les données publiques répondent bien aux exigences légales des « biens » et de « l'usage commun », en tenant compte du fait que la paternité de l'administration en tant que droit moral est une prérogative inaliénable et imprescriptible, il faudrait plutôt les qualifier de « biens publics informationnels affectés à l'usage commun »⁷⁶¹. Cela étant, ce n'est pas le cas et c'est cette organisation complexe des différentes prérogatives de la propriété sur les choses immatérielles qui conduit à l'étude des données publiques en tant que « biens communs informationnels », en particulier à la lumière de la théorie de la propriété comme un « faisceau de droits ».

⁷⁶⁰ Marie-Alice Chardeaux, *Les choses communes*, *op. cit.*, p. 155.

⁷⁶¹ C'est notamment la conclusion à laquelle on pourrait arriver. V. notre analyse, *cf. supra* : « Le rejet de la propriété par le droit positif », sur la page 74.

Conclusion du Chapitre 1

312. Objet de controverse entre la vision naturaliste et le droit positif, les données informationnelles sont des objets non rivaux et non exclusifs, indépendamment de leur reconnaissance en tant que tels par le droit. D'une part, les données sont non-rivales puisque, une fois diffusées, elles sont des objets non concurrents, c'est-à-dire que tout le monde peut en faire un usage indiscriminé. D'autre part, les données sont des objets non-exclusifs en ce sens que, comme tous les éléments d'information qui circulent, elles échappent à toute forme d'appropriation matérielle. Dans la pratique, cependant, l'ordre juridique reconnaît et protège des droits exclusifs sur les données informationnelles, qui peuvent prendre diverses formes en fonction des différentes prérogatives qu'ils visent à protéger.

313. En tant que choses communes, les données publiques sont en principe caractérisées par leur libre disposition et leur libre exploitation, leur caractère inappropriable et leur usage commun émanant du droit positif et organisée par celui-ci, indépendamment de leur nature de choses non-rivales et non-exclusives. Ne faisant l'objet d'aucun droit de propriété, cela ne signifie pas qu'il n'existe pas de lien indissociable entre l'administration et les données publiques. En effet, la titularité et la propriété sont distinguées comme deux prérogatives distinctes. Bien que la propriété des données publiques soit niée par une disposition législative et jurisprudentielle, la titularité de l'administration sur celles-ci persiste de manière inaliénable puisqu'elle est adjointe à sa propre personnalité en tant qu'entité juridique, notamment par la paternité qui subsiste sur les données.

314. Ce dernier point est décisif, car cet élément, c'est-à-dire la titularité, permet d'entrevoir le passage de la donnée comme « chose commune informationnelle » à celle de la donnée comme « bien commun informationnel ». En l'occurrence, c'est le lien contraignant entre l'administration et les données qui permet de faire naître une forme de réserve privative accordée à la personne publique en tant que sujet de droit. En ce sens, la titularité ouvre la porte à la possibilité de reconnaître des droits économiques dont le but serait d'exploiter un certain type de données publiques de manière exclusive. Ceci étant, pour l'administration, la reconnaissance de la titularité reste complexe et *a priori* cette prérogative doit être comprise dans son sens négatif puisque la réserve privative consentie sur les données publiques est en pratique une forme de « réserve ouverte ».

315. En d'autres termes, sans tenir compte de la qualité de la personne publique en tant que titulaire de droits, le cadre juridique consolide différents types de droits en tant que formes et degrés variables de réserves privatives. Ainsi, du fait de la fiction juridique, la réserve de la jouissance est l'élément déterminant de l'appropriation fictive des données, notamment en tant qu'objets informationnels par nature inappropriables. Dans la doctrine, on trouve alors les « réserves ouvertes » qui permettent de qualifier les données de biens, puisque la titularité de l'administration serait reconnue comme un pouvoir souverain déterminant l'accès variable à la jouissance partagé des différents types de données publiques.

316. Par conséquent, les « réserves ouvertes » donnent naissance à deux types de biens informationnels : d'une part, on distingue les « biens informationnels accessibles » entendus comme ceux auxquels il est légalement et intellectuellement possible d'avoir accès, et qui correspondent dans une large mesure à la plupart des données diffusées par l'administration dans le cadre des missions de service public ; d'autre part, on trouve les données « biens informationnels offerts à l'usage commun » entendus comme celles régies par la propriété intellectuelle à travers les licences dites « ouvertes » dont l'administration peut faire usage pour publier certains types de données.

317. Pour résumer, ce qui importe ici, c'est de souligner que la titularité et la propriété sont deux notions différentes : la titularité est le fait de pouvoir faire l'objet de droits subjectifs, tandis que la propriété, dans ce cas informationnel, est en elle-même un droit subjectif, le pouvoir exercé sur les moyens qui permettent l'objectivation des éléments informationnels, ainsi que le monopole sur les actions et processus qui permettent la capitalisation et l'exploitation de ceux-ci, notamment sous la forme de droits économiques exclusifs. Nous nous pencherons alors sur cette compréhension complexe de la titularité et de la propriété de l'information, notamment sous l'angle de la thèse des « biens communs » selon les approches proposées par les théories du « faisceau de droits » et du « faisceau d'utilités » appliquées aux données publiques.

Chapitre 2. Vers les « biens communs » : la communalité des données publiques saisie par les théories du « faisceau de droits » et du « faisceau d'utilités »

318. En droit, la communalité des biens fait traditionnellement référence à la « [q]ualité de celui qui est dans la communauté de mariage ; biens communs aux époux »⁷⁶². Afin de comprendre l'applicabilité de cette notion aux données publiques, il faut d'abord étudier la théorie de la propriété en tant que « faisceau de droits », qui est au cœur d'une doctrine américaine influente dont l'élan tout au long du XXe siècle a conduit à une transformation du concept même de propriété aux États-Unis ; en France, en revanche, elle reste peu ou pas du tout connue au sein du système juridique⁷⁶³. En principe, cette théorie s'oppose à la théorie de la propriété développée en économie dans la lignée des travaux de Coase, de l'école de Chicago, en 1970⁷⁶⁴. En effet, pour l'économie formaliste, la propriété est synonyme de propriété privée, privative en langage juridique, considérée comme un postulat d'efficacité maximale dans l'économie de marché⁷⁶⁵. Une telle forme de propriété en tant que droit privatif, qu'il soit public ou privé, s'oppose donc, par principe, à la conception possible d'autres formes de propriété. C'est notamment le cas de la « propriété commune » ou la communalité des biens, que ce soit en tant que « communauté positive, négative [ou] diffuse »⁷⁶⁶.

319. En effet, la question des droits collectifs sur les biens, leur nature, leur organisation, ainsi que leur gestion collective est généralement exclue de l'analyse économique du droit, au profit du postulat de supériorité de la propriété privée et, par là même, au détriment de la notion des « biens communs »⁷⁶⁷. Dans ce contexte, la généalogie de cette forme de communauté des biens a été occultée par le développement

⁷⁶² Ortolang – Outils et ressources pour un traitement optimisé de la langue, Centre national de ressources textuelles et lexicales [En ligne]. Consulté le 22 octobre 2021 : <https://www.cnrtl.fr/definition/dmf/COMMUNALIT%C3%89>

⁷⁶³ En ce qui concerne l'analyse du faisceau de droits, nous nous appuyons sur la chronologie faite par : Fabienne Orsi, « Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », *Revue de la régulation*, n° 14, 2^e semestre, 2013, p. 2.

⁷⁶⁴ V. Ronald H. Coase, « The problem of social cost », *Journal of law and economics*, vol. 3, October 1960, pp. 1-44.

⁷⁶⁵ Fabienne Orsi, « Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », art. préc., p. 4.

⁷⁶⁶ V. Judith Rochfeld, « Communauté négative, positive, diffuse », in Marie Cornu, Fabienne Orsi, Judith Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses universitaires de France, 2017, pp. 241-246.

⁷⁶⁷ Fabienne Orsi, « Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », art. préc., p. 5.

de la pensée économique libérale, autorisant une vision hégémonique et dogmatique de la « fonction sociale de la propriété »⁷⁶⁸. En Europe, cette dernière trouve sa définition la plus explicite dans l'article 42 de la Constitution italienne de 1948 et les paragraphes 14 et 15 du *Grundgesetz* allemand de 1949, qui mettent en corrélation l'exercice légitime de la propriété avec la réalisation du « bien de la communauté » et en prévoyant sa socialisation⁷⁶⁹. Une telle vision du fonctionnalisme social de la propriété est néanmoins source de critiques, car elle est considérée comme une modalité indirecte de la légitimation de l'ordre socio-économique de la propriété privée comme droit absolu et exclusif⁷⁷⁰.

320. Sans entrer dans des débats idéologiques, il convient de rappeler qu'historiquement, la propriété en tant que droit n'a pas toujours été de nature privative. Les études historiques montrent que tant dans l'Angleterre du XVIIIe siècle qu'en France avant la Révolution de 1789, la propriété était le produit d'un droit coutumier caractérisé par une pluralité de règles juridiques et une juxtaposition de normes locales, qui faisait de la propriété non pas un droit exclusif sur une chose, mais des droits autour de ses utilités et de ses produits, donnant lieu à ce que l'on appelle un manque de « corporéité » de la propriété⁷⁷¹. En pratique, cela impliquait deux choses : d'une part, une absence de la conception absolutiste de la prérogative d'*abusus* comme pouvoir exclusif de disposer librement de la chose ; d'autre part, l'autorisation d'une superposition de différents types de droits indépendants sur la même chose⁷⁷².

321. L'intention de mettre ici en évidence le système de « propriétés simultanées »⁷⁷³, en particulier jusqu'avant le Code civil de 1804 en France et les *Enclosure Acts* de 1760 et 1840 en Angleterre, est précisément de déconstruire, à travers l'histoire, la propriété privée comme droit exclusif et absolu⁷⁷⁴. En effet, en dépit des

⁷⁶⁸ *Ibidem*.

⁷⁶⁹ Stefano Rodotà, « Vers les biens communs. Souveraineté et propriété au XXIe siècle », Traducteur Guillaume Calafat, *Traces. Revue de Sciences humaines*, n° 16, 2016, p. 218

⁷⁷⁰ *Ibidem*, pp. 218 et 219.

⁷⁷¹ Fabienne Orsi, « Elinor Otrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », art. préc., p. 6.

⁷⁷² *Ibidem*, p. 7.

⁷⁷³ En ce sens, v. Anne-Marie Patault, *Introduction historique au droit de biens*, Presses Universitaires de France, 1989, 336 pages.

⁷⁷⁴ V. Nadine Vivier, *Propriété collective et identité communale, les biens communaux en France 1750-1914*, Publications de la sorbonne, 1998 ; J. M. Neeson, *Commoners : Common right, enclosure and social change in England, 1700-1820*, 1993, Cambridge University Press ; repris par Fabienne Orsi, « Elinor Otrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », art. préc., p. 7.

causes légitimes qui ont motivé un renouvellement de la propriété à l'époque, notamment la propriété privée comme emblème légitime de la Révolution, auparavant, la valeur de la « propriété commune » était garantie par un système local de règles coutumières qui visait à assurer une certaine indépendance des communaux par rapport aux marchés et aux salaires, ce qui constitué un élément crucial de l'organisation sociale puisque les communaux étaient les derniers dans la structure de la paysannerie anglaise et française⁷⁷⁵.

322. En Angleterre, pourtant, les *Enclosure Acts* de 1760 et 1840 vont redéfinir la nature de la propriété agraire et constituer le point d'orgue d'un processus de transformation du système d'organisation économique et sociale de la paysannerie anglaise, en particulier par la reformulation des relations coutumières des hommes avec les dits moyens de production⁷⁷⁶. De même, en France, le Code civil de 1804, individualiste et patrimonialiste, s'imposera comme le premier du genre pour : « règle[r] les rapports individuels et assigne[r] à chacun ses droits, quant à la propriété »⁷⁷⁷. Ces instruments donneront naissance à un nouvel ordre juridique et de relations dans le système propriétaire.

323. Ainsi, si la dite propriété privée ou privative s'est depuis consolidée comme le modèle propriétaire de référence, la communauté des choses, qui, vue sous l'angle de certains auteurs renvoie à une forme de « propriété commune », va néanmoins remettre en cause un grand nombre de dogmes fortement ancrés dans le droit⁷⁷⁸. C'est notamment le cas de la naturalité des catégories juridiques, de l'incapacité du positivisme

⁷⁷⁵ V. J. M. Neeson, *Commoners : Common right, enclosure and social change in England, 1700-1820*, op. cit., Neeson, 1993, p. 12 ; Tine De Moore, « From common pastures to global commons : a historical perspective on interdisciplinary approaches to commons », *Nature Sciences Sociétés*, n° 4, vol. 19, 2011, pp. 422-431 ; Nadine Vivier, *Propriété collective et identité communale, les biens communaux en France 1750-1914*, op. cit. ; repris par Fabienne Orsi, « Elinor Otrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », art. préc., p. 6.

⁷⁷⁶ Edward Palmer Thompson, *The making of the English working class*, Rev. Ed. London : Penguin Books, 1991 ; cité par J. M. Neeson, « La clôture des terres et la société rurale britannique : une revue critique », Traducteur : Hannah Collings, *Histoire, économie et société*, 18^{ème} année, n° 1, 1999, pp. 83-106 ; in Fabienne Orsi, « Elinor Otrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », art. préc., p. 7.

⁷⁷⁷ Jean-Jacques-Régis Cambacérès, in Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet de travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Videcoq, vol. I, 1836, p. 141 ; repris par Stefano Rodotà, « Vers les biens communs. Souveraineté et propriété au XXI^e siècle », art. préc., p. 211.

⁷⁷⁸ V. Christophe Jamin, « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique. Un exercice de lecture comparée », *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, Presses Universitaires de France, 2011, pp.137-159 (hal-00973107) ; repris par Fabienne Orsi, « Elinor Otrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », art. préc., p. 25.

à saisir la complexité de faits au-delà de son encadrement dans des notions juridiques préexistantes, de la distinction formelle entre sphère publique et sphère privée, ainsi que de la cohérence, de l'autonomie, de l'impartialité axiologique ou de l'éventuelle indétermination légale par rapport à certains faits⁷⁷⁹.

324. Afin de mieux comprendre une telle forme de communalité sur les données publiques, on procédera à l'analyse de la théorie de la propriété en tant que « faisceau de droits », notamment à la lumière du courant du réalisme juridique comme étant celui qui permet de poser les bases théoriques pour mieux comprendre la catégorie des « biens communs » (Section 1). Puis, on procédera à une étude plus approfondie de cette dernière théorie, ce qui permettra donner naissance à une nouvelle forme de communauté de biens au XXI^e siècle (Section 2).

Section 1. La propriété des données publiques saisie par le courant du réalisme juridique

325. La théorie générale de la propriété comme « faisceau de droits » est généralement rattachée au courant critique américain du réalisme juridique, qui émerge au début du XX^e siècle dans le but d'aborder le fonctionnement et les effets sociaux et économiques produits par le droit. Il s'émancipe du postulat qui régit le formalisme juridique, lequel considère que les relations des individus doivent être encadrées uniquement dans des ensembles de règles et de catégories juridiques préexistantes⁷⁸⁰. En effet, pour le réalisme juridique, les concepts juridiques n'ont pas de sens préétabli et reposent, au contraire, sur des catégories réalistes et pragmatiques construites à partir de l'observation de définitions empiriquement établies et de leur mobilisation par les acteurs⁷⁸¹. La revue de la littérature reconnaît que le courant du réalisme juridique a opéré une révolution dans le droit, notamment en ce qui concerne la propriété. Elle est introduite comme une nouvelle conception fondée sur des dimensions sociales et politiques, ce qui

⁷⁷⁹ *Ibidem*.

⁷⁸⁰ Fabienne Orsi, « Elinor Otrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », art. préc., p. 8.

⁷⁸¹ V. Thierry Kirat, *Économie du droit*, éditions La Découverte, 1999 ; repris par Fabienne Orsi, « Elinor Otrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », art. préc., p. 8.

contraste avec la vision jusnaturaliste propriétaire qui a été prédominante jusqu'au début du XXe siècle⁷⁸².

326. Pour mieux comprendre ce courant, au sein du droit français, Michel Tropper précise que si l'on ajoute l'adjectif « juridique », le concept renvoie d'abord au « réalisme » comme courant de la théorie générale du droit tendant à décrire le droit tel qu'il « est réellement » et non tel qu'il « devrait être » selon une certaine philosophie morale ou politique⁷⁸³. Dans cette optique, le réalisme serait aussi lié au positivisme juridique et, sans nécessairement nier l'existence du droit naturel, il présuppose une distinction entre la science du droit et son objet : la science devant être pure de toute prescription et de tout jugement de valeur, tandis que l'objet devant être conçu comme une réalité objective et décrit au moyen de propositions qui peuvent être qualifiées de vraies ou de fausses⁷⁸⁴. Or, le réalisme juridique se distingue des autres courants du positivisme puisqu'il vise à concevoir le droit comme un objet empirique et non comme un ensemble de formes idéales auxquelles on attribue une valeur obligatoire. Il s'agit donc d'un phénomène psychosocial et, quelles que soient ses variantes, le réalisme est avant tout une épistémologie⁷⁸⁵.

327. En droit américain, la portée de ce courant est d'une importance considérable, tant sur le plan théorique que politique puisqu'il touche aux deux piliers fondamentaux de l'économie mercantiliste, à savoir les lois du marché en tant que régulateurs de la justice sociale et le respect absolu des droits de propriété sur lequel est argumentée l'intervention éventuelle de l'État dans des cas particuliers. Il en est ainsi puisque les deux maximes de l'économie de marché, le « laissez-faire » et le droit naturel de propriété, sont inscrites dans la Constitution des États-Unis fondant, d'une part, le principe d'une intervention minimale de l'État dans la régulation économique et, d'autre part, le rejet de toute limitation de l'exercice du droit de propriété ou de la liberté de

⁷⁸² V. Adam Mossoff, « The Use and Abuse of IP at the Birth of the Administrative State », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 157, n° 6, 2009, pp. 2001-2050 ; Thomas W. Merrill et Henry E. Smith, « What Happened to Property in Law and Economics ? », *The Yale Law Journal*, 2001, pp. 357-398 ; Denise R. Johnson, « Reflections on the bundle of rights », *Vermont Law Review*, vol. 32, n° 247, 2007, pp. 248-271 ; repris par Fabienne Orsi, « Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », art. préc., p. 8.

⁷⁸³ Michel Tropper, « Le réalisme et le juge constitutionnel », Cahiers du Conseil constitutionnel, Dossier : Le réalisme en droit constitutionnel, n° 22, Juin 2007 [en ligne], consulté le 4 juin 2021 : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-realisme-et-le-juge-constitutionnel>

⁷⁸⁴ *Ibidem*.

⁷⁸⁵ *Ibidem*.

contracter⁷⁸⁶. Pour les réalistes, la propriété ne renvoie pas alors à un droit préétabli qui est conféré de manière absolue à une personne sur une chose, mais émane d'un système complexe de relations socio-juridiques qui lient le propriétaire au reste des individus et ce par rapport à un bien spécifique⁷⁸⁷.

328. En d'autres termes, la dimension réaliste de la propriété comme « faisceau de droits » considère que ce concept est défini, déconstruit et reconstruit, en fonction des sociétés et des époques⁷⁸⁸. C'est un courant dont la portée ne concerne pas seulement les juristes mais aussi les économistes, notamment en raison des liens étroits qu'ils partagent en matière de régulation et qui donnera naissance au premier mouvement de « l'analyse économique du droit » (*law and economics*)⁷⁸⁹. Or ce dernier n'est pas moins l'objet de critiques puisque la régulation est immédiatement liée à l'économie de marché, alors que les « biens communs » font appel à l'émancipation ou dépassement de la seule valeur marchande des choses⁷⁹⁰.

329. Afin de mieux saisir la relation de ce courant juridique avec la communalité des données publiques, on analysera en deux temps la théorie de la propriété comme « faisceau de droits ». En premier lieu, cela sera fait à la lumière de sa conception originelle dans la thèse de John Commons et de la relation que celle-ci entretient avec le pouvoir de l'Etat, notamment pour taxer certains biens comme un « droit public partiel » issu de son pouvoir souverain (1). En deuxième lieu, on analysera l'ensemble de relations juridiques qui peuvent exister autour des données publiques, cette fois-ci sous la « théorie des droits » de Wesley Newcomb Hohfeld (2).

⁷⁸⁶ Fabienne Orsi, « Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », art. préc., p. 8.

⁷⁸⁷ Fabienne Orsi, « Réhabiliter la propriété comme *bundle of rights* : des origines à Elinor Ostrom, et au-delà ? », *Revue internationale de droit économique*, T. XXVIII, 2014/3, p. 373.

⁷⁸⁸ *Ibidem*.

⁷⁸⁹ Paolo Napoli, « Indisponibilité, service public, usage. Trois concepts fondamentaux pour le « commun et les “biens communs” », Traducteur : Arnaud Fossier, *Tracés. Revue de Sciences humaines*, n° 27, 2014, p. 213

⁷⁹⁰ *Ibidem*.

Paragraphe 1. Le cas de la fiscalité numérique comme une forme de réappropriation des données publiques

330. Objet de critiques de la part des défenseurs de l'économie de marché⁷⁹¹, John Rogers Commons pose les bases de la conception de la propriété comme un « faisceau de droits » dans son ouvrage *The distribution of Wealth* en 1893⁷⁹². Commons y défend l'idée que la répartition des richesses ne résulte pas des forces naturelles du marché, mais d'une politique qui comprend la réglementation et en général les règles juridiques qui définissent et protègent la propriété et régissent les échanges. En effet, il souligne que « les économistes ont considéré les lois de la propriété privée comme allant de soi, supposant qu'elles étaient fixes et immuables dans la nature des choses et qu'il n'était donc pas nécessaire de les étudier. Mais ces lois sont changeantes – elles diffèrent selon les peuples et les lieux, et elles ont une profonde influence sur la production et la distribution des richesses »⁷⁹³.

331. Ainsi, pour Commons, la propriété n'émane pas d'un droit naturel et immuable, mais est une création de l'État comprenant des règles juridiques qui génèrent le privilège de monopole permettant aux individus de conserver les bénéfices. En ce sens, la manière dont les droits de propriété sont définis, distribués et protégés juridiquement, fait de l'État le premier acteur de la distribution des revenus⁷⁹⁴. « La propriété n'est donc pas un droit unique et absolu, mais un 'faisceau de droits'. Les différents droits qui la composent peuvent être répartis entre les individus et la société ; certains sont publics et d'autres privés, certains définis, et il y en a un qui est indéfini. Les termes qui indiquent le mieux cette distinction sont les droits partiels et les droits complets de propriété. Les droits partiels sont déterminés. Les droits complets sont le résidu indéfini. Le droit total de propriété sur un objet de valeur peut être représenté par une ligne de longueur indéfinie, à partir de laquelle sont délimitées des longueurs définies pour les droits partiels »⁷⁹⁵ (voir le tableau de représentation ci-dessous).

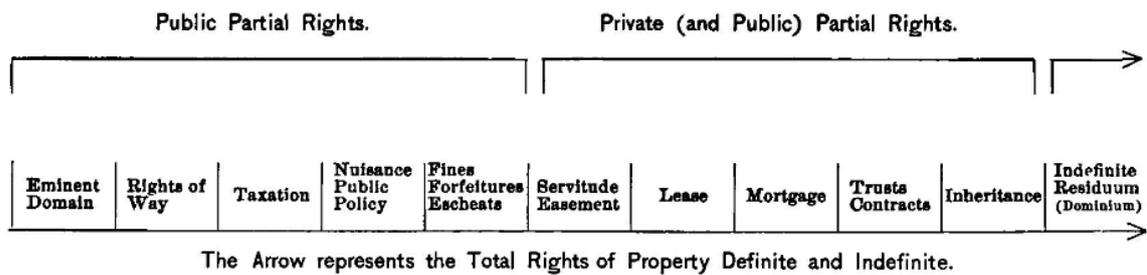
⁷⁹¹ V. Fabienne Orsi, « Elinor Otrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », art. préc., p. 9.

⁷⁹² V. John R. Commons, *The distribution of wealth*, New York, Macmillan and Co., 1893.

⁷⁹³ *Ibidem*, p. 9

⁷⁹⁴ Fabienne Orsi, « Elinor Otrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », art. préc., p. 10.

⁷⁹⁵ John R. Commons, *The distribution of wealth*, *op. cit.*, p. 92.



Source : John R. Commons, *The distribution of wealth*, New York, Macmillan and Co., 1893, p. 93.

332. Si l'on suit la théorie de la propriété de Commons, la propriété n'est pas un droit absolu et exclusif, mais peut se décomposer en plusieurs types de droits comprenant : d'une part, des droits publics partiels émanant de l'État tels que le domaine éminent, les droits de passage, la fiscalité, la nuisance publique, ainsi que les amendes, les confiscations et les saisies ; d'autre part, des droits privés et publics partiels tels que la servitude, le bail, l'hypothèque, les contrats de fiducie, l'héritage, et ainsi comme un résidu indéfini de *dominium*⁷⁹⁶. Il souligne qu' « [i]l est donc inexact de parler de limitations au droit de propriété. Il n'existe pas, à proprement parler, de droit de propriété absolu, illimité, que la loi viendrait après coup restreindre. Lorsqu'un droit de propriété est initialement accordé par l'État, c'est avec ces restrictions déjà affirmées. L'État donne aux individus un certain degré de contrôle sur les objets matériels, se réservant à lui-même et au public une certaine part. La quantité de contrôle privé peut être plus ou moins grande, selon le stade de la civilisation, et la politique du gouvernement »⁷⁹⁷.

333. Ainsi, contrairement à la thèse de la propriété comme un droit exclusif, absolu et immuable, Commons développe l'idée de la propriété comme un « faisceau de droits », au contenu variable et en constante redéfinition, émanant comme une création de l'État, distribué entre les sphères publiques et privées, qui à leur tour varient et évoluent selon les sociétés et l'époque⁷⁹⁸.

⁷⁹⁶ *Ibidem*, p. 93.

⁷⁹⁷ *Ibidem*, p. 110.

⁷⁹⁸ Fabienne Orsi, « Réhabiliter la propriété comme *bundle of rights* : des origines à Elinor Ostrom, et au-delà ? », art. préc., p. 378.

334. Les données publiques étant en principe des choses communes informationnelles dont la propriété est par nature impossible à appréhender⁷⁹⁹, leur titularité ou maîtrise souveraine ainsi que leur degré d'ouverture reposent sur un équilibre des forces et des intérêts des parties intéressées⁸⁰⁰. Il en va de même pour les informations personnelles qui peuvent donner lieu à certaines données publiques, car bien qu'il n'existe pas de droit de propriété sur les données personnelles, le fait qu'elles soient nécessaires à la production de certaines informations publiques établit une relation entre l'État et les individus, justifiant leur circulation et répondant à d'autres intérêts publics et privés⁸⁰¹.

335. On pourrait alors dire que l'État, qui détenait de manière absolue la maîtrise des données qu'il produisait jusqu'avant les réformes en matière d'ouverture des données⁸⁰², cherche à l'heure de la société de l'information et de l'économie de la donnée, à compenser le renoncement à cette partie de sa souveraineté qui lui accordait le monopole d'exploitation des informations qu'il produit⁸⁰³. Pour ce faire, le mécanisme envisagé est l'établissement d'une taxe pour collecter une partie de la richesse générée par l'économie des données, dans le but de redistribuer les revenus au sein de la société⁸⁰⁴.

336. Si l'on suit ce raisonnement, la propriété des données publiques s'inscrit, au moins en théorie, dans la thèse propriétaire de Commons puisque la propriété en tant que création de l'Etat répond à un objectif primaire de « répartition des richesses ». En l'occurrence, c'est la taxe qui vient compenser la perte des redevances en tant que « droits de passage publics » auxquels l'État a décidé de renoncer au profit de l'exploitation privée des données de l'administration par le public⁸⁰⁵. De même, en ce qui concerne les données personnelles, indépendamment du fait qu'elles soient nécessaires pour la production de certaines informations publiques, la taxe sur l'économie numérique tend généralement à

⁷⁹⁹ Sur la non-appropriation matérielle de l'information, *cf. supra* : « L'encadrement juridique des données publiques en tant que choses communes », sur la page 157.

⁸⁰⁰ Pour un aperçu des intérêts en jeu, *cf. supra* : « La transformation numérique de l'État : un processus démocratique, pluriel et représentatif de tous les acteurs de la société ? », en page 46.

⁸⁰¹ Par rapport aux données personnelles qui donnent lieu à la production des données publiques, *cf. supra* : « Les enjeux spécifiques des données publiques issues de données personnelles », en page 89.

⁸⁰² En ce sens, *cf. supra* : « Les enjeux de l'ouverture en tant qu'élément modernisateur de l'action publique », sur la page 43.

⁸⁰³ Sur ce point, *cf. supra* : « La possibilité d'une exploitation publique des données soumise à une réglementation étatique stricte », en page 55.

⁸⁰⁴ Arnaud Anciaux et Joëlle Farchy, « Données personnelles et droit de propriété : quatre chantiers et un enterrement », *Revue internationale de droit économique*, t. XXIX, 2015/3, p. 319.

⁸⁰⁵ Sur l'ancien régime de redevances pour l'exploitation des données publiques, *cf. supra* : « Les critiques au principe de la gratuité des données publiques », en page 50.

distribuer les revenus tirés des informations personnelles en tant que choses soumises à un commerce juridique, que l'État a reconnues comme telles en favorisant « la libre circulation de ces données »⁸⁰⁶. De ce fait, même si elle a fait l'objet de critiques, la théorie de la propriété en tant que « faisceau de droits » de Commons prend tout son sens à la lumière du statut juridique complexe des données numériques en tant que choses non appropriables.

337. Des discussions sur la fiscalité numérique ont commencé à avoir lieu au niveau international et, par exemple, à la suite des travaux du projet sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (BEPS)⁸⁰⁷, l'OCDE a redéfini les concepts clés pour l'appréciation du terme « établissement stable »⁸⁰⁸. Elle a proposé une convention multilatérale signée le 7 juin 2017 censée permettre aux États, dans lesquels se trouvent les clients et les utilisateurs des services numériques, de capter une plus grande partie de la valeur créée par l'économie numérique par le biais de l'impôt⁸⁰⁹. La question a cependant été débattue et parmi les 87 pays signataires, la convention n'a été ratifiée que par 17 pays et plusieurs n'ont pas gardé les recommandations les plus pertinentes pour étendre le champ d'application du concept d'établissement stable, notamment l'Irlande, le Luxembourg ou Chypre⁸¹⁰. Les discussions se poursuivent et l'OCDE est parvenue le 29 janvier 2019 à un premier accord de principe de 127 États pour réformer

⁸⁰⁶ Ce le nom même du RGPD : 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, *JOUE* L 119 du 4 mai 2016, pp. 1-88 ; concernant l'analyse des données personnelles en tant que choses soumises au commerce légal, cf. *supra* : « Le positionnement pour un renforcement des droits fondamentaux vis-à-vis les évolutions technologiques ».

⁸⁰⁷ V. OCDE, « Les actions du projet BEPS » [en ligne], consulté le 4 février 2019 : <http://www.oecd.org/fr/fiscalite/beps/actions-beps.htm>

⁸⁰⁸ « La notion d'établissement stable est essentiellement utilisée pour déterminer le droit d'un État contractant d'imposer les bénéfices d'une entreprise de l'autre État contractant. En vertu de l'article 7, un État contractant ne peut imposer les bénéfices d'une entreprise de l'autre État contractant que si celle-ci exerce ses activités par l'intermédiaire d'un établissement stable situé dans le premier État. » V. Les commentaires sur l'article 5 concernant la définition de l'établissement stable. OCDE, *Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune : Version abrégée 2017*, Editions OCDE, 2018, [en ligne], consulté le 4 février 2019 : http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2017.fr

⁸⁰⁹ En ce sens, v. OCDE, *Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, [en ligne], consulté le 4 février 2019 : <https://www.oecd.org/fr/fiscalite/conventions/convention-multilaterale-pour-la-mise-en-oeuvre-des-mesures-relatives-aux-conventions-fiscales-pour-prevenir-le-BEPS.pdf>

⁸¹⁰ Anne-Valérie Attias Assouline et Guillaume Glon, « Fiscalité du digital, digitalisation de la fiscalité », *Revue d'économie financière*, n° 131, 2018/3, p. 224.

les règles fiscales actuelles en faveur d'une imposition « plus juste » de l'économie numérique⁸¹¹.

338. Au niveau régional, la Commission européenne a également proposé le 21 mars 2018 une Directive établissant les règles d'imposition des sociétés ayant une présence numérique significative. Cela a été fait dans le but de garantir que les activités des entreprises numériques soient imposées dans l'UE de manière équitable et propice à la croissance⁸¹². En l'espèce, la proposition prévoit la création d'un établissement stable virtuel prenant en compte des éléments tels que le volume de données et les informations personnelles collectées, ainsi que la localisation des noms de domaine, la présence de serveurs, l'existence de paiements locaux et le nombre d'utilisateurs, qui constituent des critères de présence numérique en matière de taxation⁸¹³. Ainsi, aux termes des articles 4, 7 et 8 de ladite proposition, les sujets dont le montant total des produits au niveau mondial déclaré dépasse 750 000 000 EUR ou dont le montant total des produits imposables générés au sein de l'UE dépasse 50 000 000 EUR, au cours d'une année fiscale, devront payer une taxe sur les services numériques (TSN) équivalent à 3% desdits montants, en ce qui concerne les produits visés par l'article 3 de la même directive. C'est-à-dire, la TSN tend à taxer : (a) la vente d'espaces publicitaires en ligne ; (b) l'intermédiation numérique au moyen de laquelle l'interaction des utilisateurs avec d'autres permet la vente de biens et de services parmi eux ; (c) et la transmission de données collectées et générées par les utilisateurs d'activités extraites d'interfaces numériques⁸¹⁴. Les difficultés à créer une taxe spécifique pour l'UE, dont l'objectif était d'éviter l'adoption de mesures unilatérales pouvant être préjudiciables à l'idée d'un marché unique européen,

⁸¹¹ Justine Daniel, « Qu'est-ce que la taxe Gafa », [en ligne], consulté le 04 juin 2021 : <https://www.touteurope.eu/economie-et-social/qu-est-ce-que-la-taxe-gafa/>

⁸¹² Proposition de Directive du Conseil établissant les règles d'imposition des sociétés ayant une présence numérique significative, COM/2018/0147 final - 2018/072 (CNS)

⁸¹³ L'article 4.3 de la Proposition de Directive du Conseil établissant les règles d'imposition des sociétés ayant une présence numérique significative, précitée, considère qu'il existe une présence numérique significative dans un État membre lorsque l'un ou plusieurs des critères suivants sont remplis au cours d'une période d'imposition : (a) si les produits de l'approvisionnement de services numériques à des utilisateurs situés dans une juridiction dépasse 7 millions d'euros ; (b) si le nombre d'utilisateurs d'un service numérique dans un État membre est supérieur à 100 000 ou ; (c) si le nombre de contrats commerciaux pour des services numériques dépasse 3000.

⁸¹⁴ À titre provisoire et jusqu'à l'adoption d'une solution globale, la Commission propose la TSN comme impôt indirect applicable aux produits générés par certaines activités numériques qui ne sont pas inclus dans le cadre fiscal actuel. V. Proposition de Directive du Conseil concernant le système commun de taxe sur les services numériques applicable aux produits tirés de la fourniture de certains services numériques (« Taxe sur les services numériques – TSN »), COM/2018/0148 final - 2018/073 (CNS).

ont conduit toutefois plusieurs États à être plus favorables à un accord international au sein de l'OCDE qui est toujours en attente d'adoption⁸¹⁵.

339. La France est un exemple de la mise en place de telles mesures unilatérales puisqu'elle a pris la décision d'adopter, le 11 juillet 2019, sa propre taxe sur les services numériques, en l'absence d'un accord européen et dans l'attente d'un autre au sein de l'OCDE⁸¹⁶. Cette initiative n'est pourtant pas nouvelle et, depuis 2013, à l'issue d'un rapport intitulé « Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique », la France avait déjà envisagé la possibilité de créer un impôt sur les revenus dans le cadre des échanges effectués avec les données dans le monde numérique⁸¹⁷. Officiellement en vigueur depuis décembre 2020, la taxe française sur les services numériques s'applique à deux types de services numériques : (1) les interfaces numériques permettant à un utilisateur situé en France de contacter d'autres pour la livraison de biens ou la fourniture de services et ; (2) la vente de services publicitaires ciblés par une plateforme s'appuyant sur les données collectées lorsque les utilisateurs la visitent⁸¹⁸. Les entreprises concernées sont celles dont le chiffre d'affaires annuel pour ces services dépasse 750 millions d'euros dans le monde et 25 millions d'euros en France⁸¹⁹. Le montant de la taxe est calculé en appliquant un taux de 3%⁸²⁰.

340. L'objet de cette étude n'est pas précisément d'analyser la taxation au sein de l'économie numérique. Or il convient de l'évoquer car, s'agissant des données et des informations, et conformément à la thèse soutenue par Commons, la taxe serait considérée comme une forme dérivée de la propriété publique, notamment en tant que « droit public

⁸¹⁵ Justine Daniel, « Qu'est-ce que la taxe GAFA », préc., [en ligne], consulté le 04 juin 2021 : <https://www.touteurope.eu/economie-et-social/qu-est-ce-que-la-taxe-gafa/>

⁸¹⁶ En ce sens, v. Loi n° 2019-759 du 24 juillet 2019 portant création d'une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de baisse de l'impôt sur les sociétés, *JORF* n°0171 du 25 juillet 2019.

⁸¹⁷ Le rapport allait loin dans son analyse en établissant qu' : « on pourrait d'ailleurs se demander si la logique poussée à son terme ne conduirait pas à imposer les sommes en cause en France, non à l'impôt sur les sociétés entre les mains de l'établissement stable de l'entreprise, mais à l'impôt sur le revenu entre les mains de ces collaborateurs qui sont rémunérés par un avantage en nature que constitue la fourniture gratuite du service ». V. Pierre Collin et Nicolas Colin, *Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique*, Rapport au ministre de l'Économie et des Finances, au ministre du Redressement productif, au ministre délégué chargé du Budget et à la ministre déléguée chargée des Petites et Moyennes Entreprises, de l'Innovation et de l'Économie numérique, 2013, pp. 124-125 [note en bas de page 516].

⁸¹⁸ Article 1 de la Loi n° 2019-759 du 24 juillet 2019 portant création d'une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de baisse de l'impôt sur les sociétés, modifiant le Code général des impôts, article 299 bis, *JORF* n°0171 du 25 juillet 2019.

⁸¹⁹ Article 299, III du Code général des impôts, modifié par Loi n° 2019-759 du 24 juillet 2019 - art. 1 (V), *JORF* n° 0171 du 25 juillet 2019.

⁸²⁰ Article 299 quater. II du Code général des impôts, modifié par Loi n° 2019-759 du 24 juillet 2019 - art. 1 (V), *JORF* n° 0171 du 25 juillet 2019.

partiel » au sein d'un « faisceau de droits » sur les données numériques. La titularité des données publiques ainsi que celle des données personnelles entraînent, en ce sens, une forme de propriété non absolue qui est composée de plusieurs droits variables et en constante redéfinition. Ces droits sont reconnus par l'État et répartis entre les sphères publique et privée, et tendent en effet à évoluer en fonction des sociétés, des gouvernements et des époques⁸²¹.

341. Le passage de la redevance comme « droit public partiel » à l'ouverture des données publiques en tant que pouvoir souverain, et de cette dernière à la taxation des services numériques, s'inscrit donc dans cette conception complexe de l'appropriation fictive des données et des informations⁸²². Elle est issue d'une réalité empirique, reflet des intérêts en jeu, qui donne lieu à un « faisceau de droits » qui est lui même variable et évolutif. Cependant, si pour les données publiques la question semble complexe, pour les données personnelles elle l'est encore plus puisqu'elles sont considérées comme des extensions des individus, le reflet d'une réalité objective qui est la personne physique.

342. En ce qui concerne ces dernières, là où les acteurs du droit ont rejeté des droits réels en favorisant une théorie personnaliste, la taxation ne semble pas rejeter le caractère mercantiliste des informations personnelles⁸²³. Dès lors, en favorisant leur libre circulation et en faisant l'objet d'un commerce juridique, les données personnelles suivent indirectement une logique réaliste des biens. La fiscalité, quant à elle, est le mécanisme public permettant de capter la valeur économique de ces les éléments personnels faisant aussi partie du domaine de l'information. Dans ce contexte, s'il n'y a pas de propriété au « sens classique », cela ne signifie pas qu'il n'existe pas un « faisceau d'intérêts » auxquels toutes les données informationnelles seraient soumises⁸²⁴. Il reste maintenant à voir, en plus de la taxe, quels autres droits s'entremêlent autour des données et des informations publiques issues des données personnelles.

⁸²¹ Fabienne Orsi, « Réhabiliter la propriété comme *bundle of rights* : des origines à Elinor Ostrom, et au-delà ? », art. préc., p. 378.

⁸²² Sur la propriété des données publiques en tant que fiction du droit, *cf. supra* : « La réservation de la jouissance comme appropriation fictive des données publiques », en page 168.

⁸²³ En effet, les données personnelles peuvent être capitalisées en tant que valeurs immatérielles ; cependant, les droits réels étant inopérants, les prérogatives sur la chose prennent la forme de droits économiques. *Cf. supra* : « Le positionnement pour un renforcement des droits fondamentaux vis-à-vis les évolutions technologiques », en page 100.

⁸²⁴ Sur ce point, *cf. infra* : « La mise à jour du 'faisceau de droits' comme une forme de 'propriété commune' des données publiques au XXIe siècle », en page 199.

Paragraphe 2. Comprendre la propriété par la « théorie des droits » appliquée aux données publiques

343. Le juriste américain Wesley Newcomb Hohfeld est largement reconnu au sein du courant du réalisme juridique et sa plus grande contribution consiste à avoir proposé une utilisation différente de la notion de droits⁸²⁵. Il développe pour ce faire un cadre analytique permettant de décrire la réalité complexe d'un phénomène juridique, ainsi que l'appréhension différente des problèmes posés et de leur résolution⁸²⁶. Hohfeld souligne que le mot « droit » est souvent utilisé de manière indifférente pour désigner ce qui, dans un cas déterminé, peut être un privilège, un pouvoir ou une immunité, plutôt qu'un droit au sens strict du terme⁸²⁷. En matière de propriété, par exemple, si le mot « droit » peut être utilisé dans un sens restreint au titre d'un droit subjectif tel que le droit à la propriété, il peut souvent aussi être utilisé pour désigner un pouvoir, une prérogative ou un privilège⁸²⁸. C'est notamment le cas dans le débat entre la propriété ou la maîtrise souveraine de l'État sur les données de son administration.

344. En effet, dans la pratique, le mot « droit » est utilisé pour désigner différentes choses telles que le droit de propriété, le droit de circuler librement ou le droit de manifester. Or, bien que le terme soit utilisé de manière interchangeable, le mot « droit » recouvre des réalités très différentes pouvant désigner de simples autorisations, des interdictions pour protéger une liberté, des impossibilités légales pour entraver l'exercice d'une liberté, etc.⁸²⁹. Pour Hohfeld, l'un des obstacles à la compréhension, à l'approche et à la résolution en profondeur de problèmes juridiques complexes, provient fréquemment de cette supposition expresse ou implicite selon laquelle toutes les relations et tous les intérêts juridiques se réduisent à la dichotomie classique des « droits » et des « obligations »⁸³⁰.

⁸²⁵ Wesley Newcomb Hohfeld, « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », *The Yale Law Journal*, vol. 23, n° 1, Nov. 1913, pp. 16-59.

⁸²⁶ Fabienne Orsi, « Elinor Otrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », art. préc., p. 11.

⁸²⁷ Wesley Newcomb Hohfeld, « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », art. préc., p. 30.

⁸²⁸ Mr. Justice Strong in *People v. Dikem*, 6 (1852) 7 How. Pr., 124 ; cité par Wesley Newcomb Hohfeld, « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », art. préc., p. 30.

⁸²⁹ Matthieu Bennet, « Le droit et l'analyse philosophique des droits selon W. N. Hohfeld », *Klesis – Revue philosophique*, n° 21, *Philosophie analytique du droit*, 2011, pp. 143-144.

⁸³⁰ Wesley Newcomb Hohfeld, « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », art. préc., p. 28.

345. Cependant, les relations juridiques sont individuelles et les tentatives d'une définition formelle homogénéisée risquent toujours d'être insatisfaisantes si toutes les relations juridiques possibles ne sont pas présentées, et si leur portée individuelle et leur application dans des cas concrets ne sont pas exemplifiées⁸³¹. En d'autres termes, la vision réductrice des relations juridiques, notamment dans le cadre de la dichotomie classique des seuls droits et obligations, est souvent source de problèmes car elle ne représente pas la réalité complexe des intérêts juridiques en jeu⁸³².

346. En tenant compte de cela, Hohfeld propose un cadre analytique de notions juridiques tendant à saisir la complexité des relations existantes au sein du droit, pour ainsi clarifier le discours juridique. Ceci est fait à travers le développement plus ou moins explicite d'une « théorie des droits » comme un ensemble de définitions et de thèses qui se réfèrent à la nature et à la signification des droits, dans le cas du droit français, des droits subjectifs⁸³³. Il s'agit d'une déconfiguration et d'une reconfiguration des relations juridiques à partir de huit notions différentes : (1) les droits (*rights*) et (2) les devoirs (*duties*), (3) les privilèges (*privileges*) et (4) les non-droits (*non-rights*), (5) les pouvoirs (*powers*) et (6) les responsabilités (*liabilities*), (7) les immunités (*immunities*) et (8) les incapacités (*disabilities*) ; qui forment à leur tour quatre relations juridiques fondamentales distinguées par l'« opposition » et la « corrélation »⁸³⁴ (voir le tableau ci-dessous).

}	Jural	rights	privilege	power	immunity
	Opposites	no-rights	duty	disability	liability
}	Jural	right	privilege	power	immunity
	Correlatives	duty	no-right	liability	disability

Source : Wesley Newcomb Hohfeld, « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », *The Yale Law Journal*, vol. 23, n° 1, Nov. 1913, p. 30.

⁸³¹ *Ibidem*, p. 30.

⁸³² Matthieu Bennet, « Le droit et l'analyse philosophique des droits selon W. N. Hohfeld », art. préc., p. 143.

⁸³³ *Ibidem*.

⁸³⁴ Fabienne Orsi, « Elinor Otrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », art. préc., p. 12.

347. Ainsi, la notion de « droit », que Hohfeld préfère qualifier de « prétention » (*claim*), s'oppose à celle de « non droit » et est corrélée à celle de « devoir » ; le « privilège » s'oppose au « devoir » et a pour corrélation une absence de pouvoir ou un « non droit » ; le « pouvoir » s'oppose à l' « incapacité » ou à l'absence de pouvoir et a pour corrélation la « responsabilité » ; enfin, l' « immunité » s'oppose à la « responsabilité » et est corrélée à l' « incapacité »⁸³⁵. Suivant cette thèse, tout intérêt juridique (*legal interest*) est une relation juridique (*jural relation*) qui s'oppose et se corréle à d'autres notions juridiques⁸³⁶.

348. Concernant la propriété, le terme « droit » renvoie à une revendication ou à une prétention à quelque chose qui est légitimement le sien ; le privilège connote la possibilité d'une interdiction, d'un devoir, mais qui est refusé ou suspendu (c'est-à-dire que le propriétaire ayant le privilège sur sa propriété, le non-propriétaire n'a pas le droit d'empêcher l'utilisation et la jouissance de la propriété d'un autre) ; or, le propriétaire peut aussi être titulaire de droits et comme il peut interdire l'accès à sa propriété, il peut aussi aliéner son bien, faire une donation et rendre un tiers propriétaire par tout autre transfert de domaine ; ce dernier fait également du propriétaire un créancier de pouvoir, ce qui est à son tour une volonté de modifier le statut juridique d'un tiers⁸³⁷.

349. A l'égard de la propriété, chaque situation juridique est alors un agrégat et la distinction classique des droits d'usage, de jouissance et de disposition, est le reflet d'un démembrement pratique du droit de propriété. En ce sens, l'usage généralisé du mot « droit » doit être placé derrière celui de « situation juridique » pour conserver le terme de « droits subjectifs », par rapport à un sous-ensemble de situations juridiques dans lesquelles les prérogatives dépassent celui des charges⁸³⁸.

350. Les apports de la « théorie des droits » de Hohfeld pour décrire la réalité juridique comme un système de relations entre les individus et les actions est, par conséquent, irréductible au dualisme des droits et des obligations, et va au-delà de la permission, de l'interdiction et du pouvoir du devoir. En effet, ces apports sont

⁸³⁵ *Ibidem*.

⁸³⁶ Matthieu Bennet, « Le droit et l'analyse philosophique des droits selon W. N. Hohfeld », art. préc., p. 144.

⁸³⁷ *Ibidem*, p. 145.

⁸³⁸ Paul Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz (réimpression), 1962, pp. 47-53 ; cite par Matthieu Bennet, « Le droit et l'analyse philosophique des droits selon W. N. Hohfeld », art. préc., p. 146.

insuffisants pour décrire la réalité juridique des situations complexes⁸³⁹. La théorie est certainement plus large que ce qui a été présenté, mais l'intérêt de l'aborder ici est précisément de pouvoir concevoir les questions de la titularité des données publiques comme un « faisceau de droits », qui conduit à un profond changement de perspectives par rapport à la conception actuelle de la propriété.

351. Dans ce contexte, la propriété n'est plus conçue ni comme un droit naturel ni comme un droit absolu d'une personne sur une chose, mais comme le fruit d'un ensemble de relations juridiques entre les personnes qui se décompose et se recompose en fonction des forces sociales en présence et de leur localisation dans le temps⁸⁴⁰. Autrement dit, étant une composition de relations juridiques complexes, la propriété ne concerne qu'accessoirement ou secondairement une personne sur une chose⁸⁴¹. Cela signifie que ce qui compte n'est pas en soi la chose ou la nature de celle-ci⁸⁴², mais l'ensemble des relations juridiques qui font de la propriété non pas un droit réel mais un droit personnel. Mieux, il s'agit d'un « faisceau de droits » qui reflète les différents intérêts qui lient les personnes par rapport aux utilités des choses⁸⁴³.

352. En droit du travail, par exemple, la portée analytique de la « théorie des droits » peut être appréhendée de manière pratique en opposant deux droits fondamentaux. C'est notamment le cas du droit de propriété vis-à-vis le droit de grève. Tout d'abord, partant de la prémisse proposée par Hohfeld, il est indispensable de distinguer le droit d'une liberté, c'est-à-dire le fait d'avoir le droit de faire quelque chose et le fait d'être protégé de toute intervention qui entraverait l'exercice de ce droit. Ainsi, s'agissant de la nuisance à la propriété d'autrui, le droit de propriété est réduit à un privilège en l'absence d'obligations envers des tiers et ce à l'égard de la propriété. En effet, grâce à ce privilège, on ne peut pas demander à quelqu'un de cesser de travailler ou de ne pas travailler du tout. Or cela est différent du fait d'être légalement habilité à

⁸³⁹ Matthieu Bennet, « Le droit et l'analyse philosophique des droits selon W. N. Hohfeld », art. préc., p. 147.

⁸⁴⁰ Fabienne Orsi, « Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », art. préc., p. 14.

⁸⁴¹ Thomas W. Merrill et Henry E. Smith, « What Happened to Property in Law and Economics ? », *The Yale Law Journal*, 2001, pp. 357-398 ; cité par Fabienne Orsi, « Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », art. préc., p. 25.

⁸⁴² En ce qui concerne l'analyse du caractère immatériel des données informationnelles, cf. *supra* : « La non-rivalité et la non-exclusivité des données publiques en tant que choses immatérielles », en page 154.

⁸⁴³ Fabienne Orsi, « Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », art. préc., p. 25.

interdire aux autres d'interférer avec l'exercice de ce privilège. En d'autres termes, le droit de propriété de quelqu'un n'inclut pas nécessairement le « droit » d'empêcher un autre d'interférer (un droit de non-interférence), ce qui veut dire que personne n'a le droit d'empêcher systématiquement quelqu'un d'empêcher l'utilisation de la propriété d'un autre, tant qu'il n'enfreint pas d'autres interdictions⁸⁴⁴.

353. Cette distinction fondamentale entre le droit de faire une chose et le droit de bénéficier d'une protection contre tout type d'intervention extérieure (tendant à entraver l'exercice de ce droit), est ce qui fait qu'en matière de travail, le droit de propriété ne suffit pas à déduire le devoir d'autres personnes d'entreprendre des actions de revendication syndicale. En l'occurrence, la propriété n'est pas une norme dont la signification objective serait l'interdiction de tous les comportements externes préjudiciables à son usage et à sa valorisation. Dès lors, il faut justifier plus qu'un droit de propriété pour légitimer ces interdictions et le droit de grève n'est pas considéré, en ce sens, comme une atteinte à la liberté de propriété⁸⁴⁵. La propriété, comprise comme un ensemble variable d'intérêts établis par une convention sociale, légitime alors l'intervention possible de l'État en tant qu'intermédiaire dans le but de concilier les intérêts au nom de l'intérêt général. La conception de la propriété devient ainsi un ensemble infiniment variable de droits⁸⁴⁶, de pouvoirs et d'obligations, qui doivent être précisées en fonction de chaque cas particulier⁸⁴⁷.

354. Dans le domaine de la concurrence économique, la même analogie s'applique. Le fait qu'une entreprise puisse en concurrencer une autre dans le même secteur d'activité entraîne nettement un risque de nuisance économique, par le fait que la première peut accaparer une partie du marché de la seconde en tant qu'entreprise concourue. Or, bien que cette concurrence puisse être considérée comme une forme

⁸⁴⁴ Matthieu Bennet explique ce raisonnement logico-mathématique complexe des relations juridiques de Hohfeld par l'exemple simple d'un joueur de football qui est le propriétaire du ballon dans un match. Dans ce cas, le propriétaire du ballon a le droit d'utiliser le ballon, et même l'intérêt s'il veut marquer un but, mais il n'a pas le droit d'empêcher les autres joueurs de jouer avec le ballon en même temps ; en termes hohfeldiens, tout le monde a un privilège sur le ballon, mais personne n'est en droit de revendiquer la non-intervention d'un autre. V. Matthieu Bennet, « Le droit et l'analyse philosophique des droits selon W. N. Hohfeld », art. préc., p. 151.

⁸⁴⁵ Fabienne Orsi, « Réhabiliter la propriété comme *bundle of rights* : des origines à Elinor Ostrom, et au-delà ? », art. préc., p. 380.

⁸⁴⁶ Ce qui est en ligne avec la thèse propriétaire de John Commons. Cf. *supra* : « Le cas de la fiscalité numérique comme une forme de réappropriation des données publiques », en page 184.

⁸⁴⁷ Fabienne Orsi, « Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », art. préc., p. 14.

d'atteinte à la cible du concurrent, notamment parce qu'il s'agit d'un acte contre « son marché », à aucun moment la concurrence économique ne peut être considérée comme la violation d'un droit quelconque et ceci est en équilibre avec d'autres prérogatives telles que les libertés de contracter et d'entreprendre⁸⁴⁸.

355. Cette forme de « pensée juridique libérale » de la propriété est considérée en tant que celle qui détrône la « pensée juridique classique ». Elle consiste en l'idée que le droit, en tant qu'ordre légal, ne peut être justifié que du point de vue du respect des libertés, lesquelles ne peuvent être limitées que si leur exercice entraîne une gêne pour les libertés d'autrui. Le « droit libéral » se définit alors comme celui qui vise à maximiser les libertés fondamentales des individus et non pas à les limiter dans le seul but d'assurer leur compatibilité⁸⁴⁹.

356. Pour certains auteurs comme Stig Kanger⁸⁵⁰, une telle modélisation logique des situations juridiques pourrait servir de base à la modélisation de certaines situations éthiques et juridiques⁸⁵¹. C'est notamment le cas en matière d'intelligence artificielle, où l'analyse des questions éthiques comme « faisceau d'intérêts » pourrait revêtir une importance considérable. Cela s'explique par le fait que le caractère logique et rationnel du droit, en tant que système de règles à travers lequel des phénomènes complexes peuvent être lus, doit être compris comme suffisamment analytique dans le but de pouvoir maximiser une telle rationalité du système juridique⁸⁵².

357. En ce sens, le statut juridique complexe des données publiques constitue un « faisceau de droits » non statique qui évolue au gré des changements de la société dans le temps. Dans ce cadre, la maîtrise par l'administration des données de sa souveraineté fait l'objet d'un « faisceau d'intérêts » déterminé par les forces des acteurs impliqués et l'époque dans laquelle ils se situent en définissant notamment leur degré d'ouverture.

⁸⁴⁸ Matthieu Bennet, « Le droit et l'analyse philosophique des droits selon W. N. Hohfeld », art. préc., p. 152.

⁸⁴⁹ *Ibidem*.

⁸⁵⁰ V. Stig Kanger, « New foundations for ethical theory », tirage privé, Stockholm, 1957, in Kanger, *Collected papers of Stig Kanger*, col. I, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 2001, pp. 99-119 ; repris par Matthieu Bennet, « Le droit et l'analyse philosophique des droits selon W. N. Hohfeld », art. préc., p. 154.

⁸⁵¹ Matthieu Bennet, « Le droit et l'analyse philosophique des droits selon W. N. Hohfeld », art. préc., p. 154.

⁸⁵² *Ibidem*, p. 155.

358. Cependant, aussi nouveau que cela puisse paraître, cette applicabilité de la théorie des droits pourrait bien être antérieure aux réformes sur l'ouverture des données publiques. En effet, le monopole d'exploitation économique, par le biais des redevances perçues par l'État jusqu'avant les réformes sur l'ouverture des données publiques, n'échappait pas au « droit d'accès » et à « l'obligation de mise à disposition » des informations publiques, notamment en tant que « droit » de tout individu face au « devoir » de rendre compte de l'administration⁸⁵³. Actuellement inopérant pour une grande partie des données publiques, le « privilège » de l'administration d'exploiter économiquement ses données est le reflet d'une évolution du « droit d'accès » qui se transforme en « liberté d'accès » et de « gratuité de réutilisation », en réponse à un appel à l'ouverture des données publiques⁸⁵⁴. L'exception, c'est-à-dire la possibilité pour l'administration d'exploiter économiquement ses données, ne s'applique que dans les cas où celles-ci sont imbriquées avec les droits économiques de tiers⁸⁵⁵. Enfin, bien que l'administration puisse prétendre être la titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit *sui generis* en tant que productrice de données, ces droits ne s'appliquent que partiellement en tant que droits moraux sur les informations publiques. Ce dernier donne lieu, en outre, à une nouvelle forme de propriété publique sur des biens informationnels, nettement déterminée par un « faisceau de droits » en constante redéfinition⁸⁵⁶.

359. Il en va de même pour les données publiques issues des données personnelles. En l'occurrence, il convient de rappeler que s'il n'y a pas de droits réels sur ces dernières, cela ne signifie pas qu'elles ne font pas l'objet d'un « faisceau d'intérêts » qui les rend objet de diverses « utilités » dont l'utilité publique. Ainsi, même en l'absence de propriété, il existe une titularité de l'individu sur ses données personnelles⁸⁵⁷. La titularité desdits éléments à caractère personnel donne lieu à différents types de droits tels que le « droit d'opposition », le « droit à l'oubli » et le « droit au contrôle » des individus

⁸⁵³ Sur cette corrélation, *cf. supra* : « Les tensions entre transparence démocratique et potentiel économique des données publiques », en page 41.

⁸⁵⁴ En ce sens, *cf. supra* : « Les critiques au principe de la gratuité des données publiques », en page 50.

⁸⁵⁵ Concernant l'exception à la gratuité, *cf. supra* : « La possibilité d'une exploitation publique des données soumise à une réglementation étatique stricte », en page 55.

⁸⁵⁶ Sur ce point et sur la critique, *cf. supra* : « Une vision de la propriété publique sur les données publiques réduite à la propriété intellectuelle », en page 68.

⁸⁵⁷ Sur la titularité des données personnelles, qui est différente de la propriété, *cf. supra* : « Le refus d'une éventuelle patrimonialisation des données personnelles », en page 93.

vis-à-vis des usages de l'administration sur les informations les concernant⁸⁵⁸. Néanmoins, en suivant la logique de leur traitement, dès lors que les informations des citoyens ont été captées et intégrées dans la sphère privée de la personne publique, elles font à nouveau l'objet d'intérêts publics et privés, donc des nouvelles relations juridiques obligeant leur anonymisation pour une diffusion spontanée consécutive⁸⁵⁹. Les données à caractère personnel, vues pour leur utilité, pourraient alors devenir des informations d'un intérêt commun pouvant faire l'objet de divers usages, y compris des usages économiques tant pour l'administration que pour des tiers⁸⁶⁰.

360. Chacun des deux points énoncés ci-dessus est évidemment invoqué de manière hypothétique et suit une analyse complexe d'intérêts et d'actions qui incombent aux données publiques en tant qu'éléments d'information. En effet, les données sont avant tout considérées comme les sources de l'information, l'information comme le germe des idées, les idées comme l'origine de la connaissance, la connaissance comme la base du progrès et le progrès lui-même comme synonyme d'évolution. Ainsi, chaque étape se caractérise par un faisceau d'intérêts, d'utilités et de droits qui est déterminé en fonction de la société et de l'époque dans laquelle ils se situent.

361. Les sphères publique, privée et personnelle des données informationnelles sont donc entremêlées. Leur division formelle ne fait que tenter d'encadrer la réalité juridique à laquelle donne lieu le phénomène complexe de la production et de la circulation des données à l'ère du numérique. La théorie de la propriété comme « faisceau de droits » mérite donc d'être mise à jour, notamment comme une sorte de « communalité », « communauté de biens », « propriété commune », ou simplement « biens communs », ce que certains auteurs comme Pierre Dardot et Christian Laval, respectivement philosophe et sociologue, qualifient comme faisant partie de la révolution au XXI^e siècle⁸⁶¹.

⁸⁵⁸ En ce qui concerne les différents droits qui existent sur les données personnelles de la part de leurs titulaires, *cf. supra* : « Le positionnement pour un renforcement des droits fondamentaux vis-à-vis les évolutions technologiques », en page 100.

⁸⁵⁹ Sur la critique à ce type de traitement des données personnelles, *cf. supra* : « Les enjeux juridiques subsistants dans le cadre de la protection des données personnelles », en page 118.

⁸⁶⁰ *Cf. supra* : « Le refus d'une éventuelle patrimonialisation des données personnelles », en page 93.

⁸⁶¹ V. Pierre Dardot et Christian Laval, *Commun, Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, Éditions La Découverte, 2014.

Section 2. La mise à jour du « faisceau de droits » comme une forme de « propriété commune » des données publiques au XXI^e siècle

362. Les idées étant des choses communes, il n'est pas surprenant qu'elles apparaissent simultanément en différents endroits sous une forme relativement identique ; le principe fondamental de la libre circulation des idées étant l'élément garant du remplissage du « fonds commun » de connaissances qu'est la « loi de l'humanité »⁸⁶². Ainsi, alors que Commons en 1893 et Hohfeld en 1913 posent les bases de la théorie de la propriété comme un « faisceau de droits » en droit américain, Jean-Baptiste-Victor Proudhon⁸⁶³ en 1833 et Léon Duguit en 1930 font de même en développant des théories sur « l'affectation » des patrimoines en France.

363. Dans le tome 1 de son « Traité du domaine public ou de la distinction des biens », le Doyen de la faculté de droit de Dijon, Proudhon, distingue le domaine de la souveraineté, le domaine public et le domaine privé, en considérant le domaine public comme « le pouvoir spécialement chargé de régir et administrer les choses qui sont, par les lois, asservies à l'usage de tous, et dont la propriété n'est à personne » [nous soulignons]⁸⁶⁴. Cette thèse a été développée sur la base de l'interprétation de l'ancien article 538 du Code civil français, qui établissait que « les chemins, routes et rues à la charge de l'État, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérés comme des dépendances du domaine public ». Pour l'auteur, « le mot 'bien' comporte un sens beaucoup plus étendu que celui de propriété. Tout ce qui est propriété doit être classé au rang des biens ; mais on ne peut pas dire réciproquement que tout ce qui est bien doit être classé au rang des propriétés : car l'air, la lumière et l'eau courante sont certainement des biens, et même des biens très précieux ; et cependant ils ne sont la propriété exclusive de personne » [nous soulignons]⁸⁶⁵.

⁸⁶² V. Augustin-Charles Renouard, *Du droit industriel dans son rapport avec les principes du droit civil sur les personnes et sur les choses*, Paris, Guillaumin, 1860, premier chapitre « Du domaine immatériel » ; cité par Pierre-André Mangolte, *La guerre des brevets, d'Edison aux frères Wright. Une comparaison franco-américaine*, Collection « Chemins de la Mémoire », série « Histoire économique », Paris, L'Harmattan, 2014, p. 33.

⁸⁶³ L'auteur doit être distingué de son parent Pierre-Joseph Proudhon et ouvrage *Qu'est-ce que la propriété ?* de 1840.

⁸⁶⁴ V. Proudhon, « Traité du domaine public ou de la distinction des biens », tome 1, Dijon, 1833, p. 63.

⁸⁶⁵ *Ibidem*, p. 8.

364. D'après le Doyen Proudhon, « le domaine public n'est donc pour personne, même pour l'État, [...] puisque nul n'en est exclu »⁸⁶⁶. Celui-ci « diffère essentiellement aussi du domaine de propriété puisqu'il ne s'applique qu'à des choses qui n'appartiennent propriétairement à personne » ; si l'on reprend la formule prudhonienne, dans le cas où il serait nécessaire de se référer à quelqu'un, ce dernier ne serait autre que cet « être moral que nous appelons le public qui [en] est le vrai possesseur »⁸⁶⁷. Christian Laviolle souligne que, dans la conception de Proudhon, les éléments constitutifs du domaine public sont déterminés par leur affectation et leur utilisation publiques⁸⁶⁸. Le prisme de la définition des biens est donc inversé : ils ne sont pas appréhendés par le propriétaire mais par les bénéficiaires⁸⁶⁹.

365. Quant à Léon Duguit, son œuvre s'inscrit également dans cette dimension réaliste de la propriété, sans toutefois avoir l'impact que cette doctrine a eu au sein de la doctrine et de la pensée juridique américaines. En effet, Ugo Mattei souligne que, si l'expression « faisceau de droits » n'est pas explicitement utilisée par Duguit, sa théorie de la « fonction sociale de la propriété » s'inscrit bien dans cette perspective⁸⁷⁰. Pour Duguit, la propriété est une institution sociale qui se transforme pour répondre aux besoins économiques, c'est-à-dire à la nécessité d'affecter certaines richesses à certains objectifs individuels ou collectifs et, par conséquent, dans le but de garantir et de protéger socialement cette affectation⁸⁷¹. Duguit note que « [d]ans ce que l'on appelle le patrimoine d'une personne, il n'y a pas, en réalité autre chose que l'affectation socialement protégée d'une certaine quantité de richesses à un but déterminé. Cette affectation est protégée par l'ouverture des voies de droit établies par le droit objectif considéré. [...] On a beau chercher dans ce qu'on appelle un patrimoine, un patrimoine quel qu'il soit, on ne trouve pas autre chose, quel que soit le but auquel il est affecté »⁸⁷².

⁸⁶⁶ *Ibidem*, p. 267.

⁸⁶⁷ *Ibidem*, p. 269.

⁸⁶⁸ Christian Laviolle, « La condition juridique de la monnaie fiduciaire », *Revue Française de Droit Administratif*, Dalloz, 2009, p. 669.

⁸⁶⁹ Maxime Boul, « Les “public goods” : traduction juridique d'une notion économique », art. préc., p. 557.

⁸⁷⁰ V. Ugo Mattei, *Basic Principles of property law: A comparative legal and economic introduction*, coll. « Contributions in legal studies », Westport CT., Greenwood Press, 2000. XIV + 211 pages ; repris par Fabienne Orsi, « Réhabiliter la propriété comme bundle of rights: des origines à Elinor Ostrom, et au-delà ? », art. préc., p. 374.

⁸⁷¹ Sur la notion du « patrimoine d'affectation », cf. *supra* : « Le refus d'une reconnaissance de la domanialité publique des données de l'administration », en page 64.

⁸⁷² Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, t.3, pp. 333 et 334.

366. Dès lors, « [e]lle n'est plus dans le droit moderne le droit intangible, absolu que l'homme détenteur de la richesse a sur elle. [...] la propriété n'est pas un droit, elle est une fonction sociale. Le propriétaire, c'est-à-dire le détenteur de la richesse a, du fait qu'il détient cette richesse, une fonction sociale à remplir ; tant qu'il remplit cette mission, ses actes de propriétaire sont protégés. S'il ne la remplit pas ou la remplit mal, si par exemple il ne cultive pas sa terre, laisse sa maison tomber en ruine, l'intervention des gouvernants est légitime pour le contraindre à remplir sa fonction de propriétaire, qui consiste à assurer l'emploi des richesses qu'il détient conformément à leur destination »⁸⁷³.

367. En droit contemporain, c'est en raison de cette fonction sociale de la propriété que l'absence d'exploitation comme droit du propriétaire ne peut être totalement libre en période de crise ou de difficultés. En l'occurrence, c'est l'article L. 641-1 du Code de la construction et de l'habitation qui prévoit que l'Etat « peut procéder, par voie de réquisition, pour une durée maximale d'un an renouvelable, à la prise de possession partielle ou totale des locaux vacants »⁸⁷⁴.

368. La conception de la propriété de Duguit comme « fonction sociale » transforme alors la propriété en une question interpersonnelle, non pas en ce sens qu'elle devient une forme de propriété collective, mais que la propriété privée et les usages communs affectés coexistent. Il témoigne à ce propos que : « [a]ussi bien je tiens à éviter ici tout malentendu. Je ne dis pas, je n'ai jamais dit, je n'ai jamais écrit que la situation économique qu'est la propriété individuelle disparaisse, doive disparaître. Je dis seulement que la notion juridique sur laquelle repose sa protection sociale se modifie »⁸⁷⁵.

369. L'arrivée de la conception civiliste et individualiste du Code Napoléon va toutefois consacrer comme intangible et unique l'affectation de la richesse à un seul objectif individuel⁸⁷⁶. L'idée de propriété exclusive est ainsi semée et « la propriété individuelle conçue comme droit [devient] l'élément fondamental de tout système

⁸⁷³ Léon Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1912, p. 20, note 8.

⁸⁷⁴ Article L. 641-1 du Code de la construction et de l'habitation, modifié par LOI n°2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique - art. 33. *JORF* n°0272 du 24 novembre 2018.

⁸⁷⁵ Léon Duguit repris par Fabienne Orsi, « Réhabiliter la propriété comme bundle of rights: des origines à Elinor Ostrom, et au-delà ? », art. préc., p. 376, note 18.

⁸⁷⁶ Fabienne Orsi, « Réhabiliter la propriété comme bundle of rights: des origines à Elinor Ostrom, et au-delà ? », art. préc., p. 375.

civiliste ; et l'on a pu dire non sans raison que le code Napoléon était le code de la propriété »⁸⁷⁷. Depuis, entre la Constitution, la Déclaration des droits de l'homme et le Code civil, on entrevoit une forme d'asymétrie dans laquelle derrière la figure du citoyen se trouve celle du propriétaire. Dans ses origines, ceci donnera même naissance à la citoyenneté censitaire qui, en d'autres termes, permet d'entrevoir la confrontation de deux formes différentes d'anthropologie juridique, un conflit qui prendra fin avec l'institutionnalisation de l'homme comme sujet de droit, véritable tournant de la modernité juridique qui s'avérera indispensable pour sortir de la « société de statuts », permettant la reconnaissance de l'égalité entre les hommes⁸⁷⁸.

370. En suivant cette ligne d'analyse, la notion de « biens communs », qui permet la création d'une forme de communauté de biens, en vient à remettre en question deux catégories fondamentales du droit moderne, à savoir la souveraineté et la propriété⁸⁷⁹. En effet, si l'on reprend les propos de deux des principaux auteurs du Code civil français : Jean-Étienne-Marie Portalis réfère qu' « au citoyen appartient la propriété, et au souverain l'empire » ; Jean-Jacques-Régis de Cambacérès, lui, note que « la législation civile règle les rapports individuels et assigne à chacun ses droits, quant à la propriété »⁸⁸⁰. Avec la reconnaissance de l'État en tant que personne juridique, le Conseil constitutionnel confirmera, dans sa décision 86-207 DC du 26 juin 1986 relative aux lois de privatisation, que : « les dispositions de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 relatives au droit de propriété et à la protection qui lui est due [...] ne concernent pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi, à un titre égal, la propriété de l'État et des autres personnes publiques »⁸⁸¹. La propriété publique deviendra ainsi une partie de la souveraineté et avec elle les biens d'affectation publique qu'elle est censée représenter.

371. Toutefois, étant identifiés comme n'appartenant ni à la sphère publique ni à la sphère privée, l'idée des « biens communs » s'écarte en principe de la notion de propriété, qu'elle soit publique ou privée, et revendique son émancipation de telles

⁸⁷⁷ Léon Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, *op. cit.*, p. 31.

⁸⁷⁸ Stefano Rodotà, « Vers les biens communs. Souveraineté et propriété au XXI^e siècle », Traducteur Guillaume Calafat, *Traces. Revue de Sciences humaines*, n° 16, 2016, p. 212.

⁸⁷⁹ *Ibidem*, p. 211.

⁸⁸⁰ *Ibidem*.

⁸⁸¹ Conseil constitutionnel, Décision 86-207 DC - 26 juin 1986 - Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social – Conformité, Privatisations. *JORF* du 27 juin 1986, p. 7978.

réserves privatives de domaine, donnant lieu à ce que le juriste italien Stefano Rodotà qualifiera de « titularité diffuse »⁸⁸². Il en est ainsi parce que cette dernière notion reconnaît une forme d'appartenance unanime sur certains biens, en ce sens que tout le monde devrait pouvoir y avoir un accès égal en raison de leur utilité commune et que, par conséquent, personne ne devrait prétendre à une quelconque exclusivité⁸⁸³.

372. De nos jours, deux auteurs sont de référence pour l'étude de ce que l'on appelle les « biens communs ». D'une part, Elinor Ostrom, dans le domaine de l'économie, jette les bases de la « propriété commune » en tant que « faisceau de droits ». La portée théorique, politique et intellectuelle de l'analyse d'Ostrom est d'une importance considérable puisque, pour la première fois dans la littérature économique, l'existence d'une telle forme d'appartenance est mise en évidence notamment par la description de l'organisation et du fonctionnement des systèmes complexes de gouvernance décentralisée⁸⁸⁴. Les études d'Ostrom motiveront à leur tour l'accumulation de connaissances provenant de diverses disciplines, fournissant de solides contre-arguments aux thèses sur l'accord de droits de propriété (individuels et exclusifs) sur des « biens communs », en tant que postulat d'efficacité maximale de l'économie de marché⁸⁸⁵.

373. D'autre part, Stefano Rodotà, dans le domaine du droit, entre juin 2007 et février 2008 en Italie, a coordonné la célèbre « Commission Rodotà » créée par le Ministère de la Justice de ce pays, par décret du Ministre du 21 juin 2007, dans le but de rédiger une loi déléguée pour modifier les règles du Code civil italien sur la propriété publique⁸⁸⁶. Instituée en principe pour reconsidérer le concept et le statut même de la propriété publique, la commission a abouti à une proposition sur une nouvelle catégorie juridique de biens, celle des « biens communs » qui, ne pouvant être à proprement parler ni publics ni privés, renvoient à un *tertium genus* de la « titularité diffuse »⁸⁸⁷. Le projet,

⁸⁸² Stefano Rodotà, « Vers les biens communs. Souveraineté et propriété au XXIe siècle », art. préc., p. 222.

⁸⁸³ *Ibidem*.

⁸⁸⁴ V. Elinor Ostrom, *Governing the commons: The evolution of institutions for collective action*, Cambridge et New York, Cambridge University Press, 1990, 280 pages.

⁸⁸⁵ Fabienne Orsi, « Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », art. préc., p. 7.

⁸⁸⁶ Rapport de la commission Rodotà pour la modification des normes du code civil en matière de biens publics, 14 juin 2007, [en ligne], consulté le 05 juin 2021 à l'adresse suivante : https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?facetNode_1=0_10&facetNode_2=0_10_21&previsio_usPage=mg_1_12&contentId=SPS47617

⁸⁸⁷ Michele Spanò (présentation) dans Paolo Napoli, « Indisponibilité, service public, usage. Trois concepts fondamentaux pour le « commun et les "biens communs" », Traducteur : Arnaud Fossier, *Tracés. Revue de Sciences humaines*, n° 27, 2014, p. 212.

bien qu'abandonné avec le changement de ministre en 2005, conserve un poids au sein du droit italien, servant même de base d'analyse pour plusieurs des jugements des plus hautes juridictions italiennes⁸⁸⁸.

374. La mise à jour de toutes ces théories, étroitement liées mais sous différents angles, nécessite pourtant une distinction minutieuse entre les anciens modèles proposés par Commons, Hohfeld, Proudhon et Duguit, et ceux développés par Ostrom et Rodotà. En effet, les premiers sont conçus comme une théorie générale de la propriété dans laquelle il y a une forte intendance de l'État en tant que représentant et garant de la justice sociale, tandis que les seconds sont d'approches ascendantes, horizontales et inclusives, caractérisés par une participation active des citoyens dans la mise en œuvre de ce qu'on appelle les « biens communs » dont l'État étant le garant.

375. Afin de relier ces points à l'étude des données informationnelles, y compris des données publiques et de celles provenant des données personnelles des citoyens, nous procéderons à l'analyse de cette forme de « propriété commune » en tant que « faisceau de droits » notamment au sein de l'école d'Elinor Ostrom (1). Puis, nous procéderons à l'examen de la notion de la « titularité diffuse » et de « faisceau d'utilités » de Stefano Rodotà, dont les contributions majeures sont indispensables pour comprendre la portée juridique de la catégorie des « biens communs » dans une dimension spécifique du droit (2).

Paragraphe 1. Le « faisceau de droits » comme l'élément caractéristique d'une forme de « propriété commune » renouvelée

376. Elinor Ostrom est bien connue pour son ouvrage de 1990 *Governing the commons*, ainsi que pour avoir reçu le prix Nobel d'économie en 2009 en reconnaissance des années d'étude consacrées aux « biens communs ». Cependant, d'après Fabienne Orsi, c'est dans un article de 1992 avec Edella Schlager⁸⁸⁹ que les deux auteures

⁸⁸⁸ Pierre Dardot, « Les limites du juridique », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, n° 16, 2016, p. 258 ; sur la jurisprudence italienne, en particulier : Conseil d'Etat (Italie) n° 8683 du 9 décembre 2010, Conseil d'Etat (Italie) n°7907 du 8 novembre 2010, Conseil d'Etat (Italie) n° 3808 du 15 juillet 2013 et Conseil d'Etat (Italie) n°3849 du 16 juin 2009, v. Chiara Angelini, « Intérêts Diffus (Italie) », in Marie Cornu, Fabienne Orsi, Judith Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses universitaires de France, 2017, pp. 698-702 ; de même, cf. *infra* : « La naissance de la 'titularité diffuse' et l'encadrement juridique des 'biens communs' », en page 210.

⁸⁸⁹ V. Edella Schlager et Elinor Ostrom, « Property-rights regimes and natural resources: a conceptual analysis », *Land economics*, vol. 68, n° 3, 1992, pp. 249-262.

développent un schéma conceptuel permettant de distinguer et de caractériser les régimes de propriété publique, privée et commune, en tant que « faisceau de droits » pouvant notamment être détenus par différents types d'utilisateurs sur des ressources spécifiques partagées⁸⁹⁰. Ainsi, sur la base d'une lecture des travaux d'Ostrom et de sa dite « école de Bloomington », un « bien commun » peut être défini en fonction de trois considérations : (1) une ressource partagée ; (2) la nature des droits et obligations qui lient ses participants et ; (3) un mode de gouvernance qui permet de respecter le système de droits qui la régit⁸⁹¹.

377. Cela remet en question deux principes fondamentaux de la propriété, à savoir l'exclusion et l'aliénation, qui sont déterminants pour l'émergence de ce que l'on appelle les « biens communs ». Or, ce fait ne signifie pas que ces droits cessent d'exister, mais plutôt qu'ils sont transformés pour prendre une nouvelle dimension au sein de la propriété. En effet, il convient de rappeler qu'en économie, c'est le droit d'exclure qui est considéré comme le garant d'une efficacité maximale dans l'exploitation d'une ressource. Toutefois, les travaux sur les biens communs montrent que dans nombre de cas c'est l'absence d'un tel droit qui soutient l'efficacité et notamment la durabilité de la ressource⁸⁹². La décentralisation du droit d'exclusion permet ainsi la conservation de la ressource, ce qui n'est pas garanti, au contraire, par l'absolutisme du *ius abutendi*⁸⁹³.

378. En outre, il est important de souligner que dans la conception d'Ostrom il n'y a pas d'association systématique entre ce que l'on appelle un « pool commun de ressources » (fonds commun) et un régime de propriété. Ce fait sera vu plus généralement comme une constante au sein de la philosophie du « commun », comme le souligne Paolo Napoli qui, en se fondant sur les analyses de Luigi Ferragiolli, appelle à la dissociation directe des « biens communs » avec un régime de propriété privatif⁸⁹⁴. Les « pools

⁸⁹⁰ Fabienne Orsi, « Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », art. préc., p. 16.

⁸⁹¹ Benjamin Coriat (dir.). *Le retour des communs : la crise de l'idéologie propriétaire*, France, Les Liens qui libèrent, 2015, p. 24.

⁸⁹² Edella Schlager et Elinor Ostrom, « Property-rights regimes and natural resources: a conceptual analysis », art. préc., p. 255.

⁸⁹³ Fabienne Orsi, « Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », art. préc., p. 16.

⁸⁹⁴ Dans l'occurrence, l'auteur appelle au traitement des « biens communs » en tant que sujets de droit et, par la même, de la reconnaissance d'une liberté de propriété (non-appropriabilité) de ces biens. Il s'agit d'une évolution du concept de bien, lui-même, qui donne naissance à la catégorie juridique des « biens communs ». Dans la conception de Rodotà, ces « biens » sont « communs » parce qu'ils sont indispensables à l'exercice des droits fondamentaux et au libre développement de la personne. Ce point sera examiné plus

communs de ressources » peuvent en effet être la propriété de gouvernements nationaux, régionaux ou locaux, ainsi que d'individus, de sociétés ou de communautés de groupes (en tant qu'entités de droit privé), ou simplement ne pas avoir de propriétaire identifié mais pour lesquels il est reconnu qu'il existe un libre accès pour leur utilisation. Chaque régime étant caractérisé par ses avantages et ses inconvénients, parfois basés sur des règles opérationnelles similaires sur l'accès et l'utilisation de la ressource⁸⁹⁵.

379. La propriété sur les « pools communs de ressources » se distingue ainsi par cinq types de droits, répartis en deux niveaux : (1) le droit d'accès et (2) le droit de retrait, qui forment (A) le niveau opérationnel des droits de propriété ; (3) le droit de gestion, (4) le droit d'exclusion et (5) le droit d'aliénation, qui forment (B) le niveau de choix collectif des droits de propriété⁸⁹⁶. Dans un tel cadre, l'accès est défini comme le droit d'entrer dans une propriété ; le prélèvement est le droit d'obtenir les fruits ou les produits ; la gestion est le droit de réguler les modes d'utilisation internes et de transformer le bien en apportant des améliorations ; l'exclusion est le droit de déterminer qui a un droit d'accès et comment ce droit peut être transféré ; l'aliénation est le droit de vendre ou de louer un ou les deux droits de gestion et d'exclusion⁸⁹⁷.

380. Sur cette décomposition de la propriété en un faisceau de cinq droits indépendants, on distingue également quatre catégories de détenteurs de ces droits : (1) les utilisateurs autorisés (*authorized users*) dont les prérogatives se situent uniquement au niveau opérationnel et qui ne détiennent que les droits d'accès et de prélèvement ; (2) les demandeurs (*claimants*) qui ont les mêmes droits que les utilisateurs autorisés et qui disposent également du droit de gestion en tant que droit de choix collectif ; (3) les propriétaires partiels (*proprietors*) qui ont les droits de gestion, d'accès et de retrait, en plus de celui d'exclusion, mais sont dépourvus du droit d'aliénation ; enfin, (4) les propriétaires à part entière (*owners*) qui sont détenteurs de tous les droits qui composent le faisceau (voir le tableau ci-dessous)⁸⁹⁸.

en détail dans la section suivante. V. également Paolo Napoli, « Indisponibilité, service public, usage. Trois concepts fondamentaux pour le « commun et les “biens communs” », art. préc., p. 219.

⁸⁹⁵ Elinor Ostrom, « Private and Common Property Rights », in Boudewijn Bouckaert (ed.), *Property Law and Economics*, chapter 4, Edward Elgar Publishing, 2000, p. 338.

⁸⁹⁶ Edella Schlager et Elinor Ostrom, « Property-rights regimes and natural resources: a conceptual analysis », art. préc., p. 252.

⁸⁹⁷ *Ibidem*, pp. 250-251.

⁸⁹⁸ Fabienne Orsi, « Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », art. préc., p. 19.

TABLE 1
BUNDLES OF RIGHTS ASSOCIATED WITH POSITIONS

	Owner	Proprietor	Claimant	Authorized User
Access and Withdrawal	×	×	X	X
Management	×	×	X	
Exclusion	×	×		
Alienation	×			

Source : Edella Schlager et Elinor Ostrom, « Property-rights regimes and natural resources: a conceptual analysis », *Land economics*, vol. 68, n° 3, 1992, p. 252.

381. En plus de ce qui précède, Schlager et Ostrom distinguent les droits dans leurs sources en tant que droits *de jure* et *de facto*. Les premiers sont ceux qui sont pleinement reconnus par la loi et à partir desquels les créanciers peuvent présumer du plein respect de ces droits, au cas où ils seraient contestés dans la sphère administrative ou judiciaire ; les seconds sont ceux qui ne sont pas nécessairement reconnus par les autorités étatiques, mais qui sont reconnus parmi les usagers eux-mêmes et peuvent même faire l'objet des mécanismes mis en œuvre par ces derniers afin de les rendre effectives, sans qu'il soit impossible de demander leur reconnaissance devant les tribunaux dans le but de pouvoir les faire respecter légalement⁸⁹⁹.

382. Les deux sources des droits (*de jure* et *de facto*) peuvent se superposer, se compléter ou même entrer en conflit, dans une situation donnée au sein d'un « pool commun de ressources ». Pour mieux illustrer cela, Schlager et Ostrom expliquent cette coexistence des sources des droits par des exemples de gouvernance partagée des ressources halieutiques. En l'occurrence, les gouvernements accordent *de jure* aux pêcheurs les droits d'accès et de retrait, tout en conservant pour eux-mêmes les droits formels de gestion, d'exclusion et d'aliénation ; néanmoins, les pêcheurs peuvent dans le même temps coopérer et exercer *de facto* des droits de gestion et d'exclusion, notamment comme une forme d'auto-organisation au sein du pool de pêche⁹⁰⁰.

383. Les droits *de facto* ont une importance considérable car ils peuvent exister avec ou sans la reconnaissance positive du droit. D'après Schlager et Ostrom, la compréhension de ces arrangements collectifs *de facto* est ce qui renforce la durabilité des biens-ressources, notamment en créant des conditions efficaces d'auto-organisation qui produisent des règles opérationnelles liées aux conditions physiques et économiques

⁸⁹⁹ Edella Schlager et Elinor Ostrom, « Property-rights regimes and natural resources: a conceptual analysis », art. préc., p. 254.

⁹⁰⁰ *Ibidem*, p. 255.

d'un « pool commun de ressources »⁹⁰¹. En ce sens, les droits sont considérés comme le produit de règles et ce sont ces dernières qui donnent lieu à l'autorisation, l'exigence ou l'interdiction d'une action sur une ressource donnée. Autrement dit, pour chaque droit reconnu, il existe des règles qui autorisent ou exigent des actions relatives des individus dans l'exercice d'un droit⁹⁰², sans que la distinction entre les sources *de jure* et *de facto* soit nécessaire. Ainsi, dans le cas de la propriété partagée par une communauté, « un groupe est considéré comme partageant des droits de propriété commune lorsque ces individus ont au moins formé des droits collectifs de gestion et d'exclusion en relation avec un système de ressources défini et des unités de ressources produites par ce système »⁹⁰³.

384. Vue sous cet angle, la théorie d'Ostrom sur les « biens communs » et son parallèle corrélatif, la « propriété commune » déterminée par un « faisceau de droits », est décisive car elle remet profondément en question l'idée de la propriété en tant que droit exclusif et absolu, privilégié pour une efficacité maximale dans l'exploitation économique des ressources⁹⁰⁴. De même, cette dimension « commune » sur les choses transforme les éléments de la propriété non pas comme droits réels, c'est-à-dire des droits des personnes sur leurs biens, mais en tant que droits personnels émanant de relations sociales à l'égard de biens spécifiques. Pour le dire autrement, la « propriété commune » traite d'une décentralisation des prérogatives classiques de l'*usus*, du *fructus* et de l'*abusus*, en plus des facultés de « jouissance » et de « disposition » en tant qu'éléments de la théorie moderne de la propriété. Ceci se fait à l'égard d'un bien partagé puisque ce « faisceau de droits » est déterminé par l'ensemble des relations juridiques qui entrelacent les sujets en tant que bénéficiaires de la chose.

385. De ce fait, les droits d'accès et de prélèvement correspondent à la prérogative de l'*usus* comme la liberté d'utiliser la chose ou le pouvoir de ne pas l'utiliser, dans les limites établies collectivement. Les droits de gestion correspondent au *fructus* puisqu'il s'agit du pouvoir conféré à la collectivité de décider conjointement de la manière dont une chose peut être exploitée, ou de la laisser inexploitée, selon le cas, afin de

⁹⁰¹ *Ibidem*.

⁹⁰² Fabienne Orsi, « Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », art. préc., p. 18.

⁹⁰³ Elinor Ostrom, « Private and Common Property Rights », in Boudewijn Bouckaert (ed.), *Property Law and Economics*, *op. cit.*, p. 342.

⁹⁰⁴ Fabienne Orsi, « Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », art. préc., p. 20.

garantir la durabilité de la ressource. Le droit d'exclusion, quant à lui, est compris dans un sens négatif comme le pouvoir de la communauté d'exclure les tiers de la jouissance de la chose partagée « *ius excludendi alios* ». Enfin, le droit d'aliénation correspond à la prérogative d'*abusus* et à la faculté de disposition comme le pouvoir de s'en servir des droits que l'on a sur la chose, c'est-à-dire de pouvoir aliéner partiellement ou totalement les droits de gestion et d'exclusion.

386. Les contributions de Schlager et Ostrom sont sans doute d'une importance considérable car elles impliquent une décentralisation de la propriété qui détermine à son tour la naissance d'une nouvelle catégorie de biens, que l'on a décidé d'appeler couramment « biens communs ». Les études menées par Ostrom et plusieurs autres auteurs se concentrent, toutefois, principalement sur les ressources matérielles et des communautés déterminées d'individus. Ce n'est qu'en 2007, avec Charlotte Hess, qu'Ostrom a abordé la connaissance comme un bien commun immatériel qui, rappelle-t-on, suit une séquence comme le fruit de l'information et celle-ci comme le fruit des données⁹⁰⁵.

387. Par rapport à l'objet de notre étude, Benjamin Coriat souligne que, dès lors qu'elles sont compilées dans une base de données, les données en tant que biens informationnels pourraient être configurés comme suit : droit d'accès à la base, droit de retrait des informations de la base, droit de gestion de la base, droit d'exclusion de la base, droit d'exclure certains prétendants de l'accès à la base et droit d'aliéner la base de données⁹⁰⁶. En effet, considérer l'immatérialité de certains biens tels que les données est appropriée si l'on tient compte du fait que les choses matérielles ont pour caractéristique d'être finies, alors que les objets immatériels sont *a priori* naturellement infinis.

388. Cette circonstance donne naissance à une nouvelle forme de concepts juridiques déterminés par le caractère « diffus » de l'information, notamment des données publiques caractérisées par une « diffusion spontanée » par l'administration. En encadrant

⁹⁰⁵ V. Charlotte Hess et Elinor Ostrom (eds.), *Understanding knowledge as commons: from theory to practice*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2007, 367 pages.

⁹⁰⁶ Sur cette composition de droits sur les bases de données, V. Benjamin Coriat, « La construction de communs comme alternative à la privatisation des connaissances. Promesses et difficultés », *Transformation des modes de production dans les sciences du vivant. Biologie à haut débit, plate-formes, brevets, Médecine/sciences*, hors-série n° 2, vol. 28, juin-juillet 2012 ; Benjamin Coriat (dir.), *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, Paris, Les Liens qui libèrent, 2015 ; repris par Agnès Robin, « Communs scientifiques », in Marie Cornu, Fabienne Orsi, Judith Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses universitaires de France, 2017, p. 284.

juridiquement des concepts qui ne font pas traditionnellement partie de l'étude du droit, en particulier la « titularité diffuse », Stefano Rodotà actualise la théorie des « biens communs », principalement à la lumière des droits fondamentaux comme l'un des concepts les plus importants de la modernité au sein de la science juridique.

Paragraphe 2. La naissance de la « titularité diffuse » et l'encadrement juridique des « biens communs »

389. Autant on reconnaît généralement à Elinor Ostrom la maternité du concept de « biens communs », principalement dans le domaine de l'économie et de la science politique, autant d'un point de vue juridique, c'est à Stefano Rodotà que l'on pourrait attribuer sa paternité, notamment pour avoir effectué le travail intellectuel le plus important pour encadrer ce concept au sein de la stricte école formaliste du droit positif. En effet, il a été souligné que Rodotà est bien connu pour avoir coordonné la commission du même nom, en Italie, entre juin 2007 et février 2008, dont le but était de rédiger une loi déléguée visant à modifier les règles du Code civil italien en matière de biens publics. En faisant une distinction substantialiste, plutôt que formaliste, la Commission a fini par classer les biens publics en biens de propriété publique nécessaire⁹⁰⁷, biens publics sociaux⁹⁰⁸ et biens publics porteurs des fruits⁹⁰⁹. En outre, elle a introduit une troisième

⁹⁰⁷ « Les biens de propriété publique nécessaires sont ceux qui satisfont à des intérêts généraux fondamentaux, dont le soin découle des prérogatives de l'État et des collectivités publiques territoriales. Ils ne sont ni usucapables ni aliénables. Ils comprennent, entre autres : les ouvrages de défense, les plages et les rades, les réseaux routiers, autoroutiers et ferroviaires, le spectre des fréquences, les aqueducs, les ports et les aéroports d'importance nationale et internationale. Ils ne peuvent circuler qu'entre l'État et d'autres entités publiques territoriales. L'État et les collectivités publiques territoriales sont titulaires d'actions en cessation et en indemnisation. Ces mêmes ont également de pouvoirs de protection administrative dans les cas et selon les modalités qui seront définis par le décret délégué ». V. Rapport de la Commission Rodotà pour la modification des normes du code civil en matière de biens publics, 14 juin 2007, Proposition d'articulation, [en ligne], consulté le 05 juin 2021 à l'adresse suivante : https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.page?contentId=SPS47624&previousPage=mg_1_12_1

⁹⁰⁸ « Les biens publics sociaux sont ceux dont les utilités essentielles sont destinées à satisfaire les besoins correspondant aux droits civils et sociaux de la personne. Ils ne sont pas usucapables. Ils comprennent, entre autres : les maisons de 'logement public', les bâtiments publics utilisés comme hôpitaux, les établissements d'enseignement et les jardins d'enfants, les réseaux locaux de service public. Et « en tout état de cause, sans préjudice de la contrainte réelle de l'usage public ». La circulation est autorisée avec le maintien de la contrainte de destination. La cessation de la restriction d'utilisation est soumise à la condition que les entités publiques détenant le pouvoir de la supprimer assurent le maintien ou l'amélioration de la qualité des services sociaux fournis. Le législateur délégué fixe les modalités et les conditions de la protection juridictionnelle des biens publics sociaux, également par les destinataires des services. La protection administrative incombe à l'État et aux organismes publics, y compris non territoriaux, qui l'exercent dans les cas et selon les modalités définis par le décret délégué. La réglementation des biens sociaux devra être coordonnée avec celle des biens visés à l'article 826, alinéa 2, du code civil, à l'exception des forêts, qui font partie des biens communs. ». *Ibidem*.

⁹⁰⁹ « Les biens publics porteurs de fruits sont ceux qui n'entrent pas dans les catégories indiquées dans les règles précédentes. Ils sont aliénables et gérables par des personnes publiques avec des instruments de droit privé. Leur aliénation n'est autorisée que lorsqu'il est prouvé que la nécessité de l'usage public du bien

catégorie de biens, qu'elle a proposé d'appeler « biens communs »⁹¹⁰. Le projet, on le sait, ne verra finalement pas le jour, mais il a exercé une influence considérable au sein du système juridique italien, notamment en servant de base à plusieurs jugements des plus hautes juridictions de ce pays⁹¹¹.

390. Le projet de la commission Rodotà définissait ainsi comme étant des biens communs : « les choses qui expriment des utilités fonctionnelles pour l'exercice des droits fondamentaux et le libre développement de la personne. Les biens communs doivent être sauvegardés par le système juridique, également au profit des générations futures. Les titulaires des biens communs peuvent être des personnes morales publiques ou privés. En tout état de cause, leur jouissance collective doit être garantie, dans les limites et selon les modalités établies par la loi. Lorsque les titulaires sont des personnes morales publiques, les biens communs sont gérés par des sujets publics et sont mis hors commerce ; la concession n'est autorisée que dans les cas prévus par la loi et pour une durée limitée, sans possibilité de prolongation. Ce sont des biens communs, entre autres : les rivières, les ruisseaux et leurs sources ; les lacs et autres eaux ; l'air ; les parcs tels que définis par la loi, les forêts et les zones boisées ; les zones de montagne à haute altitude, les glaciers et les neiges éternelles ; les lidos et les portions de littoral déclarées réserve environnementale ; la faune sauvage et la flore protégées ; les biens archéologiques, culturels, environnementaux et autres zones paysagères protégées. La réglementation des biens communs doit être coordonnée avec celle des usages civiques. Toute personne a accès à la protection judiciaire des droits liés à la sauvegarde et à la jouissance des biens communs. Sauf dans les cas de légitimité pour la protection d'autres droits et intérêts,

spécifique a cessé d'exister et qu'il est impossible de continuer à jouir de la propriété avec des critères économiques. L'aliénation est réglementée par des procédures appropriées qui permettent de mettre en évidence la nature et la nécessité des choix qui sous-tendent l'aliénation. Les recettes réalisées ne peuvent être imputées aux dépenses courantes. ». *Ibidem*.

⁹¹⁰ Michele Spanò (présentation) dans Paolo Napoli, « Indisponibilité, service public, usage. Trois concepts fondamentaux pour le « commun et les "biens communs" », art. préc., p. 212.

⁹¹¹ Pierre Dardot, « Les limites du juridique », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, n° 16, 2016, p. 258 ; v. également Conseil d'Etat (Italie) n° 8683, 9 décembre 2010 « la recherche d'un critère de rattachement entre les intérêts [...] qui appartiennent ontologiquement à toutes les composantes de la collectivité et les mécanismes procéduraux, qui exigent que l'action soit exécutée par un sujet du système du bien identifié » ; il est également intéressant de noter que la jurisprudence a interprété plus largement les règles prévoyant la possibilité d'une action en justice par les associations en vertu de l'article 13 de la loi 349/1986, sans la limiter aux associations identifiées par le législateur, en ce sens v. Conseil d'État (Italie) n°7907, 8 novembre 2010 et Conseil d'État (Italie) n° 3808, 15 juillet 2013 ; ainsi qu'une « connexion stable et significative [...] entre le demandeur et le bien environnemental que l'on souhaite protéger », Conseil d'État (Italie) n°3849, 16 juin 2009 ; sur cette jurisprudence italienne, v. Chiara Angolini, « Intérêts Diffus (Italie) », in Marie Cornu, Fabienne Orsi, Judith Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses universitaires de France, 2017, pp. 698-702.

l'État a une légitimité exclusive pour l'exercice de l'action en réparation des dommages causés au bien commun. L'État a également le droit d'agir pour la réversion des bénéfices. Les conditions et modalités d'exercice des actions précitées seront définies par le décret délégué »⁹¹².

391. Ni les données ni les informations publiques ne sont considérées comme des biens communs dans ce projet. Toutefois, il convient de rappeler que ces derniers font partie de ce que l'on appelle en doctrine les « biens communs informationnels » auxquels nombre d'auteurs font également référence⁹¹³. Ceci étant, ce qui importe ici, c'est de souligner que dans cette nouvelle catégorie de « biens communs », il existe ce qui est considéré comme une forme de « titularité diffuse », c'est-à-dire qu'ils ne peuvent pas être qualifiés à proprement parler de biens publics, puisqu'ils peuvent appartenir, par le bénéfice qu'ils procurent, non seulement à des personnes publiques, mais aussi à des personnes physiques ou morales privées⁹¹⁴. À cet égard, il convient de noter que ces distinctions s'ajoutent à celles remarquées par Schlager et Ostrom entre droits *de jure* et droits *de facto*. En effet, les droits *de jure* permettent d'accorder légalement la propriété à des personnes physiques ou juridiques spécifiques, sans pour autant impliquer une absence de titularité *de facto* des véritables bénéficiaires de la jouissance du bien et ce, en tant qu'ensemble de droits organisés pour réguler l'accès et l'usage durable de la ressource mise en commun⁹¹⁵.

392. Pour cette raison, le système de contrôle juridictionnel et de responsabilité proposé par la Commission Rodotà envisageait, d'une part, de légitimer toute personne à agir en justice afin de garantir la sauvegarde et l'accès aux dits « biens communs »,

⁹¹² Article 1, 3, c) du Projet de loi articulé – Rapport de la Commission Rodotà pour la modification des normes du code civil en matière de biens publics, 14 juin 2007, [en ligne], préc.

⁹¹³ En ce sens, v. Philippe Aigran, *Cause commune. L'information entre bien commun et propriété*, Paris, Fayard, 2005 ; Pjillipe Gaudrat, « Loi n°98-536 du 1^{er} juillet 1998 portant transposition de la directive 96/6/CE du Parlement européen sur les bases de données : le champ de la protection par le droit *sui generis* », *RTDCom.*, vol. 52, n° 1, janvier-mars 1999, p. 86 ; Jérôme Huet, « La modification du droit sous l'influence de l'informatique. Aspects de droit privé », *JPC*, 1983, doctrine 3095 ; Stéphane Lemarchand, Olivier Fréget et Frédéric Sardain, « Biens informationnels : entre droits intellectuelles et droit de la concurrence », *Revue Propriétés Intellectuelles*, n° 6, janvier 2003, p. 11 ; Ejan Mackaay, « Les biens informationnels », *Ordre juridique et ordre technologique, Cahier S.T.S.*, n°12, 1986 ; Michel Vivant, « A propos de biens informationnels », *JCP*, 1984, doctrine 3132 ; repris dans l'avis critique de Nathalie Mallet-Poujol, « Biens informationnels (approche juridique) », in Marie Cornu, Fabienne Orsi, Judith Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses universitaires de France, 2017, pp. 126 et 127.

⁹¹⁴ Rapport de la Commission Rodotà pour la modification des normes du code civil en matière de biens publics, 14 juin 2007, [en ligne], préc.

⁹¹⁵ Elinor Ostrom, « Private and Common Property Rights », in Boudewijn Bouckaert (ed.), *Property Law and Economics*, *op. cit.*, p. 338.

d'autre part, de limiter le pouvoir d'agir en réparation des dommages au seul État en tant que représentant social⁹¹⁶. Ceci est pertinent puisque ce qui distingue les « biens publics » des « biens communs » est précisément cette titularité, qualifiée de « diffuse », qui permet à tout individu d'agir devant la justice, opérant une réversibilité des critères entre le bien et le régime juridique applicable⁹¹⁷. En d'autres termes, s'agissant des biens dont les bénéficiaires sont la société en général, au lieu d'emprunter la voie classique du « passage des régimes aux biens », l'approche de la Commission propose de l'inverser en passant des « biens aux régimes ». Cela répond à une analyse de l'importance socio-économique des biens, tant matériels qu'immatériels, exprimant les différents « faisceaux d'utilités » dont ils peuvent faire l'objet et qui légitiment l'action de tout individu⁹¹⁸.

393. Une représentation graphique d'une telle forme de titularité diffuse est celle détaillée par Alexandra Aragão à propos de la thèse des intérêts diffus (voir le tableau ci-après). En l'espèce, la titularité des intérêts diffus revient à un groupe indéterminé, et dans de nombreuses occasions indéterminable de personnes, ayant un certain nombre de caractéristiques communes et unies par un intérêt commun (communauté *de facto* et non *de jure*) dans l'utilisation et la jouissance d'un bien⁹¹⁹. La titularité du bien commun, qui est celle qui détermine l'intérêt légitime, est alors la communauté « diffuse » (pluripersonnelle) et non l'individu (unipersonnel), ce qui signifie qu'il n'y a pas nécessairement de lien juridique entre les individus sujets du droit, ni avec la partie adverse, et que le titulaire du bien est en fait un porteur indéfini⁹²⁰.

394. La protection du bien commun est de ce fait garantie par ce que l'on appelait en droit romain l'*actio popularis*⁹²¹. En effet, cette forme juridique vise à fournir

⁹¹⁶ Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur la proposition de loi constitutionnelle visant, face à la crise actuelle, à construire le monde d'après fondé sur la préservation des biens communs, par M. Arnaud de BELENET, enregistré à la Présidence du Sénat le 2 décembre 2020, Partie I. Les « biens communs », une catégorie juridique en construction – B. Quelle traduction juridique ? [en ligne], consulté le 5 juin 2021 : <http://www.senat.fr/rap/120-168/120-168.html>

⁹¹⁷ Michele Spanò (présentation) dans Paolo Napoli, « Indisponibilité, service public, usage. Trois concepts fondamentaux pour le « commun et les “biens communs” », art. préc., p. 212.

⁹¹⁸ Rapport de la Commission Rodotà pour la modification des normes du code civil en matière de biens publics, 14 juin 2007, [en ligne], préc.

⁹¹⁹ Alexandra Aragão, « Les intérêts diffus, instruments pour la justice et la démocratie environnementale », Vertigo - la revue électronique en sciences de l'environnement [En ligne], Hors-série 22, septembre 2015, p. 4, consulté le 12 juin 2021. URL : <http://journals.openedition.org/vertigo/16284> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/vertigo.16284>

⁹²⁰ *Ibidem*.

⁹²¹ Dans la Rome antique, tout citoyen était habilité à dénoncer devant les juges certaines atteintes à l'ordre ou aux biens publics. Cet instrument juridique était connu sous le nom d'*actio popularis* et faisait de chaque

un accès à la justice au profit des individus et de la société en général, en accordant un niveau plus élevé de justice sociale et une plus grande efficacité dans la protection du bien, grâce à l'expansion des opportunités pour la réalisation de la macro-justice⁹²². Dès lors, tout individu a le droit d'agir au nom de l'intérêt général et l'*actio popularis*, initialement destinée à la protection des intérêts publics, est étendue à la protection des « biens communs » donnant à chaque individu la possibilité de défendre légalement le bien. Par voie de conséquence, ceci entraîne la protection d'intérêts communautaires qui bénéficient d'une protection qualifiée, en plus de pouvoir exiger légalement la réparation du dommage causé⁹²³.

Intérêts			
Individuels	Trans-individuels		Publics
	Collectifs	Diffus	
exercés individuellement	exercés collectivement		exercés publiquement
Réalisation de la micro-justice (contentieux de l'individu isolé)	Réalisation de la macro-justice (contentieux supra-individuel)		

Source : Alexandra Aragão, « Les intérêts diffus, instruments pour la justice et la démocratie environnementale », VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement [En ligne], Hors-série 22, septembre 2015, p. 4, consulté le 12 juin 2021. URL : <http://journals.openedition.org/vertigo/16284> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/vertigo.16284>.

395. En ce sens, le lien classique entre droits et biens est remis en question et la recherche théorique de la Commission Rodotà propose de centrer l'analyse de la propriété sur la base de la nature sociale et économique, déterminée par la fonction et la destination

citoyen un gardien du bien public, palliant ainsi les ressources limitées de la police et des magistrats. Pour une étude complète de ce type d'action légale, v. François Voeffray, *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, Presses Universitaires de France, colle. « Publications de l'Institut universitaire des Hautes Etudes Internationales de Genève », 2004, 401 pages.

⁹²² Alexandra Aragão, « Les intérêts diffus, instruments pour la justice et la démocratie environnementale », art. préc., p. 5.

⁹²³ *Ibidem*, pp. 6-7.

des choses, ce qui permet de déterminer la condition partagée des « biens communs »⁹²⁴. Ainsi, pour Michele Spanò, au-delà des théories comme sources originelles des concepts *de jure*, c'est la praxis comme circonstance *de facto* la seule qui peut instituer l'« être commun » d'une chose⁹²⁵. Il en va de même pour le lien entre le « bien » comme « objet » et le « commun » comme « qualificatif », qui ne se trouve pas nécessairement dans l'état naturel des choses⁹²⁶, mais qui dépend d'une indisponibilité de l'exclusivité du bien que seule la pratique du partage peut établir. Autrement dit, les « biens communs » se caractérisent généralement par une fonction qui leur est propre et dont la forme juridique *de jure* ne transgresse pas ou n'inhibe pas la pratique commune comme circonstance *de facto*, y compris pour la figure du « patrimoine d'affectation » en tant que forme juridique classique par laquelle une communauté d'usagers est créée⁹²⁷.

396. En effet, si l'on analyse les revendications des pratiques sociales qui donnent naissance à ce *tertium genus*, les « biens communs » répondent à un appel au plein exercice des droits fondamentaux et au libre développement de la personne⁹²⁸. Ce fait est d'autant plus pertinent puisque l'on intègre dans la théorie de la propriété des concepts de la modernité du droit, notamment celui de la « personne » en tant que sujet « de droits », qui n'ont été institutionnalisés qu'après la Seconde Guerre mondiale, à savoir plus d'un siècle après les idées qui ont motivé la naissance du Code civil⁹²⁹.

397. Par ailleurs, il convient de noter que l'idée des « biens communs » n'établit pas une incompatibilité avec la propriété publique ou privée, mais fait appel à la reconnaissance d'une nouvelle forme d'appartenance qualifiée de « commune », notamment la « titularité diffuse » qui est différente des anciens modèles de propriété des

⁹²⁴ Rapport de la Commission Rodotà pour la modification des normes du code civil en matière de biens publics, 14 juin 2007, [en ligne], préc.

⁹²⁵ Michele Spanò (présentation) dans Paolo Napoli, « Indisponibilité, service public, usage. Trois concepts fondamentaux pour le « commun et les “biens communs” », art. préc., p. 213.

⁹²⁶ Sur cette thèse naturaliste (physique), cf. *supra* : « La non-rivalité et la non-exclusivité des données publiques en tant que choses immatérielles », en page 154.

⁹²⁷ Paolo Napoli, « Indisponibilité, service public, usage. Trois concepts fondamentaux pour le « commun et les “biens communs” », art. préc., pp. 218 et 219.

⁹²⁸ Selon la définition à l'article 1, 3, c) du Projet de loi articulé – Rapport de la Commission Rodotà pour la modification des normes du code civil en matière de biens publics, 14 juin 2007, [en ligne], préc., qui considère en tant que « biens communs » : « les choses qui expriment des utilités fonctionnelles pour l'exercice des droits fondamentaux et le libre développement de la personne ».

⁹²⁹ Stefano Rodotà, « Vers les biens communs. Souveraineté et propriété au XXI^e siècle », Traducteur Guillaume Calafat, *Traces. Revue de Sciences humaines*, n° 16, 2016, pp. 212 et 213.

communaux⁹³⁰. En clair, on réclame l'émancipation de certains biens du dualisme formaliste propriétaire, auquel cas la liberté d'instituer la nouvelle catégorie de « biens communs » n'est rien d'autre que le reflet même de la liberté d'esprit et de création des personnes, qui transforme, selon Paolo Napoli, les biens en « *sujets de droit* » [nous soulignons]⁹³¹. Il en est ainsi parce que les « biens communs » sont indispensables pour la réalisation des libertés et droits fondamentaux des personnes, ce qui rend la protection de l'État tout aussi nécessaire⁹³².

398. Au fond, lorsque l'on parle de « biens communs », ou d'après les termes de Luigi Ferrajoli de « biens fondamentaux », on ne fait rien d'autre que reconnaître au monde des choses, grâce à certains « artifices juridiques », l'attribut humain par excellence qui est celui de la liberté⁹³³. De ce fait, l'égalité d'accès à certains biens est réservée de manière exclusive à tous et à chacun pour leur jouissance *pro indiviso*, ce qui soustrait ces biens à tout type de disposition ou d'appropriation privée⁹³⁴. En ce sens, les « biens communs » ne sont que le fruit d'une dialectique entre pratiques sociales et abstractions juridiques, entre faits et qualifications (*de facto* et *de jure*), dont seule la technique juridique, dans toute sa nature fictive et ordonnatrice, montre sa « prodigieuse

⁹³⁰ Sur la propriété des communaux, v : « Comprendre la propriété par la « théorie des droits » appliquée aux données publiques », en page 179.

⁹³¹ Paolo Napoli, « Indisponibilité, service public, usage. Trois concepts fondamentaux pour le « commun et les “biens communs” », art. préc., p. 219.

⁹³² *Ibidem*.

⁹³³ Paolo Napoli, en référence à Yan Thomas, explique cette évolution des concepts juridiques par une analogie avec l'esclavage. En effet, dans la Rome des deuxièmes et troisièmes siècles, le statut de l'homme libre a été inventé en opposition à celui de l'esclave, ce qui en retire ce dernier du monde des échanges et de lieux tels que les sanctuaires, les places publiques, les théâtres, les basiliques et les marchés, tous rendus saints, sacrés, religieux et publics par des procédures précises telles que la *consecratio* ou la *publicatio*. Yan Thomas, 2002, « La valeur des choses. Le droit romain hors la religion », *Annales HSS*, vol. 57, n° 6, p. 1431-1462 ; in Paolo Napoli, « Indisponibilité, service public, usage. Trois concepts fondamentaux pour le « commun et les “biens communs” », art. préc., p. 219 ; le même argument est soutenu par Giorgio Resta, “Systems of Public Ownership”, in Michele Graziadei - Lionel Smith, eds., *Comparative Property Law: Global Perspectives*, Edward Elgar, 2017, p. 6. <https://ssrn.com/abstract=2684826> : « Contrairement à l'argument essentialiste, qui a été très influent dans le passé, la construction d'une certaine chose comme privée, publique ou commune, n'est pas le résultat de caractéristiques ontologiques, mais d'une décision artificielle du système juridique. Ceci est apparent depuis l'époque de la république romaine, lorsque les choses publiques (*res publicae*) et les choses sacrées (*res sacrae*) étaient soumises à un régime juridique similaire et étaient toutes deux retirées des transactions légales, à la suite d'une délibération formelle de l'autorité politique ou religieuse ».

⁹³⁴ Luigi Ferrajoli, « Per una carta dei beni fondamentali », in Tecla Mazzaresse et Paola Parolari (eds.), *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*, Turin, Gallimard, 2010, p. 65 ; repris Paolo Napoli, « Indisponibilité, service public, usage. Trois concepts fondamentaux pour le « commun et les “biens communs” », art. préc., p. 219.

capacité » à transformer le social, sur lequel il opère et auquel il renvoie le droit, en une « titularité diffuse » qui, tout en dissociant, unit aussi le sujet du bien⁹³⁵.

399. C'est ce « travail cognitif » de la Commission Rodotà qui tente d'encadrer juridiquement la nouvelle catégorie de « biens communs » et qui épaissit la critique sur la distinction formaliste des biens, en soulignant la nécessité d'une classification de caractère substantialiste. En effet, comme le juriste italien Massimo Severo Giannini l'a souligné à plusieurs reprises, la distinction entre domaine et patrimoine public, propriété de l'État et propriété indisponible, ne répond qu'à une distinction formaliste du positivisme⁹³⁶. Vus dès leurs fondements, les « biens communs » proposent alors une inversion conceptuelle des traditions juridiques sur la base de leur fonction et destination socio-économique. C'est-à-dire, il s'agit de consacrer une notion de type *commons by design*, qu'il s'agisse d'objets matériels ou immatériels, en tenant compte des principes et des normes constitutionnelles promulguées bien après les dispositions de droit civil, ainsi que du lien des utilités des biens avec la protection des droits fondamentaux et des intérêts publics essentiels⁹³⁷.

400. Un tel « faisceau d'utilités » s'ajoute donc au « faisceau de droits » qui a été précédemment analysé par Elinor Ostrom⁹³⁸. L'apport de Stefano Rodotà étant celui d'encadrer juridiquement les « biens communs » à la lumière de ces utilités fonctionnelles, du plein exercice des droits fondamentaux et du libre développement de la personne. Ceci donne lieu, pour reprendre les mots de Judith Rochfeld, à « une dissociation entre la propriété d'un bien, d'un côté, et la reconnaissance d'une titularité, d'un autre, mais également une diversification des intérêts reconnus (d'accès ou de destination du bien) »⁹³⁹. Dès lors, ce sont les formes juridiques de la personne et ses droits fondamentaux qui constituent le point de départ pour l'institutionnalisation de la catégorie des « biens communs » et non le contrôle des caractéristiques techniques des différents biens en fonction de leur mode de consommation⁹⁴⁰. Autrement dit, ce n'est

⁹³⁵ Michele Spanò (présentation) dans Paolo Napoli, « Indisponibilité, service public, usage. Trois concepts fondamentaux pour le « commun et les “biens communs” », art. préc., p. 214.

⁹³⁶ Rapport de la Commission Rodotà pour la modification des normes du code civil en matière de biens publics, 14 juin 2007, [en ligne], préc.

⁹³⁷ Stefano Rodotà, « Vers les biens communs. Souveraineté et propriété au XXI^e siècle », art. préc., p. 212.

⁹³⁸ En vrai, le « faisceau de droits » n'est rien d'autre qu'un miroir du « faisceau d'utilités ». Chaque droit correspond à une utilité et vice versa.

⁹³⁹ Judith Rochfeld, « Communauté négative, positive, diffuse », in Marie Cornu, Fabienne Orsi, Judith Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses universitaires de France, 2017, p. 246.

⁹⁴⁰ Pierre Dardot, « Les limites du juridique », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, art. préc., p. 261.

pas « parce que certains biens sont en eux-mêmes [naturellement] communs qu'ils sont indispensables à la réalisation des droits de la personne, mais c'est parce qu'ils sont indispensables à la réalisation des droits de la personne qu'ils doivent être considérés comme des biens 'communs' au sens de biens 'universels' »⁹⁴¹.

401. Les données publiques et les données personnelles font partie de ce débat sur leur reconnaissance utilitaire en tant que « biens communs informationnels ». Dans le cas des données publiques, cela implique un équilibre entre les intérêts de la puissance publique, strictement encadrés par le législateur⁹⁴² et les droits des citoyens qui s'inscrivent dans un nouveau paradigme d'inversion du prisme de la transparence administrative. Ceci est illustré par la reconnaissance d'un droit à l'information afin de connaître l'activité des services publics, en accédant librement, puis en réutilisant certains documents et connaissances de l'administration⁹⁴³.

402. Cependant, pour que les données publiques soient considérées comme des « biens communs », dans la thèse de Rodotà, il serait nécessaire de les retirer du marché, en reconnaissant leur nature fondamentale à la lumière des droits des personnes. En effet, leur exclusion du commerce serait logique si l'on considère que les critères suivis par la Commission Rodotà concernent la conservation à perpétuité d'un bien vital, notamment en tant qu'objets matériels finis. Or l'information étant infinie, l'analyse doit être abordée différemment et, en ce sens, l'information publique devrait être considérée comme un « bien commun », non pas en raison de la valeur économique qu'elle peut générer, mais en raison de la valeur informationnelle en tant que source de connaissances et de savoir-faire déterminant le progrès social⁹⁴⁴.

⁹⁴¹ Pierre Dardot et Christian Laval, « Commun », in Marie Cornu, Fabienne Orsi, Judith Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses universitaires de France, 2017, p. 218 ; v. également Giorgio Resta lorsqu'il fait remarquer, en se référant à Emile Durkheim, que : « Ce ne sont pas leurs caractères objectifs, tels que les sciences naturelles peuvent les déterminer, c'est la façon dont ils sont représentés dans l'esprit public », Giorgio Resta, "Systems of Public Ownership", in Michele Graziadei - Lionel Smith, eds., *Comparative Property Law: Global Perspectives*, Edward Elgar, 2017, p. 6. <https://ssrn.com/abstract=2684826>

⁹⁴² Sur les exceptions à l'ouverture des données publiques comme la sécurité ou la défense, v. l'article premier, point 2, de la Directive (UE) 2019/1024 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 concernant les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public. JOUE L 172, du 26 juin 2019, pp. 56-83.

⁹⁴³ Alexandre Quintard Kaigre, « L'open data au service du droit à l'information et de la liberté d'expression », *Revue Documentaliste-Sciences de l'information*, n° 4, vol. 51, 2014, pp. 34-35.

⁹⁴⁴ La Cour de justice de l'Union européenne a précisé que les données de la base de données doivent être « séparables les unes des autres sans que la valeur de leur contenu informatif, littéraire, artistique, musical ou autre s'en trouve affectée », Arrêt de la Cour (grande chambre) du 9 novembre 2004, *Fixtures Marketing*

403. Il en va de même pour les données à caractère personnel qui, bien qu'elles puissent être considérées comme des « biens communs », notamment parce qu'elles font l'objet direct des droits fondamentaux, ne sont pas exemptes de faire l'objet d'un commerce légal. Ce point est encore plus pertinent à noter si l'on tient compte du fait que, comme le souligne à juste titre Paolo Napoli⁹⁴⁵, dans le cas spécifique des données à caractère personnel, nous parlons d'extensions des sujets de droit, puisque ces éléments informationnels font partie intégrante des individus eux-mêmes, donc la personne en soi.

404. En effet, si l'on tient compte des critères énoncés par la CJUE dans ses arrêts Schrems I et II, les données personnelles sont analysées à la lumière de la Charte des droits fondamentaux notamment la protection de la vie privée (article 7), la protection des données personnelles (article 8) et l'accès à la justice (article 47). Si l'on suit la thèse personnaliste, les données personnelles sont à l'origine des extensions de la personne. En ce sens, ce qui est protégé ce ne sont pas les données en tant que choses informationnelles, mais la personne elle-même en tant que titulaire desdits éléments (point 158). Or, selon une thèse que l'on pourrait qualifier d' « utilitariste », les données personnelles sont également des objets ayant une valeur informationnelle, indépendamment du fait qu'elles soient le reflet même de la personne à protéger.

405. La thèse personnaliste des données personnelles entre alors en conflit avec la thèse utilitariste de l'information. C'est là qu'apparaît la nécessité de reconnaître un commerce légal, qui doit donc être licite et dans le strict respect du cadre juridique de la matière⁹⁴⁶. Le statut juridique des données personnelles devient alors plus complexe, mais il est essentiel pour comprendre le rejet des droits réels sur celles-ci, notamment parce qu'elles sont considérées en tant qu'extensions des sujets de droit. En effet, la liberté étant un droit fondamental de toute personne, il serait contraire au droit de reconnaître un droit

Ltd contre Organismos prognostikon agonon podosfairou AE (OPAP), Demande de décision préjudicielle: Monomeles Protodikeio Athinon – Grèce, Affaire C-444/02, *European Court Reports 2004 I-10549*. ; les données ont alors une valeur intrinsèque propre (informatif, littéraire, artistique, musicale ou culturelle) qui est distincte de la valeur économique : valeur non-monétaire *versus* valeur monétaire.

⁹⁴⁵ Paolo Napoli, « Indisponibilité, service public, usage. Trois concepts fondamentaux pour le « commun et les “biens communs” », art. préc., p. 219.

⁹⁴⁶ On ne saurait pas trop insister sur le fait que, même quand elles sont considérées comme des extensions des individus, les données personnelles sont des choses dans le commerce. Si l'on suit la thèse personnaliste, ne s'agit-il pas d'une marchandisation de la personne elle-même ? ; cf. *supra* : « Le refus d'une éventuelle patrimonialisation des données personnelles », en page 93.

de propriété sur les données personnelles⁹⁴⁷. Leur libre circulation en tant que choses informationnelles est néanmoins reconnue et cela se fait en tenant compte de la fonctionnalité sociale et économique à laquelle elles sont liées.

406. L'enjeu des données personnelles est donc majeur et l'acte contre un cadre juridique qui protège des droits fondamentaux indifférenciés, en particulier le droit au respect de la vie privée, le droit à la protection des données personnelles et le droit d'accès à la justice, est ce qui permet de déterminer la communauté des sujets et de leurs données personnelles en tant que « biens communs »⁹⁴⁸. Ceci étant, la titularité du droit à la protection des données personnelles devrait être considérée comme « diffuse », permettant à toute personne d'intenter une action en justice contre un usage qui ne respecte pas le cadre juridique la protégeant. Les données à caractère personnel, objets directs des sujets de droit, seraient donc des « biens communs » ou des « biens fondamentaux », dans leur modalité des « biens communs informationnels ». Leur protection s'avère être une extension de la protection accordée à la « communauté diffuse » titulaire du droit, condition indispensable au plein exercice des droits fondamentaux et au libre développement de la personne. Le « faisceau d'utilités » dont les données personnelles font l'objet comprend, en ce qui la concerne, le fait d'être nécessaires, parmi d'autres, à leur utilisation pour la production de données publiques.

407. Toutefois, il convient de noter que, dans l'état actuel des choses, cette institutionnalisation des « biens communs informationnels » n'a pas réussi à s'objectiver ; la technique et l'artifice juridique reconnus à certains acteurs du droit ne parvenant pas à trouver un accord consensuel. Les « biens communs », identifiés par leur revendication d'émancipation, méritent donc être examinés de plus près, notamment du côté des faits émanant de la pratique qui leur donne naissance.

⁹⁴⁷ V. en ce sens : Fabrice Mattatia et Morgane Yaïche, « Etre propriétaire de ses données personnelles (2ème partie) : peut-on envisager un régime spécifique ? », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2015/116 ; pp. 41-44.

⁹⁴⁸ Pour une lecture de la vision des droits fondamentaux comme biens communs, v. Elsa Bernard, « Les droits fondamentaux, 'biens communs' européens ? », *in* Béatrice Parance et Jacques De Saint Victor (dir.), *Repenser les biens communs*, Paris, CNRS éditions, 2014, pp. 175-194.

Conclusion du Chapitre 2

408. Dans un cadre anthropologique et juridique, les relations de l'homme avec les choses qui l'entourent n'ont pas toujours été celles que l'on connaît aujourd'hui. En effet, ces relations sont passées par diverses formes juridiques, notamment les communautés négatives, les communautés positives et la propriété exclusive, jusqu'à de nouvelles figures comme la titularité dite diffuse. Il serait donc erroné de penser que la propriété exclusive, telle qu'elle est conçue aujourd'hui, serait statique et non évolutive. Les biens communs sont, en effet, le fruit d'une évolution de la dialectique socio-juridique et méritent, de ce fait, une étude approfondie incluant la pratique empirique et le positivisme juridique, ce dernier en tant que technique abstraite qui encadre le premier comme une réalité objective.

409. La difficulté de réglementer et de délimiter positivement les contours de la théorie des biens communs réside toutefois dans la complexité des relations juridiques qui les entourent. A cela s'ajoute le fait de vouloir encadrer le concept dans des notions juridiques préexistantes, au lieu d'analyser les raisons qui les font naître dans le but de dimensionner de nouvelles figures juridiques. En fait, les biens communs répondent à un appel à la vitalité, puisque la chose est nécessaire à la satisfaction des droits fondamentaux et au libre développement de la personne. Or la constante a été d'emprunter la voie classique de l'appropriation, soit la capacité d'intégrer une chose dans la sphère privée d'une personne, le moment où le statut juridique de la chose est modifié pour devenir un bien faisant l'objet d'une propriété.

410. Des auteurs internes et externes du droit français ont souligné au fil des années que si toutes les choses intégrées à la sphère privée d'une personne peuvent être qualifiées de biens en raison de la valeur d'échange qu'elles représentent, toutes les choses, notamment celles dont la valeur pourrait être qualifiée de vitale, ne connaissent pas le même sort puisqu'elles ne sont jamais élevées à la catégorie juridique des biens, ce qui entraîne une déficience de leur protection et un abus excessif de celles-ci.

411. La question se pose alors de savoir quel type de statut juridique correspond à des choses aussi vitales, dont la protection mérite une réflexion approfondie. Le terme qui est devenu populaire pour désigner ces choses essentielles est celui de « biens communs ». La chose commune et le bien commun sont alors des notions différentes et,

tandis que la première se définit comme les choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous (art. 714 du Code civil), le second pourrait être défini comme celui qui exprime des utilités fonctionnelles pour l'exercice des droits fondamentaux et le libre développement de la personne, ce qui mériterait d'entraîner comme conséquence la sauvegarde de tels biens par le système juridique (en suivant la proposition de la Commission Rodotà).

412. Suivant les thèses d'Elinor Ostrom et de Stephano Rodotà, le « faisceau d'utilités », dont les biens communs sont l'objet, répond à un « faisceau de droits », corrélé en parallèle dans le cadre de la relation entre l'homme et la chose. Loin de s'éloigner l'une de l'autre, les deux thèses se complètent afin de dimensionner la portée et la pertinence des biens communs. En effet, la thèse d'Ostrom part de la notion de « droits » dans un sens « anthropocentrique », dans le cadre d'une relation entre l'homme et la chose ; tandis que la thèse de Rodotà inverse le prisme, en partant des utilités de cette dernière, dans une dimension que l'on pourrait qualifier de « biocentrique », c'est-à-dire en partant de l'utilité de la chose dans sa relation avec l'homme.

413. L'utilité vitale de la chose se conjugue donc avec le droit fondamental et donne naissance à la notion de « titularité diffuse », qui se calque sur celle des « biens communs ». Il en est ainsi parce qu'ils sont l'objet des droits fondamentaux qui sont généralement accordés à une communauté d'individus, qui a le caractère d'être pluripersonnelle. En conséquence, toute personne devrait pouvoir tenter une action en justice devant les tribunaux dans le but de protéger juridiquement les biens communs, notamment parce que la vitalité de la chose dépasse le simple intérêt singulier du demandeur.

414. Ainsi, les données informationnelles font partie d'un débat sur leur reconnaissance utilitaire en tant que « biens communs informationnels ». Cela inclut les données publiques, ainsi que les données personnelles qui donnent lieu à d'autres types de données, y compris les premières. En ce sens, si l'on voulait qualifier les données publiques de « biens communs informationnels », il conviendrait de prendre en compte leur inscription dans la vitalité dont elles sont porteuses, notamment dans le cadre de l'exercice de la reddition de comptes, de la transparence administrative et de la production de connaissances, en vue d'une amélioration de l'action publique activée à partir du pouvoir démocratique du citoyen. Toutefois, à partir du moment où les données publiques

émanent de données personnelles des citoyens, cette analogie doit tenir compte d'autres éléments puisque, en principe, la personne ou le groupe de personnes qui leur donne naissance sont des sujets de droit protégés par un cadre juridique généralisé des droits fondamentaux.

415. En effet, les données à caractère personnel sont considérées comme des extensions des personnes elles-mêmes et, en tant que telles, font l'objet direct de la protection d'un droit fondamental indistinct, qui incombe à une communauté d'individus qui les détiennent en tant que sujet de droit à part entière. Cependant, les données personnelles faisant l'objet d'utilisations diverses, y compris commerciales, un tel principe pourrait bien être critiqué puisque la personne et ses éléments corporels et incorporels sont *a priori* exclus de tout commerce juridique. Les deux thèses s'opposent et la dimension personnaliste des données est confrontée à la dimension utilitaire de leur valeur informationnelle. Nous procéderons par conséquent à l'analyse de ce fait dans le cadre du dernier titre de cette thèse, ce que nous ferons avec prudence afin d'apporter une contribution aux efforts entrepris dans la gouvernance des données informationnelles.

CONCLUSION DU TITRE I

416. Bien que souffrant de l'absence d'une définition positive, l'idée des biens communs est le résultat d'un effort visant à protéger certaines choses considérées comme étant d'une importance capitale pour le développement de chaque personne et de toutes les personnes. Les efforts entrepris jusqu'à présent comprennent des initiatives législatives telles que le projet de loi sur le « domaine commun informationnel », ainsi qu'un activisme juridique et social conduisant à la naissance de dits « biens communs informationnels ». Ces derniers sont basés sur de nouveaux mécanismes contractuels qui inversent le prisme de la propriété pour privilégier les droits d'usage par rapport aux droits exclusifs, tandis que le premier s'inscrit dans une lignée de la fiction juridique qui a jusqu'à présent échoué. En tout état de cause, les « biens communs » apparaissent comme le fruit de l'esprit créatif des individus qui décident de mettre en place des communautés de biens.

417. La portée de la théorie des biens communs est d'une importance considérable car elle oblige à entrer dans une analyse détaillée de concepts souvent traités comme des synonymes tels que l'appartenance, la propriété et la titularité. Or, il est désormais clair que ces termes correspondent à des notions différentes : l'appartenance est le fait de faire partie de quelque chose ou de quelqu'un ; la titularité est la capacité d'une personne à être sujet de droits subjectifs tels que des droits intellectuels ou personnels ; et la propriété est en soi un droit subjectif, le droit légal qu'a une personne de jouir et de disposer d'un bien qui lui est propre.

418. En ramenant ces concepts à notre étude, l'appartenance fait référence au fait que les données publiques et personnelles ont un lien indissociable avec l'administration ou la personne physique dont elles émanent. La titularité porte sur la capacité de ces personnes à être sujets de droits subjectifs, notamment le droit d'auteur qui peut être dévolu à un élément informationnel particulier tel qu'une image ou un son, ou le droit d'opposition à un usage, quel qu'il soit, lorsqu'il s'agit de données personnelles. Enfin, le droit de propriété renvoie aux droits économiques exclusifs reconnus sur les éléments informationnels, notamment le droit d'auteur qui protège la structure originale des données au sein d'une base, ainsi que le droit *sui generis* reconnu

à ceux qui prennent l'initiative de constituer objectivement des bases de données en vue de leur exploitation.

419. La théorie des « biens communs » vient cependant remettre en cause ce régime d'appartenance et propose d'inverser le prisme pour considérer d'abord la valeur fonctionnelle de la chose, puis d'innover dans les figures juridiques en allant au-delà de ce que les notions actuelles ont du mal à saisir. Ainsi, les « biens communs informationnels » privilégient les droits d'usage sur les droits exclusifs, notamment parce que l'information a une fonction propre, qui est de pouvoir circuler ou être transmise à une destination. Autrement dit, alors que le *statu quo* considère que l'information peut faire l'objet d'une propriété en tant que valeur immatérielle capitalisable, la théorie des biens communs considère que certains éléments ne peuvent faire l'objet d'une quelconque exclusivité, car la valeur utilitaire de ces éléments dépasse la dimension individuelle de la personne qu'ils servent.

420. En théorie, l'utilité des biens communs devrait donc, en raison de leur vitalité fonctionnelle primaire, être corrélée à la satisfaction d'un droit fondamental généralisé. Par conséquent, une partie de la doctrine considère que cela devrait conduire les acteurs du droit à retirer ces biens du marché, notamment parce qu'ils sont nécessaires à la satisfaction des droits fondamentaux et au libre développement de toutes les personnes. Or, par rapport aux biens matériels, les biens communs informationnels sont confrontés à l'élément complexe de leur immatérialité, ce qui rend leur régulation et leur gouvernance particulièrement difficiles. En effet, la valeur du bien, y compris sa valeur d'échange, n'est pas déterminée sur la base de sa pénurie ou de sa rareté, mais doit être recherchée dans sa valeur transmissible en tant qu'information vitale. Nous nous tournerons vers l'étude de cet écosystème complexe de relations juridiques autour des données informationnelles pour tenter de concilier le « faisceau de droits » avec le « faisceau d'utilités » auquel elles sont soumises.

TITRE II. L'ÉCOSYSTÈME COMPLEXE DES RELATIONS JURIDIQUES SUR LES DONNÉES INFORMATIONNELLES D'INTÉRÊT COMMUN

421. Les « biens communs » se caractérisent par le fait qu'ils sont le résultat d'une action, c'est-à-dire la « mise en commun » de quelque chose au profit de tous. En ce sens, la question qui se pose est de savoir quelle forme de gouvernance est la plus appropriée pour « mettre en commun » certains « biens » indispensables à la réalisation des droits et libertés fondamentaux de tous les individus, voire même à la vie sur la planète. C'est notamment le cas de l'environnement, dont la préservation est indispensable à la réalisation du droit à un environnement sain et plus largement à un équilibre planétaire, mais ce peut être aussi le cas des données et des informations numérisées, dont la circulation et la transmission sont nécessaires au progrès et à l'évolution. Comme le propose la Commission Rodota, il convient donc d'inverser le prisme de la doctrine juridique des biens, ce qui signifie comprendre que ce n'est pas parce que certains biens sont en eux-mêmes communs (vision *jusnaturaliste*) qu'ils sont indispensables à la réalisation des droits de la personne ; mais parce qu'ils sont indispensables à la réalisation des droits de la personne (vision fonctionnaliste) c'est qu'ils doivent être considérés comme « communs » au sens d'être universellement accessibles⁹⁴⁹.

422. D'un point de vue objectif, les biens communs sont le résultat d'une action collective qui émerge en opposition claire à l'acte de privatisation de certains biens élémentaires, traditionnellement considérés comme des « biens publics »⁹⁵⁰. En effet, lorsqu'on aborde l'étude des biens communs, c'est le concept même de propriété, issu du droit romain, qui est remis en cause, puisque la propriété est habituellement conçue comme un pouvoir ou une puissance absolue d'une personne sur une chose, dont elle est

⁹⁴⁹ Pierre Dardot, « Les limites du juridique », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, n° 16, 2016, p. 263.

⁹⁵⁰ Le mouvement le plus représentatif en Europe est celui qui a lieu en Italie et qui est identifié comme A22, en référence au 22 avril qui coïncide avec trois moments clés de l'histoire des biens communs : (a) le 22 avril 2008, jour où la Commission Rodota a présenté le projet de loi modifiant les règles du Code civil relatives aux biens publics ; (b) le 22 avril 2010, date à laquelle le comité pour le référendum sur « l'eau comme bien commun » a recueilli les premières signatures pour celui-ci ; (c) le 22 avril 2013, date à laquelle la société publique des eaux ARIN S.p.A. a été transformée en ABC Napoli en tant que société « publique spéciale », qui a finalement été enregistrée auprès de la Chambre de commerce de Naples, mettant ainsi fin à une longue lutte politique et juridique de « l'eau comme bien commun ». Sur ce mouvement juridico-politique, v. Ugo Mattei, *Institutionalizing the Commons : An Italian Primer*, <https://commonsblog.files.wordpress.com/2007/10/mattei-italian-commons-chapter-short.pdf>

dite être « maître » ou exercer un *dominus*⁹⁵¹. Cependant, la « propriété publique » et la « propriété privée » sont deux concepts différents et c'est précisément l'absolutisme de la propriété publique qui a motivé et rendu possible une série de privatisations de certains biens primaires⁹⁵², notamment l'eau, qui ont parfois conduit à des conflits sociaux majeurs⁹⁵³.

423. Cela pose la question de savoir comment protéger certains biens ou ressources d'une appropriation exclusive et absolue, y compris publique, en tenant compte de leur valeur vitale pour la satisfaction des droits fondamentaux. Dans cette perspective, il convient de rappeler le travail effectué par la Commission Rodotà et sa proposition de définition positive des biens communs, notamment à la lumière d'une « titularité diffuse » des biens qui sont considérés comme indispensables à la satisfaction des droits fondamentaux et au libre développement de toutes les personnes⁹⁵⁴. Sur un plan plus formel, il semble également nécessaire de noter que le texte actuel dans la Constitution équatorienne, en 2008, a personnifié la nature comme un sujet passif de droits à part entière⁹⁵⁵. Enfin, il faut aussi citer l'Accord de Paris sur le climat de 2015, document de portée internationale, qui reconnaît explicitement le terme de « Terre nourricière » et le met en relation avec l'importance « de veiller à l'intégrité de tous les écosystèmes, y compris les océans, et à la protection de la biodiversité, [...] notant

⁹⁵¹ Pour Pierre Dardot, cela explique la relation complexe entre les notions de « *dominium* » et de « *propietas* », considérées comme synonymes à l'époque classique et entre la souveraineté de l'État « *imperium* » et celle de la propriété privée « *dominus* ». V. Pierre Dardot, « Les limites du juridique », art. préc., p. 263 ; v. également Giorgio Resta, qui souligne que : « En partie expression de l'imperium, en partie dominium (les deux dimensions étant étroitement liées [...]), la propriété publique remet naturellement en cause les taxonomies juridiques orthodoxes », in "Systems of Public Ownership", in Michele Graziadei - Lionel Smith, eds., Comparative Property Law: Global Perspectives, Edward Elgar, 2017, p. 2. <https://ssrn.com/abstract=2684826>

⁹⁵² Pierre Dardot « Propriété ou commun » (préface), in Benoît Borrits, *Au-delà de la propriété. Pour une économie des communs*, La Découverte, 2018, pp. 8-9.

⁹⁵³ On fait notamment référence à la « guerre de l'eau » à Cochabamba, en Bolivie, un mouvement populaire qui a éclaté en 2000 en opposition claire à la privatisation de l'eau en tant que ressource considérée comme appartenant à l'ensemble du peuple bolivien. V. Mathieu Uhel, « La "guerre de l'eau" à Cochabamba. De la réappropriation de l'espace politique à la reproduction d'un lieu symbolique de la contestation », *L'Espace Politique* [En ligne], 37 | 2019-1, mis en ligne le 04 octobre 2019, consulté le 10 juin 2021. DOI : <https://doi.org/10.4000/espacepolitique.6288>

⁹⁵⁴ Cf. *supra* : « La naissance de la 'titularité diffuse' et l'encadrement juridique des 'biens communs' », en page 210.

⁹⁵⁵ Constitution de l'Équateur, chapitre VII du titre II, Droits de la nature : « Art. 71.- La nature ou Pacha Mama, où la vie se reproduit et se réalise, a droit au plein respect de son existence et au maintien et à la régénération de ses cycles vitaux, de sa structure, de ses fonctions et de ses processus évolutifs. Toute personne, communauté, peuple ou nationalité peut exiger de l'autorité publique la réalisation des droits de la nature [...] » ; « Art. 72.- La nature a droit à la restauration. Cette restauration est indépendante de l'obligation de l'État et des personnes physiques ou morales d'indemniser les individus et les collectivités qui dépendent des systèmes naturels affectés. [...] ».

l'importance pour certains de la notion de 'justice climatique', dans l'action menée face aux changements climatiques »⁹⁵⁶.

424. Ainsi, que ce soit par un processus de « communalisation » ou de « personnification » de la chose, la constante du mouvement des « biens communs » a été de vouloir soustraire certaines choses au système des lois du marché, en les élevant à la catégorie juridique des biens et en leur conférant la qualité d'inaliénables, afin de les placer sous un régime de titularité en principe démocratique et inclusif⁹⁵⁷. C'est un processus contraire à celui de la « marchandisation », la vitalité du bien (ressource ou système de ressources) vis-à-vis des droits fondamentaux des personnes, qui oblige à repenser « les droits de propriété, la distribution des bénéfices [...], [ainsi que] les responsabilités individuelles et les obligations envers les utilisateurs futurs »⁹⁵⁸. En d'autres termes, la « démarchandisation » des « biens communs » implique de reconsidérer la valeur intrinsèque de la chose, ce qui conduit à une redéfinition du concept même de « bien », la valeur vitale (privilège de jouissance) et non la valeur d'échange (pouvoir de disposition) étant ce qui détermine la catégorie juridique du bien en question.

425. En suivant la thèse de la « fonctionnalité », que l'on pourrait même qualifier de la « fondamentalité » des biens communs, le cas des données est particulièrement important puisqu'il s'agit d'un bien immatériel dont la valeur réside dans sa communicabilité ou sa transmissibilité, notamment entre individus dans le présent, mais aussi entre générations d'individus dans le futur. La théorie de l'information étant certes complexe, on tentera ici d'en exposer brièvement sa pertinence afin d'argumenter sur la valeur de l'information comme un bien commun. Autrement dit, on s'efforcera de dépasser sa perspective de causalité linéaire entre appropriable et non-appropriable, en abordant l'information dans une dimension plus large en fonction de sa complexité, c'est-à-dire entre production et finalité de ce qui est par nécessité communicable, transmissible et exploitable.

⁹⁵⁶ Accord de Paris sur le climat, 12 décembre 2015, p. 4.

⁹⁵⁷ Pat Conaty et David Bollier, *Toward an open co-operativism: A new social economy based on open platforms, co-operative models and the commons*, A report on a Commons Strategies Group Workshop, Berlin, Germany, 27-28 August 2014, p. 13 [En ligne].

⁹⁵⁸ Jason Nardi, in David Bollier et Pat Conaty, *Democratic money and capital for the commons : Strategies for Transforming neoliberal finance through commons-based alternatives*, A report on a Commons Strategies Group Workshop in cooperation with the Heinrich Boll Foundation, Berlin, Germany, September 8-10, 2015, p. 13 [En ligne].

426. Tout d'abord, il faut tenir compte que le droit est considéré comme une science avec sa propre grille d'interprétation du monde, ses théories, ses axiomes et ses concepts, toujours soutenus par une vision du réel fondée sur des faits, soit par l'interprétation du droit lui-même, soit à l'appui de la lecture proposée par d'autres sciences⁹⁵⁹. Cela étant, en l'absence d'une définition explicite par le droit, les mathématiques, la cybernétique et l'écologie sont les sciences qui comprennent le mieux la valeur fonctionnelle et substantielle de l'information, notamment en tant que message opérationnel, structuré et transmissible.

427. Sur le plan mathématique, Ronald Aylmer Fisher jette les bases du concept d'information pertinente permettant dans sa conception de réduire de grandes quantités de données en statistiques⁹⁶⁰. De même, Claude E. Shannon et Warren Weaver ont développé une théorie générale de l'information permettant de mesurer la quantité d'information d'une source, notamment comme un ensemble de paramètres qui permet de détailler un système donné⁹⁶¹. Ces contributions ont permis de comprendre que tout moyen de réduire l'incertitude est un apport d'information. C'est-à-dire que dans une situation donnée où un nombre divers et équiprobable d'événements se produisent, la réalisation de l'un d'entre eux produit de l'information et, par conséquent, plus l'incertitude du problème initial est grande, plus la quantité d'informations nécessaires pour faire un choix est importante⁹⁶².

428. En cybernétique, Nobert Wiener et Louis Couffignal ont également contribué à distinguer « l'effet psychique de l'information »⁹⁶³. Les auteurs distinguent l'information dans son aspect subjectif (le fond) en tant qu'effet produit variable et relatif émanant de la signification, qui est distinct de son aspect objectif (la forme) en tant que phénomène physique, quantifiable, mesurable et modifiable produit par le support⁹⁶⁴. L'information existe donc dans la mesure où elle représente quelque chose pour

⁹⁵⁹ Jean-Christophe Galloux, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 1994, p. 231.

⁹⁶⁰ V. Ronald Aylmer Fisher, « On the Mathematical Foundations of Theoretical Statistics », *Philosophical transactions of the Royal Society*, Lond, A. 1922, 222, pp. 309-368.

⁹⁶¹ V. Claude E. Shannon et Warren Weaver, *The mathematical theory of communication*, University of Illinois, Urbana press, 1949, 125 pages.

⁹⁶² Jean-Christophe Galloux, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », art. préc., p. 231.

⁹⁶³ V. en ce sens : Nobert Wiener, *Cybernetics or control and communication in the animal and the machine*, Paris, Hermann & Cie, 1948 ; Louis Couffignal, *La cybernétique*, Presses Universitaires de France, coll. "Que sais-je ?", n° 638, Paris, 1963, 125 p.

⁹⁶⁴ Louis Couffignal, *La cybernétique*, op. cit., p. 34 ; repris par Jean-Christophe Galloux, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », art. préc., p. 231.

quelqu'un et c'est par ce processus qu'elle cesse d'être une abstraction mentale pour entrer dans le champ de la communication. Ainsi, servant de moyen pour réaliser différents objectifs, sa signification ne devient évidente qu'après avoir été intégrée par un récepteur approprié⁹⁶⁵.

429. Enfin, en écologie, François Roddier explique que, tant pour les plantes que pour les animaux, l'information est un ensemble de données sur l'environnement qui est stocké dans les gènes des espèces, leur permettant de s'adapter dans le temps aux changements de l'environnement, ce que l'on appelle le processus de sélection naturelle⁹⁶⁶. En basant son analyse sur les contributions de Roderick Dewar⁹⁶⁷, Roddier affirme que depuis sa création, l'univers a évolué en créant des structures matérielles de plus en plus complexes capables de dissiper l'énergie plus efficacement, les espèces sélectionnées étant précisément celles qui dissipent l'énergie plus rapidement et plus efficacement. Or cette dissipation d'énergie modifie à son tour l'environnement et, à mesure que celui-ci change, les gènes de l'espèce deviennent inadaptés, de sorte que l'espèce doit évoluer à nouveau à un rythme accru pour rester en harmonie avec l'environnement⁹⁶⁸.

430. Dans le cas de l'homme, ce dernier point est crucial puisque, à l'exception de sapiens, des espèces anciennes pourraient avoir disparu à cause du manque d'informations non génétiques. En effet, depuis le néolithique et jusqu'à nos jours, les informations sur l'environnement, traditionnellement stockées dans les gènes, ont commencé à être stockées également dans le cerveau humain, ce dernier étant celui qui contrôle principalement l'évolution de l'espèce⁹⁶⁹. Ces informations cognitivement transmissibles, que Richard Dawkins propose d'appeler « mèmes » par analogie aux

⁹⁶⁵ Jean-Christophe Galloux, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », art. préc., p. 231.

⁹⁶⁶ François Roddier, *Le pain, le levain et les gènes*, extraits des pages 55-58 et 61-72 ; repris par Bernard Lietaer, Christian Arnspenger, Sally Goerner, Stefan Brunnhuber, *Money and Sustainability: The Missing Link*, A Report from the Club of Rome-Eu Chapter to Finance Watch and the World Business Academy, 2012, p. 74.

⁹⁶⁷ V. Roderick C. Dewar, « Information theory explanation of the fluctuation theorem, maximum entropy production and self-organized criticality in non-equilibrium stationary states », *Journal of Physics A: Math. Gen.*, 36, n° 3, 2003, pp. 631-641.

⁹⁶⁸ François Roddier, *Le pain, le levain et les gènes : un essai sur l'évolution*, Eds. Parole, extraits des pages 55-58 et 61-72 ; repris par Bernard Lietaer, Christian Arnspenger, Sally Goerner, Stefan Brunnhuber, *Money and Sustainability: The Missing Link*, op. cit., p. 74.

⁹⁶⁹ *Ibidem*.

« gènes », ont été partagées entre les humains⁹⁷⁰ en créant différentes sociétés et modèles économiques, notamment comme une élaboration structurée de la dissipation d'énergie qui a pris la forme des sociétés humaines⁹⁷¹. C'est donc sur la base du mimétisme⁹⁷² que les modèles économiques auraient pu s'étendre entre les différentes sociétés et territoires. Or, c'est aussi en dissipant de l'énergie et ce de manière exponentielle⁹⁷³ que l'économie a rapidement modifié l'environnement, notamment par l'épuisement des réserves pétrolières et la pollution, entre autres choses qui sont apparues indirectement comme les inégalités sociales⁹⁷⁴.

431. En suivant cette ligne d'analyse, la physique et la biologie ont montré que, au-delà de l'information, c'est un comportement de consommation excessive qui pourrait être à l'origine de l'extinction des espèces et dans le cas de l'homme à la fin des civilisations. La science a montré toutefois que de même que les gènes (informations biologiques transmissibles) sont conditionnés pour évoluer continuellement, les « mèmes » (informations cognitives transmissibles) ne devraient pas faire exception⁹⁷⁵.

⁹⁷⁰ Sur ce mode de transmission de l'information, voir ce qui est présenté à propos des « histoires communes ». Cf. *supra* : « La propriété des données publiques en tant que fiction du droit », sur la page 164 ; v. également : Yuval Noah Harari, *Sapiens : Une brève histoire de l'humanité*, traduit par Pierre-Emmanuel Dauzat, Albin Michel, 2015, p. 44.

⁹⁷¹ François Roddier, *Le pain, le levain et les gènes : un essai sur l'évolution*, *op. cit.*, extraits des pages 55-58 et 61-72.

⁹⁷² « *P. anal.* [À propos de l'homme en tant qu'individu social] Comportement de celui qui reproduit plus ou moins inconsciemment les attitudes, le langage, les idées du milieu ambiant ou d'un autre individu auquel il veut ressembler; *p. ext.* tout phénomène de ressemblance plus ou moins volontaire, de communion, d'identification avec un modèle », Ortolang – Outils et ressources pour un traitement optimisé de la langue, Centre national de ressources textuelles et lexicales [En ligne]. Consulté le 22 octobre 2021 : <https://www.cnrtl.fr/definition/mim%C3%A9tisme>

⁹⁷³ A cet égard, François Roddier explique que l'évolution des modèles socio-économiques se caractérise par une augmentation de la consommation d'énergie à la recherche d'une plus grande efficacité dans la performance. Par exemple, à la fin de la Seconde Guerre mondiale, deux idéologies dominantes, le capitalisme et le communisme, ont émergé et se sont affrontées. Avec le temps, les « mèmes » de l'économie de marché ont fini par l'emporter et l'URSS, qui se développait lentement et étant incapable de « rivaliser » économiquement avec les pays capitalistes, s'est dirigée vers un effondrement systémique. V. François Roddier, *Le pain, le levain et les gènes: un essai sur l'évolution*, *op. cit.*, extraits des pages 55-58 et 61-72 ; repris par Bernard Lietaer, Christian Arnspenger, Sally Goerner, Stefan Brunnhuber, *Money and Sustainability: The Missing Link*, *op. cit.*, p. 74.

⁹⁷⁴ Un être humain au repos dissipe un minimum de 3 W/kg ; lors d'un effort, l'augmentation de l'énergie dissipée peut être décuplée. L'évolution des sociétés humaines et de leurs économies fait augmenter la capacité humaine à dissiper l'énergie de 2 kW/kg en moyenne, et ce de manière exponentielle. Le Français moyen dissipe 6kW/kg/personne, tandis que l'Américain moyen dissipe 10kW/kg/personne. Données présentées in Bernard Lietaer, Christian Arnspenger, Sally Goerner, Stefan Brunnhuber, *Money and Sustainability : The Missing Link : a Report from the Club of Rome-Eu Chapter to Finance Watch and the World Business Academy.*, 2012. Imprimer. p. 77.

⁹⁷⁵ *Ibidem*.

432. En effet, certaines informations telles que le savoir-faire et les connaissances scientifiques devraient pouvoir être consolidées comme un « bien commun », en raison de la valeur fondamentale qu'elles représentent en tant qu'informations vitales transmissibles à la fois de manière intergénérationnelle⁹⁷⁶ et transgénérationnelle⁹⁷⁷. Cependant, le défi reste que le domaine des « biens communs informationnels » est encore largement structuré sur la base de la théorie classique de la propriété et plus spécifiquement de l'économie de marché⁹⁷⁸.

433. Il est donc pertinent d'élargir l'éventail des éléments à analyser en intégrant d'autres courants idéologiques tels que l'économie écologique et l'économie des biens communs, et ce afin d'influencer la théorie juridique de la propriété et des biens⁹⁷⁹. Cela permettra de mettre en évidence l'inadéquation de deux théories, celle de la propriété et celle de l'inappropriable, pour aborder la complexité des biens communs. Ensuite, cela conduira à une meilleure compréhension de la « titularité diffuse » en tant que régime démocratique et durable dans la gouvernance des ressources partagées. Les efforts de cette analyse porteront donc d'abord sur la clarification de l'écosystème des relations juridiques en matière de données informationnelles, notamment en tant que bien commun objet d'une titularité diffuse (Chapitre 1). Enfin, cela permettra d'avancer vers la compréhension d'une forme de coopérativisme ouvert dans la production publique de données informationnelles (Chapitre 2).

⁹⁷⁶ « Qui concerne les relations entre les générations : Solidarité intergénérationnelle », Définition Larousse [En ligne]. Consulté le 22 octobre 2021 : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/interg%C3%A9n%C3%A9rationnel/10909973>

⁹⁷⁷ « Qui concerne toutes les générations, tous les âges : Des pratiques culturelles transgénérationnelles », Définition Larousse [En ligne]. Consulté le 22 octobre 2021 : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/transg%C3%A9n%C3%A9rationnel/10910112>

⁹⁷⁸ Nos conclusions. V. en ce sens : « La réservation de la jouissance comme appropriation fictive des données publiques » ; où l'on soutient que « [e]n tout état de cause, une chose est certaine, la propriété sur les choses immatérielles semble être une pénétration de la science économique dans la doctrine classique du droit des biens », en page 171.

⁹⁷⁹ Le travail de la Commission Rodotà en Italie est particulièrement remarquable. En France, on notera également le rapport de recherche final « L'échelle de communalité : Propositions de réforme pour intégrer les biens communs dans le droit », sous la direction de Judith Rochfeld, Marie Cornu et Gilles J. Martin, avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice (Convention n 217.11.21.25).

Chapitre 1. L' « écosystème des relations juridiques » comme régime démocratique et durable de la gouvernance des données informationnelles

434. Le mot « écosystème » est composé de deux mots : « d'*eco-*, tiré d'*écologie*, et de *système*, d'après l'anglais *ecosystem* ; en biologie, [il désigne un] ensemble formé par une communauté d'êtres vivants, animaux et végétaux, et par le milieu dans lequel ils vivent ; les composantes d'un écosystème sont [caractérisées par une] interaction constante »⁹⁸⁰. En économie, le terme désigne une « organisation structurée (d'un secteur d'activité par exemple) dans laquelle les différents acteurs (entreprises, fournisseurs, institutions, etc.) sont reliés par un maillage fort leur permettant d'interagir efficacement »⁹⁸¹. En l'absence d'une approche similaire par le droit, on s'appuiera sur ces deux définitions pour comprendre l' « écosystème des relations juridiques »⁹⁸² qui constitue l'ensemble des règles liant directement les personnes entre elles-mêmes et ce par rapport à certains biens considérés comme communs.

435. Il est donc proposé de commencer par une analyse critique, objectivement soutenue par Augustin-Charles Renouard, en ce qui concerne la *summa divisio* gaienne des choses entre *res corporales* et *res incorporales*. En effet, l'auteur note que : « Par ce mot [chose] nous n'entendons que ce qui est corporel, matériel, directement perceptible par nos sens. Il reçoit fréquemment une signification plus vaste et peu définie. [...] La langue juridique parle des choses incorporelles et les définit [n. 1 *res incorporales sunt quae tangit non possunt ; qualia sunt ea quae in jure constituent : sicut haereditas, ususfructus, usus et obligationes quoquo modo contractae. Instit. De rebus corp. et incorp.*] ; étendant ainsi à des droits, à des rapports, à des expressions de droits et de rapports une dénomination qui, renfermée dans son sens précis, n'y serait nullement applicable [...]. Nous n'adopterons pas ce langage et nous tâcherons de nous en tenir

⁹⁸⁰ Ortolang – Outils et ressources pour un traitement optimisé de la langue, Centre national de ressources textuelles et lexicales [En ligne]. Consulté le 22 octobre 2021 : <https://www.cnrtl.fr/definition/academie9/%C3%A9cosyst%C3%A8me>

⁹⁸¹ Définition Larousse [En ligne]. Consulté le 22 octobre 2021 : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/%C3%A9cosyst%C3%A8me/27682>

⁹⁸² C'est le terme que l'on propose pour aborder la complexité des normes juridiques dans une dimension écosystémique, c'est-à-dire que l'on prend en compte non seulement les relations entre les sujets de droits, mais aussi vis-à-vis des objets de droits et ce dans un contexte spécifique pour comprendre la portée vitale des certains objets, notamment les données en tant que « biens communs informationnels ».

toujours au sens strict, hors duquel on est facilement entraîné par les habitudes et la commodité du discours »⁹⁸³.

436. Suivant cette ligne critique qui ne confond pas les droits et les objets de droits, encore moins la nature des droits ou la nature des objets, Mikhaïl Xifaras, à la suite de Renouard, distingue : d'une part, le domaine matériel, qui est celui des droits ayant pour objet des objets matériels ; d'autre part, le domaine immatériel, qui désigne le monde de l'immatériel (*quae tangit non possunt*)⁹⁸⁴. Les données et les informations font partie de ce dernier domaine immatériel, notamment en tant qu'objets sans corps ni matière⁹⁸⁵.

437. Afin d'introduire le critère de l'appropriabilité dans la division des biens, qui est celle des domaines, Xifaras souligne que la logique pure inviterait, en principe, à diviser le domaine des biens en quatre catégories primaires : le domaine matériel approprié ou appropriable, le domaine matériel inappropriable, le domaine immatériel approprié et le domaine immatériel inapproprié⁹⁸⁶. Ceci étant, ce n'est pas le cas et vu par l'œil critique de Renouard, le domaine des biens peut être divisé en quatre catégories complètement différentes : « le domaine universel ; le domaine approprié ; le domaine privilégié ; et le domaine humain dans ses rapports avec les personnes individuelles ou collectives qui en sont les sujets »⁹⁸⁷.

438. Ce que propose Renouard est donc de reclasser le « domaine des biens », en appelant : le domaine matériel approprié ou appropriable – « domaine de propriété » et qui correspond à l'ensemble des relations juridiques régies par l'article 544 du Code civil ; le domaine matériel inappropriable – « domaine matériel universel » ; le domaine immatériel inappropriable – « domaine immatériel universel » ; le domaine immatériel approprié – « domaine immatériel de propriété » et à l'intérieur duquel on trouve un « domaine privilégié » ou « domaine réservé » ; enfin, un « domaine inappropriable ou

⁹⁸³ Augustin-Charles Renouard, *Du droit industriel dans ses rapports avec les principes du droit civil, sur les personnes et sur les choses*, Paris, Guillaumin, 1860, p. 207.

⁹⁸⁴ Mikhaïl Xifaras, *La propriété : étude de philosophie du droit*, PUF, 2004, p. 353.

⁹⁸⁵ Toutefois, comme le souligne à juste titre Marie-Alice Chardeaux, il est souvent difficile de trouver le point de départ entre les notions d'idée et d'information, car ces deux notions se chevauchent souvent dans la pratique. V. Marie-Alice Chardeaux, *Les choses communes*, p. 150 (note 255) ; v. aussi Miche Vivant, « A propos des biens informationnels », JCP éd. G. 1984, I, 3132 : « le créateur apporte [...] quelque chose de nouveau à la communauté (forme ou idée, peu importe), il lui apporte de l'information ».

⁹⁸⁶ Mikhaïl Xifaras, *La propriété : étude de philosophie du droit*, PUF, 2004, p. 354.

⁹⁸⁷ Tel est le titre des quatre livres de la partie de l'œuvre d'Augustin-Charles Renouard consacrée au « domaine humain ». DI, p. 208.

universel » où traditionnellement la conception patrimoniale de la propriété exclut cette possibilité sous la figure des *res communes*. Or, c'est précisément dans ce dernier domaine que Renouard identifie une catégorie supplémentaire, à savoir celle d'un « domaine immatériel appropriable », quelque chose qui permet de considérer des éléments immatériels comme objets de droit donnant lieu à ce qu'on appelle la propriété immatérielle⁹⁸⁸.

439. Outre ce qui précède, il convient de noter que l'auteur utilise les termes « réserve » et « privilège » de domaine, conscient que l'appropriation des biens matériels est différente de celle des biens immatériels⁹⁸⁹. Il en va de même quand l'auteur évoque dans le quatrième livre de son œuvre un « domaine *humain* dans ses rapports avec les *personnes* individuelles ou collectives qui en sont les sujets », s'éloignant du langage juridique traditionnel. En effet, l'humain et les personnes, bien que semblables, sont par essence différents : l'humain désigne l'ensemble des propriétés appartenant à l'homme, ce qui lui est propre⁹⁹⁰, en tant qu'être appartenant à une espèce (les hominidés)⁹⁹¹ ; tandis que les personnes sont elles-mêmes des sujets de droit.

440. Des lors, il en ressort que la théorie de la propriété est avant tout le reflet évolutif de l'appréhension des éléments du monde par les hommes. Celle-ci donne lieu à un système de relations juridiques qui évoluent dans le temps, notamment entre les personnes elles-mêmes et entre les personnes et les choses⁹⁹². Ainsi, en droit, on distingue, d'une part, les relations des personnes avec leurs choses, qui sont traditionnellement identifiées comme les facultés d'*usus*, de *fructus* et d'*abusus* ; d'autre part, les relations entre les personnes elles-mêmes et ce par rapport à certains biens, auxquels correspondent, comme des situations juridiques, des droits, des obligations, des libertés, des privilèges, des pouvoirs ou des facultés.

⁹⁸⁸ Mikhaïl Xifaras, *La propriété : étude de philosophie du droit*, PUF, 2004, p. 354.

⁹⁸⁹ *Ibidem* ; également sur ce point, *cf. supra* « La réservation de la jouissance comme appropriation fictive des données publiques », en page 168.

⁹⁹⁰ Ortolang – Outils et ressources pour un traitement optimisé de la langue, Centre national de ressources textuelles et lexicales [En ligne]. Définition « humain », consulté le 25 octobre 2021 : <https://cnrtl.fr/definition/humain>

⁹⁹¹ Ortolang – Outils et ressources pour un traitement optimisé de la langue, Centre national de ressources textuelles et lexicales [En ligne]. Définition « homme », consulté le 25 octobre 2021 : <https://cnrtl.fr/definition/homme>

⁹⁹² Pour une brève chronologie de ce qui est considéré comme l'évolution de l'appréhension des objets immatériels, voir Mikhaïl Xifaras, « Le copyleft et la théorie de la propriété », Association Multitudes, n° 41, 2010, pp. 50-52.

441. Autrement dit, lorsque l'on aborde l'étude du concept de « biens communs », il est impératif de comprendre que l'on a affaire à une évolution de l'appréhension humaine sur certains éléments existants dans le monde. Selon l'auteur, la culture ou l'ordre juridique, cela passera par un processus législatif de « personnification » ou de « communalisation » de la chose, auquel correspondra la reconnaissance et la régulation de nouvelles situations juridiques qui feront l'objet de nouveaux droits, facultés, pouvoirs ou prérogatives. La compréhension de cet « écosystème des relations juridiques », que l'on pourrait qualifier aussi comme une « écologie du droit » – notamment en tant que système complexe de normes sociales (empiriques) permettant d'encadrer juridiquement (positivement) les relations des personnes avec d'autres êtres et objets – est ce qui permet de mettre à jour la science du droit à une époque où certains biens sont vitaux au vu des défis globaux auxquels l'humanité est confrontée.

442. On se tournera alors vers une analyse des possibilités d'évolution de la notion de « biens communs », objet d'une domanialité universelle et d'une titularité diffuse, notamment à la lumière de deux aspects. Premièrement, la dimension individuelle des « biens communs informationnels » qui est celle qui prédomine en matière des droits et prérogatives fondamentaux (Section 1). Deuxièmement, la dimension trans-personnelle de ce même type de biens, notamment en tant que champ d'étude émergeant dans le domaine des données et de l'information numérique (Section 2).

Section 1. La dimension individuelle des biens communs appliquée aux éléments informationnels

443. Comme Stefano Rodotà, un autre grand juriste italien, Luigi Ferrajoli, propose de comprendre certains biens à la lumière des droits fondamentaux, les appelant dans ce sens comme des « biens fondamentaux »⁹⁹³. En effet, Ferrajoli rappelle que la tradition du constitutionnalisme démocratique a souvent mérité que les besoins et les intérêts vitaux des personnes soient toujours, ou presque, reconnus et protégés en tant que droits fondamentaux. La base et la raison de l'artifice juridique étant d'abord la revendication sociale, puis l'attribution de droits subjectifs par l'État, à l'intérieur

⁹⁹³ Nous avons déjà évoqué Luigi Ferrajoli, notamment en faveur de la reconnaissance des « biens communs ». Cf. *supra* « La naissance de la 'titularité diffuse' et l'encadrement juridique des 'biens communs' », en page 216.

desquels les droits fondamentaux sont conçus comme un système de limites et de restrictions substantielles au pouvoir public⁹⁹⁴.

444. En suivant cet ordre d'idées et à l'heure où l'humanité traverse des catastrophes et des urgences mondiales⁹⁹⁵, les droits fondamentaux ont pour objet de biens l'atmosphère, l'équilibre écologique, l'eau, la nourriture et les médicaments de base, dont la garantie de leur protection et de leur performance dépasse les intérêts et les droits des individus, ainsi que leurs capacités et possibilités d'intervention⁹⁹⁶. Il en va de même pour l'information, la connaissance et certains éléments de base pour leur mise en forme, tels que les données à caractère personnel, dont la reconnaissance de leur caractère vital vis-à-vis de la réalisation des droits fondamentaux corrélatifs est un impératif pour comprendre le lien de causalité entre les biens communs et les droits fondamentaux.

445. Avant d'aborder l'étude de la dimension transpersonnelle des données informationnelles en tant que « biens communs » (que l'on distinguera ici, pour être en accord avec la thèse de Ferrajoli, en tant que « biens fondamentaux »), on procédera à une analyse générale de la valeur vitale de certains biens à la lumière des droits fondamentaux (1). Ensuite, on analysera le lien « très personnel » qui existe sur ces « biens fondamentaux »⁹⁹⁷, notamment à la lumière des données personnelles (2).

⁹⁹⁴ Luigi Ferrajoli, « Per una carta dei beni fondamentali », dans Tecla Mazzarese et Paola Parolari (eds.), *Diritti Fondamentali. Le nuove sfide*, con un'appendice di carte regionali Analisi e diritto, serie storica, Turin, 2010, pp. 65-98 [en ligne], consulté le 13 juin 21 : <https://www.lasinistrainzona.it/?p=626>, paragraphe 1.

⁹⁹⁵ Il ne serait pas superflu de citer ici le cas de la pandémie de Covid-19 et l'appel du président français à reconnaître le brevet du vaccin comme un « bien public mondial ». Mieux, il a voulu dire la reconnaissance d'un « bien commun ». V. en ce sens : Euronews, « Vaccin contre le Covid-19 : un "bien public mondial" pour Emmanuel Macron » [en ligne]. Consulté le 8 juin 2022 sur : <https://fr.euronews.com/2020/06/16/vaccin-contre-le-covid-19-un-bien-public-mondial-pour-emmanuel-macron>

⁹⁹⁶ Luigi Ferrajoli, « Per una carta dei beni fondamentali », dans Tecla Mazzarese et Paola Parolari (eds.), *Diritti Fondamentali. Le nouveau sfide*, op. cit. Paragraphe. 3.

⁹⁹⁷ Le lien « très personnel » des biens dits « fondamentaux » est lu, par Ferrajoli, à la lumière des droits fondamentaux en tant que droits inhérents aux personnes et non transférables, par exemple le droit à l'honneur. Les « biens fondamentaux très personnels » seraient, en ce sens, ceux qui sont inhérents aux personnes et qui ne peuvent être transférés. Une telle dimension sur certains biens est également une constante en matière de propriété intellectuelle, notamment au sein de l'OMPI, où l'on considère que : « Conformément à un système de poids et contrepoids, les lois relatives au droit d'auteur ont consacré certains droits exclusifs qui permettent aux créateurs d'exercer un contrôle sur les divers actes d'exploitation dont leurs œuvres peuvent faire l'objet, et ainsi, de protéger le lien *très personnel* qui existe entre eux et leur œuvre et de recevoir la juste rétribution économique pour leur travail, favorisant en même temps la création artistique et littéraire pour le bien de toute la société » [nous soulignons].

Paragraphe 1. La valeur vitale des « biens communs informationnels » à la lumière des droits fondamentaux

446. Il convient de rappeler que le droit français ne se prononce pas positivement sur la notion de bien et repose, à titre supplétif, sur la *summa divisio* du droit romain qui distingue les choses entre *res corporales* et *res incorporales*, en se référant par analogie à ces choses en tant que biens corporels et biens incorporels, lorsqu'ils font l'objet de droits exclusifs et qu'on leur accorde une valeur patrimoniale⁹⁹⁸. C'est le cas, notamment, des droits réels sur les choses matérielles, ainsi que des droits économiques sur l'exploitation exclusive (monopole) d'éléments immatériels⁹⁹⁹. Cependant, il a été soutenu qu'il existe des choses dont la valeur est autre que marchande, en l'occurrence vitale. Cela signifie que l'appréhension de la chose (situation juridique) doit être comprise de manière conceptuelle, car sa disponibilité est indispensable pour la réalisation des droits fondamentaux et le libre développement de toutes les personnes¹⁰⁰⁰.

447. En effet, il convient de rappeler que ce n'est qu'au XVe siècle que des droits exclusifs sur les objets immatériels ont été reconnus, par l'octroi de droits spéciaux aux créateurs, qui aboutiront à ce que l'on appelle aujourd'hui le droit de la « propriété intellectuelle »¹⁰⁰¹. Suivant cette approche, le droit étant le reflet de l'évolution de l'appréhension des éléments du monde par les individus, il existe suffisamment d'éléments pour plaider en faveur de son actualisation et de la redéfinition de la notion de bien, notamment sur la base de revendications empiriques sur certains biens qui ouvrent la porte à la reconnaissance de nouvelles formes de propriété et de valeur, comme c'est le cas des biens communs¹⁰⁰².

⁹⁹⁸ En ce sens, voir F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, PUF, 3e éd. 2008, p. 15 et s. Ch. Atias, *Droit civil, Les biens*, LexisNexis, 2015, n°36, p. 21 et s.

⁹⁹⁹ Le terme « éléments immatériels » est souligné ici afin de suivre la critique d'Augustin-Charles Renouard selon laquelle, dans le cas du monde intangible, la propriété se réfère à des droits, à des rapports, à des expressions de droits et de rapports entre personnes, et ce à l'égard de certains biens. V. Augustin-Charles Renouard, *Du droit industriel dans ses rapports avec les principes du droit civil, sur les personnes et sur les choses*, Paris, Guillaumin, 1860, p. 207 ; v. également *supra* : « L' 'écosystème juridique d'appartenance' des données informationnelles : un 'bien commun' objet d'une 'titularité diffuse' ».

¹⁰⁰⁰ Cf. *supra* : « La naissance de la 'titularité diffuse' et l'encadrement juridique des 'biens communs' », en page 210.

¹⁰⁰¹ Mikhaïl Xifaras, « Le copyleft et la théorie de la propriété », *Multitudes*, n° 41, 2010, pp. 50-52.

¹⁰⁰² Sur les revendications sociales concernant la propriété démocratique (commune) de certains biens, cf. *supra* début de ce titre ; voir aussi Ugo Mattei, *Institutionalizing the Commons : An Italian Primer*, art. préc.

448. En principe, il faut noter que la notion de bien, telle qu'elle est comprise dans le droit actuel, se réfère uniquement à l'ensemble des choses qui peuvent faire l'objet de droits patrimoniaux. Il s'agit ainsi des objets disponibles et aliénables dont la valeur est déterminée par la valeur d'échange sur le marché et non par la valeur d'usage, à savoir la valeur vitale qui émane de la chose elle-même¹⁰⁰³. De même, c'est la valeur d'échange qui détermine le droit de propriété sur un bien, même s'il existe des choses qui sont placées dans la catégorie juridique des biens, sans être nécessairement considérées comme la propriété exclusive d'une personne, notamment l'espace extra-atmosphérique, y compris la lune et les autres corps célestes¹⁰⁰⁴, ainsi que la haute mer et ses ressources qui, en droit international, sont considérées comme le « patrimoine commun de l'humanité »¹⁰⁰⁵.

449. Pour ces raisons, Luigi Ferrajoli, ainsi que le courant du réalisme juridique¹⁰⁰⁶, considère qu'il serait plus approprié de qualifier de bien tout ce qui peut faire l'objet d'une situation juridique et pas seulement ce sur quoi on peut avoir un contrôle ou une relative exclusivité économique¹⁰⁰⁷. Tenant compte de ce qui précède, le juriste italien propose que les « biens fondamentaux » soient tous les biens auxquels l'accès de chacun est garanti de manière *pro indiviso*, puisqu'ils font l'objet direct des droits fondamentaux¹⁰⁰⁸. La logique invitait ou devant inviter les acteurs du droit à soustraire ces biens aux lois du marché, ou à soumettre le marché de ces biens à l'État de droit, afin de rompre avec leur spéculation et le prix de l'offre et de la demande car ils sont vitaux pour la réalisation des droits fondamentaux de toute personne¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰³ Luigi Ferrajoli, « Per una carta dei beni fondamentali », dans Tecla Mazzarese et Paola Parolari (eds.), *Diritti Fondamentali. Le nuove sfide*, op. cit. 6.

¹⁰⁰⁴ Article 1 du Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes. Texte des traités et principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, adoptés par l'Assemblée générale des Nations unies. ST/SPACE/11

¹⁰⁰⁵ Article 136 de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer.

¹⁰⁰⁶ En ce sens, voir Paul Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz (réédition), 1962, pp. 47-53 ; Matthieu Bennet, « Le droit et l'analyse philosophique des droits selon W. N. Hohfeld », art. préc. p. 146 ; ainsi que notre analyse *cf. supra* : « La propriété des données publiques saisie par le courant du réalisme juridique », en page 181.

¹⁰⁰⁷ Luigi Ferrajoli, « Per una carta dei beni fondamentali », dans Tecla Mazzarese et Paola Parolari (eds.), *Diritti Fondamentali. Le nuove sfide*, op. cit. paragraphe 8.

¹⁰⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁰⁹ Luigi Ferrajoli, « Per una carta dei beni fondamentali », dans Tecla Mazzarese et Paola Parolari (eds.), *Diritti Fondamentali. Le nuove sfide*, op. cit. paragraphe 10.

450. Cette « démarchandisation » des biens communs permettrait une classification plus claire de la théorie des biens et des droits substantiels qui leur sont corrélés en reconnaissant : d'une part, des biens marchands auxquels correspondraient de plein droit des droits patrimoniaux ; d'autre part, des biens fondamentaux, objets des droits fondamentaux, qui, en tant que tels, devraient être considérés comme « communs » au sens de « vitaux » et donc « universels »¹⁰¹⁰. Néanmoins, il convient de noter que dans cette théorie fondamentaliste des biens, si tous les biens fondamentaux devraient en principe être considérés comme des objets des droits fondamentaux, seuls certains droits fondamentaux, tels que les droits sociaux à la santé et à l'alimentation de base auraient, pour objet en tant que biens fondamentaux, les médicaments et les denrées alimentaires de base respectivement¹⁰¹¹.

451. De même, étant donné que dans la plupart des cas, les biens fondamentaux se réfèrent à des biens juridiquement ou matériellement disponibles, la garantie de leur protection devrait prendre la forme d'une interdiction de disposer ou d'une obligation d'exécution. Ceci étant, le positivisme juridique est l'outil nécessaire pour garantir que tout bien patrimonial, dont le sens de l'usage est vital, devienne un bien fondamental puisque son accès ou sa distribution doit être assuré à tous et chacun des sujets des droits fondamentaux¹⁰¹².

452. Ainsi, en s'interrogeant sur ce que doit être le rôle garant du droit face aux changements induits par le développement de l'industrie et de la technologie, et ce par rapport aux relations entre les hommes et les objets qui les entourent, Ferrajoli distingue trois catégories de biens fondamentaux. D'abord, les « biens très personnels » qui sont ceux qui font l'objet de droits passifs tels que les immunités, les libertés ou les protections à l'égard des tiers. Ensuite, les biens originellement appelés « biens communs » qui sont ceux liés à la protection directe du caractère vital de la biosphère et de ses éléments, et dont l'accès, l'utilisation et la jouissance doivent toujours être garantis de manière *pro indiviso*. Enfin, les « biens sociaux » qui sont les choses qui font l'objet de droits sociaux

¹⁰¹⁰ *Idem*, paragraphe 10.

¹⁰¹¹ Il s'agit d'une étude approfondie de Luigi Ferrajoli, traitée dans son ouvrage *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Bari-Roma, 2007, 3 volumes. V. en particulier : vol. 1, pp. 724-731, 759-766 ; vol. 2, pp. 776-782.

¹⁰¹² Luigi Ferrajoli, « Per una carta dei beni fondamentali », dans Tecla Mazzarese et Paola Parolari (eds.), *Diritti Fondamentali. Le nuove sfide*, op. cit. 13.

et qui se caractérisent par le fait qu'ils sont soumis à une obligation d'approvisionnement¹⁰¹³.

453. La section suivante se concentre sur l'analyse de l'élément primaire de la première catégorie de biens fondamentaux, à savoir le lien « très personnel » entre les individus et certains biens, que l'on tentera d'appliquer aux données personnelles en tant qu'éléments d'information qui concernent, en principe mais pas exclusivement, le sujet des droits fondamentaux¹⁰¹⁴.

Paragraphe 2. Le lien « très personnel » des « biens communs » appliqué aux données personnelles

454. Avant tout, il ne faut pas oublier que le fait d'articuler la valeur des données informationnelles autour de leur potentiel économique¹⁰¹⁵ présente le risque potentiel de marchandiser ces informations dans leur intégralité, les condamnant à n'exister que comme *res in commercium*¹⁰¹⁶. Cela se fait au détriment de la qualité de bien commun, en particulier pour les données personnelles en tant que choses *extra commercium* et *extra patrimonium*. Pour illustrer cela, Olivier Ertzscheid fait une analogie entre les données personnelles et le cas de la découverte du génome humain. En effet, bien que par sa valeur informationnelle (transgénérationnelle vitale) le génome devrait être considéré comme un bien commun¹⁰¹⁷, le fait d'avoir réglementé son utilisation comme *res in commercium* a permis le brevetage du vivant, y compris des

¹⁰¹³ Luigi Ferrajoli, « Per una carta dei beni fondamentali », dans Tecla Mazzarese et Paola Parolari (eds.), *Diritti Fondamentali. Le nuove sfide, op. cit.* 15.

¹⁰¹⁴ Sur la dimension exclusive de la propriété des données personnelles dans sa relation avec la reconnaissance de droits exclusifs, v. « Le positionnement pour un renforcement des droits fondamentaux vis-à-vis les évolutions technologiques ».

¹⁰¹⁵ Selon le rapport McKinsey de 2013, l'économie des données serait évaluée entre 3,22 et 5,29 milliards de dollars par an ; repris par Louis-David Benyayer et Simon Chignard, « Focus - Les enjeux économiques de l'ouverture des données : pas de marché, pas de valeur », *Informations sociales*, vol. 191, n° 5, 2015, p. 36.

¹⁰¹⁶ À cet égard, voir nos conclusions. Cf. *supra* : « Le refus d'une éventuelle patrimonialisation des données personnelles », en page 105.

¹⁰¹⁷ Sur ce point, la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme du 11 novembre 1997 prend soin de rappeler, dans son article premier, que si « le génome humain fonde l'unité fondamentale de tous les membres de la famille humaine, ainsi que la reconnaissance de leur dignité intrinsèque et de leur diversité. Dans un sens symbolique, il est le patrimoine de l'humanité » ; en effet, le génome humain est, avant tout, une découverte et, dans ce contexte, non brevetable selon les dispositions de l'article L611-10 2. a) du Code de la propriété intellectuelle. Symboliquement, il est considéré comme faisant partie du « patrimoine de l'humanité ». Il ne s'agit donc pas d'un bien commun (inaliénable et indisponible), mais d'une *res in commercium* (disponible et exploitable) dont les usages commerciaux sont réglementés.

plantes et des semences (notamment des organismes génétiquement modifiés – OGM), ainsi que des séquences chromosomiques des animaux, puis aussi de l’homme¹⁰¹⁸.

455. Les découvertes scientifiques telles que le génome humain ne sont pas, en principe, brevetables. Or, cela ne signifie qu’il n’est pas possible de capitaliser ultérieurement sur les utilisations et les produits qui émanent de la chose elle-même¹⁰¹⁹. Il en va de même pour les données à caractère personnel qui, bien qu’elles ne fassent pas l’objet d’une propriété ou d’un patrimoine de la part de leurs titulaires, peuvent faire l’objet d’un commerce légal, puis être capitalisables et créer de la richesse en faveur de tiers¹⁰²⁰. Ainsi, lorsque les données personnelles non-appropriables entrent dans le monde des *res in commercium*, l’efficacité de leur protection cesse d’être évidente puisque, en pratique, il est difficile d’assurer la traçabilité des données personnelles dans un contexte de partenaires multiples qui les transfèrent de manière répétée en tant que valeurs privées à des fins commerciales sans frontières¹⁰²¹. A cela s’ajoute le fait que la protection des données à caractère personnel dépend de la capacité et de la force de l’autorité nationale de contrôle variant d’un système juridique à l’autre.

456. A l’instar des organes du corps humain, qui n’étant pas des marchandises dépendent directement d’un système de santé régi par l’économie de marché¹⁰²², les

¹⁰¹⁸ Olivier Ertzscheid, « Biens éclairés ? Données, consentement, communs » [en ligne], 7 octobre 2013, paragraphe 10, consulté le 14 juin 2021 : https://affordance.typepad.com/mon_weblog/2013/10/biens-eclairés-données-consentement-communs.html

¹⁰¹⁹ Article L611-18 CPI : « Le corps humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement, ainsi que la simple découverte d’un de ses éléments, y compris la séquence totale ou partielle d’un gène, ne peuvent constituer des inventions brevetables. Seule une invention constituant l’application technique d’une fonction d’un élément du corps humain peut être protégée par brevet. Cette protection ne couvre l’élément du corps humain que dans la mesure nécessaire à la réalisation et à l’exploitation de cette application particulière. Celle-ci doit être concrètement et précisément exposée dans la demande de brevet. » ; créée par la Loi n°2004-800 du 6 août 2004 – art. 17 (V), *JORF* 7 août 2004.

¹⁰²⁰ C’est notamment ce que permet le droit de propriété *sui generis* sur les bases de données. En réalité, un tel droit protège en principe la base de données mais pas son contenu : les titulaires de données personnelles stockées dans des bases de données privées sont donc les personnes physiques, sujets de la protection du droit à la protection des données personnelles ; or ce fait n’empêche pas le propriétaire de la base de données, de commercialiser ou de s’enrichir par l’utilisation et le transfert des données personnelles qui composent la base de son investissement. Cette situation fait écho aux critiques formulées à l’encontre de la reconnaissance juridique d’un tel droit *sui generis*, notamment parce qu’il peut exister une détention *de iure* et *de facto* des informations qui composent la base de données. En ce sens, v. Stéphanie Choisy, « La réappropriation du domaine public par le droit de la propriété intellectuelle », *Communication commerce électronique*, n° 4, 2002, pp. 12-15.

¹⁰²¹ V. à titre information journalistique : Elise Lucet [Présentatrice], Cash investigation : Nos données personnelles valent de l’or ! [Documentaire], France TV. 2021.

¹⁰²² Pour être plus clair, l’article 16-1 du code civil dispose que : « Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l’objet d’un droit patrimonial » ; créé par la loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain – art. 3, *JORF* 30 juillet 1994. Cela étant, ceci ne veut pas dire que les organes humains ne peuvent pas faire l’objet d’un don et c’est précisément ce fait, dans lequel la gratuité de la

données personnelles font l'objet d'une appropriabilité et d'une disponibilité juridique, notamment du « domaine immatériel appropriable »¹⁰²³. Cela résulte de l'expansionnisme et de l'appropriabilité technologique et expérimentée qui permet l'exploitation économique de tels éléments incorporels¹⁰²⁴. De fait, les principes de l'indisponibilité et de la non-patrimonialité du corps humain, ne sont pas complètement écartés dès lors que la technologie a permis de détacher les éléments du corps de la personne¹⁰²⁵. Certes, le corps lui-même fait l'objet d'un principe de non-patrimonialisation inscrit à l'article 16-5 du Code civil¹⁰²⁶. Néanmoins, ces éléments entretiennent des circuits de valeur et sont marqués par une patrimonialisation progressive dans le sens où plus ils sont transformés et plus le lien avec la personne est dilué, plus la valeur de ces éléments ne revient pas directement au titulaire mais à des tiers¹⁰²⁷. C'est notamment le cas de la production de médicaments brevetables à partir d'échantillons biologiques prélevés sur des patients, ou du sang, qui ne peuvent être que donnés, alors que les médicaments fabriqués à partir de produits sanguins peuvent être transférés à titre onéreux entre professionnels¹⁰²⁸.

457. En suivant la thèse de Ferrajoli, tel ne serait pas le cas, en revanche, si les données personnelles étaient considérées comme des « biens fondamentaux ». C'est-à-dire qu'il faudrait les considérer comme de véritables parties intégrantes de la personne titulaire¹⁰²⁹, ce qui ferait de l'interdiction de leur commercialisation la seule garantie du

transplantation d'organes dépend de l'appareillage et des frais médicaux marchands, que les organes humains font l'objet indirecte du monde du commerce. En d'autres termes, les organes du corps humain ne peuvent être commercialisés, certes, mais le don n'est possible que si des équipements techniques et du personnel qualifié sont disponibles pour la transplantation, ce qui entraîne des coûts monétaires en pratique.

¹⁰²³ Suivant la thèse d'Augustin-Charles Renouard, comme expliqué par Mikhaïl Xifaras, *La propriété : étude de philosophie du droit*, PUF, 2004, p. 354 ; cf. *supra* : « L'écosystème des relations juridiques comme régime démocratique et durable dans la gouvernance des données informationnelles », en page 243.

¹⁰²⁴ Par analogie, notamment avec les organes du corps humain, v. Luigi Ferrajoli, « Per una carta dei beni fondamentali », in Tecla Mazzaresse et Paola Parolari (eds.), *Diritti Fondamentali. Le nuove sfide*, op. cit. paragraphe 17.

¹⁰²⁵ Judith Rochfeld, « Contre l'hypothèse de la qualification des données personnelles comme des biens », in Emmanuel Netter et Aurore Chaigneu (dirs.), *Les biens numériques*, PUF, 2015, pp. 214-228.

¹⁰²⁶ En effet, l'article 16-5 du Code civil souligne que : « [L]es conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles », créée par la Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain - art. 3, JORF 30 juillet 1994.

¹⁰²⁷ Judith Rochfeld, « Contre l'hypothèse de la qualification des données personnelles comme des biens », in Emmanuel Netter et Aurore Chaigneu (dirs.), *Les biens numériques*, op. cit., p. 232.

¹⁰²⁸ *Ibidem*.

¹⁰²⁹ En effet, on a vu que, pour certains auteurs comme Paolo Napoli, le fait de considérer certains éléments comme des objets directs du sujet de droit, transforme ces éléments en sujets de droit eux-mêmes. V. Paolo Napoli, « Indisponibilité, service public, usage. Trois concepts fondamentaux pour le « commun et les "biens communs" », art. préc., p. 219 ; une telle analyse, poussée à l'extrême, ne paraît pas dérisoire dans le cas des organes du corps humain et des données personnelles, qui sont eux-mêmes considérés comme partie intégrante de la personne à laquelle ils appartiennent, suivant en cela la thèse personnaliste. Cf. *supra* : « La naissance de la 'titularité diffuse' et l'encadrement juridique des 'biens communs' », p. 217.

plein respect de la protection de la vie privée et de l'intégrité de la personne en tant que sujet du droit¹⁰³⁰. Le langage juridique montre alors ses limites et le droit est mal placé pour faire face aux défis engendrés par le progrès technologique et la numérisation de la vie publique et privée des personnes physiques et juridiques¹⁰³¹.

458. Dans ce contexte, la finalité de la protection des données personnelles ne devrait pas être comprise de manière limitative (c'est-à-dire chaque individu défendant son intérêt particulier), mais au contraire, chacune des possibilités présentes devrait être explorée dans le but de garantir le plein respect de la vie privée et la protection des données personnelles. Cela entraîne l'intégration de différents concepts, en particulier ceux étudiés jusqu'à présent tels que l'action diffuse¹⁰³², les intérêts diffus¹⁰³³, la titularité diffuse¹⁰³⁴ et les biens communs¹⁰³⁵, visant à protéger efficacement la vie privée et les données personnelles des individus, notamment en tant qu'objets directs des droits fondamentaux. En d'autres termes, dans le domaine des « biens communs », il s'agit d'ajouter, non de soustraire, et la protection desdits objets de droits doit être comprise au-delà de l'accumulation d'actions et de mécanismes actuellement prévus dans la loi¹⁰³⁶.

¹⁰³⁰ Par analogie, voir Luigi Ferrajoli, « Per una carta dei beni fondamentali », dans Tecla Mazzarese et Paola Parolari (eds.), *Diritti Fondamentali. Le nuove sfide*, op. cit. 17.

¹⁰³¹ En ce qui concerne la numérisation comme un outil de modernisation de l'administration, cf. *supra* : « L'ouverture des données publiques : une réforme de l'État en réponse à une demande démocratique », en page 42.

¹⁰³² Chiara Angiolini et Michael William Monterossi, « Action diffuse (Italie) », in Marie Cornu, Fabienne Orsi, Judith Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, op. cit., pp. 37-42.

¹⁰³³ En ce sens, cf. *supra* : « L' « action de groupe » comme outil juridique pour faire face à d'éventuelles irrégularités dans le traitement et la réutilisation des données personnelles », en page 132 ; v. également Chiara Angiolini, « Intérêts diffus », in Marie Cornu, Fabienne Orsi, Judith Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses universitaires de France, 2017, xxviii, pp. 698-702 ; ainsi qu'Alexandra Aragão, « Les intérêts diffus, instruments pour la justice et la démocratie environnementale », *Vertigo - la revue électronique en sciences de l'environnement* [En ligne], Hors-série 22, septembre 2015, p. 4, consulté le 12 juin 2021. URL : <http://journals.openedition.org/vertigo/16284> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/vertigo.16284>

¹⁰³⁴ Cf. *supra* : « La naissance de la 'titularité diffuse' et l'encadrement juridique des 'biens communs' », en page 210.

¹⁰³⁵ Cf. *supra* : « La transformation de la donnée publique 'chose commune' à celle de la donnée publique 'bien commun' de l'information », en page 162 ; dans le cas des données publiques, on le rappelle, seule la licence « share alike » permet de soustraire partiellement les données à l'économie de marché, les plaçant dans une économie sociale. Il s'agit d'une obligation préétablie, car elle conditionne le fait que les modifications ultérieures des informations protégées ne soient pas laissées libres de droits, afin de pouvoir disposer du droit de réutiliser le contenu qui compose la base de données. C'est aussi le principe le plus important de la licence, et le plus paradoxal, car il implique l'exclusion de la possibilité d'exclure, ce que fait du partage une obligation existant même avant la jouissance du bien. V. Mikhaïl Xifaras, « Le copyleft et la théorie de la propriété », *Multitudes*, n° 41, 2010, p. 56.

¹⁰³⁶ C'est le cas de la reconnaissance du « droit à l'oubli », de la « mort numérique » et du « testament numérique », prévus par la loi française pour une République numérique, qui ne s'opposent pas et, au contraire, s'ajoutent aux mécanismes de contrôle consacrés indépendamment au niveau européen dans le

459. Ainsi, si les données personnelles sont considérées, selon la thèse personnaliste, comme des extensions de la personne, ces informations, indépendamment du fait qu'elles soient des éléments externalisés, font partie intégrante de la personne et, par conséquent, leur protection devrait renvoyer à la sauvegarde totale de l'intégrité et de la dignité de l'individu dont elles font partie¹⁰³⁷. Toutefois, étant donné qu'il s'agit également d'éléments informationnels, une telle vision doit tenir compte de la thèse fonctionnaliste des données et, à ce titre, au-delà de leur considération comme une extension des personnes, l'enjeu est de considérer le « faisceau d'utilités » auquel elles sont soumises et qui représente une fenêtre d'opportunité pour la démocratie, la création de nouveaux biens et services, l'avancement de la science, le développement de politiques et la prise de décision, entre autres¹⁰³⁸.

460. La protection des données personnelles, en tant que bien fondamental, doit donc impliquer l'établissement de limites et de restrictions à la collecte et à la réutilisation de ces données, ce qui conduit même à reconsidérer le principe de leur libre circulation. Les intérêts publics, privés et sociaux en jeu, étant ceux qui permettent de marquer les frontières comme des biens inaliénables et indisponibles¹⁰³⁹.

461. La tâche n'est cependant pas aisée, et pour certains auteurs, comme Luigi Ferrajoli, considérer certains objets comme des biens communs devrait inviter à la logique de les soustraire aux lois du marché, en les transformant en de véritables *res extra commercium* et *extra patrimonium*, touchant à la fois la sphère publique et la sphère privée, puisque l'objectif premier est d'assurer leur jouissance commune. Cela serait justifié par le fait qu'elles sont indispensables pour relever les défis mondiaux contemporains, ce qui comprend la crise environnementale, le changement climatique,

RGPD. Cf. *supra* : « Le positionnement pour un renforcement des droits fondamentaux vis-à-vis les évolutions technologiques », en page 103.

¹⁰³⁷ Par analogie avec les organes du corps humain, v. Luigi Ferrajoli, « Per una carta dei beni fondamentali », dans Tecla Mazzarese et Paola Parolari (eds.), *Diritti Fondamentali. Le nuove sfide*, op. cit. paragraphes 15 et 17.

¹⁰³⁸ Cf. *supra* : « Les avantages et les défis potentiels d'un secteur public axé sur les données personnelles », en page 110.

¹⁰³⁹ Luigi Ferrajoli, « Per una carta dei beni fondamentali », dans Tecla Mazzarese et Paola Parolari (eds.), *Diritti Fondamentali. Le nuove sfide*, op. cit., paragraphe 20.

l'éradication de la pauvreté et la lutte contre des maladies telles que le sida et la malaria, entre autres¹⁰⁴⁰.

462. Le lien « très personnel » des biens fondamentaux fait alors, comme le souligne le juriste italien, des biens naturels, objets négatifs d'immunité, constitués d'attentes négatives auxquelles correspondent, à titre de garanties, des interdictions de dommages¹⁰⁴¹. Dès lors, le principe d'indisponibilité devrait prendre la forme d'une interdiction et limiter l'aliénation et l'utilisation abusive des données personnelles (possession dominante par des tiers) car, comme pour les organes du corps humain, le problème de leur garantie se pose avec le développement des techniques et technologies dont dépend leur éventuelle manipulation¹⁰⁴². En pratique, cela pourrait se faire en limitant considérablement les échanges effectués par les courtiers de données, qui seraient techniquement plus faciles à contrôler¹⁰⁴³.

463. Il s'agit certes d'une forme de paternalisme juridique, mais c'est le même paternalisme qui est à la base du principe de non-disponibilité des données personnelles par leurs titulaires¹⁰⁴⁴. L'objectif étant précisément de protéger les individus, en particulier les plus vulnérables, de la soumission de leur identité et de leur vie privée aux lois du marché¹⁰⁴⁵. Concevoir différemment ce qui précède reviendrait à cesser de considérer les données personnelles comme des parties intégrantes de la personne à laquelle elles appartiennent, notamment en tant qu'objets directs du sujet du droit. *A contrario*, ce serait consacrer les informations personnelles comme des objets indirects

¹⁰⁴⁰ Cela tient compte, par exemple, de l'initiative 'Open SDG Data Hub' des Nations unies [en ligne] pour mieux atteindre les objectifs fixés dans l'agenda à l'horizon 2030. Consulté le 08 juin 2022 sur : <https://unstats-undesa.opendata.arcgis.com/>

¹⁰⁴¹ Luigi Ferrajoli, « Per una carta dei beni fondamentali », dans Tecla Mazzarese et Paola Parolari (eds.), *Diritti Fondamentali. Le nuove sfide, op. cit.*, paragraphe 21.

¹⁰⁴² Luigi Ferrajoli, « Per una carta dei beni fondamentali », dans Tecla Mazzarese et Paola Parolari (eds.), *Diritti Fondamentali. Le nuove sfide, op. cit.*, paragraphe 23.

¹⁰⁴³ Sur les courtiers en données, *cf. supra* : « Les potentielles menaces d'une réutilisation induite des données supposément anonymisées pour des finalités non-souhaitées », en page 125 ; v. également Dillon Kraus, *Transparency as a First Step to Regulating Data Brokers*, N.Y.U. J. Legis. & Pub. Pol'y Quorum (2021). [en ligne] <https://nyujlpp.org/quorum/kraus-transparency-first-step-regulating-data/>

¹⁰⁴⁴ Luigi Ferrajoli, « Per una carta dei beni fondamentali », dans Tecla Mazzarese et Paola Parolari (eds.), *Diritti Fondamentali. Le nuove sfide, op. cit.*, paragraphe 24.

¹⁰⁴⁵ Il est rappelé ici que l'objectif fondamental de ne pas reconnaître de droits de propriété sur les données personnelles à leurs titulaires est de protéger les personnes de manière non discriminatoire, mais surtout le public le plus vulnérable qui, par manque de connaissances, de temps ou d'argent, laisserait la gestion, la protection, la valorisation et la monétisation de ses données personnelles à la merci des lois du marché. V. CNIL, *Vie privée à l'horizon 2020, Paroles d'experts*, Cahiers IP Innovation et prospective, n° 1, p. 55 ; ainsi que l'Avis n°2015-3 relatif au projet de loi pour une République numérique du Conseil national du numérique, 30 novembre 2015, p. 3 ; v. également l'analyse dans cette étude sur « Le refus d'une éventuelle patrimonialisation des données personnelles », en page 93.

de droits économiques, donc des *res in commercium*, parce que leur capitalisation est rendue possible grâce à la reconnaissance directe de droits patrimoniaux en faveur de tiers (en particulier le droit *sui generis* sur les bases comprenant de données personnelles ou par contrat direct en accordant à des tiers le droit d'utiliser ces éléments d'information¹⁰⁴⁶).

464. Dans le même esprit, le droit à l'autodétermination informationnelle devrait être appelé à être conçu non seulement comme une prérogative individuelle¹⁰⁴⁷, mais aussi comme une prérogative collective et diffuse. Ainsi, à l'instar d'une capacité d'agir collectivement, l'« action diffuse » (similaire à l'*actio popularis* en droit romain) pourrait apporter corrélativement, comme garantie juridictionnelle, la protection de l'intégrité des cybernautes en tant que sujet de droit pluripersonnel à part entière. En d'autres termes, il s'agirait d'orienter la protection des droits fondamentaux vers un contrôle diffus de la part des citoyens, en soumettant l'aliénabilité et la disponibilité des données personnelles, objets indirects d'un commerce légal, à la protection indiscriminée et donc diffuse de l'État. Cela devrait être fait par rapport à une garantie publique qui concerne le respect de la vie privée, la protection des données personnelles et la sauvegarde de l'intégrité de tous les individus de manière *pro indiviso*.

465. L'accès transparent au traitement et à la circulation des données à caractère personnel est, dans ce contexte, une condition primordiale pour garantir la qualification de ces éléments d'information en tant que bien commun. De ce fait, il serait possible de reconnaître leur caractère universel (*omnium*) tout en contrebalançant le droit réel de propriété sur la base de données *sui generis*, en tant que tel privatif (*excludendi alios*) et permettant de disposer des données personnelles stockées sur lesquelles pèse le droit civil d'aliéner les droits réels de propriété *sui generis*, puis d'échanger les données en tant que *res in commercium*¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴⁶ Judith Rochfeld, « Contre l'hypothèse de la qualification des données personnelles comme des biens », in Emmanuel Netter et Aurore Chaigneu (dirs.), *Les biens numériques*, *op. cit.*, p. 232

¹⁰⁴⁷ Sur le droit à l'autodétermination informationnelle, *cf. supra* paragraphe 167 ; v. également Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, ancienne collection « Étude et documents du Conseil d'État », La documentation française, 2014, 446 pages.

¹⁰⁴⁸ Luigi Ferrajoli évoque à ce sujet le risque d'étendre le concept de « propriété » au point de l'utiliser indistinctement en tant que substantif de l'adjectif possessif « son ». On parle ainsi, par exemple, de la propriété de « son » corps, de la propriété de « son » travail et de la propriété de « ses » droits ; or pour l'auteur, la confusion entre « propriété, liberté et identité personnelle » remonte à John Locke, lorsque l'auteur anglais affirme que : « chacun a la propriété de sa propre personne » y compris tout « ce qui lui

466. Les personnes et les choses étant des concepts juridiques opposés et incompatibles, et par analogie le lexique de la propriété n'étant pas applicable aux organes humains, il existe suffisamment d'éléments pour plaider en faveur d'une réglementation plus stricte en matière de données personnelles. Cela comprend notamment la démarchandisation de ces éléments informationnels qui sont intimement liés aux personnes en tant que sujets de droit. En effet, tous deux, les organes et les données personnelles, ne sont pas considérés comme des choses mais comme des parties intégrantes des personnes, objets directs de la protection généralisée des droits fondamentaux. Dans ce cadre, les données personnelles seraient des biens communs incorporels, inaliénables et indisponibles, fondamentaux dans la thèse de Ferrajoli, qui n'ont pas besoin de provenir du monde des choses pour être élevés à la catégorie juridique des biens. Néanmoins, étant également des éléments informationnels et donc fonctionnels, les données à caractère personnel ont une dimension transpersonnelle, qu'il est pertinent de ne pas perdre de vue dans le cadre de la jouissance vitale répandue qui caractérise les biens communs.

Section 2. La dimension transpersonnelle des « biens communs informationnels »

467. Dans cette étude, il a été souligné à plusieurs reprises qu'avec l'usage généralisé des technologies, la vie privée est entrée dans une nouvelle phase d'appréhension sociale, dans une dimension qui pourrait être qualifiée de « transpersonnaliste ». Ceci étant, elle est caractérisée par un faible niveau de négociation de la part des utilisateurs dans la collecte, l'utilisation et la réutilisation de leurs données personnelles¹⁰⁴⁹. Cela a conduit certains auteurs à considérer que la vie privée ne peut plus être conçue comme un attribut exclusif d'un seul individu, mais comme une question de l'intérêt collectif englobant l'État, les acteurs du numérique et les citoyens¹⁰⁵⁰.

appartient ». V. John Locke, *Second Treatise of government* (1690); repris par Luigi Ferrajoli, « Per una carta dei beni fondamentali », in Tecla Mazzarese et Paola Parolari (eds.), *Diritti Fondamentali. Le nuove sfide*, op. cit., par. 25.

¹⁰⁴⁹ Cf. *supra* : « Les enjeux liés à l'émergence de la vie privée en tant qu'enjeu collectif », en page 128 ; v. aussi Jacques Le Goff, « II. Le pluralisme juridique », in Jacques Le Goff (dir.), *Georges Gurvitch. Le pluralisme créateur*, Paris, Michalon, coll. « Le Bien Commun », 2012, pp. 37-84.

¹⁰⁵⁰ V. notamment Antonio A. Casilli, « Quatre thèses sur la surveillance numérique de masse et la négociation de la vie privée », in Jacky Richard et Laurent Cytermann (dir.), *Etude annuelle du Conseil d'Etat "Le numérique et les droits fondamentaux"*, Paris, La Documentation française, 2014, p. 430.

468. En outre, il a été soutenu que l'information, en particulier celle qui émane de l'ensemble des données personnelles, devrait être vue à l'instar d'un « bien commun ». Ainsi, Silvère Mercier soutient qu'il est impératif de comprendre la différence fondamentale entre les données d'un individu et le graphe qu'elles représentent dans son ensemble, car ce sont les réseaux de données¹⁰⁵¹ (c'est-à-dire le croisement des données, les relations entre elles au moyen d'algorithmes et de vocabulaires informatiques) qui permettent d'identifier ce qui se passe au niveau du groupe d'individus qui composent le graphe¹⁰⁵².

469. Enfin, en reprenant en partie l'analogie des données personnelles avec le génome humain, Olivier Ertzcheid suggère que les « données communes » (dans l'idée de l'auteur, la somme des données individuelles collectées par les services fournis par les acteurs numériques) devraient être vues comme un génome sociétal induisant une gouvernance et une écologie politique durables, bien au-delà d'une économie de la donnée et d'un marché unique de l'information que les politiques publiques ont concentré leurs efforts à consolider jusqu'à présent¹⁰⁵³. En effet, le génome humain contient les informations de base nécessaires au développement de tout individu. Or le génome, bien qu'identique pour tous les humains, est distinct de l'ADN de chaque individu, ce qui, assimilé au monde des données, correspondrait aux réseaux de données personnelles et aux données personnelles d'un individu particulier¹⁰⁵⁴.

470. On tentera alors d'étayer la thèse de la fundamentalité des données personnelles, notamment dans sa dimension transpersonnelle de « bien commun » (1). Puis, on s'efforcera également de définir le rôle que l'administration devrait avoir à la lumière de ceci, en particulier en ce qui concerne la production sociale de données publiques émanant des données personnelles des citoyens (2).

¹⁰⁵¹ Sur les réseaux de données, qui est celui des acteurs et des individus qui les composent, *cf. supra* : « Les enjeux juridiques subsistants dans le cadre de la protection des données personnelles », en page 118.

¹⁰⁵² Silvère Mercier, « Biens communs et données personnelles : il nous faut inventer ! », *Bibliobsession*, [en ligne], 12 mars 2014. Consulté le 17 juillet 2021 : <http://www.bibliobsession.net/2014/03/12/biens-communs-et-donnees-personnelles-il-nous-faut-inventer/>

¹⁰⁵³ Olivier Ertzcheid, « Biens éclairés ? Données, consentement, communs » [en ligne], art. préc., paragraphe 10.

¹⁰⁵⁴ Olivier Ertzcheid, « Biens éclairés ? Données, consentement, communs » [en ligne], art. préc., paragraphe 11.

Paragraphe 1. La valeur fondamentale des réseaux de données personnelles comme élément déterminant de leur caractère de « bien commun »

471. Dans cette étude, il a été constaté que, jusqu'avant les années 2000, le terme « biens communs », qui est distinct de celui de *res communes*, était complètement étranger à la science juridique. Toutefois, il a fait l'objet d'une importante réflexion théorique et d'une mobilisation politique au niveau international, dans le cadre d'une revendication sociale pour l'exercice et la pleine garantie des droits fondamentaux, face à ce qui est considéré comme des violations spécifiques par des acteurs publics et privés de certains biens qualifiés de communs, vitaux ou fondamentaux¹⁰⁵⁵.

472. De fait, la crise du système néolibéral, qui se distingue entre autres par l'endettement public auquel certains États sont devenus insolvables, a eu pour conséquence la privatisation massive de ce que l'on désigne juridiquement en tant que biens publics¹⁰⁵⁶. Ce fait a remis en cause le concept même de propriété et notamment celui de propriété publique, puisque, précisément, c'est le caractère exclusif (*ius excluendi alios*) et absolu (*ius abutendi*) de certaines choses publiques (*res publicae*) qui a rendu possible une série de privatisations de biens qui, en principe, sont caractérisés par leur usage (*ius utendi*) et leur jouissance (*ius fruendi*) publics (*populus*)¹⁰⁵⁷.

473. En ce sens, certains auteurs assimilent les « biens communs » aux *res communes* du droit romain : « *Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum quae variis ex causis cuique adquiruntur. Et quidem naturali iure omnium comuna sunt illa : aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris* »¹⁰⁵⁸. Or, on le rappelle, « choses communes » et « biens

¹⁰⁵⁵ Luigi Ferrajoli, « Per una carta dei beni fondamentali », in Tecla Mazzaresse et Paola Parolari (eds.), *Diritti Fondamentali. Le nuove sfide, op. cit.*, parag. 26.

¹⁰⁵⁶ À ce sujet, v. Giuseppe Grossi et Daniela Pianezzi, « Smart cities : Utopie ou idéologie néolibérale ? », *International Journal of Urban Policy and Planning*, 69, pp. 79-85, 2017, DOI : <https://doi.org/10.1016/j.cities.2017.07.012>

¹⁰⁵⁷ Pierre Dardot, « Propriété ou commun » (préface), in Benoît Borrêts, *Au-delà de la propriété. Pour une économie des communs*, La Découverte, 2018, pp. 8-9.

¹⁰⁵⁸ D. 1,8,2 (Marcian., 3 inst.) : « Certaines choses sont communes à tous par la loi naturelle, certaines de l'univers, d'autres aucune, dont la plupart sont acquises par chacun pour diverses raisons. Et en effet par la loi naturelle, ils sont communs à tous : l'air, l'eau courante et la mer, et par conséquent les rivages de la mer » ; en droit français, les « choses communes » sont encadrées par l'article 714 du Code civil qui stipule : « Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir ».

communs » sont deux concepts différents et comme il y a des choses qui ne sont pas nécessairement des biens, il y a des biens qui ne peuvent ou ne devraient pas nécessairement être limités à leur qualification juridique de choses¹⁰⁵⁹.

474. En tout état de cause, et pour être précis, on soutient que, dans le cas des biens communs, c'est le caractère vital du bien qui justifie qu'il soit soustrait à tout type d'appropriation privative, garantissant sa jouissance commune à tous les individus en tant qu'objets de droits fondamentaux. Ainsi, on considère que les biens communs seraient universels (*omnium*) puisqu'ils appartiennent et sont accessibles à tous, y compris aux générations futures de manière *pro indiviso*¹⁰⁶⁰. Néanmoins, si la protection de ces biens est envisagée en principe comme étant d'un intérêt vital pour tous les individus, notamment en tant que titulaires de droits fondamentaux, le problème réside dans le fait que ce sont précisément les individus, ou du moins une grande partie d'entre eux, qui n'ont pas nécessairement conscience de cette utilité transcendante qui inclut les générations futures, ne se voyant plutôt que comme des utilisateurs, des consommateurs ou d'éventuels bénéficiaires des biens communs¹⁰⁶¹.

475. Dès lors, une nouvelle dimension de protection collective, transpersonnelle et effective émerge, ni plus ni moins parce que les biens dits communs sont des objets directs des droits fondamentaux inscrits dans la loi de manière indistincte¹⁰⁶². Etant objets d'une revendication sociale, cela implique de ne pas laisser de côté les deux pouvoirs sur lesquels repose la privatisation des biens vitaux et qui sont : d'une part, les pouvoirs économiques privés, traditionnellement accrédités comme une liberté et dont il faudrait reconnaître le caractère de pouvoir, plutôt que de liberté, d'initiative ou d'autonomie entrepreneuriale ; d'autre part, les pouvoirs extra ou supra-étatiques, tant politiques qu'économiques, qui se développent en dehors des frontières

¹⁰⁵⁹ V. en ce sens : V. Proudhon, « Traité du domaine public ou de la distinction des biens », tome 1, Dijon, 1833, p. 63 ; v. également *cf. supra* : « La mise à jour du « faisceau de droits » comme une forme de « propriété commune » des données publiques au XXI^e siècle », en page 199.

¹⁰⁶⁰ Luigi Ferrajoli, « Per una carta dei beni fondamentali », in Tecla Mazzaresse et Paola Parolari (eds.), *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*, Turin, Gallimard, 2010, p. 65 ; repris Paolo Napoli, « Indisponibilité, service public, usage. Trois concepts fondamentaux pour le « commun et les “biens communs” », art. préc., p. 219.

¹⁰⁶¹ Luigi Ferrajoli, « Per una carta dei beni fondamentali », in Tecla Mazzaresse et Paola Parolari (eds.), *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*, op. cit., paragraphe 29.

¹⁰⁶² Cf. *supra* : « La nécessaire prise en compte de droits collectifs d'une société interconnectée », p. 127.

étatiques du monde globalisé¹⁰⁶³, notamment les organisations internationales et les lobbying des sociétés transnationales.

476. En ramenant cela au domaine des données personnelles, il s'agit donc de concevoir un système de contrepoids efficace dans une dimension transpersonnelle¹⁰⁶⁴ et collective¹⁰⁶⁵, à l'heure où l'affaiblissement des pouvoirs publics face aux géants du numérique est imminent. Le point de départ, bien sûr, devant toujours être celui des droits fondamentaux car, dans un système imprégné de libéralisme juridique, seuls ces derniers peuvent ouvrir la voie à l'équilibre des rapports de force entre les individus, les personnes morales et l'État lui-même¹⁰⁶⁶.

477. Cela devrait comprendre, sans s'y limiter, les éléments suivants : premièrement, reconnaître le fait qu'au sein de l'économie numérique, l'offre de services « gratuits » abonde¹⁰⁶⁷ ; deuxièmement, que ces services gratuits sont fournis en échange du transfert des données des utilisateurs directement à leurs annonceurs ou par le biais de places de marché (*marketplaces*) de données, sur lesquelles opèrent les courtiers en données ; troisièmement, que la collecte massive de données est utilisée pour le développement du marketing prédictif¹⁰⁶⁸, qui est un allié idéal de la surveillance sociale¹⁰⁶⁹ puisque la collecte et le traitement de données personnelles de plus en plus fines rendent techniquement possible la réidentification des individus¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶³ Luigi Ferrajoli, « Per una carta dei beni fondamentali », in Tecla Mazza et Paola Parolari (eds.), *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*, op. cit., paragraphe 33.

¹⁰⁶⁴ C'est le cas des intérêts dits diffus qui permettent de revendiquer des actions à titre personnel mais avec une portée générale de protection sur tous les sujets couverts par le même droit fondamental. Cf. *supra* : « La naissance de la 'titularité diffuse' et l'encadrement juridique des 'biens communs' », en page 210.

¹⁰⁶⁵ Il s'agit de l'action de groupe qui permet de revendiquer collectivement des actions pour la protection d'une somme d'acteurs pleinement identifiés comme sujets de droits. Cf. *supra* : « L' 'action de groupe' comme outil juridique pour faire face à d'éventuelles irrégularités dans le traitement et la réutilisation des données personnelles », en page 132.

¹⁰⁶⁶ Matthieu Bennet, « Le droit et l'analyse philosophique des droits selon W. N. Hohfeld », art. préc., p. 152 ; cf. *supra* : « Comprendre la propriété à travers la 'théorie des droits' appliquée aux données publiques », en page 198.

¹⁰⁶⁷ Sur la critique des services gratuits basés sur les données personnelles, v. Lee Tien cité par la CNIL, *La plateforme d'une ville : les données personnelles au cœur de la fabrique de la smart city*, op.cit., p. 19.

¹⁰⁶⁸ Pour une critique du « profilage prédictif », cf. *supra* : « Les éventuelles menaces d'une réutilisation induite des données supposément anonymisées pour des finalités non-souhaitées ».

¹⁰⁶⁹ Sur ce point, cf. *supra* : « Les risques associés à la réidentification des individus et à l'injection de flux de données par l'individualisation », en page 121.

¹⁰⁷⁰ Valérie Peugeot, « Données personnelles : sortir des injonctions contradictoires » [en ligne], 15 avril 2014, parags. 4 y 18, consulté le 21 juin 2021 sur le site : <https://vecam.org/old/Donnees-personnelles-sortir-des-injonctions-contradictoires.html>.

478. L'absence d'un examen exhaustif de ces circonstances risque de générer un déséquilibre des forces qui finirait par rendre les citoyens et l'État lui-même très dépendants des informations concentrées par les géants du numérique et, par là même, des nouveaux services qui émanent de ces données¹⁰⁷¹. À titre d'exemple, c'est ce qui se passe avec l'intelligence artificielle, dont le développement ne serait pas techniquement possible sans la libre circulation des données et des informations de toutes sortes, collectées par différents moyens, mais presque toujours gratuitement, par les géants du marché. Or, le risque est qu'à terme, ce soient les utilisateurs eux-mêmes et les États qui doivent payer pour bénéficier des services fournis par les nouvelles technologies, notamment dans des secteurs tels que la santé, l'éducation, l'énergie et les transports, entre autres, soit sous forme de droits d'utilisation, soit par le biais de contrats lucratifs pour l'approvisionnement de services passés directement avec les institutions publiques¹⁰⁷².

479. Par conséquent, pour reprendre la formule proposée par Valérie Peugeot, tout ce qui peut contribuer à contrer le pouvoir de ce marché est bon pour la société en général et pour les libertés individuelles en particulier¹⁰⁷³. Il s'agit notamment de comprendre les données personnelles comme une ressource vitale nécessaire à la production d'informations et de connaissances, ce qui implique de décentraliser la gouvernance de ces données, afin qu'elles ne relèvent pas d'un régime de mandat public au sens strict, ni d'un système libéral du marché privé et de ses acteurs, mais d'un ensemble de règles collectives, équilibrées et organisées permettant d'encadrer l'ensemble des relations juridiques entre les différentes parties prenantes. Cela pourrait notamment prendre la forme d'un « faisceau de droits » qui, d'une part, régirait de manière équitable l'utilisation et la jouissance partagées des avantages offerts par les

¹⁰⁷¹ C'est notamment ce qui se passe actuellement avec la régulation de l'ouverture des données publiques et de la libre circulation des données personnelles. Dans le premier cas, l'administration ouvre ses données afin d'inciter à la croissance économique ; cependant, l'ouverture massive des données publiques remplit également les bases de données des géants du numérique. Dans le second cas, cette étude vient s'ajouter aux critiques formulées à l'encontre du partage et de la gratuité des services numériques au regard des différentes bases juridiques qui les autorisent. Dans les deux cas, c'est cette mise à disposition gratuite des données aux géants du monde numérique qui devrait attirer l'attention en termes de régulation car, combinée à la puissante capacité d'analyse des technologies et des big data, elle donne lieu à des possibilités incommensurables d'utilisation et de déduction des informations.

¹⁰⁷² Evgeny Morozov, « Pour un populisme numérique (de gauche) », *Le monde diplomatique*, 15 décembre 2016, [en ligne], Traduit de l'anglais par Laure Mistral, paragraphe 7. Consulté le 22 juin 2021 : <https://blog.mondediplo.net/2016-12-15-Pour-un-populisme-numerique-de-gauche>.

¹⁰⁷³ Valérie Peugeot, « Données personnelles : sortir des injonctions contradictoires » [en ligne], 15 avril 2014, paragraphes 4 et 18.

données à caractère personnel et, d'autre part, permettrait de comprendre la portée et la signification de la titularité diffuse sur laquelle reposent ces éléments informationnels¹⁰⁷⁴.

480. En effet, la tâche ne semble pas facile à mettre en œuvre et innover au sein du positivisme juridique reste le plus grand défi pour mettre à jour une théorie des biens incluant la complexité des intérêts entrelacés au cœur de ce que l'on appelle les biens communs. Les mécanismes de gouvernance traditionnels tels que la fiscalité¹⁰⁷⁵, ainsi que la mise en œuvre des lois antitrust¹⁰⁷⁶, par exemple, sont quelques-unes des premières actions de la restructuration des relations juridiques autour des données informationnelles vis-à-vis des intérêts des acteurs privés du monde numérique et de l'État. Cependant, la valeur fondamentale des données numériques et en particulier celle des données personnelles, dans sa dimension vitale non marchande¹⁰⁷⁷, reste à aborder en tant que ressource indispensable pour garantir pleinement certains droits fondamentaux individuels et collectifs, notamment la protection de la vie privée et des données personnelles de manière *pro indiviso*.

481. Ainsi, suivant la thèse personnaliste, de même que les données personnelles sont considérées comme une extension de l'individu dont elles sont partie intégrante, les réseaux des données devraient être considérés comme une extension de la société dans son ensemble, puisque, vu globalement, ce sont le reflet de ce qui se passe au sein d'un groupe déterminé ou indéterminé d'individus, selon le cas. De même, il devrait être possible d'accorder une reconnaissance juridique aux actions dites diffuses, notamment parce que l'on considère que la vie privée est entrée dans une nouvelle dimension à caractère pluripersonnel¹⁰⁷⁸. Toutefois, et en suivant également la thèse fonctionnaliste, les données numériques, étant la source de la connaissance et de l'information vitale transmissible, devraient pouvoir être l'objet de l'utilisation et de la jouissance par tout individu, garantissant ainsi *de facto* leur libre circulation *pro indiviso*,

¹⁰⁷⁴ Valérie Peugeot, « Données personnelles : sortir des injonctions contradictoires » [en ligne], 15 avril 2014, paragraphe 21.

¹⁰⁷⁵ Cf. *supra* : « Le cas de la fiscalité numérique comme une forme de réappropriation des données publiques », en page 184.

¹⁰⁷⁶ Par rapport à l'équilibre des pouvoirs en matière de concurrence économique, v. Matthieu Bennet, « Le droit et l'analyse philosophique des droits selon W. N. Hohfeld », art. préc., p. 152.

¹⁰⁷⁷ Evgeny Morozov, cité par Lionel Maurel, « Evgeny Morozov et le 'domaine public' des données personnelles », [en ligne], 29 octobre 2017, paragraphe 3, consulté le 22 juin 2021 : <https://scinfolex.com/2017/10/29/evgeny-morozov-et-le-domaine-public-des-donnees-personnelles/>

¹⁰⁷⁸ Cf. *supra* : « La naissance de la 'titularité diffuse' et l'encadrement juridique des 'biens communs' », en page 210.

y compris pour les générations futures, indépendamment du droit de propriété *sui generis* et des restrictions contractuelles fixées par les conditions générales¹⁰⁷⁹, comme cela se passe désormais en matière de données publiques dans lesquelles il est permis à la valeur informationnelle de circuler¹⁰⁸⁰.

482. Pour Lionel Maurel, qui analyse et développe la proposition d'Evgeny Morozov, la « garantie d'accès » et le « droit d'usage généralisé » des données personnelles détenues par des tiers seraient un moyen de garantir l'inaliénabilité et l'indisponibilité exclusive de ces éléments d'information. Cela pourrait se faire notamment par la mise en place obligatoire d'API ouvertes permettant à des tiers d'utiliser les données sur lesquelles les plateformes numériques s'appuient pour leur fonctionnement¹⁰⁸¹. L'auteur fonde son raisonnement sur ce qui se passe actuellement en matière de données de la recherche, qui, depuis la promulgation de la loi sur la République numérique, sont librement réutilisables par les chercheurs. En l'espèce, les données de la recherche, même après avoir été transmises à des éditeurs privés dans un article scientifique, la cession exclusive des droits est neutralisée par une disposition expresse de la loi¹⁰⁸². L'auteur indique ainsi que l'exception au droit d'auteur et aux droits *sui generis* sur les bases de données pour l'exploration de textes et de données, garantit aux chercheurs l'accès aux bases de données des éditeurs scientifiques afin de mener des activités de *data mining*, à condition que celles-ci excluent leur utilisation à des fins commerciales¹⁰⁸³.

483. La constitution de ce que Maurel appelle un « domaine commun des données personnelles », se heurte toutefois à la prééminence de droits exclusifs issus de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, ainsi que la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 sur la

¹⁰⁷⁹ Lionel Maurel, « Evgeny Morozov et le 'domaine public' des données personnelles », [en ligne], 29 octobre 2017, paragraphe 17.

¹⁰⁸⁰ C'est ce qui se passe avec l'exception dictée par la jurisprudence en ce qui concerne le droit *sui generis* dans le cas des bases de données publiques, sur lesquelles prévaut le principe de libre accès et de libre réutilisation. V. CE, 10ème – 9ème ch. réunies, décision du 8 février 2017. Notrefamille.com / Département de la Vienne.

¹⁰⁸¹ Lionel Maurel, « Evgeny Morozov et le 'domaine public' des données personnelles », [en ligne], 29 octobre 2017, paragraphes 16 et 18.

¹⁰⁸² Art. L. 533-4.-III du code de la recherche : « L'éditeur d'un écrit scientifique mentionné au I ne peut limiter la réutilisation des données de la recherche rendues publiques dans le cadre de sa publication » ; créé par Loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 - art. 30, *JORF* n°0235 du 8 octobre 2016.

¹⁰⁸³ Art. 38 de la loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 - art. 30, *JORF* n°0235 du 8 octobre 2016, modifiant les articles L. 122-5 et L. 342-3, auxquels sont respectivement insérés un 10° et un 5°.

protection juridique des bases de données. En effet, le droit d'auteur et le droit *sui generis* en émanent respectivement en tant que prérogatives de caractère privatif, protégeant les droits économiques sur les données personnelles capitalisées dans les bases par les acteurs numériques.

484. En dépit de ce qui précède, on ne peut et ne doit pas négliger le fait que la propriété intellectuelle a une dimension « fondamentale » vis-à-vis des intérêts du public, comme l'a reconnu le Conseil constitutionnel français, en 2004, en déclarant qu' « [il existe un] objectif d'intérêt général qui s'attache à la sauvegarde de la propriété intellectuelle et de la création culturelle »¹⁰⁸⁴. Il en va de même au niveau européen, où il a été généralement considéré que : « [...] si le droit de propriété et le libre exercice d'une activité économique font partie des principes généraux du droit communautaire, ces principes n'apparaissent pas pour autant comme des prérogatives absolues, mais doivent être pris en considération par rapport à leur *fonction dans la société*. Par conséquent, des restrictions peuvent être apportées à l'usage du droit de propriété et au libre exercice d'une activité professionnelle, à condition que ces restrictions répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté et ne constituent pas, au regard du but recherché, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même des droits ainsi garantis » [nous soulignons]¹⁰⁸⁵.

485. Le droit d'auteur et le droit *sui generis*, en tant que droits de propriété intellectuelle, doivent alors être analysés en équilibre avec d'autres droits fondamentaux, dont la liberté d'expression et de communication des idées, consacrée par l'article 11 de la Déclaration de 1789, ainsi que par les articles 19 et 27, paragraphe 1, de la Déclaration universelle des droits de l'homme, 15.3 du Pacte international relatif aux droits

¹⁰⁸⁴ Conseil constitutionnel, décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *JO* 7 août 2004, p. 14087, Recueil du Conseil constitutionnel, p. 126, D. 2005. 1132.

¹⁰⁸⁵ Arrêt du Tribunal (troisième chambre) du 2 mars 2010, Arcelor SA/Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, Environnement - Directive 2003/87/CE - Système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre - Recours en annulation - Préjudice direct et individuel - Demande de réparation - Récusabilité - Violation suffisamment caractérisée du principe d'égalité de traitement - Violation du principe d'égalité de traitement - Violation suffisamment caractérisée du principe de proportionnalité - Violation du principe d'égalité de traitement. Violation suffisamment grave d'une règle de droit supérieure conférant des droits aux particuliers - Droit de propriété - Libre exercice d'une activité professionnelle - Proportionnalité - Égalité de traitement - Liberté d'établissement - Sécurité juridique, Affaire T-16/04, Recueil de jurisprudence 2010 II-00211, identifiant ECLI : ECLI:EU:T:2010:54 ; v. également arrêt de la Cour du 30 juin 2005, *Alessandrini e.a./Commission*, C-295/03 P, Rec. p. I-5673, point 86, et la jurisprudence qui y est citée, et arrêt *Chiquita Brands e.a./Commission*, point 132 supra, point 220.

économiques, sociaux et culturels, 19.2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ainsi que 10.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, cette dernière permettant en 1997 que l'expression scientifique soit également reconnue comme une liberté pouvant être matérialisée par tout support¹⁰⁸⁶. En d'autres termes, pour que d'autres droits fondamentaux puissent être réalisés, tels que le droit à l'information, la liberté d'expression, y compris l'expression scientifique, et la communication des idées, il est d'abord nécessaire de garantir l'égalité d'accès à la ressource de base que constituent les données numérisées, y compris publiques et personnelles en tant qu'éléments informationnels.

486. Il est donc impératif d'établir un équilibre entre les droits exclusifs d'exploitation commerciale et les droits d'utilisation du public. De fait, si la libre circulation des données personnelles est l'axe fondamental sur lequel reposent la croissance de l'économie numérique et le développement de nouvelles technologies, telles que l'intelligence artificielle, la seule chose qui est préconisée est que le « domaine commun » de ces informations ne change pas de nature une fois qu'elles ont été collectées par les acteurs numériques. En d'autres termes, il est demandé que le droit d'usage sur ces informations dont ils ont eux-mêmes bénéficié reste ouvert, permettant ainsi la libre circulation des informations et des connaissances, dans un échange réciproque et bénéfique pour toutes les parties concernées¹⁰⁸⁷.

487. En effet, dans l'état actuel des choses, la théorie des biens, qui est à l'origine de la propriété privée, apparaît liée avec la définition négative de la liberté, qui est celle de la non circulation, en l'occurrence des données numérisées qui sont une source d'information et de connaissance¹⁰⁸⁸. C'est pourquoi l'intérêt général exprimé par la garantie des biens communs ne peut se situer uniquement au niveau de l'État, mais doit inclure les problèmes générés par la nécessité et l'urgence de protéger certains biens caractérisés par une interdépendance sociale. Il en est ainsi parce que les biens communs n'unissent pas seulement *de facto* tous les individus qui participent librement et gratuitement dans la production de données informationnelles, mais aussi parce qu'ils

¹⁰⁸⁶ Catherine Blaizot-Hazard, « Savoir et droits fondamentaux », *RFDA*, 2016, p. 708.

¹⁰⁸⁷ Lionel Maurel, Evgeny Morozov et le « domaine public » des données personnelles, [en ligne], 29 octobre 2017, paragraphe 25.

¹⁰⁸⁸ Marie-Anne Frison-Roche, in Catherine Blaizot-Hazard, « Savoir et droits fondamentaux », art. préc., p. 714.

créent un « patrimoine commun » qu'aucune politique nationale ou économique ne devrait jamais pouvoir confisquer ou privatiser¹⁰⁸⁹.

488. La Commission européenne, tout en reconnaissant la valeur sociétale potentielle des données pouvant conduire à un « bien-être durable », a commencé à souligner l'urgence d'échanger des données informationnelles. C'est notamment le cas de l'appel à un partenariat entre entreprises et gouvernements (B2G) afin d'exploiter toute la valeur économique et sociétale des données, dans le cadre d'un échange systématique entre le secteur privé et les autorités responsables de la prise de décision et de la fourniture de services publics, même s'il reste un manque de clarté sur les modalités concrètes d'un tel échange¹⁰⁹⁰. Ces pratiques constituent un premier pas vers la reconsidération de la valeur intrinsèque non monétaire des données numériques. Or, elles continuent de s'appuyer uniquement et exclusivement sur les relations public-privé, laissant de côté l'inclusion et la participation des citoyens en tant que principaux contributeurs à la production des données.

489. Il s'agit donc, comme le souligne à juste titre Silvère Mercier, de trouver un équilibre entre « ouverture » (*open data*) et « fermeture » (*private data*) totales des données informationnelles. Il s'inspire des licences *creative commons*, pour envisager, par exemple, la possibilité de créer une sorte de « biens communs de la vie privée » (*privacy commons*), plaçant au centre de la régulation une gouvernance partagée qui, tout en déterminant l'usage commun des données personnelles, régule également la jouissance vitale des bénéfices que ces éléments informationnels apportent en contexte¹⁰⁹¹. En tout état de cause, et pour revenir à notre point de départ, il ne faut pas oublier c'est la « valeur fondamentale » des données par rapport aux droits indifférenciés concernant une généralité d'individus, qui fait de ces données informationnelles des « biens communs ».

¹⁰⁸⁹ Par analogie avec les « biens communs fondamentaux » de Luigi Ferrajoli, v. « Per una carta dei beni fondamentali », in Tecla Mazza et Paola Parolari (eds.), *Diritti Fondamentali. Le nuove sfide, op. cit.*, paragraphes 34 et 36.

¹⁰⁹⁰ À cet égard, v. Giorgia Ramazzotti, « Prospects of 'Business to Government' data sharing in Europe: Insights from Covid-19 and political philosophy, International development research network », September 2020 [En ligne]. Consulté le 24 juin 2021 ; <https://static1.squarespace.com/static/5e8ce9ff629cbb272fd0406f/t/5f6b6f124ca3f852afe0de41/1600937073062/Prospects+of+Business+to+Government+Data+Sharing+in+Europe.pdf>.

¹⁰⁹¹ Silvère Mercier, « Biens communs et données personnelles : il nous faut inventer ! », *Bibliobsession*, [en ligne], 12 mars 2014, paragraphe 9.

Paragraphe 2. L'approche sociale et le rôle de l'administration dans la production de données en tant que « biens communs informationnels »

490. En dernier lieu de la classification des biens fondamentaux, Ferrajoli identifie une troisième catégorie qu'il appelle les « biens sociaux ». Ce sont essentiellement des biens artificiels faisant l'objet de droits sociaux positifs, constitués de prestations positives, auxquelles correspondent, à titre de garanties, des obligations de résultat¹⁰⁹². En d'autres termes, la garantie publique des biens sociaux fondamentaux, qui dans la thèse du juriste italien se réfèrent à l'eau, à la nourriture et aux médicaments essentiels, résident dans l'obligation publique de les fournir, puisqu'ils dépendent de la production ou de la distribution humaine. En ce sens, ils ne peuvent être considérés en eux-mêmes comme universels, ni naturellement accessibles à tous, mais sont fondamentaux dans la mesure où ils sont des objets de droits sociaux, auxquels correspond la protection de la vie, de la santé et de l'intégrité des personnes en tant que sujets de droits¹⁰⁹³.

491. En effet, la considération des droits sociaux comme droits fondamentaux est une évolution relativement récente qui s'est affirmée dans les constitutions du siècle dernier, grâce à un changement de signification du plus significatif des droits de l'homme, qu'est le droit à la vie. Le caractère vital des biens sociaux étant considéré de moins en moins comme un fait naturel et de plus en plus comme un fait social, d'où qu'en l'absence de garanties sociales, ces biens soient au cœur des inégalités en dépit d'une croissance économique constante¹⁰⁹⁴.

492. Par conséquent, la garantie d'un accès universel aux biens sociaux fondamentaux n'est possible, selon Ferrajoli, qu'au moyen d'une logique de soustraction partielle ou totale du marché, en plus d'une distribution et, le cas échéant, d'une production qui devraient être confiées à la sphère publique car, dans la pratique, ces biens sociaux font également l'objet de droits patrimoniaux, ce qui signifie qu'ils peuvent aussi

¹⁰⁹² Luigi Ferrajoli, « Per una carta dei beni fondamentali », in Tecla Mazzarese et Paola Parolari (eds.), *Diritti Fondamentali. Le nuove sfide, op. cit.*, paragraphe 22.

¹⁰⁹³ *Ibidem*.

¹⁰⁹⁴ Luigi Ferrajoli, « Per una carta dei beni fondamentali », in Tecla Mazzarese et Paola Parolari (eds.), *Diritti Fondamentali. Le nuove sfide, op. cit.*, paragraphes 32 et 33.

être qualifiés de biens patrimoniaux privés¹⁰⁹⁵. Cela étant, cette patrimonialité sur les biens sociaux fondamentaux ne doit pas être étrangère à la vitalité dont dépendent les droits fondamentaux que sont la vie, la santé et l'intégrité physique et morale des personnes.

493. Les biens sociaux méritent donc un investissement public substantiel dans les dépenses sociales et ce comme première condition de la productivité tant individuelle que collective. A défaut, le manque d'approvisionnement de ces biens, objets de droits sociaux fondamentaux, risque d'avoir un coût d'investissement plus élevé à moyen et long terme, notamment parce que les impacts de l'insatisfaction des droits sociaux se répercutent directement sur le bien-être et la santé de la population en général¹⁰⁹⁶. En vertu de ce qui précède, il est important de comprendre la dimension sociale de certains biens informationnels car, indépendamment de leur nature économique privée, ils seraient indispensables à la pleine réalisation des droits sociaux fondamentaux des individus.

494. Par analogie, la production de données par l'administration doit revêtir une dimension sociale et c'est parce qu'elles sont nécessaires à la satisfaction de certains droits fondamentaux que leur ouverture doit être considérée comme vitale vis-à-vis d'un ensemble de prérogatives. Cela comprend, entre autres, le droit à l'information, la liberté d'expression, la communication des idées, la liberté de création et la liberté d'entreprendre. Or, comme cela a été soutenu, la production de données publiques, en particulier celles émanant de la sphère personnelle des citoyens, doit respecter pleinement *a minima* deux autres droits fondamentaux : le respect de la vie privée et la protection des données personnelles.

495. Cela conduit à comprendre la dimension sociale des données publiques non seulement dans le sens de leur production, mais aussi dans le sens de leur protection, notamment car une partie de ces éléments informationnels, émanant directement des données personnelles des citoyens, sont des objets directs de la protection sociale des droits fondamentaux. En d'autres termes, l'État doit être en mesure de garantir une double dimension sociale : d'une part, du côté de la production, lorsque cela relève de la compétence administrative et puisque les données informationnelles sont déterminantes

¹⁰⁹⁵ Luigi Ferrajoli, « Per una carta dei beni fondamentali », in Tecla Mazzaresse et Paola Parolari (eds.), *Diritti Fondamentali. Le nuove sfide*, op. cit., paragraphe 34.

¹⁰⁹⁶ *Ibidem*.

pour la réalisation du droit à l'information, de la liberté d'expression, de la communication des idées, de la liberté de création et de la liberté d'entreprise ; d'autre part, du côté de la sauvegarde des droits fondamentaux, lorsque ces éléments d'information sont déjà mis en circulation, notamment parce que l'État doit assurer le respect de la vie privée et la protection des données personnelles.

496. Considérer l'information publique comme un bien commun à finalité sociale (« bien social fondamental » dans la thèse de Ferrajoli) pourrait constituer une base solide pour la gouvernance des données publiques, issues des informations des citoyens, en particulier parce que ce fait conduirait à la reconnaissance d'une dimension sociale dans la production et la réutilisation des données personnelles. Ainsi, tout comme la santé est un droit individuel qui dépend d'une « hygiène publique », l'efficacité de la protection de la vie privée dépendrait d'une « hygiène publique numérique » qui est actuellement absente¹⁰⁹⁷.

497. De même, en consacrant une dimension sociale, la production et la protection des données publiques, issues des informations personnelles, conduirait à la reconnaissance d'une finalité sociale qui comprendrait également des droits et des mécanismes collectifs à dimension pluripersonnelle. En d'autres termes, la finalité sociale ouvrirait la porte à la possibilité de protéger la vie privée et les données personnelles des citoyens de manière diffuse, ainsi que de garantir leur accès aux données, informations et connaissances publiques en tant que droits fondamentaux¹⁰⁹⁸. Alain Supiot, l'un des plus grands penseurs du droit social en France, explique à ce propos qu'on ne peut pas s'en tenir strictement à la séparation habituelle entre droits individuels et droits collectifs, car il existe des droits individuels qui ne peuvent être exercés que collectivement (comme par exemple le droit de grève) et, à l'inverse, il existe des droits collectifs qui ne peuvent être exercés qu'individuellement (notamment le droit à la formation dont l'existence et les

¹⁰⁹⁷ Lionel Maurel, « Evgeny Morozov et le 'domaine public' des données personnelles », [en ligne], 29 octobre 2017, paragraphe 44.

¹⁰⁹⁸ Comme cela a été souligné dans le cas de l'*actio popularis*, qui devrait être renforcée pour devenir un véritable levier de l'action diffuse dans la défense de la vie privée et la protection des données personnelles. Cf. *supra* : « La naissance de la 'titularité diffuse' et l'encadrement juridique des 'biens communs' », en page 210 ; v. également François Voefray, *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, Presses Universitaires de France, colle. « Publications de l'Institut universitaire des Hautes Etudes Internationales de Genève », 2004, 401 pages.

contours sont le résultat d'une négociation collective mais qui, en définitive, sont directement activés à titre individuel par la personne concernée)¹⁰⁹⁹.

498. Le « faisceau d'utilités » auquel les informations publiques et données personnelles sont soumises fait, dès lors, l'objet de plusieurs droits collectifs mais qui ne peuvent pas être activés, pour l'instant, que sur une base individuelle. À l'ère du numérique, ce fait rend la protection des données profondément utopique, d'autant plus qu'elle s'inscrit dans un contexte de réseau et de libre circulation des données. Il serait alors opportun de mettre en place un mode d'exercice de ces droits dans le cadre d'une dimension collective qui conduirait, par là même, les États et les plateformes à une forme de protection sociale, diffuse et décentralisée de la vie privée¹¹⁰⁰.

¹⁰⁹⁹ Lionel Maurel, « Evgeny Morozov et le 'domaine public' des données personnelles », [en ligne], 29 octobre 2017, paragraphe 43.

¹¹⁰⁰ Lionel Maurel, « Evgeny Morozov et le 'domaine public' des données personnelles », [en ligne], 29 octobre 2017, paragraphe 45.

Conclusion du Chapitre 1

499. La thèse des « biens fondamentaux » du juriste italien Luigi Ferrajoli est d'une grande portée dans la construction de la théorie des biens communs, en l'occurrence informationnels. L'auteur distingue les biens fondamentaux en trois sous-catégories : les biens très personnels, les biens communs et les biens sociaux. Les premiers feraient l'objet de droits passifs consistant en des immunités ou des libertés contre toute atteinte, appropriation ou utilisation par des tiers, comme le cas du traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée ; les seconds feraient l'objet de droits actifs de liberté consistant non seulement en des immunités, mais aussi en des facultés comme le droit d'accès, d'utilisation et de jouissance commune, notamment dans le cas des données publiques telles qu'elles sont conçues aujourd'hui dans la loi et la jurisprudence ; enfin, les tiers feraient l'objet de droits sociaux garantis par une obligation de fournir de l'État, par la publication et la diffusion de données publiques, qui peuvent aussi être issues des données personnelles des citoyens, sous réserve d'anonymisation, dans le cadre de missions de service public spécialisées et générales.

500. La complexité de traiter avec précision l'ensemble des intérêts auxquels les données sont soumises tient cependant au fait que les éléments informationnels, y compris les données publiques et personnelles, sont opposés selon deux théories, l'une d'ordre « personnaliste » et l'autre « fonctionnaliste ». D'une part, le débat sur la titularité des données publiques par l'administration s'oppose effectivement aux intérêts fonctionnels dont elles peuvent faire l'objet de la part du public. D'autre part, dans le cas des données personnelles, la titularité de ces données s'oppose aux utilités fonctionnelles qu'elles peuvent procurer dans le cadre d'une économie de la donnée et d'un marché de l'information en pleine expansion. La théorie des biens communs, qui dans la thèse de Ferrajoli fait référence à un ensemble de « biens fondamentaux », pourrait en ce sens constituer un point de départ viable pour aborder la complexité des intérêts entourant ces éléments informationnels.

501. En effet, chacune des utilités des éléments informationnels est corrélée à un droit de la part de celui qui l'exerce, et c'est ce « faisceau d'utilités » et « de droits » qui détermine progressivement « l'écosystème des relations juridiques » des données au sein du droit positif. Toutefois, si les droits exclusifs (principalement les droits personnels et de propriété intellectuelle) sont généralement bien définis, il n'en va pas de même pour

les droits collectifs qui s'appliquent aux différents usages qui peuvent être faits des données en tant qu'éléments fonctionnels. De fait, la valeur non monétaire des données en tant que bien fondamental, c'est-à-dire en tant qu'élément circulant qui véhicule des informations et crée des connaissances, est mal comprise par les acteurs du droit. C'est pourquoi, afin d'approfondir la théorie des biens communs, il est proposé de partir de la base des droits fondamentaux, notamment parce que ce cadre juridique tend à protéger de manière indifférenciée une généralité d'individus, ce qui en pratique accorde ou devrait accorder une sorte de protection collective à un groupe non identifiable de sujets titulaires de ce droit pluri et transpersonnel, sans nécessairement affecter sa valeur informationnelle.

502. Historiquement, la figure juridique consacrée par le droit romain pour un type de protection similaire était l'*actio popularis*. Celle-ci avait pour but de protéger les biens appartenant au public contre un usage exclusif, notamment dans le cas des théâtres ou des places publiques. La doctrine contemporaine, quant à elle, se fonde sur une évolution juridique qui inclut l'appropriation d'éléments immatériels appartenant à un « domaine commun de l'inappropriable ». Elle fait appel à la reconnaissance de nouvelles figures telles que la titularité, l'action et la protection diffuses, sur ce que l'on propose de consacrer comme biens communs, en l'espèce informationnels et ce en raison de la valeur fonctionnelle intrinsèque qu'ils portent en eux.

503. Ainsi, la théorie des biens communs vient révolutionner le monde du droit en proposant la création de nouvelles figures juridiques et de nouveaux sujets de droit (notamment le public en tant que personne moral indéterminé) dans le cadre d'une évolution des relations entre les personnes et de celles-ci avec les objets du monde auquel elles appartiennent, et pas nécessairement celui qui leur appartient. L'État et son administration ont un rôle important à jouer à cet égard, c'est pourquoi il est pertinent d'examiner son évolution, en particulier la manière dont il entre en relation et traite avec le public.

Chapitre 2. Vers un « coopérativisme ouvert » dans la production publique de données informationnelles

504. Les nouvelles formes de « production par les pairs »¹¹⁰¹ créent des fonds communs de connaissances, de code et de conception, ainsi que des secteurs socio-économiques et techniques innovants de production et de gouvernance. C'est notamment le cas des logiciels libres, des connaissances ouvertes, de la conception ouverte et du *hardware* ouvert, tous fondés sur la collaboration sociale et le partage, visant à devenir un secteur des biens communs autonome et autosuffisant. Pour l'instant, cependant, ils restent généralement subordonnés à des marchés hyperconcurrentiels avec des dynamiques de performance capitaliste¹¹⁰². La forme juridique des sociétés coopératives apparaît en ce sens comme une fenêtre d'opportunité à explorer, notamment parce qu'au moins 12% de la population mondiale est considérée comme faisant partie d'une des trois millions de coopératives dans le monde, fournissant du travail et des opportunités d'emploi à 10% de la population active et générant un chiffre d'affaires de 2,146 milliards de dollars¹¹⁰³, équivalents à ce qui serait la cinquième économie du monde¹¹⁰⁴.

505. En principe, il est considéré qu'un projet de coopérativisme ouvert permettrait de résoudre deux problèmes non résolus de la gouvernance des données comme biens communs : d'une part, il donnerait un nouveau sens à la coopération sociale, qui est devenue un nouvel « actif » pour le capital, les acteurs privés investissant activement dans des plateformes collaboratives et distribuées fondées sur des approches participatives, car la valeur sociale des utilisateurs peut être convertie en une valeur

¹¹⁰¹ La « production par les pairs » est un terme inventé par Yochai Benkler, professeur à la Harvard Law School. Il décrit un nouveau modèle de production socio-économique dans lequel un grand nombre de personnes travaillent en coopération, généralement sur Internet. La production des biens communs par les pairs a souvent des structures hiérarchiques plus flexibles que dans les modèles économiques traditionnels, et est conçue généralement sans que les contributeurs aient besoin d'une compensation financière. Dans l'environnement de production de l'information, « [l]a production par les pairs joue un rôle plus important [...] que ce qui était théoriquement admissible par tout modèle économique de motivation et d'organisation qui prévalait au début du millénaire ». V. Yochai Benkler, « Peer Production, the Commons, and the Future of the Firm », *Strategic Organisation*, vol. 15, n. 2, 2017, pp. 264 - 274.

¹¹⁰² Pat Conaty et David Bollier, *Toward an open co-operativism, A new social economy based on open platforms, co-operative models and the commons*, A report on Commons Strategies Group Workshop, Belin, Germany, 27-28 August 2014, p. 1 [en ligne]. Consulté le 24th November 2021 : https://base.socioeco.org/docs/open_20co-operativism_20report_2c_20january_202015_0.pdf.

¹¹⁰³ Alliance coopérative internationale, « Faits et chiffres » [en ligne]. Consulté le 30 septembre 2022 : <https://www.ica.coop/fr/coop/C3%A9ratives/faits-et-chiffres>

¹¹⁰⁴ D'après Dave Grace et associés, « Mesurer la taille et la portée de l'économie coopérative : résultats du Consensus mondial des coopératives 2014 », pour le Secrétariat des Nations unies Département des affaires économiques et sociales, Division des politiques sociales et du développement social, avril 2014, [en ligne]. Consulté le 24th novembre 2021 : <https://www.un.org/esa/socdev/documents/2014/coopsegm/grace.pdf>.

d'échange rentable au profit de l'investissement ; d'autre part, il repenserait l'usage effectif du potentiel des données en tant que bien commun, principalement au profit d'une économie sociale et solidaire (ESS) et évitant ainsi la subordination à la seule logique et discipline des lois du marché¹¹⁰⁵ .

506. De cette manière, les coopératives de données pourraient se concentrer sur une production conforme aux valeurs et aux principes défendus par l'ESS, c'est-à-dire servir le bien commun et ne pas se concentrer seulement sur le rendement exclusif du capital. Cela entraîne de respecter le principe fondamental de la gouvernance démocratique au sein du modèle coopératif, en fonctionnant sur le principe « un membre, une voix »¹¹⁰⁶ plutôt que « un euro, une voix » comme dans le cas des entreprises d'investissement. Autrement dit, il s'agit d'intégrer tous les participants à la chaîne de valeur, d'accorder un droit d'adhésion et d'étendre sa portée démocratique pour inclure un éventail plus large de parties prenantes, explorant de nouvelles formes de collaboration pour la coproduction active de biens communs dont ils sont aussi des bénéficiaires¹¹⁰⁷ .

507. Tenant compte de ce qui précède, Pat Conaty et David Bollier proposent d'appeler ce nouveau modèle économique « coopérativisme ouvert », fondé sur un modèle d' « économie éthique » qui propose de donner naissance à un type de marché innovant dans lequel les principaux acteurs sont des entrepreneurs coproduisant des biens communs et promouvant leurs objectifs par le biais de coalitions éthiques ou d'orientation collective¹¹⁰⁸. La mise en œuvre de « licences de réciprocité basées sur les biens communs » (*commons-based reciprocity licences*) est un exemple de cette forme de modèle coopératif qui permet de conserver la valeur d'échange dans la sphère des biens communs et de ses acteurs, tout en laissant la porte ouverte à l'inclusion volontaire de nouveaux membres à cette dynamique de coproduction¹¹⁰⁹. Au cas d'espèce, il s'agirait

¹¹⁰⁵ Pat Conaty et David Bollier, *Toward an open co-operativism, A new social economy based on open platforms, co-operative models and the commons*, A report on Commons Strategies Group Workshop, préc. [en ligne], p. 3.

¹¹⁰⁶ Le principe « une personne, une voix » est considéré comme un axe majeur au sein de l'économie sociale et solidaire. Il est référencé sous le terme de « gouvernance démocratique » dans l'article 1 de la LOI n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire. *JORF* n°0176 du 1 août 2014.

¹¹⁰⁷ Pat Conaty et David Bollier, *Toward an open co-operativism, A new social economy based on open platforms, co-operative models and the commons*, A report on Commons Strategies Group Workshop, préc. [en ligne], p. 7.

¹¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 10.

¹¹⁰⁹ Sur les « licences de réciprocité basées sur les biens communs », v. le site : Commons transition, Commons based reciprocity licences [en ligne]. Consulté le 18 mars 2022 : <https://commonstransition.org/commons-based-reciprocity-licenses/>

donc de développer de coopératives ouvertes mettant en œuvre ce type de licences, notamment pour la coproduction de données informationnelles en tant que « biens communs numériques ».

508. Ceci conduit à un examen des principes de la démocratie et de l'inclusivité qui sont au cœur du renouvellement de la titularité des données détenues par l'administration (Section 1). Ce fait nous amène également à l'analyse d'un nouveau modèle de gouvernance et de partage des données, notamment à travers la proposition du Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la gouvernance européenne des données – *Data governance act* (Section 2).

Section 1. Du public au commun, la démocratie et l'inclusivité au cœur du renouvellement de la titularité des données publiques

509. Tout d'abord, il convient de rappeler que la notion de biens publics trouve ses racines dans la notion de *res publicae* qui, en droit romain, désigne tout ce qui appartient au peuple et dont l'usage est commun à tous¹¹¹⁰. De même, le terme est lié à la notion de « république » qui désigne l'organisation politique et le libre gouvernement des affaires de la cité¹¹¹¹. Cela permet d'entrevoir comment la notion de « bien public » a évolué au fil du temps et comment elle est liée aux concepts et pratiques de « gouvernement » et de « démocratie », notamment parce que le concept de biens communs remet en question la relation entre le public, l'État, la démocratie et l'usage commun.

510. Les impasses dans lesquelles se trouve l'approche classique des biens publics, en particulier dans sa relation patrimoniale avec l'État, révèlent néanmoins une déformation du terme. En effet, bien qu'étymologiquement et originellement le « public » renvoie au peuple et aux citoyens, il fait désormais l'objet de pratiques politiques visant à modifier le droit administratif, notamment en ce qui concerne la propriété publique comme droit exclusif de l'administration, ce qui dissout collatéralement les liens démocratiques entre l'État et le peuple¹¹¹². Il en résulte également un remplacement

¹¹¹⁰ Cf. *supra* : « Vers la reconnaissance d'un "domaine commun informationnel" ? », sur la page 79.

¹¹¹¹ Fabienne Orsi, « Biens publics, communs et Etat : quand la démocratie fait lien », article issu du Colloque Cerisy *Vers une république des communs ?*, 8-15 septembre 2016, version préliminaire de l'article éponyme à paraître en 2018, p. 2. (hal-01884973).

¹¹¹² *Ibidem*.

complet du concept de titularité par celui de propriété comme capacité de l'administration à être le sujet de droits subjectifs.

511. On peut constater une fois de plus la pénétration de la science économique dans l'univers du droit, auquel l'idée du « public », en tant qu'être moral et collectif, est étrangère à l'idée d'une attribution exclusive des droits économiques à une personne en particulier, qu'il s'agisse de biens publics ou privés¹¹¹³. En tant que fondement historique, on notera que le statut juridique des biens publics en droit romain reposait sur un acte formel par le biais du processus de *publicatio*, dont le but était d'instituer certains biens pour un usage public, les faisant sortir de la sphère du commerce et, par là même, du circuit de la propriété et de l'échange¹¹¹⁴. Cela signifie que la *res publicae* n'était pas conçue comme une propriété de l'État, mais comme une « copropriété des *cives* »¹¹¹⁵.

512. Sous le prisme du droit romain, les biens publics comprennent, entre autres, les moyens de communication (routes, ponts ou structures d'ingénierie et ports), ainsi que les places et les basiliques, les cirques, les théâtres, les marchés et les thermes ; « ces choses étaient dites publiques en ce sens précis qu'elles étaient librement accessibles à tous, comme si chacun des membres du *populus* eût sur elles un droit attaché à sa qualité de citoyen, imputé à ce qu'il y avait de public dans sa personne – comme si chacun fut porteur d'une double personnalité privée et politique, et qu'à ce second titre les choses de la cité lui appartenait à lui comme à tous, mais inaliénablement »¹¹¹⁶. Les biens publics étaient donc considérés comme inaliénables et inappropriables, non pas en vertu d'une forme de propriété étatique, mais en raison de leur affectation à l'usage public¹¹¹⁷.

513. Dans le droit moderne, en revanche, le concept est lié à l'idée de reconnaître une personnalité juridique à l'État et de lui attribuer des droits réels exclusifs sur la *res publicae*, ce qui permet de transformer la chose en bien public. Pour Mikhaïl Xifaras, cette thèse de la propriété, qui s'est développée à la fin du XIXe et au début du

¹¹¹³ Sur cet argument, *cf. supra* : « La réservation de la jouissance comme appropriation fictive des données publiques », en page 168.

¹¹¹⁴ En ce sens, v. Yan Thomas, « La valeur des choses. Le droit romain hors la religion », *Annales HSS*, vol. 57, n° 6, 2002, p. 1431-1462 ; repris par Paolo Napoli, « Indisponibilité, service public, usage. Trois concepts fondamentaux pour le commun et les "biens communs" », art. préc. p. 219.

¹¹¹⁵ Yan Thomas, *Les opérations du droit*, Hautes Etudes, EHESS Gallimard Seuil, 2011, p.27.

¹¹¹⁶ Yan Thomas, « La valeur des choses. Le droit romain hors la religion », art. préc. p. 1435.

¹¹¹⁷ Fabienne Orsi, « Biens publics, communs et Etat : quand la démocratie fait lien », art. préc. p. 3.

XXe siècle¹¹¹⁸, est à l'origine du remplacement du « public » (*populus*) par l'État¹¹¹⁹. Elle repose sur une théorie de l'État conçue sur le principe de la personnalité juridique, qui vise à unir l'ensemble du droit administratif à la notion de droits subjectifs au profit de celui-ci¹¹²⁰.

514. En d'autres termes, ce serait par la reconnaissance de droits subjectifs à l'État, en tant que personne juridique, que s'ouvre la porte au droit de propriété sur les choses appartenant au domaine public. Cependant, de nos jours, la propriété publique, dont l'élaboration est discutée à la lumière du modèle de la propriété privée, envisage encore un « régime spécial » de propriété publique qui empêche l'aliénation des biens ainsi que l'insaisissabilité et l'interdiction de cession à vil prix, pour autant que ceux-ci soient considérés comme appartenant au domaine public¹¹²¹. C'est donc à travers la personnalité juridique de l'État que s'estompe l'idée que la *res publicae* appartient au public et qu'une confusion s'installe entre « biens publics » et « biens d'État »¹¹²².

515. Ce passage de l'histoire du droit, dans lequel des droits subjectifs sont attribués à l'État, s'inscrit principalement dans le contexte de la Troisième République française et est consacré sous la Cinquième République, notamment parce qu'il s'agit d'une période où la lutte politique et idéologique définissant l'État visait un débat doctrinal en vue de redéfinir le droit administratif¹¹²³. L'objet de notre étude n'est pas nécessairement celui d'entrer dans les détails de ce processus historique, or il faut

¹¹¹⁸ En effet, depuis le début du XXe siècle, les personnes publiques sont considérées comme exerçant un droit de propriété non seulement sur leur domaine privé, mais aussi sur le domaine public. V. Conseil d'Etat, 16 juillet 1909, Ville de Paris et Chemins de fer d'Orléans, publié au recueil, p. 707, conclusions G. Tessier ; S., 1909, p. III, 97, note M. Hauriou ; repris par Norbert Foulquier, « Domaine public (Droit administratif) » in Marie Cornu, Fabienne Orsi et Judith Rochfeld (dir), *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017, p. 374.

¹¹¹⁹ V. Mikhaïl Xifaras, « Le code hors du code. Le cas de la "transposition" de la propriété au droit administratif », *Droits*, PUF, n° 42, 2005, p. 49-74 ; la même thèse est soutenue par Giorgio Resta qui affirme que : « À long terme, le modèle propriétaire a prévalu, entraînant la disparition du public non organisé sous l'ombre de la "propriété administrative" de l'État », V. Giorgio Resta, "Systems of Public Ownership", in Michele Graziadei - Lionel Smith, eds., *Comparative Property Law: Global Perspectives*, Edward Elgar, 2017, p. 14. <https://ssrn.com/abstract=2684826>

¹¹²⁰ V. en ce sens : Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, LRGLA, 1893.

¹¹²¹ Fabienne Orsi, « Biens publics, communs et Etat : quand la démocratie fait lien », art. préc., p. 5 ; v. aussi Conseil constitutionnel, n° 86-297 DC, 25-26 juin 1986 : *AJDA*, 1986, p. 575, note J. Rivero ; Conseil constitutionnel, n° 94-346 DC, 21 juillet 1994 : *AJDA*, 1994, p. 786, note G. Gondouin ; *RFDA*, 1994, p. 1106, note C. Lavialle. Lavialle ; repris par Norbert Foulquier, « Domaine public (Droit administratif) » in Marie Cornu, Fabienne Orsi et Judith Rochfeld (dir), *op. cit.*, p. 372.

¹¹²² *Ibidem*.

¹¹²³ Voir Norbert Foulquier, « L'analyse du discours juridique : le concept de droit subjectif en droit administratif », *CURAPP, Sur la portée sociale du droit, Usages et légitimité du registre juridique*, PUF, 2005, p. 44-99.

souligner que c'est par la reconnaissance de droits subjectifs à l'État que le « public » (*populus* en droit romain), « être moral et collectif », cesse d'être considéré comme un sujet de droit. Par conséquent, « incapable d'exercer lui-même les actes que requiert la conservation de son domaine, [...] c'est bien pourquoi l'administration de ce dernier est confiée à l'État, qui exerce ses droits au nom du public et pour son compte»¹¹²⁴ .

516. Actuellement, les dispositions régissant le droit de la propriété publique sont codifiées en France au sein du code général de la propriété des personnes publiques. Dès lors, en vertu de l'article L. 2111-1, « [s]ous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique [...] est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public »¹¹²⁵. Les personnes publiques étant l'Etat, les collectivités locales et les établissements publics¹¹²⁶.

517. Dans le cadre d'une analyse de cette question, Mikhaïl Xifaras souligne que c'est ainsi que « [n]on seulement l'État s'approprie les biens du public, mais il prend littéralement sa place »¹¹²⁷. Norbert Foulquier, lui, souligne que dans la vie de l'État, c'est la reconnaissance de droits subjectifs à celui-ci qui fait passer la démocratie au second plan, puisque, pour les tenants de cette thèse de la propriété, le jeu naturel du débat démocratique met en péril la stabilité de l'État lui-même¹¹²⁸. Par ailleurs, la plupart des juristes s'accordent à dire que la nature de la propriété publique est le résultat de la transposition de la propriété privée dans le domaine de la *res publicae*¹¹²⁹. L'étendue de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité du domaine public s'inscrivant dans le cadre d'une valorisation économique, qui contraste avec l'empire de la *res publicae* fondée sur le principe romain d'appartenance au peuple, garantissant en même temps son usage

¹¹²⁴ Mikhaïl Xifaras, « Le code hors du code. Le cas de la "transposition" de la propriété au droit administratif », art. préc. p. 54.

¹¹²⁵ Codifiée par l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du Code général de la propriété des personnes publiques, *JORF* n°95 du 22 avril 2006.

¹¹²⁶ Fabienne Orsi, « Biens publics, communs et Etat : quand la démocratie fait lien », art. préc. p. 6.

¹¹²⁷ Mikhaïl Xifaras, « Le code hors du code. Le cas de la "transposition" de la propriété au droit administratif », art. préc. p. 61.

¹¹²⁸ Norbert Foulquier, « L'analyse du discours juridique : le concept de droit subjectif en droit administratif », art. préc. p. 52.

¹¹²⁹ V. en ce sens : Philippe Yolka, *La propriété publique - Eléments pour une théorie*, LGDJ, 1997.

commun par tous les citoyens et l'existence du lien démocratique et républicain entre la titularité de la chose et sa jouissance¹¹³⁰.

518. Ainsi, là où le droit romain qualifiait de biens publics ce qu'il voulait extraire du monde du commerce, le droit moderne a progressivement emprunté la voie de leur exploitation économique et de leur privatisation. Cela a conduit à donner de plus en plus de pouvoir à l'administration sur des biens qui appartenaient à l'origine au « public » (*populus*), même si l'administration n'est pas totalement omnipotente ou souveraine et que la propriété publique n'est pas non plus absolue¹¹³¹. Cela est dû au fait de certaines limites que lui impose le régime de la domanialité publique, notamment la procédure de consultation, d'enquête publique et de référendum¹¹³². Les biens publics échappent alors largement au contrôle des citoyens et le principe d'inappropriable, qui devrait leur être appliqué et qui était à l'origine lié à la citoyenneté, devient plus qu'une simple question de rédaction juridique aux conséquences politico-économiques, une reconquête démocratique par le *populus* en tant que sujet de droit¹¹³³. Les biens communs apparaissent au cœur de ce régime de titularité renouvelé notamment sous l'idée de « titularité diffuse », ce qui n'est pas exempt de donner lieu à d'autres types de concepts tels que l'« intérêt commun ».

Paragraphe 1. De l'intérêt public et général à l'« intérêt commun » des données publiques

519. Les prérogatives qui émanent de la notion de biens communs, que l'on pourrait qualifier, si l'on veut, de forme de « propriété démocratique », permettent

¹¹³⁰ Fabienne Orsi, « Biens publics, communs et Etat : quand la démocratie fait lien », art. préc. p. 6.

¹¹³¹ *Ibidem*.

¹¹³² Le droit public français prévoit la participation du public au processus décisionnel, bien que celle-ci soit rarement effective. Par exemple, dans le cas de la procédure de consultation et d'enquête publique, la participation du public se limite à donner un avis sur les projets de décisions administratives. De même, dans le cas du référendum, organisé par les autorités locales, bien qu'un réel pouvoir de décision soit reconnu, les décisions relatives au domaine public doivent être limitées au périmètre de considération du référendum et les autorités accepter d'avance d'organiser ces consultations populaires. De droit, l'article LO1112-2 du code général des collectivités territoriales pose que : « L'exécutif d'une collectivité territoriale peut seul proposer à l'assemblée délibérante de cette collectivité de soumettre à référendum local tout projet d'acte relevant des attributions qu'il exerce au nom de la collectivité, à l'exception des projets d'acte individuel » ; codifié par la Loi n° 96-142 du 21 février 1996 relative à la partie Législative du code général des collectivités territoriales, *JORF* n°47 du 24 février 1996 et modifié par la Loi n°2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales – art. 122, *JORF* 17 août 2004. Par exclusion, les autorisations d'occupation privée ne sont donc pas soumises au référendum. V. Norbert Foulquier, « Domaine public (Droit administratif) » in Marie Cornu, Fabienne Orsi et Judith Rochfeld (dir), *Op. cit.* p. 375.

¹¹³³ Fabienne Orsi, « Biens publics, communs et Etat : quand la démocratie fait lien », art. préc. p. 7.

d'identifier les biens appartenant au *populus* et conduisent à dépasser deux notions classiques du droit. En effet, on remet en cause, d'une part, le droit subjectif compris comme le seul type de prérogative possible à l'égard d'une chose et, d'autre part, l'intérêt individuel et représentatif (au nom du public) que possède une personne publique à l'égard de la propriété de certains biens. La déconstruction de ces deux notions permet de développer la conceptualisation des intérêts multi-personnels, au-delà de la dimension exclusivement individuelle ou générale de l'État¹¹³⁴. Étant donné que l'intérêt individuel de la personne publique ne peut pas toujours être traduit en une sorte de représentation sociale, on focalisera ici sur les notions d' « intérêt public » et d' « intérêt général » dans le but d'ouvrir la voie à la compréhension d'une nouvelle forme d'intérêt qu'une partie de la doctrine propose de qualifier d' « intérêt commun ».

520. Force est de constater que la notion d'intérêt public renvoie traditionnellement à l'intérêt de l'État et de son administration, même si depuis quelque temps l'intérêt public est considéré par la doctrine publiciste comme synonyme d'intérêt général¹¹³⁵. Deux hypothèses prédominent à cet égard : d'une part, au sein du plan organique qui désigne l'intérêt public comme l'intérêt supérieur d'une institution, qu'il s'agisse d'une institution étatique ou communautaire dans l'intérêt des collectivités locales, de l'intérêt national ou de l'intérêt supranational ; d'autre part, au sein du plan matériel qui marque le rattachement de l'intérêt public à une dimension transcendante de l'intérêt général (bien que dans ce cas il y ait encore confusion chez les juristes dans le sens où l'intérêt général serait le résultat d'un arbitrage entre les intérêts en présence)¹¹³⁶. En tout état de cause, à des fins pratiques, le droit positif prévoit, selon l'article L2112-1 du CGPPP, que « font partie du domaine public mobilier de la personne publique

¹¹³⁴ V. Chiara Angiolini, Marie-Pierre Camproux Duffrene, Rocio del Pilar Trujillo Sosa, Daniela Festa et Thomas Perroud, « Les intérêts à reconnaître », dans Judith Rochfeld, Marie Cornu et Gilles J. Martin (dirs.), *L'échelle de communalité : propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, Rapport final de recherche n° 17-34 2021, p. 331 [en ligne]. Consulté le 12 novembre 2021 : <http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/lechelle-de-communalite/>

¹¹³⁵ V. Didier Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, préface Jean Boulouis, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », 1977, p. 277 : « Les termes : intérêt général, intérêt public, utilité publique, ou celui, plus rarement employé [...] d'intérêt national sont synonymes ».

¹¹³⁶ Mustapha Mekki, « Intérêt public » in Marie Cornu, Fabienne Orsi et Judith Rochfeld (dir), *op. cit.* p. 697.

propriétaire les biens présentant un *intérêt public* du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science ou de la technique » [nous soulignons]¹¹³⁷.

521. En effet, la privatisation des biens publics et la délégation des services du secteur public au secteur privé, ainsi que la fragmentation de l'intérêt général « diversifié, éclaté et hiérarchisé », ont fait que l'intérêt public ne peut plus être considéré comme la simple expression « d'une sphère publique supérieure aux intérêts particuliers »¹¹³⁸. Il en va de même pour l'intérêt général de l'État, que l'on considère aujourd'hui comme composé d'une multitude d'intérêts publics contradictoires, notamment en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique¹¹³⁹ ou en droit de l'urbanisme¹¹⁴⁰. Cela a conduit à une transformation générale du droit administratif, marquant une « nouvelle [forme de] rationalité administrative »¹¹⁴¹ dans laquelle la rupture de l'intérêt public conduit à une dilution de l'intérêt général et de celui-ci avec les intérêts privés, publics, collectifs et individuels. « [L]e pragmatisme dont le juge fait désormais preuve à l'égard de ce que recouvre l'intérêt public [répercutant] directement sur l'appréhension conceptuelle de l'intérêt général devenu plus 'concret' et servant de fondement à un véritable contrôle d'opportunité »¹¹⁴².

522. Axe central de nombreuses constructions juridiques publiques et privées, l'intérêt général est considéré comme la colonne vertébrale du droit public mais aussi comme un pilier fondamental du droit privé, puisqu'il permet d'assurer à la fois une fonction de limitation et une fonction de légitimation, dont la conception dépend de sa place et de son rôle spécifiques au sein de l'État et de la société¹¹⁴³. Deux critères sont

¹¹³⁷ Article L2112-1 du Code général de la propriété des personnes publiques, codifié par Ordonnance n°2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du Code général de la propriété des personnes publiques, *JORF* n°95 du 22 avril 2006, et modifié par Ordonnance n°2017-1117 du 29 juin 2017 relative aux règles de conservation, de sélection et d'étude du patrimoine archéologique mobilier – art. 2, *JORF* n°0152 du 30 juin 2017.

¹¹³⁸ Gilles Pellissier, *Le contrôle des atteintes au principe d'égalité au nom de l'intérêt général par le juge de l'excès de pouvoir*, thèse de doctorat en Droit public, sous la direction de Georges Dupuis, Paris 1, 1995, p. 85 ; repris par Mustapha Mekki, « Intérêt public » in Marie Cornu, Fabienne Orsi et Judith Rochfeld (dirs.), *Op. cit.*, p. 698.

¹¹³⁹ V. Conseil d'Etat, Assemblée, 28 mai 1971, n° 78825, publié dans le rapport Lebon, p. 410.

¹¹⁴⁰ V. Conseil d'Etat, Assemblée, du 18 juillet 1973, N° 86275, publié au recueil Lebon, p. 495 et seq.

¹¹⁴¹ Didier Linotte, *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif*, thèse de doctorat en Droit public, sous la direction de Jean-Marie Auby, Bordeaux 1, dactyl, 1995, p. 420 ; repris par Mustapha Mekki, « Intérêt public » in Marie Cornu, Fabienne Orsi et Judith Rochfeld (dir.), *Op. cit.*, p. 698.

¹¹⁴² Didier Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, *Op. cit.* p. 240 et s., spéc. 368 et 369 ; repris par Mustapha Mekki, « Intérêt public » in Marie Cornu, Fabienne Orsi et Judith Rochfeld (dirs.), *Op. cit.* p. 698.

¹¹⁴³ Mustapha Mekki, « Intérêt général (approche juridique) » in Marie Cornu, Fabienne Orsi et Judith Rochfeld (dirs.), *op. cit.* p. 694.

dominants en ce qui concerne ce positionnement. D'une part, un critère quantitatif qui pose la question de la représentativité comme relevant de l'unanimité (c'est-à-dire l'intérêt de tous, dans sa dimension idéale) ou de la majorité (à savoir l'intérêt du plus grand nombre, dans sa dimension réaliste) toujours incarné par un « Tiers-état » qui met en évidence le lien entre intérêt général et représentativité¹¹⁴⁴. D'autre part, un critère qualitatif qui met en avant la relation entre l'intérêt général et les intérêts particuliers, notamment dans sa dimension transcendante et immanente (la transcendance supposant un principe extérieur, supérieur et distinct des intérêts particuliers, qui est un facteur d'unité, d'ordre et de cohérence en tant que Bien *en soi*, puisqu'il appartient au monde stable des idées ou de l'intelligible qui s'impose au monde instable et sensible des intérêts particuliers), tandis que l'immanent se référant à un intérêt au sein d'un autre, dont on est partie et participant, irréductible à l'unité et qui ne dépend pas nécessairement d'une action extérieure, faisant partie intégrante de la richesse de la diversité et de la pluralité des intérêts individuels représentés par l'intérêt général¹¹⁴⁵.

523. Pour Mustapha Mekki, sur qui nous nous appuyons pour une grande partie de l'analyse de la différenciation de cet écosystème d'intérêts, aucun de ces critères ne s'impose de manière exclusive et l'intérêt général devrait être considéré comme un point d'équilibre entre le transcendant et l'immanent (autrement dit « auto-transcendant ») car toute idée immanente a quelque chose de transcendant et vice versa¹¹⁴⁶. Par exemple, la légitimité immanente peut compléter une détermination transcendante de l'intérêt général, tout comme la légitimité transcendante peut être soutenue par une détermination immanente de l'intérêt général¹¹⁴⁷.

524. Du côté de la mise en œuvre, en droit public français et malgré les difficultés pratiques à établir une définition harmonisée, l'intérêt public et l'intérêt

¹¹⁴⁴ Mustapha Mekki suggère que la dimension idéaliste de l'intérêt de tous s'appuie sur les études de Jean-Jacques Rousseau et la dimension réaliste de l'intérêt de la majorité sur les travaux d'Alexis de Tocqueville. V. en ce sens : Mustapha Mekki, « Intérêt général (approche juridique) », in Marie Cornu, Fabienne Orsi et Judith Rochfeld (dirs.), *Op. cit.* p. 694. En ce qui concerne le concept de Tiers-Etat, l'auteur nous renvoie également à : Emmanuel Sieyès Emmanuel Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers état ?*, édition critique avec une introduction par Edme Champion, Paris, Société de l'histoire de la Révolution Française, 1888.

¹¹⁴⁵ Sur le « caractère immanent » de l'intérêt général, v. André Lalande, notice « Immanence », *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 1996 ; v. aussi Aristote, *Étique à Nicomaque* et *La Politique*, où le philosophe grec développe sa conception de l'intérêt général sous le terme « intérêt commun » ; v. enfin Mustapha Mekki, « Intérêt général (approche juridique) », in Marie Cornu, Fabienne Orsi et Judith Rochfeld (dirs.), *Op. cit.*, p. 695.

¹¹⁴⁶ Mustapha Mekki, « Intérêt général (approche juridique) », in Marie Cornu, Fabienne Orsi et Judith Rochfeld (dirs.), *op. cit.* p. 695.

¹¹⁴⁷ *Ibidem*.

général sont des concepts fonctionnels qui assignent *a priori* un objectif à l'action des autorités publiques¹¹⁴⁸. Tant le Conseil d'État que le Conseil constitutionnel exigent des pouvoirs publics qu'ils poursuivent un objectif d'intérêt général, l'expression « intérêt public » étant surtout utilisée en matière d'expropriation¹¹⁴⁹. Le non-respect de l'intérêt général peut faire l'objet d'une action en justice par le biais du recours « pour excès de pouvoir », qualifié d'intérêt général car considéré comme ouvert¹¹⁵⁰. Le Conseil constitutionnel peut également contrôler la recherche de l'intérêt général par le législateur, même si cela se fait de manière très superficielle¹¹⁵¹.

525. Indépendamment de ce qui précède, il est toutefois important de noter que, comme certains auteurs le soulignent, l'intérêt général ne fait pas apparaître et, au contraire, rend invisible la communauté des bénéficiaires et des décideurs qui partagent inclusivement un « intérêt commun ». De même, la notion ne se réfère pas exclusivement aux choses, comme dans le cas des biens communs, même s'il peut s'agir de la préservation d'un trésor national ou de la protection de l'environnement. Enfin, l'intérêt général ne reflète pas les communautés extérieures au champ de l'action publique, comme la « communauté mondiale » ou celles d'un ensemble d'individus organisés, qui pourraient décider de mettre en place des mécanismes de gouvernance commune sur des biens spécifiques¹¹⁵².

526. Par conséquent, le besoin se fait sentir de définir une nouvelle forme d'intérêt qui pourrait bien être qualifiée de « commun », notamment parce qu'elle est

¹¹⁴⁸ En ce sens, v. Jacques Chevallier, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in CURAPP, *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, tome 1, PUF, 1978, p. 12 ; v. également Didier Truchet, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : retour aux sources et équilibre », in Conseil d'Etat, *Rapport public 1999. Jurisprudence et avis de 1998. L'intérêt général*, La documentation française, 1999, p. 363.

¹¹⁴⁹ Chiara Angiolini, Marie-Pierre Camproux Duffrene, Rocio del Pilar Trujillo Sosa, Daniela Festa et Thomas Perroud, « L'intérêt général », in Judith Rochfeld, Marie Cornu et Gilles J. Martin (dirs.), *L'échelle de communalité : propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, *Op. cit.*, p. 332.

¹¹⁵⁰ Le recours pour excès de pouvoir est défini comme « le recours qui est ouvert même sans texte contre tout acte administratif et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité ». V. Conseil d'État, Assemblée Dame Lamotte, 17 février 1950, N° 86949, Publié au recueil Lebon. ECLI:FR:CEASS:1950:86949.19500217

¹¹⁵¹ *Ibidem* ; voir aussi : Jean-Eric Schoettl, « Intérêt général et constitution », in Conseil d'Etat, *Rapport public 1999. Jurisprudence et avis de 1998. L'intérêt général*, *Op. cit.* p. 375 ; Marie-Pauline Deswarte, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFD const.*, n° 13, 1993, p. 23 ; Guillaume Merland, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préface de Dominique Rousseau, LGDJ, 2003.

¹¹⁵² Chiara Angiolini, Marie-Pierre Camproux Duffrene, Rocio del Pilar Trujillo Sosa, Daniela Festa et Thomas Perroud, « L'intérêt général », in Judith Rochfeld, Marie Cornu et Gilles J. Martin (dirs.), *L'échelle de communalité : propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, *op. cit.*, p. 332.

construite comme un type d'intérêt qui ne se réduit pas à une agrégation d'intérêts individuels et s'oppose à l'idée d'un intérêt transcendant¹¹⁵³. En particulier, c'est le droit privé qui est imprégné par cette notion¹¹⁵⁴ que ce soit en droit des biens s'agissant de l'intérêt commun des coindivisaires¹¹⁵⁵ ou en droit des sociétés s'agissant de l'intérêt commun des associés¹¹⁵⁶. Dans ces cas, l'intérêt en question n'est jamais considéré comme une somme d'intérêts particuliers, mais est qualifié de commun soit par la complémentarité des intérêts, soit par une identité entre les intérêts, soit par une convergence entre les intérêts, ceci étant particulièrement notoire en droit des contrats où l'on trouve les exemples les plus riches¹¹⁵⁷.

527. En effet, en matière contractuelle, l'intérêt commun peut être défini comme « la collaboration des deux parties à la réalisation d'une œuvre commune, au sein de laquelle leurs intérêts particuliers, tout en subsistant, convergent étroitement »¹¹⁵⁸. Elle est le résultat d'une relation loyale entre les parties à un contrat qui peut impliquer des intérêts publics et privés (individuels ou collectifs) constituant une garantie d'uniformité, de stabilité, d'égalité et de loyauté renforcée, selon l'intensité des liens qui unissent les parties au sein de la communauté d'intérêts. Ainsi, dans certains types de relations contractuelles comme le contrat de concession, par exemple, l'intérêt commun justifie

¹¹⁵³ Mustapha Mekki, « Intérêt commun » in Marie Cornu, Fabienne Orsi et Judith Rochfeld (dirs), *Op. cit.* p. 691.

¹¹⁵⁴ V. notamment : Article L134-4 du Code de commerce « Les contrats intervenus entre les agents commerciaux et leurs mandants sont conclus dans l'*intérêt commun* des parties », codifié par Ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de commerce, *JORF* n° 0219 du 21 septembre 2000 ; Article 1831-1 du Code civil « Le contrat de promotion immobilière est un mandat d'*intérêt commun* [nous soulignons] (...) », codifié par la Loi n°71-579 du 16 juillet 1971 relative à diverses opérations de construction, *JORF* du 17 juillet 1971 ; ainsi que les articles cités dans les deux notes suivantes.

¹¹⁵⁵ Article 815-5 du Code civil : « Un indivisaire peut être autorisé par justice à passer seul un acte pour lequel le consentement d'un coindivisaire serait nécessaire, si le refus de celui-ci met en péril l'*intérêt commun* » [nous soulignons] ; crée par la Loi n°76-1286 du 31 décembre 1976 relative à l'organisation de l'indivision – art. 3, *JORF* 1er janvier 1977 en vigueur le 1er juillet 1977, et modifié par la Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités – art. 2, *JORF* 24 juin 2006.

¹¹⁵⁶ Article 1833 du Code civil : « Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'*intérêt commun* des associés » [nous soulignons] ; codifié par la Loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du Code civil, *JORF* 5 janvier 1978.

¹¹⁵⁷ Mustapha Mekki, « Intérêt commun », in Marie Cornu, Fabienne Orsi et Judith Rochfeld (dirs), *Op. cit.* p. 692.

¹¹⁵⁸ Philippe Le Tourneau, « Distribution, circuits et réseaux de distribution. Inventaire des diverses concessions. Fondament et protection des réseaux de distribution », *JurisClasseur Contrats-Distribution*, Fasc. 1010, 2001 ; repris par Mustapha Mekki, « Intérêt commun » in Marie Cornu, Fabienne Orsi et Judith Rochfeld (dirs), *op. cit.* p. 692.

une régulation plus intense des comportements, l'établissement de règles communes et un renforcement de la permanence du lien contractuel¹¹⁵⁹.

528. Pour Mustapha Mekki, ce n'est qu'en rapprochant l'intérêt commun et l'intérêt général que l'on peut définir leurs contours et clarifier leurs applications. En effet, la caractéristique essentielle de l'intérêt commun, proche de la notion d'intérêt général, souligne que le premier est un intérêt immanent (c'est-à-dire renvoyant à une conception inhérente de l'intérêt général dans laquelle il n'y a pas de différence de nature entre les intérêts particuliers et l'intérêt général), tandis que l'intérêt commun est le résultat de la nature réciproque des intérêts en présence¹¹⁶⁰. Par conséquent, l'intérêt commun serait non seulement pluripersonnel, mais aussi transpersonnel, notamment parce qu'il trouve son origine dans chaque personne de la communauté sans exclusion et dans l'existence du groupe dans son ensemble. En d'autres termes, l'intérêt commun transcende tous les individus et c'est l'intérêt de la communauté, dans lequel l'intérêt de chaque individu est intégré mais aussi fusionné avec un tout, qui unit et établit le lien entre les membres qui composent la même communauté¹¹⁶¹.

529. L'exclusion étant une notion qui n'existe pas au sein de ce qui est qualifié d'« intérêt commun », on entre alors dans le domaine de l'inclusion et c'est là que la propriété, traditionnellement conçue comme le droit d'exclure, s'inverse comme prérogative pour donner naissance au « droit d'inclure ». La maîtrise par l'administration sur les données de sa souveraineté peut alors prendre une nouvelle dimension et c'est en privilégiant l'« intérêt commun » que l'on pourrait concilier une somme d'intérêts contradictoires. Cela comprend notamment les données et les informations publiques sur lesquelles les autorités peuvent jouer un rôle majeur dans la reconnaissance d'une nouvelle forme de « titularité diffuse ».

¹¹⁵⁹ Mustapha Mekki, « Intérêt commun », in Marie Cornu, Fabienne Orsi et Judith Rochfeld (dirs), *op. cit.* p. 693.

¹¹⁶⁰ *Ibidem.*

¹¹⁶¹ Chiara Angiolini, Marie-Pierre Camproux Duffrene, Rocio del Pilar Trujillo Sosa, Daniela Festa et Thomas Perroud, « L'intérêt général », in Judith Rochfeld, Marie Cornu et Gilles J. Martin (dirs.), *L'échelle de communalité : propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, *op. cit.*, p. 336.

Paragraphe 2. Prévoir l'inclusion au sein de la titularité des données publiques

530. L'inclusion désigne une « [a]ction d'intégrer une personne, un groupe, de mettre fin à leur exclusion (sociale, notamment) »¹¹⁶². Ce terme s'oppose à « l'exclusion » qui implique une « action d'exclure et le résultat de cette action », le même mot dont dérive « exclusivité » comme « caractère de ce qui est exclusif »¹¹⁶³. En suivant ce raisonnement, Séverine Dusollier et Judith Rochfeld définissent l' « inclusivité » comme « la qualité de pouvoir inclure »¹¹⁶⁴. Plus précisément comme « le fait d'inclure d'autres personnes que le titulaire dans la jouissance du droit et, plus spécifiquement, au regard de la propriété, comme la capacité de la propriété à permettre d'intégrer autrui dans la jouissance du bien ou dans celle de certaines utilités du bien »¹¹⁶⁵.

531. À cet égard, il est considéré que seule la propriété publique aurait une vocation d'inclusivité, notamment à travers la notion de « domaine public » qui permet d'affecter le bien public à un usage indifférencié par le public-bénéficiaire. Cependant, même au sein de cette théorie, que ce soit dans les analyses de Frédéric Zenati-Castaing ou de Thierry Revet, les droits réels, conçus comme les droits accordés sur les utilités d'une chose, procèdent d'un pouvoir direct du propriétaire en ce sens que ce dernier renonce à son pouvoir d'exclure et s'oblige, au contraire, d'admettre les jouissances au profit des titulaires auxquels les droits réels sur les utilités de la chose ont été accordés¹¹⁶⁶.

532. La propriété, précisément parce qu'elle est considérée *per se* comme un droit exclusif, permet au propriétaire du bien d'exclure les autres de son usage comme de les inclure. Le droit d'inclusion est donc une composante du droit de propriété lui-même, et les différentes manières de « démembrer » la propriété, notamment par les diverses techniques contractuelles visant à partager l'usage de la chose, montrent qu'il est possible

¹¹⁶² Dictionnaire Larousse [en ligne]. Consulte le 8 décembre 2021 : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/inclusion/42281>

¹¹⁶³ Voir les volets « exclusion » et « exclusivité » dans Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 12e édition, 2018, p. 426.

¹¹⁶⁴ Séverine Dusollier y Judith Rochfeld, « Propriété inclusive ou inclusivité », in Marie Cornu, Fabienne Orsi et Judith Rochfeld (dirs.), *op. cit.*, p. 983.

¹¹⁶⁵ *Idem*, p. 984.

¹¹⁶⁶ En ce sens, v. Frédéric Zenati-Castaing, *Essaie sur la nature juridique de la propriété : contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse, Université Jean-Moulin Lyon 3, 1981 ; Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet, *Les biens*, Paris, PUF « Droit fondamental », 3^e ed, 2008, repris par Séverine Dusollier et Judith Rochfeld, « Propriété inclusive ou inclusivité », in Marie Cornu, Fabienne Orsi et Judith Rochfeld (dirs.), *op. cit.*, p. 984.

de faire bénéficier les autres des utilités d'un bien ni plus ni moins que parce que l'on a la qualité d'être propriétaire¹¹⁶⁷. En pratique, c'est ce qui se passe avec les licences libres déjà analysées, comme la *General Public Licence* (GNU-GPL)¹¹⁶⁸, ou avec les licences ouvertes, comme les *Creative Commons*¹¹⁶⁹, dans lesquelles les données informationnelles font l'objet d'un droit de propriété intellectuelle inclusif, plutôt qu'exclusif.

533. Les liens juridiques sous-jacents issus du droit d'inclure instituent ainsi des rapports juridiques entre les sujets de droit que l'on peut qualifier d'inclusifs, et ce dans la mesure où le lien d'un droit qu'une personne a sur un bien n'est pas exclusif pour une autre ; or, un lien de « droit inclusif » doit toujours être distingué du « droit d'inclure » dans le sens où un propriétaire peut inclure un tiers dans l'utilisation de son bien, tout en excluant d'autres personnes de son utilisation¹¹⁷⁰. Un exemple de cette forme d'inclusion, qui n'est pas inclusive à part entière, peut être observé dans les licences exclusives du droit de la propriété intellectuelle qui, si elles peuvent inclure d'autres personnes dans la jouissance intellectuelle du bien, n'ouvrent pas nécessairement le reste des prérogatives de manière inclusive, notamment en ce qui concerne la jouissance économique de l'utilisation et de l'exploitation commerciales du bien¹¹⁷¹.

534. Cette dimension normative des termes « inclusivité » et « inclusif » est approfondie par Séverine Dusollier, qui analyse ces notions dans un sens opposé à ce que « exclusivité » et « exclusif » impliquent dans la pratique. C'est-à-dire, en partant du principe que l'exclusivité peut être définie en fonction des deux caractéristiques de l'exclusion (le droit d'exclure une autre personne de l'utilisation d'un bien et l'individualité de ce droit qui est généralement attribué à une seule personne) l'inclusivité serait l'exact opposé, qualifiant d'inclusif le rapport juridique entre une personne et une

¹¹⁶⁷ Severine Dusollier et Judith Rochfeld, « Propriété inclusive ou inclusivité », in Marie Cornu, Fabienne Orsi et Judith Rochfeld (dirs), *op. cit.*, p. 985.

¹¹⁶⁸ V. les différents types de licences dites « libres » du système d'exploitation GNU [en ligne]. Consulté le 18 mars 2022 : <https://www.gnu.org/licenses/licenses.fr.html>.

¹¹⁶⁹ Sur ce type de licence, *cf. supra* : « La réservation de la jouissance comme appropriation fictive des données publiques », en page 175.

¹¹⁷⁰ Severine Dusollier et Judith Rochfeld, « Propriété inclusive ou inclusivité », in Marie Cornu, Fabienne Orsi et Judith Rochfeld (dirs), *op. cit.*, p. 986.

¹¹⁷¹ *Ibidem*.

chose, qui se caractérise par l'absence d'un pouvoir d'exclusion, ainsi que par l'utilisation collective et partagée du bien¹¹⁷².

535. L'inclusion étant le résultat d'une action, l'inclusivité intervient alors comme une ouverture en faveur de la communauté quant à l'usage d'une chose mise en commun et ce en établissant préalablement les critères par lesquels les bénéficiaires pourront jouir de l'usage partagé¹¹⁷³. Ces liens juridiques seront ceux qui permettent d'identifier les sujets de droit qui composent la communauté d'un bien et, surtout, ceux qui permettent de développer un cadre normatif qui assure la pérennité de ce même bien¹¹⁷⁴.

536. En rapprochant l'inclusion du domaine de la titularité ou de la maîtrise des données informationnelles, et plus largement dans le cadre des débats sur la propriété des données publiques, l'inclusion pourrait se produire non seulement dans le cadre des droits d'usage mais aussi en ce qui concerne la production et la gouvernance des données informationnelles. L'inclusion donnerait alors naissance à une nouvelle forme de « propriété démocratique »¹¹⁷⁵, si elle pouvait être qualifiée de la sorte, fondée sur des institutions juridiques et procédurales de participation citoyenne connues souvent sous le nom de « démocratie participative »¹¹⁷⁶. Cette dernière remet certainement en question la primauté de la démocratie représentative et le rôle du législateur en tant qu'organe politique souverain traditionnel, ainsi que le pouvoir discrétionnaire de l'administration sur un bien¹¹⁷⁷. Or, il convient de noter que l'inclusion ne vise pas la dissolution ou la

¹¹⁷² V. Severine Dusollier, « Inclusivity in intellectual property », in Graeme B. Dinwoodie (ed. Dinwoodie (ed.), *Intellectual Property and General Legal Principles - Is IP a Lex Specialis ?* Edward Elgar, 2015, p. 101-118 ; v. également Geertrui Van Overwalle, « Inventing inclusive patents. From old to new open innovation », in Gustavo Ghidini, Hanss Ullrich et Peter Drahos (dirs.), *Kritika : Essays in intellectual property*, vol. 1, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2015, pp. 206-277.

¹¹⁷³ En ce sens, un bien peut être considéré comme « inclusif » lorsqu'un sujet de droit est reconnu comme ayant des droits sur un bien partagé. V. Peter Drahos, « A defence of the intellectual commons », *Consumer Policy Review*, vol. 16, 2006, p. 101.

¹¹⁷⁴ Severine Dusollier et Judith Rochfeld, « Propriété inclusive ou inclusivité », in Marie Cornu, Fabienne Orsi et Judith Rochfeld (dirs), *op. cit.*, p. 987.

¹¹⁷⁵ Ceci est en accord avec les termes qui ont été proposés et argumentés en ce qui concerne la « propriété démocratique ». Cf. *supra* : « De l'intérêt public et général à l' 'intérêt commun' des données publiques », sur la page 271.

¹¹⁷⁶ Alberto Lucarelli, « Démocratie participative », in Marie Cornu, Fabienne Orsi et Judith Rochfeld (dirs), *op. cit.*, pp. 341-345.

¹¹⁷⁷ Alberto Lucarelli, « Biens communs. Contribution à une théorie juridique », traduit de l'italien par Jeremy Mercier, Thomas Perroud, avec une relecture d'Eleonora Bottini, *Lextenso « Droit et société »*, n° 98, 2019, p. 147.

disparition de ces institutions démocratiquement établies, mais leur complémentarité en tant que nouveaux principes démocratiques inclusifs.

537. En effet, les analyses effectuées jusqu'à présent suggèrent que la fonction sociale des biens publics et l'intérêt général ne sont pas garantis par le modèle domanial actuel, ni par les formes les plus développées de propriété collective et d'usage civique. Il en est ainsi parce que l'*imperium* du législateur et le *dominium* propriétaire de l'administration donnent lieu à un pouvoir discrétionnaire qui permet de soustraire certains biens à la jouissance publique, au mieux en limitant leur pleine accessibilité¹¹⁷⁸. En revanche, la prise en compte d'un principe d'inclusivité au sein des biens publics permettrait à la société de participer plus activement à la définition de la *res publicae*. En d'autres termes, le public pourrait participer non seulement de manière indirecte par le biais de la délégation au moment des élections, mais aussi de plein droit, de manière effective et directe, par la reconnaissance de procédures participatives et ascendantes, notamment au regard du lien indissociable entre biens communs et droits fondamentaux¹¹⁷⁹. Ainsi, d'une part, l'intérêt commun serait satisfait et, d'autre part, les biens communs seraient au service immédiat, non pas de l'administration publique déléguée au nom du *dominus*, mais de la communauté titulaire-bénéficiaire, c'est-à-dire du *populus*¹¹⁸⁰.

538. Si l'on considère la production et la circulation des données informationnelles à l'ère de l'internet, notamment comme une forme de « biens communs numériques », il faut noter qu'elles sont spécifiques non pas comme des biens qui passent par la désignation d'un producteur ou d'un gestionnaire, mais par la définition de conditions d'utilisation et de jouissance qui doivent être directement accessibles à toutes les parties intéressées. Le modèle participatif se présente, dans ce cas et en conséquence, avec des caractéristiques spécifiques et la possibilité de jouir du bien de manière partagée n'a pas nécessairement besoin des politiques de distribution des ressources¹¹⁸¹. C'est

¹¹⁷⁸ Alberto Lucarelli, « Biens communs. Contribution à une théorie juridique », art. préc., p. 149.

¹¹⁷⁹ Si l'on suit la définition des « biens communs » proposée par la Commission Rodotà, cf. *Supra* : « La naissance de la 'titularité diffuse' et l'encadrement juridique des 'biens communs' », en page 211.

¹¹⁸⁰ Alberto Lucarelli, « Biens communs. Contribution à une théorie juridique », art. préc., p. 149.

¹¹⁸¹ Cf. *supra* : « Le cas de la fiscalité numérique comme une forme de réappropriation des données publiques », en page 184.

plutôt la manière dont le bien est conçu qui le rend accessible à tous de manière indifférenciée¹¹⁸².

539. Il s'agit donc de considérer un cumul d'éléments au-delà des caractéristiques non rivales et non exclusives du bien lui-même¹¹⁸³, notamment sa capacité à satisfaire des besoins collectifs et la possibilité de contribuer à la réalisation des droits fondamentaux. Dans cet ordre d'idées, les jeux de données, principalement celles qui émanent de la sphère privée des individus¹¹⁸⁴, devraient être considérées comme l'objet d'une « titularité diffuse »¹¹⁸⁵. Par conséquent, administrées selon le principe de solidarité et de pérennité, chacun, quel qu'il soit, devrait être en mesure de défendre la protection des données personnelles précisément parce qu'elles répondent à un intérêt suprême, qui est celui des droits fondamentaux de toutes les personnes en général. C'est alors, au-delà de la titularité ou de la propriété, toute une conception abstraite de la subjectivité qui est en cause, étant donné que les biens communs, dans l'occurrence informationnels donnent lieu à une nouvelle connexion entre biens, besoins, droits et sujets¹¹⁸⁶.

540. Ainsi, les pouvoirs publics et privés sont aujourd'hui en concurrence pour la gestion d'une ressource rare et précieuse comme l'eau, de la même manière qu'elles mettent en concurrence une ressource abondante mais tout aussi précieuse comme les données, les informations et les connaissances¹¹⁸⁷. Cela conduit à la construction de nouveaux nœuds de médiation dans lesquels s'inscrit la prise en compte positive des sujets et de figures juridiques émergentes. C'est ainsi que la titularité des données publiques, démocratique, inclusive et partagée permettrait l'établissement de prérogatives émanant directement de la communauté diffuse qualifiée. À son tour, ceci permettrait d'identifier l'appartenance au *populus*, conduisant à des relations d'horizontalité pour la

¹¹⁸² Stefano Rodotà, « Vers les biens communs. Souveraineté et propriété au xxie siècle », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, no. 16, 2016, p. 222.

¹¹⁸³ Pour une analyse de la vision naturaliste des choses informationnelles, *cf. supra* : « Les composants des données publiques en tant que 'choses communes informationnelles' », en page 152.

¹¹⁸⁴ Sur l'importance de ce type de données, *cf. supra* : « La nécessaire prise en compte de droits collectifs d'une société interconnectée », en page 127.

¹¹⁸⁵ Sur la titularité diffuse, *cf. supra* : « La naissance de la 'titularité diffuse' et l'encadrement juridique des 'biens communs' », en page 210.

¹¹⁸⁶ Stefano Rodotà, « Vers les biens communs. Souveraineté et propriété au xxie siècle », art. préc., p. 222.

¹¹⁸⁷ *Ibidem*.

production et la gouvernance distribuées des données informationnelles d'intérêt commun.

Section 2. De la libre circulation à un modèle de gouvernance de « partage des données » au niveau européen

541. Pour en revenir au domaine pratique, la mise en réseau du monde a incontestablement fait de tous les types de données une question centrale pour l'économie, l'État et les individus¹¹⁸⁸. Or, on considère généralement que l'Europe est en retard s'agissant de leur valorisation économique, en particulier des données personnelles parce que les géants du numérique ont largement capté ces éléments informationnels par le développement de technologies exclusives¹¹⁸⁹. Pour cette raison, depuis 2020, une stratégie européenne de partage sécurisé des données a été lancée dans le but de stimuler la valeur des données, de protéger les droits fondamentaux des personnes, ainsi que de s'attaquer plus largement au problème de la disponibilité insuffisante des données dans l'Union, qui a freiné leur réutilisation et le développement des écosystèmes numériques européens¹¹⁹⁰.

542. L'objectif est alors de promouvoir la construction d'un espace européen des données en influençant l'ensemble de la chaîne de valeur des données numériques. Plus précisément, il s'agit : d'une part, de donner aux entreprises les moyens de bénéficier pleinement d'un marché unique des données personnelles et non personnelles, y compris celles qualifiées d'industrielles et sensibles ; d'autre part, de permettre le stockage et le traitement de ces données au sein de l'Union en tant que « réserves européennes communes de données », qu'ils soient centralisés ou distribués, dans le but de favoriser la libre circulation et permettre ainsi un rattrapage en termes d'analyse des métadonnées et d'intelligence artificielle¹¹⁹¹. L'instrument juridique proposé à cette fin est le règlement

¹¹⁸⁸ V. en ce sens l'étude annuel 2014 du Conseil d'Etat, *Le numérique et les droits fondamentaux*, préc., p. 35.

¹¹⁸⁹ Brunessen Bertrand, « Chronique Droit européen du numérique – L'émergence d'une politique européenne du numérique », *Revue trimestrielle de droit européen (RTD Eur)*, Dalloz, 2021, p. 129.

¹¹⁹⁰ V. en ce sens la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions : « Une stratégie européenne pour les données », Bruxelles, le 19 février 2020, COM(2020) 66 final.

¹¹⁹¹ Brunessen Bertrand, « Chronique Droit européen du numérique – L'émergence d'une politique européenne du numérique », *Revue trimestrielle de droit européen (RTD Eur)*, Dalloz, 2021, p. 131.

du Parlement européen et du Conseil sur la gouvernance européenne des données, également connu comme DGA (*Data Governance Act*)¹¹⁹².

543. Dans l'état actuel des choses, il convient toutefois de noter que, comme le souligne à juste titre Valérie-Laure Benabou, le vocabulaire juridique semble manquer de stabilité, passant de la « libre circulation » à la « gouvernance des données », qui doit elle-même être compatible avec les différents régimes de protection en vigueur en fonction des différents types de données en circulation¹¹⁹³. En effet, les règlements (UE) 2016/679¹¹⁹⁴ (RGPD) et 2018/1807¹¹⁹⁵ (*free flow of data*) consacrent dès leurs titres une libre circulation des données personnelles et non personnelles, respectivement, mais devront désormais être mis en conformité avec le nouveau cadre réglementaire DGA. À cela s'ajoutent les ambiguïtés liées aux notions de propriété, de patrimonialisation et de titularité des données¹¹⁹⁶, par les différents sujets concernés (propriétaires de bases de données et titulaires de droits protégés sur les éléments qui composent la base) dans la perspective d'une économie des données fondée sur leur circulation.

544. Quoiqu'il en soit, ce qu'il importe de souligner à propos de cette instabilité des termes, c'est que nous sommes confrontés à un changement complet de paradigme. En effet, le principe de libre circulation s'éloigne progressivement de la simple logique de suppression des restrictions, pour privilégier au contraire une méthode d'organisation des conditions de mobilité au sein d'un marché intérieur, dans le but de consolider une politique qui permette l'émancipation progressive de la libre circulation des critères purement économiques, tout en favorisant la création d'un écosystème complexe de droits et de libertés fondamentales entrelacés¹¹⁹⁷. Nous passons ainsi d'un modèle de

¹¹⁹² V. Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la gouvernance européenne des données (acte sur la gouvernance des données) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), Bruxelles, le 25.11.2020, COM(2020) 767 final, 2020/0340 (COD.)

¹¹⁹³ Valérie-Laure Benabou, « Une cinquième liberté de circulation numérique ? Est-ce possible ? Est-ce utile ? », *RTD Eur*, Dalloz, 2021, p. 279.

¹¹⁹⁴ 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) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), OJ L 119, 4.5.2016, p. 1–88.

¹¹⁹⁵ 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 (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.), PE/53/2018/REV/1, OJ L 303, 28.11.2018, p. 59–68.

¹¹⁹⁶ Sur les débats entourant la propriété, la patrimonialisation et la monétisation des données personnelles, cf. *supra* : « Le refus d'une éventuelle patrimonialisation des données personnelle », en page 93.

¹¹⁹⁷ Valérie-Laure Benabou, « Une cinquième liberté de circulation numérique ? Est-ce possible ? Est-il utile ? », art. préc., p. 280. De même, sur ce dernier point de l'imbrication des libertés et des droits fondamentaux, cf. *supra* : « Vers les 'biens communs' : la communalité des données publiques saisie par les théories du 'faisceau de droits' et du 'faisceau de utilités' », en page 178.

« circulation linéaire » à un nouveau modèle de « circulation-partagée », où techniquement la circulation repose sur un mécanisme de « reproduction » de l'information. C'est-à-dire que les données, en tant qu'éléments informationnels, transitent par les réseaux assurant leur communication par des processus de multiplication, ce qui rend leur valeur transférable variable, puisqu'il y a potentiellement autant de « copies » de l'élément qui circulent que de lieux de circulation¹¹⁹⁸.

545. Dans cet ordre d'idées, la « circulation-partagée » vise à sortir du modèle d'« exclusivité » de l'économie de marché, construit sur la nature rivale des choses matérielles, pour promouvoir un modèle inclusif fondé sur l'organisation des modalités d'accès et de partage des objets numériques, grâce à leur nature non-exclusive et non-rivale¹¹⁹⁹. Cette dernière permettant d'ouvrir la voie à une logique de circulation des biens qui, par nature, pourraient être qualifiés d'omniprésents¹²⁰⁰.

546. Compte tenu de ce qui précède, la proposition du DGA est ambitieuse et prend position sur deux points qui intéressent cette thèse. D'une part, à l'article 2, paragraphe 1, le DGA définit les « données », pour la première fois et au niveau européen, comme « toute représentation numérique d'actes, de faits ou d'informations et toute compilation de ces actes, faits ou informations, notamment sous la forme d'enregistrements sonores, visuels ou audiovisuels ». Ceci signifie qu'il existe désormais une définition des données en tant qu'élément d'information, avant toute classification comme publique, personnelle ou autre, ce qui montre une évolution juridique en ce qui concerne la compréhension de la nature complexe et de la valeur informationnelle des données. D'autre part, dans le même article 2, paragraphe 7, le DGA définit le « partage de données » comme « la fourniture de données à un utilisateur de données par un détenteur de données, en vue d'une utilisation conjointe ou individuelle des données partagées, sur la base d'accords volontaires, directement ou via un intermédiaire ». Ceci

¹¹⁹⁸ Pour illustrer ce phénomène, Valérie-Laure Benabou applique à son raisonnement un modèle d'équations dans lequel, dans le cas des choses matérielles, si X1 est un premier lieu et X2 un second, lorsqu'un élément (a) transite de X1 à X2 [c'est-à-dire $X1(a)-a = X2(0)+a$] alors n(a) est invariant quel que soit X. Cependant, dans le cas d'objets immatériels, comme les données, une telle circonstance ne se produit pas de la même manière, car, dans l'occurrence, le passage de (a) de X1 à X2, sera noté comme $X1(a) + X2(a)$, et ainsi de suite sera $n(a)=n(x)$. V. *Ibid.*, p. 281.

¹¹⁹⁹ Cf. *supra* : « La non-rivalité et la non-exclusivité des données publiques en tant que choses immatérielles », en page 154.

¹²⁰⁰ Valérie-Laure Benabou, « Une cinquième liberté de circulation numérique ? Est-ce possible ? Est-ce utile ? », art. préc., p. 282.

représente en clair le passage de la logique de « circulation linéaire » à la logique de « circulation-partagée » des objets informationnels¹²⁰¹.

547. Ce document est par conséquent présenté comme une option permettant de concilier les éventuels intérêts contradictoires qui peuvent exister en ce qui concerne les données personnelles et non personnelles. L'objectif est de faciliter le partage de ces données à des fins d'intérêt privé ou général, tout en les rendant compatibles avec les droits et intérêts des sujets protégés¹²⁰². En d'autres termes, il s'agit d'un nouveau paradigme reposant principalement sur quatre piliers : la réutilisation des données protégées du secteur public – chapitre II ; l'établissement d'un régime de services de partage des données – chapitre III ; l'adoption de règles concernant l'altruisme des données – chapitre IV ; ainsi que la mise en œuvre des modalités de contrôle de ce nouveau cadre juridique – chapitres V et VI.

548. Cette étude a largement discuté de l'importance du rôle des politiques de données ouvertes¹²⁰³ dans la construction des « biens communs informationnels »¹²⁰⁴. Le chapitre II du DGA vient renforcer la première dimension, notamment parce qu'il propose d'étendre la réutilisation des données du secteur public aux données soumises à la confidentialité des informations commerciales et aux données statistiques, ainsi qu'aux données faisant l'objet d'une protection des droits de propriété intellectuelle de tiers et de la vie privée en tant que données personnelles¹²⁰⁵. Or, en termes de gouvernance partagée, ce sont les chapitres III et IV sur les données privées qui ont une plus grande portée pour notre analyse puisque, qu'il s'agisse de données personnelles ou non, un cadre de partage des données est établi qui facilite, encadre et structure les données numériques en tant

¹²⁰¹ V. en ce sens l'article 2 de la Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la gouvernance européenne des données (acte sur la gouvernance des données) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), Bruxelles, le 25.11.2020, COM(2020) 767 final, 2020/0340 (COD.)

¹²⁰² Anne-Sophie Hulin et Céline Castets-Renard, « Quels cadres de gouvernance pour le marché européen des données ? », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2021, p. 848.

¹²⁰³ Cf. *supra* : « L'ouverture des données publiques : une réforme de l'État en réponse à une demande démocratique », en page 42..

¹²⁰⁴ Cf. *supra* : « La qualification juridique des données publiques en tant que 'biens communs' », p. 149.

¹²⁰⁵ À l'exclusion des données détenues par les entreprises publiques, les organismes de radiodiffusion de service public et leurs affiliés, les établissements culturels et les établissements d'enseignement, ceux protégés pour des raisons de sécurité nationale, de défense ou de sécurité publique, ainsi que ceux dont la prestation relève d'une activité ne relevant pas du domaine public mission de service attribuée aux organismes du secteur public concernés. V. article 1, paragraphe 1 et 2 de la Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la gouvernance européenne des données, préc.

qu'éléments informationnels, en séparant deux nouvelles finalités : le « partage commercial » et l' « altruisme des données »¹²⁰⁶ .

549. Les données faisant l'objet d'un « faisceau d'utilités », ces deux dernières finalités seront ensuite étudiées. Premièrement, dans la sphère commerciale, en ce qui concerne une nouvelle figure telle que le « prestataire de services de partage de données » sous la forme de « coopératives de données » (1). Deuxièmement, en matière d'altruisme, en tant que nouvelle forme de transfert de données personnelles par les individus et ce en faveur de l'intérêt général (2).

Paragraphe 1. Les « coopératives des données » en tant que « prestataires des services de partage de données » à des fins marchandes

550. Même si par nature les données peuvent être qualifiées de biens non-rivaux, les géants du numérique ont bien compris l'intérêt de ne pas partager de tels éléments informationnels, s'attachant au contraire à renforcer leur pouvoir au sein du marché, dans une logique de possession dominante, voire exclusive de ceux-ci¹²⁰⁷. En ce sens, le DGA propose une nouvelle forme de gouvernance des données de « style européen », prévoyant une distinction claire du processus de circulation des données entre « fourniture, intermédiation et utilisation »¹²⁰⁸. En effet, c'est par cet élément central (l'intermédiation) que la Commission propose de rééquilibrer le rapport de forces entre une collecte massive de données et un cession-contre-service – souvent sans choix – par les utilisateurs.

551. En particulier, le chapitre III du DGA propose d'accroître la confiance dans l'échange de données tant personnelles que non personnelles, tout en réduisant les coûts de transaction de l'échange de données entre entreprises (B2B) et entre particuliers et entreprises (C2B). Pour ce faire, un régime de notification est créé pour le nouveau

¹²⁰⁶ Voir à cet égard les chapitres III et IV respectivement de la Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la gouvernance européenne des données, préc.

¹²⁰⁷ Brunessen Bertrand, « Chronique Droit européen du numérique – La volonté de réguler les activités numériques », *RTD Eur*, Dalloz, 2021, p. 160.

¹²⁰⁸ V. le considérant 25 de la Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la gouvernance européenne des données (acte sur la gouvernance des données) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), Bruxelles, le 25.11.2020, COM(2020) 767 final, 2020/0340 (COD.)

« prestataire de services de partage de données »¹²⁰⁹. La fourniture de ces services, selon l'article 9, paragraphe 1, du DGA, prévoit que cela peut se produire dans trois situations particulières : (1) un service d'intermédiation entre les personnes morales détenant des données et les utilisateurs potentiels de ces données, notamment par la création de plateformes ou de bases de données permettant l'échange ou l'exploitation conjointe d'éléments informationnels ; (2) un service mettant directement en relation les personnes concernées cherchant à accéder à leurs données et les utilisateurs potentiels ; (3) la création de coopératives de données, notamment par le biais de services orientant les personnes concernées sur leurs droits et les aidant à donner un consentement éclairé¹²¹⁰.

552. L'intermédiaire de données se positionne alors comme une figure centrale dont le but est de favoriser la confiance recherchée dans le partage des données entre entreprises, ainsi que de garantir la capacité à créer des espaces de données européens contrôlés par les personnes physiques et morales concernées. Cependant, le « prestataire de services de partage de données » doit se limiter à une simple intermédiation et à n'agir à aucun moment en tant que partie prenante, c'est-à-dire devant fournir un service indépendant et désintéressé, ce qui signifie qu'ils ne doivent pas utiliser les données échangées dans leur propre intérêt¹²¹¹. Les intermédiaires de données sont ainsi soumis à des règles de neutralité et de loyauté institutionnellement garanties par des entités juridiques distinctes¹²¹² dont la mission serait soumise à des contrôles d'obligation de notification par le biais d'une certification¹²¹³ en plus d'un contrôle ultérieur par les autorités compétentes désignées par les États membres¹²¹⁴.

553. Les coopératives de données sont dans ce contexte à souligner car elles représentent un pas en avant dans l'*empowerment* collectif des individus en tant que sujets

¹²⁰⁹ V. « Explication détaillée des différentes dispositions de la proposition » de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la gouvernance européenne des données, préc.

¹²¹⁰ Brunessen Bertrand, « Chronique Droit européen du numérique – La rationalisation des catégories juridiques relatives aux services numériques », *RTD Eur*, Dalloz, 2021, p. 192.

¹²¹¹ Anne-Sophie Hulin et Céline Castets-Renard, « Quels cadres de gouvernance pour le marché européen des données ? », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2021, p. 849.

¹²¹² Article 11 de l'acte sur la gouvernance des données (DGA), précité, Bruxelles, le 25.11.2020, COM(2020) 767 final, 2020/0340 (COD.)

¹²¹³ *Idem*, article 10.

¹²¹⁴ *Idem*, articles 12 et 13. Or, cette qualification ne s'applique pas aux fournisseurs de services en nuage, ni aux fournisseurs de services qui obtiennent des données directement auprès des personnes concernées, les agrègent, les enrichissent et obtiennent de licences pour l'utilisation des données résultantes, comme les agences de publicité, les courtiers en données, les sociétés de conseil en données, entre autres. V. en ce sens : Brunessen Bertrand, « Chronique Droit européen du numérique - La rationalisation des catégories juridiques relatives aux services numériques », *RTD Eur*, Dalloz, 2021, p. 192.

de droits fondamentaux. De fait, il est considéré que les individus manquent souvent d'expertise pour comprendre pleinement les aspects techniques des écosystèmes de partage des données et qu'il existe une asymétrie de pouvoir entre les organisations de traitement des données et les personnes concernées, par rapport aux conditions d'utilisation des données, ce qui aboutit souvent à un choix « à prendre ou à laisser », limitant la possibilité pour les personnes concernées de jouer un rôle plus actif¹²¹⁵.

554. Les coopératives de données sont ainsi considérées comme une entité importante pour renforcer la capacité des individus à prendre des décisions éclairées avant le consentement, car cette intermédiation leur permettrait d'influencer les conditions appliquées à l'utilisation de leurs données. En outre, ce qui est envisagé par la promotion d'une telle forme de société de droit privé, c'est la possibilité de servir de médiateur dans les mésententes survenant entre les membres d'un groupe quant à l'utilisation de leurs données, lorsque celles-ci concernent plusieurs de leurs personnes concernées¹²¹⁶. Toutefois, il est regrettable que la DGA n'envisage pas la possibilité de pouvoir conférer ou déléguer aux coopératives l'exercice au nom des droits individuels de leurs membres consacrés par le RGPD, comme cela pourrait être le cas, en droit français, de l'action de groupe et des actions collectives des syndicats pour la défense des données d'une communauté de sujets assimilés¹²¹⁷. Indépendamment de ce qui précède, les coopératives de données sont généralement considérées comme un outil utile pour les entreprises individuelles, les micro, petites et moyennes entreprises, qui sont souvent comparables aux personnes physiques en termes de pouvoir et de partage des connaissances sur les données¹²¹⁸.

¹²¹⁵ Mahsa Shabani, « The data governance act and the EU's move towards facilitating data sharing », *Molecular system biology*, 2021, p. 17. DOI : 10.15252/msb.202110229.

¹²¹⁶ V. le considérant 24 de la Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la gouvernance européenne des données (acte sur la gouvernance des données), préc.

¹²¹⁷ Cf. *supra* : « L' "action de groupe" comme outil juridique pour faire face à d'éventuelles irrégularités dans le traitement et la réutilisation des données personnelles », en page 132.

¹²¹⁸ Considérant 24 de la Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la gouvernance européenne des données (acte sur la gouvernance des données), préc. ; V. en outre, l'article 9 qui définit les coopératives de données comme : « les services qui, d'une part, aident les personnes concernées et les entreprises unipersonnelles, microentreprises, petites et moyennes entreprises qui sont membres de la coopérative ou qui confèrent à celle-ci, avant de donner leur consentement, le pouvoir de négocier, les conditions et modalités du traitement des données, et, d'autre part, prévoient des mécanismes d'échange de vues sur les finalités et les conditions du traitement des données qui représenteraient le mieux les intérêts des personnes concernées ou des personnes morales ».

555. Actuellement, il est possible de trouver certains projets de coopératives de données qui mettent en œuvre et vont au-delà des principes envisagés par le DGA. La plateforme suisse midata.coop en est un exemple. Il s'agit d'une organisation sans but lucratif régie par des principes démocratiques, qui associe ses membres à la prise de décision de la coopérative, notamment par l'organisation d'assemblées générales dans le but d'améliorer constamment le contrôle de ses données et la santé de ses membres. Son fonctionnement sans incitation financière et inspiré des plateformes de science participative ou des banques de sang, permet de réinvestir les revenus dans les mêmes services offerts par la plateforme et au bénéfice de la communauté de ses membres, notamment en assurant un haut niveau de sécurité et de protection des données. Enfin, fidèle à la philosophie du « commun », la plateforme est conçue sur la base d'un logiciel open source développé par l'ETH Zurich et la Haute école spécialisée bernoise BFH, sous le nom de « Open MIDATA Server » et une licence GNU General Public License v3.0¹²¹⁹.

556. Ainsi, s'il reste encore difficile de concevoir les données comme des objets *extra-commercium* et *extra-patrimonium*, il ne fait aucun doute que les coopératives de données constituent un pas en avant pour se différencier des autres modèles d'intermédiation qui facilitent l'échange de données au sein de projets aux intérêts purement privés. En effet, dans les modèles où des incitations économiques à l'échange de données sont appliquées, les préoccupations éthiques et juridiques concernant l'influence que cela peut avoir sur la validité du consentement donné par les personnes ne manquent pas¹²²⁰. La proposition du DGA semble donc tendre à renforcer les principes du cadre européen, en reformulant la portée et les limites des droits exclusifs, et en se montrant prudente dans le soutien à la monétisation des données personnelles¹²²¹, avec toutefois les critiques qui ont été soulignées à plusieurs reprises tout au long de cette thèse.

¹²¹⁹ V. le site officiel de la plateforme : <https://www.midata.coop/fr/accueil/>

¹²²⁰ V. en ce sens : Eman Ahmed et Mahsa Shabani, « DNA data marketplace : an analysis of the ethical concerns regarding the participation of individuals », *Frontiers in genetics*, vol. 10, 2019, DOI=10.3389/fgene.2019.01107.

¹²²¹ Mahsa Shabani, « The data governance act and the EU's move towards facilitating data sharing », *Molecular system biology*, 2021, p. 17, DOI : 10.15252/msb.202110229.

Paragraphe 2. Une nouvelle forme de consentement : le partage de données privées à des fins altruistes

557. Le chapitre IV de la proposition du DGA propose de mettre en œuvre une nouvelle forme de partage des données, non commerciale, et en principe économiquement désintéressée : l'altruisme des données. Il s'agit de la fourniture volontaire de données par des particuliers ou des entreprises pour le « bien commun »¹²²². En particulier, le partage altruiste des données, selon l'article 2, paragraphe 10, est effectué « sans contrepartie à des fins d'intérêt général, telles que la recherche scientifique ou l'amélioration des services publics ».

558. Afin d'accroître la confiance dans ce mécanisme, la proposition du DGA soumet cette pratique à certaines exigences. Seules les organisations enregistrées¹²²³ auprès des autorités nationales compétentes¹²²⁴ peuvent exercer cette pratique, sous réserve de garanties d'indépendance et de transparence¹²²⁵. De même, des mesures spécifiques sont prévues pour sauvegarder les droits et les intérêts des personnes concernées, et des entités juridiques en ce qui concerne leurs données¹²²⁶. En outre, la création d'un formulaire européen de consentement à l'altruisme des données est prévue afin de réduire les coûts liés à la collecte du consentement et de faciliter la portabilité des données, lorsqu'elles ne sont pas en possession de la personne concernée¹²²⁷. Enfin, un contrôle supplémentaire par les autorités nationales compétentes devrait avoir lieu en tant que mesure publique assurant la protection des données personnelles¹²²⁸.

559. En d'autres termes, ce qui est proposé est une nouvelle forme de consentement, qui, comme tout nouveau mécanisme, n'est pas exempt d'être considéré à

¹²²² Il convient de noter que les textes européens ont progressivement adopté des termes qui n'étaient pas courants auparavant dans le vocabulaire juridique, notamment le « bien commun », en l'occurrence comme finalité. En effet, ce dernier terme, dans la proposition de DGA, semble être étroitement lié à l'« intérêt général ». V. l'« Explication détaillée des différentes dispositions de la proposition » du règlement du Parlement européen et du Conseil sur la gouvernance européenne des données (acte sur la gouvernance des données), préc., qui précise que l'« altruisme des données » se réfère aux « données mises volontairement à disposition par des personnes ou des entreprises pour le *bien commun* » [nous soulignons]. A son tour, l'article 2, paragraphe 10, précise que l'« altruisme en matière de données » réfère au « consentement donné par les personnes concernées [...] à des fins d'intérêt général ».

¹²²³ Article 17 de l'acte sur la gouvernance des données (DGA), précité, Bruxelles, le 25.11.2020, COM(2020) 767 final, 2020/0340 (COD.)

¹²²⁴ *Idem*, article 20.

¹²²⁵ *Idem*, articles 16 et 18.

¹²²⁶ *Idem*, article 19.

¹²²⁷ *Idem*, article 22.

¹²²⁸ *Idem*, article 21.

la fois comme une opportunité et un obstacle. Du côté négatif, un tel modèle est considéré comme une formalité de plus à remplir, en plus des autres exigences légales pour la collecte du consentement et le traitement des données personnelles pour ses différentes finalités ; du côté positif, on peut dire qu'un consentement uniforme au niveau européen pourrait être l'occasion d'harmoniser la législation entre les États membres de l'UE et ainsi faciliter l'échange de données dans la région à des fins altruistes¹²²⁹. D'un point de vue pratique, l'initiative « 1+ Million Genomes » de la Commission européenne est un exemple de la manière dont un format de consentement uniforme peut faciliter l'accès à grande échelle à un type de données, dans le cas des données génomiques¹²³⁰.

560. Bien qu'économiquement peu intéressant à première vue en raison de son caractère non marchand, l'altruisme des données offre des opportunités qui ne peuvent être comprises que si l'on envisage la portée proposée par le DGA. C'est-à-dire que seules les organisations privées qui ont besoin d'accéder à des ensembles de données partagées trouveront un intérêt dans ces dispositions. C'est notamment le cas de l'initiative française Health Data Hub ou les projets de villes intelligentes qui, respectivement, pourraient avoir un intérêt à partager des données sur la santé ou le développement urbain, sans que cela ne signifie qu'un tel cadre juridique affecte les activités des acteurs numériques qui n'auraient aucun intérêt à partager leurs données, sauf pour des projets particuliers¹²³¹.

561. Le consentement harmonisé pourrait alors être considéré comme utile si l'on tient compte du fait que le RGPD laisse la porte ouverte aux États membres pour mettre en œuvre des règles spécifiques relatives au traitement des données¹²³². Il est également considéré que l'altruisme en matière de données renforcerait d'autres types de bases légales telles que la « mission d'intérêt public » ou l'« intérêt légitime », pour lesquelles des critiques subsistent quant au respect intégral du principe de transparence et du droit à l'autodétermination des personnes¹²³³. En effet, l'objectif de l'altruisme des

¹²²⁹ V. Mahsa Shabani, « The data governance act and the EU's move towards facilitating data sharing », *Molecular system biology*, 2021, 17, DOI : 10.15252/msb.202110229, sous-partie « European data altruism consent : an opportunity for harmonizing consent models ? ».

¹²³⁰ V. en ce sens : European '1+ Million Genomes' Initiative, in Shaping Europe's digital future of the European commission [en ligne] : <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/1-million-genomes>

¹²³¹ Anne-Sophie Hulin et Céline Castets-Renard, « Quels cadres de gouvernance pour le marché européen des données », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2021, p. 850.

¹²³² Article 6 du RGPD

¹²³³ V. Mahsa Shabani, « The data governance act and the EU's move towards facilitating data sharing », *Molecular system biology*, 2021, 17, DOI : 10.15252/msb.202110229, sous-partie « European data altruism consent : an opportunity for harmonizing consent models ? ».

données est de fournir une plus grande transparence aux individus afin de les motiver à partager leurs données à des fins non commerciales, renforçant ainsi les bases juridiques existantes et en consolidant davantage un cadre juridique qui fonctionne selon une logique d'*empowerment* continue des individus¹²³⁴.

562. La création d'un écosystème de droits et libertés fondamentaux entrelacés donne lieu à un système complexe de gouvernance partiellement partagée, en ce qui concerne l'organisation des différentes conditions de mobilité et la finalité de la circulation des données. Seul le temps dira si le DGA sera capable d'interagir positivement avec l'écosystème complexe des droits, intérêts et principes présents dans les différents systèmes juridiques au niveau européen. Dès le départ, on pouvait toutefois s'attendre à ce qu'un système de gouvernance intégrant des outils et des moyens permettant de renforcer le pouvoir des individus, ainsi qu'une transparence accrue en ce qui concerne la circulation des éléments d'information, contribue favorablement à accroître la confiance du public et à soutenir l'intérêt général, dans une finalité non commerciale telle que le partage de données personnelles et non personnelles pour le « bien commun ».

¹²³⁴ *Ibidem.*

Conclusion du Chapitre 2

563. La théorie des biens communs vient restructurer le cadre des relations juridiques des personnes sur les choses dans une vision d'égalité et d'horizontalité. En ce sens, le modèle coopératif est considéré comme une forme possible de structure juridique permettant l'émergence d'un tel modèle opérationnel décentralisé. Son adaptation, d'après des principes tels que l'ouverture et l'inclusion permettant le renouvellement de cette figure juridique, selon une conception de « coopérativisme ouvert ». Cela ouvre la porte à la transformation des biens publics, notamment par une forme de coproduction public-privé qui permet de recentrer les principes de démocratie et d'inclusion sur les choses publiques.

564. En effet, les biens communs sont considérés comme remettant fortement en cause la conception classique des biens publics, puisqu'ils sont généralement administrés exclusivement par l'État, sur la base d'un principe de démocratie représentative. Néanmoins, des notions émergentes telles que la « démocratie participative » appellent à une plus grande inclusion de la société, en particulier dans le cadre de la prise de décision et ce en ce qui concerne certains biens qui, indépendamment du fait qu'ils puissent être qualifiés de publics, sont vitaux pour la satisfaction des droits fondamentaux de tous les individus.

565. Le droit se trouve alors à un point d'émergence de nouvelles figures juridiques. Ainsi, au-delà des notions classiques telles que l'intérêt public et l'intérêt général, de nouveaux concepts émergent comme celui de « l'intérêt commun » de la société. Difficile à assimiler en raison des théories consolidées de la représentation sociale par l'État et son administration, nous nous contenterons de résumer que l'intérêt public renvoie à un intérêt institutionnel en termes de biens matériels du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science ou de la technique. L'intérêt général, quant à lui, se réfère dans un sens réaliste à la protection d'une chose au-delà de la somme majoritaire des intérêts individuels de ses gouvernés, dans une dimension transcendante et immanente. Dans la pratique, cependant, les deux notions sont considérées comme des concepts fonctionnels qui assignent en principe un objectif à l'action publique. Or l'intérêt commun, en tant que tel, se distinguerait comme un intérêt régi par un principe de réciprocité des intérêts en jeu, que ce soit par leur complémentarité, leur identité ou leur convergence, notamment comme un intérêt pluri et transpersonnel qui trouve son

origine dans chaque personne sans exclusion et dans l'existence du groupe dans son ensemble.

566. L'exclusion n'existant pas dans la théorie des « biens communs », on entre alors dans le domaine de l'inclusion. C'est ainsi que, contrairement à tout ordre juridique traditionaliste, le droit d'exclure est inversé comme prémisse pour donner naissance au « droit d'inclure ». Selon la doctrine présentée, ce dernier serait considéré comme la capacité d'un titulaire de droits d'inclure des tiers dans la jouissance du bien ou de certaines de ses utilités. À cet égard, il a été évoqué que seule la propriété publique aurait la pleine vocation de l'inclusivité puisque, en effet, la loi protège le droit de l'administration d'exclure, mais rien ne l'empêche d'exercer son droit d'inclure d'autres personnes dans la jouissance d'un bien public. En droit privé, c'est ce qui se passe avec les licences dites libres ou *creative commons* dans lesquelles la propriété intellectuelle prend la forme d'un droit inclusif, plutôt que d'un droit exclusif.

567. En matière de données informationnelles, au niveau européen, le droit commence à appréhender cette complexité des relations juridiques inclusives notamment dans le cadre de la proposition de directive européenne sur la gouvernance des données. Revenant au domaine de la mise en œuvre, la directive européenne laisse la porte ouverte à la constitution de « coopératives de données » dont l'administration pourrait faire partie et en bénéficier pour une gouvernance démocratique et inclusive des données d'information publique. Cet instrument juridique est innovant en ce sens qu'il définit pour la première fois les « données » avant toute qualification de publiques ou personnelles, tout en intégrant la notion de « partage des données » comme mécanisme permettant de faire ressortir la valeur fonctionnelle, voire vitale, des données. Il s'agit d'un changement de paradigme puisque la « circulation-partagée » des données tend à concilier l'ensemble des intérêts contradictoires qui peuvent exister en raison des prérogatives exclusives sur les données publiques ou personnelles.

568. Indépendamment des obligations en matière d'ouverture des données, l'administration peut alors participer à la constitution de « coopératives de données » dans le but de valoriser les données informationnelles dans une dimension d'« intérêt commun ». La pertinence d'un tel « prestataire de services de partage de données » est évidente, puisque cette forme juridique permet de restructurer les relations entre les parties concernées, notamment dans une dimension horizontale et équilibrée, et de faire

ressortir la valeur de circulation des données dans une perspective d'inclusion et de solidarité. En effet, d'une part, le modèle coopératif permettrait de renforcer les droits des individus en tant que sujets de droits fondamentaux, notamment parce qu'en se positionnant dans une dimension de production par les pairs, ils ont la possibilité de participer plus activement à la définition des conditions de collecte et d'utilisation des données informationnelles qui sont partie intégrante de leur personne. D'autre part, la production ou la collecte de données à des fins non commerciales dans le but de servir le bien commun est également envisagée, ce qui pourrait se faire par la création de coopératives de données avec une affectation systématique des éléments informationnels à des fins altruistes, sous réserve de l'accord de leurs titulaires.

569. Bien qu'encore à parfaire, notamment en ce qui concerne la défense en justice des données personnelles et informationnelles d'intérêt commun (comme des éléments *extra-commercium* et *extra-patrimonium* objets de droits fondamentaux soumis à une titularité diffuse), le modèle coopératif et la finalité altruiste des données peuvent être considérés comme une étape importante dans la construction de la théorie des biens communs, en l'occurrence informationnels, puisque deux éléments clés sont pris en compte, à savoir leur dimension collective et leur décommodification.

CONCLUSION DU TITRE II

570. Il ne fait aucun doute que le potentiel économique et informationnel des données, bien qu'initialement au centre d'un débat géopolitique et stratégique, est en train de révolutionner le monde du droit, dépassant les notions du cadre juridique existant. En effet, la révolution numérique a mis la science juridique à l'épreuve dans une perspective d'évolution ou d'extinction. Plusieurs auteurs prônent un solutionnisme technologique, et donc la mort du droit moderne, selon le célèbre postulat du juriste américain Lawrence Lessing « code is law ». On parle ainsi de contrats intelligents, de justice prédictive, d'algorithmes déterministes, entre autres concepts qui proposent de remplacer le droit par des outils technologiques. Cependant, au lieu de s'ouvrir et d'évoluer, le droit semble se refermer en encadrant le débat dans un ensemble de notions préexistantes, statiques et souvent inopérantes face à la dynamique émergente favorisée par les nouvelles technologies.

571. C'est dans cette dernière perspective qu'une partie de la doctrine fait appel à une actualisation du droit, notamment par la reconnaissance de concepts émergents tels que les « biens communs », « l'intérêt commun » ou la « titularité diffuse ». Dans notre étude, le débat s'est concentré sur les données numériques, ce qui nous a conduit à la sous-catégorie des « biens communs informationnels ». Cela nous a permis de développer une compréhension complexe des relations juridiques existantes et possibles à la lumière de ce que l'on pourrait appeler des données informationnelles communes, comprenant à la fois des données publiques et personnelles. Le lien étroit de ces données avec la réalisation des droits fondamentaux rapproche également notre analyse de notions similaires telles que les « biens fondamentaux ».

572. Par conséquent, nous partons d'une prémisse différente : ce n'est pas le pouvoir d'un individu sur la chose qui détermine le type de relation juridique, mais l'utilité fonctionnelle de la chose elle-même avec la personne ou le groupe de personnes qui donne lieu à un écosystème de relations juridiques comprenant des droits exclusifs, inclusifs, collectifs ou communs. Celle-ci vient incontestablement restructurer l'ensemble du système juridique, notamment parce qu'elle touche au traditionnel « domaine des biens » en établissant une nouvelle échelle entre ce qui est appropriable ou inappropriable,

permettant de déterminer le lien fondamental entre la fonctionnalité vitale de certaines choses et la réalisation des droits et libertés fondamentaux de manière *pro indiviso*.

573. Il est alors possible de trouver une dimension individuelle des données en tant qu'éléments informationnels, d'une part, et une dimension pluri et transpersonnelle de celles-ci, d'autre part, puisque la valeur vitale qu'elles portent envers un ensemble d'individus trouve son origine dans une prérogative convenue de manière indiscriminée. Ce dernier point est un élément clé à approfondir afin de concilier les thèses « personnaliste » et « fonctionnaliste » qui divergent entre les différents systèmes juridiques et qui ont conduit à l'émergence de ce qui a été proposé comme le « domaine commun informationnel ». En France, des initiatives législatives ont été présentées et ont échoué. Le débat se situe désormais au niveau régional avec le DGA qui, sans mentionner explicitement le terme de biens communs informationnels, reconnaît de manière pratique qu'au-delà des droits exclusifs (intellectuels ou personnels) il existe une valeur de circulation des données qui appelle à leur démonopolisation et donc à leur partage en faveur du bien commun.

574. Les coopératives de données proposées par la DGA sont d'une grande pertinence, notamment parce que cette forme juridique fait partie de ce que l'on appelle l'économie sociale et solidaire. En tant que point d'équilibre pour trouver un accord commun, le droit privé montre l'inclusion du public par l'application novatrice de principes démocratiques et d'organisation horizontale, au sein de figures juridiques existantes. La proposition de directive DGA sert donc de levier et, en tant qu'instrument de politique européenne, propose de réglementer et de certifier les coopératives de données, ainsi que de reconnaître une nouvelle finalité de collecte sous le nom d'« altruisme des données ».

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

575. Afin d'aller vers une gouvernance partagée des données publiques, il a fallu passer par une déconstruction du concept lui-même, notamment de la notion de données en tant qu'éléments informationnels, puis de ce qui leur confère le caractère de public, pour enfin faire du lien entre ces deux termes quelque chose qui nous mènera à un troisième élément central et complexe, qui est celui de leur titularité ou propriété.

576. En principe, les données sont par nature des objets non rivaux et non exclusifs, dont le droit positif reconnaît et protège paradoxalement des prérogatives exclusives. Dans le cas d'éléments immatériels qui sont par nature inappropriables, de telles facultés exclusives sont le résultat d'une technique appelée fiction juridique. C'est sur la base de cette dernière notion que leur titularité, leur propriété ou leur caractère commun est déterminé, notamment par l'application de réserves privatives fermées ou ouvertes quant à leur utilisation. Ainsi, dans la pratique, il a été possible de créer une communauté de biens en privilégiant les droits d'usage sur les droits exclusifs, tout en reconnaissant la valeur fonctionnelle des choses sur leur valeur d'échange. Cela contraste fortement avec les postulats traditionnels d'exclusivité au sein du régime des biens.

577. La notion de « biens communs » est néanmoins toujours en évolution et certains de ses défenseurs appellent à une dialectique socio-juridique plus approfondie, incluant une pratique empirique et une technique juridique en phase avec les dynamiques actuelles. Dans le cas de notre étude, cela fait référence à la reconnaissance des données en tant que « biens communs informationnels ». En effet, il s'avère que la valeur de certains biens peut être identifiée non seulement comme fonctionnelle mais aussi comme vitale. En d'autres termes, les « biens communs » seraient étroitement liés à la réalisation des droits et libertés fondamentaux de toutes les personnes, raison pour laquelle certains acteurs juridiques, mais aussi économiques, plaident pour leur reconnaissance positive en droit. Cela a conduit à des propositions législatives telles que la délimitation d'un « domaine commun informationnel », notamment parce que les données en tant que « biens communs informationnels » peuvent être considérées comme une source de connaissance et, par là même, de progrès.

578. Il en résulte l'identification d'un faisceau de droits qui est directement lié à un faisceau d'utilités fournies par les données en tant que « biens communs

informationnels ». Nous avons alors un écosystème de relations juridiques dans lequel, si les droits intellectuels et personnels sont généralement bien définis, il n'en va pas de même pour les droits d'usage et les droits fondamentaux qui sont intimement liés à la chose juridique. Pour cette raison, une partie de la doctrine propose d'inverser le prisme afin de bien qualifier le type de bien en question, en partant des fonctionnalités de la chose elle-même vers les différents types de droits possibles. Cela inclut les droits fondamentaux et leur lien direct avec les biens communs, dont nous avons vu qu'il est également proposé de les appeler « biens fondamentaux ». En conséquence, nous aurions l'identification d'éventuels « biens communs », dans notre cas des données comme « biens communs informationnels », la matière première de la connaissance et du savoir-faire.

579. Cela étant, il est nécessaire de concilier deux dimensions généralement opposées en ce qui concerne la conception « personnaliste » et « fonctionnaliste » de certains éléments informationnels. Ceci concerne principalement le domaine des données personnelles qui peuvent être à l'origine d'autres types de données, y compris les données publiques. À cet égard, et en l'absence d'un accord des acteurs du droit, des décisions pragmatiques semblent être prises par la constitution de coopératives de données. En effet, le modèle coopératif a pour caractéristique de restructurer le cadre des relations juridiques au sein d'un groupe de personnes dans une vision d'égalité et d'horizontalité. Cela se fait également dans une perspective volontariste, au moyen d'un modèle opérationnel ouvert et inclusif pour les participants. Ainsi, par la volonté de chacun, les données personnelles sont transférées à une finalité non commerciale dans le but de servir le « bien commun ». Autrement dit, il s'agit d'une affectation directe du bien personnel à une finalité commune, ce qui permet de transporter les données vers le domaine des choses hors du commerce et du patrimoine, conformément aux prémisses majeures de la théorie des « biens communs ».

580. Il reste cependant à déterminer les lignes d'action de leur protection et de leur garantie, notamment parce que les données sont des objets omniprésents, c'est-à-dire qu'elles peuvent se trouver à plusieurs endroits en même temps. En effet, rien n'empêche le titulaire d'une donnée de l'affecter à une finalité altruiste, tout en l'affectant à une finalité commerciale ou publique. C'est là que les concepts de titularité, d'action et de protection diffuse pourraient occuper la place qui leur revient dans la théorie des « biens communs », en passant de la théorie à la pratique juridique.

CONCLUSION GÉNÉRALE

581. Pour clore cette étude, nous commencerons par revenir à notre point de départ, qui est de savoir comment l'administration peut tirer le meilleur parti des données informationnelles qui font l'objet de sa souveraineté et de sa compétence. Il a donc été décidé de diviser le contenu en deux grandes parties : la première consacrée à l'analyse de la complexité du statut juridique des données publiques ; la seconde servant principalement à explorer une forme de gouvernance partagée des éléments informationnels qui font l'objet de notre étude.

582. La première partie a clairement montré qu'avec les données, nous sommes en présence d'un élément de nature complexe, qui dépasse à bien des égards le cadre juridique existant. En effet, afin d'aborder l'étude des données publiques, il a été nécessaire de décomposer cet objet en passant par l'analyse primaire des données, c'est-à-dire avant tout type de qualification comme publique, privée ou personnelle, entre autres. C'est ainsi que l'on peut percevoir que derrière les données, quelles qu'elles soient, il y a un ensemble d'intérêts publics et privés qui affectent directement leur statut juridique, et sur lesquels prime leur potentiel économique. Cela a eu pour conséquence la consécration de principes tels que leur libre circulation et leur libre utilisation, qui viennent affecter un élément clé de celles-ci, celui de leur titularité, qui s'étend également aux données publiques. C'est donc par le biais de ces principes, qui sont le résultat d'une volonté politique, que le droit rejette tout type de propriété publique ou de domanialité sur les données publiques en tant qu'éléments informationnels.

583. Toutefois, il n'en va pas de même pour les données personnelles qui peuvent être à l'origine de la production de certaines données publiques. Dans notre étude, il est apparu clairement qu'il existe une différence de traitement entre les personnes morales et les personnes physiques. Pour les seconds, c'est le cadre juridique relatif aux données à caractère personnel qui s'applique, tandis que pour les premières, la règle du droit de la propriété intellectuelle leur est appliquée, lorsqu'elle est opérante. En ce qui concerne ce dernier point, si pour les personnes privées la loi ne semble pas présenter de complications majeures dans l'application des dispositions de la propriété intellectuelle, il n'en va pas de même pour les personnes publiques. De fait, les principes de libre circulation et de libre utilisation garantissent la non-appropriabilité des données publiques, ainsi que la non-application de tout autre type de droits exclusifs sur celles-ci.

La conséquence en est l'impossibilité pour l'administration de les valoriser économiquement, le seul droit subsistant étant le droit moral de paternité lorsqu'il est opérant.

584. L'absence de titularité claire des données publiques pose alors la question de la nature juridique de ces éléments informationnels et soulève l'hypothèse de leur éventuelle classification comme « biens communs ». À cette fin, nous sommes passés par deux phases d'analyse : d'abord, en étudiant une notion ancienne mais toujours valable des *res communes* ; ensuite, en étudiant ce que l'on propose de classer aujourd'hui comme des « biens communs informationnels ». Par rapport à la première, nous avons abordé deux dimensions bien connues : la nature physique des choses immatérielles et leur réglementation en droit positif. Les données, quelles qu'elles soient, sont par nature des objets non rivaux et non exclusifs. Cela signifie que l'utilisation par une personne ne diminue pas sa quantité ou ne rend pas impossible pour d'autres personnes d'en faire une utilisation concurrente ou d'en bénéficier. La reconnaissance d'une titularité possible ou d'un droit de propriété sur ceux-ci est uniquement due au fait que la technique juridique est utilisée pour faire valoir des prérogatives personnelles ou exclusives reconnues en droit positif.

585. En ce qui concerne la deuxième phase d'analyse, l'étude nous a conduit à identifier ce qu'une partie de la doctrine propose de qualifier de « biens communs ». Cela nous place dans une autre perspective que celle des droits dits personnels ou exclusifs. En effet, il s'agit de la dimension collective qui peut exister sur les données en tant qu'éléments informationnels. A cet égard, la loi envisage des actions pour la défense d'intérêts collectifs et, dans le cas de la protection des données personnelles, l'action de groupe est consacrée. Pour une partie de la doctrine, l'analyse de cette dimension collective doit cependant être approfondie, notamment en ce qui concerne la négociation et sa protection juridique.

586. C'est ainsi que nous arrivons à la deuxième grande partie de notre thèse pour explorer une forme de gouvernance partagée des données informationnelles. Dans le cadre des preuves empiriques, l'activisme juridique n'a pas manqué dans la pratique pour permettre la création de communautés de biens grâce à des techniques contractuelles ingénieuses, dans lesquelles le prisme est inversé pour favoriser les droits d'usage par rapport aux droits exclusifs. Cela a été un élément clé dans l'identification et la

formulation de propositions visant à délimiter ce que l'on appelle le « domaine commun informationnel ». Néanmoins, les auteurs les plus vindicatifs continuent de réclamer une démarchandisation complète des « biens communs » qui, dans notre cas, font référence aux données publiques et personnelles, notamment dans la sous-catégorie des « biens communs informationnels ».

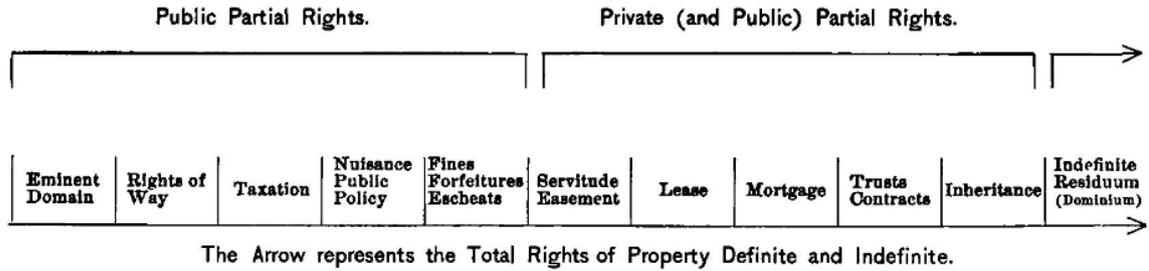
587. La dernière partie de notre analyse se concentre alors sur l'examen de cette dimension d'un point de vue purement théorique. Nous nous appuyons sur des auteurs français et autres, parmi lesquels nous identifions John Rogers Commons, Wesley Newcomb Hohfeld, Jean-Baptiste Victor Proudhon, Léon Duguit et Augustin-Charles Renouard comme des théoriciens majeurs. Ces auteurs posent les bases de la compréhension de ce que l'on appelle le démembrement de propriété et de la relation que cela entretient avec le domaine des biens. Ensuite, ce sont Elinor Ostrom, Stefano Rodotà et Luigi Ferrajoli qui nous fournissent les piliers modernes de la construction de la théorie des « biens communs ». Notre étude s'appuiera sur les contributions de ces auteurs pour comprendre le faisceau de droits et d'utilités qui est directement lié à la valeur fondamentale des données, en tant que « biens communs informationnels ». Enfin, les travaux de Pierre Catala, Jean-Christophe Galloux, Nathalie Mallet-Poujol, Marie-Alice Chardeaux, Mikhaïl Xifaras, Judith Rochfeld, Lionel Maurel, Severine Dusollier et Mustapha Mekki, en droit français, seront d'un grand soutien pour comprendre le passage complexe de la « donnée-chose commune » à celle de la « donnée-bien commun » de l'information, et les enjeux qui l'entourent.

588. De nouveaux concepts tels que la « titularité diffuse », l'« intérêt commun » et l'« inclusivité » apparaissent alors et enrichissent notre étude juridique. En effet, il est clair que le droit moderne manque de notions innovantes en phase avec la dynamique actuelle favorisée par le développement des nouvelles technologies et la numérisation de la vie publique. En guise d'ouverture, il est donc proposé de dimensionner ces concepts dans le modèle pratique des coopératives et de la collecte de données à des fins altruistes. À cet égard, il est rappelé que l'un des arguments les plus forts en faveur de la consécration des « biens communs » a été l'absence de négociation collective et la démarchandisation de la chose juridique. Il en est ainsi parce que l'on soutient que les « biens communs » sont étroitement liés à la pleine réalisation des droits fondamentaux et des libertés publiques, d'où la proposition de les appeler également « biens fondamentaux ». La preuve est faite qu'il est possible de créer des communautés

de biens en renonçant expressément aux droits exclusifs en vue d'une utilisation partagée par les utilisateurs. En ce sens, les coopératives de données sont présentées comme une figure porteuse puisqu'elles s'attaquent fondamentalement au problème de la négociation collective, tandis que la finalité altruiste est présentée comme le moyen de sortir les données du domaine des choses du commerce ou du patrimoine.

589. Il reste cependant à voir si le droit positif sera en mesure de suivre le rythme des dynamiques émergentes, notamment en ce qui concerne les utilisations possibles émanant de l'immatérialité des données en tant qu'objets informationnels. Ce dernier point est la porte ouverte à l'administration pour explorer de nouvelles formes d'action collective, à travers la mise en œuvre de nouveaux modèles opérationnels basés sur le « coopérativisme ouvert ». L'administration a un rôle important à jouer dans cette nouvelle forme d'organisation horizontale, puisque les temps appellent à une plus grande participation du public pour la production entre pairs de nouveaux biens juridiques. La compréhension de cette vision de l'horizontalité, qui ne renvoie en droit qu'au principe même de l'égalité, est un élément majeur pour la consolidation de la théorie des biens communs sous toutes ses formes ou sous-catégories. Seul le temps dira si cette troisième voie est suffisante pour surmonter la dichotomie classique entre les domaines public et privé. Pour l'instant, nous nous arrêterons dans notre plaidoyer en faveur de ce *tertium genus* des biens. Ainsi, au-delà du public ou du privé, nous prôtons la consolidation de cette troisième voie, que nous appelons énergiquement les biens de tous. LES BIENS COMMUNS.

ANNEXES



Source : John Rogers Commons, *The distribution of wealth*, New York, Macmillan and Co., 1893 p. 93.

{	Jural	rights	privilege	power	immunity
}	Opposites	no-rights	duty	disability	liability
{	Jural	right	privilege	power	immunity
}	Correlatives	duty	no-right	liability	disability

Source : Wesley Newcomb Hohfeld, Wesley Newcomb Hohfeld, « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », *The Yale Law Journal*, vol. 23, n° 1, Nov. 1913, p. 30.

TABLE 1
BUNDLES OF RIGHTS ASSOCIATED WITH POSITIONS

	Owner	Proprietor	Claimant	Authorized User
Access and Withdrawal	×	×	X	X
Management	×	×	X	
Exclusion	×	×		
Alienation	×			

Source : Edella Schlager and Elinor Ostrom, « Property-rights regimes and natural resources: a conceptual analysis », *Land economics*, vol. 68, n° 3, 1992, p. 252.

Intérêts			
Individuels	Trans-individuels		Publics
	Collectifs	Diffus	
exercés individuellement	exercés collectivement		exercés publiquement
Réalisation de la micro-justice (contentieux de l'individu isolé)	Réalisation de la macro-justice (contentieux supra-individuel)		

Source : Alexandra Aragão, « Les intérêts diffus, instruments pour la justice et la démocratie environnementale », *Vertigo - la revue électronique en sciences de l'environnement* [En ligne], Hors-série 22 septembre 2015, mis en ligne le 10 septembre 2015, consulté le 19 janvier 2021. URL : <http://journals.openedition.org/vertigo/16284> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/vertigo.16284>.

BIBLIOGRAPHIE GENERALE

OUVRAGES JURIDIQUES ET THESES EN DROIT

ATIAS Christian, *Droit civil, Les biens*, LexisNexis, 2015.

BATBIE Anselme, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, t. V, 2^e. éd., 1885.

BELANGER Pierre, *La souveraineté numérique*, Stock, 2014.

BENSOUSSAN Alain, *Informatique et libertés*, Ed. Francis Lefebvre, 2008.

BREGI Jean-François, *Droit romain, Les biens et la propriété*, Ellipses Universités Droit, 2009.

CAMUS Aurélien, *Le pouvoir de gestion du domaine public*, thèse Paris Nanterre, 2013.

CE, *Le numérique et les droits fondamentaux*, ancienne collection « Étude et documents du Conseil d'État », La documentation française.

CHAMARD-HEIM Caroline, *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », Paris, Dalloz, 2004.

CHAPUS René, *Droit administratif général – Tome 1*, coll. « Domat / Droit public », 15^e éd., Paris, Montchrestien, 2001.

CHARDEAUX Marie-Alice, *Les choses communes*, Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 2006.

CHIGNARD Simon, *Open data. Comprendre l'ouverture des données publiques*, Fyp éd., 2012.

CNIL, *La plateforme d'une ville : les données personnelles au cœur de la fabrique de la smart city*, Cahiers IP Innovation et Prospective, n° 05, 2017.

CNIL, *Vie privée à l'horizon 2020, Paroles d'experts*, Cahiers IP Innovation et prospective, n° 1, 2012.

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, 6^{ème} éd., Paris, Quadrige, PUF, 2004.

D. 1,8,2 (Marcian., 3 inst.)

DUCROCQ Théophile, *Cours de droit administratif*, t. II, 2^e éd., E. Thorin, Paris, 1877.

DUGUIT Léon, *Les transformations du droit public*, Librairie Armand Colin, Paris, 1913.

DUGUIT Léon, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1912.

DUGUIT León, *Traité de droit constitutionnel*, Tome 3, La théorie générale de l'Etat, 3ème édition, Editions Fontemoing et cie, 1930.

FERRAJOLI Luigi, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Bari-Roma, 2007, 3 volumes.

GALLOUX Jean-Christophe, *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, thèse en droit, Bordeaux, 1988.

GAUDEMET Yves, *Droit administratif des biens*, coll. « Traité de droit administratif », t. 2, LGDJ, 13^e éd., n° 148, 2008.

HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, LRGLA, 1893.

KIRAT Thierry, *Économie du droit*, éditions La Découverte, 1999.

KITCHIN Rob, *Getting smarter about smart cities: Improving data privacy and data security*, Data Protection Unit, Department of the Taoiseach, Dublin, Ireland, 2016.

LE TOURNEAU Philippe, « Distribution, circuits et réseaux de distribution. Inventaire des diverses concessions. Fondament et protection des reseauc de distribution », *JurisClasseur Contrats-Distribution*, Fasc, 1010, 2001.

LEFUR Louis, *État fédéral et Confédération d'États*, Paris, 1896.

LINOTTE Didier, *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif*, thèse de doctorat en Droit public, sous la direction de Jean-Marie Auby, Bordeaux 1, dactyl, 1995.

MANGOLTE Pierre-André, *La guerre des brevets, d'Edison aux frères Wright. Une comparaison franco-américaine*, Collection « Chemins de la Mémoire », série « Histoire économique », Paris, L'Harmattan, 2014.

MATTEI Ugo, *Basic Principles of property law: A comparative legal and economic introduction*, coll. « Contributions in legal studies », Westport CT., Greenwood Press, 2000.

MERLAND Guillaume, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préface de Dominique Rousseau, LGDJ, 2003.

ORTHOLAN Joseph-Louis-Elzéar, *Explication historique des Instituts de l'empereur Justinien*, Livre 2, Paris, Joubert Libraire-Editeur, 2^e éd., 1840.

PARANCE Béatrice et DE SAINT VICTOR Jacques (dir.), *Repenser les biens communs*, Paris, CNRS éditions, 2014.

PATAULT Anne-Marie, *Introduction historique au droit de biens*, Presses Universitaires de France, 1989, 336 pages.

PELLISSIER Gilles, *Le contrôle des atteintes au principe d'égalité au nom de l'intérêt général par le juge de l'excès de pouvoir*, thèse de doctorat en Droit public, sous la direction de Georges Dupuis, Paris 1, 1995.

PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, *Traité élémentaire de droit civil : conforme au programme officiel des Facultés de droit*, Tome 2 / par Marcel Planiol, Paris, 1928-1932.

POTHIER Robert-Joseph, « Droit à la propriété », *Traité sur différentes matières du droit civil*, 1781, article premier.

RAMBAUD Prosper, *Droit romain*, Paris, Chevalier-Marescq, 1893.

REMOND-GUILLOUD Martine, *Du droit de détruire, essai sur le droit de l'environnement*, PUF, Les voies du droit, 1989.

RENOUARD Augustin-Charles, *Du droit industriel dans ses rapports avec les principes du droit civil, sur les personnes et sur les choses*, Paris, Guillaumin, 1860.

RENOUARD Augustin-Charles, *Traité des droits d'auteur, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts, troisième partie*, 1898.

ROUBIER Paul, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz (réimpression), 1962.

SCARONE AZZI Marcelo et SANCHEZ Gloria Cecilia, *La législation sur la radiodiffusion sonore communautaire : étude comparative des législations de treize pays*, UNESCO, 2003, CI.2003/WS/1.

SCHMALTZ Benoît, *Les personnes publiques propriétaires*, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », Dalloz, vol. 160, 2016.

SIEYES Emmanuel, *Qu'est-ce que le Tiers état ?*, édition critique avec une introduction par Edme Champion, Paris, Société de l'histoire de la Révolution Française, 1888.

TARLET Fanny, *Les biens publics mobiliers*, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », Dalloz, 2017.

TERRE François et SIMPLER Phillipe, *Droit civil, Les biens*, Dalloz, 7^e éd, 2006.

THOMAS Yan, *Les opérations du droit*, Hautes Etudes, EHESS Gallimard Seuil, 2011.

TRUCHET Didier, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, préface Jean Boulouis, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », 1977.

VIVANT Michel (dir.), *Les créations immatérielles*, Paris, 1997.

VIVIER Nadine, *Propriété collective et identité communale, les biens communaux en France 1750-1914*, Publications de la sorbonne, 1998.

VOEFFRAY François, *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, Presses Universitaires de France, colle. « Publications de l'Institut universitaire des Hautes Etudes Internationales de Genève », 2004.

XIFARAS Mikhaïl, *La propriété : étude de philosophie du droit*, PUF, 2004.

YOLKA Philippe, *La propriété publique - Eléments pour une théorie*, LGDJ, 1997.

ZENATI-CASTAING Frédéric et REVET Thierry, *Les biens*, Paris, PUF « Droit fondamental », 3^e ed, 2008.

ZENATI-CASTAING Frédéric, *Essaie sur la nature juridique de la propriété : contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse, Université Jean-Moulin Lyon 3, 1981.

OUVRAGES DIVERS (PLUSIEURS DISCIPLINES)

AIGRAN Phillippe, *Cause commune. L'information entre bien commun et propriété*, Paris, Fayard, 2005.

ARISTOTE, *Etique à Nicomaque*.

ARISTOTE, *La Politique*.

BEKKER Ernst Immanuel, « Zum lehre von Rechtssubject », in *Jahrbücher für die dogmatik*, Tome 12, 1873.

BORRITS Benoît, *Au-delà de la propriété. Pour une économie des communs*, La Découverte, 2018.

BOTTI Laurent, Nicolas Peypoch et Bernardin Solonandrasana, *Économie du tourisme*, coll. « Les Topos », Dunod, 2013.

CHIGNARD Simon et BENYAYER Louis-David, *Datanomics : les nouveaux business models des données*, FYP éditions, 2015.

COMMONS John R., *The distribution of wealth*, New York, Macmillan and Co., 1893.

CORIAT Benjamin (dir.), *Le retour des communs : la crise de l'idéologique propriétaire*, France, Les Liens qui libèrent, 2015.

COUFFIGNAL Louis, *La cybernétique*, Presses Universitaires de France, coll. "Que sais-je ?", n° 638, Paris, 1963.

D'ESPAGNAT Bernard, *A la recherche du réel*, Bordas, 1981.

DARDOT Pierre et LAVAL Christian, *Commun : Essaie sur la révolution au XXIe siècle*, La Découverte, 2014.

HARARI Yuval Noah, *Sapiens : Une brève histoire de l'humanité*, traduction de Pierre-Emmanuel Dauzat, Albin Michel, 2015.

HESS Charlotte et OSTROM Elinor (eds.), *Understanding knowledge as commons: from theory to practice*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2007.

ISAAC Henri, *Données, valeur et business model*, coll. « Les cahiers scientifiques », n° 21, Chaire intelligence et économique et stratégie des organisations, Fondation Paris-Dauphine, 2016.

- LEFEBVRE Henri, *La production de l'espace*, Paris : Antropos, 2000.
- LIETAER Bernard, ARNSPERGER Christian, GOERNER Sally, BRUNNHUBER Stefan, *Money and Sustainability: The Missing Link: a Report from the Club of Rome-Eu Chapter to Finance Watch and the World Business Academy*, 2012.
- LOCKE John, *Second Treatise of government*, 1690.
- MOROZOV Evgeny, *To Save Everything Click Here: The Folly of Technological Solutionism*. New York, Public Affairs, 2013.
- NEESON J. M., *Commoners : Common right, enclosure and social change in England, 1700-1820*, Cambridge University Press, 1993.
- NEWMAN Jannet, *Modernizing governance: New Labour, Policy and Society*, Sage, London, 2012.
- OECD, *Axer le secteur public sur les données : marche à suivre*, OECD Publishing, Paris, 2020, <https://doi.org/10.1787/0090312e-fr>.
- OSTROM Elinor, *Governing the commons: The evolution of institutions for collective action*, Cambridge et New York, Cambridge Univeristy Press, 1990.
- PLATON, *La République*, 415d, 417b, 423^e, 424a, parmi d'autres.
- RODDIER Francois, *Le pain, le levain et les genes*, Eds. Parole, 2011.
- SALAMON Lester M. (ed), *The tools of government: A Guide to the New Governance*, New York: Oxford University Press, 2002.
- SCHOLTZ Trebor (ed.), *Digital Labor : The internet as Playground and factory*, New York, Routledge, 2013, 258.
- SHANNON Claude E. et WEAVER Warren, *The mathematical theory of communication*, University of Illinois, Urbana press, 1949.
- THOMPSON Edward Palmer, *The making of the English working class*, Rev. Ed. London : Penguin Books, 1991.
- VON BRINZ Alois, *Lehrbuch des Pandekten*, Tome 3, 2^{ème} édition, A. Deichert, 1888.
- WIENER Nobert, *Cybernetics or control and communication in the animal and the machine*, Paris, Hermann & Cie, 1948.
- WILLIAM RHODES Roderick Arthur, *Understanding governance: policy networks, governance, reflexivity and accountability*, Open University Press, Buckingham, 1997.
- ŽIŽEK Slavoj, *First as tragedy, then as farce*, New York, Verso, 2010.

ARTICLES JURIDIQUES

- ABBOUB Schéhérezade et COQUEL Emilie, « Les modalités de mise à disposition des données publiques locales », *RFDA*, 2018, pp. 35-38.

ANCIAUX Arnaud et FARCHY Joëlle, « Données personnelles et droit de propriété : quatre chantiers et un enterrement », *Revue internationale de droit économique*, vol. t. xxix, n° 3, 2015, pp. 307-331.

ANTOINE Aurélien, « Les expériences étrangères d'ouverture de l'accès aux données publiques », *L'Actualité juridique. Droit administratif*, 2016, p. 81-86.

ARAGÃO Alexandra, « Les intérêts diffus, instruments pour la justice et la démocratie environnementale », *VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement* [En ligne], Hors-série 22 septembre 2015, mis en ligne le 10 septembre 2015, consulté le 19 janvier 2021. URL : <http://journals.openedition.org/vertigo/16284> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/vertigo.16284>

BELLANGER Pierre, « Les données personnelles : une question de souveraineté », *Le Débat*, vol. 183, no. 1, 2015, pp. 14-25.

BENABOU Valérie-Laure, « Une cinquième liberté de circulation numérique ? Est-ce possible ? Est-ce utile ? », *RTD Eur*, Dalloz, 2021, p. 279.

BENNET Matthieu, « Le droit et l'analyse philosophique des droits selon W. N. Hohfeld », *Klesis – Revue philosophique*, n° 21, *Philosophie analytique du droit*, 2011, pp. 133-156.

BENSAMOUN Alexandra, « Création et données : différence de notions = différence de régimes ? », *Dalloz IP/IT*, 2018, pp. 85-89.

BERGER Tristan, « Qualifier le téléchargement illégal de données : soustraire ou extraire, telle est la question », *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, Lamy (imprimé) / Wolters Kluwer édition électronique, 2015. ([hal-01206951](https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01206951))

BERTRAND Brunessen, « Chronique Droit européen du numérique – L'émergence d'une politique européenne du numérique », *Revue trimestrielle de droit européen (RTD Eur)*, Dalloz, 2021, p. 129.

BERTRAND Brunessen, « Chronique Droit européen du numérique – La volonté de réguler les activités numériques », *RTD Eur*, Dalloz, 2021, p. 160.

BERTRAND Brunessen, « Chronique Droit européen du numérique – La rationalisation des catégories juridiques relatives aux services numériques », *RTD Eur*, Dalloz, 2021, p. 192.

BQUET Christine, « Les fictions en droit », *Revue de la Faculté de Droit de l'Université de Liège*, Bruxelles, 2013, pp. 25-51.

BIZET Thomas, « L'ambition individualiste de l'auto-détermination informationnelle », *Revue internationale de droit des données et du numérique*, vol. 3, 2017, pp. 49-60.

BLAIZOT-HAZARD Catherine, « Savoir et droits fondamentaux », *RFDA*, 2016, p. 707.

BOUL Maxime, « Les *public goods* : traduction juridique d'une notion économique », *Revue française de droit administratif*, 2013, pp. 557-564.

BOUL Maxime, « Réflexions sur la notion de donnée publique », *Revue française d'administration publique*, vol. 3, n° 167, 2018, pp. 471-478.

BOURCIER Danièle et DE FILIPPI Primavera, « Vers un droit collectif sur les données de santé », *Revue du droit sanitaire et social*, 2018, p. 444.

BRUGUIERE Jean-Michel, « Le patrimoine immatériel de l'État est-il l'objet d'une propriété publique ? », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, n° 3, 2010, pp. 59-73.

CAMPROUX DUFFFRÈNE Marie-Pierre, « Repenser l'article 714 du Code civil français comme une porte d'entrée vers les communs », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2018/2, volume 81, p. 297-330.

CAMUS Aurélien, « La propriété des données publiques », *Revue française d'administration publique*, vol. 3, n° 167, 2018, pp. 479-490.

CASILLI Antonio A., « Contre l'hypothèse de la "fin de la vie privée" », *Revue française des sciences de l'information et de la communication*, n° 3, 2013. Mis en ligne le 31 juillet 2013, consulté le 02 décembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/rfsic/630> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/rfsic.630>

CHARDEAUX Marie-Alice, « Nommer la prérogative d'usage des choses communes », *Recueil Dalloz*, 2019, p. 2195.

CHOISY Stéphanie, « La réappropriation du domaine public par le droit de la propriété intellectuelle », *Communication commerce électronique*, n° 4, 2002, pp. 12-15.

CLUZEL-METAYER Lucie, « La construction d'un service public de la donnée », *Revue française d'administration publique*, vol. 167, n° 3, 2018, pp. 491-500.

CLUZEL-METAYER Lucie, « La loi pour une République numérique : l'écosystème de la donnée saisi par le droit », *L'Actualité juridique. Droit administratif*, Dalloz, 2017. ([hal-03454811](https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-03454811)).

CLUZEL-METAYER Lucie, « Les limites de l'open data », *AJDA*, 2016. ([hal-03455250](https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-03455250)).

COHEN Julie E., « Turning Privacy Inside Out », *Theoretical Inquiries in Law 20.1*, version à paraître, 2019, Disponible sur : <https://ssrn.com/abstract=3162178>

COURTIER Anne-Sophie, « L'entreprise individuelle sans risque et le patrimoine d'affectation : le miroir aux alouettes ? », *Management & Avenir*, vol. 74, n° 8, 2014, pp. 145-158.

CRICHTON Cécile, « Transfert de données vers les USA : l'arrêt Schrems II », *IP/IT et communication*, Dalloz actualité, édition du 22 juillet 2020 [en ligne]. Consulté le 16/08/2022 : <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/transfert-de-donnees-vers-usa-l-arret-schrems-ii>

CUMYN Michelle et SAMSON Mélanie, « La méthodologie juridique en quête d'identité », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 2, vol. 71, 2013, pp. 1-42.

CYTERMANN Laurent, « La loi informatique et libertés est-elle dépassée ? », *RFDA*, 2015, pp. 99-106.

DARDOT Pierre, « Les limites du juridique », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, n° 16, 2016, pp. 257-270.

DARNAND Pauline et FONSECA TINOCO Karlo, « L'ouverture des données de l'INPI », *LEGICOM*, vol. 56, n° 1, 2016, pp. 77-85.

DESWARTE Marie-Pauline, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFD const.*, n° 13, 1993, pp. 23-58.

DRAHOS Peter, « A defence of the intellectual commons », *Consumer Policy Review*, vol. 16, 2006, (re-published in *Asia Pacific Consumer*, vol. 43-44, No.1&2, 2006, 30-33).

DUBAIL Charles-Henry, « Des données publiques à la propriété incertaine », *LEGICOM*, vol. 2, n° 25, 2001, pp 17-24.

ERTZSCHEID Olivier, « Biens éclairés ? Données, consentement, communs » [en ligne], 7 octobre 2013. Consulté le 14 juin 2021 : https://affordance.typepad.com/mon_weblog/2013/10/biens-eclaires-donnees-consentement-communs.html

FOULQUIER Norbert, « L'analyse du discours juridique : le concept de droit subjectif en droit administratif », *CURAPP, Sur la portée sociale du droit, Usages et légitimité du registre juridique*, PUF, 2005, p. 44-99.

FOURES-DIOP Anne-Sophie, « Les choses communes (Première partie) », *Revue juridique de l'Ouest*, 2011-1, pp. 59-112.

GALLOUX Jean-Christophe, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 1994, p. 229.

GARDERE Elizabeth, « L'attractivité territoriale : servuction et réseaux dans l'action publique locale », *Numérique, action publique et démocratie*, Presses Universitaires de Rouen et du Havre, A paraître. [\(hal-02735127\)](#)

GAUDRAT Phillipe, « Loi n°98-536 du 1^{er} juillet 1998 portant transposition de la directive 96/6/CE du Parlement européen sur les bases de données : le champ de la protection par le droit *sui generis* », *RTDCom.*, vol. 52, n° 1, janvier-mars 1999, p. 86.

GUINCHARD Serge, « Une class action à la française ? », *Recueil Dalloz*, 2005, p. 2180.

HADDAD Sophie, CASANOVA Antoine, DUBOIS Nina, « Arrêt "Schrems 2", la Cour de Justice de l'Union Européenne invalide le système du "Privacy Shield" » [En ligne], Village justice, 7 août 2020. Consulté le 01 décembre 20 : <https://www.village-justice.com/articles/arret-schrems-chute-privacy-shield-les-responsables-traitement-doivent-repenser,36284.html>

HOHFELD Wesley Newcomb, « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », *The Yale Law Journal*, vol. 23, n° 1, Nov. 1913, pp. 16-59.

HUET Jérôme, « La modification du droit sous l'influence de l'informatique. Aspects de droit privé », *JPC*, 1983, doctrine 3095.

HULIN Anne-Sophie et CASTETS-RENARD Céline, « Quels cadres de gouvernance pour le marché européen des données ? », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2021, p. 848.

JAMIN Christophe, « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique. Un exercice de lecture comparée », *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, Presses Universitaires de France, 2011, pp.137-159 (hal-00973107).

JOHNSON Denise R., « Reflections on the bundle of rights », *Vermont Law Review*, vol. 32, n° 247, 2007, pp. 248-271.

KOUBI Geneviève, « Distinguer entre droits individuels et droits collectifs » [En ligne], Droit cri-TIC, 3 février 2008. Consulté le 08 juin 2020 : <https://koubi.fr/spip.php?article13>

KRAUS Dillon, « Transparency as a First Step to Regulating Data Brokers », N.Y.U. J. Legis. & Pub. Pol'y Quorum (2021). [En ligne] <https://nyujlpp.org/quorum/kraus-transparency-first-step-regulating-data/>

LAVIALLE Chrisitan, « La condition juridique de la monnaie fiduciaire », *Revue Française de Droit Administratif*, Dalloz, 2009, p. 669.

LAZARO Christophe et LE METAYER Daniel, « Le consentement au traitement des données personnelles : une perspective comparative sur l'autonomie du sujet », *Revue juridique Themis*, vol. 43, n° 3, 2015, pp- 768-815.

LEBEAU André, « L'Échange gratuit au péril de la commercialisation », *La Météorologie*, 8^e série, n° 9, mars 1995, Société météorologique de France, Paris, pp. 71-83.

LEMARCHAND Stéphane, FREGET Olivier et SARDAIN Frédéric, « Biens informationnels : entre droits intellectuelles et droit de la concurrence », *Revue Propriétés Intellectuelles*, n° 6, janvier 2003, pp. 11-23.

LEROUX Erick et LUSSON Jean-Marc, « Smart city : quels enjeux politiques et juridiques ? », *Juris tourisme*, n° 221, 2019, p. 22.

LESSIG Lawrence, « Privacy as property », *Social Research: An International Quarterly*, vol. 69, n° 1, 2002, pp. 247-250.

LESSIG Lawrence, « Code is law », *Harvard Magazine*, janvier 2000 [en ligne]. Consulté le 19 octobre 2020 : <https://harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law-html>

LUCARELLI Alberto, « Biens communs. Contribution à une théorie juridique », traduit de l'italien par Jeremy Mercier, Thomas Perroud, avec une relecture d'Eleonora Bottini, *Lextenso « Droit et société »*, n° 98, 2019, pp. 141-157.

LUCAS-SCHLOETTER Agnès, « Le 'domaine commun informationnel' », *Revue de droit de la propriété intellectuelle et du numérique*, Dalloz, 2018, p. 92.

MALLET-POUJOL Nathalie, « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *Recueil Dalloz*, D. 1997, p. 330.

MANSON Stéphane, « La mise à disposition de leurs données publiques par les collectivités territoriales », *L'Actualité juridique Droit administratif*, 2016, p. 97.

MARCHAND Jennifer, « L'open data, la réutilisation des données publiques entre exigence démocratique et potentiel économique », *JCP A*, février, n° 7, 2038, 2014, p. 27.

MATTATIA Fabrice et YAÏCHE Morgane, « Etre propriétaire de ses données personnelles (2ème partie) : peut-on envisager un régime spécifique ? », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2015/116 ; pp. 41-44.

MATTEI Ugo, *Institutionalizing the Commons : An Italian Primer* [en ligne]. Consulté le 21 juin 2021 : <https://commonsblog.files.wordpress.com/2007/10/mattei-italian-commons-chapter-short.pdf>

MAUREL Lionel, « Evgeny Morozov et le 'domaine public' des données personnelles », [en ligne], 29 octobre 2017. Consulté le 22 juin 2021 : <https://scinfolex.com/2017/10/29/evgeny-morozov-et-le-domaine-public-des-donnees-personnelles/>

MAUREL Lionel, « La reconnaissance du 'domaine commun informationnel' : tirer les enseignements d'un échec législatif », *Vers une République des biens communs ?*, Les Liens qui Libèrent, 2018. [\(hal-01877448\)](#)

MAZZONE Jason, « Copyfraud », *New York University Law Review*, Brooklyn Law School, Legal Studies Paper n° 40, vol. 81, 2006, p. 1026. Consulté le 13 octobre 2020 : <https://ssrn.com/abstract=787244>

MERCIER Silvère et EYNAUD Philippe, « Le droit d'auteur au défi des biens communs de la connaissance », *Juris associations*, 2014, n° 501, p. 28.

MERCIER Silvère, « Biens communs et données personnelles : il nous faut inventer ! », *Bibliobsession*, [en ligne], 12 mars 2014. Consulté le 17 juillet 2021 : <http://www.bibliobsession.net/2014/03/12/biens-communs-et-donnees-personnelles-il-nous-faut-inventer/>

MERRIL Thomas W. et SMITH Henry E., « What Happened to Property in Law and Economics ? », *The Yale Law Journal*, 2001, pp. 357-398.

MISSAOUI Jihen, « La fiction juridique en droit international public, ou le miroir sans strie des réalités dérangeantes », *Mediterranean Journal of Legal Research* [en ligne] : <http://mj-lr.com/la-fiction-juridique-en-droit-international-public-ou-le-miroir-sans-strie-des-realites-derangeantes/>

MOSSOFF Adam, « The Use and Abuse of IP at the Birth of the Administrative State », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 157, n° 6, 2009, pp. 2001-2050.

MOUSSERON Jean-Marc et VIVANT Michel, « Les mécanismes de réservation et leur dialectique : le terrain occupé par le droit », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 1988-1, p. 2.

NAPOLI Paolo, « Indisponibilité, service public, usage. Trois concepts fondamentaux pour le « commun et les ‘biens communs’ », Traducteur : Arnaud Fossier, *Tracés. Revue de Sciences humaines*, n° 27, 2014, pp. 211-233.

ORSI Fabienne, « Biens publics, communs et Etat : quand la démocratie fait lien », article issu du Colloque Cerisy *Vers une république des communs ?*, 8-15 septembre 2016, version préliminaire de l'article éponyme à paraître en 2018. [hal-01884973](https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01884973)

ORSI Fabienne, « Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », *Revue de la régulation* [En ligne], 14 | 2e semestre / Autumn 2013, mis en ligne le 14 février 2014, consulté le 16 août 2022. URL : <http://journals.openedition.org/regulation/10471>. DOI : <https://doi.org/10.4000/regulation.10471>

ORSI Fabienne, « Réhabiliter la propriété comme *bundle of rights* : des origines à Elinor Ostrom, et au-delà ? », *Revue internationale de droit économique*, T. XXVIII, 2014/3, pp. 371-385.

PEUGEOT Valérie, « Données personnelles : sortir des injonctions contradictoires » [en ligne], 15 avril 2014. Consulté le 21 juin 2021: <https://vecam.org/old/Donnees-personnelles-sortir-des-injonctions-contradictaires.html>.

QUINTARD KAIGRE Alexandre, « L'open data au service du droit à l'information et de la liberté d'expression », *Revue Documentaliste-Sciences de l'information*, n° 4, vol. 51, 2014, pp. 34-35.

RODOTA Stefano, « Vers les biens communs. Souveraineté et propriété au XXIe siècle », Traducteur Guillaume Calafat, *Tracés. Revue de Sciences humaines*, n° 16, 2016, pp. 211-232.

SAURON Jean-Luc, « L'affaire Schrems », *Gaz. Pal.*, n° 302, 29 oct. 2015, n° 244v8, p. 7.

SCHWEIGER Juliette, « Smart cities et nouveaux enjeux de protection des données : comment tirer profit du nouveau règlement européen ? », *Dalloz IP/IT*, 2017, pp. 624-632.

SORBARA Jean-Gabriel, « Le Conseil d'État découvre-t-il la notion de *public goods* ? », *JCP G*, n° 15, avril 2011, p. 701.

TERESI Laurent, « L'open data et le droit de l'Union européenne », *AJDA*, 2016, p. 87.

THOMAS Yan, « La valeur des choses. Le droit romain hors la religion », *Annales HSS*, vol. 57, n° 6, 2002, p. 1431-1462.

TROPER Michel, « Le réalisme et le juge constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, Dossier : Le réalisme en droit constitutionnel, n° 22, Juin 2007 [en ligne]. Consulté le 4 juin 2021 : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-realisme-et-le-juge-constitutionnel>

TÜRK Pauline, « La souveraineté des Etats à l'épreuve d'internet », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2013. [hal-02493141](https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02493141)

UBALDI Barbara, « L'administration électronique, support de l'innovation dans les services publics », *Revue Française d'Administration Publique*, 2013, pp. 449-464.

VERBIEST Thibault, « Smart cities et données », *Juris tourisme*, n° 221, 2019, p. 31.

VERDIER Henri, « L'État et la politique d'ouverture en France », *AJDA*, 2016, p. 92.

VIVANT Michel, « A propos des biens informationnels », *JCP éd. G.* 1984, I, 3132.

VIVANT Michel, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *Revue Internationale de Droit Économique*, Association internationale de droit économique, 2006, 4 (t. XX, 4) pp. 361-388.

VIVANT Michel, « Touche pas à mon filtre ! Droit de marque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle », *JCP, éd. E.*, 1993, I, p. 251.

WARUSFEL Bertrand, « La protection des bases de données en question : un autre débat sur la propriété intellectuelle européenne », *Revue Propriétés intellectuelles*, n° 13, Octobre 2004, p. 897.

XIFARAS Mikhaïl, « Le code hors du code. Le cas de la 'transposition' de la propriété au droit administratif », *Droits*, PUF, n° 42, 2005, p. 49-74.

XIFARAS Mikhaïl, « Le copyleft et la théorie de la propriété », *Multitudes*, 2010/2 (n° 41), pp. 50-64. DOI : 10.3917/mult.041.0050. URL : <https://www.cairn.info/revue-multitudes-2010-2-page-50.htm>

YOLKA Philippe, « Open data : 'L'ouverture, c'est l'aventure' », *AJDA*, Dalloz, 2016, p. 79.

ARTICLES (AUTRES DISCIPLINES)

AHMED Eman et SHABANI Mahsa, « DNA data marketplace: an analysis of the ethical concerns regarding the participation of individuals », *Frontiers in genetics*, vol. 10, 2019, DOI=10.3389/fgene.2019.01107.

ALBINO Vito, BERARDI Umberto et DANGELICO Rosa Maria, « Smart Cities: Definitions, Dimensions, Performance, and Initiatives », *Journal of Urban Technology*, vol. 22, n° 1, 2015, pp. 3-21. DOI: [10.1080/10630732.2014.942092](https://doi.org/10.1080/10630732.2014.942092)

ALBRECHTSLUND Anders, « Online Social Networking as Participatory Surveillance », *First Monday*, vol. 13, n° 3, 2008, <https://doi.org/10.5210/fm.v13i3.2142>. Peer-reviewed journal on the internet.

ATTIAS ASSOULINE Anne-Valérie et GLON Guillaume, « Fiscalité du digital, digitalisation de la fiscalité », *Revue d'économie financière*, n° 131, 2018/3, pp. 217-232.

BAUWENS Michel et KISTAKIS Vasilis, « From the Communism of capital to the capital for the commons: towards an open co-operativism », *TripleC: Communication, Capitalism & Critique*, vol. 12, no. 1, 2014, pp. 356-361, DOI: <https://doi.org/10.31269/triplec.v12i1.561>

BENKLER Yochai, « Peer Production, the Commons, and the Future of the Firm », *Strategic Organisation*, vol. 15, n. 2, 2017, pp. 264 - 274.

BENYAYER Louis-David et SIMON Chignard, « Focus - Les enjeux économiques de l'ouverture des données : pas de marché, pas de valeur », *Informations sociales*, vol. 191, n° 5, 2015, pp. 36-39.

BOURREAU Marc et PÉNARD Thierry, « Introduction. L'économie numérique en question », *Revue d'économie industrielle*, vol. 156, n°. 4, 2016, pp. 11-15.

CHEVANCE René J., « Architectures de stockage », *Techniques de l'ingénieur* [Archives en ligne], 10 février 2006, Réf : H2932 V1

COASE Ronald H., « The problem of social cost », *Journal of law and economics*, vol. 3, October 1960, pp. 1-44.

CORIAT Benjamin, « La construction de communs comme alternative à la privatisation des connaissances. Promesses et difficultés », *Transformation des modes de production dans les sciences du vivant. Biologie à haut débit, plate-formes, brevets, Médecine/sciences*, hors-série n° 2, vol. 28, juin-juillet 2012, pp. 16-21.

DE MOORE Tine, « From common pastures to global commons : a historical perspective on interdisciplinary approaches to commons », *Nature Sciences Sociétés*, n° 4, vol. 19, 2011, pp. 422-431

DEWAR Roderick C., « Information theory explanation of the fluctuation theorem, maximum entropy production and self-organized criticality in non-equilibrium stationary states », *Journal of Physics A: Math. Gen.*, 36, n° 3, 2003, pp. 631-641.

ENJOLRAS Bernard, « Gouvernance verticale, gouvernance horizontale et économie sociale et solidaire : le cas des services à la personne », *Revue de géographie, économie et société*, n° 1, vol. 12, 2010, pp. 15-30.

FISHER Ronald Aylmer, « On the Mathematical Foundations of Theoretical Statistics », *Philosophical transactions of the Royal Society*, Lond, A. 1922, 222, pp. 309-368.

GORDON H. Scott, « The Economic Theory of a Common-Property Resource: The Fishery », *Journal of Political Economy*, vol. 62, n° 2, pp. 124-142. doi: 10.2307/1825571

GRACE Dave et associés, « Mesurer la taille et la portée de l'économie coopérative : résultats du Consensus mondial des coopératives 2014 », pour le Secrétariat des Nations unies Département des affaires économiques et sociales, Division des politiques sociales et du développement social, avril 2014. [En ligne]. Consulté le 24th novembre 2021 : <https://www.un.org/esa/socdev/documents/2014/coopsegm/grace.pdf>.

GRAHAM Mark, ZOOK Matthew et BOULTON Andrew, « Augmented Reality in the Urban Environment: contested content and the duplicity of code », *Transactions of the Institute of British Geographers*, vol. 38, n° 3, 2013, pp. 464-479.

GRANJON Fabien, « Fracture numérique », *Communications*, vol. 88, No. 1, 2011, pp. 67-74.

GROSSI Giuseppe et PIANEZZI Daniela, « Smart cities : Utopie ou idéologie néolibérale? », *International Journal of Urban Policy and Planning*, 69, 2017, pp. 79-85, DOI : <https://doi.org/10.1016/j.cities.2017.07.012>

HARDIN Garrett, « The Tragedy of the Commons », *Science*, vol. 162, n° 3859, 1968, pp. 1243-1248.

KOSTAKIS Vasilis, NIAROS Vasilis, DAFERMOS George et BAUWENS Michel, « Design Global, Manufacture Local: Exploring the Contours of an Emerging Productive Model », *Futures*, vol. 73, octobre 2015, pp. 126-135.

LEFEBVRE Henri, « Le droit à la ville », *L'Homme et la société*, n° 6, 1967, pp. 29-35.

MAJONE Giandomenico, « From the positive to the regulatory state: causes and consequences of change in the mode of governance », *Journal of Public Policy*, 17.2, 1997, pp. 139-167.

NEESON J. M., « La clôture des terres et la société rurale britannique : une revue critique », Traducteur : Hannah Collings, *Histoire, économie et société*, 18^{ème} année, n° 1, 1999, pp. 83-106.

NIAROS Vasilis, « Introducing a Taxonomy of the ‘Smart City’: Towards a Commons-oriented Approach? », *Journal for a Global Sustainable Information Society*, vol. 14, n° 1, 2016, pp. 51-61. DOI: <https://doi.org/10.31269/triplec.v14i1.718>

PIKE Andy, RODRÍGUEZ-POSE Andrés et TOMANEY John, « What Kind of Local and Regional Development and for Whom? », *Journal of Regional Studies*, vol. 41, n° 9, pp. 1253-1269.

RAMAZZOTTI Giorgia, « Prospects of ‘Business to Government’ data sharing in Europe: Insights from Covid-19 and political philosophy, International development research network », September 2020. [En ligne]. Consulté le 24 juin 2021 : <https://static1.squarespace.com/static/5e8ce9ff629cbb272fd0406f/t/5f6b6f124ca3f852afe0de41/1600937073062/Prospects+of+Business+to+Government+Data+Sharing+in+Europe.pdf>.

SAMUELSON Paul A., « The pure Theory of Public Expenditure », *The Review of Economics and Statistics*, vol. 36, n° 4, 1954, pp. 387-389.

SCHLAGER Edella et OSTROM Elinor, « Property-rights regimes and natural resources: a conceptual analysis », *Land economics*, vol. 68, n° 3, 1992, pp. 249-262.

SHABANI Mahsa, « The data governance act and the EU’s move towards facilitating data sharing », *Molecular system biology*, 2021. DOI : 10.15252/msb.202110229.

SHAW Joe and GRAHAM Mark, « An Informational Right to the City? Code, Content, Control, and the Urbanization of Information. », *Antipode*, vol. 49, n° 4, 2017, pp. 907-927.

STALLMAN Richard, « Why Open Source Misses the Point of Free Software », *GNU Operating system*, 2015. [En ligne]. Consulté le 30 juin 2015 : <http://www.gnu.org/philosophy/open-source-misses-the-point.html>

STOKKER Gerry, « Governance as theory: five propositions », *International Social Science Journal*, n° 155, 1998, pp. 17-28.

UHEL Mathieu, « La ‘guerre de l’eau’ à Cochabamba. De la réappropriation de l’espace politique à la reproduction d’un lieu symbolique de la contestation », *L’Espace Politique* [En ligne], 37 | 2019-1, mis en ligne le 04 octobre 2019, consulté le 10 juin 2021. DOI : <https://doi.org/10.4000/espacepolitique.6288>

VODOZ Luc, « Fracture numérique, fracture sociale : aux frontières de l’intégration et de l’exclusion », *SociologieS* [En ligne], Dossiers, Frontières sociales, frontières culturelles, frontières techniques, mis en ligne le 27 décembre 2010, consulté le 08 octobre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/sociologies/3333>

YOUSSEF Adel Ben, « Les quatre dimensions de la fracture numérique », *Réseaux*, vol. 127-128, n° 5, 2004, pp. 181-209.

CONTRIBUTIONS A DES OUVRAGES COLLECTIFS ET RECUEILS DE TRAVAUX

AMRANI-MEKKI Soraya, « Action collective et action de groupe », in CORNU Marie, ORSI Fabienne, ROCHFELD Judith (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses universitaires de France, 2017, pp. 33-37.

ANGIOLINI Chiara et MONTEROSSO Michael William, « Action diffuse (Italie) », in CORNU Marie, ORSI Fabienne, ROCHFELD Judith (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses universitaires de France, 2017, pp. 37-42.

ANGIOLINI Chiara, CAMPROUX DUFFRENE Marie-Pierre, TRUJILLO SOSA Rocio del Pilar, FESTA Daniela et PERROUD Thomas, « Les intérêts à reconnaître », dans ROCHFELD Judith, CORNU Marie et MARTIN Gilles J. (dirs.), *L’échelle de communalité : propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, Rapport final de recherche n° 17-34 2021, pp. 331 - 340. [En ligne]. Consulté le 12 novembre 2021 : <http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/lechelle-de-communalite/>

ANGOLINI Chiara, « Intérêts Diffus (Italie) », in CORNU Marie, ORSI Fabienne, ROCHFELD Judith (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses universitaires de France, 2017, pp. 698-702.

AUBIN Emmanuel, « La protection constitutionnelle de la transparence administrative », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 59, 2018, pp. 35-45.

BARACOS Solon et NISSENBAUM Helen, « Big data’s end run around anonymity and consent », in LANE Julia, STODDEN Victoria, BENDER Stefan et NISSENBAUM

Helen (eds), *Privacy, Big Data and the Public Good*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 55.

BEAUREGARD-BERTHIER Odile de David, « Le patrimoine immatériel de l'État », in *Bien public, bien commun. Mélanges en l'honneur d'Etienne Fatôme*, Dalloz, 2011, p. 23.

BERNARD Elsa, « Les droits fondamentaux, 'biens communs' européens ? », in PARANCE Béatrice et DE SAINT VICTOR Jacques (dir.), *Repenser les biens communs*, Paris, CNRS éditions, 2014, pp. 175-194.

BINCTIN Nicolas, « Retour sur un cadre juridique complexe et en pleine évolution », in LEGER Lucas (dir.), *Rapport : Mes data sont à moi : pour une patrimonialité des données personnelles*, Groupe de réflexion « Génération libre », janvier 2018, pp. 47-76.

CAMBACERES Jean-Jacques-Régis, in FENET Pierre-Antoine, *Recueil complet de travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Videcoq, vol. I, 1836, p. 141.

CASILLI Antonio A., « Quatre thèses sur la surveillance numérique de masse et la négociation de la vie privée », in RICHARD Jacky et CYTERMANN Laurent (dir.), *Etude annuelle du Conseil d'Etat "Le numérique et les droits fondamentaux"*, Paris, La Documentation française, 2014, pp. 423-434. ([halshs-01055503](https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01055503))

CATALA Pierre, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », in CATALA Pierre, *Le droit à l'épreuve du numérique, Jus ex Machina, coll. « Droit, Éthique, Société »*, PUF, Paris, 1998, pp. 224-244.

CHEVALLIER Jacques, « La gouvernance et le droit », in *Mélanges Paul Amssek*, Bruylant, 2005, pp. 189-207, 2-8027-1923-8, hal-01759961.

CHEVALLIER Jacques, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in CURAPP, *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, tome 1, PUF, 1978, pp. 11-45.

CORIAT Jean-Pierre, « La notion romaine de propriété : une vue d'ensemble », in FARON Oliver et HUBER Étienne (dirs), *Le sol et l'immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XIIe-XIXe siècle). Actes de la table ronde de Lyon (14-15 mai 1993)*, Coll. de l'École Française de Rome, n° 206, 1995, pp. 17-26.

DARDOT Pierre et LAVAL Christian, « Commun », in CORNU Marie, ORSI Fabienne, ROCHFELD Judith (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses universitaires de France, 2017, pp. 217-220.

DARDOT Pierre, « Propriété ou commun » (préface), in BORRITS Benoît, *Au-delà de la propriété. Pour une économie des communs*, La Découverte, 2018, pp. 5-11.

DULONG DE ROSNAY Melanie, « Données ouvertes (Open Data) », in CORNU Marie, ORSI Fabienne, ROCHFELD Judith (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses universitaires de France, 2017, pp. 403-407.

DUSOLLIER Severine et ROCHFELD Judith, « Propriété inclusive ou inclusivité », in CORNU Marie, ORSI Fabienne, ROCHFELD Judith (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses universitaires de France, 2017, pp. 983-987.

DUSOLLIER Severine, « Inclusivity in intellectual property », in DINWOODIE Graeme B. (ed.), *Intellectual Property and General Legal Principles - Is IP a Lex Specialis ?* Edward Elgar, 2015, pp. 101-118.

FERRAJOLI Luigi, « Per una carta dei beni fondamentali », in MAZZARESE Tecla et PAROLARI Paola (eds.), *Diritti Fondamentali. Le nuove sfide*, con un'appendice di carte regionali Analisi e diritto, serie storica, Turin, 2010, pp. 65-98. Version disponible en ligne : <https://www.lasinistrainzona.it/?p=626> Consulté le 13 juin 21.

FESTA Daniela, « Communs urbains », in CORNU Marie, ORSI Fabienne, ROCHFELD Judith (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses universitaires de France, 2017, pp. 285-292.

FOULQUIER Norbert, « Domaine public (Droit administratif) », in CORNU Marie, ORSI Fabienne, ROCHFELD Judith (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses universitaires de France, 2017, pp. 372-375.

KANGER Stig, « New foundations for ethical theory », tirage privé, Stockholm, 1957, in KANGER, *Collected papers of Stig Kanger*, col. I, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 2001, pp. 99-119.

LALANDE André, notice « Immanence », *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 1996.

LANDREAU Isabelle, « Le RGPD, un pas dans la bonne direction ? », in LEGER Lucas (dir.), *Rapport : Mes data sont à moi : pour une patrimonialité des données personnelles*, Groupe de réflexion « Génération libre », janvier 2018, pp. 77-84.

LE GOFF Jacques, « II. Le pluralisme juridique », in LE GOFF Jacques (dir.), *Georges Gurvitch. Le pluralisme créateur*, Paris, Michalon, coll. « Le Bien Commun », 2012, pp. 37-84.

LIOTARD Isabelle, « Plateforme collaborative d'innovation-innocentive », in CORNU Marie, ORSI Fabienne, ROCHFELD Judith (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses universitaires de France, 2017, pp. 929-932.

LUCARELLI Alberto, « Démocratie participative », in CORNU Marie, ORSI Fabienne, ROCHFELD Judith (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses universitaires de France, 2017, pp. 341-345.

MACKAAY Ejan, « Les biens informationnels », in *Ordre juridique et ordre technologique*, Cahier S.T.S, n°12, 1986, p. 134.

MALLET-POUJOL Nathalie, « Biens informationnels (approche juridique) », in CORNU Marie, ORSI Fabienne, ROCHFELD Judith (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses universitaires de France, 2017, pp. 126-127.

MEKKI Mustapha, « Intérêt collectif », in CORNU Marie, ORSI Fabienne, ROCHFELD Judith (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses universitaires de France, 2017, pp. 687-691.

MEKKI Mustapha, « Intérêt commun », in CORNU Marie, ORSI Fabienne, ROCHFELD Judith (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses universitaires de France, 2017, pp. 691-694.

MEKKI Mustapha, « Intérêt général (approche juridique) », in CORNU Marie, ORSI Fabienne, ROCHFELD Judith (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses universitaires de France, 2017, pp. 694-696.

MEKKI Mustapha, « Intérêt public », in CORNU Marie, ORSI Fabienne, ROCHFELD Judith (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses universitaires de France, 2017, pp. 696-698.

MIAILLE Michel « Désordre, droit et science » in *Théorie du Droit et science*, AMSELEK Paul (dir.), coll. « Léviathan », Paris, Pedone, 1994, pp. 87-103.

MOUSSERON Jean-Marc, « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, 1991, pp. 277-283.

MOUSSERON Jean-Marc, RAYNARD Jacques et REVET Thierry, « De la propriété comme modèle », in *Mélanges offerts à Colomer*, Litec, 1993, n° 14, pp. 281-305.

NAPOLITANO Giulio, « Les biens publics et les ‘tragédies de l’intérêt commun’ », *Dr. adm.*, n° 1, janvier 2007, étude 1, p. 1.

OSTROM Elinor, « Private and Common Property Rights », in BOUCKAERT Boudewijn (ed.), *Property Law and Economics*, chapter 4, Edward Elgar Publishing, 2000, pp. 332-379.

QUILLIGAN James B., « Why distinguish common goods from public goods », in *The Wealth of the Commons: A World Beyond Market and State*, BOLLIER David and HELFRICH Silke (eds.), Levellers Press, 2012. [En ligne] Consulté le 3 juin 2021 : <http://wealthofthecommons.org/essay/why-distinguish-common-goods-public-goods>

RAPP Lucien, « De la domanialité publique à l’appartenance publique. Une évolution dans la révolution ! », in KOUBI Geneviève (dir.), *Propriété et Révolution*, Actes du colloque de Toulouse, 12-14 octobre 1989, 1990, p. 165.

RESTA Giorgio, « Systems of Public Ownership », in GRAZIADEI Michele et SMITH Lionel (eds.), *Comparative Property Law: Global Perspectives*, Edward Elgar, 2017. <https://ssrn.com/abstract=2684826>

ROBIN Agnès, « Communs scientifiques », in CORNU Marie, ORSI Fabienne, ROCHFELD Judith (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses universitaires de France, 2017, pp. 283-285.

ROCHFELD Judith, « Communauté négative, positive, diffuse », in CORNU Marie, ORSI Fabienne, ROCHFELD Judith (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses universitaires de France, 2017, pp. 241-246.

ROCHFELD Judith, « Contre l'hypothèse de la qualification des données personnelles comme des biens », in NETTER Emmanuel et CHAIGNEU Aurore (dirs.), *Les biens numériques*, PUF, 2015, pp. 214-228.

ROCHFELD Judith, « Quels modèles juridiques pour accueillir les Communs en droit français », in CORIAT Benjamin (dir.), *Le retour des Communs*, Les Liens qui Libèrent, 2015, pp. 87-104.

SCHMITTER Phillippe, « Réflexions liminaires à propos du concept de gouvernance », in GOBIN Corinne, RIHOUX Benoît (dir.), *La démocratie dans tous ses états : systèmes politiques entre crise et renouveau*, Louvain-La-Neuve, Bruylant-Academia, 2000, pp. 51-59.

SCHOETTL Jean-Eric, « Intérêt général et constitution », in CONSEIL D'ETAT, *Rapport public 1999. Jurisprudence et avis de 1998. L'intérêt général*, La documentation française, 1999, p. 375.

SOUPIZET Jean-Francois, « Les villes intelligentes entre utopies et expérimentations », in HAËTJENS Jean (dir.), « Renouveau des utopies urbaines », *Futuribles*, n° 414, septembre-octobre 2016, pp. 95-110. ISBN : 978-2-84387-427-7

TRUCHET Didier, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : retour aux sources et équilibre », in CONSEIL D'ETAT, *Rapport public 1999. Jurisprudence et avis de 1998. L'intérêt général*, La documentation française, 1999, p. 363.

VAN OVERWALLE Geertrui, « Inventing inclusive patents. From old to new open innovation », in GHIDINI Gustavo, ULLRICH Hanss et DRAHOS Peter (dirs.), *Kritika : Essays in intellectual property*, vol. 1, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2015, pp. 206-277.

WICKBERG Sofia, « Biens publics/biens privés », in HAY Colin (éd.), *Dictionnaire d'économie politique. Capitalisme, institutions, pouvoir*, Paris, Presses de Sciences Po, « Références », 2018, pp. 57-61.

RAPPORTS JURIDIQUES ET ECONOMIQUES

En droit :

BELOT Lucas, Rapport n° 3037 sur le projet de loi relatif à la gratuité et aux modalités de la réutilisation des informations du secteur public, enregistré à l'Assemblée nationale le 29 septembre 2015.

BOUCHOUX Corinne, *Refonder le droit à l'information publique à l'heure du numérique : un enjeu citoyen, une opportunité stratégique*, Rapport d'information fait au nom de la Mission commune d'information (MCI) du Sénat sur l'accès aux documents administratifs n° 589, tome 1, 5 juin 2014.

BRAIBANT Guy, *Données personnelles et société de l'information, Rapport au Premier ministre sur la transposition en droit français de la Directive n° 95/46*, Paris, La documentation française, 1998.

CADA, Rapport d'activité 2013 de la Commission d'accès aux documents administratifs.

CNNUM, *Pour une politique française et européenne de la transition numérique*, Rapport remis au Premier Ministre, juin 2015.

DE BELENET Arnaud, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur la proposition de loi constitutionnelle visant, face à la crise actuelle, à construire le monde d'après fondé sur la préservation des biens communs, enregistré à la Présidence du Sénat le 2 décembre 2020, Partie I. Les « biens communs », une catégorie juridique en construction – B. Quelle traduction juridique ? [En ligne]. Consulté le 05 juin 2021 : <http://www.senat.fr/rap/120-168/120-168.html>

Examen des articles Titre Ier – La circulation des données et du savoir. Chapitre 1^{er} Économie de la donnée. Projet de loi pour une République numérique. Consulté le 27 juillet 2020 : <http://www.senat.fr/rap/115-534-1/115-534-17.html>

FAURE-MUNTIAN Valéria, DE GANAY Claude et LE GLEUT Ronan, Rapport au nom de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, sur les enjeux technologiques des blockchains (chaînes de blocs), 20 juin 2018.

LACOMBE Romain, BERTIN Pierre-Henri, VAUGLIN François et VIEILLEFOSSE Alice, *Pour une politique ambitieuse des données publiques : les données publiques au service de l'innovation et de la transparence*, Rapport à la Délégation aux usages de l'Internet, remis au Ministre de l'Industrie, de l'Énergie et de l'Économie numérique le 13 juillet 2011, Ecole des Ponts ParisTech.

LONGUET Gérard, *Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la souveraineté numérique*, Tome 1, Nbp. 3. Enregistré à la Présidence du Sénat le 1er octobre 2019.

MORIN-DESAILLY Catherine, *Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires européennes sur l'Union européenne, colonie du monde numérique ?*, pp. 29-33. Enregistré à la Présidence du Sénat le 20 mars 2013.

NADAL Jean-Louis, *Renouer la confiance publique*, Rapport au président de la république sur l'exemplarité des responsables publics, janvier 2015.

PAUL Christian et FERAL-SCHUHL Christiane, Rapport N° 3119, Numérique et libertés : un nouvel âge démocratique, Commission de réflexion et de propositions sur le droit et les libertés à l'âge du numérique, Recommandation n° 93.

Rapport du groupe de travail franco-britannique sur l'économie de la donnée, *La révolution de la donnée au service de la croissance : Innovation, Infrastructure, Compétences et "Pouvoir d'agir" à l'ère numérique*, 2016.

ROCHFELD Judith, CORNU Marie et MARTIN Gilles J. (dirs.), Rapport de recherche final « L'échelle de communalité : Propositions de réforme pour intégrer les biens communs dans le droit », avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice (Convention n 217.11.21.25).

THIOLLIÈRE Michel, Rapport n° 308 (2005-2006) fait au nom de la commission des affaires culturelles sur le projet de loi, adopté par l'assemblée nationale, après déclaration d'urgence, relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, déposé le 12 avril 2006, p. 77-78.

TROJETTE Mohammed Adnène, *Ouverture des données publiques : les exceptions au principe de gratuité sont-elles toutes légitimes ?*, Rapport au Premier ministre, juillet 2013.

En économie :

BOLLIER David et CONATY Pat, *Democratic money and capital for the commons : Strategies for Transforming neoliberal finance through commons-based alternatives*, A report on a Commons Strategies Group Workshop in cooperation with the Heinrich Boll Foundation, Berlin, Germany, September 8-10, 2015.

COLLIN Pierre et COLIN Nicolas, *Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique*, Rapport au ministre de l'Économie et des Finances, au ministre du Redressement productif, au ministre délégué chargé du Budget et à la ministre déléguée chargée des Petites et Moyennes Entreprises, de l'Innovation et de l'Économie numérique, 2013.

CONATY Pat et BOLLIER David, *Toward an open co-operativism: A new social economy based on open platforms, co-operative models and the commons*, A report on a Commons Strategies Group Workshop, Berlin, Germany, 27-28 August 2014.

LEVY Maurice et JOUYET Jean-Pierre, *L'économie de l'immatériel : la croissance de demain*, Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel à la demande du Ministère de l'économie, 2006.

RESSOURCES EN LIGNE

« Licence Ouverte / Open Licence », Le blog d'Etalab [en ligne], consulté le 4 juin 2021 : <https://www.etalab.gouv.fr/licence-ouverte-open-licence>

« Licence Ouverte/Open Licence Version 2.0 », établie pour la mission Etalab pour la réutilisation des informations publiques à titre gratuit. Consulté le 13 mai 2020 : <https://www.etalab.gouv.fr/wp-content/uploads/2017/04/ETALAB-Licence-Ouverte-v2.0.pdf>

« Licences de réciprocité basées sur les biens communs », Commons transition, Commons based reciprocity licences. Consulté le 18 mars 2022 : <https://commonstransition.org/commons-based-reciprocity-licenses/>

« ODC Open Database Licence (ODbL) version 1.0 », également connu comme « Licence avec obligation de partage à l'identique ». Consulté le 13 mai 2020 : <https://spdx.org/licenses/ODbL-1.0.html#licenseText>

« Open Data Commons Open Database License v1.0 », SPDX Linux Foundation collaborative projects. Consulté le 4 juin 2021 : <https://spdx.org/licenses/ODbL-1.0.html#licenseText>

Agenda 2030, « Objectif 11 : Faire en sorte que les villes et les établissements humains soient ouverts à tous, sûrs, résilients et durables ». Consulté le 22 juillet 2020 : <https://www.un.org/sustainabledevelopment/fr/cities/>

Alliance coopérative internationale, « Faits et chiffres » [en ligne]. Consulté le 30 septembre 2022 : <https://www.ica.coop/fr/coop%C3%A9ratives/faits-et-chiffres>

APIE – Agence du patrimoine immatériel de l’Etat, *Patrimoine immatériel public : quels enjeux ?*, Ressources de l’immatériel, Collection « Pour comprendre ». Consulté le 23 décembre 2019 : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/apie/pilotage/publications/Patrimoine_immateriel_public_enjeux_2011.pdf

APP – Agence pour la protection des programmes, « Données non-protégées », article 2157, 9 mars 2018. Consulté le 08 janvier 2020 : <https://www.app.asso.fr/centre-information/base-de-connaissances/code-bases-de-donnees/le-regime-de-protection-des-donnees/donnees-non-protégees>

C40 Cities, « Case study “Rio Operations Center » », 16 décembre 2012. Consulté le 5 avril 2019 : https://www.c40.org/case_studies/rio-operations-center

CNIL, « Le G29 publie un avis sur les techniques d’anonymisation », 16 avril 2014. Consulté le 01 décembre 2020 : <https://www.cnil.fr/fr/le-g29-publie-un-avis-sur-les-techniques-danonymisation>

CNIL, Glossaire (plusieurs définitions). Consulté le 20 juillet 2020 : <https://www.cnil.fr/fr/glossaire>

Communauté des chercheurs sur la communauté, « La communauté négative », consulté le 4 juin 2020 : https://communautesdeschercheurssurlacommunaute.wordpress.com/la-communaute-negative/#_ftn1

CNNumerique, « Projet de loi pour une République numérique : Le domaine commun informationnel », fiche thématique, octobre 2017. Consulté le 8 avril 20 : https://cnnumerique.fr/files/2017-10/CNNum_Fiche_Domaine-commun.pdf

Dictionnaire de la langue française. Éditions Larousse en ligne (plusieurs définitions). Consulté le 14 octobre 2020 : <https://www.larousse.fr/>

Etalab. Site officiel : <https://www.etalab.gouv.fr/>

European ‘1+ million genomes’ initiative, in Shaping Europe’s digital future of the European commission : <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/1-million-genomes>

European Commission: DG Communication, « Commission seeks feedback on commitments offered by Google to address competition concerns », communiqué de presse, 25 April 2013. Consulté le 6 avril 2019 : http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-383_en.htm

FIRIP, *Construire son smart territoire*, Groupe Caisse des Dépôts, 2018. Consulté le 20 juillet 2020 : <https://infranum.fr/wp-content/uploads/2018/06/Guide-SmartCity2018-WEB-pages-v2.pdf>

France urbaine, *Villes, numérique et innovation sociale : Expériences françaises*. Consulté le 20 juillet 2020 : <https://franceurbaine.org/publications/villes-numerique-et-innovation-sociale-experiences-francaises>

GNU, Licences « libres » du système d'exploitation GNU. Consulté le 18 mars 2022 : <https://www.gnu.org/licenses/licenses.fr.html>.

Initiative 'OPEN SDG DATA HUB' des Nations unies pour mieux atteindre les objectifs fixés dans l'agenda à l'horizon 2030. Consulté le 08 juin 2022 sur : <https://unstats-undesa.opendata.arcgis.com/>

Le Dico du commerce international. Définition de GAFA. Consulté le 20 juillet 2020 : <https://www.glossaire-international.com/pages/tous-les-termes/gafa.html>

Licences de réutilisation, Les licences applicables aux « informations publiques ». Consulté le 4 juin 2021 : <https://www.data.gouv.fr/fr/licences>

Metalab. Site officiel. Consulté le 12 avril 2019 : https://metalab.at/wiki/Info_Folder/en

Midata.coop, site officiel de la plateforme : <https://www.midata.coop/fr/accueil/>

NFI - Economie des données - Enjeux et objectifs, 30 mai 2016. Consulté le 8 janvier 2020 : <https://www.economie.gouv.fr/nfi-economie-des-donnees-enjeux-et-objectifs#>

Openstreetmap. Plateforme numérique contributive. Consultée le 01 juillet 2020 : <http://www.openstreetmap.fr/>

ORTOLANG – Outils et ressources pour un traitement optimisé de la langue, Centre national de ressources textuelles et lexicales. Consulté le 22 octobre 2021 : <https://www.cnrtl.fr/definition/mim%C3%A9tisme>

Plateforme des données publiques ouvertes. Consulté le 23 juillet 2020 : <https://www.data.gouv.fr/fr/>

Site de concertation pour « co-écrire » le projet de loi pour une République numérique. Consulté le 19 juin 2019 : <https://www.republique-numerique.fr/>

LEGISLATION FRANÇAISE

Annexe. Liste N° 1 de l'arrêté français du Ministère de l'éducation nationale et du Ministère de l'Industrie du 22 décembre 1981 relatif à l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique, *JORF* du 17 janvier 1982.

Arrêté du 21 sept. 2015 portant organisation du secrétariat général pour la modernisation de l'action publique. *JORF* n° 0219 du 22 septembre 2015.

Arrêté du 6 novembre 2000 relatif à la création d'un site sur internet intitulé « service-public.fr ». *JORF* n° 259 du 8 novembre 2000, p. 17671.

Circulaire du 14 février 1994 relative à la diffusion des données publiques. *JORF* n° 42 du 19 février 1994, p. 2864.

Circulaire du 26 mai 2011 relative à la création du portail unique des informations publiques de l'Etat « data.gouv.fr » par la mission « Etalab » et l'application des dispositions régissant le droit de réutilisation des informations publiques. *JORF* n° 0123 du 27 mai 2011, p. 9140.

Code de la propriété intellectuelle – annexe. *JORF* 3 juillet 1992.

Code des relations entre le public et l'administration (CRPA). Créé par le Décret n° 2016-1617 du 29 novembre 2016 relatif aux catégories d'informations publiques de l'Etat et de ses établissements publics administratifs susceptibles d'être soumises au paiement d'une redevance de réutilisation. *JORF* n° 0278 du 30 novembre 2016.

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

Décret n° 2002-1064 du 7 août 2002 relatif au service public de la diffusion du droit par l'internet. *JORF* du 9 août 2002, p. 13655.

Décret n° 2005-1755 du 30 décembre 2005 relatif à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques, pris pour l'application de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978. *JORF* n° 304 du 31 décembre 2005, p. 20827.

Décret n° 2011-194 du 21 février 2011 portant création d'une mission « Etalab » chargée de la création d'un portail unique interministériel des données publiques. *JORF* n° 0044 du 22 février 2011, p. 3248.

Décret n° 2012-1198 du 30 octobre 2012 portant création du secrétariat général pour la modernisation de l'action publique. *JORF* n° 0254 du 31 octobre 2012, texte n° 2.

Décret n° 2011-194 du 21 février 2011 portant création d'une mission « Etalab » chargée de la création d'un portail unique interministériel des données publiques. *JORF* n° 0044 du 22 février 2011, p. 3248.

Décret n° 2012-1198 du 30 octobre 2012 portant création du secrétariat général pour la modernisation de l'action publique. *JORF* n° 0254 du 31 octobre 2012, texte n° 2.

Décret n° 2015-1165 du 21 sept. 2015 relatif au secrétariat général pour la modernisation de l'action publique. *JORF* n° 0219 du 22 septembre 2015.

Décret n° 2017-1584 du 20 novembre 2017 relatif à la direction interministérielle de la transformation publique et à la direction interministérielle du numérique et du système d'information et de communication de l'Etat. *JORF* n° 0271 du 21 novembre 2017.

Décret n° 2017-638 du 27 avril 2017 relatif aux licences de réutilisation à titre gratuit des informations publiques et aux modalités de leur homologation. *JORF* n°0100 du 28 avril 2017.

Décret n° 2017-79 du 25 janvier 2017 portant publication du traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes et du traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) sur le droit d'auteur, adoptés à Genève le 20 décembre 1996, signés par la France le 9 octobre 1997. *JORF* n° 0023 du 27 janvier 2017.

Loi 92-597 du 1^{er} juillet 1992 relative au Code de la propriété intellectuelle – annexe. *JORF* 3 juillet 1992

Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement. *JORF* n° 0051 du 2 mars 2005, p. 3697 – Article 1^{er}.

Loi du 18 juillet 1837 sur l'administration communale, Recueil Duvergier, p. 227.

Loi du 5 avril 1884 relative à l'organisation municipale, *JORF* du 6 avril 1884, p. 1557.

Loi Informatique et libertés, modifié par Ordonnance n° 2018-1125 du 12 décembre 2018 prise en application de l'article 32 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles et portant modification de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et diverses dispositions concernant la protection des données à caractère personnel. *JORF* n° 0288 du 13 décembre 2018.

Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations. *JORF* n° 0088 du 13 avril 2000, p. 5646.

Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation. *JORF* n° 0065 du 18 mars 2014.

Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire. *JORF* n° 0176 du 1 août 2014.

Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite loi Macron). *JORF* n° 0181 du 7 août 2015.

Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (dite loi NOTRe). *JORF* n° 0182 du 8 août 2015.

Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique. *JORF* n°0235 du 8 octobre 2016.

Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. *JORF* n° 0269 du 19 novembre 2016.

Loi n° 2019-759 du 24 juillet 2019 portant création d'une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de baisse de l'impôt sur les sociétés, *JORF* n°0171 du 25 juillet 2019.

Loi n° 2019-759 du 24 juillet 2019 portant création d'une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de baisse de l'impôt sur les sociétés. *JORF* n°0171 du 25 juillet 2019.

Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, en particulier l'article 7. Version en vigueur du 07 août 2004 au 25 mai 2018, modifié par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel. *JORF* 07 août 2004.

Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal. *JORF* du 18 juillet 1978, p. 2851.

Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal. Version en vigueur du 20 décembre 2013 au 01 janvier 2016, modifiée par la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013.

Loi n° 96-142 du 21 février 1996 relative à la partie Législative du code général des collectivités territoriales, *JORF* n°47 du 24 février 1996.

Loi n° 98-536 du 1 juillet 1998 portant transposition dans le code de la propriété intellectuelle de la directive 96/9/ CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données. *JORF* n° 151 du 2 juillet 1998.

Loi n°2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales. *JORF* 17 août 2004.

Loi n°2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet. *JORF* n°0135 du 13 juin 2009.

Loi n°2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique - art. 33. *JORF* n°0272 du 24 novembre 2018.

Loi n°76-1286 du 31 décembre 1976 relative à l'organisation de l'indivision. *JORF* 1er janvier 1977 en vigueur le 1er juillet 1977, et modifié par la Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités. *JORF* 24 juin 2006.

Ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de commerce. *JORF* n° 0219 du 21 septembre 2000

Ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004 relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs. *JORF* n° 44 du 21 février 2004, p. 3514.

Ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques. *JORF* n°131 du 7 juin 2005 page 10022.

Ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du Code général de la propriété des personnes publiques. *JORF* n°95 du 22 avril 2006.

Ordonnance n° 2016-307 du 17 mars 2016 portant codification des dispositions relatives à la réutilisation des informations publiques dans le code des relations entre le public et l'administration. *JORF* n° 0066 du 18 mars 2016.

Ordonnance n° 2018-1125 du 12 décembre 2018 prise en application de l'article 32 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles et portant modification de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux

fichiers et aux libertés et diverses dispositions concernant la protection des données à caractère personnel. *JORF* n° 0288 du 13 décembre 2018.

Ordonnance n°2017-1117 du 29 juin 2017 relative aux règles de conservation, de sélection et d'étude du patrimoine archéologique mobilier. *JORF* n°0152 du 30 juin 2017.

Ordonnance n°2019-964 du 18 septembre 2019 prise en application de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. *JORF* n°0218 du 19 septembre 2019.

Proposition de Loi N° 1573 visant à consacrer le domaine public, à élargir son périmètre, et à garantir son intégralité. Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 21 novembre 2013 [en ligne] : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion1573.asp>, consulté le 5 septembre 2017.

DECISIONS DE JUSTICE, COMMENTAIRES D'ARRETS ET AVIS (FRANCE)

Avis du Conseil National du Numérique sur La libre circulation des données dans l'Union européenne, avril 2017.

Avis N°2015-3 relatif au projet de loi pour une République numérique du Conseil national du numérique. [En ligne]. 30 Novembre 2015. Consulté le 13 octobre 2020 : <https://cnumnumerique.fr/files/2017-10/Avis-du-CNNum-sur-le-projet-de-loi-numerique.pdf>

Cass., Ch. réunies, 5 avril 1913 : D.P. 1914, I, 65, note Nast.

CE, 10ème – 9ème ch. réunies, décision du 8 février 2017, Notrefamille.com c/ Département de la Vienne, no. 389806.

CE, 10ème et 9ème sous-sections réunies, 30 décembre 2009, n° 312051, Publié au recueil Lebon, p. 538.

CE, 16 juillet 1909, Ville de Paris et Chemins de fer d'Orléans, publié au recueil, p. 707, conclusions G. Tessier ; S., 1909, p. III, 97, note M. Hauriou.

CE, 29 janvier 2003, *Syndicat national de la télématique*, Propriété intellectuelles, octobre 2003, n°9, p. 460, obs. Jean-Michel Bruguière.

CE, 2ème et 1ère sous-sections réunies, du 29 janvier 2003, n° 237618, mentionné aux tables du recueil Lebon.

CE, 30 mars 2011, Société Betclit Enterprises Limited, n° 342142, Lebon T. p. 828.

CE, 5ème sous-section jugeant seule, 13 octobre 2010, Société Betclit Enterprises Limited, n° 342142, Inédit au recueil Lebon.

CE, Assemblée Dame Lamotte, 17 février 1950, N° 86949, Publié au recueil Lebon. ECLI:FR:CEASS:1950:86949.19500217

CE, Assemblée, 28 mai 1971, n° 78825, publié dans le rapport Lebon, p. 410.

CE, Assemblée, du 10 juillet 1996, 168702 168734 169631 169951, publié au recueil Lebon.

CE, Assemblée, du 10 juillet 1996, 168702 168734 169631 169951, publié au recueil Lebon.

CE, Assemblée, du 18 juillet 1973, N° 86275, publié au recueil Lebon, p. 495 et seq.

CE, Avis, 21 novembre 1972, Ofrateme, no 309721

Civ. 1re, 14 novembre 2000, pourvoi n° 99-10.778.

Civ. 1re, 18 septembre 2008, pourvoi n° 06-22.038.

Civ. 3e, 26 septembre 2007, pourvoi n° 04-20.636.

Conseil constitutionnel, Décision 86-207 DC du 26 juin 1986 - Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social – Conformité, Privatisations. *JORF* du 27 juin 1986, p. 7978.

Conseil constitutionnel, Décision n° 2000-442 DC du 28 décembre 2000. *JORF* n° 303 du 31 décembre 2000.

Conseil constitutionnel, Décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *JO* 7 août 2004, p. 14087, Recueil du Conseil constitutionnel, p. 126, D. 2005. 1132.

Conseil constitutionnel, n° 86-297 DC, 25-26 juin 1986 : *AJDA*, 1986, p. 575, note J. Rivero

Conseil constitutionnel, n° 94-346 DC, 21 juillet 1994 : *AJDA*, 1994, p. 786, note G. Gondouin ; *RFDA*, 1994, p. 1106, note C. Lavialle.

Cour d'appel de Bordeaux, 5ème chambre, arrêt du 9 novembre 2006, M. Marc L. / M. Arnaud D'A. et Mme France D'A.

Cour d'appel de Paris, 13 septembre 1995, *RIDA*, avril 1996, p. 287.

Cour d'appel de Paris, 18 décembre 1924, D. 1925, Jur. p. 30.

Cour d'appel de Paris, 4^e ch., 14 octobre 1993, Carré et Neudin c/ SA L'image Document, *RIDA*, avril 1994, p. 241.

Cour d'appel de Paris, 4^e ch., 6 octobre 1995, Labo France Editeur c/Spectra 2000, *RIDA*, avril 1996, p. 308.

Cour d'appel de Paris, 4^e chambre A, 14 février 1990, Couturier c/Pflieger, Recueil Dalloz 1990, p. 72.

Cour d'appel de Paris, 4ème chambre, section A, Arrêt du 12 septembre 2001, Société Tigest / Société Reed expositions France, société Salons français et internationaux Safi.

Cour d'appel de Paris, 6 mai 1987, D. 1988, Somm. P. 202, obs. Colombet.

Cour d'appel de Versailles, 14ème chambre, arrêt du 17 février 2010, Print Chain / Edi Process.

Cour d'appel de Versailles, 31 mars 1981, citpe in D. 1983, IR p. 89, obs. Colombet.

Cour de cassation Chambre commerciale, financière et économique Arrêt du 23 mars 2010, Lectiel / France Télécom.

Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 27 mai 1975, 74-11.480, Publié au bulletin.

Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 13 mars 2001, 98-18.777, Inédit.

Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 18 septembre 2008, 06-22.038, Publié au bulletin.

Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 25 juin 2013, 12-17.037, Publié au bulletin. ECLI:FR:CCASS:2013:CO00685

Délibération de la CNIL no 2019-093 du 4 juillet 2019 portant adoption de lignes directrices relatives à l'application de l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée aux opérations de lecture et écriture dans le terminal d'un utilisateur (notamment aux cookies et autres traceurs). Par un rectificatif paru au JO du 18 juill., délibération rétablie. *JORF* n° 0166 du 19 juillet 2019.

Délibération n° 2012-404 du 15 novembre 2012 portant recommandation relative aux traitements des données de consommation détaillées collectées par les compteurs communicants. *JORF* n° 0015 du 18 janvier 2013.

Tribunal de commerce de Compiègne, 2 juin 1989, Société de bourses françaises c/ Société option service et cotes des fosses, *Droit de l'informatique et des Télécoms* 1989-4, p. 60, note N. Pujol.

Tribunal de grande instance de Grenoble, réf., 9 mai 1984, UFC 38 c/ Carrefour, D. 1985. somm. 309, obs. Colombet.

Tribunal de grande instance de Paris, 3^e chambre, 9 novembre 1988, Cahier du droit d'auteur, février 1989, no. 13, p. 16.

REGLEMENTS, DIRECTIVES ET AUTRES COMMUNICATIONS (EUROPE)

Agenda urbain pour l'UE, adopté le 30 mai 2016. Consulté le 06 novembre 2016 : <https://www.europe-en-france.gouv.fr/fr/nos-villes-bougent-avec-leurope/lagenda-urbain-pour-lue>

Charte de Leipzig sur la ville européenne durable du 24 mai 2007. Consulté le 06 novembre 2019 : https://www.diplomatie.gouv.fr/sites/odysee-developpement-durable/files/25/Charte_Leipzig_Fr.pdf

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. *Journal officiel des Communautés européennes* du 18 décembre 2000.

Charte verte numérique de janvier 2012. Consulté le 06 novembre 2019 : http://www.greendigitalcharter.com/wp-content/uploads/2012/01/GreenDigitalCharter_FR.pdf

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *L'intelligence artificielle pour l'Europe*, Bruxelles, le 25 avril 2018, COM(2018) 237 final.

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Une stratégie numérique pour l'Europe*, Bruxelles, le 19 mai 2010, COM(2010)245 final.

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Vers une économie de la donnée prospère », COM(2014) 442 final.

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions : « Une stratégie européenne pour les données », Bruxelles, le 19 février 2020, COM(2020) 66 final.

Communication de la Commission, Orientation sur les licences types recommandées, les ensembles de données et la tarification de la réutilisation des documents, C 240/1. *JOUE* du 24 juillet 2014.

Directive (UE) 2019/1024 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 concernant les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public. *JOUE L 172 du 26 juin 2019*, pp. 56–83.

Directive 2003/98/CE du 17 nov. 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public, *JOUE L 345/90*, du 31 déc. 2003, modifiée par la Directive 2013/37/UE du 26 juin 2013, *JOUE L 175/1* du 27 juin 2013.

Directive 96/9/CE du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données. *JOUE L 77 du 27 mars 1996*, pp. 20–28.

Livre blanc, *Intelligence artificielle : Une approche européenne axée sur l'excellence et la confiance*, Bruxelles, le 19 février 2020, COM(2020) 65 final.

Proposition de Directive du Conseil concernant le système commun de taxe sur les services numériques applicable aux produits tirés de la fourniture de certains services numériques (« Taxe sur les services numériques – TSN »), COM/2018/0148 final - 2018/073 (CNS).

Proposition de Directive du Conseil établissant les règles d'imposition des sociétés ayant une présence numérique significative, COM/2018/0147 final - 2018/072 (CNS)

Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la gouvernance européenne des données (acte sur la gouvernance des données) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), Bruxelles, le 25.11.2020, COM(2020) 767 final, 2020/0340 (COD.)

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 (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.), PE/53/2018/REV/1, OJ L 303, 28.11.2018, p. 59–68.

RGPD - 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). *JOUE L 119 du 4 mai 2016, pp. 1-88.*

Traité sur le fonctionnement de l'UE, Titre XIX « Recherche et développement technologique et espace », Articles 179 – 190, *JOUE C 202 du 7 juin 2016.*

DECISIONS DE LA JUSTICE EUROPEENNE

Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (deuxième chambre) du 29 octobre 2015, Freistaat Bayern contre Verlag Esterbauer GmbH.

Arrêt de la Cour (grande chambre) du 9 novembre 2004. The British Horseracing Board Ltd et autres contre William Hill Organization Ltd. Demande de décision préjudicielle: Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) - Royaume-Uni. Directive 96/9/CE - Protection juridique des bases de données - Droit sui generis - Obtention, vérification ou présentation du contenu d'une base de données - Partie (non) substantielle du contenu d'une base de données - Extraction et réutilisation – Exploitation normale – Préjudice injustifié causé aux intérêts légitimes du fabricant - Base de données hippiques - Listes de courses - Jeux de paris. Affaire C-203/02. Recueil de jurisprudence 2004 I-10415.

Arrêt de la Cour (grande chambre) du 9 novembre 2004, Fixtures Marketing Ltd contre Organismos prognostikon agonon podosfairou AE (OPAP), Demande de décision préjudicielle: Monomeles Protodikeio Athinon – Grèce, Affaire C-444/02, *European Court Reports 2004 I-10549.*

Arrêt du Tribunal (troisième chambre) du 2 mars 2010, Arcelor SA/Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, Environnement - Directive 2003/87/CE - Système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre - Recours en annulation - Préjudice direct et individuel - Demande de réparation - Récusabilité - Violation suffisamment caractérisée du principe d'égalité de traitement - Violation du principe d'égalité de traitement - Violation suffisamment caractérisée du principe de proportionnalité - Violation du principe d'égalité de traitement. Violation suffisamment grave d'une règle de droit supérieure conférant des droits aux particuliers - Droit de propriété - Libre exercice d'une activité professionnelle - Proportionnalité - Égalité de traitement - Liberté d'établissement - Sécurité juridique, Affaire T-16/04, Recueil de jurisprudence 2010 II-00211, identifiant ECLI : ECLI:EU:T:2010:54 ; v. également arrêt de la Cour du 30 juin 2005 , Alessandrini e.a./Commission, C-295/03 P, Rec. p. I-5673 , point 86, et la jurisprudence qui y est citée, et arrêt Chiquita Brands e.a./Commission, point 132 supra, point 220.

Arrêt de la Cour (grande chambre) du 8 avril 2014. Digital Rights Ireland Ltd contre Minister for Communications, Marine and Natural Resources e.a. et Kärntner Landesregierung e.a. Demandes de décision préjudicielle, introduites par la High Court

(Irlande) et le Verfassungsgerichtshof. Communications électroniques – Directive 2006/24/CE – Services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications – Conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de tels services – Validité – Articles 7, 8 et 11 de la charte des droits fondamentaux de l’Union européenne. Affaires jointes C-293/12 et C-594/12. Recueil numérique (Recueil général). Identifiant ECLI: ECLI:EU:C:2014:238

Arrêt de la Cour (grande chambre) du 13 mai 2014. Google Spain SL et Google Inc. contre Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González. Demande de décision préjudicielle, introduite par l’Audiencia Nacional. Données à caractère personnel – Protection des personnes physiques à l’égard du traitement de ces données – Directive 95/46/CE – Articles 2, 4, 12 et 14 – Champ d’application matériel et territorial – Moteurs de recherche sur Internet – Traitement des données contenues dans des sites web – Recherche, indexation et stockage de ces données – Responsabilité de l’exploitant du moteur de recherche – Établissement sur le territoire d’un État membre – Portée des obligations de cet exploitant et des droits de la personne concernée – Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne – Articles 7 et 8. Affaire C-131/12. Recueil numérique (Recueil général). Identifiant ECLI: ECLI:EU:C:2014:317

Arrêt de la Cour (grande chambre) du 6 octobre 2015. Maximillian Schrems contre Data Protection Commissioner. Demande de décision préjudicielle, introduite par la High Court (Irlande). Renvoi préjudiciel – Données à caractère personnel – Protection des personnes physiques à l’égard du traitement de ces données – Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne – Articles 7, 8 et 47 – Directive 95/46/CE – Articles 25 et 28 – Transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers – Décision 2000/520/CE – Transfert de données à caractère personnel vers les États-Unis – Niveau de protection inadéquat – Validité – Plainte d’une personne physique dont les données ont été transférées depuis l’Union européenne vers les États-Unis – Pouvoirs des autorités nationales de contrôle. Affaire C-362/14. Recueil numérique (Recueil général). Identifiant ECLI:EU:C:2015:650.

Arrêt de la Cour (grande chambre) du 16 juillet 2020. Data Protection Commissioner contre Facebook Ireland Ltd et Maximillian Schrems. Demande de décision préjudicielle, introduite par la High Court (Irlande). Renvoi préjudiciel – Protection des personnes physiques à l’égard du traitement des données à caractère personnel – Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne – Articles 7, 8 et 47 – Règlement (UE) 2016/679 – Article 2, paragraphe 2 – Champ d’application – Transferts de données à caractère personnel vers des pays tiers à des fins commerciales – Article 45 – Décision d’adéquation de la Commission – Article 46 – Transferts moyennant des garanties appropriées – Article 58 – Pouvoirs des autorités de contrôle – Traitement des données transférées par les autorités publiques d’un pays tiers à des fins de sécurité nationale – Appréciation du caractère adéquat du niveau de protection assuré dans le pays tiers – Décision 2010/87/UE – Clauses types de protection pour le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers – Garanties appropriées offertes par le responsable du traitement – Validité – Décision d’exécution (UE) 2016/1250 – Adéquation de la protection assurée par le bouclier de protection des données Union européenne-États-Unis – Validité – Plainte d’une personne physique dont les données ont été transférées depuis l’Union européenne vers les États-Unis. Affaire C-311/18. Identifiant ECLI: ECLI:EU:C:2020:559.

Arrêt de la Cour (troisième chambre), 28 avril 2022, « Renvoi préjudiciel – Protection des personnes physiques à l’égard du traitement des données à caractère personnel – Règlement (UE) 2016/679 – Article 80 – Représentation des personnes concernées par une association à but non lucratif – Action représentative intentée par une association de défense des intérêts des consommateurs en l’absence d’un mandat et indépendamment de la violation de droits concrets d’une personne concernée – Action fondée sur l’interdiction des pratiques commerciales déloyales, la violation d’une loi en matière de protection des consommateurs ou l’interdiction de l’utilisation de conditions générales nulles ». ECLI:EU:C:2022:322

DOCUMENTS D’ORGANISATIONS INTERNATIONALES ET DE DROIT COMPARE

« Charte du G8 pour l’ouverture des données publiques » [En ligne], *Le portail de la modernisation de l’action publique*. Consulté le 18 septembre 2018 : <http://www.modernisation.gouv.fr/sites/default/files/fichiers-attaches/charte-g8-ouverture-donnees-publiques-fr.pdf>

CNUCED, *Rapport sur l’économie numérique 2019. Création et captation de valeur numérique 2019 : indices sur les pays en développement*, New York, United Nations Publications, 2019.

Convention des Nations unies sur le droit de la mer.

Cour constitutionnelle fédérale (allemande), 16 février 1983, *BVerfGE*, tome 62, p. 1 ; Analyse Fromont, *RD publ.* 1983, p. 954.

Data Charter [en ligne]. Consulté le 18 septembre 2018 : https://opendatacharter.net/wp-content/uploads/2015/10/opendatacharter-charter_F.pdf

Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l’homme du 11 novembre 1997.

ISO 37122:2019 : Villes et communautés territoriales durables – Indicateurs pour les villes intelligentes. Mai 2019.

Mémorandum d’accord entre l’Agence de protection de l’environnement du gouvernement des États-Unis d’Amérique et le Ministère de l’environnement de la République Fédérative du Brésil du 30 avril 2012. Consulté le 5 avril 2019 : https://www.epa.gov/sites/production/files/2014-04/documents/epa-mma-mou_signed.pdf

OCDE, « Les actions du projet BEPS ». Consulté le 4 février 2019 : <http://www.oecd.org/fr/fiscalite/beps/actions-beps.htm>

OCDE, *Axer le secteur public sur les données : marche à suivre*, Paris, Éditions OCDE, 2020, 196 pages. <https://doi.org/10.1787/0090312e-fr>.

OCDE, *Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l’érosion de la base d’imposition et le transfert de bénéficiaires*. Consulté le 4 février 2019 :

<https://www.oecd.org/fr/fiscalite/conventions/convention-multilaterale-pour-la-mise-en-oeuvre-des-mesures-relatives-aux-conventions-fiscales-pour-prevenir-le-BEPS.pdf>

OCDE, *Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune : Version abrégée 2017*, Editions OCDE, 2018. Consulté le 4 février 2019 : http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2017.fr

OCDE, Recommandation du Conseil sur les stratégies numériques gouvernementales, OECD/LEGAL/0406Co.

ONU-Habitat, *Global Activities Report: 2015 – Increasing synergy for a greater national ownership*, Rapports annuels d'ONU-Habitat, UN-Habitat, HS/028/15E, ISBN: 978-92-1-132652-9.

Rapport de la commission Rodotà pour la modification des normes du code civil en matière de biens publics, 14 juin 2007, [en ligne], consulté le 05 juin 2021 à l'adresse : https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?facetNode_1=0_10&facetNode_2=0_10_21&previousPage=mg_1_12&contentId=SPS47617

Recommandation UIT-T Y.2060, 06/2012, Série Y : Infrastructure mondiale de l'information, protocole internet et réseaux de prochaine génération, Présentation générale de l'internet des objets, p. 1.

Résolution 70/1 de l'Assemblée générale sur le Programme de développement durable à l'horizon 2030, A/RES/70/1, du 25 septembre 2015.

Résolution 71/256 de l'Assemblée générale sur le Nouveau Programme pour les villes, A/RES/71/256, du 23 décembre 2016.

Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes. Texte des traités et principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, adoptés par l'Assemblée générale des Nations unies. ST/SPACE/11

VAN OOIJEN Charlotte, UBALDI Barbara et WELBY Benjamin, *A data-driven public sector: Enabling the strategic use of data for productive, inclusive and trustworthy governance*, OECD Working Papers on Public Governance, No. 33, Paris, OECD Publishing, Paris, 2019, p. 11.

Jurisprudence italienne :

Conseil d'État (Italie) n°3849 du 16 juin 2009.

Conseil d'État (Italie) n°7907 du 8 novembre 2010.

Conseil d'Etat (Italie) n° 8683 du 9 décembre 2010.

Conseil d'État (Italie) n° 3808 du 15 juillet 2013.

AUTRES

ARTHUR Charles, « The end of online privacy ? » [en ligne], The Guardian, 28 février 2012. Consulté le 25 septembre 2021 : <http://www.guardian.co.uk/technology/2012/feb/28/the-end-of-online-privacy>

CACHARD Olivier, « Ondes magnétiques, une pollution invisible », Le monde diplomatique, Février 2017, p. 16.

CARDON Dominique et CASILLI Antonio A., « Qu'est-ce que la digital labor ? », 7 septembre 2015, La Revue des médias, INA, mis à jour le 24 avril 2019. Consulté le 09 juin 2020 : <https://larevuedesmedias.ina.fr/quest-ce-que-le-digital-labor>

DANIEL Justine, « Qu'est-ce que la taxe GAFSA », [en ligne], consulté le 04 juin 2021 : <https://www.touteurope.eu/economie-et-social/qu-est-ce-que-la-taxe-gafa/>

DUFFEZ Olivier, « Parts de marché des moteurs de recherche (France, USA, monde) », Webrank info. Consulté le 19 juin 2020 : <https://www.webrankinfo.com/dossiers/etudes/parts-marche-moteurs>

Étude d'impact du projet de la loi pour une République numérique, NOR : EINI1524250L/Bleue, 9 décembre 2015, P. 34.

Euronews, « Vaccin contre le Covid-19 : un "bien public mondial" pour Emmanuel Macron » [en ligne]. Consulté le 8 juin 2022 sur : <https://fr.euronews.com/2020/06/16/vaccin-contre-le-covid-19-un-bien-public-mondial-pour-emmanuel-macron>

FALQUE-PIERROTIN Isabelle (allocution), présidente de la CNIL, dans son audition du 26 novembre 2014, devant la Commission de réflexion et de propositions sur le droit et les libertés à l'âge numérique ; cité par Thomas Bizet, « L'ambition individualiste de l'auto-détermination informationnelle », art. préc., p. 51.

Groupe de travail « article 29 » sur la protection des données, Avis 05/2014 sur les Techniques d'anonymisation, adopté le 10 avril 2014, 0829/14/FRWP216.

JOSPIN Lionel (déclaration), Premier ministre, sur la mise en œuvre et les orientations de développement du Programme d'action gouvernementale pour la société de l'information (PAGSI) depuis son lancement en 1997 et la préparation du passage électronique à l'an 2000, Hourtin le 26 août 1999.

LOUVET Sylvain (réalisateur), *Tous surveillés : 7 milliards de suspects*, 2020, ARTE France, Capa Presse. Documentaire.

LUCET Elise [Présentatrice], Cash investigation : Nos données personnelles valent de l'or ! [Documentaire], France TV. 2021.

MOROZOV Evgeny, « Pour un populisme numérique (de gauche) », Le monde diplomatique, 15 décembre 2016, [en ligne], Traduit de l'anglais par Laure Mistral, paragraphe 7, consulté le 22 juin 2021 : <https://blog.mondediplo.net/2016-12-15-Pour-un-populisme-numerique-de-gauche>.

PINTO Nick, Google is transforming NUC's payphones into a 'Personalized propaganda engine', 6 juillet 2016. Consulté le 01 décembre 2020 : <https://www.villagevoice.com/2016/07/06/google-is-transforming-nycs-payphones-into-a-personalized-propaganda-engine/>

Réponse du Ministère de la justice publiée dans le *JO Sénat* du 30 mars 2017 – p. 1304, à la Question écrite n° 21119 de M. Jacques Gersperrin (Doubs - Les Républicains) publiée dans le *JO Sénat* du 07 avril 2016 – p. 1384, sur le droit d'agir des associations, 14^e législature.

STROUD Matt, « The minority report: Chicago's new police computer predicts crimes, but is it racist? » [En ligne], The Verge, 19 February 2014. Consulté le 11 novembre 2020 : www.theverge.com/2014/2/19/5419854/the-minority-report-this-computer-predicts-crime-but-is-it-racist

VITARD Alice, « Les aéroports parisiens testent la reconnaissance faciale pour fluidifier l'embarquement » [En ligne], L'Usine digitale, 11 mars 2020. Consulté le 11 novembre 2020 : <https://www.usine-digitale.fr/article/les-aeroports-parisiens-testent-la-reconnaissance-faciale-pour-fluidifier-l-embarquement.N939016>

INDEX

A

Actio popularis..... 220, 221, 257, 271, 274
Action
collective 15, 25, 137, 138, 139, 140, 141, 142,
143, 146, 235, 316
de groupe..133, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 146,
147, 254, 262, 299, 314
diffuse 254, 271
publique . 13, 17, 33, 37, 39, 41, 43, 44, 45, 46, 47,
48, 49, 61, 74, 91, 111, 117, 149, 151, 152,
193, 230, 285, 305
Appropriation fictive.....165, 171, 174, 175, 178, 179,
180, 182, 184, 197, 241, 245, 278, 289

B

Bien
commun.. 39, 70, 88, 114, 160, 168, 169, 183, 212,
216, 219, 220, 225, 229, 235, 237, 241, 243,
247, 248, 251, 254, 257, 259, 260, 271, 276,
301, 303, 307, 310, 312, 315
Biens
communs numériques..... 85
fondamentaux ...223, 227, 246, 247, 249, 250, 251,
253, 256, 269, 273, 309, 312, 315
présentant un intérêt public 283
primaires 236
publics 37, 63, 64, 67, 68, 69, 74, 76, 160, 180,
182, 210, 217, 219, 220, 222, 224, 235, 260,
277, 278, 279, 281, 283, 291, 305
sociaux 217, 250, 269, 270, 273
Biens communs
informationnels 157, 182, 219, 225, 227, 230, 233,
234, 241, 246, 248, 258, 296, 309, 310, 311,
312, 314, 315
numériques 277, 291

C

Chose
commune..... 85, 160, 168, 169, 183, 229, 254, 315
informationnelle70, 77, 84, 88, 168, 169, 170, 171,
174, 175, 176, 177, 179, 180, 226, 227, 292
publique..... 80, 88, 260, 305, 306
Choses
commune34, 64, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83,
84, 85, 88, 91, 149, 155, 156, 157, 159, 160,
161, 163, 164, 165, 167, 178, 179, 180, 183,
193, 206, 244, 260, 292
informationnelle 176
Circulation-partagée..... 295, 296, 306
Communalisation 237, 246
Communalité..185, 187, 188, 241, 282, 285, 287, 294
Communauté
diffuse 227, 292
mondiale..... 285

négative 89, 174
originelle 174
positive..... 27, 174, 185
Concurrence (droit de, domaine de, marché) .. 28, 48,
49, 54, 55, 56, 73, 77, 156, 164, 168, 202, 203,
219, 264, 292
Connaissances . 14, 25, 26, 28, 33, 47, 48, 50, 78, 120,
156, 171, 172, 175, 206, 216, 225, 230, 241, 256,
263, 267, 271, 274, 275, 292, 299
Coopératives de données.....276, 297, 298, 299, 300,
306, 307, 310, 312, 316
Coopérativisme ouvert241, 275, 276, 305, 316
Copyfraud 83

D

de facto (droits).....62, 125, 156, 214, 215, 219, 220,
222, 223, 252, 264
de jure (droits)103, 214, 215, 219, 220, 223
Démocratie
numérique 47
participative..... 39, 290, 305
représentative 290, 305
Domaine
commun informationnel 73, 74, 75, 79, 80, 81, 82,
83, 84, 85, 88, 102, 157, 166, 177, 179, 233,
277, 311, 315
des biens..... 241, 244, 309, 315
humain 244, 245
immatériel..... 27, 174, 178, 206, 244, 245, 253
matériel 244
privé23, 32, 34, 206, 279
privilégié 244
public 31, 32, 39, 64, 65, 67, 68, 73, 74, 79, 80, 81,
82, 83, 87, 88, 89, 162, 166, 173, 206, 207,
252, 261, 264, 265, 267, 271, 272, 279, 280,
281, 282, 288, 296
universel..... 244
Domanialité publique.... 64, 66, 80, 87, 162, 169, 207,
281
Dominium74, 76, 192, 236, 291
Dominus..... 236, 291
Données
boursières 31, 78
géographiques..... 26, 31
informationnelles...22, 35, 65, 155, 169, 183, 197,
201, 230, 231, 234, 241, 247, 248, 251, 264,
268, 270, 275, 277, 289, 290, 291, 293, 306,
307, 309, 313
météorologiques 23, 31, 78
numériques 14, 22, 57, 95, 169, 194, 197, 264,
268, 293, 296, 309
ouvertes 16, 33, 38, 39, 50, 156, 225, 296
Droit
à l'oubli.....98, 99, 106, 107, 204, 254
d'accès 65, 204, 213, 216, 227, 273
d'opposition 204, 233

public partiel 190, 197
 Droit(s)
 sui generis 64, 71, 72, 73, 74, 87, 88, 102, 149,
 167, 168, 204, 219, 233, 252, 257, 265, 266
 Droits
 d'usage.. 82, 91, 149, 200, 233, 234, 290, 311, 312,
 314
 exclusifs ... 48, 82, 83, 91, 149, 174, 175, 177, 179,
 183, 233, 234, 247, 248, 251, 265, 267, 273,
 300, 309, 310, 311, 313, 314, 315
 intellectuels 233, 312
 patrimoniaux .. 62, 68, 74, 149, 168, 179, 249, 250,
 257, 269
 personnels 149, 201, 215, 273
 subjectifs ... 184, 199, 200, 233, 246, 278, 279, 280

E

Économie
 de la donnée, des données .. 15, 33, 34, 42, 48, 49,
 51, 54, 91, 93, 97, 98, 104, 109, 120, 129, 132,
 142, 149, 150, 193, 251, 259, 273, 294
 de marché ... 54, 185, 189, 190, 191, 210, 240, 241,
 252, 254, 295
 Écosystème juridique 246, 248
 Égalité 17, 44, 75, 76, 77, 87, 178, 209, 223, 266, 267,
 283, 286, 305, 312, 316
 Exclusivité 84, 95, 115, 163, 168, 179, 180, 210, 222,
 234, 249, 288, 289, 295, 311
Extra-commercium 300, 307
Extra-patrimonium 300, 307

F

Faisceau
 d'intérêts 26, 197
 d'utilités 211, 272, 297
 de droits.... 182, 184, 185, 188, 190, 191, 192, 194,
 197, 201, 203, 204, 205, 206, 207, 210, 211,
 212, 215, 224, 230, 234, 263, 294, 311, 315
 d'utilités 157, 224, 227, 230, 234, 255, 273, 311
 Fiction
 juridique, de droit 165, 171, 172, 173, 175, 177,
 197, 240, 311

G

Gratuité . 38, 48, 50, 51, 52, 53, 55, 56, 58, 59, 61, 68,
 74, 76, 77, 79, 87, 88, 157, 168, 170, 177, 193,
 204, 252, 263

I

Immatrielle (nature, valeur, propriété) 65, 74, 79, 88,
 162, 179, 234, 245
 Imprescriptibilité..... 39, 67, 160, 280
 Imprescriptible 65, 180, 182
 Inaliénabilité 39, 67, 68, 87, 101, 160, 265, 280
 Inaliénable 180, 182, 183, 251
 Inappropriabilité..... 40, 64, 74, 76, 88, 156, 159, 163,
 177
 Inappropriable ... 68, 78, 164, 175, 183, 241, 244, 274,
 281, 309

Inclusion . 24, 128, 268, 276, 287, 288, 289, 290, 305,
 306, 307, 310

Inclusivité 277, 288, 289, 290, 291, 306, 315
 Informations

numériques, numérisées 83, 235, 246
 personnelles..... 119, 134, 193, 194, 195, 197, 256,
 271

publiques 17, 31, 32, 37, 38, 39, 42, 43, 44, 45, 52,
 53, 56, 57, 58, 65, 67, 76, 77, 79, 109, 123, 168,
 180, 193, 197, 204, 219, 272, 287

Intérêt

collectif 137, 138, 139, 140, 147, 221, 258, 271
 commun ... 22, 24, 67, 85, 133, 164, 205, 220, 281,
 284, 285, 286, 287, 290, 291, 293, 305, 306,
 307, 309, 315

diffus 143, 144, 146, 148, 220, 221, 254
 général 22, 41, 46, 47, 100, 103, 111, 124, 133,
 137, 145, 163, 202, 221, 266, 267, 282, 283,
 284, 285, 287, 291, 297, 301, 303, 305

public.. 30, 106, 131, 133, 136, 141, 281, 282, 283,
 284, 285, 290, 302, 305

Ius abutendi 212, 260
Ius excludendi alios..... 216

Ius fruendi 260
Ius utendi 260

J

Jouissance 84, 143, 171, 173, 174, 175, 177, 178, 179,
 182, 184, 197, 200, 215, 216, 218, 219, 220, 223,
 237, 241, 245, 250, 254, 255, 258, 260, 261, 263,
 264, 268, 273, 278, 281, 288, 289, 291, 306

L

Liberté

de création 177, 270, 271
 d'entreprendre..... 270

d'esprit 223
 d'expression 225, 266, 267, 270, 271

Libre

accès 17, 38, 44, 45, 50, 55, 58, 149, 181, 213, 265
 circulation 16, 25, 28, 38, 59, 61, 65, 78, 83, 98,
 101, 103, 104, 106, 107, 120, 123, 124, 132,
 145, 149, 165, 194, 197, 206, 227, 255, 263,
 264, 267, 272, 293, 294, 313

disposition 165, 177, 178, 183
 exploitation 150, 165, 183

réutilisation . 50, 51, 55, 56, 65, 110, 111, 149, 265
 utilisation 39, 313

M

Monopole ... 28, 48, 72, 176, 177, 184, 191, 193, 204,
 248

N

Non-appropriation..... 37, 64, 74, 77, 78, 88, 120, 165,
 193

Non-exclusivité..... 160, 161, 162, 163, 164, 201, 295
 Non-rivalité..... 160, 161, 162, 163, 164, 201, 295

O

Obligation	
de demande d'accès.....	44
de mise à disposition.....	204
de partage.....	56, 57
<i>Open data</i>	33, 38, 39, 41, 42, 43, 45, 46, 47, 48, 50, 51, 52, 54, 55, 57, 93, 108, 110, 112, 114, 123, 126, 127, 225, 268
Ouverture des données.....	17, 24, 34, 35, 38, 39, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 48, 49, 50, 51, 52, 54, 61, 91, 93, 115, 170, 193, 197, 204, 225, 251, 254, 263, 296, 306

P

Patrimoine	
commun.....	249, 268
d'affectation.....	66, 87, 88, 207, 222
de l'État.....	162
des personnes juridiques.....	173
public.....	224
Pensée juridique	
classique.....	203
libérale.....	203
Personne	
juridique.....	173, 209, 279
morale.....	141, 143, 173
physique.....	30, 106, 107, 120, 131, 143, 173, 197, 233
publique.....	32, 50, 70, 112, 173, 175, 183, 184, 205, 280, 282
Personnification.....	237, 246
Pool commun de ressources.....	212, 213, 214, 215
<i>Populus</i>	260, 278, 280, 281, 282, 291, 292
<i>Private data</i>	268
<i>Private good</i>	161
Privilège.....	85, 176, 177, 191, 198, 200, 201, 202, 204, 237, 245
<i>Pro indiviso</i>	223, 249, 250, 257, 261, 264, 310
Propriété	
collective.....	173, 208, 291
commune.....	185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 198, 199, 201, 202, 206, 210, 211, 212, 213, 215
démocratique.....	248, 281, 290
privative.....	66, 267
privée.....	65, 69, 74, 185, 186, 187, 191, 206, 208, 209, 236, 279, 280
publique.....	37, 63, 64, 66, 67, 69, 74, 87, 196, 204, 209, 210, 212, 217, 222, 236, 260, 277, 279, 280, 281, 288, 306, 313
Protection diffuse.....	312
<i>Public domain</i>	39, 51, 61
<i>Public goods</i>	39, 65, 67, 84, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 169

R

Rareté.....	25, 50, 54, 55, 179, 234
Réalisme juridique.....	187, 188, 189, 198, 249
Redevances.....	48, 52, 53, 56, 77, 193, 204

<i>Res communes</i>	28, 34, 75, 76, 80, 88, 104, 165, 260, 314
<i>Res corporales</i>	243, 248
<i>Res incorporales</i>	243, 248
<i>Res publicae</i>	75, 80, 88, 260, 277, 278, 279, 280
Réserve	
ouverte.....	182, 183
privative.....	155, 156, 162, 163, 168, 170, 180, 183
Révolution	
cognitive.....	171
numérique.....	13, 91, 149, 309
théorique.....	176

S

Service public.....	31, 32, 37, 43, 45, 50, 52, 53, 58, 63, 70, 76, 77, 78, 96, 109, 110, 111, 112, 113, 121, 124, 141, 147, 156, 163, 164, 167, 168, 184, 190, 210, 213, 217, 218, 220, 222, 223, 224, 226, 253, 261, 273, 278, 280, 296
Société	
de droit privé.....	143, 299
de l'information.....	14, 26, 45, 49, 63, 70, 100, 193
de statuts.....	209
Sujets	
de droit.....	212, 223, 226, 227, 231, 245, 253, 258, 274, 289, 290

T

<i>Tertium genus</i>	210, 222, 316
Théorie	
de la fiction légale.....	173
de la fonction sociale de la propriété.....	186, 207, 208
de la propriété.....	89, 176, 180, 182, 185, 188, 190, 192, 194, 205, 206, 222, 245, 248, 254
des biens communs.....	229, 233, 234, 273, 274, 305, 307, 312, 315, 316
des droits.....	190, 198, 199, 200, 201, 204, 262
fondamentaliste.....	250
Thèse	
fonctionnaliste.....	235, 255, 264, 273, 310, 312
personnaliste.....	226, 253, 255, 264
Titularité diffuse.....	210, 211, 217, 219, 220, 222, 224, 230, 236, 241, 246, 248, 253, 254, 262, 264, 271, 281, 287, 291, 292, 307, 309, 315

U

Usagers.....	31, 41, 85, 127, 145, 161, 162, 167, 181, 214, 222
Utilisateurs.....	13, 17, 24, 26, 51, 52, 68, 101, 108, 125, 128, 162, 181, 194, 195, 196, 212, 213, 237, 258, 261, 262, 263, 275, 297, 298, 316

V

Valeur	
d'échange.....	229, 234, 237, 249, 276, 311
d'usage.....	50, 249
fondamentale.....	241, 260, 264, 268, 315
vitale.....	236, 237, 247, 248, 249, 310

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	5
SOMMAIRE	7
TABLE DES ABRÉVIATIONS	9
INTRODUCTION	13
PARTIE I. LA COMPLEXITÉ DU STATUT JURIDIQUE DES DONNÉES PUBLIQUES	37
TITRE I. LES DIFFÉRENTS INTÉRÊTS PUBLICS ET PRIVÉS AFFECTANT LA PROPRIÉTÉ DES DONNÉES PUBLIQUES	39
Chapitre 1. Les tensions entre transparence démocratique et potentiel économique des données publiques	41
Section 1. L'ouverture des données publiques : une réforme de l'État en réponse à une demande démocratique	42
Paragraphe 1. Les enjeux de l'ouverture en tant qu'élément modernisateur de l'action publique	43
Paragraphe 2. La transformation numérique de l'État : un processus démocratique, pluriel et représentatif de tous les acteurs de la société ?	46
Section 2. Le potentiel économique comme facteur déterminant de l'ouverture des données publiques	49
Paragraphe 1. Les critiques du principe de la gratuité des données publiques	50
Paragraphe 2. La possibilité d'une exploitation publique des données soumise à une réglementation étatique stricte	55
Conclusion du Chapitre 1	61
Chapitre 2. La propriété indéterminée des données publiques	63
Section 1. Les données publiques saisies par la propriété publique	64
Paragraphe 1. Le refus d'une reconnaissance de la domanialité publique des données de l'administration	64
Paragraphe 2. Une vision de la propriété sur les données publiques réduite à la propriété intellectuelle	69
Section 2. L'inappropriabilité des données publiques	74

Paragraphe 1. Le rejet de la propriété par le droit positif.....	75
Paragraphe 2. Vers la reconnaissance d'un « domaine commun informationnel » ?	79
Conclusion du Chapitre 2	87
CONCLUSION DU TITRE I	91
TITRE II. LES ENJEUX SPÉCIFIQUES DES DONNÉES PUBLIQUES ISSUES DE DONNÉES PERSONNELLES	93
Chapitre 1. La régulation des données publiques et personnelles en tant que faculté souveraine de l'État à l'ère du numérique	95
Section 1. La nécessaire mise à jour d'un cadre juridique pour les données personnelles avant la LRN et le nouveau RGPD	97
Paragraphe 1. Le refus d'une éventuelle patrimonialisation des données personnelles	97
Paragraphe 2. Le positionnement pour un renforcement des droits fondamentaux vis- à-vis les évolutions technologiques.....	104
Section 2. La spécialisation du service public comme garant de la mise à disposition effective et sécurisée des données publiques issues des données personnelles.....	109
Paragraphe 1. La création d'un « service public de la donnée » et les enjeux de la stratégie de gestion des données personnelles	110
Paragraphe 2. Les avantages et les défis potentiels d'un secteur public axé sur les données personnelles.....	114
Conclusion du Chapitre 1	119
Chapitre 2. Les enjeux juridiques subsistants dans le cadre de la protection des données personnelles	123
Section 1. Les enjeux sociaux liés au traitement des données personnelles.....	125
Paragraphe 1. Les risques associés à la réidentification des individus et à l'injection de flux de données par l'individualisation	126
Paragraphe 2. Les potentielles menaces d'une réutilisation induite des données supposément anonymisées pour des finalités non-souhaitées.....	129
Section 2. La nécessaire prise en compte de droits collectifs d'une société interconnectée	132
Paragraphe 1. Les enjeux liés à l'émergence de la vie privée en tant qu'enjeu collectif	133

Paragraphe 2. L' « action de groupe » comme outil juridique pour faire face à d'éventuelles irrégularités dans le traitement et la réutilisation des données personnelles.....	137
Conclusion du Chapitre 2	145
CONCLUSION DU TITRE II.....	147
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	149
PARTIE 2. POUR UNE GOUVERNANCE PARTAGÉE DES DONNEES INFORMATIONNELLES.....	151
TITRE I. LA QUALIFICATION JURIDIQUE DES DONNÉES PUBLIQUES EN TANT QUE « BIENS COMMUNS ».....	155
Chapitre 1. Les composants des données publiques en tant que « choses communes informationnelles »	159
Section 1. Les éléments de la propriété saisis par les théories économique et juridique	160
Paragraphe 1. La non-rivalité et la non-exclusivité des données publiques en tant que choses immatérielles	161
Paragraphe 2. L'encadrement juridique des données publiques en tant que « choses communes »	164
Section 2. La transformation de la donnée publique « chose commune » à celle de la donnée publique « bien commun » de l'information.....	169
Paragraphe 1. La propriété des données publiques en tant que fiction du droit.....	171
Paragraphe 2. La réservation de la jouissance comme appropriation fictive des données publiques	175
Conclusion du Chapitre 1	183
Chapitre 2. Vers les « biens communs » : la communalité des données publiques saisie par les théories du « faisceau de droits » et du « faisceau d'utilités »	185
Section 1. La propriété des données publiques saisie par le courant du réalisme juridique	188
Paragraphe 1. Le cas de la fiscalité numérique comme une forme de réappropriation des données publiques.....	191
Paragraphe 2. Comprendre la propriété par la « théorie des droits » appliquée aux données publiques	198

Section 2. La mise à jour du « faisceau de droits » comme une forme de « propriété commune » des données publiques au XXI ^e siècle	206
Paragraphe 1. Le « faisceau de droits » comme l'élément caractéristique d'une forme de « propriété commune » renouvelée	211
Paragraphe 2. La naissance de la « titularité diffuse » et l'encadrement juridique des « biens communs »	217
Conclusion du Chapitre 2	229

CONCLUSION DU TITRE I233

TITRE II. L'ÉCOSYSTÈME COMPLEXE DES RELATIONS JURIDIQUES SUR LES DONNÉES INFORMATIONNELLES D'INTÉRÊT COMMUN235

Chapitre 1. L' « écosystème des relations juridiques » comme régime démocratique et durable de la gouvernance des données informationnelles.....	243
Section 1. La dimension individuelle des biens communs appliquée aux éléments informationnels	246
Paragraphe 1. La valeur vitale des « biens communs informationnels » à la lumière des droits fondamentaux	248
Paragraphe 2. Le lien « très personnel » des « biens communs » appliqué aux données personnelles.....	251
Section 2. La dimension transpersonnelle des « biens communs informationnels »...258	
Paragraphe 1. La valeur fondamentale des réseaux de données personnelles comme élément déterminant de leur caractère de « bien commun »	260
Paragraphe 2. L'approche sociale et le rôle de l'administration dans la production de données en tant que « biens communs informationnels ».....	269
Conclusion du Chapitre 1	273
Chapitre 2. Vers un « coopérativisme ouvert » dans la production publique de données informationnelles	275
Section 1. Du public au commun, la démocratie et l'inclusivité au cœur du renouvellement de la titularité des données publiques	277
Paragraphe 1. De l'intérêt public et général à l' « intérêt commun » des données publiques	281
Paragraphe 2. Prévoir l'inclusion au sein de la titularité des données publiques...288	
Section 2. De la libre circulation à un modèle de gouvernance de « partage des données » au niveau européen	293

Paragraphe 1. Les « coopératives des données » en tant que « prestataires des services de partage de données » à des fins marchandes	297
Paragraphe 2. Une nouvelle forme de consentement : le partage de données privées à des fins altruistes	301
Conclusion du Chapitre 2	305
CONCLUSION DU TITRE II.....	309
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE.....	311
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	313
ANNEXES	317
BIBLIOGRAPHIE GENERALE.....	319
INDEX	355
TABLE DES MATIERES	359

La gouvernance des données en tant que « biens communs » :
étude juridico-stratégique pour une valorisation publique des données informationnelles

Résumé

À l'ère de l'internet, les données numériques doivent être distinguées en fonction de leur nature et de leur domaine d'application. Les données publiques ont fait l'objet d'une politique d'ouverture et de diffusion spontanée, qui n'est toutefois pas sans rapport avec la garantie des droits fondamentaux lorsqu'elles sont issues de la sphère privée des individus. Ces droits comprennent notamment la protection de la vie privée et des données personnelles, et la collecte, le traitement et la réutilisation de ces données, que ce soit par des acteurs publics ou privés, sont limités par la loi en la matière. En outre, les données numériques s'inscrivent dans le cadre d'une étude plus large sur le statut juridique de l'information, y compris l'information publique, et de plus en plus de plates-formes et de technologies sont créées pour fournir différents services, toutes ayant l'utilisation de données informationnelles au cœur de leur fonctionnement. Les citoyens participent volontairement ou involontairement à la production de données et c'est la masse de données pouvant être analysées qui est considérée comme une ressource puissante pour le développement social et économique. Il est donc pertinent de s'interroger sur le type de gouvernance que mérite une ressource d'intérêt commun telle que les données numériques. Ces dernières années, un champ d'étude multidisciplinaire concernant une catégorie *sui generis* appelée les « biens communs » s'est consolidé et pourrait contribuer à apporter une réponse. Initialement développée dans le domaine de l'économie et de la science politique, cette catégorie a progressivement gagné du terrain au sein du droit. La reconnaissance des données en tant que « biens communs » nécessite donc, d'une part, de repenser fondamentalement leur nature juridique en tant qu'éléments informationnels d'intérêt général et, d'autre part, de reconnaître des droits collectifs qui garantissent l'utilisation équitable de l'information. Cette thèse analyse les aspects juridiques de la gouvernance des données et se concentre sur leur application dans la sphère publique.

Mots clefs français : Données publiques, biens communs numériques, vie privée, gouvernance des données, biens fondamentaux.

The governance of data as "commons":
a legal-strategic study for a public valorisation of informational data

Abstract

In the internet age, digital data must be distinguished according to their nature and field of application. Public data have been subject to a policy of openness and spontaneous dissemination, which is, however, not unrelated to the guarantee of fundamental rights when they are derived from the private sphere of individuals. These rights include the protection of privacy and personal data, and the collection, processing and re-use of such data, whether by public or private actors, are limited by the law. Furthermore, digital data is part of a broader study on the legal status of information, including public information, and more and more platforms and technologies are being created to provide different services, all of which have the use of informational data at their core. Citizens participate voluntarily or involuntarily in the production of data and it is the mass of data that can be analysed that is seen as a powerful resource for social and economic development. It is thus relevant to ask what kind of governance a common interest resource such as digital data deserves. In recent years, a multidisciplinary field of study concerning a *sui generis* category called the 'commons' has consolidated and could contribute to providing an answer. Initially developed in the field of economics and political science, this category has gradually gained ground within law. The recognition of digital data as 'commons' therefore requires, on the one hand, a fundamental rethinking of their legal nature as informational elements of general interest and, on the other hand, the recognition of collective rights that guarantee the fair use of information. This thesis analyses the legal aspects of data governance and focuses on their application in the public sphere.

Keywords : Public data, digital commons, privacy, data governance, fundamental goods.

Unité de recherche/Research unit : <i>Centre d'études et de recherches administratives, politiques et sociales (CERAPS), UMR 8026-CNRS, 1 Place Déliot, 59000 Lille, https://ceraps.univ-lille.fr/</i>
Ecole doctorale/Doctoral school : <i>Ecole doctorale des sciences juridiques, politiques et de gestion, n° 74, 1 place Déliot, 59000 Lille, ecodoc.univ-lille2.fr, http://edoctore74.univ-lille2.fr</i>
Université/University : <i>Université Lille 2, Droit et Santé, 42 rue Paul Duez, 59000 Lille, http://www.univ-lille2.fr</i>