



**Thèse délivrée par
L'Université de Lille**

N° attribué par la bibliothèque

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

THÈSE

Pour obtenir le grade de Docteur en Droit privé et sciences criminelles

Présentée et soutenue publiquement par

Gonzague GRAVE-RENAUD

Le 17 mars 2025

Contribution à l'étude de la réservation des utilités des données numériques

JURY

Directeur de thèse :

Madame Édith BLARY-CLÉMENT, Professeure à l'Université de Lille

Membres du jury :

Monsieur Jean-Michel BRUGUIÈRE, Professeur à l'Université de Grenoble Alpes (*Rapporteur*)

Madame Caroline LE GOFFIC, Professeure à l'Université de Lille

Monsieur William DROSS, Professeur à l'Université de Lyon III (*Président*)

Madame Marie MALAURIE-VIGNAL, Professeure à l'Université Paris-Saclay

Madame Pilar MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, Professeure à l'Université d'Alicante

Monsieur Fabrice SIIRIAINEN, Professeur à l'Université Côte d'Azur (*Rapporteur*)

Remerciements

J'adresse mes sincères remerciements à ma directrice de thèse, Madame BLARY-CLÉMENT, pour sa confiance, sa disponibilité et son soutien sans faille tout au long de ces années de recherche. Ses conseils avisés et ses encouragements m'ont été précieux pour mener à bien ce travail.

Je remercie les enseignants, personnels et doctorants de l'Université ainsi que l'École doctorale.

Je souhaite également remercier les greffiers du Tribunal de commerce de Lille Métropole, Maître Juliette SOINNE, Maître Guillaume HOUZE de L'AULNOIT et Maître Thibault HOUZE de L'AULNOIT, de m'avoir permis d'acquérir une expérience significative au sein de leur Greffe, ainsi que tout le personnel du Greffe.

Je remercie chaleureusement mes amis, en particulier, Anaïs, Cindy, Ludivine, Maxime, Samsha, qui ont toujours été présents pour m'écouter et me conseiller.

Enfin, je ne saurais assez remercier ma famille pour son soutien inconditionnel qui m'a été précieux. Ma Mère pour m'avoir encouragé, mon Frère pour m'avoir tant aidé, et ma Grand-Mère pour sa tendresse sans faille. Merci aussi à mon ombre qui miaule, Pluton, pour m'avoir réconforté.

À la mémoire de mon Père et de mon Grand-Père,

Table des abréviations

— Sources du droit —

Accord sur les ADPIC	Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
circ.	Circulaire
C. ass.	Code des assurances
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l’Homme et des libertés fondamentales
CBE	Convention sur le brevet européen
CPI	Code de la propriété intellectuelle
CRPA	Code des relations entre le public et l’administration
<i>Data Act</i>	Règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023 dit règlement sur les données
DGA	<i>Data Governance Act</i> ; Règlement (UE) 2022/868 du 30 mai 2022 dit règlement sur la gouvernance des données
Dir.	Directive
DMA	<i>Digital Markets Act</i> ; Règlement (UE) 2022/1925 du 14 septembre 2022 dit règlement sur les marchés numériques
L.	Loi
Ord.	Ordonnance
PCT	Traité de coopération en matière de brevets
Règl.	Règlement
RGPD	Règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 dit règlement général sur la protection des données
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne
TUE	Traité sur l’Union européenne

— Publications —

AJCA	Actualité juridique Contrats d’Affaires – concurrence – distribution
AJCT	Actualité juridique Collectivités Territoriales
AJDA	Actualité juridique – Droit administratif
Arch. phil. dr.	Archive de philosophie du droit

BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin civil des arrêts de la Cour de cassation
Cah. dr. ent.	Cahiers de droit de l'entreprise
Comm. com. électr.	Communication commerce électronique
Contr. conc. cons.	Contrats concurrence consommation
D	Recueil Dalloz
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
Dr. & Patr.	Droit et patrimoine
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GAJC	Grands arrêts de la jurisprudence civile
GAPI	Grands arrêts de la propriété intellectuelle
JCI	Juris-Classeur
JCP G	La Semaine juridique édition générale
JCP N	La Semaine juridique édition notariale
JO	Journal Officiel
JOCE	Journal Officiel des Communautés européennes
LEDICO	L'essentiel Droit de la distribution et de la concurrence
LÉGICOM	Revue du droit de la communication d'entreprise
LEPI	L'essentiel Droit de la propriété intellectuelle
LPA	Les Petites Affiches
PIBD	Propriété industrielle bulletin documentaire
Propr. industr.	Propriété industrielle
Propr. intell.	Propriété intellectuelle
Rec. CE	Recueil du Conseil d'État
Rev. soc.	Revue des sociétés
RDPI	Revue de droit de la propriété intellectuelle
RDC	Revue des contrats
RDT	Revue de droit du travail
RIDA	Revue internationale de droit d'auteur
RIPIA	Revue internationale de la propriété industrielle et artistique
RLC	Revue Lamy de la concurrence
RLDA	Revue Lamy Droit des affaires
RLDC	Revue Lamy Droit civil
RLDI	Revue Lamy Droit de l'immatériel
R.R.J.	Revue de la Recherche Juridique – Droit prospectif
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé

RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
S.	Recueil Sirey

— *Juridictions* —

Ass. plén.	Assemblée plénière
BGH	Bundesgerichtshof, Cour fédérale allemande
Bull. civ. ass. plén.	Bulletin des arrêts des chambres civiles – Assemblée plénière
Bull. civ. ch. mixte	Bulletin des arrêts des chambres civiles – Chambre mixte
Bull. civ. I	Bulletin des arrêts des chambres civiles – Première chambre civile
Bull. civ. II	Bulletin des arrêts des chambres civiles – Deuxième chambre civile
Bull. civ. III	Bulletin des arrêts des chambres civiles – Troisième chambre civile
Bull. civ. IV	Bulletin des arrêts des chambres civiles – Chambre commerciale, financière et économique
C. cass.	Cour de cassation
ch.	Chambre
civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
ch. mixte	Chambre mixte
com.	Chambre commerciale
CA	Cour d’appel
CE	Conseil d’État
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l’Union européenne
Cour EDH	Cour européenne des droits de l’homme
crim.	Chambre criminelle
Req.	Chambre des requêtes
soc.	Chambre sociale
T. com.	Tribunal de commerce
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d’instance
TJ	Tribunal judiciaire
T. corr.	Tribunal correctionnel

— *Acronymes* —

ADLC	Autorité de la concurrence

ANSSI	Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information
CADA	Commission d'accès aux documents administratifs
CNIL	Commission Informatique et Libertés
CNUCED	Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement
CSPLA	Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique
CRT	Chambres de recours techniques
DO	Division d'opposition
INPI	Institut de la propriété industrielle
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OEB	Office européen des brevets
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
STAD	Systèmes de traitement automatisé de données

— Abréviations usuelles —

aff.	Affaire
art.	Article
Bibl.	Bibliothèque
Cf.	Confer/voir
Chron.	Chronique
circ.	Circulaire
coll.	Collection
cons.	Considérant
déc.	Décision
doctr.	Doctrine
éd.	Édition
ég.	Également
ex.	Exemple
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>Id.</i>	<i>Idem</i>
<i>In</i>	dans
<i>Loc. cit.</i>	<i>Loco citao</i>
n°	Numéro
not.	Notamment
obs.	Observation
<i>op. cit.</i>	<i>Opere citato</i>
p.	Page

pt.	Point
rec.	Recueil
s.	Suivant
somm.	Sommaire
sous-dir.	Sous la direction de
spéc.	Spécialement
suppl.	Supplément
T.	Tome
v.	Voir
vol	Volume

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE – ANALYSE *DE LEGE LATA* DES MÉCANISMES DE RÉSERVATION DES UTILITÉS DES DONNÉES NUMÉRIQUES

TITRE I. UNE RÉSERVATION AU MOYEN DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

- Chapitre 1^{er}. L'emprise hypothétique du droit d'auteur sur la donnée numérique
- Chapitre 2^e. L'épineuse question de la réservation des données numériques par le brevet

TITRE II. UNE RÉSERVATION AU MOYEN DU DROIT COMMUN

- Chapitre 1. La réservation par l'effet des clauses contractuelles
- Chapitre 2. La réservation par les obligations extracontractuelles

SECONDE PARTIE – RÉFLEXIONS *DE LEGE FERENDA* SUR L'INSTAURATION D'UN DROIT DE PROPRIÉTÉ DES DONNÉES NUMÉRIQUES

TITRE I. LA TENTATION D'UN DROIT DE PROPRIÉTÉ SUR LA DONNÉE NUMÉRIQUE

- Chapitre 1^{er}. La volonté croissante d'appropriation d'éléments informationnels
- Chapitre 2^e. La difficile consécration d'un droit de propriété sur les données
numériques

TITRE II. LA RÉSERVATION PRIVATIVE FACE À L'IMPÉRATIF DE L'ACCÈS AUX DONNÉES

- Chapitre 1^{er}. Les risques de conflits entre la propriété des données et leur accès
- Chapitre 2. La conciliation impérative entre la réservation des données et leur accès

PROLÉGOMÈNES

« Petite Poucette – individu, client, citoyen – laissera-t-elle indéfiniment l'État, les banques, les grands magasins... s'approprier ses données propres, d'autant qu'elles deviennent aujourd'hui une source de richesse ? Voilà un problème politique, moral et juridique dont les solutions transforment notre horizon historique et culturel. Il peut en résulter un regroupement des partages socio-politiques par l'avènement d'un cinquième pouvoir, celui des données, indépendant des quatre autres, législatif, exécutif, judiciaire et médiatique ».

(SERRES M., *Petite Poucette*, Paris, Le Pommier, 2012, p.71)

1. **La force d'adaptation du Droit** – Les interactions entre le Droit et l'information ont, de tout temps, constitué un champ d'étude d'une grande complexité. Cette dynamique s'est intensifiée et a connu un renouvellement profond avec l'avènement des nouvelles technologies de communication et la prolifération exponentielle des données numériques. L'importance croissante de ces dernières a conduit certains penseurs à les conceptualiser comme un facteur de transformation essentiel. Le philosophe et académicien SERRES, par exemple, envisageait la possibilité que les données numériques puissent constituer un cinquième pouvoir, s'ajoutant aux pouvoirs législatif, exécutif, judiciaire et médiatique traditionnels. Cette évolution sans précédent appelle une réflexion approfondie sur la capacité du Droit à s'adapter. En effet, *« il n'est point de droit sans évolution »*¹. Le système juridique ne saurait ignorer les profondes mutations sociétales, économiques et technologiques. Le principe fondamental selon lequel *Ex factis jus oritur*, le droit naît des faits, prend ici toute sa signification. Aussi, le Droit se doit-il d'intégrer pleinement l'importance croissante de l'informatique et de l'immatériel² qui structurent désormais une part significative de notre

1 VIVANT M., *Raison et réseaux. De l'usage du raisonnable dans la régulation de l'internet*, in *Savoir innover en droits, concepts, outils, systèmes*, Hommage à Lucien Mehl, La documentation française, 1999, p. 164 – V. ég. PICARD E., *Le droit pur*, Librairie Alcan, Paris, 1899, p. 290 pour qui, *« le droit est « une étoffe emboîlée sur le gigantesque cylindre de la Destinée » et il semble que la seule chose perpétuelle en lui c'est son évolution, sa transformation. Étant en « perpétuel devenir », il ne peut pas se cristalliser dans des formules invariables, mais doit au contraire s'assouplir aux nécessités de la pratique »*.

2 Dans notre étude, nous assimilons l'immatériel à l'incorporel. V. dans le même sens : CARBONNIER J., *Droit civil. Tome 3. Les biens*, Presses Universitaires de France, Paris, 2000, 19^e éd., spéc. n° 50 ; TERRÉ F. et SIMLER P., *Droit civil. Les biens*, Dalloz, Paris, 2014, 9^e éd., n° 43 ; STRICKLER Y., *Les biens*, Presses Universitaires de France, Paris, 2006, spéc. n° 22) bien que certains auteurs fassent une distinction entre ces deux notions (v. notamment ROCHFELD J., *Les grandes notions du droit privé*, PUF, Paris, coll. Thémis, 1 décembre 2022, 3^e éd., p. 345 et s. n° 4-35 ; BEAUSSONIE G., *La prise en compte de la dématérialisation*

société³. Néanmoins, la nécessaire adaptation du Droit doit s'opérer avec discernement et prudence. S'inspirant d'une règle de gouvernance implicite dans l'œuvre de l'académicienne YOURCENAR, les lois sont « *dangereuses quand elles retardent sur [les mœurs], elles le sont davantage quand elles se mêlent de les précéder* »⁴. Cette mise en garde est particulièrement pertinente pour le Législateur lorsqu'il intervient dans des domaines marqués par des évolutions rapides et parfois imprévisibles, tels que les technologies de la communication et de l'information. Il est impératif de maintenir une juste mesure afin d'éviter une législation hâtive qui pourrait entraver l'innovation ou devenir rapidement obsolète.

Malgré les défis posés par ces transformations, il convient de ne pas douter de la forte capacité d'adaptation du Droit⁵. Comme le notait avec perspicacité le Doyen SAVATIER, « *le caractère à la fois passionnant et décevant de la tâche des juristes vient de ce que le droit est sans cesse à reconstruire. Traduisant la vie, il en subit les transformations. Aussi, les compartiments qu'il établit ne sont jamais étanches ni définitifs* »⁶. Cette observation met ainsi en lumière la nature intrinsèquement dynamique du Droit, un système en constante évolution, dont la plasticité lui permet d'embrasser et de réguler les nouvelles réalités qu'engendrent les avancées technologiques et l'omniprésence des données numériques.

2. De la primauté du tangible à l'essor de l'immatériel : une mutation juridique et économique – Historiquement, l'élaboration du Code Napoléon a été profondément marquée par une conception matérialiste⁷ du droit des biens. Les codificateurs ont repris la distinction majeure⁸ entre les biens meubles et immeubles, héritée de l'Ancien Régime. Cette classification, loin d'être anodine, conférait un statut éminent à la propriété immobilière,

des biens par le droit pénal. Contribution de la protection pénale de la propriété, L.G.D.J., Paris, coll. Thèses, sous-coll. Bibliothèque de droit social, tome 532, 13 mars 2012, spéc. n^{os} 33 et s.

3 Cette importance s'observe dans le mouvement de « dématérialisation » accru ainsi que de la « digitalisation ». Partant, nous sommes à l'aube de l'avènement d'une « *cité numérique* » (PAUL C., *Avant-propos in* LESSIG L., *L'avenir des idées. Le sort des biens communs à l'heure des réseaux numérique*, Presses universitaires de Lyon, 1^{er} septembre 2005, p. I). Mais, ne s'agirait-il pas de la « *force destructrice (reconstructrice ?)* » de l'informatique dans le champ du droit qu'avait relevé avec force le Professeur Michel VIVANT (VIVANT M., *An 2000 : approprier l'information ?*, in Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst, Litec, Paris, juin 1997, p. 664).

4 YOURCENAR M., *Mémoires d'Hadrien*, Folio, Paris, 31 décembre 1980, p. 128

5 ROZENFELD S., *Nouvelles technologies de l'information et propriété intellectuelle : un droit en construction permanente*, in LAPERCHÉ B. (sous-dir.), *Propriété industrielle et innovation : La « nouvelle économie » fausse-t-elle le jeu ?*, L'Harmattan, Paris, 2001, p. 119

6 SAVATIER R., *Droit privé et droit public*, Dalloz, 1946, chron., p. 25

7 Les conceptions du droit des biens du Code civil de 1804 est forgés en référence au monde des choses physiques, sensibles. Les codificateurs ont repris la théorie romaniste de l'incorporation du droit de propriété dans son objet corporel. Cette vision a pour conséquence de réduire l'« *empire du droit de propriété* » aux seules choses corporelles. V. en ce sens : DROSS W., *Droit civil. Les choses*, L.G.D.J., Paris, 28 août 2012, p.790, n^o 427-1).

8 MALAURIE P. et AYNÈS L., *Les biens*, Lextenso, Paris, 1^{er} janvier 2013, 5^e éd., p. 25

l'érigeant en bien par excellence et lui assurant une primauté incontestable⁹. Cette perspective trouvait sa pleine justification dans un contexte politique, social et économique singulier¹⁰. Elle était la traduction juridique de l'adage *res mobilis, res vilis*, signifiant littéralement que la chose mobilière est une chose vile. Sous l'Ancien Régime et jusqu'au début du XIX^e siècle, la possession foncière constituait effectivement la principale source de fortune et de pouvoir, structurant ainsi l'ordre social et économique.

Cependant, cette vision s'est progressivement transformée au fil du temps. Force est de constater que l'immeuble n'est plus, de nos jours, le seul bien frugifère par excellence¹¹. Cette évolution est la conséquence directe de l'émergence de nouvelles formes de richesse¹². Parmi celles-ci, les richesses fondées sur l'innovation intellectuelle, telles que les œuvres de l'esprit et les inventions, occupent désormais une place prépondérante¹³. Ce constat met en lumière un paradoxe manifeste. Comme l'a pertinemment souligné Monsieur Charles GOLDFINGER, « *le monde des objets matériels n'a jamais été aussi perfectionné et omniprésent* »¹⁴. Néanmoins, ce « *triomphe du matérialisme industriel n'est qu'une apparence* »¹⁵. En effet, depuis la fin du XX^e siècle, la place de l'immatériel n'a cessé de croître de manière exponentielle au sein du patrimoine des entreprises¹⁶. Ainsi, sur les 1 836 milliards d'euros que représentait la capitalisation boursière totale des sociétés du CAC 40 au

9 DROSS W., *Droit des biens*, L.G.D.J., Paris, coll. Domat Droit privé, août 2014, 2^e éd., p. 278, n° 339

10 L'école physiocratique a contribué à renforcer l'idée de primauté de l'immeuble (v. en ce sens : DROSS W., *ibid.*, p. 278, n° 339 ; HALPÉRIN J.-L., *Le code Napoléon, code caméléon ?*, Lusitania, 2005, n° 3, p. 263-270).

11 RIFKIN J., *L'âge de l'accès. La révolution de la nouvelle économie*, La Découverte éd., Paris, 31 août 2000, p. 45 soulignant le « *déclin de l'immobilier* » dans l'économie informatisée.

12 ZÉNATI F., *Les biens*, PUF, coll. Droit fondamental, septembre 1988, 1^e éd., p. 67, n° 50

13 Relevons, toutefois, que la production de biens immatériels ne date pas du XX^e siècle. Au contraire, elle peut, comme l'estime le Professeur CATALA, coïncider avec l'apparition du langage (CATALA P., *La protection juridique des productions immatériels*, in *L'appropriation de l'information* (sous-dir.), Litec, Paris, coll. Droit & Informatique, février 1986, p. 84). – V. ég. VIVANT M., *An 2000 : approprier l'information ?*, in *Mélange offert à Jean-Jacques Burst*, Litec, Paris, juin 1997, p.651 et s.)

14 GOLDFINGER C. *L'utile et le futile. L'économie de l'immatériel*, éd. Odile Jacob, Paris, 1994, p. 9

15 *Ibid.* V. ég. ROMER P., *Ideas and things*, The Economist, 11 septembre 1993, 328 p. 67 et s. – Il est intéressant de voir que ce constat n'est pas totalement nouveau. Il y a plus d'un siècle, le célèbre économiste britannique MARSHALL avait relevé que « *Ideas, whether those of art and science, or those embodied in practical appliances, are the most "real" of the gifts that each generation receives from its predecessors. The world's material wealth would quickly be replaced if it were destroyed, but the ideas by which it was made were retained. If however the ideas were lost, but not the material wealth, then that would dwindle and the world would go back to poverty* ». (MARSHALL A., *Principles of Economics*, Palgrave Macmillan, 5 décembre 2013, 759 p. spéc. The scope and Methods of Economics. Appendix C, : traduction personnelle : *les idées, que ce soit celles de l'art et de la science, ou celles qui s'incarnent dans des applications pratiques, sont le plus "réel" des cadeaux que chaque génération reçoit de ses prédécesseurs. Les richesses matérielles du monde seraient rapidement remplacées si elles étaient détruites, mais les idées qui les ont produites seraient conservées. En revanche, si les idées étaient perdues, mais pas les richesses matérielles, celles-ci disparaîtraient et le monde retomberait dans la pauvreté.*

16 BLARY-CLÉMENT É., et PLANCKEEL F., *Le patrimoine de l'entreprise : d'une réalité économique à un concept juridique ?*, Larcier, Bruxelles, coll. Contrats et patrimoine, 8 mai 2014, 234 p.

30 juin 2020, le capital immatériel constituait une part écrasante de 79 %¹⁷. La fin du XX^e siècle marque indubitablement le « *triomphe du microcosme de l'invisible sur le macrocosme du tangible* »¹⁸. En d'autres termes, nous assistons à une transition d'une économie de la production industrielle vers une économie de l'information¹⁹. L'immatériel est ainsi devenu, pour les entreprises²⁰, une source primordiale²¹ de richesses au sein de notre société de l'information²². Nous sommes, en définitive, entrés dans une ère où les formes platoniciennes valent plus que les entités matérielles. Or, comme l'avait judicieusement relevé le Professeur VILLEY, le Droit suit le devenir de l'économie²³. Aussi, face à cette économie de l'immatériel, le Droit a su s'adapter avec une remarquable plasticité, concrétisée par l'avènement de nouvelles notions juridiques. Parmi celles-ci figurent les « *biens*

17 Selon le cabinet Ernst & Young, le capital immatériel est l'« *ensemble des compétences techniques et pratiques d'une entreprise qui participent à sa production de richesses et lui permettent d'obtenir une rentabilité supérieure à la rentabilité minimale exigée par ses pourvoyeurs de fonds (actionnaires et prêteurs)* » (ERNST & YOUNG, *Profit financier du CAC 40. Un indice encore en équilibre*, 14^e éd., Résultats 2019 et premier semestre 2020, p. 26)

18 GOLDFINGER C. *op. cit.*, p. 578 : cet auteur fait référence à l'ouvrage *Microcosm* de l'économiste américain George GILDER.

19 SCHILLER H. I., *Les technologies de l'information sous influence : l'instauration d'une intergouvernabilité mondiale*, in *La société informationnelle : enjeux sociaux et approches économiques*, MAYÈRE A. (sous-dir.), L'Hamattan, Paris, 1997, p. 56 – V. ég. l'exposé des motifs de la proposition de directive du Conseil concerne la protection juridique des bases de données, 1993 Com. (93) 464. Final. Syn. 393

20 COASE R. H., *The nature of the firm*, *Economica*, novembre 1937, n° 4, p. 386-405 : décrivant l'entreprise comme une entité destinée à réduire le coût d'acquisition de l'information.

21 MAYER R., *L'information en question*, in *La société informationnelle : enjeux sociaux et approches économiques*, MAYÈRE A. (sous-dir.), L'Hamattan, Paris, 1997, p. 63-64 ; L'importance de l'immatériel est telle qu'elle « *commande* » voire « *conditionne la survie* » d'autres secteurs d'activité traditionnels tels que l'agriculture ou l'industrie – V. ég. : TABATONI P., *L'incorporel comme ressource économique. Propos introductifs*, *Arch. phil. dr.*, 1999, n° 43, p. 149-152 ; RIFKIN J., *op. cit.* p. 11

22 Expression consacrée par les instances européennes (v par ex. : Commission des Communautés européennes, *Croissance, compétitivité, emploi – Les défis et les pistes pour entrer dans le XXI^e siècle : Livre blanc*, 1994 *id.*, *Livre vert sur le droit d'auteur et les droits voisins*, COM(95) 382 final, 19 juillet 1995) et françaises (v. par ex. Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, JORF, n°0235 du 8 octobre 2016, Texte n° 1) – V. BALIMA S. T., *Une ou des « sociétés de l'information » ?*, *Hermès, La Revue*, 2004/3, n° 40, p. 205-209 citant l'article ESKANEN J. et SUNDSTRÖM H., *ICT statistics at the new Millennium – developing official statistics – Measuring the diffusion of ICT and its impact*, *LAOS satelling Meeting on statistics for the information society*, Tokyo, 2001. : pour qui la société de l'information est « *une société qui fait un usage intensif des réseaux d'information et de la technologie de l'information, produit de grandes qualités de biens et de services d'information et de communication et possède une industrie de contenus diversifiée* »

23 VILLEY M., *Panorama des philosophies juridiques modernes occidentales et marxistes du monde sociale*, in *Critique de la pensée juridique moderne* (douze autres essais), Paris, Dalloz, p. 175

informationnels »²⁴, le « patrimoine informationnel »²⁵, ou encore le « capital intellectuel », brillamment analysé par le Professeur Nicolas BINCTIN²⁶.

Par ailleurs, force est de constater que l'innovation dans le domaine informatique représente un nouveau paradigme dans la production de connaissances, particulièrement dans le contexte d'une économie qualifiée de « capitalisme cognitif »²⁷. Cette dynamique influence de manière décisive la capacité des entreprises à maintenir leur compétitivité sur le marché mondial et redessine en profondeur les frontières des concentrations de connaissances. Dans ce cadre évolutif, les données numériques se sont imposées comme une ressource essentielle et stratégique pour les entreprises (*Section 1*). Néanmoins, la notion même de données est intrinsèquement ambiguë et cela, en raison de sa polysémie inhérente. Dès lors, il nous incombe de circonscrire cette notion avec la plus grande précision possible et de la distinguer d'autres concepts connexes (*Section 2*).

Section 1. La donnée, nouvel or noir de l'économie

3. **La « révolution numérique »** – L'avènement de l'espace numérique s'est affirmé comme un facteur de plus en plus prépondérant au sein de la société contemporaine, communément désignée comme la société de l'information et de la connaissance²⁸. Cette

24 Le « bien informationnel » n'est pas, à proprement parler, une catégorie juridique mais un néologisme créé par la doctrine dans les années 1980 lors de l'essor des créations informatiques (VIVANT M., *À propos des biens informationnels*, JCP G., 1984, I, doctrine 3132 ; LUCAS A., *L'adaptation du droit aux biens informationnels*, in CHAMOIX J.-P. (dir.), *L'appropriation de l'information*, Litec, Paris, 1986, p. 80). Il s'agit, selon la Professeure Florence BELLIVIER d'une « catégorie fourre-tout englobant, à la fois, l'information et tous types de créations caractérisées par la compilation et/ou le traitement de l'information, voire les services d'information eux-mêmes » (CORNU M., ORSI F. et ROCHFELD J. (sous-dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Presses Universitaires de France, Paris, coll. Dictionnaires Quadrige, 23 août 2017, p. 126).

25 La doctrine utilise également l'expression de « patrimoine immatériel » pour désigner l'ensemble des éléments incorporels dont la possession est susceptible d'apporter à une entreprise un avantage économique sur son marché (WARUSFEL B., *Entreprises innovantes et propriété intellectuelle : les limites de la protection du patrimoine immatériel*, in LAPERCHÉ B. (sous-dir.), *Propriété industrielle et innovation : La « nouvelle économie » fausse-t-elle le jeu ?*, L'Harmattan, Paris, 2001, p. 192). – V. ég. MALAURIE-VIGNAL M., *Réflexions sur la protection du patrimoine informationnel de l'entreprise contre le piratage économique*, D., 2012, 1415 ; MAISON ROUGE O. de, *Le Patrimoine informationnel à l'épreuve du procès – La Stratégie Juridique de protection des secrets d'affaires dans le cadre d'une procédure contentieuse*, *Stratégies juridique des acteurs économiques*, Tome 2, Collectif, Larcier ESSEC, 2012, p. 451-467

26 BINCTIN N., *Le capital intellectuel*, LexisNexis, Paris, 2007, coll. Fédération Nationale pour le Droit de l'Entreprise, sous-coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 764 p.

27 MOULIER BOUTANG Y., *Le Capitalisme Cognitif : La Nouvelle Grande Transformation*, Amsterdam éd., 5 mars 2008, 320 p.

28 GOLDFINGER C., *op. cit.*, p. 385 : pour qui, le discours récurrent du « tout numérique » est la preuve irréfutable du « triomphe de la technologie et la victoire ultime de l'immatériel » – V. ég. BERRY G., *Pourquoi et comment le monde devient numérique*, Collège de France / Fayard, Paris,, coll. « Leçons inaugurales », n° 197, 2008.

dernière est caractérisée « *par une forte diffusion des flux de données entre acteurs* »²⁹, et économiques, marquant une transformation fondamentale des interactions humaines. De cette évolution technologique et sociétale ont émergé de nouvelles valeurs incorporelles liées à l'informatique et au numérique³⁰. Parmi celles-ci, les logiciels, les bases de données et, de manière plus fondamentale encore, les données elles-mêmes constituent des actifs immatériels dont la valeur ne cesse de croître.

Dans ce contexte, des auteurs considèrent que nous sommes en présence d'une véritable « *révolution numérique* »³¹. Si cette expression, dans sa formulation, est apparue vers la fin du XIX^e siècle, les prémices de cette révolution sont beaucoup plus anciennes. L'origine de cette révolution peut être retracée jusqu'à l'invention de la Pascaline, machine arithmétique développée par le polymathe PASCAL au XVII^e siècle, ou, de manière plus moderne, à la machine créée par le célèbre mathématicien TURING en 1936, qui a jeté les bases de l'informatique théorique. Il est, néanmoins, envisageable de prendre comme date de référence, à l'instar de la majorité de la doctrine, l'apparition des microprocesseurs dans les années 1960³², puisque cette innovation a contribué à la venue de l'informatique telle que nous la connaissons aujourd'hui.

L'emploi de l'adjectif « *numérique* »³³ dans l'expression « *révolution numérique* » permet de marquer par là même sa distinction par rapport à l'environnement analogique préexistant. L'importance de ce bouleversement est telle que le terme « *numérique* » est

29 BLOCHE P. et VERCHÈRE P., *Rapport d'information sur les droits de l'individu dans la révolution numérique*, Assemblée nationale, treizième législature, 22 juin 2011, n° 3560, p. 27

30 Les notions « *informatique* » et « *numérique* » ne sont pas synonymes. L'informatique, en tant que substantif féminin, désigne la science du traitement rationnel et automatique de l'information (Académie française, Dictionnaire, 9^e éd.). Ainsi, cette science s'intéresse à la conception, à la mise en œuvre et à l'utilisation de systèmes informatiques. À l'inverse, le numérique regroupe l'ensemble des technologies qui utilisent des données numériques. Partant, le numérique englobe l'informatique – *Contra*, v. GOLDFINGER C. *op. cit.*, p. 137, pour qui l'informatique est une technologie de l'information numérique.

31 JAMMOT J., ROGNETTA J., et TARDY F., *La République des réseaux. Périls et promesses de la révolution numérique*, Fayard, Paris, 19 septembre 2012, 324 p. ; BLOCHE P. et VERCHÈRE P., *op. cit.* ; ROQUES-BONNET M.-C., *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, Paris, 4 novembre 2010, 606 p. ; WEKSTEIN I., *Droits voisins du droit d'auteur et numérique*, Litec, Paris, coll. Droit@Litec, 17 janvier 2002, p. 1 ; GAUDRAT P. et SARDAIN F., *Traité de droit civil du numérique. Tome 1. Droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 17, n° 1 ; STROWEL A. et DERECLAYE E., *Droit d'auteur et numérique : logiciels, bases de données, multimédia. Droit belge, européen et comparé*, Bruylant, Bruxelles, 4 décembre 2001, 488 p. ; MANDELKERN D. et DU MARAIS B., *Diffusion des données publiques et révolution numérique : rapport*, La Documentation française, 1^{er} janvier 1999, 123 p. ; LUCAS A., *Droit d'auteur et numérique*, Litec, coll. Droit@Litec, juillet 1998, p. 4, n° 6 ; SCHERER É., *La révolution numérique*, Dalloz, Paris, coll. À savoir, octobre 2009, 224 p.

32 V. en ce sens : BABINET G., *Refondre les politiques publiques avec le numérique. Administration territoriale, État, citoyens*, Dunod, Paris, 18 novembre 2020, p. 7

33 Initialement, l'adjectif « *numérique* » était utilisé dans le cadre du vocabulaire technique pour désigner un « *mode de traitement automatisé du signal* » (MOATTI A., *Le numérique, adjectif substantivé*, Le Débat, 2012, 3, n° 170, p. 133-137). Ce substantif tend à remplacer le terme « *informatique* » « *en ringardisant ce dernier* » (*ibid.*).

désormais couramment utilisé comme substantif³⁴, illustrant son intégration profonde dans le lexique quotidien et académique. Le rapport d'information de Messieurs Patrick BLOCHE et Patrice VERCHÈRE propose une définition du numérique qui mérite d'être considérée. Selon ces auteurs, « *par numérique, il faut entendre l'ensemble des nouvelles technologies de l'information et de la communication (TIC), qui, utilisant des signaux numériques, notamment dans la reproduction et la diffusion des images, permettent de générer, de traiter, de mettre en réseau, d'échanger et d'archiver d'importants flux de données* »³⁵. Il découle de cette définition que la donnée représente un élément central et structurant de l'écosystème numérique.

Le concept de « *révolution* » permet de souligner le fait que nous sommes face à « *une transformation aussi transversale et profonde que l'a été, à l'époque, l'invention de l'électricité* »³⁶. Le numérique a une incidence quasi universelle sur l'ensemble des activités humaines, s'étendant du secteur industriel au secteur des services. Il est le moteur d'innovations disruptives³⁷ qui contribuent à modifier de nombreuses dimensions de la société, parmi lesquelles l'internet³⁸, les logiciels, les algorithmes. Indubitablement, la donnée s'impose comme l'un des piliers essentiels de cet environnement numérique en constante évolution, son importance étant particulièrement manifeste dans le secteur tertiaire et l'économie des services. Les nouvelles technologies de l'information et de la communication marquent ainsi le début d'un nouveau cycle économique, souvent qualifié de « *cinquième cycle de KONDRATIEFF* »³⁹. Une caractéristique fondamentale de ces nouvelles technologies

34 V. par ex. la Direction interministérielle du numérique, la DINUM, sous l'autorité du ministre de la Transformation et de la Fonction publiques ou encore en droit l'on trouve des ouvrages et revues consacrés au numérique. – MOATTI A., *Le numérique, adjectif substantivé*, Le Débat, 2012, 3, n° 170, p. 133-137 : pour qui le numérique constitue un concept « *invasif* » puisque « *tout converge dans le numérique* ».

35 BLOCHE P. et VERCHÈRE P., *op. cit.*, p. 14 : ces auteurs ajoutent qu'ils considèrent « *pour parler plus concrètement, principalement Internet et les services qu'il offre, mais aussi des dispositifs nouveaux comme les puces RFID, qualifiées parfois d'« Internet des objets »* ».

36 COLLIN P. et COLIN N., *Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique*, janvier 2013, p.151– V. ég. RIFKIN J., *op. cit.*, p. 21 pour qui l'usage de l'ordinateur, comme ce fut le cas pour l'imprimerie, altère profondément la conscience humaine.

37 ROBLEK V., MEŠKO M., PUŠAVEC F., et al., *The Role and Meaning of the Digital Transformation As a Disruptive Innovation on Small and Medium Manufacturing Enterprises*, Front Psychol. 9 juin 2021 ; CHAUCA M., PHUN Y., CURRO O., et al., *Disruptive Innovation in Active Activity-Based Learning Methodologies through Digital Transformation*, International Journal of Information and Education Technology, avril 2021, n° 4, vol. 11 ; SARAZIN B., *Innovation de rupture Guide pour disrupter votre marché*, EMS GEODIF, 21 novembre 2019, 158 p.

38 L'internet a été créé aux États-Unis d'Amérique dans les années 1970 pour des raisons militaires. Suivant sa philosophie, « *toute personne connectée peut avoir accès en temps réel à des informations dans le monde entier et sur tous les sujets qui peuvent intéresser l'homme* » (COLOMBANI J.-L., *Propriété intellectuelle et Internet : vers un code des autoroutes de l'information ?*, LPA, 12 mars 1997, n° 31, p. 5). Dès lors, l'Internet est fortement marqué par une logique d'ouverture, de libre accès à l'information.

39 SCHWUCHOW W., *L'information : bien public ou privé ?*, in La société informationnelle : enjeux sociaux et approches économiques, MAYÈRE A. (sous-dir.), L'Hamattan, Paris, 1997, p. 115 – V. concernant la théorie des cycles de Kondratieff : TONGLET B., *Les cycles Kondratieff : une philosophie critique*, Innovation, 2004/1, n° 19, p. 9-36 ; ANDRIEU T., *Création et Destruction : Le mystère des cycles*

réside dans leur capacité à « *convertir n'importe quel type d'informations en format numérique* »⁴⁰ et à « *compresser les données obtenues pour les stocker, et les faire circuler dans le monde entier* »⁴¹. En conséquence, notre société se distingue désormais par une capacité sans précédent à produire et à stocker des quantités vertigineuses de données, tout en étant en mesure d'en extraire des informations utiles. L'informatique a, par ailleurs, permis le développement d'outils sophistiqués pour le traitement, le stockage et la transmission de ces données. Par ce biais, l'information, qui était auparavant une ressource insaisissable, peut être considérée comme « *désormais apprivoisée* »⁴². Ainsi, le Professeur Karl-Erik SVEIBY observe de manière pertinente qu'« *en fait, la production consiste souvent tout autant, voire davantage, à créer des structures de savoir qu'à fabriquer des produits. Et la distribution à créer du savoir avec l'aide des clients qu'à mettre à leur disposition un produit physique* »⁴³. Cette observation a conduit à l'émergence du concept de « *capitalisme de l'information* », c'est-à-dire d'un « *système économique [...] au sein duquel les entreprises sont supposées tirer leur profit de l'utilisation ou de la vente d'information* »⁴⁴. Cette perspective est en parfaite concordance avec celle de Madame Dominique NORA, pour qui l'émergence de la société de l'information a induit une redéfinition « *des modes de production [...] et de consommation [...] mondiaux. Et elle redessine, de fond en comble, le paysage de la compétition économique en bouleversant la hiérarchie entre les territoires et les pays* »⁴⁵.

4. L'encadrement juridique de l'environnement numérique : de l'informatique au droit du numérique – L'environnement numérique constitue avant tout une création humaine. À ce titre, il ne peut échapper à l'emprise du Droit. Aussi, s'est développée, dans les années

économiques et humains, JDH, Bussy-Saint-Georges, 15 septembre 2023, 212 p. ; BOSSERELLE É., *Le cycle Kondratieff : théories et controverses*, Elsevier Masson, Paris, 1^{er} décembre 1994, 200 p.

40 LUCAS A., *Droit d'auteur et numérique*, Litec, coll. Droit@Litec, juillet 1998, p. 4, n° 9

41 *Ibid.* – V. ég. Rapport au Conseil européen de Corfou en juin 1994 : indiquant que « *le progrès technique nous permet désormais de traiter, de stocker, de trouver et de communiquer des informations sous quelque forme que ce soit sans être limité par des contraintes d'espace, de temps, ni de volume* » (citation reprise *Livre vert sur le droit d'auteur et les droits voisins*, COM(95) 382 final, 19 juillet 1995)

42 GOLDFINGER C. *op. cit.*, p. 10 – V. ég. MAYÈRE A., *Produits et services d'information : proposition de dépassement de la théorie standard de l'information*, in *La société informationnelle : enjeux sociaux et approches économiques*, MAYÈRE A. (sous-dir.), L'Hamattan, Paris, 1997, p. 133 : l'autrice émet l'hypothèse que la théorie économique de l'information-bien collectif n'a été influencée par l'émergence des bases de données.

43 SVEIBY K. E., *Knowledge Management. La nouvelle richesse des entreprises ; Savoir tirer profit des actifs immatériels de sa société*, Paris, Maxima, février 2000, p. 32

44 CRONIN B., *La société informationnelle : enjeux sociaux et approche économiques*, in *La société informationnelle : enjeux sociaux et approches économiques*, MAYÈRE A. (sous-dir.), L'Hamattan, Paris, 1997, p. 12

45 NORA D., *Les conquérants du cybermonde*, Gallimard, Paris, coll. Folio actuel, 4 février 1997, p. 22.

soixante-dix⁴⁶, une nouvelle discipline juridique, le droit de l'informatique⁴⁷, droit « mixte de la régulation »⁴⁸, caractérisé par sa capacité à appréhender les usages et les défis inédits engendrés par les nouvelles technologies de l'information et de la communication. Il représente, en somme, la réponse normative du système juridique face aux transformations profondes induites par l'ère numérique.

Cependant, l'appellation « droit de l'informatique » tend progressivement à être délaissée au profit de celle de « droit du numérique »⁴⁹. Cette évolution terminologique n'est pas anodine. Elle reflète la transformation numérique globale de notre société, qui dépasse la simple sphère de l'informatique pour englober un écosystème technologique bien plus vaste et intégré. Quoi qu'il en soit, le droit du numérique se présente comme un véritable « creuset » de règles applicables à l'environnement numérique⁵⁰. Ce corpus normatif est spécifiquement élaboré pour régir l'ensemble des activités et des objets propres à l'environnement numérique. Parmi ces règles, une importance particulière est accordée à celles ayant pour objet les données. Cette réglementation est intrinsèquement liée à l'essor d'une société et d'une

46 Nous pouvons certainement situer l'avènement du droit de l'informatique à la date d'adoption de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Il s'agit effectivement de la première norme spéciale offrant des règles propres au secteur de l'informatique. Pour une approche historique du droit de l'informatique, v. WARUSFEL B., *Quelques jalons pour une histoire du droit de l'informatique*, in Penser le droit de la pensée, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, Paris, 23 septembre 2020, p. 491-515

47 L'existence de cette nouvelle branche du droit ne fait plus de doutes au regard des ouvrages et colloques qui sont consacrés à l'informatique. Ainsi, par exemple, sans tendre à l'exhaustivité, nous pouvons citer : BENSOUSSAN A., *Droit de l'informatique et de la télématique : Théorie et pratique*, Berger-Levrault éd., Paris, 1985, 700 p., LUCAS A., *Le droit de l'informatique*, Presses Universitaires de France, Paris, coll. Thémis, 1987, 551 p. ; HUET J. et MAISL H., *Droit de l'informatique et des télécommunications*, Litec, Paris, 1989, 1011 p., LUCAS A., DEVÈZE J., et FRAYSSINET J., *Droit de l'informatique et de l'Internet*, Presses Universitaires de France, Paris, coll. Thémis, 6 novembre 2001, 748 p.

48 WARUSFEL B., *La transversalité du droit du numérique*, in Études en l'honneur du Professeur Jérôme HUET, L.G.D.J., 28 novembre 2017, spéc. 412 : L'auteur qualifie le droit de l'informatique de droit mixte puisqu'il se situe à la croisée du droit public et du droit privé. Pour le professeur Herbert MAISL, le droit de l'informatique correspond à un « droit carrefour » (MAISL H., *La maîtrise d'une interdépendance (commentaire de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, JCP, 1978, 12891).

49 Sans pouvoir établir une liste exhaustive : VIVANT M., WARUSFEL B., et MALLET-POUJOL N. (sous-dir.), *Lamy droit du numérique*, Wolters Kluwer éd., coll. Lamy Expert, juin 2023, 1286 p. ; LATIL A., *Le droit numérique – Une approche par les risques*, Dalloz, Paris, 30 mars 2023, 300 p. ; GRYNBAUM L., LE GOFFIC C., PAILLER L., *Droit des activités numériques*, Dalloz, Paris, coll. Précis, 24 août 2023, 2^e éd., 1056 p. ; MATTATIA F. (sous-dir.), *Code du numérique*, LexisNexis, Paris, 20 septembre 2023, 1400 p. ; GAUDRAT P. et SARDAIN F., *Traité de droit civil du numérique. Tome 1 et 2*, Larcier, Bruxelles, septembre 2015 ; BOYER-BÉVIÈRE B., et DIBIE D., *Numérique, droit et société*, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, septembre 2022, 338 p. ; GLEIZE B., et MAFFRE BAUGÉ A., *La propriété intellectuelle renouvelée par le numérique*, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, novembre 2020, 280 p.

50 VIVANT M. (sous-dir.), *Lamy Droit de l'informatique*, 1992, 3^e éd., n° 1 : cet éminent auteur estime qu'« il est tout à fait possible de parler d'un droit de l'informatique comme on parle d'un droit de l'entreprise. L'objet auquel les normes juridiques s'appliquent, ici l'entreprise, là l'informatique, constitue le creuset dans lequel viennent se fondre des règles de tous ordres, les unes très classiques, les autres amendées par la fonction spécifique qu'on attend d'elles, d'autres encore entièrement neuves et conçues pour répondre à des besoins nouveaux »

économie qui se fondent de plus en plus sur l'exploitation intensive des données, qu'il s'agisse de leur collecte, de leur traitement, de leur stockage ou de leur diffusion.

5. **La donnée au cœur de la « révolution numérique »** – Force est de constater que la donnée s'impose comme « *l'épicentre de la révolution technologique* »⁵¹. Elle est devenue indéniablement un « *atout stratégique essentiel pour la création de valeur, tant privée que sociale* »⁵² et cela s'est considérablement accentuée, notamment depuis le déclenchement de la pandémie de la COVID-19⁵³. Ainsi, par exemple, en France, l'établissement des premières bases de données de santé avait initialement des finalités principalement comptables⁵⁴, fournissant aux décideurs publics les informations budgétaires nécessaires au fonctionnement du système de santé⁵⁵. L'exploitation judicieuse des données entraîne des effets bénéfiques du point de vue économique⁵⁶, comme en témoigne l'accroissement moyen de 5 à 6 % de la productivité des entreprises qui intègrent l'analyse de données dans leurs processus décisionnels⁵⁷.

Cette valorisation des données a conduit à l'adoption de modèles d'affaires radicalement nouveaux, fondés sur leur exploitation intensive⁵⁸. Les géants du numérique, tels

51 BOURGEOIS M., et THIBIERGE L., *Droit de la donnée : plaidoyer pour un régime général*, JCP E., 14 mai 2020, n° 20, étude 1207, p. 41

52 CNUCED, *Rapport sur l'économie numérique 2021 ; Flux transfrontières de données et développement : À qui profitent ces flux*, United Nations Publications, New York, 2021, p. iv – V. ég. en ce sens, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « créer une économie européenne fondée sur les données », COM/2017/09 final, 10 janvier 2017 : « *Les données sont devenues une ressource essentielle pour la croissance économique, la création d'emplois et le progrès sociétal* ».

53 CNUCED, *Rapport sur l'économie numérique 2021 ; Flux transfrontières de données et développement : À qui profitent ces flux*, United Nations Publications, New York, 2021, p. 3 – V. ég. BOURGEOIS M. et THIBIERGE L., *Droit de la donnée*, JCP E., 23 juin 2022, n° 25, 1225

54 BERNELIN M. et EYNARD J., *Numérique ; Panorama (Septembre 2022 – Août 2023)*, Cahiers Droit, Sciences & Technologies, Presse Universitaires d'Aix-Marseille, 2023, n° 17, p. 106

55 Art. L. 6113-7, R. 6113-4, R. 6113-5-1, et R. 6113-9-1 du Code de la santé publique

56 V. en ce sens : GOLDFARB A. et QUE F., *The Economics of Digital Privacy*, Annual Review of Economics, 2023, vol. 15, p. 267-286, ; Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, *Rapport sur l'économie de l'information en 2017. Numérisation, commerce et développement*, Publication des Nations unies, p. xiv

57 DG Connect, *A European strategy on the data value chain*, Commission européenne, 7 novembre 2013, spéc. p. 7, disponible [en ligne] : <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/elements-data-value-chain-strategy> (consulté le 26/11/2023)

58 À titre d'illustration, la plateforme communautaire de location et réservation de logement entre particuliers, la société Airbnb, est devenue et cela, en quelques années, la « plus grande chaîne d'hôtels du monde ». Or, son modèle d'affaire se fonde essentiellement sur la collecte massive de données de ses utilisateurs et de leur exploitation (exemple titré de l'ouvrage : BASDEVANT A. et MIGNARD J.-P., *op. cit.*, p. 12)

que les *GAFAM*⁵⁹, les *BATX*⁶⁰ et les *NATU*⁶¹, incarnent parfaitement cette mutation. Des exemples concrets abondent. Ainsi, la société *General Electric*, par l'analyse de données, a pu optimiser ses procédures d'inventaire, réduisant ainsi drastiquement les coûts de gestion des stocks⁶². De même, les systèmes de recommandation d'achat sur des plateformes comme *Amazon* reposent sur des algorithmes d'intelligence artificielle qui, en traitant des volumes massifs de données client, prédisent les intentions d'achat avec une précision remarquable. Cette capacité à exploiter les données collectées a également pour effet de minimiser les coûts publicitaires⁶³. Cette gestion des préférences a été initialement mise en place par la société *FireFly*⁶⁴, et s'est généralisée à l'ensemble des sites de commerce électronique. Comme le souligne le Professeur Lawrence LESSIG, les sites internet n'auraient jamais pu fournir un tel service personnalisé sans les données récoltées⁶⁵.

L'importance croissante des données et de leur exploitation a fait émerger de nouvelles disciplines et professions. La « *data science* » en est un parfait exemple, disciple regroupant « *l'ensemble des méthodes des statistiques et du « machine learning », la régression linéaire, la régression logistique, les arbres de décisions, les forêts aléatoires, les algorithmes de segmentation et l'ensemble des méthodes de visualisation des données pour concevoir de nouvelles applications* »⁶⁶. Cette nouvelle activité s'accompagne de l'émergence des « *datascientists* », experts chargés de valoriser ce capital informationnel.

Il est ainsi manifeste que la donnée peut être perçue tantôt comme une matière première, tantôt comme un produit de base, voire un produit fini⁶⁷. Plus encore, elle

59 GAFAM est l'acronyme utilisé pour désigner les entreprises les plus puissantes dans le secteur du numérique. Il s'agit de Google, Apple, Facebook, Amazon et Microsoft.

60 BATX est l'acronyme pour désigner les géants de la technologie chinoise apparus entre 1998 et 2010. Il s'agit de Baidu, Alibaba, Tencent et Xiaomi. V. MAZZUCCHI N., *Les BATX ; Champions de la donnée sous la coupe de Pékin*, La Géographie, 2021/1, n° 1580, p. 40-45

61 NATU est l'acronyme pour désigner Netflix, Airbnb, Tesla et Uber.

62 RIFKIN J., *op. cit.*, p. 48

63 V. par ex. Autorité de la concurrence, avis n° 18-A-03 du 6 mars 2018 portant sur l'exploitation des données dans le secteur de la publicité sur internet ; Autorité de la concurrence, décision n° 22-D-12 du 16 juin 2022 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité sur internet. Cependant une telle pratique doit respecter la législation sur les données à caractère personnel. V. par ex. CNIL, délib. n° SAN-2022-025, 29 décembre 2022 concernant la société APPLE DISTRIBUTION INTERNATIONAL, spéc. pt. 98

64 V. LYONS D., *The Buzz About Firefly*, The New York Times, 29 juin 1997, disponible [en ligne] : <https://archive.nytimes.com/www.nytimes.com/library/cyber/week/062997firefly.html> (consulté le 08/10/2024). V. ég. SHAPIRO A. L., *The Control Revolution : How the Internet is Putting Individuals in Charge and Changing the World We Know*, PublicAffairs (Perseus Books Group), 19 mai 2000, 306 p.

65 LESSIG L., *op. cit.*, p. 165

66 Administrateur général des données, *Rapport au Premier ministre sur la gouvernance de la donnée 2015 ; Les données au service de la transformation de l'action publique*, décembre 2015 p. 17 – V. ég. BEFFY M., CUDERC L. et PAPP A., *Data science : nouveaux leviers ou nouvelles sources d'inégalités ?*, Regards croisés sur l'Économie, 2018/2, n° 23, p. 149-155

67 V. en ce sens pour l'information : CATALA P., *Reconnaître des droits privatifs sur l'information, in L'appropriation de l'information* (sous-dir.), Litec, Paris, coll. Droit & Informatique, février 1986, p. 112

s'apparente de plus en plus à un moyen de production à part entière. Néanmoins, celle-ci n'est intéressante et nécessite protection que dans la mesure où elle a une incidence. Tel sera le cas, par exemple, des données statistiques qui ne seront intéressantes que si elles peuvent être utilisées dans le cadre de la commercialisation de produits ou de la prestation de services. De même, les données à caractère personnel sont protégées en raison de leur incidence sur la vie privée et l'autodétermination de la personne concernée.

Les avancées technologiques ont incontestablement engendré une nouvelle économie⁶⁸, fondamentalement axée sur les données, mais elles ont également donné naissance à de nouveaux risques. Parmi ceux-ci, le danger de l'« espionnage industriel » est prégnant, tout comme la menace de voir la vie privée des personnes physiques se réduire comme une peau de chagrin⁶⁹.

Dans notre société de l'information, les données participent incontestablement à l'« économie de l'information »⁷⁰, au point que l'information a acquis un rôle déterminant⁷¹ dans la compétitivité entre entreprises⁷². Nous assistons aujourd'hui à une

68 MANDELKERN D. et DU MARAIS B., *Diffusion des données publiques et révolution numérique : rapport*, La Documentation française, 1^{er} janvier 1999, p. 17 – V. ég. RIBAUT T., *Économie de l'information : approche patrimoniale*, (préf. CHAMBAUD S.), À jour, Paris, coll. Nouvelles technologies documentaires, 1993, p. 5 : constatant la marchandisation croissante de l'information et partant, l'avènement d'une « véritable industrie de l'information ».

69 V. en ce sens : RUBINSTEIN I. S., *Big Data : The End of Privacy or a New Beginning ?*, New York University School of Law, Public Law Research Paper 5 octobre 2012, n° 12 s'interrogeant sur la fin de la vie privée en raison du numérique.

70 Ce concept d'« économie de l'information » est apparu sous la plume de deux économistes américains, ORZA (OZGA S.A., *Imperfect Markets through Lack of Knowledge*, Quarterly Journal of Économies, février 1960, vol. 74, n° 1, p. 29-52) et de STIGLER (STIGLER, G. J., *The Économies of Information*, Journal of Political Economy, juin 1961, vol. LXIX, n° 3, p. 213-225), et a été popularisé notamment par les travaux de l'économiste autrichien MACHLUP (MACHLUP F., *The production and distribution of knowledge in the United States*, Princeton University Press, New Jersey, 1962, 444 p.) – V. RUBINSTEIN A., *Game Theory in Economics*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 1^{er} mars 1990, 680 p. ; V. GARCIA R., *La théorie économique de l'information : exposé synthétique de la littérature*, L'Actualité économique, Revue d'analyse économique, mars 1996, vol. 62, n° 1, p. 88-106 ; GOLDFINGER C. *op. cit.* p. 13

71 V. par ex. le discours de l'ancien Président des États-Unis d'Amérique, Bill CLINTON The White House, Office of the Press Secretary, *Remarks by the President at American University Centennial celebration*, 26 février 1993, p. 4, disponible [en ligne] : <https://clinton.presidentiallibraries.us/items/show/48437> (consulté le 14/10/2023) pour qui « And most important of all, information has become global and has become king of the global economy ». ; traduction personnelle : « Et puis surtout, l'information s'est mondialisée et est devenue le maître de l'économie mondiale »).

72 STIGLITZ J. E., WALSH C. E. et LAFAY J.D., *Principes d'économie moderne*, De Boeck, Bruxelles, 21 septembre 2007, 3^e éd., p. 13 ; EL HADDANI M., et BAULANT C., *Comment transformer l'information d'origine terrain en un levier de compétitivité des entreprises ?*, Revue internationale d'intelligence économique, 2018/1, vol. 10, p. 11-41 – V. ég. EL HADDANI M., BAULANT C., *La progression quantitative et qualitative de l'information grise dans le cycle de la compétitivité des entreprises*, Colloque international : Recherche et Pratiques en Marketing et Communication Kénitra/Maroc, 16 et 17 décembre 2016 ; LEMOINE P., *La nouvelle grammaire du succès : la transformation numérique de l'économie française – Rapport au gouvernement*, novembre 2014 : cet auteur fait référence à une étude de Roland BERGER dans laquelle il ressortait qu'un usage plus poussé du numérique pourrait doubler le taux de croissance des entreprises françaises.

« marchandisation » croissante de l'information et des données⁷³. Cette marchandisation, type spécifique de rapport social, signifie concrètement que l'information et la donnée sont désormais régies par les lois de l'offre et de la demande. La donnée n'est plus un simple vecteur de nouveaux services, elle est devenue un véritable produit, comparable à un brevet ou une marque. Partant, une analogie récurrente, bien que discutable⁷⁴, est établie entre les données et le pétrole⁷⁵, présentant la donnée comme le « pétrole du XXI^e siècle », la « *ressource la plus précieuse du monde* »⁷⁶.

Le cycle économique des données se présente comme une séquence comprenant des phases d'observation, de collecte, de production, de diffusion, d'acquisition, d'utilisation, de transformation⁷⁷. Chacune de ces étapes requiert un investissement significatif pour l'entreprise. Dans une perspective purement économique, le principe de la nullité du coût marginal ne s'applique pas aux données⁷⁸. En d'autres termes, chaque donnée génère un

73 V. RIBAUT T., *op. cit.*, p. 5 ; MAYÈRE A., *Information et système de productif : essai d'analyse économique des fonctions et valeur de l'information*, thèse de Sciences Économiques, Université de Lyon II, 1988 ; *Id.*, *Produits et services d'information : proposition de dépassement de la théorie standard de l'information*, in *La société informationnelle : enjeux sociaux et approches économiques*, MAYÈRE A. (sous-dir.), L'Hamattan, Paris, 1997, p. 125 ; MOWSHOWITZ A., *Le meilleur des marchés : marchandises informationnelles et changement de société*, in *La société informationnelle : enjeux sociaux et approches économiques*, MAYÈRE A. (sous-dir.), L'Hamattan, Paris, 1997, p. 39

74 L'analogie entre les données et le pétrole, souvent employée pour souligner la valeur croissante des données numériques, se révèle, à un examen plus approfondi, limitée et potentiellement trompeuse. Bien qu'elle puisse servir à illustrer de manière succincte l'importance économique des données à l'ère numérique, elle tend à occulter des distinctions fondamentales entre ces deux ressources. La principale divergence réside dans leur nature. Le pétrole, en tant que ressource naturelle, est par définition non renouvelable et fini. Sa valeur est intrinsèquement liée à sa rareté et aux coûts d'extraction et de transformation. Ainsi, chaque baril consommé est un baril de moins dans les réserves mondiales. Les données, en revanche, ne sont pas soumises aux mêmes contraintes de finitude. Elles sont reproductibles à l'infini, peuvent être utilisées simultanément par de multiples acteurs sans s'épuiser, et leur valeur peut même s'accroître par l'agrégation et l'analyse. De plus, les données ne sont pas « extraites » de la même manière que le pétrole ; elles sont plutôt générées, collectées, traitées et enrichies. Néanmoins, force est de reconnaître que, malgré ces différences structurelles, les données ont indubitablement acquis le statut d'actifs économiques d'une valeur considérable. Leur capacité à générer des informations, à optimiser les processus, à personnaliser les services et à stimuler l'innovation justifie pleinement l'attention croissante portée à leur collecte, leur gestion et leur valorisation. La nuance cruciale réside dans la compréhension que cette valeur ne découle pas de leur rareté physique, mais plutôt de leur potentiel transformateur et de leur capacité à créer de la connaissance et de nouveaux services.

75 V. par ex. COLLIN P. et COLIN N., *op. cit.*, p. 49 ; OECD, *Data-Driven Innovation : Big Data for Growth and Well-Being*, OECD Publishing, 6 octobre 2015 ; KROES N., *Data is the New Gold*, Press Conference on Open Data Strategy Opening Remarks, Bruxelles, 12 décembre 2011, speech/11/872, disponible [en ligne] : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/en/speech_11_872/SPEECH_11_872_EN.pdf (consulté le 01/11/2023)

76 V. LÉVY M., *Sortez vos données du frigo. Une entreprise performante avec la Data et l'IA*, Dunod, 3 février 2021, 304 p., spéc. p. 24 et s. ; The Economist, *The World's Most Valuable Resource is No Longer Oil, but Data*, Londres, 6 mai 2017

77 L'hypothèse de transformation d'une donnée vise un enrichissement par l'adjonction d'autres informations.

78 V. RIBAUT T., *L'économie de l'information en quête d'un nouveau paradigme*, Politiques et management public, 1994, vol. 12, n° 1, spéc. p. 37 :

coût⁷⁹, même si son coût de production est indépendant de l'étendue de son utilisation⁸⁰. La valeur que les données et leur exploitation représentent pour les entreprises est en constante augmentation⁸¹. Cette valeur est de surcroît cumulative en ce que l'acquisition d'une donnée influence la valeur des éléments informationnels subséquents. Ainsi, l'utilisation des données a généré des revenus mondiaux de 100 millions d'euros en 2009, pour atteindre 42 milliards d'euros en 2018, avec des estimations dépassant les 100 milliards d'euros à l'horizon 2030⁸².

Cette croissance exponentielle explique l'intérêt accru des entreprises et des investisseurs à revendiquer une protection tout au long des différents cycles économiques des données. Cette protection vise à garantir une jouissance plus ou moins exclusive des données par leur détenteur. En pratique, le détenteur désire se réserver toutes les utilités de ses données. En effet, à l'instar de l'information, la donnée présente une hétérogénéité d'utilités. Ainsi, une donnée comptable peut servir à la production de marchandises, à la fixation des prix, voire à l'organisation interne de l'entreprise. De plus, suivant à la théorie des ressources⁸³, l'appropriation exclusive d'une information contribue à la création d'un avantage concurrentiel⁸⁴. Aussi, d'un point de vue strictement économique, les données numériques sont devenues de véritables objets d'un commerce immatériel, qui tend à surpasser en importance le commerce des produits physiques. Néanmoins, comme l'avait estimé à juste titre la Professeure Marie-Anne FRISON-ROCHE, l'économie ne doit pas prendre le pas sur le Droit, ni l'inverse⁸⁵.

79 V. en ce sens : HIRSHLEIFER J., *Where Are We in the Theory of Information ?*, mai 1973, n° 2, vol. 63, Papers and Proceedings of the Eighty-fifth Annual Meeting of the American Economic Association, p. 31-39 cité par MAYÈRE A., *Produits et services d'information : proposition de dépassement de la théorie standard de l'information*, in *La société informationnelle : enjeux sociaux et approches économiques*, MAYÈRE A. (sous-dir.), L'Hamattan, Paris, 1997, p. 133

80 Pour reprendre l'observation faite pour l'information par l'économiste LAMBERTON (LAMBERTON D., *Pour une taxonomie de l'information*, in *La société informationnelle : enjeux sociaux et approches économiques*, MAYÈRE A. (sous-dir.), L'Hamattan, Paris, 1997, p. 73)

81 V. l'exposé des motifs de la proposition de directive du Conseil concerne la protection juridique des bases de données, 1993 Com. (93) 464. Final. Syn. 393 : « *L'information technique, juridique, commerciale et financière est une ressource de haute valeur qui est vendue à des prix élevés par des entreprises spécialisées.* » (2.1.1)

82 BOURANY T., *Les 5V du big data*, Regards croisés sur l'Économie, 2018/2, n° 23, p. 27-31

83 PENROSE E., *The Theory of the Growth of the Firm*, Wiley, New York, 1959 ; WERNERFELT B., *A resource-based view of the firm*, Strategic Management Journal, 1984, vol. 5, p. 171-180 ; BARNEY J. B., *Firm resources and sustained competitive advantage*, Journal of Management, 1991, vol. 17, n° 1, p. 99-120 ; PRÉVOT F. BRULHART F. GUIEU G. et al., *Perspectives fondées sur les ressources. Proposition de synthèse*, Revue française de gestion 2010/5, n° 204, p. 87-103

84 EL HADDANI M., et BAULANT C., *Comment transformer l'information d'origine terrain en un levier de compétitivité des entreprises ?*, Revue internationale d'intelligence économique, 2018/1, vol. 10, p. 11-41 ; CONNER K. R. et PRAHALAD C. K., *A resource-based theory of the firm : knowledge versus opportunism*, Organization Science, 1996, vol. 7, n° 5, p. 477-501 ; SPENDER J.-C., et GRANT R.M., *Knowledge and the firm : overview*, Strategic Management Journal, 1996, vol. 17, p. 5-9.

85 FRISON-ROCHE M.-A., *L'interférence entre les propriétés intellectuelles et les droits des marchés, perspective de régulation*, in *Droit et économie de la propriété intellectuelle* (sous-dir. Marie-Anne Frison-Roche et Alexandra Abello) L.G.D.J., Paris, coll. Droit & économie, 14 juin 2005, p. 16

Il convient enfin de souligner que les données constituent des intrants essentiels pour les nouvelles technologies fondées sur les données massives, à l'instar de l'intelligence artificielle.

6. Les données massives et l'intelligence artificielle – La « révolution numérique » a connu une amplification spectaculaire depuis le début des années 2000⁸⁶, marquée par une massification sans précédent de la collecte des données et une diversification exponentielle de leurs usages. Ce phénomène, plus largement connu sous l'appellation anglo-saxonne de « *Big Data* »⁸⁷, se caractérise traditionnellement par ce que nous nommons la règle des « trois V » : un volume croissant⁸⁸, une vélocité accrue de production et de traitement⁸⁹, et une variété hétérogène des données numériques en circulation. Récemment, se sont ajoutés deux « V » supplémentaires : la valeur, soulignant la capacité intrinsèque des données à générer des profits, et la véracité, insistant sur la nécessité de leur précision et fiabilité⁹⁰.

Le phénomène du *Big Data* transcende désormais les frontières sectorielles, affectant aussi bien le secteur privé que le secteur public. Cette expansion est amplifiée par le mouvement généralisé de dématérialisation⁹¹, qui contribue corrélativement à l'accroissement continu de la quantité de données présentes dans l'environnement numérique. Cette dynamique soulève une interrogation. Notre société ne se dirige-t-elle pas vers une

86 CIURIK D., *The Data-Driven Economy Raises New Challenges for Global Governance*, Centre for International Governance Innovation, disponible [en ligne] : <https://www.cigionline.org/articles/the-data-driven-economy-raises-new-challenges-for-global-governance/> (consulté le 24/09/2023) : pour qui, le phénomène des données massives est principalement dû à trois progrès technologiques apparu au cours de la fin des années 2000 qui sont l'apprentissage en profondeur ou « *deep learning* » qui est un procédé d'apprentissage automatique utilisant des réseaux de neurones, la mise sur le marché de téléphones intelligents et enfin, l'application des unités de traitement graphique (GPU) améliorant le traitement des données. Ces technologies ont permis d'une part, une augmentation de la quantité de données à collecter et d'autre part, une utilisation d'outils pour exploiter ces données.

87 MAYER-SCHONBERGER V. et CUKIER K., *Big data, A Revolution That Will Transform How We Live, Work and Think*, Eamon Dolan / Houghton Mifflin Harcourt, London, 5 mars 2013, 256 p. ; COINTOT J.-C., et EYCHENNE Y., *La Révolution Big Data ; Les données au cœur de la transformation de l'entreprise*, Dunod, Paris, coll. Stratégie et management, septembre 2014, 240 p. ; VARIAN H. R., *Big data : New tricks for econometrics*, Journal of Economic Perspectives, printemps 2014, vol. 28, n° 2, p. 3-28

88 Ainsi, à titre d'exemple, en 2014, Facebook collectait 10 millions de nouvelles photos chaque heure, et le nombre de messages échangés sur Twitter avait atteint 400 millions par jour (CHAMARET C., *La révolution big data*, Annales des Mines – Gérer et comprendre, 2014/2, n° 116, p.94-96).

89 La vitesse de création, de collecte et de transmission des données s'est accrue et cela, en raison des nouvelles technologies de communication. À titre d'illustration, dans le domaine publicitaire, les publicités à destination des internautes sont décidées en moins de dix millisecondes à la suite de l'analyse des données transmises par l'utilisateur (BOURANY T., *Les 5V du big data*, Regards croisés sur l'Économie, 2018/2, n° 23, p. 27-31).

90 *Loc. cit.*

91 V. par ex. GOLDFINGER C. *op. cit.*, p. 157 et s. ; GERMAIN M., *Sociologie de la dématérialisation*, Arch. phil. Droit, 1997, n° 42, p. 105 et s. ; LEMOINE P., *op. cit.* ; PUGLIA E., *Logistique de la « dématérialisation »*, Multitudes, 2018/4, n° 73, p. 114-122 ; CHARBONNEL D., *Quels enjeux pour la dématérialisation de l'accès aux services publics ?*, La lettre juridique, janvier 2023

« *datafication* »⁹² ? La *datafication* se définit comme le processus consistant à « *recueillir tout et n'importe quelle information [...] et de les transformer en données pour les quantifier* »⁹³, impliquant une transformation profonde de nos interactions et de notre perception du monde en entités mesurables et analysables.

Par ailleurs, ces données numériques constituent le substrat essentiel de l'intelligence artificielle connue sous l'acronyme d'IA. Bien que la genèse de l'intelligence artificielle remonte à la conférence *Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence* en 1956⁹⁴, il n'existe pas, à l'heure actuelle, de définition universelle et unanimement acceptée de ce terme. Cependant, l'intelligence artificielle désigne couramment tout « *procédé logique et automatisé reposant généralement sur un algorithme et en mesure de réaliser des tâches bien définies* »⁹⁵. Le règlement sur l'intelligence artificielle propose une définition plus circonstanciée, décrivant l'IA comme « *un système automatisé qui est conçu pour fonctionner à différents niveaux d'autonomie et peut faire preuve d'une capacité d'adaptation après son déploiement, et qui, pour des objectifs explicites ou implicites, déduit, à partir des entrées qu'il reçoit, la manière de générer des sorties telles que des prédictions, du contenu, des recommandations ou des décisions qui peuvent influencer les environnements physiques ou virtuels* »⁹⁶. En somme, l'intelligence artificielle représente le procédé le plus avancé de traitement de l'information.

Les algorithmes d'intelligence artificielle dépendent des données pour extraire des constats et formuler des conclusions. Pour se développer et apprendre, l'intelligence artificielle doit être « *nourrie* »⁹⁷ de données numériques, qui agissent comme des ressources d'apprentissage vitales. Elle est donc largement « *tributaire de contenus et de larges volumes*

92 IBEKWE-SANJUAN F., *Vers la datafication de la société ?* in Transition digitale, handicaps et travail social (sous-dir Vincent Meyer), LEH Editions, 2017, p.31-49

93 CUKIER K. et MAYER-SCHÖNBERGER V., *Big Data – La révolution des données est en marche*, Robert Laffont, Paris, 2014, p. 25

94 CARTHY J. Mc, MINSKY M. L., ROCHESTER N. et SHANNON C. E., *A proposal for the Dartmouth summer research project on artificial intelligence*, 31 août 1955, disponible [en ligne] : <http://jmc.stanford.edu/articles/dartmouth/dartmouth.pdf> (consulté le 12/12/2023) – V. ég. BINCTIN N., *L'influence de l'intelligence artificielle sur les mécanismes de la propriété intellectuelle*, in Penser le droit de la pensée, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, Paris, septembre 2020, p. 40-72

95 CNIL, *Glossaire de l'intelligence artificielle*, disponible [en ligne] : <https://www.cnil.fr/fr/intelligence-artificielle/glossaire-ia> (consulté le 11/12/2023)

96 Art. 3.1) du règlement (UE) 2024/1689 du 13 juin 2024 établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle et modifiant les règlements (CE) n° 300/2008, (UE) n° 167/2013, (UE) n° 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 et (UE) 2019/2144 et les directives 2014/90/UE, (UE) 2016/797 et (UE) 2020/1828 (règlement sur l'intelligence artificielle)

97 Pour reprendre l'expression utilisée par Madame Béatrice DELMAS-LINEL et Monsieur Grégoire DUMAS (DELMAS-LINEL B. et DUMAS G., *L'impact du RGPD sur les innovations en matière d'IA*, in Le Big Data et le droit, sous-dir. F. G'ssell, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, février 2020, p. 208).

de données existant au préalable »⁹⁸. Pour reprendre l'image employée par Professeur Nicolas BINCTIN, le *Big Data* ne serait pas le carburant, mais bien « *la ressource primaire de l'intelligence artificielle* »⁹⁹. De ce fait, l'intelligence artificielle est favorisée par le phénomène du *Big Data*. Son utilisation est désormais courante dans une multitude de secteurs, allant de la construction à l'agroalimentaire, en passant par le diagnostic médical, la traduction automatique et les services à la clientèle. Ainsi, nous pouvons utiliser, par exemple, « (1) des données satellitaires pour prévoir la croissance de la construction, (2) des données de cartes bleues pour analyser l'évolution de la consommation, (3) des données textuelles sur les réseaux sociaux pour mesurer la confiance des ménages, (4) des données de prix sur les sites marchands pour mesurer l'inflation, (5) des données de recherches sur Google pour prévoir le chômage... »¹⁰⁰. Par conséquent, l'exploitation des données accumulées, grâce à l'intelligence artificielle, peut conduire à la « création » de nouvelles données, dites enrichies¹⁰¹ ou « métadonnées »¹⁰².

Le phénomène des données massives et l'intelligence artificielle forment finalement une dyade puissante qui participe activement à « *l'informationnalisation* » de la société, c'est-à-dire de la circulation croissante et accélérée des flux d'information »¹⁰³. L'accès aux données est, donc, devenu un facteur de plus en plus crucial pour la prise de décision, et a également « révolutionné »¹⁰⁴ la manière dont la recherche est menée. Pour étayer ce point, nous pouvons faire référence au secteur de la santé avec l'exemple du cabinet *La Mètis*, qui, en collaboration avec l'Administrateur général des données, a analysé un vaste ensemble de données relatives à la prise en charge du cancer de la prostate entre 1980 et 2014. Cet ensemble de données était issu de la bibliothèque américaine de médecine (*Pubmed*),

98 Parlement européen, *Résolution du Parlement européen du 20 octobre 2020 sur les droits de propriété intellectuelle pour le développement des technologies liées à l'intelligence artificielle (2020/2015(INI), P9_TA(2020)0277*, p. K. V. ég. : NILLSON N. J., *The Quest for Artificial Intelligence, A History of Ideas and Achievements*, Cambridge University Press, 2010, p. 533, spéc. chapter 30 Natural Language and Natural Scenes. ; VILLANI C., SCHOENAUER M., BONNET Y., et al, *Donner un sens à l'intelligence artificielle : pour une stratégie nationale et européenne*, 28 mars 2008, p. 14 ; CSPLA, BENSAMOUN A., et FARCHY J., *Rapport de la mission ; Mission intelligence artificielle et culture*, 27 janvier 2020, p. 5

99 BINCTIN N., *op. cit.*, p. 46

100 RENAULT T., *Données massives et recherche en économie : une (r)évolution ?*, Regards croisés sur l'Économie, 2018/2, n° 23, p. 34 – V dans le même sens : LE DÉAUT J.-Y., LE DAIN A.-M., et SIDO B., *Rapport sur la place du traitement massif (Big Data) dans l'agriculture : situation et perspectives*, Assemblée nationale, n° 2969, Quatorzième législature, 9 juillet 2015

101 Nous pouvons citer à titre d'exemple les données générées par des algorithmes d'intelligence artificielle qui sont essentiellement des données produites à partir d'autres données.

102 Une métadonnée est une donnée qui fournit des renseignements sur ou autour d'une autre donnée.

103 BULLICH V., et CLAVIER V., *Production des données, « Production de la société »*. *Les Big Data et algorithmes au regard des Sciences de l'information et de la communication*, Les Enjeux de l'information et de la communication, 2018, vol. 19/2, n° 2, p. 5-14.

104 Pour reprendre l'expression utilisée par la DG Connect dans son rapport *A European strategy on the data value chain*.

librement accessible et réutilisable. Ces travaux¹⁰⁵ reposant sur une analyse sémantique puis mathématique de dizaines de milliers d'articles scientifiques, ont permis d'inférer des tendances en matière de pratiques médicales. Ils ont constitué un outil précieux pour les décideurs publics dans l'élaboration de leurs politiques d'investissements hospitaliers¹⁰⁶.

Au-delà des sphères économique et juridique, le *Big Data* soulève des questions philosophiques et épistémologiques profondes. L'exemple du cabinet *La Mètis* illustre ce basculement paradigmatique : nous passons d'un modèle de raisonnement fondé sur la causalité à un modèle orienté vers la corrélation¹⁰⁷. Pis, des craintes légitimes ont été soulevées quant au risque d'une « *dictature des algorithmes* », interrogeant les implications sociétales d'une dépendance accrue envers ces systèmes¹⁰⁸.

7. Les nouveaux risques liés à la « datafication ». – Le *Big Data* et l'intelligence artificielle sont des outils dont l'incidence sociale, positive ou négative, est tributaire du domaine d'activité concernée, des finalités poursuivies et des conséquences stratégiques induites par l'exploitation massive des données. Si ces technologies offrent des opportunités considérables, elles ne sauraient masquer les problématiques juridiques, économiques, morales et éthiques cruciales qu'elles soulèvent.

En sus des risques accrus d'atteinte à la vie privée des personnes physiques, notamment par le phénomène de ré-identification des données, des défis majeurs émergent sur le plan concurrentiel. Le traitement massif des données est devenu un élément fondamental dans les décisions stratégiques de nombreuses entreprises. Ainsi, un nombre croissant d'acteurs économiques adoptent ainsi des schémas opérationnels et des stratégies axées sur les données afin d'acquérir et de maintenir une supériorité concurrentielle. Cette orientation stratégique, couplée à la multiplication des opérations de fusion-acquisition dans le secteur numérique, confronte de plus en plus les autorités de la concurrence et les juges à la nécessité d'évaluer les conséquences du *Big Data* sur les marchés.

105 CHARLOT P., *Cancer et la prostate : 30 ans d'innovation, et après ?*, disponible [en ligne] : <https://www.data.gouv.fr/fr/reuses/cancer-de-la-prostate-30-ans-dinnovation-et-apres/> (consulté le 24/09/2023)

106 Administrateur général des données, *Rapport au Premier ministre sur la gouvernance de la donnée 2015 ; Les données au service de la transformation de l'action publique*, décembre 2015 p. 19

107 SUCCI S. et COVENEY P. V., *Big data : the end of the scientific method ?*, Philosophical Transactions of the Royal Society A : Mathematical, Physical and Engineering Sciences, 18 février 2019, disponible [en ligne] : <https://royalsocietypublishing.org/doi/10.1098/rsta.2018.0145> (consulté le 19/11/2023) ; ANDERSON C., *The End of Theory: The Data Deluge Makes the Scientific Method Obsolete*, Wired, 23 juin 2008, disponible [en ligne] : <https://www.wired.com/2008/06/pb-theory/> (consulté le 19/11/2023)

108 V. par ex. BERNATCHEZ S., *De la démocratie par le droit à la dictature des algorithmes ? La théorie juridique à l'ère cybernétique*, Lex Electronica, 2020, vol. 25, n°3, p. 10 et s.

Il existe effectivement des dangers liés à ces pratiques. L'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a, par exemple, souligné que l'un des risques inhérents à l'économie du *Big Data* réside dans sa capacité à engendrer une concentration et une domination du marché¹⁰⁹. La question des incidences des pratiques fondées sur les données commence à retenir l'attention des autorités de la concurrence. L'affaire opposant la *Federal Trade Commission* (FTC) à la société *Meta*, anciennement *Facebook*, en est une illustration éloquent¹¹⁰. La FTC reproche à *Meta* d'avoir abusé de sa position dominante sur le marché des réseaux sociaux personnels. Au cœur de ce litige se trouvent les acquisitions stratégiques d'*Instagram*, pour un milliard de dollars en 2012, et de *WhatsApp*, pour 19 milliards de dollars en 2014. L'argument de l'autorité américaine est que *Meta* a procédé à ces rachats non pas pour stimuler la concurrence, mais dans le but délibéré de neutraliser toute menace potentielle à sa position dominante. La FTC soutient, par ailleurs, que ces acquisitions ont nui à l'innovation et ont limité le choix des consommateurs et des annonceurs. L'enjeu principal pour la FTC dans ce litige est de contraindre *Meta* à une réorganisation structurelle, potentiellement par la cession d'*Instagram* et de *WhatsApp*, dans le but explicite de restaurer un environnement concurrentiel sain sur le marché. Le dénouement de cette affaire est susceptible d'avoir une incidence considérable non seulement sur *Meta*, mais aussi sur la façon dont les autorités de la concurrence à l'échelle mondiale appréhenderont les opérations de fusion-acquisition dans le secteur numérique à l'avenir.

Parallèlement au *Big Data*, l'intelligence artificielle, qui s'est immiscée dans tous les aspects de notre quotidien, représente aujourd'hui un défi de taille sur les plans économique¹¹¹, politique, culturel et juridique, et soulève également des inquiétudes chez les autorités de régulation. Ainsi, par exemple, ce procédé est en mesure de produire avec une certaine autonomie des créations telles que des peintures, de la musique voire des articles de presse. En 2022, le premier prix d'un concours d'Art du Colorado dans la catégorie « art numérique » a été décerné pour une œuvre dénommée *Théâtre d'opéra spatial* qui avait été « réalisée », « produite », par une intelligence artificielle appelée *Midjourney*. Bien avant cela, en 2016, le tableau « *the Next Rembrandt* » avait été réalisé par un logiciel à l'aide d'une base

109 OECD, *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being*, OECD Publishing, Paris, 2015, p. 54

110 V. *Fédéral Trade Commission, Facebook, Inc., FTC v. (FTC v. Meta Platforms, Inc.)*, 15 avril 2025, disponible [en ligne] : <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/191-0134-facebook-inc-ftc-v-ftc-v-meta-platforms-inc> (consulté le 16/04/2025) ; GODOY J., *Meta's Zuckerberg disputes US antitrust case in trial testimony*, Reuters, 15 avril 2025, disponible [en ligne] : <https://www.reuters.com/sustainability/boards-policy-regulation/facebook-owner-meta-faces-existential-threat-trial-over-instagram-whatsapp-2025-04-14/> (consulté le 16/04/2025)

111 V. par ex. WILSON H. J., et DAUGHERTY P. R., *Collaborative Intelligence : Humans and AI Are Joining Forces*, Harvard Business Review, juillet/août 2018, p. 114-123 : selon ces auteurs, les entreprises réalisent les améliorations de performance les plus significatives dans le cadre d'une intelligence collaborative.

de données composée de plus de 346 toiles de l'illustre peintre hollandais REMBRANDT¹¹². Face à ces exemples, une interrogation s'est naturellement posée concernant le régime juridique à appliquer aux « créations » et aux « produits » issus de l'intelligence artificielle. En matière de droit d'auteur, des parlementaires ont déposé le 12 septembre 2023 à l'Assemblée nationale, une proposition de loi visant à encadrer l'intelligence artificielle¹¹³. L'objectif affiché par cette proposition est clair ; protéger impérativement les auteurs et artistes¹¹⁴. Afin d'éviter que des œuvres ne soient utilisées par l'intelligence artificielle sans le consentement des auteurs ou des ayants droit, l'article 1^{er} de la proposition envisage de compléter l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle en imposant, dans une telle hypothèse, l'autorisation de ces derniers. Concrètement, cette modification signifierait qu'il serait interdit d'intégrer des œuvres protégées par le droit d'auteur dans un système d'intelligence artificielle sans l'accord préalable des auteurs ou des ayants droit¹¹⁵. Malgré la simplicité apparente de la proposition de loi du 12 septembre 2023, celle-ci ne résout pour toutes les difficultés liées à l'usage de l'intelligence artificielle¹¹⁶. Pour le Professeur Jean-Michel BRUGUIÈRE, cette proposition « *élaborée dans la précipitation* » est vouée à « *rejoindre le cimetière des projets de textes avortés* »¹¹⁷.

112 YANISKY-RAVID S., *Generating Rembrandt : Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability in the 3A Era : The Human-like Authors Are Already Here : A New Model*, Mich. St. L. Rev. 2017, 659

113 Assemblée nationale, *Proposition de loi visant à encadrer l'intelligence artificielle par le droit d'auteur*, Seizième législature, n° 1630, 12 septembre 2023

114 Cette logique se retrouve au niveau du Parlement européen : v. Parlement européen, *Résolution du Parlement européen du 20 octobre 2020 sur les droits de propriété intellectuelle pour le développement des technologies liées à l'intelligence artificielle (2020/2015(INI))*, P9_TA(2020)0277, p. D considérant que « les technologies de l'IA peuvent rendre difficiles la traçabilité des DPI et leur application aux produits de l'IA, ce qui empêche une rémunération équitable des créateurs humains dont le travail original est utilisé pour alimenter ces technologies » (Parlement européen, *Résolution du Parlement européen du 20 octobre 2020 sur les droits de propriété intellectuelle pour le développement des technologies liées à l'intelligence artificielle (2020/2015(INI))*, P9_TA(2020)0277, p. D).

115 Néanmoins, dans son arrêt en date du 29 juillet 2019 (CJUE, gr. ch., 29 juillet 2019, aff. C-476/17, *Pelham GmbH, Moses Pelham, Martin Haas c. Ralf Hütter, Florian Schneider-Esleben*), la Cour de justice de l'Union européenne a estimé, en matière de phonogramme que « lorsqu'un utilisateur, dans l'exercice de la liberté des arts, prélève un échantillon sonore sur un phonogramme, afin de l'utiliser, sous une forme modifiée et non reconnaissable à l'écoute, dans une nouvelle œuvre, il y a lieu de considérer qu'une telle utilisation ne constitue pas une « reproduction », au sens de l'article 2, sous c), de la directive 2001/29 ». Partant, par un raisonnement analogue, il est possible de soutenir qu'une utilisation d'« échantillons » d'œuvres par l'IA dans le but de créer une nouvelle œuvre ne soit considérée comme une reproduction au sens du droit européen (v. en droit des États-Unis d'Amérique : Northern district of California, Order on motion to dismiss and strike, *Sarah Andersen et al., v. Stability AI LTD. Et al*, Case No. 23-cv-00201-WHO).

116 La proposition du 12 septembre 2023 aborde également la question de la titularité des œuvres produites par l'IA (v. art. 2 de la proposition). Cependant, pour pouvoir s'interroger sur la titularité des droits, encore faut-il être en présence d'une œuvre au sens du droit d'auteur. Il est, en pratique, difficile, voire impossible, de déceler l'empreinte d'une quelconque personnalité dans les œuvres générées par l'IA.

117 BRUGUIÈRE J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, Prop. intell., janvier 2024, n° 90, p. 35

8. **Du débat de l'appropriation de l'information à celui de l'accès.** – Les données s'inscrivent dans le marché de l'information dont la dimension informatique a largement contribué à son émergence¹¹⁸. Néanmoins, l'exploitation des données précède largement l'avènement de l'informatique. En effet, des civilisations antiques, telles que la Mésopotamie, attestaient déjà de la gestion de vastes ensembles de données, comme en témoignent les tablettes d'argile du IV^e millénaire avant notre ère, utilisées pour des opérations comptables¹¹⁹. De nos jours, les données ont transcendé leur simple statut d'information brute pour devenir un pilier fondamental de l'économie moderne, se positionnant simultanément comme un « *facteur de production, un produit de consommable, et une variable économique* »¹²⁰. Aussi, ce changement a engendré une tension autour de leur appropriation, Comme l'avait justement souligné le Professeur Alain STROWEL, « *tout le monde semble assez gourmand quand on évoque le partage de données (des autres !) et assez avare quant à ses propres données* »¹²¹.

Le débat sur l'« appropriation » de l'information n'est pas un phénomène récent ; il a connu une résurgence significative dans les années soixante¹²². La doctrine juridique s'est alors efforcée de circonscrire les informations susceptibles d'appropriation¹²³. Initialement

118 GAUDRAT P., *La commercialisation des données publiques*, La Documentation française, 1992 p. 7

119 CUKIER K. et MAYER-SCHÖNBERGER V., *op. cit.*, p. 34 – V. ég. DROESBEKE J.-J. et VERMANDELE C., *Histoire(s) de(s) données numériques*, EDP sciences, coll. Le monde des données, février 2018, 224 p., spéc. p. 36 et s.

120 GOLDFINGER C. *op. cit.*, p. 10

121 RIXHON P. et STROWEL A., *Associer et articuler le droit et les technologies ; Pour une bonne gouvernance des marchés numériques de la création*, Propriété intellectuelle, octobre 2021, n° 81, p. 61

122 Cela correspond à la période où, en économie, l'information a été analysée comme un bien économique à la suite de la remise en cause du modèle néoclassique. V. en ce sens : SAKALAKI M. et THÉPAUT Y., *La valeur de l'information. Évaluation des biens informationnels versus biens matériels*, Questions de communication, 2005/2, n° 8).

123 BRUGUIÈRE J.-M., *Introduction*, in *L'émergence d'un droit des données*, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, 7 décembre 2023, p. 7, n° 16 : pour qui le débat de l'appropriation de l'information est un « vieux serpent de mer ». – V. notamment LECLERCQ, P., *Essai sur le statut juridique des informations*, in *Les flux transfrontières de données : vers une économie internationale de l'information ?* (sous-dir. Alain Madec), La Documentation française, Paris, 1982, p. 119 et s., CATALA P., *La « propriété » de l'information*, in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, Paris, 1985, p. 97 et s. ; CATALA P., *La propriété de l'information*, in *Mélanges P. Raynaud*, Paris, Dalloz, n° 29, 1985, p. 97 ; GALLOUX J.-C., *Ébauche d'une définition juridique de l'information*, D., 1^{er} septembre 1994, p. 229 ; CHAMOUX J.-P. (sous-dir.), *L'appropriation de l'information*, Litec, Paris, coll. Droit & Informatique, février 1986, 184 p. ; VIVANT M., *An 2000 : approprier l'information ?*, in *Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*, Paris, Litec, 1997, p. 651-665 ; CATALA P., *Ébauche d'une théorie juridique de l'information*, in *Le droit à l'épreuve du numérique*, Jus ex Machina, Paris, PUF, coll. « Droit, Éthique, Société », 1998, p. 224-244 ; DARAGON É., *Étude sur le statut juridique de l'information*, D., 12 février 1998, n° 7, p. 63 ; CATALA P., *L'immatériel et la propriété*, Arch. phil. dr., 1999, n° 43, p. 61-63 ; MALLET-POUJOL N., *Appropriation de l'information : l'éternelle chimère*, D., n° 38, 1997, p. 330 ; PASSAJI., *La propriété de l'information : un malentendu ?*, Dr. & Patr., 1^{er} mars 2001, n° 91, p. 64 et s. ; VIVANT M., *La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle*, Revue Internationale de Droit Économique, 2006, n° 4, t. XX, p. 361-388 ; HANCE O., *L'information et le droit : la question du statut juridique de l'information*, RLDI, 1 octobre 2011, n° 75, p. 66-75 ; JOUVE S., *La Code de la propriété intellectuelle comme fondement de l'appropriation de l'information par l'entreprise de communication ?*, Légicom, 10 janvier 2013, n° 49, p. 9 ; BINCTIN N., *Le statut juridique des informations non appropriées*, Légicom, 2013, vol. 49, n° 1, p. 29-40 ; CASTETS-RENNARD C., *La liberté contractuelle et la réservation de l'information des bases de données non protégées devant la CJUE*, RLDI, 1^{er} mars 2015, n° 113, p. 8-11 ; CARRE S., *Libre circulation des données, propriété*

circonscrit aux dépêches journalistiques, ce débat sous-tendait la préoccupation d'exclure les tiers de l'utilisation de certaines informations. Néanmoins, cette question de la « marchandisation » de l'information, et plus largement du savoir, remonte bien plus loin, à l'Antiquité grecque, avec le philosophe PLATON. À l'encontre des Sophistes, le maître d'ARISTOTE s'était, en effet, demandé si le savoir avait un prix et si les idées pouvaient être vendues. Cette interrogation platonicienne résonne avec une acuité particulière dans le contexte actuel de la « démocratisation des données »¹²⁴. La protection de ces dernières est devenue un enjeu majeur et cela, en raison des investissements considérables qu'implique leur création et leur gestion¹²⁵. Les données constituent désormais une valeur incorporelle essentielle pour de nombreux acteurs économiques. Dès 2015, le directeur général du « *Verband Deutscher Maschinen – und Anlagenbauer* », association des entreprises allemandes de construction de machines et d'installations, appelait déjà à l'établissement de règles européennes garantissant la protection des données d'entreprise stockées dans un nuage¹²⁶. En réponse à ces préoccupations, la Commission européenne a diligenté une étude préliminaire en 2016, abordant les problématiques liées à la propriété des données, à l'interopérabilité, à la (ré)utilisation et à l'accès, ainsi qu'à la responsabilité¹²⁷. En France, une réflexion similaire a été menée dans le cadre du projet de loi pour une République numérique, bien que circonscrite aux données à caractère personnel¹²⁸. Ce débat sur l'appropriation des données dépasse les frontières européennes. Ainsi, par exemple, la doctrine américaine demeurant partagée sur la reconnaissance d'un « droit de propriété » sur les données¹²⁹.

et droit à l'information : à propos du règlement (UE) 2018/1807 du 14 novembre 2018, Dalloz IP/IT, 16 avril 2020, n° 4, p. 228

124 HANCE O. P., *L'information et le droit : la question du statut juridique de l'information*, RLDI, 1^{er} octobre 2011, n° 75

125 Cela renvoie à la question de la protection de l'investissement – V. DÉPINOY A., *Investissement et propriété intellectuelle*, Thèse de doctorat, Lille, Droit, Université de Lille, 2021, 660 p. ; GRUNDELER G., *L'investissement (étude juridique)*, Thèse de doctorat, Marseille, Université d'Aix-Marseille, 2017, p. 516 ; MONELLI Y., *La protection de l'investissement*, Thèse de doctorat, Montpellier, Université Montpellier 1, 1996

126 Zeitschrift für Compliance, *Europas Kampf für mehr Sicherheit im Netz*, 17 avril 2015, disponible [en ligne] : https://www.compliancedigital.de/download/123620/zfc_201502.pdf (consulté le 01/11/2023)

127 Commission européenne, *Study on emerging issues of data ownership, interoperability, (re-)usability and access to data, and liability*, 2018, disponible [en ligne] : <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/74cca30c-4833-11e8-be1d-01aa75ed71a1/language-en> (consulté le 01/11/2023)

128 V. par ex. BELOT L., *Rapport sur le projet de loi pour une République numérique*, Assemblée nationale, Quatorzième législature, n° 3399, 15 janvier 2016, v. notamment p. 113-114 : Madame Axelle LEMAIRE, secrétaire d'État chargée du numérique indiquait que le Gouvernement a choisi de conférer aux données personnelles un caractère d'usage, et non un caractère propriétaire.

129 La notion de « propriété » en *Common Law* n'est pas identique à celle du droit français et plus largement de la *Civil Law*. – V. en faveur de la reconnaissance d'un droit de propriété : SCHWARTZ P. M., *Property, Privacy, and Personal Data*, Harvard Law Review, mai 2004, n° 7, vol. 117, p. 2056-2128 ; LESSIG L. *The Architecture of Privacy*, Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law, 1999, vol. 1, issue 1, p. 56-65. V. contre : DETERMANN L., *No one owns data*, UC Hastings Research Paper, 14 février 2018, n°. 265 : écartant cette possibilité au profit d'une protection indirecte par le biais de l'action en concurrence

Plus récemment, le débat s'est orienté, non plus tant sur l'existence ou la nécessité d'un droit de propriété sur les données, mais plutôt sur la question de leur accès¹³⁰. Cette réorientation du débat s'explique avant tout par le fait que l'Internet a inauguré une « *nouvelle économie de « l'accès »* »¹³¹, contribuant ainsi à l'économie des réseaux¹³². Partant, nous sommes entrés dans ce qu'il est possible d'appeler l'« *âge de l'accès* »¹³³. L'économiste américain Jeremy RIFKIN soutient que, plutôt que d'échanger des biens, les entreprises cherchent désormais à contrôler et à réguler l'accès à ces derniers¹³⁴. Ainsi, au lieu d'avoir un accès permanent aux données, celui-ci est limité dans le temps. Le bénéficiaire de l'accès ne pourra utiliser les données que dans un laps de temps déterminé par leur détenteur

Face à cette volonté de réserver les données ou, à tout le moins, d'en restreindre l'accès, il est crucial de ne pas occulter la nécessité impérieuse de permettre la circulation de l'information, des données. Dans l'approche d'une économie néoclassique, la libre circulation de l'information constitue une « *condition nécessaire à la constitution et au bon fonctionnement du marché* »¹³⁵. À cet argument purement économique s'ajoute une raison sociale fondamentale : l'enrichissement du savoir. Dès lors, une tension paraît entre la volonté de garder par-devers soi une information, une donnée et sa libre circulation¹³⁶. Cette tension a conduit, dans les années 1990, à l'émergence du concept de « *droit de la communication* »¹³⁷.

déloyale.

130 DREXL J., HILTY R. M., DESAUNETTES L. et *al.*, *Ausschließlichkeits – und Zugangsrechte an Daten*, Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb, 16 août 2016, disponible [en ligne] : https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/MPI-Stellungnahme_Daten_2016_08_16_final.pdf (consulté le 01/12/2023)

131 OMMELEN M., *Das Paradoxon der Wissensgesellschaft : freier Informationszugang für alle in Fallstudie zur Ethik in Wissenschaft, Wirtschaft, Technik und Gesellschaft*, KIT Scientific Publishing, Karlsruhe, 2011, p. 261

132 V. notamment CURIEN N., *Économie des réseaux*, La Découverte, Paris, coll. Repères, 2005, 128 p. ; BARBIÉ O., *Qu'est-ce que l'économie des réseaux*, *Economia*, 2011, n° 1, p. 119-127

133 RIFKIN J., *L'âge de l'accès. La révolution de la nouvelle économie*, La Découverte éd., Paris, 31 août 2000, 380 p.

134 La thèse avancée par l'économiste américain Jeremy RIFKIN ne doit, toutefois, pas faire oublier que ce sont les titulaires de droits de propriété qui organisent l'offre d'accès. Partant, il ne convient pas de substituer purement et simplement la logique de l'accès à celle dite traditionnelle de la propriété (v. en ce sens : VIVANT M. et MAFFRE-BAUGÉ A., *Internet et la propriété intellectuelle : droit, l'information et les réseaux*, IFRI, coll. Les notes de l'IFRI, 15 juin 2002, p. 73)

135 RIBAUT T., *Économie de l'information : approche patrimoniale*, À jour, Paris, coll. Nouvelles technologies documentaires, 1993, p. 7 : afin d'illustrer son propos, l'auteur fait référence à la création en 1630 par Théophraste RENAUDOT de Bureau d'adresse qui a eu un effet d'impulsion de l'information sur ce marché. – V. ég. CORCOS A., et PANNEQUIN F., *Les asymétries d'information*, *Problèmes économiques*, février 2015, p. 58 : dès les années 1960, les économistes ont observé l'incidence de l'imperfection de l'information sur le marché. Cela peut conduire à ce que l'on appelle d'« *échecs de marché* » (ou encore connue sous l'appellation anglaise de « *market failures* »).

136 Par ex. v. FANO R. M., *On the Social Role of Computer Communications*, *Proceedings of the IEEE*, 1972, vol. 60, n° 11, p. 1249-1253 : ce chercheur au Massachusetts Institute of Technology (MIT) faisait part de ses craintes de voir l'accès aux ressources informatiques devenir de plus en plus centralisé au risque de porter préjudice à la démocratie.

137 DREYER E., *Un droit de la communication existe-t-il ?*, in *Études en l'honneur du Professeur Jérôme Huet*, L.G.D.J., Paris, 28 novembre 2017, p. 148, n° 2 : pour qui, le droit de la communication apparaît comme

Initialement, ce droit était circonscrit à l'échange d'informations facilité par les médias¹³⁸. Progressivement, son périmètre s'est élargi pour inclure toute transmission d'informations « *pouvant ponctuellement s'inscrire dans une logique d'échange mais pas toujours* »¹³⁹. Cependant, cette antinomie entre la rétention d'informations et la libre circulation préexistait bien avant l'avènement des nouvelles technologies de communication. Ainsi, pour illustrer cette tension, nous pouvons prendre l'exemple de l'algèbre, science qui s'est épanouie au cours du XVI^e siècle. Bien que cette science ait connu un essor considérable, stimulant la publication d'une quantité importante d'ouvrages, cet engouement eut, paradoxalement, pour inconvénient de freiner la publication des résultats. Les mathématiciens de l'époque étaient confrontés à un dilemme : publier leurs découvertes pour obtenir des honneurs publics mais aucun avantage financier, ou les garder secrètes pour les exploiter lors d'affrontements publics, gagnant ainsi renommée et gains financiers, tout en risquant la publication par un rival¹⁴⁰.

Cette tension entre l'accès et la réservation des données s'observe au sein de l'Union européenne. Le mouvement en faveur de la libre circulation des données s'appuie notamment sur le droit de la concurrence¹⁴¹ et sur l'ouverture des données publiques. L'acmé de cette volonté de favoriser la circulation des données au niveau européen est illustrée par le *Data Act*¹⁴². Cette réglementation vise concrètement à faciliter l'accès aux données d'utilisation issues de produits connectés ou de services connexes et cela, dans l'objectif d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur des données. Face à ce mouvement, une autre tendance vise à protéger les données et l'investissement qu'elles représentent, comme en témoignent la directive 96/9/CE concernant la protection juridique des bases de données, ou encore la directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires.

« *l'hériter légitime du droit de l'information* ». Bien qu'il s'agisse d'une discipline récente, celle-ci « *puise ses racines* » dans la célèbre loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

138 HUET J., *Éléments pour une définition du droit de la communication*, in *Clés pour le siècle*, Dalloz, Paris, 8 juin 2000, p. 483-491

139 DREYER E., *op. cit.*, p. 148, n° 1

140 RONAN C., *Histoire mondiale des sciences*, Seuil, Paris, 1988, p. 433 :

141 V. par ex. CJCE, 6 avril 1995, *Radio Telefís Éireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) contre Commission des Communautés européennes*, aff. jointes C-241/91 P et C-242/91 P ; obs. RTD com. 1995. 606, obs. FRANCON A., RTD eur. 1995, p. 835, obs. BONET G. ; RIDA 3/1995, p. 173 ; JCP 1995. I. 3883, obs. VIVANT M. – Règlement (UE) 2018/1807 du 14 novembre 2018 établissant un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union européenne, spéc. cons. 6, 7

142 Règlement (UE) 2023/2854 du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2023 concernant des règles harmonisées portant sur l'équité de l'accès aux données et de l'utilisation des données et modifiant le règlement (UE) 2017/2394 et la directive (UE) 2020/1828 (règlement sur les données) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JOUE L, 2023/2854, 22 décembre 2023

Il est néanmoins essentiel de reconnaître que le débat sur la réservation et l'accès aux données ne peut être confiné aux frontières de l'Union européenne. La révolution numérique, de par sa nature même, possède une dimension internationale qu'il convient d'intégrer pleinement dans toute analyse approfondie.

9. La gouvernance des données à l'épreuve de la dimension internationale du numérique – La révolution numérique transcende indubitablement les frontières étatiques et régionales pour s'affirmer comme un phénomène fondamentalement international. Cette interconnexion des économies nationales par le biais du numérique engendre une complexité juridique substantielle, notamment en ce qui concerne les questions de compétence juridictionnelle des autorités nationales et de lois applicables. L'« *éclatement géographique des entreprises numériques* »¹⁴³ rend particulièrement épineuse la détermination de la juridiction compétente et du droit applicable en cas de différend. Ainsi, par exemple, la jurisprudence française, en matière extra-contractuelle, s'appuie sur le critère de l'accessibilité du site internet pour apprécier la compétence du juge¹⁴⁴.

Dans ce contexte de mondialisation, l'observation de Maître Jean-Philippe ROBÉ selon laquelle « *dans une économie mondialisée, en face d'acteurs économiques « privés » puissants, il n'y a pas d'État ; il n'y a qu'un « système d'États » au sein duquel les États sont en concurrence* »¹⁴⁵ prend tout son sens. Cette situation engendre inévitablement des tensions entre les États qui cherchent à réguler et à encadrer l'environnement numérique et partant, les marchés numériques¹⁴⁶.

143 CHAIGNEAU A., *Propriété et souveraineté de l'internet : la maîtrise d'une infrastructure*, in Les biens numériques (Emmanuel Netter et Aurore Chaigneau sous-dir.) CEPRISCA, coll. Colloques, 2015, p. 26

144 V. par ex. en matière de contrefaçon, v. Cass. 1^{re} civ., 9 décembre 2003, n° 01-03.225 ; Cass. com., 23 juin 2021, n° 20-10.635 – CA Paris, Pôle 5, ch. 7, Ordonnance du 31 août 2012, n° RG 11/13233, *Google Ireland google France/ administration fiscale* : en l'espèce, par une ordonnance en date du 30 juin 2011, le juge des libertés et de détention du Tribunal de grande instance de Paris avait autorisé l'administration fiscale à effectuer des opérations de visite et de saisie dans les locaux de la société *Google France*. Lors de ces opérations certaines données saisies étaient hébergées sur des serveurs localisés à l'étranger mais accessible à partir d'un ordinateur se trouvant dans les locaux visités. La société *Google France* avait demandé l'annulation des opérations de visite et de saisie en raison de la violation des articles L 16 B du Livre des procédures fiscales, 6 et 8 de la Convention EDH. Les juges parisiens ont rejeté cette demande en considérant que « *toute donnée située sur un serveur même localisé à l'étranger accessible à partir d'un ordinateur se trouvant sur les lieux visités étant considéré comme étant détenue à l'adresse à laquelle se trouve cet ordinateur ; qu'il importe peu dès lors que des fichiers saisis se trouvaient sur des serveurs étrangers* ».

145 ROBÉ J.-P., *Dompter la propriété*, RED, 2022/1, n° 4, p. 194

146 V. par ex. CIURIAK D., *The Data-Driven Economy Raises New Challenges for Global Governance*, Centre for International Governance Innovation, disponible [en ligne] : <https://www.cigionline.org/articles/the-data-driven-economy-raises-new-challenges-for-global-governance/> (consulté le 24/09/2023) ; JACQUES P., PISANI-FERRY J. et TUBIANA L., *Gouvernance mondiale, Rapport du Conseil d'analyse économique*, La Documentation française, 1^{er} mars 2002 ; SCHILLER H I., *Les technologies de l'information sous influence : l'instauration d'une intergouvernabilité mondiale*, in La société informationnelle : enjeux sociaux et approches économiques, MAYÈRE A. (sous-dir.), L'Hamattan, Paris, 1997, p. 54 et s. ; CATTARUZZA A.,

De surcroît, en période de concurrence normative, qui implique une dynamique de marché au sein des droits nationaux¹⁴⁷, les Législateurs tendent à renforcer l'attractivité de leur système juridique. Dans cette optique, une législation nationale, pour être compétitive sur la scène internationale, doit offrir des avantages escomptés par les opérateurs économiques¹⁴⁸.

Malgré une déclaration d'indépendance du cyberspace¹⁴⁹ en 1996 par les pionniers de l'Internet, la notion de « *souveraineté numérique* »¹⁵⁰ a fait une apparition remarquée dans les débats contemporains. Par cette souveraineté numérique, l'État aspire à défendre ses intérêts économiques¹⁵¹, à protéger ses valeurs fondamentales et à garantir son autonomie dans l'espace numérique. Il s'agit, en somme, d'une affirmation de l'autorité étatique face à la nature transnationale du cyberspace.

Si le droit demeure fondamentalement l'affaire de l'État, le caractère immatériel et la dimension transfrontalière du numérique rend la question de l'harmonisation des droits un

Géopolitique des données numériques : pouvoir et conflits à l'heure du big data, Le Cavalier Bleu, Paris, 14 mars 2019, 208 p.

147 WARUSEL B. *Concurrence normative et stratégies juridiques : opportunités et limites d'une interaction complexe*, in A. MASSON (sous-dir.) *Les stratégies juridiques des entreprises*, Larcier, Bruxelles, 2009, p. 419-431 ; SALAH M., *La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux*, *Revue internationale de droit économique*, 2001/3, t. XV, p. 251-302 ; SEFTON-GREEN R. et USUNIER L. (sous-dir.), *La concurrence normative. Mythes et réalités*, Société de législation comparée éd., coll. Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris, vol 33, 4 février 2014, 298 p. ; LHUILIER G. *La concurrence normative transnationale*, *Revue internationale de droit économique*, 2018/3, t. XXXII, p. 251-267

148 V. en ce sens : SALAH M., *op. cit.*, p. 251-302

149 BARLOW J. P., *Déclaration d'indépendance du cyberspace*, in *Libres enfants du savoir numérique* (Florent Latrive et Olivier Blondeau sous-dir.), Éditions de l'Éclat, 28 mars 2000, p. 47-54

150 Par ex. le considérant 2 du règlement (UE) 2023/1781 du 13 septembre 2023 établissant un cadre de mesures pour renforcer l'écosystème européen des semi-conducteurs et modifiant le règlement (UE) 2021/694 précise que la réglementation des technologies des semi-conducteurs vise notamment à consolider la souveraineté numérique de l'Union européenne. – Ministère fédéral de l'Économie et de l'Énergie (BMWi), *Sortir ensemble de la crise plus forts. Pour une économie européenne compétitive, innovante et résiliente*, juin 2020, Berlin, spéc. p. 22, disponible [en ligne] : (consulté le 24/09/2023) : pour ces auteurs, il s'agit de « *transférer nos valeurs européennes à l'ère du numérique* » – VELLIET M., *Souveraineté numérique : politiques européennes, dilemmes américains*, Notes de l'Irfri, l'Institut français des relations internationales, janvier 2023, disponible [en ligne] : https://www.ifri.org/sites/default/files/atoms/files/velliet_souverainete_numerique_janv2023.pdf (consulté le 24/09/2023) : selon Madame Mathilde VELLIET, cette souveraineté numérique européenne se traduirait par la capacité de l'Union européenne à agir de façon indépendante dans le monde numérique. – PANNIER A., *Souveraineté numérique : Bilan du quinquennat et propositions des candidats à la présidentielle 2022*, Briefings de l'Ifri, l'Institut français des relations internationales, 15 mars 2022, disponible [en ligne] : https://www.ifri.org/sites/default/files/atoms/files/pannier_souverainete_numerique_2022.pdf (consulté le 24/09/2023) ; V. KOHLHAUER E., *La politique des données : regard critique sur la souveraineté numérique européenne*, *Revue de l'Union européenne*, 2023, p. 354 et s. ; CATTARUZZA A., *Géopolitique des données numériques : pouvoir et conflits à l'heure du big data*, Le Cavalier Bleu, Paris, 14 mars 2019, 208 p.

151 V. par ex. Conseil, *Résolution du 21 novembre 1996 sur les nouvelles priorités politiques concernant la société de l'information*, JOCE, 12 décembre 1996, n° C 376 p. 1 et s. : indiquant qu'« *un développement rapide et cohérent de la société de l'information est capital pour la compétitivité et l'emploi en Europe* ». – V. ég. Conseil, *Décision du 25 janvier 1999 arrêtant un programme spécifique de recherche, de développement technologique et de démonstration « société de l'information conviviale » (1998-2002)*, JOCE, 12 mars 1999, n° L 064, p. 20-39.

impératif¹⁵². La solution à cette fragmentation juridique réside dans une volonté politique. Or, dans un contexte de concurrence normative, cette volonté d'harmonisation n'est pas toujours au rendez-vous, chaque État cherchant à promouvoir son propre modèle.

Néanmoins, au niveau de l'Union européenne, une tendance à l'harmonisation des législations des États membres est clairement perceptible, notamment en ce qui concerne les marchés numériques. Le règlement (UE) 2022/1925 du 14 septembre 2022, plus connu sous le nom de *Digital Markets Act* (DMA)¹⁵³, en est une parfaite illustration. Cette législation européenne vise à réguler les services de plateformes essentiels fournis ou proposés par des « contrôleurs d'accès »¹⁵⁴ à des entreprises utilisatrices ou à des utilisateurs finaux établis ou situés dans l'Union. Ces contrôleurs d'accès sont soumis à une série d'obligations fixées par le DMA¹⁵⁵, dans l'objectif de garantir une concurrence équitable et de protéger les utilisateurs.

Il convient, donc, de ne pas omettre la dimension internationale du numérique lors de l'élaboration de toute régulation ou réglementation. En effet, des solutions uniformes, qu'elles soient régionales ou internationales, sont indubitablement nécessaires pour assurer l'effectivité de la règle de droit dans un environnement numérique globalisé. Ainsi, par exemple, plusieurs accords de partenariats, dits « *Digital Partnerships* », ont été signés entre l'Union européenne et des États tiers tels que le Japon, la Corée du Sud, Singapour et le Canada. Parmi eux, nous pouvons citer l'accord de partenariat économique (APE) UE-Japon dans lequel est promu le concept de « *libre circulation des données avec confiance* », soulignant l'importance de la coopération internationale pour la gouvernance des données.

Néanmoins, cette dynamique d'harmonisation et de partenariats internationaux ne va pas sans soulever des interrogations. Certains auteurs expriment des craintes quant à l'importation de concepts et de solutions issues de droits étrangers, voire à leur domination

152 Cette nécessité d'harmonisation s'observe, par exemple, en droit de la propriété intellectuelle tant au niveau régional comme l'Union européenne avec les différentes directives (directive 96/9/CE du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données ; directive 2009/24/CE du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur ; directive (UE) 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique) qu'au niveau international avec notamment la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle ou encore l'Accord sur les ADPIC.

153 Règlement (UE) 2022/1925 du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828 (règlement sur les marchés numériques), JOUE L 265 du 12 octobre 2022, p. 1–66

154 Les contrôleurs d'accès sont des entreprises fournissant des services de plateforme essentiels au sens de l'article 2 du règlement sur les marchés numériques.

155 V. les articles 5, 6, 7 du règlement (UE) 2022/1925 du 14 septembre 2022

sur le droit national¹⁵⁶, remettant en question la singularité et l'autonomie des systèmes juridiques nationaux face à l'uniformisation globale.

Conclusion – L'ère contemporaine témoigne d'une transformation profonde de la valeur économique, où les données sont devenues un actif d'une importance capitale, voire primordiale, pour les entreprises. Cette évolution justifie pleinement l'analogie couramment admise les comparant au pétrole, en tant que ressource essentielle. Plus encore, elles tendent même à « *devenir le carburant essentiel de toute action sociale, qu'elle soit économique ou non* »¹⁵⁷. Cette ascension fulgurante des données au rang de ressource stratégique s'inscrit indubitablement dans le sillage de la révolution numérique. Pour reprendre l'observation de Monsieur Jean-Marc SAUVÉ, « *comme les langues dans la fable d'Ésope, le numérique est bien la pire et la meilleure des choses* »¹⁵⁸. Cette dualité du numérique se manifeste avec acuité dans le domaine des données. Si, d'un côté, le numérique a indéniablement facilité la collecte, le stockage et le traitement des données à une échelle sans précédent, il serait imprudent d'occulter la contrepartie inhérente à ces avantages. Le principal inconvénient de l'environnement numérique réside dans le risque accru de détournement de données, exacerbé par les avancées des nouvelles technologies de communication. Ainsi, par exemple, une entreprise peut tenter de « s'accaparer » les données d'un concurrent présentes sur son site internet. Face à cette dimension cruciale des données pour l'économie, la question se pose alors avec acuité : cette révolution numérique implique-t-elle de repenser les règles du Droit ? Mais avant de répondre à cette question, il est primordial de bien circonscrire la notion de donnée.

156 V. par ex. VIVANT M., *Les grandes questions contemporaines du droit de l'informatique*, in Actes du Congrès international Informatique et droit de l'Association québécoise pour le développement de l'informatique juridique, Montréal, 25 octobre 1992 ; CÔTÉ R., *L'internationalisation normative en droit de l'informatique, et pourquoi pas la coopération ?*, in Actes du Congrès international Informatique et droit de l'Association québécoise pour le développement de l'informatique juridique, Montréal, 25 octobre 1992

157 AUBY J. B., *Le droit administratif face aux défis du numérique*, AJDA, 2018, 835

158 SAUVÉ J.-M., *La protection des droits fondamentaux à l'ère du numérique* ; Remise des prix de thèse de la Fondation Varenne, 12 décembre 2017, disponible [en ligne] : <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/la-protection-des-droits-fondamentaux-a-l-ere-du-numerique> (consulté le 24/09/2023)

Section 2. La définition de la donnée et des notions connexes

10. **L'importance de circonscrire la notion de « données »** – La réglementation juridique des biens immatériels repose traditionnellement sur une construction qui prend en compte les caractéristiques intrinsèques et les intérêts spécifiques relatifs à des biens particuliers. Ainsi, par exemple, dans le domaine de la propriété intellectuelle, la définition des biens est liée à l'identification de catégories homogènes de choses incorporelles pour lesquelles le système juridique identifie des intérêts dignes de protection, justifiant, par là même, leur soumission à un régime juridique spécifique. Nous reconnaissons ici l'approche pragmatique du Droit, qui façonne ses instruments en fonction des réalités économiques et sociales.

Aussi, afin de pouvoir examiner dans quelle mesure les données numériques font ou doivent faire l'objet d'une protection juridique, il est nécessaire, avant toute chose, de préciser ce que recouvre la notion de « données ». Autrement dit, il convient de déterminer comment les données sont saisies en tant qu'objet juridique. Nous ne pouvons, en effet, faire l'économie de circonscrire l'objet de notre analyse¹⁵⁹ – la donnée – sans s'accorder sur la notion elle-même et en préciser ses contours. Ignorer cette étape fondamentale reviendrait, en réalité, à analyser un objet dont les contours restent flous, compromettant ainsi la rigueur de l'analyse. En effet, les définitions en Droit sont essentielles en ce qu'elles sont « *gage[s] de prévisibilité* »¹⁶⁰ et partant de sécurité juridique.

De ce fait, l'objet de notre étude nous conduit à un exercice de définitions et cela, afin de relever d'abord les caractéristiques essentielles d'identification d'une donnée pour ensuite vérifier l'existence de mécanismes juridiques aptes à leur conférer une protection effective.

Bien que les données aient acquis une importance accrue dans les activités numériques, la notion même de donnée demeure, elle, difficile à appréhender. Cette complexité s'explique par le fait que la donnée apparaît simultanément comme un processus de mise en forme de l'information et de la connaissance du réel, et comme le principal résultat de ce processus. Aussi, ce travail de définition nous conduit inévitablement à envisager les concepts connexes en la matière tels que l'information ou la connaissance. Les données sont, effectivement, fréquemment définies par leur relation avec ces notions voisines. Néanmoins, nous déplorons une absence de consensus quant à la définition de ces notions. Partant, cette

159 Les définitions en Droit sont essentielles en ce qu'elles sont « *gage[s] de prévisibilité* » (PIGNATARI O., *Le support en droit d'auteur*, Larcier, Bruxelles coll. Création Information Communication, mai 2013, p. 23, n° 5) et partant de sécurité juridique.

160 PIGNATARI O., *op. cit.*, p. 23, n° 5

lacune nous contraint à proposer une définition pragmatique de ces différents concepts. Cet exercice d'explication notionnelle nécessitera l'adoption d'une approche pluridisciplinaire, afin d'embrasser la complexité de ces concepts et d'en cerner les contours de manière précise.

I. Les notions connexes de la notion de données

11. La distinction entre les notions de données, d'information, de connaissances et de savoir est souvent ténue. Il est donc nécessaire de définir précisément ce que chacun de ces termes recouvre.

A. La notion d'« information »

12. **La difficile définition de l'« information »** – Nous pouvons nous demander si la notion de données est réellement définissable¹⁶¹. Cette question, loin d'être nouvelle, trouve un écho particulier dans le débat entourant la notion d'information. En effet, quoique, omniprésente dans notre société, la notion même d'information est difficilement saisissable. Pour preuve, les travaux préparatoires du X^e Plan en 1990 révèlent l'incapacité du Commissariat général au Plan à fournir une définition claire de cette notion,¹⁶². Cela s'explique avant tout par sa polysémie. Le terme « information » recouvre en effet des réalités disparates, allant du « *récit des faits par un journaliste* » au, « *« bit » qui transite dans les circuits d'un ordinateur* »¹⁶³.

Ainsi, en théorie économique, l'information a même été qualifiée d'« *enfant terrible* »¹⁶⁴, un qualificatif qui trouve une résonance pertinente en Droit¹⁶⁵. Cette difficulté s'explique principalement par son caractère « *ajuridique* ». En effet, l'information existe d'abord en dehors du droit. Pour le Professeur Michel VIVANT, l'information constitue avant tout une notion « *extra-juridique d'appui* »¹⁶⁶. Certes, le Droit l'appréhende de manière

161 Sur l'impossibilité de définir certains concepts, v. par ex. CHAMPEIL-DESPLATS V., *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, Dalloz, Paris, coll. Méthode du droit, juillet 2022, n° 3, p. 337, n° 506

162 Secrétariat d'État auprès du Premier ministre chargé du Plan, Commissariat général du Plan, *Information et compétitivité*, La Documentation française, 1990, spéc. p. 42-44

163 BRETON P., PROULX S., *L'explosion de la communication. Introduction aux théories et aux pratiques de la communication*, La Découverte, Paris, coll. Repères, 1991, p. 93

164 CRONIN B., *op. cit.*, p. 11

165 V. en ce sens : MARINO L., *Responsabilité civile ; activité d'information et médias*, Presse Universitaire d'Aix-Marseille Economica, Paris, 1997, coll. Droit de l'audiovisuel, p.22 : pour qui l'information restera « *une de ces notions introuvables, une mosaïque irréductible* ».

166 VIVANT M., *Sciences et praxis juridique*, D., 1993, chr. 109

ponctuelle, comme en droit de la presse¹⁶⁷ ou en propriété intellectuelle, mais il ne lui fournit aucune définition générale et abstraite.

Malgré cette absence de définition unifiée, l'information n'a cessé d'être l'objet d'études au sein des sciences, une dynamique intensifiée par l'avènement des nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC)¹⁶⁸. Il serait donc erroné de considérer que le Droit se désintéresse de l'information. Comme le soulignait le Professeur Jérôme PASSA, l'information se révèle être une « *notion générique* »¹⁶⁹ dans la mesure où elle englobe aussi bien des données brutes que des données à caractère personnel, des secrets des affaires, des inventions, des créations, ou encore des découvertes¹⁷⁰. De ce constat, il est aisé de comprendre qu'en pratique, la notion d'information est rarement employée au singulier. Le pluriel est le plus souvent de mise. Comme l'a noté le Professeur Emmanuel DREYER, cet emploi du pluriel « *renvoie alors à d'autres concepts juridiquement mieux établis, ceux d'opinion, d'expression ou message, de documents, d'œuvre, etc* »¹⁷¹. Bien qu'il puisse sembler difficile de rattacher l'information à un concept uniforme¹⁷², il serait prématuré de considérer *de facto* que toute tentative de définition est vouée à l'échec. À défaut de fournir une définition de l'information, un examen plus approfondi nous relèvera les caractéristiques essentielles de cette notion.

Étant donné la multitude de définitions de l'information dans divers domaines scientifiques¹⁷³, un choix s'impose dans le cadre de notre étude. Nous privilégierons une analyse centrée sur les approches économique et juridique de l'information. Nous abordons la perspective économique en raison de l'analyse approfondie qu'en ont faite les économistes. C'est ainsi que, selon le Professeur Nicolas BINCTIN, l'information a reçu une véritable

167 V par ex. art. 27 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse

168 MOSCO V., *Les nouvelles technologies de communication. Une approche politico-économique*, Réseaux Communication – Technologie – Société, 2000, n° 101, p. 93-118 ; NEUVILLE J.-P. et MUSSELIN C., *Nouvelles technologies de l'information et de la communication*, Sociologie du travail, 11 octobre 2001, n° 3, vol. 43, p. 303-308 ; SICARD M.-N., *Nouvelles technologies et communication*, L'année sociologique, 2001/2, vol. 51, p. 429 à 437 ; BENABID S., et GROLLEAU G., *Les nouvelles technologies de l'information et de la communication : un instrument potentiel au service de l'économie sociale ?*, Innovation, 2003/1, n° 17, p. 139-155

169 PASSA J., *La propriété de l'information : un malentendu ?*, Dr. & Pat., 1^{er} mars 2001, n° 91, p. 64 et s.

170 LE STANC C., *Les droits sur l'information : les droits du créateur*, Revue Brises, CNRS, novembre 1988, n° 12, p. 59 et s. distinguant « l'information-invention », « l'information-œuvre », « l'information-signe distinctif » et « l'information autre » – V. ég. LE STANC C. et PRÜM A., *Les droits en France du créateur d'information*, Revue Internationale de Droit Économique, 1989, n° 2, p. 211-218, spéc. p. 212

171 DREYER E., *op. cit.*, p. 148, n° 2

172 LE STANC C., *op. cit.*, p. 62 : pour qui « il n'est pas aisé de percevoir le noyau dur de ce « concept mou » ».

173 GALLOUX J.-C., *De la nature juridique du matériel génétique ou la réification du corps humain et du vivant*, R.R.J., 1989-3, p. 540

« consécration » grâce à l'économie et au commerce¹⁷⁴, soulignant par là même l'importance de cette dimension pour appréhender sa valeur et son rôle dans la société.

1. L'approche économique de l'information

13. **Une approche initiale « archaïque »** – L'intégration de la notion d'information dans l'analyse économique n'est pas un phénomène récent. Ses prémices sont déjà discernables au début du XIX^e siècle, en particulier dans les écrits de SIMONDE DE SISMONDI et sa critique du système proposé par l'économiste RICARDO¹⁷⁵. Néanmoins, il est essentiel de souligner qu'initialement, la définition de l'information demeurait rudimentaire. Elle était alors appréhendée comme tout élément susceptible de réduire l'incertitude¹⁷⁶, se résumant ainsi à une « incertitude éliminée ».

Cette approche avait pour caractéristique principale de négliger l'information en tant qu'objet. L'attention des économistes se portait davantage sur sa contribution au mécanisme de fixation des prix¹⁷⁷. En d'autres termes, l'information n'était pas perçue comme une marchandise dotée d'une valeur, mais plutôt comme un simple renseignement sur les biens, les services et les dynamiques du marché. Son rôle était alors purement instrumental, au service de la rationalité des agents économiques et de l'équilibre des marchés. Cette vision, que nous pouvons qualifier d'archaïque, a évolué avec l'émergence de la théorie économique contemporaine de l'information¹⁷⁸ et l'apport des approches mathématiques. C'est à partir de ces développements que l'information est devenue un objet d'étude à part entière.

174 BINCTIN N., *Le capital intellectuel*, LexisNexis, Paris, 2007, coll. Fédération Nationale pour le Droit de l'Entreprise, sous-coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, p. 66, n° 51

175 SIMONDE DE SISMONDI J.-C.-L., *Nouveaux principes d'économie politique, ou De la richesse dans ses rapports avec la population*, Delaunay éd., Paris, 1819

176 HIRSHLEIFER J., *Where Are We in the Theory of Information ?*, The American Economic Review mai 1973, vol. 63, n° 2, p. 31-39 : définissant l'information comme des « *events tending to change these probability distribution* ».

177 GOLDFINGER C. *op. cit.*, p. 113 ; LAMBERTON D., *Pour une taxonomie de l'information*, in La société informationnelle : enjeux sociaux et approches économiques, MAYÈRE A. (sous-dir.), L'Hamattan, Paris, 1997, p. 76

178 Nous pouvons citer notamment les économistes ARROW, BOULDING, qui ont considéré l'information comme un produit d'échange sur un marché ou encore MARSCHAK. Quant à Monsieur Yves THÉPAUT, il analyse l'information comme une composée de quatre éléments qui sont « l'« information » proprement dite, ou « donnée élémentaire », comme un relevé de prix ; les « services informationnels » comme les téléservices qui obéissent aux mêmes lois que l'information ; les « biens informationnels », produits composés d'une partie matérielle et d'une partie immatérielle, dont la valeur de l'immatériel est bien supérieure à celle du matériel, comme les logiciels » (THEPAUT, Y., *Le concept d'information dans l'analyse économique contemporaine*, Hermès, La Revue, 2006/1, n° 44, p. 161-168, note de bas de page n° 3).

14. L'approche de la théorie économique contemporaine de l'information – Comme l'avait relevé Monsieur Yves THÉPAUT¹⁷⁹, l'analyse de l'information en économie révèle au moins trois approches majeures, chacune offrant une perspective distincte sur sa nature et sa fonction.

La première approche consiste à conceptualiser l'information comme un bien collectif¹⁸⁰. Cette perspective s'appuie sur les caractéristiques intrinsèques de l'information, en particulier, son indivisibilité¹⁸¹ et son inappropriabilité. Cette vision, bien que pertinente à certains égards, a cependant été l'objet de vifs débats, notamment en raison de la difficulté à concilier ces caractéristiques avec la réalité des marchés de l'information.

Aussi, face à ces discussions, une deuxième approche s'est développée, considérant l'information comme un bien économique. Dans cette optique, l'information est appréhendée comme une marchandise, au même titre que des ressources tangibles telles que le pétrole ou l'or. Une telle perspective conduit inévitablement à s'interroger sur la marchandisation de l'information et, par extension, sur la détermination de sa valeur économique. Cette approche met en lumière les mécanismes de marché qui régissent l'échange et l'appropriation de l'information.

Enfin, une troisième approche perçoit l'information comme une source de pouvoir. Cette conceptualisation est étroitement liée à la notion d'asymétrie d'information, situation dans laquelle une partie dispose de plus ou de meilleures informations que l'autre dans une transaction ou une interaction. De cette asymétrie émerge la notion de « *rente informationnelle* », définie comme « *le gain différentiel procuré par un avantage informationnel* »¹⁸². Autrement dit, le détenteur d'une information privilégiée peut exploiter cet avantage pour obtenir un bénéfice supérieur à celui qu'il aurait obtenu dans une situation d'information parfaite. Cette approche souligne la dimension stratégique de l'information, capable de conférer un avantage concurrentiel significatif.

15. Une taxinomie économique de l'information – Bien que sa saisie conceptuelle demeure un défi, l'information a fait l'objet d'une taxinomie en économie. À cet égard, Madame Anne MAYÈRE a proposé une typologie de l'information qui s'articule autour du système

179 THEPAUT, Y., *op. cit.*, p. 161-168

180 Les économistes utilisent l'expression de « biens publics » pour caractériser l'information. V. par ex. BRAMAN S., *L'économie de l'information : une évolution des approches*, in La société informationnelle : enjeux sociaux et approches économiques, MAYÈRE A. (sous-dir.), L'Hamattan, Paris, 1997, p. 99

181 L'indivisibilité de l'information implique qu'elle peut être utilisée simultanément par plusieurs agents sans que l'usage par l'un n'affecte celui de l'autre.

182 THEPAUT, Y., *op. cit.*, p. 161-168 – V. ég. SALANIE, B., *Théorie des contrats*, Economica, Paris, 5 janvier 2012, 2^e éd., 232 p.

d'organisation et se décline en fonction des formes ou natures spécifiques de l'information¹⁸³. Parmi ces formes, l'« *l'information ressource* » se distingue comme un *input*, c'est-à-dire une « *matière première ou consommation intermédiaire, dans la production de l'information* »¹⁸⁴.

Dans le domaine managérial, des auteurs se sont appuyés sur le modèle « blanc, gris ou noir » de l'information, développé notamment par le Professeur Daniel ROUACH¹⁸⁵ en 1994. Ainsi, suivant ce modèle, une information est qualifiée de « blanche » lorsqu'elle est publique et ouverte. À l'opposé, une information est dite « noire » lorsqu'elle est « *secrete, interdite et fermée dans une zone où la loi ou le contrat est réservée aux personnes autorisées* »¹⁸⁶. Elle est par nature confidentielle et protégée par des cadres légaux ou contractuels stricts. Quant à l'information « grise », celle-ci « *oscille entre la surface blanche et la sphère noire et elle marque une zone de « non-dit »*. Cette information grise est légale mais fermée. Elle apparaît dans des cercles restreints : principalement les salons, les fournisseurs, les clients... »¹⁸⁷. En somme, l'information grise est non publique, mais elle est difficile à obtenir en raison d'une diffusion dans un cadre restreint. Ces informations grises, qui représenteraient environ 15 % du paysage informationnel¹⁸⁸, nécessitent une protection¹⁸⁹ et cela, en raison de leur valeur stratégique et de leur vulnérabilité. Elles ont d'ailleurs joué un rôle prépondérant dès le début des années soixante avec l'émergence de l'intelligence économique¹⁹⁰. Par ailleurs, l'utilisation croissante des nouvelles technologies de communication a entraîné une progression quantitative notable des informations grises depuis le début des années 2000, amplifiant ainsi les enjeux liés à leur gestion et à leur protection.

183 MAYÈRE A., *Information et système de productif : essai d'analyse économique des fonctions et valeur de l'information*, thèse de Sciences Économiques, Université de Lyon II, 1988 : dans son approche théorique, l'autrice distingue trois types d'information relative au système d'organisation. Il s'agit de l'information-méthode qui est l'ensemble des procédures qui, au sein d'une organisation, permettent de produire une information ; l'information-structure regroupant la mémoire et le mode de communication et enfin, l'information-ressource

184 RIBAUT T., *op. cit.*

185 ROUACH, D., et KLATZMANN J., *L'Économie d'Israël*, Presses universitaires de France, Paris, coll. « Que sais-je ? », 1994

186 EL HADDANI M., BAULANT C., *La progression quantitative et qualitative de l'information grise dans le cycle de la compétitivité des entreprises*, Colloque international : Recherche et Pratiques en Marketing et Communication Kénitra/Maroc, 16 et 17 décembre 2016

187 *Ibid.*

188 ROUACH, D., et KLATZMANN J., *op. cit.*

189 EL HADDANI M., BAULANT C., *op. cit.*

190 Commissariat Général du Plan, *Rapport du Groupe présidé par Henri MARTRE « Intelligence économique et stratégie des entreprises »*, La documentation française, février 1994, p. 11 : définissant l'intelligence économique comme « *l'ensemble des actions coordonnées de recherche, de traitement et de distribution en vue de son exploitation, de l'information utile aux acteurs économiques* »— V. BULINGE F., et MOINET N., *L'intelligence économique : un concept, quatre courants*, Sécurité et Stratégie, 2013/1, vol. 12, p. 56-64

Malgré ces différentes approches économiques et cette taxinomie affinée, il n'en demeure pas moins que l'information, en tant que concept global, ne possède pas de définition générale et universellement acceptée à l'heure actuelle. Dès lors, il est légitime de se demander si le même constat s'appliquera à l'approche juridique de l'information.

2. L'approche juridique de l'information

16. **L'information, une notion protéiforme** – L'information est une notion protéiforme qui se laisse difficilement saisir. Face à cette difficulté conceptuelle, la majorité de la doctrine s'est orientée vers l'étymologie du mot « information »¹⁹¹. Cette approche a conduit le Professeur CATALA à définir l'information comme « *la formulation d'un message communicable* »¹⁹². Dans une veine similaire, le Professeur Jean-Christophe GALLOUX la qualifie de toute « *forme ou [...] état particulier de la matière ou de l'énergie susceptible d'une signification* »¹⁹³. Par ailleurs, l'arrêté du 22 décembre 1981 relatif à l'enrichissement du vocabulaire informatique¹⁹⁴ adopte également une perspective étymologique, en définissant l'information comme un « *élément de connaissance susceptible d'être représenté à l'aide de conventions pour être conservé, traité ou communiqué* ». Ces définitions ont en commun de mettre en exergue la dimension de mise en forme et de transmissibilité.

D'autres auteurs ont contribué à enrichir cette réflexion. Ainsi, le Professeur William DROSS, dans une approche plus synthétique, considère l'information comme « *un fait objectif envisagé de manière subjective* »¹⁹⁵. Pour Madame Élise DARAGON, l'information se présente comme un « *message porteur de signification dont la valeur patrimoniale est fonction de sa densité informative* »¹⁹⁶, soulignant ainsi sa dimension économique. Maître

191 L'information a deux étymologies possibles. Le mot pourrait venir du latin *informatio*, « *conception, explication (d'un mot)* », « *dessins, esquisse* », est dérivé du verbe *informer* qui, lui, est issu du l'ancien français *enformer* (« *donner une forme à* »). Le terme *information* pourrait également provenir du latin « *informare* » signifiant « *façonner, donner une forme* » mais également au figuré « *former dans l'esprit* ». Le mot *information* fut d'abord employé à la fin du XIII^e siècle avec un sens juridique pour désigner une enquête faite en matière criminelle. À la fin du XV^e siècle, ce mot a été utilisé pour désigner l'action de donner une forme. Et c'est sous la III^e République que le mot *information* acquiert son sens usuel c'est-à-dire « *l'information que l'on porte à la connaissance du public* ». En philosophie, le verbe *informer* a été repris au XVIII^e siècle le sens latin de « *façonner* » – V. ég. DARAGON, É., *Étude sur le statut juridique de l'information*, D., 19 février 1998, n° 7, p. 63 et s : pour qui ces deux étymologies possibles illustrent les deux aspects de l'information, un aspect dynamique c'est-à-dire l'action d'informer et un aspect descriptif.

192 CATALA P., *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

193 GALLOUX J.-C., *Ébauche d'une définition juridique de l'information*, D. 1994, Chron. p. 233

194 JORF, 17 janvier 1982, p. 624a

195 DROSS W., *Droit des biens*, L.G.D.J., Paris, coll. Domat Droit privé, août 2014, p. 393, n° 483 : cet auteur ajoute qu'il s'agit d'un fait « *en tant qu'il est connu d'un sujet* ».

196 DARAGON, É., *op. cit.*, spéc. n° 13

André BERTRAND, quant à lui, définit l'information comme « *un message qui peut être transmis oralement ou qui, le plus souvent, résulte de l'interprétation de données. Ce message peut avoir une seule finalité, ou des finalités multiples, dans la mesure où la même information peut être utilisée différemment ou à plusieurs reprises par ceux qui en disposent* »¹⁹⁷ Cette dernière définition souligne que l'information peut être très polyvalente et facilement réutilisable.

Finalement, de l'ensemble de ces définitions doctrinales, deux éléments fondamentaux se dégagent. Premièrement, l'information est avant tout un renseignement¹⁹⁸. Deuxièmement, ce renseignement doit impérativement faire l'objet d'une mise en forme¹⁹⁹. Cette mise en forme est cruciale puisqu'elle rend le renseignement intelligible et potentiellement communicable. En cela, l'information se distingue radicalement de la simple idée²⁰⁰ qui, par essence, n'implique pas cette condition de mise en forme²⁰¹. Nous retrouvons ici une exigence similaire à la condition de fixité de l'œuvre en droit de la propriété intellectuelle, en particulier, en droit d'auteur, où l'œuvre doit être exprimée sous une forme perceptible pour être protégée.

Le Professeur Philippe GAUDRAT érige la communication en critère de qualification de l'information²⁰². Aussi, selon cet auteur, il ne peut y avoir d'information sans un communicant et un communicataire. Cependant, nous estimons que l'acte de communication ne constitue pas un critère de qualification dans la mesure où l'information peut conserver sa qualité même si elle demeure secrète. La communication n'est, en réalité, qu'une conséquence potentielle de la mise en forme du renseignement²⁰³.

197 BERTRAND A., *Droit d'auteur*, Dalloz, Paris, coll. Dalloz Action, décembre 2010, 3^e éd., p. 570, n° 201.12

198 Nous préférons employer le terme de renseignement plutôt que celui de message afin de souligner la valeur informationnelle. Le renseignement est un élément de connaissance alors que le message est la forme d'expression véhiculant le renseignement. V. en ce sens : GAUDRAT P., *Formes et propriétés intellectuelles*, in *Mélanges en l'honneur de Pierre Sirinelli*, Dalloz, Paris, coll. Études, mélanges, travaux, mai 2022, p. 59-84, spéc. p. 65, n° 12 : cet auteur estime, à juste titre, que l'information renvoie à l'action de mettre en forme, non pas le message lui-même mais plutôt une « *représentation du Réel* ».

199 Cette caractéristique est la prise en compte l'étymon *forma*.

200 L'idée peut être définie comme « *toute représentation élaborée par la pensée (qu'il existe ou non un objet qui lui corresponde) [...] Vue plus ou moins originale, que l'intelligence élabore dans le domaine de la connaissance, de l'action ou de la création artistique [...] Façon particulière de se représenter le réel, de voir les choses* » (Le petit Robert, Éditions Dictionnaires Le Robert, Paris, 1990, p. 956.).

201 En ce sens, v. par ex. CATALA P., *Ébauche d'une théorie juridique de l'information*, in *Le droit à l'épreuve du numérique*, Jus ex Machina, PUF, Paris, coll. « Droit, Éthique, Société », 1998 p. 228 : comme le souligne parfaitement cet illustre professeur, « *la pure idée abstraite n'est pas information avant d'être coulée en signes intelligibles ; dans le for interne de son auteur, elle échappe à toute emprise juridique, comme l'intention criminelle avant le commencement d'exécution* » ; DARAGON, É., *Étude sur le statut juridique de l'information*, D., 19 février 1998, n° 7, p. 63 et s.

202 GAUDRAT P., *La commercialisation de l'information*, in *Colloque Charleroi. Droit et télématique*, 19-20 avril 1991

203 V. dans le même sens : CATALA P., *op. cit.*, p. 227 : l'illustre Professeur l'explique très clairement « *l'information ne se ramène ni à l'objet qui le porte ni au geste qui la communique, elle a une réalité intrinsèque. Indépendante à la fois de son support matériel et de la prestation qui la délivre* » ; PRÜM A.,

17. Les caractéristiques essentielles de la notion d'information – L'information présente des caractéristiques essentielles qu'il convient de relever. Premièrement, l'information est immatérielle, bien qu'elle puisse être incorporée dans divers supports. Deuxièmement, elle est facilement et indéfiniment reproductible²⁰⁴ sans déperdition de sa substance. Troisièmement, sa communication à autrui ne prive pas son détenteur initial de son usage. Et enfin, l'information ne se détruit pas à l'usage²⁰⁵ ; il n'en demeure pas moins que l'utilisation de certaines informations peut diminuer, voire anéantir, leur valeur économique²⁰⁶. Par ailleurs, la condition de véracité du renseignement n'a pas d'incidence directe sur la qualification même d'information, mais uniquement sur sa valeur. En d'autres termes, une information fausse reste une information, mais sa valeur est altérée.

18. La distinction entre l'information et son support – L'information, tout comme la donnée, est un élément immatériel. Il est impératif d'opérer une nette distinction entre l'information elle-même et le support matériel susceptible de la véhiculer et cela, afin d'éviter toute confusion. Aussi, faut-il écarter toute volonté de réduire l'information au seul support matériel qui la porte ou au moyen technique qui en permet la communication. En effet, bien que l'information soit unique dans sa teneur, elle peut être exprimée de différentes manières et sur une pluralité de supports, qu'ils soient physiques ou numériques.

Cette distinction est d'une importance capitale dans la problématique de la protection de l'information et des données. Historiquement, les informations étaient difficilement dissociables du support tangible sur lequel elles étaient stockées tel qu'un livre ou un document papier. Cependant, avec l'émergence des nouvelles technologies ayant facilité la copie et la dématérialisation du support, la nécessité de différencier le support de

Information et données en droit continental, in Les flux transfrontières de données : vers une économie internationale de l'information ?, sous-dir. A. Madec et P. Leclercq, Litec, Paris, 1988, p. 39-52, spéc. p. 40

204 Concrètement, cela signifie du point de vue économique que le coût de reproduction de l'information est inférieur au coût de production. Cela est une conséquence de sa nature de bien collectif au sens économique (v. en ce sens SHAPIRO C., et VARIAN H. R., *Économie de l'information. Guide stratégique de l'économie des réseaux*, De Boeck Université, Paris 1999, 313 p.)

205 Ainsi, une information peut être utilisée, comme le relevaient Maria SAKALAKI et Yves THÉPAUT, plusieurs fois dans un cycle productif (SAKALAKI M. et THÉPAUT Y., *op. cit.*, p. 359).

206 D'autres caractéristiques ont été relevées par Madame Sylvie SCHAFF, parmi lesquels, le caractère cumulatif puisque l'information est « créée à partir des découvertes des générations précédentes » (SCHAFF S., *La notion d'information : la valeur juridique de l'information*, 1985, p. 7, disponible [en ligne] : <https://researchportal.unamur.be/files/55399790/6613.pdf> (consulté le 24/07/2021)). Par ailleurs, Madame Sylvie SCHAFF estime que la cherté de la création de l'information est une caractéristique commune. Or, une telle perspective doit être relativisée au regard des nouvelles technologies telles que l'Internet des objets, qui ont abaissé le coût de « création » pour certaines informations.

l'information est devenue de plus en plus prégnante²⁰⁷. La pertinence de cette distinction a atteint son apogée avec l'application de l'informatique en nuage²⁰⁸, où la localisation physique du support devient accessoire. Il est donc fondamental de distinguer la manière dont l'information est enregistrée de sa signification²⁰⁹. Ainsi, tout au long de nos développements, nous aurons égard à éviter toute confusion entre l'objet de la protection et son support.

19. La taxinomie de l'information fondée sur la sémiotique – Dans le cadre de notre analyse, nous proposons une taxinomie de l'information fondée sur une approche sémiotique²¹⁰. Cette perspective permet de délimiter l'information, en tant qu'objet d'étude, selon trois modalités distinctes, chacune présentant des implications spécifiques pour sa protection et son appropriation.

La première modalité est l'information sémantique. Celle-ci se rapporte directement au contenu informationnel et à sa signification intrinsèque. Ici, l'enjeu majeur n'est pas la structure formelle des signes utilisés, mais bien le sens que ces signes véhiculent pour le destinataire. En d'autres termes, l'information sémantique établit la relation fondamentale entre le signe, le signifiant, et le *denotatum*, ce qui est signifié, c'est-à-dire l'objet ou le concept auquel le signe fait référence. Elle représente la couche la plus abstraite et la plus essentielle de l'information, celle qui confère une utilité et une valeur.

À côté de l'information sémantique, nous identifions l'information syntaxique. Cette catégorie concerne la représentation formelle du contenu informationnel, c'est-à-dire son expression sous la forme d'un ensemble structuré de signes. Il peut s'agir de lettres, de mots, de phrases, de codes binaires, ou de tout autre agencement de symboles. Cette approche de l'information est celle qui est privilégiée, par exemple, dans la théorie mathématique de l'information, où l'accent est mis sur la quantité d'informations et leur organisation, indépendamment de leur signification.

207 V. en ce sens : PRÜM A., *op. cit.*, p. 39-52 ; FROSINI V., *Law and Liberty in the Computer Age*, The Harvard papers, Tano éd., coll. CompLex, 1995, 119 p., spéc. 26

208 V. notamment CURIEN N., et MUET P.-A., *La société de l'information*, La documentation française, Paris, 2004, p. 202 et s.

209 Il apparaît indubitable qu'il faille se garder de confondre le fichier numérique, support incorporel de son contenu, la donnée. V. GAUDRAT P., *Formes et propriétés intellectuelles*, in *Mélanges en l'honneur de Pierre Sirinelli*, Dalloz, Paris, coll. Études, mélanges, travaux, mai 2022 GAUDRAT P., *Formes et propriétés intellectuelles*, in *Mélanges en l'honneur de Pierre Sirinelli*, Dalloz, Paris, coll. Études, mélanges, travaux, mai 2022, p. 59-84, p. 59-84 ; *Id.*, *Forme numérique et propriété intellectuelle*, RTD Com., 2000, p. 910 et s. ; *Id.*, *Du logiciel-support à l'illicéité de la copie privée numérique : chronique d'une subversion annoncée*, RTD Com., 2001, p. 890

210 Pour une introduction à la sémiotique, v. BRANDT A., *Qu'est-ce que la sémiotique ? Une introduction à l'usage des non-initiés courageux*, Actes sémiotiques, 2018, n° 121, disponible [en ligne] : <https://www.unilim.fr/actes-semiotiques/5961> (consulté le 01/11/2023) ; MORRIS C., *Fondements de la théorie des signes*, Langages, 1974, n° 35, p. 15-21

Enfin, l'information structurale désigne la matérialisation de l'information, son « incarnation » physique, le support matériel de l'information²¹¹. Elle correspond au média qui « porte » ou stocke l'information. Qu'il s'agisse d'un document papier, d'un fichier numérique sur un disque dur, l'information structurale représente le média concret qui permet la conservation et la transmission de l'information. Elle est le véhicule nécessaire à l'existence et à la circulation des informations sémantiques et syntaxiques.

Cette délimitation précise de l'information nous apparaît d'une importance capitale dans le débat contemporain sur sa protection, voire sur son appropriation. Il est, effectivement, essentiel de déterminer avec précision l'objet du droit de propriété, car les conséquences juridiques diffèrent radicalement selon que ce droit porte sur l'information sémantique, syntaxique ou structurale.

Dans le cadre de nos développements, nous traiterons principalement des informations sémantiques et syntaxiques, étant donné la nature de notre sujet qui s'inscrit dans l'environnement numérique. Cependant, ces différentes catégories ne sont pas totalement cloisonnées ; un lien indubitable les unit. L'information syntaxique peut ainsi avoir un sens et être « porteuse » d'information sémantique. Inversement, la communication d'informations sémantiques passe nécessairement par la transmission d'informations syntaxiques, lesquelles constituent la traduction en signes des concepts et significations.

Dans la continuité de notre analyse de l'information, il convient désormais d'étudier deux autres notions connexes et essentielles à la compréhension des données numériques : le savoir et la connaissance. Ces notions, bien que souvent entremêlées dans le langage courant, présentent des distinctions fondamentales, notamment au niveau sémiotique, qui sont cruciales pour une analyse rigoureuse.

B. Les notions de connaissance et de savoir

20. La notion de connaissance – Au niveau sémiotique, l'information, en particulier l'information sémantique, se caractérise par son indépendance vis-à-vis de l'« expéditeur » et du « destinataire » concrets du message. L'information sémantique est perçue comme objective, indépendante de la conscience humaine. C'est en cela qu'elle se distingue de la

211 Par exemple, le « *design d'information* » ou « *design informationnel* » avec le plan de métro de Londres, conçu par Harry Beck en 1931. V. VOLLAIRE L., *Le design d'information*, Communication & Langages, 1997, n° 112, p. 35-50 ; LELEU-MERVIEL S., *Infologie et design informationnel. Une cartographie du domaine*, Revue des Interactions Humaines Médiatisées, 2020, 21 (1), p. 1-28

notion de connaissance²¹². L'Académie française définit la connaissance comme « *ce que l'on connaît par l'étude, l'expérience ou par tout autre moyen d'information* »²¹³. La connaissance n'est donc pas une entité passive, mais un processus humain dynamique qui implique l'intégration et l'interprétation d'informations contextuelles par l'étude, l'expérience et l'observation.

Cette distinction est essentielle. L'information existe indépendamment des individus, comme un fait brut ou un ensemble de symboles. En revanche, la connaissance repose intrinsèquement sur les facultés subjectives de l'esprit humain²¹⁴. Sans la conscience humaine, la connaissance ne saurait exister²¹⁵. L'information, en tant qu'acte d'informer, est destinée à produire un état de connaissance dans l'esprit du destinataire²¹⁶.

Nous percevons, désormais, le rapport que l'information entretient avec la connaissance. Pour l'économiste BOULDING, la relation est analogue à celle entre le revenu et le capital : « *information is to knowledge what income is to capital* »²¹⁷ c'est-à-dire l'information est à la connaissance ce que le revenu est au capital. Pour le dire autrement, l'information est le flux qui alimente la connaissance, le stock accumulé dans l'esprit.

Malgré cette distinction conceptuelle, il est regrettable de constater que, dans le secteur des technologies de l'information et de la communication, les notions de connaissance et d'information sont fréquemment utilisées comme des synonymes²¹⁸. Cette confusion terminologique peut potentiellement obscurcir les enjeux juridiques liés à la protection et à la circulation de ces différentes entités.

212 Le substantif « connaissance » est dérivé du participe présent du verbe connaître, ce dernier est issu du latin *cognoscere* signifiant « *apprendre, prendre connaissance de* » avec une valeur inchoative (REY A., *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, Paris, septembre 2016, 4^e éd., p. 537)

213 Académie française, *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd.

214 Cependant, relevons qu'en économie, Fritz MACHLUP mettait en garde contre une distinction aussi stricte entre l'information et la connaissance. Cet économiste autrichien soutenait que la différenciation ne pouvait se fonder que sur un critère temporaire (MACHLUP F., *The production and distribution of knowledge in the United States*, Princeton University Press, New Jersey, 1962, spéc. p. 15).

215 V. l'œuvre *Théétète* de Platon

216 V. ARSAC J., *La science informatique*, Dunod, Paris, 1970 : pour ce célèbre informaticien, l'information est le « *support formel à la connaissance* ». Ainsi, l'information constitue la base de la connaissance.

217 BOULDING K. E., *Information : the source and the enemy of knowledge*, School of Library and Information Management, State University 1988, p. 12

218 SVEIBY K. E., *Knowledge Management. La nouvelle richesse des entreprises ; Savoir tirer profit des actifs immatériels de sa société*, Maxima, Paris, février 2000, p. 81

21. **La notion de savoir** – Le terme « savoir »²¹⁹, quant à lui, renvoie à un ensemble de connaissances acquises par l'étude²²⁰. Cependant, il ne s'agit pas d'une simple juxtaposition de connaissances isolées, mais plutôt d'une structuration et d'une organisation cohérente de connaissances et d'expériences²²¹. Le savoir représente donc une étape supérieure dans la hiérarchie cognitive, où les connaissances sont intégrées dans un cadre plus large et systématisé, permettant leur mobilisation et leur application.

En science de l'information, cette distinction est particulièrement nette. L'information est souvent analysée comme un « *savoir en action* ». Pour reprendre les termes du Professeur Rainer KUHLEN, « *l'information est [...] la forme activée du savoir pour une utilisation* »²²². L'information est ce qui permet de rendre le savoir opérationnel et de le diffuser pour des objectifs spécifiques.

Après avoir circonscrit ces notions connexes et essentielles, il nous reste désormais à délimiter la notion centrale de notre étude, la donnée numérique, afin d'en comprendre les spécificités et les implications juridiques.

II. La délimitation de la notion de donnée numérique

22. **L'absence de définition unifiée de la « donnée »** – L'avènement de l'informatique a marqué la genèse du concept de concept de « donnée numérique »²²³. Si le pluriel « données »

219 Le savoir est la resuffixation de la forme *saveir* est issu du latin populaire *sapēre* altération du latin classique *sapere* (BLOCH O. et VON WARTBURG W., *Dictionnaire étymologique de la langue française*, Presse Universitaire de France, 1950, 2^e éd., p. 548) signifiant « avoir du goût » et au figuré « avoir de l'intelligence, du jugement ».

220 REY A., *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, Paris, septembre 2016, 4^e éd., p. 2162

221 Le philosophe SOCRATE met l'accent sur le savoir qui est pensé à partir de la société. Ce savoir peut conduire au pouvoir social et à la philosophie de l'État. En somme, il sert l'*arété* (LÉVY E., *Arété, timè, aidôs et némésis : le modèle homérique*, Ktéma : civilisations de l'Orient, de la Grèce et de Rome antiques, 1995, n° 20. pp. 177-211, spéc. 178-181), contribue à la communauté, à la *Polis*. L'ami d'Alcibiade distingue ce savoir de la *doxa*. Cette dernière est savoir illusoire, instable et faillible (LAFRANCE, Y., *Les fonctions de la doxa-épistémè dans les dialogues de Platon*, Laval théologique et philosophique, 1982, n° 38(2), p. 115–135. spéc. p. 119) fondé sur les apparences des choses.

222 KUHLEN R., *Les effets de valeur ajouté des marchés de l'information*, in *La société informationnelle : enjeux sociaux et approches économiques*, MAYÈRE A. (sous-dir.), L'Hamattan, Paris, 1997, p. 176

223 Le mot « donnée » est le participe passé féminin substantivé du verbe « donner » lui-même issu du latin *donare* « *faire don, sacrifier, gratifier de* ». Il avait initialement le sens ancien d'« *aumône, distribution* ». Par la suite, ce mot n'a été utilisé que de manière limitée à certains domaines tels que les mathématiques, les statistiques, la psychologie afin de désigner le point de départ d'un raisonnement ou d'un développement. Dans ce cadre, l'Académie française définit la donnée comme un « *fait ou principe indiscuté, ou considéré comme tel, sur lequel se fonde un raisonnement ; constatation servant de base à un examen, une recherche, une découverte* » (Académie française, *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd.). L'usage de ce terme s'est ensuite étendu à partir des années 1997 avec l'utilisation de l'informatique pour désigner une représentation d'une information sous une forme conventionnelle adaptée à son exploitation.

était traditionnellement prédominant, l'emploi du singulier « donnée » est désormais de plus en plus courant pour désigner un ensemble de ces éléments²²⁴. En outre, l'usage croissant du terme anglais « *data* » en lieu et place de « donnée » s'observe, comme en témoignent des expressions telles que « *Big Data* » l'équivalent de « données massives » ou encore « mégadonnées ».

La donnée s'est imposée comme une « *particule élémentaire de l'espace numérique* »²²⁵ ou encore comme « *l'unité atomique de la technologie numérique* »²²⁶. Cependant, à l'instar de l'information, ce concept usuel se révèle d'une polysémie déconcertante, au point d'être perçu comme « un dangereux leurre »²²⁷.

Aussi étonnant que cela puisse paraître, la science juridique ne s'est, jusqu'à présent, que peu penchée sur la question de savoir ce que « sont » les données numériques en tant qu'objets juridiques²²⁸. Bien que la nécessité d'élaborer un statut unique pour la donnée ait été avancée²²⁹, une telle définition générale fait actuellement défaut. Cette lacune s'explique principalement par la difficulté à circonscrire la notion de donnée, en raison de son caractère polysémique. À cette difficulté s'ajoute le fait que, dans l'environnement numérique, tout peut être considéré comme une donnée²³⁰.

Face à cette absence de définition unifiée, le Législateur s'est majoritairement contenté de définir des catégories spécifiques de données afin de leur octroyer un régime juridique particulier. Tel est notamment le cas des données à caractère personnel²³¹. Néanmoins, une définition de la donnée peut être retrouvée dans l'arrêté du 22 décembre 1981 relatif à l'enrichissement du vocabulaire informatique. Selon ce texte, le terme « donnée » désigne une « *représentation d'une information sous une forme conventionnelle adaptée à son exploitation* »²³².

224 V. en ce sens : KITCHIN R., *The Data Revolution. Big Data, Open Data, Data Infrastructures and Their Consequences*, Sage, Londres, 2014, p. XIV

225 BOURGEOIS M. et THIBIERGE L., *Droit de la donnée*, JCP E., 1^{er} juillet 2021, n° 26, 1331, p. 23

226 WARUSFEL B., *La transversalité du droit du numérique*, in Études en l'honneur du Professeur Jérôme HUET, L.G.D.J., 28 novembre 2017, spéc. 419

227 PÉLADEAN P., *Esquisse d'une théorie juridique des procès d'information relatifs aux personnes*, Revue de Droit de McGill, 1989, vol. 34, p. 957

228 Toutefois, nous pouvons relever que la question du statut juridique de la donnée a commencé à être abordée lors de l'adoption de la directive 96/9/CE du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données.

229 WARUSFEL B., *op. cit.*, p. 418 et s.

230 V. en ce sens : WARUSFEL B., *op. cit.*, 419 donnant une liste d'exemple de données : « *l'information qui est stockée, son support, les instructions du logiciel mis en œuvre pour en effectuer le traitement, les paramètres du système qui reçoit, calcule, enregistre et transmet les résultats* ». Cela conduit pour certaines données à un cumul de statuts juridiques qui peuvent être convergents ou contradictoire. ; RENAULT T., *Données massives et recherche en économie : une (r)évolution ?*, Regards croisés sur l'Économie, 2018/2, n° 23, p. 34

231 Art. 4 du règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016.

232 Arrêté du 22 décembre 1981 sur l'enrichissement du vocabulaire informatique, JORF, 17 janvier 1982, p. 624

Faute de définition unifiée, nous pouvons relever trois grandes approches de la notion. Dans un premier sens, les données sont appréhendées comme des éléments bruts, non contextualisés, des faits objectifs²³³. Leur valeur émergerait seulement par leur contextualisation et leur interprétation, les transformant alors en information²³⁴. Cette perspective postule une hiérarchie entre donnée et information, s'alignant sur la représentation dite *pyramide de l'information*²³⁵ proposée par le Professeur Russell ACKOFF. En somme, suivant cette approche, les données sont les prodromes des informations.

Contrairement à l'idée du fait brut, une deuxième approche définit la donnée comme une version déjà élaborée de l'information. Cette perspective sémantique associe la donnée au contenu informationnel des fichiers, concept connu dans la littérature anglo-saxonne sous le terme de « *Content Layer* ». Suivant cette approche, la donnée est déjà investie d'une certaine signification.

233 V. en ce sens : SCHAFF S. et POULLET Y., *Aspects juridiques de la télématique professionnelle*, Faculté universitaire Notre-Dame-de-la-Paix, Namur, 1987 : ces auteurs définissent les données comme « *des faits, des concepts, des relations de base qui sont susceptibles d'être organisées, par une série d'opérations, en informations fonctionnelles ; c'est-à-dire susceptibles de prendre « sens » pour un interlocuteur* » ; LEPAGE A., *Préface*, in BOURGEOIS M., *Droit de la donnée*, Paris, LexisNexis, novembre 2017, coll. Droit et Professionnels, p. XIII – V. ég. GOLDFINGER C. *op. cit.*, p. 208 : pour qui les données sont des particules élémentaires constitutives de l'information ; BERTRAND A., *op. cit.*, p. 570, n° 201.12 : cet auteur définit la donnée comme « *matière brute, [pouvant] se présenter sous de multiples formes (chiffres et/ou textes, sur papier ou informatisés...), [...] matérialisée ou fixée sur un support (papier, magnétique...)* » ; ABITEBOUL S., *Science des données. De la logique du premier ordre à la Toile*, leçon inaugurale à la chaire Informatique et sciences numériques du Collège de France, prononcée le jeudi 8 mars 2012, Collège de France, Fayard, Paris, 2012, coll. Leçons inaugurales, 226

234 V. ég. LAWRENCE, D. B., *The Economic Value of Information*, Springer, New York, 23 avril 1999, 393 p. : pour qui « *les données sont des symboles, images et des idées qui peuvent être encodées, stockées et transmises. Le message est une mise en forme particulière de données qui ne devient information qu'à partir du moment où le récepteur traite son contenu sémantique et l'incorpore dans sa connaissance du monde* » (citation citée de EL HADDANI M., BAULANT C., *La progression quantitative et qualitative de l'information grise dans le cycle de la compétitivité des entreprises*, Colloque international : Recherche et Pratiques en Marketing et Communication Kénitra/Maroc, 16 et 17 décembre 2016) – V. ég. SCHAFF S., *La notion d'information : la valeur juridique de l'information*, 1985, p. 2, disponible [en ligne] : <https://researchportal.unamur.be/files/55399790/6613.pdf> (consulté le 24/07/2021) ; CLARKE R., *Fundamentals of « Information Systems »*, rev. 14 August 1999, disponible [en ligne] : <https://www.rogerclarke.com/SOS/ISFundas.html> (consulté le 26/11/2023) ; ABITEBOUL S. et PEUGEOT V., *Terra Data : Qu'allons-nous faire des données numériques ?*, Pommier éd., 16 mars 2017, 344 p. ; BINCTIN N., *Le statut juridique des informations non appropriées*, LÉGICOM, 2013/1, n° 49, spéc. p. 31 : pour qui la donnée est une *res communis* qui ne devient une information qu'après formalisation la rendant communicable.

235 Cette approche représente le rapport entre les données, informations et la connaissance. La *pyramide de l'information* a pour base les données telles que les données de géolocalisation d'un téléphone portable. Le deuxième niveau est constitué d'informations tirées de ces données comme le lieu où se trouvait le propriétaire du téléphone portable. Et le troisième niveau est les connaissances acquises à partir de ces informations. Ainsi, pour reprendre l'exemple de la géolocalisation, nous pouvons obtenir des connaissances telles que le lieu de résidence ou de travail d'une personne. Certains auteurs y ajoutent un quatrième niveau concernant la sagesse, c'est-à-dire la capacité à prendre de bonnes décisions. V. GARTNER R., *Metadata Shaping Knowledge from Antiquity to the Semantic Web*, Springer, 22 août 2016, 124 p., spéc. p. 9-11 ; SUCCI S. et COVENEY P. V., *Big data : the end of the scientific method ?*, Philosophical Transactions of the Royal Society A : Mathematical, Physical and Engineering Sciences, 18 février 2019, disponible [en ligne] : <https://royalsocietypublishing.org/doi/10.1098/rsta.2018.0145> (consulté le 19/11/2023)

Enfin, dans un troisième sens, les données sont considérées comme des « *informations stockées par l'ordinateur dans des fichiers mémorisés et accessibles à l'opérateur* »²³⁶. Il existe donc un lien intrinsèque entre information et donnée. En somme, la donnée relève de la catégorie des informations syntaxiques, désignée par les Anglo-Saxons par l'expression « *Code Layer* »²³⁷. Autrement dit, la donnée est une mise en forme particulière de l'information, conçue pour sa communication ou son traitement automatique²³⁸. Elle est une information codée sous une forme lisible par une machine, correspondant à une séquence binaire, une séquence de *bits*, c'est-à-dire une suite de zéros et de uns. En cela, cette perspective rejoint la définition de l'information donnée par l'ingénieur SHANNON, l'inventeur du *bit* et de l'*octet*. Selon ce dernier, l'information est une quantité de données transportées par un réseau téléphonique²³⁹. Cette traduction binaire est non seulement nécessaire pour le traitement informatique, mais elle ouvre un éventail de possibilités d'utilisation. Un exemple simple est le projet de numérisation de *Google Livres*²⁴⁰. Bien que cette opération de numérisation n'ajoute pas de contenu informationnel aux livres physiques, la mise à disposition de ces informations sous forme de données numériques offre des potentialités inédites d'analyse et de recherche d'une ampleur jamais vue auparavant.

Suivant cette dernière approche informatique, la donnée numérique ne doit pas être confondue avec son support de stockage ni son contenu. Bien qu'elle repose sur ces deux éléments, celle-ci possède une identité propre et des éléments distinctifs. Elle est la représentation logique et calculable du contenu, capable d'être copiée à l'identique sur un autre support. La donnée est, ainsi, traitée comme une entité formalisée, quantifiable et potentiellement reproductible. En cela, les données peuvent transmettre toutes les sémioses possibles, y compris des éléments protégés par la propriété intellectuelle tels que les œuvres, les inventions. Cependant, elles ne sauraient exister sans l'objet auquel elles se rattachent²⁴¹.

236 STROWEL A. et DERCLAYE E., *op. cit.*, p. 456

237 SCHIELE F., LAUX F. et CONNOLLY T. M., *Applying a layered model for knowledge transfer to business process modelling (BPM)*, International Journal on Advances in Intelligent Systems, 2014, n° 1 & 2, vol. 7, p. 156-166, spéc. 159

238 V. par ex. la définition fournie par l'Organisation internationale de normalisation. Selon cette organisation, la donnée est une « *représentation réinterprétable d'une information sous une forme conventionnelle convenant à la communication, à l'interprétation ou au traitement* » (ISO/IEC 2382:2015, 2121272) – V. ég. Décision 92/242/CEE du Conseil du 31 mars 1992 en matière de sécurité des systèmes d'information, OJCEE, L 123, 8.5.1992, p. 19-25 : il ressort que la base du traitement informatique pour produire une donnée informatique est l'information (cons. 3). – VIANGALLI F., *Le concept de données en droit du numérique. Essai de définition*, RLDI, 1^{er} avril 2023, n° 202 : pour qui la donnée numérique est une « *expression sous une forme sui generis du langage au sens large, que l'on pourrait qualifier de mode informatif* ».

239 SVEIBY K. E., *op. cit.*, p. 83-84

240 BROSSET L., *Google Livres et la numérisation : quels impacts pour les bibliothèques numériques ?*, Sciences de l'information et de la communication, 2016.

Il est important de distinguer la donnée de son support de stockage, le fichier de données, même lorsque ce dernier est dématérialisé²⁴². Reste que cette dimension physique, bien qu'abstraite, de la donnée revêt une importance capitale, notamment en matière de compétence internationale²⁴³. En effet, elle permet de « rattacher » la donnée à un territoire, correspondant au lieu où se situent les serveurs de stockage.

23. **L'approche sémiotique de la donnée** – Tout comme l'information, nous estimons que la conceptualisation de la donnée numérique repose sur une approche sémiotique dans la mesure où elle s'inscrit dans un phénomène linguistique. Ainsi, il est possible d'établir une taxinomie de la donnée fondée sur cette approche. Au niveau syntaxique, la donnée numérique correspond à une suite finie de signes binaires, de zéros et de uns. Seule la machine est en mesure de comprendre une telle série de chiffres, ce qui relève d'une approche purement technique. Sur le plan sémantique, la donnée correspond au contenu informationnel qui lui est associé. Le passage du niveau syntaxique au niveau sémantique requiert obligatoirement une machine pour retranscrire les données en une forme compréhensible par l'être humain, permettant ainsi l'extraction de l'information par un récepteur doté de capacités cognitives. Enfin, le niveau pragmatique se réfère à la connaissance transmise par la donnée, qui peut avoir des effets spécifiques ou servir un objectif particulier en fonction de son usage et de son contexte.

24. **Les classifications des données** – Dans le cadre du droit français et, plus largement, du droit européen, il ne semble pas exister de définition légale unifiée de la notion de donnée en tant qu'objet juridique. Néanmoins, le Législateur opère des distinctions basées sur le contenu de la donnée, différenciant en particulier les données à caractère personnel, les

241 En ce sens : BOURGEOIS M., et THIBIERGE L., *op. cit.*, p. 42 : L'objet auquel se rattache la donnée peut être une personne (nous sommes alors en présence d'une donnée à caractère personnel) ou une chose telle des marchandises ou des mesures météorologiques (donnée relevant de la catégorie des données non personnelles).

242 PIGNATARI O., *Le support en droit d'auteur*, Bruxelles, Larcier, coll. Création Information Communication, mai 2013, spéc.p. 87 et s.

243 V. par ex. CA Paris, Pôle 5, ch. 7, Ordonnance du 31 août 2012, n° RG 11/13233, *Google Ireland google France/ administration fiscale* – V. ég. art. 24.5 du règlement (UE) 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

Reste qu'une difficulté s'ajoute en présence des données situées dans le nuage (le « *cloud* ») dans la mesure où elles ne sont pas hébergées sur un seul serveur, mais plutôt réparties virtuellement sur un réseau de serveurs pouvant se situer dans différents États.

données à caractère non personnel²⁴⁴ et les données publiques²⁴⁵. Aussi, cette approche met-elle en lumière le caractère indéniablement hétérogène de la donnée numérique.

Par ailleurs, une taxonomie avait été proposée par le Forum économique mondial le 17 février 2011²⁴⁶, distinguant les données selon leurs modalités de « production ». Bien que cette distinction ait été initialement conçue pour les données à caractère personnel, celle-ci peut parfaitement s'appliquer aux données non personnelles, comme en témoigne le *Data Act*. Suivant cette proposition, trois types de données peuvent être identifiés : les données fournies volontairement, celles issues de l'observation et enfin celles déduites. Les données fournies volontairement correspondent aux données provenant de personnes qui les partagent ou les transmettent à d'autres. L'expression « *donnée contributive ou ascendante* » est également employée pour désigner ce type de données²⁴⁷. Ainsi, par exemple, relèvent de cette catégorie, les informations fournies lors de la création d'un profil sur les réseaux sociaux, la communication d'informations tenant à des pathologies sur un site Internet ou encore, le partage de résultat de recherches entre deux entreprises dans le cadre d'un joint-venture. Nous retrouvons également cette idée avec la notion de « *contenus numériques* » définis aux articles 2.1 et 3.1. de la directive (UE) 2019/770 du 20 mai 2019. Ici, les contenus numériques sont des données fournies par un professionnel à un consommateur. Quant aux données issues de l'observation, elles ne sont pas directement fournies par les personnes observées, mais correspondent à des éléments observables enregistrés par un observateur, y compris celles collectées par des machines. Par exemple, les données de localisation lors de l'utilisation de téléphones portables relèvent de cette catégorie. Enfin, les données déduites sont celles obtenues par l'analyse ou la combinaison d'autres données. Le Forum économique mondial cite l'exemple des scores de crédit calculés à partir des antécédents financiers d'une personne.

Cette taxonomie peut judicieusement être utilisée dans le cadre de la question de la réservation des utilités des données numériques voire sur celle de l'attribution de certaines prérogatives. Nous constatons que le Législateur européen a partiellement intégré cette

244 V. par ex. règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données ; règlement (UE) 2018/1807 du 14 novembre 2018 établissant un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union européenne

245 Bien que l'expression de « données publiques » soit devenue courante, sa notion est « *difficilement saisie par le droit* » (BOUL M. *Réflexion sur la notion de donnée publique*, Revue française d'administration publique, 2018/3, n° 167, p. 471-478) faute de définition légale. Celle-ci est intimement liée au mouvement d'ouverture des données de l'Administration ou encore dénommé « *open data* ».

246 World Economic Forum, Personal Data : The Emergence of a New Asset Class, Genève 17 février 2011, spéc. p. 14, disponible [en ligne] : https://www3.weforum.org/docs/WEF_ITTC_PersonalDataNewAsset_Report_2011.pdf (consulté le 19/11/2023)

247 CORNU M., ORSI F. et ROCHFELD J. (sous-dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Presses Universitaires de France, Paris, coll. Dictionnaires Quadriges, 23 août 2017, p. 399

taxonomie, notamment dans le *Data Act*, qui distingue clairement les données d'utilisation issues de l'observation des données dérivées ou déduites. Cette approche se retrouve également dans le RGPD, en particulier avec le droit à la portabilité des données, qui est limité aux données directement fournies par la personne concernée²⁴⁸.

Ces classifications illustrent parfaitement l'hétérogénéité des données. À cela s'ajoute l'absence de correspondance biunivoque entre la nature d'une donnée et son domaine d'application. Ainsi, par exemple, une donnée à caractère personnel pourra être employée dans le cadre d'une solution technique relevant de bio-informatique. De même, une donnée issue d'une mesure d'un événement tel qu'une manifestation sportive pourra être utilisée dans le cadre de stratégie commerciale. En d'autres termes, une donnée possède une pluralité d'utilités potentielles, ce qui complexifie d'autant plus son encadrement juridique.

25. Conclusion – Malgré les distinctions théoriques et taxinomiques établies, la pratique révèle une absence persistante de conception uniforme des notions d'information et de donnée, conduisant fréquemment à leur utilisation de manière indistincte. Les Législateurs français et européen ont, en effet, tendance à assimiler l'information à la donnée²⁴⁹, rendant ainsi difficile une claire différenciation conceptuelle entre les deux notions²⁵⁰. Cette assimilation, bien que commode pour la simplification des textes, masque des différences fondamentales essentielles à une compréhension approfondie des enjeux du numérique.

Même si les données peuvent être considérées comme des informations brutes ou codées, il est crucial de ne pas négliger leur dimension technologique. Les données numériques constituent, en effet, des moyens spécifiquement conçus pour le traitement, le stockage et la transmission d'informations dans un environnement informatisé. C'est précisément ce caractère technologique qui établit la distinction fondamentale entre l'information et la donnée. Contrairement à l'information, qui peut être appréhendée par l'esprit humain sans médiation technologique spécifique, la donnée est formatée pour être

248 V. art. 20 du RGPD

249 V. pour la France : la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ; la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique (section consacrée à l'ouverture de l'accès aux données publiques) ; – V. ég. en Espagne avec la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y garantía de derechos digitales, BOE núm. 294, de 06/12/2018 – V. pour le Législateur européen : par ex. la directive 96/9/CE du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, le règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 ; directive 2013/371/UE du 26 juin 2013, spéc. cons. 3 ; Règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023 et la directive (UE) 2020/1828 : le considérant 15 fait référence aux informations déduites alors que le considérant 25 évoque les données déduites.

250 V. par ex. cons. 26, art. 4.1 du règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 – V. en ce sens ég. HANCE O. P., *op. cit.*

directement adaptée à son exploitation et à son traitement informatique. Le passage de la dimension syntaxique au niveau sémantique nécessite, par conséquent, l'intervention d'une machine. Celle-ci interprète et « traduit » les données afin de les rendre accessibles aux capacités cognitives humaines²⁵¹. À l'inverse, l'information, quant à elle, n'exige pas, en principe, l'intervention d'une machine pour être accessible à l'esprit humain. Elle consiste, en effet, en un renseignement mis en forme de manière à le rendre intelligible et potentiellement communicable. Néanmoins, l'accessibilité d'une information n'équivaut pas à sa pleine compréhension ou à l'acquisition de connaissance, cette dernière pouvant nécessiter l'intégration d'autres informations spécifiques et un processus cognitif de la part du récepteur.

Dans la suite de notre étude, nous emploierons de manière générale la notion de « *donnée numérique* » et cela, pour désigner spécifiquement les données non personnelles. Ce choix terminologique vise à concentrer notre analyse sur les entités numériques qui ne relèvent pas du régime juridique spécifique des données à caractère personnel, tout en reconnaissant leur importance croissante dans l'économie numérique.

Par ailleurs, il convient de préciser que, outre les données, il existe d'autres « phénomènes » numériques qui leur sont souvent associés mais qui ne se confondent pas avec elles. Nous les désignerons collectivement comme des « *objets numériques* ». Ces objets se caractérisent principalement par leur nature exclusive. Il s'agit notamment des noms de domaine, des objets virtuels évoluant dans les environnements de jeux vidéo²⁵², ou encore des actifs numériques tels que les cryptomonnaies avec le *Bitcoin*. Bien qu'ils soient exprimés et structurés par des données, ces objets numériques sont fondamentalement définis par des relations contractuelles et factuelles qui leur confèrent une existence et une valeur distinctes. En raison de leur spécificité et de leur régime juridique souvent *sui generis*, ces objets numériques ne seront pas traités dans le cadre de notre analyse, qui se concentrera sur les données numériques en tant que telles.

251 *Contra* BOURGEOIS M., et THIBIERGE L., *op. cit.* : pour qui il n'a pas lieu de distinguer « donnée », « information » et « connaissance ». Pour ce faire, ces auteurs soutiennent que d'une part, sur un plan conceptuel, toute description du réel serait porteuse de signification, et d'autre part, sur un plan pratique, le phénomène de *Big Data* englobe ces trois notions.

252 LATIL A., *L'appropriation de la réalité virtuelle : une affaire sensible*, in La propriété intellectuelle renouvelée par le numérique (sous-dir. Bérengère Gleize et Agnès Maffre-Baugé), Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, 4 novembre 2020, p. 71-86

Section 3. L'objet de l'étude

26. Notre propos part du constat suivant : l'utilisation accrue de nouvelles technologies impliquant les données amène une modification profonde des relations sociales. Jadis simple support d'information, la donnée est désormais érigée en nouveau médium prédominant, véhiculant et structurant nos échanges. Cette mutation est intrinsèquement liée à l'expansion exponentielle de la numérisation, l'essor du *Big Data* et la prolifération de l'Internet des objets, consacrant les données comme composantes élémentaires de la société de l'information²⁵³.

Parallèlement à leur fonction communicationnelle, les données ont acquis une valeur économique substantielle, les positionnant comme des biens potentiellement commercialisables. Cet intérêt croissant pour les données s'accompagne toutefois de risques considérables tels que la « captation » et l'utilisation illicites des données. De telles pratiques sont susceptibles de porter gravement atteinte aux intérêts légitimes des détenteurs de données puisqu'elles peuvent entraîner une dévalorisation voire une perte irrémédiable de ces dernières. En effet, les données regroupées en fichiers n'existent aujourd'hui que sous forme numérique. Ces fichiers de données ne peuvent en aucun cas être mémorisés et reconstruits à partir de la mémoire humaine. Ainsi, par exemple, la destruction de toutes les copies de fichiers de données de mesure d'une entreprise entraînerait la disparition pure et simple des informations qu'ils contiennent. Les individus peuvent se souvenir d'une variété d'informations, mais n'ont pas la capacité de se remémorer des données numériques contenues dans les fichiers en cause. La plupart des données sont constituées en réalité de *bits* ou d'*octets* qui n'ont aucune directe pour l'entendement individuel et ne peuvent donc pas être mémorisés. Au-delà des préjudices directs pour les détenteurs, de tels comportements menacent également l'innovation fondée sur les données et la saine concurrence sur les marchés pertinents.

L'importance économique croissante des données rend impérative une réflexion approfondie sur leur saisie par le Droit. Dans ce contexte d'essor fulgurant, la tentation est grande pour les détenteurs d'aspirer à une protection de leurs données. Partant, la question de la réservation des utilités des données est au cœur de débats intenses au sein des sphères scientifiques et politiques. L'objectif sous-jacent est de permettre aux détenteurs de se

253 STEPANOV I., *Introducing a property right over data in the EU : the data producer's right – an evaluation*, International Review of Law, Computers & Technology, 2019

ménager l'exclusivité des utilités de leurs données, appelant à l'établissement de nouveaux équilibres.

Historiquement, les législations française et européenne se sont principalement concentrées sur la protection des données à caractère personnel. Cette orientation s'explique par la nécessité impérieuse de prémunir la personne physique et sa vie privée contre les usages potentiellement abusifs de ses données par des tiers. Si ce risque existait avant la « révolution numérique », il s'est considérablement amplifié avec les nouvelles technologies de recoupement de données, capables d'identifier un individu sans connaissance préalable de son identité²⁵⁴. Cependant, il serait erroné de considérer toutes les données comme relevant *de facto* d'une seule et unique catégorie, celle des données personnelles. Pour preuve, une proportion significative des données relatives aux personnes morales, ainsi qu'une partie des données publiques²⁵⁵, ne relèvent pas du domaine des données à caractère personnel. Aussi, existe-t-il à côté de cette catégorie, des données à caractère non personnel²⁵⁶, désignées dans la doctrine germanique sous le terme de « *Sachdaten* »²⁵⁷ que nous pouvons traduire par données factuelles. Ces données non personnelles requièrent également une protection adéquate eu égard à leur valeur, leurs utilités potentielles et les intérêts économiques qu'elles représentent pour leurs détenteurs.

Néanmoins, la difficulté majeure réside dans le fait que le Législateur ne fournit qu'une définition négative de la donnée non personnelle²⁵⁸, ce qui rend sa délimitation conceptuelle insatisfaisante. La portée extensive de la notion de données à caractère personnel implique qu'il n'est pas possible de qualifier certaines données de non personnelles « en tant que telles », c'est-à-dire sur la seule base de leur nature intrinsèque. Une telle observation signifie, pour notre étude, que certaines de nos assertions et conclusions ne pourront être limitées *ex ante* à des situations, mais devront être déterminées *ex post* en fonction des contextes concrets selon que la donnée soit qualifiée de donnée personnelle ou non. Par surcroît, l'essor du *Big Data* engendre un risque que des données considérées aujourd'hui

254 V. en ce sens : Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, *Avis 4/2007 sur le concept de données à caractère personnel*, 20 juin 2007, 01248/07/FR, WP 136

255 Par ex. les données météorologie, celles tenant aux trafics voire les archives publiques numérisées.

256 V. par ex. règlement (UE) 2018/1807 du 14 novembre 2018 établissant un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union européenne.

257 V. par ex. THOUVENIN F., FRÜH A. et LOMBARD A., *Eigentum an Sachdaten : Eine Standortbestimmung*, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts – und Finanzmarktrecht, 2017, p. 25-34 ; SCHMID A., SCHMIDT K. J., ZECH H., *Rechte an Daten – zum Stand der Diskussion*, Schulthess Polygraphischer Verlag, 2018 ; SPRECHER F., *Datenschutz und Big Data im Allgemeinen und im Gesundheitsrecht im Besonderen*, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, 2018, 7/8, p. 482-519 ; FRÜH A., *Datenzuordnung und Datenzugang. Eine Übersicht über Stand und Entwicklungspotenziale zweier komplementärer Aspekte der Datenpolitik*, Digma, 2019, n° 4, p. 172-177.

258 V. Règlement (UE) 2018/1807 du 14 novembre 2018t, cons. 11 selon lequel les données non personnelles sont les « données autres que personnelles »

comme non personnelles puissent permettre une « réidentification » des personnes concernées à terme, et, ce faisant, devenir des données personnelles. Ainsi, par exemple, des données qui n'ont pas de lien avec des personnes en tant que telles comme des données météorologiques mesurées par des capteurs ou des données pseudonymisées, peuvent devenir des données personnelles en étant associées à d'autres données ou réidentifiées. Cependant, cette complexité ne saurait entraver une analyse approfondie de la question générale de la réservation des utilités des données numériques.

27. Le concept d'utilité des données – Dans le cadre de cette thèse, nous avons choisi d'aborder la question des données sous l'angle spécifique de la réservation de leurs utilités. Aussi, cette approche conduit-elle nécessairement à s'interroger sur la notion même d'utilité. De manière générale, l'utilité a toujours été étroitement associée aux propriétés objectives qui confèrent aux biens leur désirabilité. En effet, « *se référant à ARISTOTE, une longue tradition d'économistes, de GALIANI et CONDILLAC à J.-B. SAY en particulier, a fait de l'utilité la cause ultime de la désirabilité des biens* »²⁵⁹. Ainsi, en économie, l'utilité se réfère généralement à la satisfaction ou au bénéfice qu'un individu retire de la consommation d'un bien ou d'un service. Elle est de ce fait considérée comme une approche hédoniste et essentiellement subjective, car liée aux préférences individuelles et non directement mesurable²⁶⁰. Cependant, cette subjectivité n'a pas empêché des économistes, à l'instar du Britannique JEVONS, d'établir un lien direct entre l'utilité d'un bien et sa valeur. Selon JEVONS, la valeur d'un bien découle de son degré final d'utilité, et non de la quantité de travail nécessaire à sa production²⁶¹. L'utilité, concept fondamental en microéconomie, fournit ainsi un cadre d'analyse pertinent pour expliquer les choix des consommateurs, la demande de biens et de services, ainsi que l'équilibre des marchés.

Toutefois, la donnée numérique se distingue fondamentalement des biens matériels par sa nature de bien « non-rival » aux yeux des économistes. Cela signifie qu'elle peut être consommée simultanément par une pluralité d'acteurs sans s'épuiser ni s'altérer à l'usage. Elle peut être traitée et retraitée, servir à plusieurs reprises la même finalité ou être exploitée à des fins multiples, lui conférant des utilités potentielles infinies. La donnée numérique recèle une valeur latente immense, fondée sur ses utilités potentielles, ce qui, paradoxalement,

259 V. en ce sens : MISTRAL J., *La science de la richesse. Essai sur la construction de la pensée économique*, NRF, éd. Gallimard, Paris, coll. Bibliothèque des Sciences humaines, 31 janvier 2019, chap. V., p. 254

260 Cette conception est celle de l'utilité économique, également nommée *ophélimité*, un concept élaboré par l'économiste italien PARETO dans son ouvrage *Manuel d'économie politique*. – V. CAMPAGNOLO G. et GHARBI J.-S., *Philosophie économique. Un état des lieux*, éd. Matériologique, Paris, coll. E-conomiques, février 2017, p. 101

261 MISTRAL J., *op. cit.*, chap. V, p. 260

alimente la tentation d'en réserver les usages, souvent pour des raisons purement économiques. Or, bien que les données possèdent des utilités économiques et sociales avérées, il est capital que les intérêts financiers qui en découlent ne masquent pas les enjeux sociétaux essentiels liés à leur exploitation pour la société.

28. La méthode d'analyse employée et le périmètre de l'étude – Afin de mener à bien cette recherche, des choix méthodologiques rigoureux ont été opérés. Nous allons donc les détailler, en décrivant la méthode suivie, avant d'exposer la problématique centrale de notre étude.

Notre premier choix d'ordre méthodologique a été d'adopter une approche transversale. Néanmoins, en raison des contraintes inhérentes à ce type d'exercice, nous avons choisi de circonscrire l'étude aux principaux droits civils, incluant notamment la propriété intellectuelle, le droit des contrats et la responsabilité civile. Bien qu'une analyse sectorielle aurait permis une étude plus approfondie de points précis, elle aurait, à notre sens, limité la compréhension de la complexité inhérente de la question de la réservation des utilités des données.

De plus, compte tenu de la place centrale du numérique dans la société contemporaine, cette étude adopte également une méthode délibérément pluridisciplinaire. Une compréhension exhaustive du phénomène des données numériques exige, en effet, l'intégration de perspectives issues de l'économie, de la philosophie et de la sémiotique, en complément de l'analyse juridique. Fidèles à cette approche, nous nous sommes attachés, dans cette thèse, à incorporer les apports de l'économie générale et de l'analyse économique spécifique. Cette inclusion est particulièrement appropriée compte tenu de l'influence prégnante de cette discipline dans le droit et, tout particulièrement, en droit des affaires²⁶².

Par ailleurs, l'ampleur du phénomène de « *datafication* » et l'omniprésence des données nous ont imposé de restreindre le périmètre de cette étude. Aussi, notre analyse portera-t-elle spécifiquement sur les données à caractère non personnel. Par conséquent, les

262 V. par ex. MACKAAY E., ROUSSEAU S., LAROCHE P. et al., *Analyse économique du droit*, Dalloz, Paris, coll. Méthodes du droit, mai 2021, 3^e éd., 906 p. ; GABUTHY Y., *Analyse économique du droit : présentation générale*, Économie & prévision, 2013, n° 202-203, p. 1-8 ; GABUTHY Y. et JACQUEMET N., *Analyse économique du droit et méthode expérimentale*, Économie & prévision, 2013, n° 202-203, p. 121-145 ; RAYNOUARD, A., *Analyse économique du droit et évaluation des systèmes juridiques*, in Qu'en est-il du code du commerce 200 ans après ? (SAINT-ALARY-HOUIN C. sous-dir), Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2008, p. 379-383 ; ENCINAS DE MUNAGORRI R., *L'analyse économique est-elle une source du droit ?*, RTD civ., 2006, n° 3, p.505-510 ; FARJAT G., *Pour un droit économique*, PUF, Paris, coll. Voies du droit, 10 novembre 2004, 224 p. ; KIRAT T., *Économie et droit. De l'analyse économique du droit à de nouvelles alliances ?*, Revue économique, juillet 1998, vol. 49, n° 4, p. 1057-1087 ; FLUET C., *L'analyse économique du droit*, Économie appliquée, 1990, n° 43-3, p. 53-66

problématiques liées aux données à caractère personnel, telles que leur protection, ne seront pas traitées, ces dernières étant déjà largement étudiées, en particulier sous l'angle du RGPD²⁶³. Néanmoins, afin d'établir un parallèle pertinent et de renforcer notre argumentation concernant la problématique de la réservation des utilités des données non personnelles, nous pourrions être amenés dans notre étude à y faire référence. Ces mentions auront pour objectif d'apprécier la pertinence de l'appropriation des données, en l'appliquant spécifiquement aux données non personnelles et cela, sans pour autant dévier de notre axe d'analyse principal. Cette approche comparative permettra de mettre en exergue les spécificités et les enjeux propres aux données non personnelles, tout en bénéficiant de la richesse conceptuelle issue des débats passés sur l'appropriation des données personnelles.

Enfin, notre étude ne se cantonnera pas à une vision purement positiviste du droit, qui consisterait à simplement décrire et évaluer les moyens existants de réservation des utilités des données numériques. Elle intégrera également une réflexion prospective. L'évolution du Droit, au diapason des mutations sociales, est, en effet, indispensable pour éviter sa sclérose, et les données numériques en attestent l'urgence actuelle. Néanmoins, cette capacité du Droit à s'adapter aux évolutions sociales se révèle être une constante historique.

29. Problématique générale – La conjonction de ces éléments nous amène à nous interroger sur la réservation des utilités des données numériques. Par « réservation », nous entendons les mécanismes permettant le contrôle des données. Cette réservation peut être de droit ou de fait²⁶⁴. La première repose sur un titre juridique déterminé qui confère à l'ayant droit ou aux ayants droit, des droits exclusifs. Tel est le cas, par exemple, des droits de propriété intellectuelle. Ces droits permettent au titulaire de contrôler pleinement l'exploitation faite des biens intellectuels. À l'inverse, une réservation de fait ne s'appuie sur aucun titre juridique, mais sur des mécanismes factuels tels que le secret.

263 V. par ex. KOUMPLI C., *Les données personnelles sensibles : contribution à l'évolution du droit fondamental à la protection des données personnelles : étude comparée : Union européenne, Allemagne, France, Grèce, Royaume-Uni*, Thèse de doctorat, droit public, Université Paris 1, 18 janvier 2019 ; BERTRAND V., *Contrat et données personnelles*, Thèse de doctorat, droit privé, Université de Perpignan, 19 novembre 2021

264 MOUSSERON J.-M., et VIVANT M., *Les mécanismes de réservation et leur dialectique : le « terrain » occupé par le droit*, JCP E., 1989, n° 1, p. 2-4 : ces auteurs distinguent la réservation intellectuelle qui s'opère par le biais du secret de la réservation économique. Ce dernier mode, contrairement au secret qui « enfouit » l'information, divulgue l'information mais en gardant le contrôle. Aussi, cette réservation économique se fonde principalement sur les droits de la propriété intellectuelle et sur la concurrence déloyale. Néanmoins, cette présentation simpliste ne doit pas faire oublier le possible « cumul entre propriété et secret ». Bien qu'antinomiques en apparence, ces modes peuvent se cumuler comme en matière de protection des logiciels ou encore les mesures technique de protection.

La question centrale est de savoir si le simple fait de « créer » une donnée véhiculant une information justifie à lui seul l'instauration d'une réservation spéciale. Cette idée de se réserver les utilités potentielles des données vise principalement à répondre aux problèmes que peuvent susciter les traitements de données dans l'environnement numérique, notamment avec l'extraction de données ou *data scraping*²⁶⁵, et leur réutilisation, ainsi qu'aux enjeux liés à l'émergence d'un véritable marché des données numériques. En effet, si les données ont toujours présenté un intérêt, elles étaient auparavant perçues comme secondaires par rapport aux activités fondamentales de l'entreprise, ou limitées à des catégories précises, telles que les données personnelles. Cependant, avec l'ère numérique et, plus récemment, l'avènement du *Big Data*, cette perception évolue radicalement : toutes les données deviennent précieuses par définition. Elles acquièrent ainsi une nouvelle valeur et se « transforment » en une marchandise à part entière²⁶⁶. Or, pour qu'il y ait marchandisation, il est nécessaire, selon une approche juridique, d'être en présence d'un bien appropriable. Et comme le rappelle le Professeur Éric LOQUIN, l'appropriation peut naître d'un droit de propriété, mais aussi droit d'un réservant à son titulaire l'usage de la chose²⁶⁷. Dès lors, il devient inévitablement nécessaire de procéder à une analyse des techniques juridiques susceptibles d'offrir une réservation des utilités des données numériques.

30. Annonce du plan – Dans le cadre de notre étude, nous adopterons deux approches complémentaires. La première approche reposera sur une réflexion à partir de notre droit

²⁶⁵ Nous pouvons citer à titre d'illustration les faits de l'« odyssée » judiciaire opposant la société *HiQ Labs, Inc.* à *LinkedIn Corp.* *HiQ* est une société qui utilise des « bots », c'est-à-dire une application logicielle programmée pour effectuer des extractions de données sur le site *LinkedIn* que les utilisateurs ont souhaité rendre publiques et qui peuvent être consultées sans même avoir de compte *LinkedIn*. Cette pratique permettait à la société *HiQ* d'offrir des services d'analyse aux employeurs, y compris ceux qui cherchent à embaucher lesdits utilisateurs. *LinkedIn* a mis en demeure la société *HiQ* de cesser cette pratique et a tenté de mettre fin à la capacité de cette dernière d'accéder à son site internet. Saisi, le juge Edward M. CHEN a considéré que la pratique de *HiQ* était légale en faisant une analogie avec des écriteaux d'annonce dans une vitrine. Il estimait, en effet, que « *but if a business displayed a sign in its storefront window visible to all on a public street and sidewalk, it could not ban an individual from looking at the sign and subject such person to trespass for violating such a ban. LinkedIn, here, essentially seeks to prohibit hiQ from viewing a sign publicly visible to all* » (Northern District of California, *hiQ Labs, Inc. v. LinkedIn Corp.* 14 août 2017, n° 17-cv-03301-EMC). Par la suite, le Tribunal du district Nord de Californie a jugé en novembre 2022 que la société *HiQ* avait violé les conditions d'utilisation du site de *LinkedIn* qui interdisait l'extraction de données (*hiQ Labs, Inc. v. LinkedIn Corporation*, n° 17-cv-03301-EMC, 4 novembre 2022). Néanmoins, une telle affaire ne peut avoir lieu en européen au regard de la réglementation sur les données à caractère personnel. La pratique de la société *HiQ* viole, en effet, l'article 14.2 du règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 (CNIL, Délibération de la formation restreinte n° SAN-2024-020 du 5 décembre 2024 concernant la société KASPR). Mais, des différends similaires peuvent parfaitement naître concernant les données non personnelles telles que les données de vols de compagnies aériennes lorsque les conditions d'utilisation du site ne prévoient pas l'exclusion de pratique tenant à l'extraction de données.

²⁶⁶ CUKIER K. et MAYER-SCHÖNBERGER V., *op. cit.*, p. 115

²⁶⁷ LOQUIN É., *L'appropriation juridique de la marchandisation*, in LOQUIN É. et MARTIN A. (sous-dir.), *Droit et marchandisation*, LexisNexis, Paris, coll. Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investisseurs internationaux, 16 avril 2010, p. 79-110, spéc. p. 84

existant (**Partie I**). Cette approche de *lege lata* nous amènera à nous demander si le Droit actuel aménage une véritable réservation des utilités de la donnée numérique. Cela est d'autant plus nécessaire que la donnée est pervasive²⁶⁸ en ce qu'elle touche toutes les branches du droit²⁶⁹. Ainsi, la donnée ne correspond pas à une catégorie juridique autonome dotée d'un régime propre. Au contraire, elle est appréhendée par des règles de droit commun, telles que le droit de la responsabilité civile ou le droit des contrats, voire par des règles spéciales comme la propriété intellectuelle. Cependant, cette situation ne doit pas conduire à « tordre », à « distordre »²⁷⁰ les droits existants. Une telle approche nous mènera à constater l'absence d'un véritable *corpus* de règles spécifiques tenant à la réservation des utilités des données. Ce véritable « *patchwork* » de réglementations se révèle préjudiciable à la sécurité juridique.

La seconde approche, plus pragmatique²⁷¹, nous conduira à nous demander s'il n'est pas nécessaire de consacrer un véritable droit de propriété sur les données numériques²⁷² (**Partie II**). Le droit de propriété joue, en effet, le rôle de modèle de la réservation juridique²⁷³ par excellence. Cette perspective de *lege ferenda* s'inscrit dans le cadre des réflexions relatives au développement de l'industrie 4.0 et de l'Internet des objets²⁷⁴. Reste, toutefois, une question essentielle. La donnée est, certes, une chose, mais peut-elle devenir un bien ? Il conviendra alors d'examiner l'aptitude de la propriété à appréhender cette nouvelle réalité qu'est la donnée numérique. En raison de son caractère immatériel, ne faudrait-il pas qu'une loi spéciale vienne instituer une réservation privative de la donnée numérique ? Bien que cette approche favorable à la « *propertisation* »²⁷⁵ des données puisse apparaître comme une

268 BOURGEOIS M., *Droit de la donnée*, Paris, LexisNexis, novembre 2017, coll. Droit et Professionnels, p. 3

269 En matière de données, la distinction entre droit privé et droit public tend à s'estomper d'autant plus au regard de l'harmonisation opérée par l'Union européenne.

270 Nous avons choisi d'utiliser les termes « tordre » et « distordre » en référence au Professeur Jean-Pierre CHAMOUX (CHAMOUX J.-P., *Synthèse et orientation pour la recherche*, in *L'appropriation de l'information* (sous-dir. Jean-Pierre Chamoux), Litec, Paris, coll. Droit & Informatique, février 1986, p. 18 p. 144).

271 MALLET-BRICOUT B., *Bien et immatériel – Rapport français*, in *L'immatériel*, journées espagnoles, tome LXIV, travaux de l'association Henri Capitant, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 175-176 qui avait relevé le développement d'une approche pragmatique des biens immatériels suivant laquelle il convient de créer une réglementation lorsque cela est nécessaire pour s'adapter notamment au progrès technologique.

272 BRUGUIÈRE J.-M. (sous-dir.), *L'émergence d'un droit des données*, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, 7 décembre 2023, 186 p : pour qui le droit des données est une « *sorte de droit spécial* » dans le droit du numérique.

273 MOUSSERON J.-M., RAYNARD J. et REVET T., *De la propriété comme modèle*, in *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris (France), Litec, 1993, p. 281-295

274 Commission européenne, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Stratégie pour un marché unique numérique en Europe*, {SWD(2015) 100 final}, Bruxelles, 6 mai 2015, COM(2015) 192 final ; *id.*, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Créer une économie européenne fondée sur les données*, {SWD(2017) 2 final}, Bruxelles, 10 janvier 2017, COM(2017) 9 final

275 STROWEL A., *Omnia sunt Communia : des opera au Big Data*, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2018/2, vol. 81, p. 177-209

marque de « *raffinement* »²⁷⁶ de notre système juridique, il ne faut pas occulter les difficultés inhérentes à une telle appropriation. Par ailleurs, la volonté d'assurer une réservation privative des données ne doit pas se faire au détriment de l'innovation et de la libre circulation de l'information²⁷⁷. Un équilibre subtil doit donc s'opérer entre les intérêts personnels du détenteur des données et ceux des tiers et de la collectivité. Aussi, notre analyse entend-elle trouver une cohérence entre la réservation des utilités des données et leur accès aux tiers.

Première partie. – Analyse *de lege lata* des mécanismes de réservation des utilités des données numériques

Seconde partie. – Réflexions *de lege ferenda* sur l'instauration d'un droit de propriété des données numériques

276 ZÉNATI F., *Pour une rénovation de la théorie de la propriété*, RTD Civ., 1993, p. 305 et s. pour qui « l'incapacité d'une société à organiser la propriété incorporelle n'est que la traduction de l'insuffisance du degré de raffinement de son système juridique ».

277 BOY L., *Les nouvelles propriétés collectives : voulues, subies ?*, in Y. STRICKLER et F. SIIRIAINEN (sous-dir.) *Volonté et biens, regards croisés*, L'Harmattan, coll. Droit privé et sciences criminelles, juillet 2013, p. 112 dénonçant la « *tendance hyper-protectionniste* » qu'a connue la propriété intellectuelle.

PREMIÈRE PARTIE.

**ANALYSE DE LEGE LATA DES MÉCANISMES DE
RÉSERVATION DES UTILITÉS DES DONNÉES NUMÉRIQUES**

31. Dès la fin du XIX^e siècle, le célèbre juriste belge PICARD relevait que « *dans la catégorie des choses, les intellectuelles ont [...] pris place à côté des matérielles. Ainsi, s'est affirmée une fois de plus cette vérité que c'est une erreur d'imaginer le Droit composé exclusivement d'éléments doués de matérialisations visibles et tangibles en eux-mêmes, mais qu'au contraire la part de l'invisible réel y est considérable* »²⁷⁸. Ce constat n'est pas, à ce jour, démenti. L'économie de la connaissance a supplanté l'économie industrielle, faisant de l'immatériel le principal facteur de production. L'émergence de l'informatique et l'utilisation de l'Internet ont rendu cette observation encore plus vraie. L'importance de la donnée, invisible mais éminemment concrète, est d'ailleurs clairement reconnue par l'Union européenne, qui entend construire un véritable marché unique en la matière.

Mais, la valeur des données aiguise les convoitises, poussant leurs détenteurs à vouloir s'en réserver les utilités. En effet, la valeur intrinsèque de la donnée réside dans ses utilités potentielles. Actuellement, aucun droit de propriété n'est reconnu sur une donnée numérique en tant que telle. Toutefois, cela implique-t-il l'existence d'un « vide juridique » ? Nous ne le pensons pas. Il existe différents mécanismes de réservations *de lege lata*. Nous employons volontairement le terme de « réservation » au lieu d'appropriation. En effet, le terme de réservation renvoie à l'idée de conserver pour soi, de s'accaparer de fait d'une chose. Ainsi, il ne suppose pas nécessairement l'intervention d'un droit de propriété. Autrement dit, la réservation est une notion plus large que celle d'appropriation²⁷⁹.

32. La nature immatérielle de la donnée nous invite à vérifier si les droits de propriété intellectuelle sont à même d'offrir au détenteur une réservation. (**Titre I**). La propriété intellectuelle est vue comme la « *voie royale de protection des créations* »²⁸⁰ puisqu'il s'agit d'une réservation privative du bien informationnel. Ces droits de propriété intellectuelle offrent, effectivement, un monopole d'exploitation, ou plus exactement, un droit exclusif d'exploitation à leurs titulaires. Cependant, leur domaine est strictement délimité. Toutes les créations ne sont donc pas protégeables par la propriété intellectuelle. Il faut que la création réponde à des conditions qui varient en fonction des droits de propriété intellectuelle.

278 PICARD E., *Le droit pur*, éd. Ernest Flammarion, Paris, coll. Bibliothèque de Philosophie scientifique, 1928, p. 79

279 *Contra* v. SIIRIAINEN F., *L'appropriation de l'information, grandeur ou décadence de la propriété ?*, in Immatériel, nouveaux concepts, Economica, 2001, p. 127 et s. qui a habilement relevé l'existence d'un pluralisme de manifestations de la propriété de l'information. Cependant, nous prenons dans notre étude le sens strict d'appropriation c'est-à-dire la reconnaissance d'un droit de propriété sur le bien.

280 BRUGUIÈRE J.-M., *Droit des propriétés intellectuelles*, Ellipses, Paris, coll. Mise au point, 2005, p. 19, n° 20

Une approche strictement limitée au droit de la propriété intellectuelle se révèle insuffisante pour appréhender la diversité des régimes juridiques conduisant à une réservation des utilités des données numériques. En effet, les créations qui ne relèvent pas d'un droit de propriété intellectuelle ne sont pas pour autant entièrement dénuées de protection²⁸¹. De même, au regard des contraintes liées à la propriété intellectuelle telles que la publicité, le détenteur peut être incité à se tourner vers d'autres moyens de réservation. Ces moyens se trouvent au sein du droit commun (**Titre II**). Nous entendons par droit commun, le droit civil, et plus particulièrement, le droit des obligations.

Titre I. – Une réservation au moyen de la propriété intellectuelle

Titre II. – Une réservation au moyen du droit commun

²⁸¹ Nous utilisons la notion de « protection » pour renvoyer à tout moyen de préservation de la jouissance plus ou moins exclusive d'une donnée numérique.

TITRE I. UNE RÉSERVATION AU MOYEN DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

33. **La nature des droits de propriété intellectuelle** – Les droits de propriété intellectuelle sont apparus tardivement entre la fin du XVII^e siècle et le XIX^e siècle contrairement aux grandes catégories juridiques qui sont nées dans les cités grecques²⁸². Malgré sa jeunesse, la propriété intellectuelle est au cœur des activités économiques. L'« immatérialisation »²⁸³ du capitalisme a contribué à l'« irrésistible ascension »²⁸⁴ des droits de propriété intellectuelle. La seconde moitié du XX^e siècle a été caractérisée par une dynamique d'extension du champ de la propriété intellectuelle, en réponse à l'émergence de nouvelles formes de création et d'exploitation de biens immatériels

Selon la perspective du Professeur Thomas DREIER, le rôle des droits de propriété intellectuelle est de réglementer la production, la circulation, le stockage et l'utilisation de l'information²⁸⁵. Dès lors, les droits de propriété intellectuelle font partie de la catégorie des droits de marché²⁸⁶ en ce qu'ils participent à la circulation de biens. Ils ont acquis une dimension spéculative, les rendant ainsi susceptibles d'être utilisés comme instruments financiers à effet de levier²⁸⁷. Néanmoins, il faut écarter toute instrumentalisation de la

282 HERMITTE M.-A., *L'emprise des droits intellectuels sur le monde vivant*, Éditions Quæ, Paris, coll. Sciences en questions, mai 2016, p.17 – Néanmoins, nous trouvons des textes précurseurs de la propriété intellectuelle tels que celui de Venise en 1474, « *texte véritablement initiateur de la législation sur les brevets* » (BELTRAN A., CHAUX S., GALVEZ-BEHAR G., *Des brevets et des marques. Une histoire de la propriété industrielle*, Fayard, Paris, 28 novembre 2001, p. 22). V. ég. sur l'histoire de la propriété intellectuelle : BUYDENS M., *La propriété intellectuelle. Évolution historique et philosophique*, Bruylant, Bruxelles, 23 mai 2012, 494 p. ; DI PALMA S., *L'émergence de la propriété intellectuelle*, Société des écrivains, Saint-Denis, 8 janvier 2018, 230 p.

283 GALVEZ-BEHAR G. *Histoire de la propriété intellectuelle*, éd. La Découverte, coll. Repères Histoire, août 2022, p. 99 – V. ég. VIVANT M., *La propriété intellectuelle : un objet à redécouvrir*, in *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle*, IRPI, 20 février 2014, p. 5

284 VIVANT M., *L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles ?*, in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, Paris, 1998, p. 441

285 DREIER T., *Régulating information : some thoughts on a perhaps not quite so new way of looking at intellectual property*, in *Technologie et concurrence ; mélanges en l'honneur de Hanns Ullrich*, Larcier (sous-dir. Josel Drexler, Reto M. Hilty, Laurence Boy, et al.), Bruxelles, 12 novembre 2009, p. 35 et s. Cette idée de diffusion de l'innovation est perceptible en France avec notamment la proposition dès 1790 de Sieyès d'introduire une propriété limitée à dix ans, accordée au nom des Lumières (LATOURNERIE A., *Droits d'auteurs, droits du public : une approche historique*, Alternatives économique, 2004/2, n° 22, p. 21-33, spéc. p. 23)

286 ABELLO A., *La propriété intellectuelle, une « propriété de marché »*, in *Droit et économie de la propriété intellectuelle* (sous-dir. M.-A. FRISON-ROCHE et A. ABELLO), LGDJ, Paris, coll. « Droit et Économie », 2005, p. 341 et s.

287 GALVEZ-BEHAR G. *op. cit.*, p. 102

propriété intellectuelle « *pour en faire soit un vecteur de développement économique soit un vecteur de protection sociale* »²⁸⁸.

34. Une appropriation limitée des biens informationnels – Il n'existe pas de principe général d'appropriation de biens immatériels, mais seulement des textes spéciaux accordant des droits d'exploitation exclusifs pour certains d'entre eux en fonction de conditions précises. En d'autres termes, il existe un *numerus clausus* des droits de la propriété intellectuelle. Ces droits sont circonscrits à un objet déterminé. Nous pouvons alors considérer que « *ce sont des territoires finis* »²⁸⁹. Une telle catégorisation de biens intellectuels évite ainsi toutes interférences indésirables entre les droits intellectuels²⁹⁰.

Bien que cette « atomisation »²⁹¹ de la matière puisse faire douter de son unité, la doctrine s'est efforcée à révéler des convergences entre les différents droits de la propriété intellectuelle²⁹². L'une des premières est que ces droits portent tous sur des biens immatériels pouvant être qualifiés de « *biens-informations* »²⁹³. Ce concept de « *biens-information* » ou encore de « *bien informationnel* » n'est pas, à proprement parler, une catégorie juridique mais un néologisme créé par la doctrine dans les années 1980 lors de l'essor des créations informatiques²⁹⁴. Bien que cette catégorie consiste en un ensemble hétéroclite, nous pouvons relever des caractéristiques communes. D'une part, ces biens informationnels constituent des structures d'information et d'autre part, ils « *émanent d'une activité créatrice ressortissant à l'intellect de l'homme* »²⁹⁵, comme en matière de droits d'auteur et de brevet d'invention, ou

288 BINCTIN N., *Perspectives – Propriété intellectuelle*, Revue de droit d'Assas, mai 2022, n° 23, p. 148

289 CATALA P., *La protection juridique des productions immatérielles*, in *L'appropriation de l'information* (sous-dir. CHAMOUX J.-P.), Litec, Paris, février 1986, p. 86

290 V. en ce sens : CHERPILLOD I., *L'objet du droit d'auteur*, Lausanne, CEDIDAC Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, 1985, p. 79, n° 131

291 CHATRY S., *Les droits-modèles de la propriété intellectuelle*, in *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, Paris, LexisNexis, 2014, p. 140

292 V. par ex. CHATRY S., ROBIN A., *Introduction à la propriété intellectuelle. Unité et diversité*, Bruylant, Bruxelles, coll. Paradigme, 3 novembre 2022, 4^e éd., 352 p.

293 CATALA P., *La « propriété » de l'information*, in *Mélange Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 97 et s., spéc. n° 35 – La doctrine utilise également l'expression de « *bien intellectuel* » (v. par ex. RENOARD A.-Ch., *Du droit industriel dans ses rapports avec les principes du droit civil sur les personnes et sur les choses*, Guillaumin et Cie, 1860, p. 211 ; BINCTIN N., *Le capital intellectuel*, LexisNexis, Paris, 2007, p. 27 et s. ; *id.*, *Droit de la propriété intellectuelle ; Droit d'auteur, brevet, droits voisins, marques, dessins et modèles*, Paris, L.G.D.J., sous-coll. Droit privé, 4^e éd., septembre 2016, 1040 p. ; DROSS W., *Droit des biens*, L.G.D.J., Paris, coll. Domat Droit privé, 19 août 2014, 2^e éd., p. 355 et s.).

294 VIVANT M., *À propos des biens informationnels*, JCP G., 1984, I, doctrine 3132 ; LUCAS A., *L'adaptation du droit aux biens informationnels*, in CHAMOUX J.-P. (dir.), *L'appropriation de l'information*, Litec, Paris, 1986, p. 80 ;

295 DROSS W., *Droit des biens*, L.G.D.J., Paris, coll. Domat Droit privé, août 2014, 2^e éd., p. 358, n° 431 – V. ég. VIVANT M. et MAFFRE-BAUGÉ A., *Internet et la propriété intellectuelle : droit, l'information et les réseaux*, IFRI, coll. Les notes de l'IFRI, 15 juin 2002, p. 22

résultent d'un investissement à l'instar du droit *sui generis* des producteurs de bases de données.

35. La finalité des droits de propriété intellectuelle – La propriété intellectuelle vise, initialement, à « protéger »²⁹⁶ la création, le « génie »²⁹⁷. Néanmoins, une logique de protection des investissements économiques s'est fait jour²⁹⁸. C'est notamment l'exemple du droit *sui generis* des producteurs de bases de données.

Les droits de propriété intellectuelle poursuivent tous des finalités déterminées²⁹⁹. Cela est particulièrement visible en droit européen, qui a « redécouvert »³⁰⁰ la finalisation de la propriété intellectuelle³⁰¹. Une telle finalisation de la propriété intellectuelle permet d'éviter toute déviance, tout détournement des droits dans une finalité qui ne leur est assignée.

36. Les avantages attendus des droits de propriété intellectuelle sur les données numériques – Il est indispensable de rappeler que la propriété intellectuelle constitue un levier incontournable de l'innovation³⁰². Or, l'innovation contemporaine est de plus en plus tributaire de l'utilisation des données. Le développement de bases de données ou encore de

296 BINCTIN N., *Perspectives – Propriété intellectuelle*, Revue de droit d'Assas, mai 2022, n° 23, p. 148 rappelant que le droit des biens n'est pas un droit de protection, une telle mission relevant plus du ressort du droit des personnes. Cet auteur estime qu'« en affublant la propriété intellectuelle de cette mission de protection, on l'éloigne de sa nature première et on offre une relecture de ses fonctions qui affaiblissent le modèle propriétaire ».

297 Nous reprenons ici l'expression employée par Joseph LAKANAL, dans son rapport de janvier 1793, dans lequel il parlait de « propriété de la production de génie » (GUILLAUME M. J., *Procès verbaux du Comité d'instruction publique de la Convention Nationale*, Paris, 1894, T. II, p. 82).

298 VIVANT M., *L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles ?*, in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, Paris, 1998, p. 441

299 *Id.*, *De la finalité sociale des droits de propriété intellectuelles*, in *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle* (sous-dir. Michel Vivant), Dalloz, Paris, coll. Grands arrêts, décembre 2019, 3^e éd., p. 3 et s. – V. ég. DHENNE M., *De la finalité sociétale du droit de brevet et de la vertu du brevet*, *Prop. intel.*, 1 juillet 2022, n° 84, p. 6-10

300 BOUCHET-LE MAPPIAN É., *Propriété intellectuelle et droit de propriété ; Droit comparé anglais, allemand et français*, Presse Universitaire de Rennes, Rennes, coll. L'Univers des Normes, 2013, p. 307, n° 600

301 Par ex. CJCE, 31 octobre 1974, *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper c. Sterling Drug Inc.*, aff. 15-74, Rec. 1974, p. 1147 – CJCE, 22 juin 1976, *Société Terrapin (Overseas) Ltd. c. Société Terranova Industrie CA Kapferer & Co.*, aff. 119-75, Rec., 1976, p. 1039

302 V. par ex. EUIPO, *Nouvelle enquête de l'EUIPO sur les PME de l'Union européenne et la propriété intellectuelle*, Communiqué de presse, 14 juin 2016 ; LALLEMENT, R., *Propriété intellectuelle, innovation et développement des PME en France*, La Revue de l'Ires, 2009, n° 3, vol. 62, p. 159-189 ; FABRE G., *Propriété intellectuelle, contrefaçon et innovation : les multinationales face à l'économie de la connaissance*, Presses universitaires de Rouen et du Havre, 11 janvier 2010, 177 p. ; – MALAURIE-VIGNAL M., *La copie d'un article de mode peut-elle devenir licite ? Réflexion sur les liens entre innovation et droits de propriété intellectuelle*, *Prop. industr.*, juillet-août 2017, études 19 : cette autrice indique à juste titre que ces liens entre innovation et propriété intellectuelle est, toutefois, discuté dans la mesure où il existe d'autres facteurs qui participent à l'innovation. Tel est le cas du secret des affaires.

l'intelligence artificielle, du *Big Data* en sont de parfaits exemples³⁰³. Dans ce contexte, il apparaît raisonnable que les détenteurs de données numériques sollicitent la protection offerte par le droit de la propriété intellectuelle.

Cette prétention à la propriété intellectuelle est fondamentalement justifiée par les prérogatives accordées aux titulaires. Les droits de propriétés intellectuelles « *tendent à réserver à leur titulaire certaines utilités économiques de la chose* »³⁰⁴, tout en permettant son accès intellectuel. Elles offrent une protection de type privatif³⁰⁵. Ainsi, si un droit de propriété intellectuelle est reconnu sur une donnée numérique, seul le titulaire pourra pleinement l'exploiter et sanctionner toute atteinte à ses prérogatives reconnues par la législation. En d'autres termes, la principale raison qui anime les détenteurs de données numériques est essentiellement de bénéficier des deux caractéristiques de la propriété³⁰⁶ c'est-à-dire l'opposabilité *erga omnes* et l'emprise directe sur la chose immatérielle³⁰⁷. Les droits de propriété intellectuelle ont, en effet, pour point commun d'octroyer au titulaire un *jus excludendi alios*, c'est-à-dire le droit d'exclure autrui. Ce faisant, le droit de propriété intellectuelle crée une rareté économique et organise « *les remontées de l'exploitation vers qui de droit (titulaire)* »³⁰⁸.

Il convient, toutefois, de souligner que l'exclusivité reconnue en matière de propriété intellectuelle ne revêt pas les mêmes caractéristiques que celle octroyée par le droit de propriété classique du Code civil. Il s'agit de ce que nous appelons d'une « *exclusivité-partage* »³⁰⁹ c'est-à-dire d'une exclusivité portant non pas sur l'accès intellectuel du bien-

303 V. OCDE/Eurostat, *Manuel d'Oslo 2018 : Lignes directrices pour le recueil, la communication et l'utilisation des données sur l'innovation*, éd. OCDE, Paris, 2019, 4^e éd. : Parmi les activités d'innovation d'une entreprise, l'OCE y répertorie le développement de logiciels de bases de données.

304 VIVANT M., *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 E., 1993, 251

305 LUCAS A., *La protection des créations industrielles abstraites*, Librairie techniques, Paris, 1975, 320 p. ; CATALA P., *op. cit.*, p. 86

306 L'assimilation des droits de propriété intellectuelle au droit de propriété n'est plus, aujourd'hui, contestée. Pour preuve, le considérant n° 9 de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information rappelle que « *la propriété intellectuelle a donc été reconnue comme faisant partie intégrante de la propriété* ». V. pour l'intégration des droits de propriété intellectuelle au droit de propriété : GEIGER C. et VIVANT M., *Vous dites propriété ? (ou la propriété intellectuelle dans le nouvel ordre juridique de l'Union européenne)*, Prop. intell., 2010, n° 35, p. 753 et s. Partant, ces droits bénéficient de la protection fondamentale accordée à la propriété (Cons. const., 8 janvier 1991, n° 90-283 DC ; CEDH, gr. ch., 11 janvier 2007, aff. *Anheuser-Busch. c. Portugal*, req. n° 7309/01).

307 LUCAS A., *Préface*, in BOUCHET-LE MAPPIAN É., *Propriété intellectuelle et droit de propriété ; Droit comparé anglais, allemand et français*, Presse Universitaire de Rennes, Rennes, coll. L'Univers des Normes, 2013, p. 9 – V. ég. POULET Y., *La « propriété » des données ; Ballade au « pays des merveilles » à l'heure du Big data*, Mélange en l'honneur de Michel Vivant, Paris, Dalloz, coll. Étude, Mélange, septembre 2020, p. 346

308 GAUDRAT P., *Les modèles d'exploitation du droit d'auteur*, RTD Com., 2009, p. 323 et s.

309 PIGNATARI O., *Le support en droit d'auteur*, Larcier, Bruxelles, coll. Création Information Communication, mai 2013, p. 381, n° 567

information mais plutôt sur son exploitation, son usage. De même, ces droits de la propriété intellectuelle sont limités dans le temps³¹⁰ et connaissent diverses restrictions écartant ce *jus excludendi alios*³¹¹. Ces différences découlent de la philosophie des droits de propriété intellectuelle qui n'est pas la vision purement individualiste du droit de propriété du Code civil.

Les droits de propriété intellectuelle offrent indéniablement au titulaire une protection efficace et appropriée à la spécificité des biens immatériels. Nous pensons, en particulier, à l'action en contrefaçon, mais également aux mesures spécifiques telles que la saisie-contrefaçon. Par ailleurs, le Législateur a aménagé un référé spécial à l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle en cas d'atteinte à un droit d'auteur ou d'un droit voisin. Cette disposition ne se limite pas à faire cesser de telles atteintes, mais aussi de les prévenir. Il s'agit d'une disposition extrêmement générale qui a pu être qualifiée de « *véritable terra incognita du droit d'auteur, dont les potentialités sont loin d'être épuisées* »³¹². Par cette disposition, des mesures pourront être prises par le juge à l'encontre notamment d'intermédiaires techniques³¹³, pour contribuer à remédier aux atteintes à de tels droits. Concrètement, il s'agit soit de mesures de blocage de site litigieux soit de mesures de déréférencement de sites hébergeant les contenus contrefaisants. Ainsi, les fournisseurs d'accès à Internet peuvent être contraints de bloquer un site portant atteinte à un droit d'auteur ou droit voisin, voire de le déréférencer³¹⁴. Cependant, une limite à ces mesures tient à l'impossibilité pour le juge d'ordonner une « *mesure-cadre* »³¹⁵ de blocage. Il n'est pas possible, en pratique, d'imposer à l'encontre des prestataires de services d'hébergement, une obligation générale de surveillance impliquant la mise en place d'un système de filtrage généralisé³¹⁶. Une telle mesure est en contradiction avec l'article 15. 1) de la directive sur le commerce électronique. Les mesures prises doivent être « *strictement nécessaires à la*

310 La marque présente comme particularité par rapport aux autres droits de la propriété intellectuelle d'être renouvelable indéfiniment (art. L. 712-1 du CPI) à condition qu'elle fasse l'objet d'un usage sérieux.

311 Ce sont les exceptions telles qu'en droit d'auteur avec la copie privée (art. L. 122-5 du CPI) ou en droit des brevets d'invention avec les actes accomplis à titre expérimental (art. L. 613-5 du CPI).

312 CARON C., *Exégèse de l'article L. 336-2 du Code de propriété intellectuelle consacrant les injonctions en droit d'auteur*, in Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, Paris, LexisNexis, 2014, p. 107

313 CJUE, 27 mars 2014, aff. C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*

314 Suivant une jurisprudence constante, le coût de ces mesures est à la charge des intermédiaires technique (V. par ex. CA Paris, 15 mars 2016, n° 14/01359 ; Cass. civ. 1°, 6 juillet 2017, n° 16-17.217 ; TGI Paris, 3° ch. 4° sec., 7 mars 2019, *Elsevier, Springer Nature c/ Orange, SFR, Free et Bouygues* ; CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 4 déc. 2018, RG n° 17/14190).

315 Pour reprendre l'expression utilisée par le professeur Christophe CARON (CARON C., *op. cit.*, p. 111).

316 V. en ce sens pour les fournisseurs d'accès à Internet : CJUE, 24 novembre 2011, aff. C-70/10, *Scarlet Extended* et pour, les hébergeurs : CJUE, 16 février 2012, aff. C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) c. Netlog* ; Cass., civ. 1°, 12 juillet 2012, n° 11-13.669, Bill 2012, I, n° 167 ; TJ Paris, 3° ch., 1° sect., 20 janvier 2022, RG n° 21-12961, *Laurent B c/ Sté Google LLC et a.*

préservation des droits en cause »³¹⁷, et notamment la liberté d'expression. Le juge doit donc faire un contrôle de proportionnalité entre les droits et libertés des parties³¹⁸. Cela implique que ces mesures doivent être limitées tant dans le temps que dans l'espace³¹⁹. De plus, elles doivent également être laissées à l'appréciation de l'intermédiaire technique³²⁰. Par ailleurs, ces mesures ne seront pas automatiquement « actualisées ». Autrement dit, elles ne concerneront uniquement les sites internet visés expressément et limitativement par le juge au regard des conclusions du titulaire des droits. Elles ne pourront donc pas s'étendre à d'autres sites internet qui n'avaient pas été initialement visés. Dès lors, le titulaire des droits devra obtenir une nouvelle décision du juge pour ces nouveaux sites internet. Cela réduit, somme toute, l'efficacité du dispositif dans l'environnement numérique et augmente le risque de contournement de ces mesures³²¹. De surcroît, cette possibilité est limitée au droit d'auteur et aux « droits voisins traditionnels », c'est-à-dire le droit de l'artiste-interprète, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes, ainsi que le droit de l'entreprise de communication audiovisuelle³²². Il n'est donc pas possible d'étendre cette disposition au droit *sui generis* des producteurs de bases de données³²³. Ce dernier n'est, en effet, pas explicitement qualifié de droit voisin. Cet exemple concret met en évidence l'intérêt qu'il y a pour les détenteurs de données numériques à rechercher une protection juridique au titre du droit d'auteur.

37. Une limite commune aux droits de la propriété intellectuelle : l'exclusion des idées – Avant d'approfondir la question de la réservation des données numériques par le biais de la propriété intellectuelle, il est indispensable de prendre en compte une limite inhérente à

317 Cons. const., Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, pt. 38

318 V. par ex. TJ Paris, 3^e ch., 17 janvier 2024, RG n° 23/15329 rappelant « qu'un juste équilibre doit être recherché entre la protection du droit de propriété intellectuelle, d'une part, et la liberté d'entreprise des fournisseurs d'accès à internet, et les droits fondamentaux des clients des fournisseurs d'accès à internet, en particulier leur droit à la protection des données à caractère personnel et leur liberté de recevoir et de communiquer des informations, d'autre part ».

319 Une mesure illimitée dans le temps risquerait d'être jugée disproportionnée (TJ Paris, 3^e ch., 17 janvier 2024, RG n° 23/15329). V. à l'inverse, par ex. TGI Paris, 8 novembre 2013, *Allostreaming* ; TGI Paris, 4 décembre 2014, *The Pirate Bay* : dans ces affaires, les mesures de blocage des sites litigieux étaient limitées au territoire français.

320 CJUE, 27 mars 2014, aff. C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, pt. 52 – TGI Paris, 3^e ch. 4^e sec., 7 mars 2019, *Elsevier, Springer Nature c/ Orange, SFR, Free et Bouygues*

321 Par ex. si la mesure de blocage est limitée au territoire de la République française, le site comprenant le contenu illicite sera, toutefois, toujours accessible dans d'autres régions telles qu'en Allemagne et par l'usage de technique comme le réseau privé virtuel, *VPN*.

322 CA Paris, 3 mai 2011, n° 10/19845, *Légipresse*, 2011, p. 335 : faute d'atteinte à un droit d'auteur, la disposition de l'article L. 336-2 du CPI n'a pas lieu d'être appliquée.

323 V. en ce sens : CARON C., *op. cit.*, p. 107 et s ; LE GOFFIC C., *Injonctions contre les intermédiaires techniques n'ayant pas participé à l'atteinte du droit d'auteur ou au droit voisin*, JCl. Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1616, 22 février 2023 (mise à jour : 1^{er} décembre 2023), n° 15

tous les droits de propriété intellectuelle. C'est le principe général de non-appropriation des idées ou encore de liberté des idées. Il s'agit d'un principe général de droit³²⁴. Cette limite à l'étendue de la protection accordée par les droits intellectuels est consacrée tant par la doctrine³²⁵ que par la jurisprudence³²⁶.

Ni la législation française, ni la « législations » internationale ne précisent la raison de cette exclusion. Néanmoins, celle-ci résulte d'un choix raisonnable³²⁷. L'exclusion des idées, élément de la pensée, peut s'expliquer par la volonté d'écarter tout risque de paralysie de la création³²⁸ et de l'innovation, ainsi que tout risque d'entraves à la pensée humaine. Elle s'explique également par le fait que les idées appartiennent dès leur naissance à un fond commun de la création et de la connaissance humaine³²⁹. Aussi, la liberté des idées est vue

324 V. en ce sens : BRUGUIÈRE J.-M. Et VIVANT M., *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Paris, coll. Précis Droit, janvier 2019, 4^e éd., p. 182, n° 134 ; BRUGUIÈRE J.-M., *Droit des propriétés intellectuelles*, Ellipses, Paris, coll. Mise au point, 2005, p. 26 ; GAUTIER P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, PUF, Paris, 2012, 8^e éd., p. 51, n° 39 – sur la notion de principes du droit, v. CAUDAL S. (sous-dir.), *Les principes du droit*, Economica, Paris, coll. Études juridiques, 1^{er} septembre 2008, 384 p.

325 V. notamment DESBOIS H., *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, Paris, 1978, 3^e éd., p. 22 ; POUILLET E., *Traité de la propriété littéraire et artistiques*, Marchal et Billard, Paris, 3^e éd., 1908, p. 45, n° 20 *ter* ; RENOUD A.-C., *Traité des droits d'auteur, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Librairie Jules Renouard et Cie, Paris, 1838, p. 454 ; CARON C., *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, Paris, 2013, 3^e éd., 623 p., LUCAS A., LUCAS H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A., *Traité de la propriété littéraire et artistiques*, Litec, Paris, 7 décembre 2017, 5^e éd., 1756 p. ; BERTRAND A. R., *Droit d'auteur 2011.2012*, Dalloz, Paris, coll. Dalloz Action, décembre 2010, 3^e éd., p. 264, n° 107.11 – *Contra*, v. LINDON R., *L'idée artistique fournie par un tiers en vue de sa réalisation*, JCP, 1970, I, 2295 ; LE TOURNEAU P., *Folles idées sur les idées*, Comm. com. électr., février 2001, n° 2, chron. 4, p. 8 et s. ; *id.*, *L'illustre Gaudissart était visionnaire !*, Comm. com. électr., octobre 2017, n° 10, étude 16

326 Nous retrouvons cette maxime essentiellement en matière de droit d'auteur, v. par ex. CA Paris, 2 août 1870, Rec. Pataille, 1870, p. 272 ; CA Paris, 1^{er} ch., 15 janvier 1990, *Chavanel c. Ed. Plon* ; Cass. com. 29 novembre 1960, Bull. civ. III, n° 389, RTD Com. 1961, 83, DESBOIS H. ; Cass. civ. 1^{er}, 17 juin 2003, n° 01-17.650, Bull. civ. I, n° 148, p. 116 ; Cass. civ. 1^{er}, 29 novembre 2005, n° 04-12.721, Bull. 2005, I, n° 458, p. 384 ; Cass. civ. 1^{er}, 16 janvier 2013, n° 12-13.027 ; Comm. com. électr. 2013, comm. 40, note CARON C. ; Cass. com., 18 octobre 2016, n° 14-23.584 ; RTD Civ., 2017, p. 75, obs. POLLAUD-DULIAN F. ; Cass. 1^{er} civ., 22 juin 2017, n° 14-20.310 ; JCP E, 2017, chron. 1418, obs. BALLOT-LÉNA A. et DECOCQ G. – En droit des brevets, v. par ex. Chambre des recours techniques 3.5.1., 21 avril 2004, T 258/03, *Hatachi Ltd.* ; Cass. com., 11 janvier 2023, 20-10.935

327 SIRINELLI P., *Brèves observations sur le « raisonnable » en droit d'auteur*, in *Propriétés intellectuelles ; Mélanges en l'honneur de André FRANÇON*, Dalloz, Paris, 3 décembre 1997, p. 399

328 Cette idée du risque de sclérose de la création se retrouve essentiellement en matière de droit d'auteur. V. CLÉMENT-FONTAINE M., *L'exclusion des idées*, in *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, 3^e éd., Paris, Dalloz, décembre 2019, p. 60 ; CARON C., *op. cit.* ; POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, Paris, 2005, p. 85, n° 106 ; COLOMBET C., *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde ; Approche de droit comparé*, Litec, Paris, juin 1992, 2^e éd., p. 10 ; COHEN D., *La liberté de créer*, in CABRILLAC R., FRISON-ROCHE M.-A., et REVET T. (sous-dir.) *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2005, p. 423 et s.

329 DROSS W., *Droit des biens*, L.G.D.J., Paris, coll. Domat Droit privé, août 2014, p. 392, n° 482 – V. ég. TGI Paris, 3 juin 1998 ; Gaz. Pal., 1998, somm. p. 689-690

comme un « *présupposé indispensable d'un dialogue social sans entraves* »³³⁰ et participe à la liberté de pensée et à la culture³³¹.

En matière de droit d'auteur, il est coutume de faire référence à la célèbre formule du Professeur DESBOIS selon laquelle « *les idées sont par essence et par destination de libre parcours* »³³². Cet adage serait issu de la pensée du précepteur de NÉRON, le philosophe SÉNÈQUE et aurait été formulé à la fin du XVIII^e siècle par le philosophe FICHTE³³³. Dès lors, la doctrine³³⁴ suivie de la jurisprudence³³⁵ distingue les idées, exclues de la protection du droit d'auteur de la forme qui, elle, est susceptible d'être protégée. Cette distinction entre l'idée et la forme trouve sa source dans les réflexions philosophiques grecques antiques et plus précisément, dans la théorie des Idées élaborée par le philosophe PLATON qui distinguait entre *Idea* et *eidos*³³⁶. Selon le disciple de SOCRATE, « *l'eidos est la forme caractéristique de la chose* »³³⁷. Ce concept d'« *idée* » ne figure dans aucune disposition

330 DE OLIVEIRA ASCENSÃO J., *Liberté des idées, faits, concepts, systèmes, aspects fonctionnels*, in Droit d'auteur et liberté d'expression, Actes des Journées d'Études ALAI 19-20 juin 2006, Barcelone, Huygens édition, Barcelone, 2008, p. 274 – V. ég. CHERPILLOD I., *op. cit.*, p. 90, n° 150

331 BROSSARD C. et DURNERIN P., *L'absence de protection des idées par le droit d'auteur*, Gaz. Pal., 28 janvier 1988, n° 1, doct., p. 69 ; SEUNA C., *Liberté des idées, faits, concepts, systèmes, aspects fonctionnels*, in Droit d'auteur et liberté d'expression, Actes des Journées d'Études ALAI 19-20 juin 2006, Barcelone, Huygens édition, Barcelone, 2008, p. 305

332 DESBOIS H., *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, Paris, 1978, 3^e éd., p. 22

V. contra HEGEL G.-W.-F., *Principes de la philosophie du droit*, Flammarion, Paris, janvier 2021 : selon le philosophe de l'Idée absolue, ce n'est pas uniquement l'œuvre en tant qu'objet matériel qui est la propriété de son auteur, mais également son contenu spirituel, c'est-à-dire les idées. Plus précisément, les idées publiées dans une œuvre relèvent de la catégorie de « *propriété interne* » qui n'est pas, à proprement parler, un droit de propriété au sens juridique. Néanmoins, selon ce philosophe allemand, les idées ne sont pas des *res nullius*. Elles appartiennent au patrimoine personnel de leurs auteurs mais ne sont pas aliénables (XIFARAS M., *L'individualisme possessif, spéculatif (et néanmoins romain) de Hegel, quelques remarques sur la théorie hégélienne de la propriété*, in Hegel, penseur du droit (sous-dir. Marmasse G., Kervégan J.-F.), CNRS Éditions, 5 février 2004, p.63-79).

333 LE TOURNEAU P., *L'illustre Gaudissart était visionnaire !*, Comm. com. électr., octobre 2017, n° 10, étude 16 ; BERTRAND A. R., *Droit d'auteur 2011.2012*, Dalloz, Paris, coll. Dalloz Action, décembre 2010, 3^e éd., spéc. p. 264, n° 107.11

334 POUILLET E., *Traité de la propriété littéraire et artistiques*, Marchal et Billard, Paris, 3^e éd., 1908, p. 45, n° 20 *ter* ; RENOUEAU A.-C., *Traité des droits d'auteur, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Librairie Jules Renouard et Cie, Paris, 1838, p. 454 – Cependant, des auteurs se sont montrés favorables à la protection de certaines idées. V. par ex. LINDON R., *L'idée artistique fournie à un tiers en vue de sa réalisation*, JCP G., 1970, 2295 ; LUCAS A., *La protection des créations industrielles abstraites*, Librairies techniques, Paris, 1975, spéc. p. 171-172 : pour qui l'« *idée concrétisée dans des développements personnalisés* » peut être protégée au titre du droit d'auteur ; CHERPILLOD I., *op. cit.*, p. 18, 19, 57 et 73 : cet auteur distingue deux catégories d'idées. L'idée non exprimée, exclue de la protection du droit d'auteur, consiste en « *une manifestation intellectuelle qui n'a pas encore revêtu d'expression et qui ne vit que dans l'esprit de l'auteur* ». À l'inverse, l'idée exprimée c'est-à-dire celle qui « *a franchi le seuil de l'expression* », peut être protégée à condition d'être originale.

335 CA Versailles, 14^e ch., 14 janvier 2004, S.A. Marie-Claire Album c. Mme Thérèse Hamel, RG n° 2003-08582 ; CA Aix-en-Provence, ch. 3-1, 27 juillet 2023, RG n° 19/18860

336 Pour un aperçu historique, v. PORTRON A., *Le fait de la création en droit d'auteur français ; Étude de l'article L. 111-2 du Code de la propriété intellectuelle*, L.G.D.J., Paris, janvier 2021, coll. Thèses, sous-coll. Bibliothèque de droit privé, p. 115 s.

337 PRADEAU J.-F. (sous-dir.), *Platon, les formes intelligibles : sur la forme intelligible et la participation dans les dialogues platoniciens*, PUF, Paris, coll. Débats philosophiques, 11 septembre 2001, p. 22

française du droit d'auteur. Il est essentiellement défini de manière négative en l'opposant à la forme. Par conséquent, le concept « idée » est flou, indéterminé. Ainsi, pour les uns, « *les « idées » s'entendent [...] des éléments intelligibles dont le caractère abstrait les distingue des « formes » qui en sont le reflet* »³³⁸ alors que pour d'autres, elles ne sont que « *le résultat d'observations du monde extérieur ou des constatations d'ordre moral* »³³⁹. En pratique, ce concept est appréhendé de manière large puisque l'idée inclut toutes informations, connaissances et savoir-faire ainsi que la pensée³⁴⁰.

Cette limitation de la protection au titre du droit d'auteur à la forme de l'expression s'explique par le fait que « *seule [la forme] peut revêtir un caractère personnel, et prendre une disposition matérielle [...] susceptible d'appropriation* »³⁴¹. En outre, l'idée reste une représentation imperceptible aux sens. Le Droit, ne pouvant sonder le cœur et les reins des personnes, ne peut saisir l'idée comme objet juridique. Autrement dit, l'idée, en tant que construction mentale propre à chaque individu, ne peut être circonscrite par les contours du Droit, lequel est par essence un outil de régulation des rapports sociaux.

Ce principe de non-appropriation des idées devenue, par la suite, un véritable adage³⁴² juridique n'est, certes, qu'indirectement repris par le Législateur³⁴³ mais peut, parfaitement, être généralisé à l'ensemble des droits intellectuels. Ainsi, au regard de ce principe, POUILLET estimait, à juste titre selon nous, que « *le philosophe qui imagine un nouveau système, le savant qui invente une nouvelle méthode, le journaliste qui songe le premier à donner à ses lecteurs tels ou tels renseignements ne peuvent empêcher qu'on reproduise après eux le système, ou la méthode, qu'on donne les mêmes renseignements ; leur droit ne va pas au-delà de la forme particulière qu'ils ont employée et qui est comme la marque de leur personnalité* »³⁴⁴. En d'autres termes, l'idée ne peut faire l'objet d'un droit exclusif³⁴⁵. Un

338 PORTRON A., *op. cit.*, p. 132, n° 188

339 DUPERTUIS P.-R., *Le droit d'auteur dans le domaine de la publicité*, Thèse, Lausanne, 1964, p. 54

340 BENABOU V.-L., *Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle*, RLDI, 1^{er} janvier 2005, n° 1 ; LE TOURNEAU P., *Folles idées sur les idées*, Comm. com. électr., février 2001, n° 2, chron. 4 ; POUILLET E., *op. cit.*, p. 45, n° 20 *ter* ; – PORTRON A., *op. cit.*, p. 126 : pour qui l'assimilation de la pensée aux idées conduisant à leur exclusion du domaine du droit d'auteur, serait en contradiction avec l'esprit des lois révolutionnaires.

341 STROWEL A., *L'œuvre selon le droit d'auteur*, Droits, vol. 1993/18, n° 18, p. 81-82

342 CARON C., *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, Paris, 2013, 3^e éd., p. 67, n° 67

343 Cependant, au niveau des traités internationaux, nous retrouvons en matière de propriété littéraire et artistiques ce principe d'exclusion des idées au sein du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996 à l'article 2 traitant de l'étendue de la protection ou encore de l'Accord sur les ADPIC à l'article 9, paragraphe 2. Ces deux dispositions énoncent le même principe, à savoir que « *la protection du droit d'auteur s'étendra aux expressions et non aux idées, procédures, méthodes de fonctionnement ou concepts mathématiques en tant que tels* ».

344 POUILLET E., *op. cit.*, p. 46, n° 20 *ter*

345 V. par ex. en matière de logiciel : cons. 13, 14 de la directive 91/250/CEE du 14 mai 1991 ; cons. 2, de la directive 2009/24/CE du 23 avril 2009 ; CJUE, gr. ch., 2 mai 2012, *SAS Institute Inc., contre World Programming Ltd*, aff. C-406/10, pt. 32 et 39 – Dans le domaine du droit des brevets : v. article L. 611-10,

droit de propriété intellectuelle ne naît qu'à partir du moment où la création a dépassé le stade de l'idée, du concept, du thème ou encore d'un fait « brute ». Par ailleurs, cette exclusion de principe des idées s'étend dans certaines hypothèses à la forme. En effet, suivant la théorie de la fusion entre l'idée et l'expression connue en *copyright* sous l'appellation de la « *merger doctrine* »³⁴⁶, lorsqu'il n'existe qu'une seule forme pour exprimer l'idée, idée et forme sont alors considérées comme inséparables. Et par conséquent, le droit d'auteur ne peut venir protéger cette forme. Cette « *merger doctrine* » a été adoptée implicitement par la Cour de justice notamment dans sa décision *BSA* à propos de la question de la protection de l'interface graphique d'un programme d'ordinateur. Dans cette espèce, la Cour de Luxembourg a estimé que « *lorsque l'expression desdites composantes est dictée par leur fonction technique, le critère de l'originalité n'est pas rempli, car les différentes manières de mettre en œuvre une idée sont si limitées que l'idée et l'expression se confondent* »³⁴⁷.

Certains détracteurs de ce « *slogan [...] séduisant* »³⁴⁸ avaient, cependant, soulevé le caractère artificiel de l'opposition entre l'idée et la forme³⁴⁹. Selon le Professeur Philippe LE TOURNEAU, une protection doit être envisagée pour « *les idées ayant une valeur économique [...] sous certaines conditions* »³⁵⁰. Tel est le cas de l'idée publicitaire qui revêt une valeur économique importante. De même, s'est posée la question de l'existence d'un *droit*

2, a) et d) du CPI ; article 52 de la Convention sur le brevet européen ; OEB, *Directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets*, mars 2023, 3.5.1. Plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles ; CA Paris, 4^e ch., 13 décembre 1990 ; JurisData n° 1990-25778 ; OEB, ch. 3.4.1., 11 février 2014, recours T 0533/09 ; Cass. com., 11 janvier 2023, n° 20-10.935 – En matière de dessins et modèles : TPIUE, 6 juin 2013, aff. T-68/11, *Erich Kastenholtz, c. Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (OHMI)*, spéc. pt 72

346 United States Court of Appeals, Ninth Circuit, *Herbert Rosenthal Jewelry Corp. v. Kalpakian*, 446 F.2d 738, 742, July 7, 1971 – V. SAMUELSON, P., *Reconceptualizing Copyright's Merger Doctrine*, Journal of the Copyright Society of the U.S.A., Forthcoming, UC Berkeley Public Law Research Paper N°. 2763903, April 12, 2016

347 CJUE, 22 décembre 2010, aff. C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany c. Ministerstvo kultury*, pt 49 – La Cour de justice fait sienne la position adoptée par l'avocat général BOT (concl. Avocat général Yves BOT, aff. C-393/09, 14 octobre 2010, pt. 76).

348 VIVANT M. BRUGIÈRE J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Paris, 2019, 4^e éd., p. 177, n° 131

349 V. notamment LE TOURNEAU P., *Folles idées sur les idées*, Comm. com. électr., février 2001, n° 2, chron. 4 ; LARRIEU J., *Les frontières de la propriété : les idées*, in *Qu'en est-il e la propriété ? L'appropriation en débat*, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2006, p. 129-145, spéc. n° 43 : cet auteur estime que l'empreinte de la personnalité de l'auteur se situe au niveau de l'idée. – BEIGNIER B., *Synthèse et clôture des travaux*, in *Qu'en est-il e la propriété ? L'appropriation en débat*, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2006, spéc. n° 5 : sans remarquer en cause le principe d'exclusion des idées, le Professeur Bernard BEIGNIER considère qu'il est possible de voir dans les idées une forme de « *propriété « en devenir* » ».

350 LE TOURNEAU P., *op. cit.*

*des savants*³⁵¹, en marge de la propriété littéraire et artistique et d'une *propriété scientifique*³⁵² à côté de la propriété industrielle.

Certes, le principe de l'exclusion des idées est largement reconnu et admis, mais il reste qu'il demeure parfois délicat de distinguer entre les éléments qui relèvent du domaine des idées de ceux qui peuvent faire l'objet d'un droit intellectuel³⁵³. Cette difficulté est accentuée dans l'environnement numérique³⁵⁴. Ainsi, par exemple, la publicité se situe, dans la plupart du temps, aux confins entre l'idée et la forme³⁵⁵. Par ailleurs, ce principe semble être affaibli, par des évolutions jurisprudentielles comme celles connues pour les méthodes d'affaires³⁵⁶. De surcroît, cette « *dose d'incertitudes* »³⁵⁷ est notable en droits d'auteur avec la relation entre la forme et le fond notamment en matière d'adaptation. En effet, l'œuvre en tant que telle n'est pas indifférente à son contenu intellectuel³⁵⁸. Cette différenciation ne conduit-elle pas, en réalité, à porter un jugement de valeur sur l'œuvre en elle-même ? Ainsi, le Professeur Pierre-Yves GAUTIER soutient que la justification du principe de la non-appropriation des idées est, en réalité, axée sur la banalité de l'idée³⁵⁹.

351 DESBOIS H., *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, Paris, 1978, 3^e éd., p. 26, n° 20

352 La question de savoir s'il fallait créer une protection juridique pour les simples connaissances en tant que « propriété scientifique » a été débattue tant sur le plan national qu'international. Cependant, il ne s'agissait pas, à proprement parler, d'attribuer des droits étendus pour l'utilisation des connaissances scientifiques, ni d'attribuer des droits d'exploitation commerciale sur ces connaissances. Il s'agissait plutôt de créer, au lieu d'un droit exclusif, un droit d'agir pour garantir la participation économique du scientifique à la valeur de sa découverte. Par ailleurs, il était également prévu une prérogative sur la qualité de découvreur. V. La proposition de loi sur la propriété scientifique du 4 avril 1922 du député Jacques BARTHÉLÉMY et le projet de la CTI (DALIMIER R. et GALLIÉ L., *La propriété scientifique. Le projet de la CTI. Création d'un droit d'auteur pour le savant et l'inventeur*, Arthur Rousseau, Paris, 1923). V. ég. DALMIÉ et GALLIÉ, *La propriété scientifique, le projet de la Confédération du travail intellectuel – création d'un droit d'auteur pour le savoir et l'inventeur*, Paris, 1923 ; FERNAND JACQ, *Un nouveau projet d'institution de la propriété scientifique*, Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire, 1949, p. 177 ; FOVEAU de COURMELLES, *La propriété scientifique*, La Gazette médicale du Centre, 1926, p. 512.

353 CLÉMENT-FONTAINE M., *op. cit.*, p. 57-69

354 LESSIG L., *L'avenir des idées. Le sort des biens communs à l'heure des réseaux numérique*, Presses universitaires de Lyon, 1^{er} septembre 2005, p. 143 pour qui « *le monde numérique est plus proche de celui des idées que du monde matériel* ». – V. CA Paris, 4^e ch. B., 10 octobre 2003, aff. *SARL Belleville et al. c. SARL Cart'com* ; Juris-Data n° 2003-228125 ; Comm. com. élect., 2004, comm. 14, obs. CARON C. ; Propr. intell., janvier 2004, n° 10, p. 543, obs. LUCAS A

355 CHATRY S., *La propiedad intelectual de la obra publicitaria en Francia*, in *Publicidad y derechos de autor en algunos países de Europa* (sous-dir. Miguel Angel Encabo Vera et Renato Rolli, éd. Aracne, Italia, 2015, p. 69-86 – V. toutefois pour le rejet de la protection des idées publicitaires par le droit d'auteur : Cass. com., 16 juin 1964 ; Ann. propr. ind., 1965, p. 279

356 V. par ex. OEB, ch. rec. tech. 3.5.1, 21 avril 2004, aff. T 258/03, *Méthode d'enchères/Hitachi*, JOOEB 2004, p. 575, point 3.5

357 CLÉMENT-FONTAINE M., *op. cit.*, p. 65 – V. ég. STROWEL A. et DERCLAYE E., *Droit d'auteur et numérique : logiciels, bases de données, multimédia : droit belge, européen et comparé*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 194, n° 220

358 BENABOU V.-L., *op. cit.*

359 GAUTIER P.-Y., *op. cit.*, p. 53, n° 41

Ce principe de non-appropriation implique que les idées demeurent à l'usage de tous³⁶⁰. Autrement dit, il est possible d'utiliser librement les idées d'autrui pour créer un nouveau bien informationnel. Néanmoins, ce principe de libre utilisation peut être tempéré par le droit commun de la responsabilité avec l'action en concurrence déloyale et parasitaire.

Cette règle constitue un élément déterminant de notre analyse. En effet, il s'agit de déterminer si nous pouvons établir un parallèle entre l'idée, notion intangible par essence et exclue du champ de la propriété intellectuelle, et la donnée numérique, bien immatériel de plus en plus présent dans le paysage juridique.

La reconnaissance d'un droit de propriété intellectuelle sur une donnée numérique n'entraîne-t-elle pas à une remise en cause implicite du principe de non-appropriation des idées, principe irriguant l'ensemble de la matière ? Ce faisant, l'environnement numérique ne risque-t-il pas d'être assailli « *par le démon de la propriété intellectuelle* »³⁶¹ ? Néanmoins, avant de s'alarmer de ce danger, encore faut-il vérifier qu'une donnée numérique puisse, de manière générale, faire l'objet d'un tel droit.

38. **Plan** – La question de la protection des données numériques met en exergue la tension entre la volonté de réservation, d'appropriation et l'exercice des libertés³⁶². En effet, dans notre société libérale, le principe reste la liberté que ce soit la liberté du commerce et de l'industrie, ou la liberté de création, voire la liberté de s'informer. Aussi, les droits intellectuels relèvent-ils des exceptions à ce principe³⁶³. Partant, « *le statut premier des créations de l'esprit est de ne pas être objet de droit et plus précisément encore de droits privatifs* »³⁶⁴. Or, les droits intellectuels tels que le droit des brevets d'invention ou le droit d'auteur ont pour point commun de se fonder sur un acte créatif. Il convient ainsi de vérifier si les données numériques peuvent s'inscrire dans l'une des catégories de droits de la propriété intellectuelle ; ou à l'inverse, si elles sont vouées irrémédiablement à être exclues de ce domaine. Pour ce faire, notre étude portera sur les deux principales branches de la propriété

360 V. en ce sens : PFISTER L., *L'œuvre, une forme originale. Naissance d'une définition juridique (XVII-XIX siècles)*, in H. MAUREL-INDART (dir.), *Le plagiat littéraire*, Publication de l'université François Rabelais, 2002, p. 245 et s.

361 VIVANT M., *L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles ?*, in Mélanges Christian Mouly, Litec, Paris, 1998, p. 441

362 VIVANT M. (sous-dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, Ellipses, Paris, coll. Le droit en questions, 1998, p. 10

363 V. en ce sens : FOYER J. et VIVANT M., *Le droit des brevets*, Presse Universitaire de France, Paris, coll. Thémis, 1^{er} mai 1991 ; VIVANT M. (sous-dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, Ellipses, Paris, coll. *Le droit en questions*, 1998, p. 12 ; MACREZ F., *Créations informatiques : Bouleversement des droits de la propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, LexisNexis, Paris, août 2011, coll. CEIPI, spéc. p.352, n° 438

364 ERCIM, *Les créations immatérielles et le droit*, Ellipses, 1998, p. 12 cité par MACREZ F., *op. cit.*, p.352, n° 438

intellectuelle : le droit de la propriété littéraire et artistique (**Chapitre 1^{er}**) et le droit des brevets d'invention (**Chapitre 2**). Nous excluons de notre étude les droits des marques³⁶⁵ et des dessins et modèles³⁶⁶. La marque, information syntaxique, est utilisée pour distinguer les produits ou services d'une personne de ceux de ses concurrents. Le droit des marques ne prévoit pas une appropriation complète du signe, mais uniquement une protection de son utilisation en tant que marque. Quant au droit des dessins et modèles, celui-ci saisit l'apparence d'un produit ou une partie de celui-ci³⁶⁷. La donnée numérique n'a pas en soi d'apparence. La donnée numérique, en tant que suite de zéros et de uns, est par nature immatérielle et ne possède pas de manifestation sensible pour l'utilisateur final.

Chapitre 1^{er}. – L'emprise hypothétique du droit d'auteur sur la donnée numérique

Chapitre 2^e. – L'épineuse question de la réservation des données numériques par le brevet

365 Il est peu probable qu'une donnée puisse être perçue par les consommateurs comme constituant comme une marque (art. L. 711-2, 2° du CPI et 7, 1°, b) du règlement (UE) 2017/1001 du 14 juin 2017 sur la marque de l'Union européenne). En d'autres termes, la distinctivité intrinsèque ferait défaut aux données numériques puisqu'elles ne seraient pas considérées comme des « indicateurs d'origine » pour les consommateurs.

366 Certes, des données peuvent correspondre à une représentation numérisée de dessins et de modèles. Sur ce point, la Commission européenne, dans sa proposition de règlement modifiant le règlement (CE) n° 6/2002, en date du 28 novembre 2022 (COM(2022) 666 final 2022/0391(COD)) affirme qu'« *il faut faire en sorte que le système de protection des dessins ou modèles dans son ensemble soit adapté à l'ère numérique* ». De même, dans sa proposition de directive sur la protection juridique des dessins et modèles (refonte) du 28 novembre 2022 (COM(2022) 667 final 2022/0392(COD)) une prise en compte de l'environnement numérique est à relever. Ainsi, est affirmé sans ambages l'existence de « *dessins ou modèles numériques* », c'est-à-dire des données représentant des dessins et modèles.

367 Les programmes d'ordinateur sont exclus du domaine du droit des dessins et modèles. V. Art. L. 511-1 C. com. Exclusion maintenue dans la directive (UE) 2024/2823 du 23 octobre 2024 sur la protection juridique des dessins ou modèles (refonte)(art. 2.4))

Chapitre 1^{er}. L'emprise hypothétique du droit d'auteur sur la donnée numérique

39. Marque, s'il était nécessaire, que le droit d'auteur joue un rôle dans le contrôle de la diffusion d'informations³⁶⁸, la question de son application aux données numériques se pose. Néanmoins, si le droit d'auteur peut être appréhendé sous un angle économique, il ne saurait se réduire à une simple mécanique de marché, mais trouve ses racines dans des considérations plus larges liées à la valeur intrinsèque de la création³⁶⁹.

Cette question de l'inclusion des données numériques dans la sphère du droit d'auteur n'est pas sans incidence sur les autres droits et libertés des tiers. En effet, lorsqu'une création est protégée au titre du droit d'auteur, l'auteur peut interdire toutes atteintes à ses prérogatives. Cette protection naît du seul fait de la création et non de sa divulgation³⁷⁰. Dès lors, avant la divulgation, le créateur dispose d'un droit de propriété « contractée »³⁷¹ en un droit de divulgation. Ce droit de divulgation comporte deux facettes ; une positive correspondant au droit de divulguer l'œuvre et une négative qui est le droit de ne pas la divulguer. Ce faisant, toute divulgation de l'œuvre sans l'accord de l'auteur peut être sanctionnée en raison de l'atteinte portée à son droit³⁷². De plus, le titulaire du droit d'auteur a, pour ainsi dire, une maîtrise sur sa création, sur son bien informationnel en ce qu'il dispose d'un droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction et la communication publique de son œuvre. Aussi, ce dernier peut-il empêcher ou faire cesser toute publication en ligne de son œuvre. Par surcroît, conformément aux analyses de la Professeure Jane GINSBURG, l'avènement du numérique a conféré aux titulaires de droits d'auteur un contrôle accru sur l'accès à leurs œuvres, notamment grâce au développement de mesures techniques de protection³⁷³.

368 MALLEY-POUJOL N., *Marché de l'information. Le droit d'auteur injustement « tourmenté »*, RIDA, avril 1996, p. 141

369 GAUDRAT P., *Forme numérique et propriété intellectuelle*, RTD Com., 2000, p. 910 et s.

370 Art. L. 111-2 du CPI

371 Pour reprendre l'expression utilisée par le professeur Philippe GAUDRAT (GAUDRAT P., *Formes et propriétés intellectuelles*, in Mélanges en l'honneur de Pierre Sirinelli, Dalloz, Paris, coll. Études, mélanges, travaux, mai 2022, p. 63, n° 3).

372 CA Paris, 28 février 2017, RG n° 15/20021 ; TGI Paris, 21 mars 2003 ; Juris-Data, n° 2003-206848 Comm. com. électr. 2003, n° 5, comm. 45, note CARON C.

373 GINSBURG J., *From having copies to experiencing works : The development of an access right in US copyright law*, in GINSBURG J. et TREPPOZ E., *US Intellectual Property Law and Policy*, Edward Elgar éd., 2006, p. 113

40. **La délimitation de notre étude** – Dans le cadre de notre étude, nous écarterons le droit d’auteur portant sur les logiciels³⁷⁴. Cette exclusion se justifie en raison de l’objet même de cette protection, le logiciel³⁷⁵. Ce dernier a une nature ambivalente et correspond à l’« *ensemble des programmes, procédés et règles, et éventuellement de la documentation, relatifs au fonctionnement d’un ensemble de traitement de données* »³⁷⁶. Certes, le logiciel relève des œuvres littéraires, mais ce bien informationnel se caractérise principalement par ses fonctionnalités permettant à un ordinateur d’accomplir certaines tâches. Cependant, l’émergence de l’intelligence artificielle remet en question la distinction classique entre logiciel et données, en ce qu’elle rend cette dichotomie de plus en plus « malaisée »³⁷⁷.

Par ailleurs, nous inclurons dans le cadre de notre étude, le droit *sui generis* des producteurs de bases de données. Certes, ce droit ne relève pas de la sphère du droit d’auteur ni des droits voisins. Cependant, l’imbrication de ce droit *sui generis* avec la problématique des données rend indispensable son examen dans le cadre de la présente étude.

41. Notre analyse nous conduira à constater que la donnée brute se révèle être un objet difficilement saisissable par le droit d’auteur (**Section 1**). À l’inverse, une réservation détournée s’observe dans les cas des données structurées (**Section 2**).

374 Certes, le logiciel relève bien de la liste non exhaustive de l’article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle, mais il est doté d’un régime spécial issu de la directive 2009/24/CE du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d’ordinateur. Pour reprendre la métaphore botanique des Professeurs Alain STROWEL et Estelle DERCLAYE, la protection des logiciels se présente comme une « *branche greffée sur le tronc commun du droit d’auteur* » (STROWEL A. et DERCLAYE E., *op. cit.*, p. 175, n° 200).

375 *Contra* : v. GAUDRAT P., *Forme numérique et propriété intellectuelle*, RTD Com., 2000, p. 910 et s. pour qui, la distinction entre logiciels et « fichiers de données » réside dans la « *fonction active ou passive du contenu* ». Celle-ci reste, toutefois, étrangère à la nature de l’objet.

376 Arrêté du 22 décembre 1981 sur l’enrichissement de la langue française ; JO 17 janvier 1982, p. 624 – V. pour une définition doctrinale : CARON C., *Pour une définition large et contemporaine du logiciel*, Comm. com. électr., janvier 2019, n° 1 étude 1

377 LUCAS A., *Droit d’auteur et numérique*, Paris, Litec, 1998, 355 p. spéc. p. 53, n° 109

Section 1. Une difficile réservation de la donnée numérique par le droit d'auteur

42. Le droit d'auteur fait montre d'une réelle adaptabilité au regard de l'évolution des biens intellectuels et des nouvelles technologies³⁷⁸. Cependant, nous pouvons nous demander si l'environnement numérique ne risque pas d'être un élément perturbateur du droit d'auteur. Ainsi, par exemple, la « *digitalisation* » des œuvres mène à un effacement des différents types d'œuvres³⁷⁹ et de la distinction entre reproduction et représentation de l'œuvre. L'environnement numérique conduit-il à repenser entièrement la protection offerte par le droit d'auteur, notamment au regard de l'élément clef du numérique, la donnée ? Cette dernière serait-elle en passe de devenir un nouvel objet du droit d'auteur ? En somme, le droit d'auteur peut-il se transformer en un mode d'appropriation de la donnée numérique ? Du fait de son « *omniprésence rampante* »³⁸⁰, le droit d'auteur tendrait-il à devenir « *le droit commun des nouveautés intellectuelles* »³⁸¹ en rupture avec sa logique traditionnelle ? Pour y répondre, il convient de circonscrire le domaine du droit d'auteur.

43. Le Code de propriété intellectuelle reste compendieux quant aux conditions de protection par le droit d'auteur. Le seul indice laissé par le Législateur est que le droit d'auteur protège une « *œuvre de l'esprit* ». Ce droit a été construit autour de cette notion et vient protéger uniquement la forme et non les idées, les concepts et les informations. En d'autres termes, c'est la « *réalisation de forme* »³⁸² que le Législateur a entendu protéger. Aussi, revient-il au juge d'en préciser les contours. Sur ce point, la position de la jurisprudence est claire : « *le droit d'auteur ne protège les créations dans leur forme sensible, qu'autant que celle-ci est identifiable avec une précision suffisante pour permettre sa communication* »³⁸³. Ainsi, à première vue, les données numériques sont exclues du domaine du droit d'auteur en ce qu'elles recouvrent uniquement des informations, des idées par principe exclues de la

378 V. en ce sens : BINCTIN N., *Droit de la propriété intellectuelle : droit d'auteur, brevet, droits voisins, marque, dessins et modèles*, LGDJ-Lextenso, Issy-les-Monlinox, 2016, 4^e éd., spéc. p. 67, n° 58 pour qui l'intégration du logiciel dans le giron du droit d'auteur démontre l'adaptabilité du régime du droit d'auteur à l'évolution des biens intellectuels. – V. ég. DREIER T., *L'analogie, le digital et le droit d'auteur*, in *Propriétés intellectuelle*, Mélanges en l'honneur d'André FRANÇON, Dalloz, Paris, 1995, p. 119-131

379 La technique numérique regroupe les différents types d'œuvres sous un seul format, le format numérique composé d'une suite de 0 et de 1. V. en ce sens : *Ibid.*, p. 120 ; LUCAS A., *op. cit.*, p. 25, n° 44

380 BENABOU V.-L., *op. cit.*

381 LEMARCHAND S., FRÉGET O., SARDAIN F., *Biens informationnels : entre droits intellectuels et droit de la concurrence*, Prop.intell., janvier 2003, n°6, p. 17

382 LALIGANT O., *Fragment d'un discours sur la notion d'œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur : œuvre et réalisation*, Revue de la Recherche juridique, 1994, n° 3, p. 887.

383 Cass civ. 1^{re}, 10 décembre 2013, n° 11-19.872

protection³⁸⁴. Une telle éviction de principe est, toutefois, prématurée puisqu'elle fait fi des différentes catégories de données selon l'approche sémiotique. Dès lors, il est nécessaire d'approfondir l'étude de la réservation de la donnée numérique par le droit d'auteur.

44. Il existe, en droit d'auteur, une scission entre l'œuvre, l'objet du droit d'auteur et son support, vecteur de communication. Les prémices de la distinction entre la propriété de l'œuvre et celle de son support se trouvent dans la réflexion du philosophe romain SÉNÈQUE³⁸⁵. Cette distinction n'est nullement anodine. En effet, le Législateur soustrait la création de son support pour aménager une protection spéciale, celle du droit d'auteur³⁸⁶. En d'autres termes, le support de l'œuvre ne constitue en aucun cas l'objet de la protection³⁸⁷. Pour preuve, la protection s'attache également à la reproduction de l'œuvre sous une forme modifiée. Aussi, dans le cadre de notre étude, nous devons vérifier si la donnée numérique n'est finalement qu'un support d'une œuvre (I) ou à l'inverse, si elle peut relever de la notion d'œuvre (II).

I. Une distinction à opérer entre stockage et donnée numérique

45. Dans l'environnement numérique, la donnée est un élément essentiel, si ce n'est l'élément principal. Or, la notion même de donnée présente un caractère ambivalent et cela, en raison de sa polysémie³⁸⁸. Ce caractère a une incidence quant à notre étude. En effet, la notion de donnée peut renvoyer tantôt à des éléments bruts sans contexte, des faits objectifs³⁸⁹, tantôt, selon une approche sémantique, au contenu informationnel, tantôt, enfin, à des « informations stockées par l'ordinateur dans des fichiers mémorisés et accessibles à

384 BENABOU V.-L. (sous-dir.), *Droit de la propriété littéraire et artistique, données et contenus numériques*, Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, 11 septembre 2018, p. 13

385 BUYDENS M., *La propriété intellectuelle : évolution historique et philosophique*, Bruylant, Bruxelles, mai 2012, p. 48-49

386 Le législateur a toutefois, atténué cette dissociation entre l'œuvre et son support par l'adoption de dispositions tenant aux mesures techniques de protection (v. art. L. 331-5 et s. du CPI). Ces mesures techniques visent, en réalité, le support de l'œuvre.

387 GINSBURG J., *Droit d'auteur et support matériel de l'œuvre d'art en droit comparé et en droit international privé*, in *Propriétés intellectuelle, Mélanges en l'honneur d'André FRANÇON*, Dalloz, Paris, 1995, p. 245-258

388 V. *supra* n° 22

389 V. en ce sens : SCHAFF S. et POULLET Y., *Aspects juridiques de la télématique professionnelle*, Faculté universitaire Notre-Dame-de-la-Paix, Namur, 1987 ; LEPAGE A., *Préface*, in BOURGEOIS M., *Droit de la donnée*, Paris, LexisNexis, novembre 2017, coll. Droit et Professionnels, p. XIII – V. ég. GOLDFINGER C. *op. cit.*, p. 208 ; BERTRAND A., *Droit d'auteur*, Dalloz, Paris, décembre 2010, 3^e éd., p. 570, n° 201.12 ; ABITEBOUL S., *Science des données. De la logique du premier ordre à la Toile*, leçon inaugurale à la chaire Informatique et sciences numériques du Collège de France, prononcée le jeudi 8 mars 2012, Collège de France, Fayard, Paris, 2012, coll. Leçons inaugurales, 226

l'opérateur »³⁹⁰. Pour notre étude, nous devons distinguer la donnée de son support de stockage.

En droit d'auteur, il est nécessaire de dissocier l'œuvre de son support quand bien même ce dernier serait dématérialisé. Cette dissociation s'explique par le fait que la protection du droit d'auteur ne concerne uniquement l'œuvre en elle-même. Le support n'est, en fait, qu'un instrument assurant la fixation de l'œuvre et sa communication au public et, n'entre donc pas dans le champ du droit d'auteur³⁹¹. Ainsi, suivant un « *principe d'équivalence des supports* »³⁹², le changement de support n'a pas de conséquence sur la question de la protection octroyée à l'auteur. Cette distinction entre l'œuvre de l'esprit et son support est consacrée par l'article L. 111-3 du Code de la propriété intellectuelle³⁹³. Ce principe de dissociation de l'œuvre et de son support est reconnu universellement³⁹⁴. Reste, toutefois, à savoir ce qu'est une œuvre au sens du droit d'auteur.

46. La notion d'œuvre – Contrairement au droit suisse³⁹⁵, le Législateur français n'a pas défini ce qu'est l'œuvre au sens du droit d'auteur. Pourtant, il s'agit du pivot de la propriété littéraire et artistique puisqu'il en constitue le critère de délimitation du champ d'application. La difficulté relève de l'absence d'unité préconstituée de cette notion d'œuvre. Faut-il circonscrire la notion d'œuvre à la conception goodmanienne de l'art³⁹⁶ ? Nous pouvons en douter. Il n'est, en effet, pas possible de considérer l'œuvre comme étant une réalité intrinsèque au Droit. L'œuvre au sens du droit d'auteur ne coïncide pas nécessairement avec l'œuvre au sens sociologique, philosophique, esthétique. Le droit est un système autoréférentiel c'est-à-dire qu'« *il détermine lui-même ce qui lui appartient ou non* »³⁹⁷. Aussi, sommes-nous de l'avis de la Professeure Valérie-Laure BENABOU qui estime

390 STROWEL A. et DERCLAYE E., *op. cit.*, p. 456

391 PORTRON A., *op. cit.*, p. 11, n° 16 : se fondant sur la théorie aristotélicienne de la causalité, cet auteur estime qu'est exclue du champ du droit d'auteur, la « *cause matérielle* », seule la « *cause formelle* » serait prise en compte par le droit d'auteur.

392 PIGNATARI O., *Le support en droit d'auteur*, Larcier, Bruxelles, coll. Création Information Communication, mai 2013, p. 219, n° 312

393 BINCTIN N., *Les biens intellectuels contribution à l'étude des choses*, Comm. com. électr., juin 2006, n° 6, étude 14, pp. 8-12

394 V. par ex. § 44 de Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte sur la vente de l'œuvre original, articolo 109 Legge sulla protezione del diritto d'autore,

395 Art. 2 de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992 (État le 1^{er} juillet 2023) (RO 1993 1798) définit l'œuvre comme « *toute création de l'esprit, littéraire ou artistique, qui a un caractère individuel* ».

396 V. GOODMAN N., *L'art en théorie et en action*, Folio, Paris, 15 janvier 2009, 192 p. ; *Id.*, *Langages de l'Art*, Fayard/Pluriel, 30 mai 2011, 320 p. : le philosophe américain GOODMAN étudie l'œuvre sous l'angle du symbolisme c'est-à-dire comme ayant une signification.

397 MOOR P., *De l'épistémologie de la théorie du droit*, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2019/2, vol. 83, p. 18

qu'« abandonner la définition de l'œuvre à un référentiel externe au Droit conduirait à renoncer à toute délimitation du champ du droit d'auteur. Le droit d'auteur deviendrait alors, au regard de ses propres mécanismes de mise en œuvre, un système général de réservation par défaut de toute chose de l'esprit »³⁹⁸. Toujours est-il, cependant, que le droit est poreux et peut être influencé par les conceptions d'autres disciplines. Ainsi, par exemple, l'influence de la philosophie idéaliste a pu être relevée dans le concept de droit d'auteur³⁹⁹.

L'œuvre peut être définie comme une « transformation du réel, de l'existant »⁴⁰⁰, une création intellectuelle humaine⁴⁰¹. Cette création se trouve sous de multiples formes physiques telles qu'un livre, une production musicale⁴⁰² ou sur un support de stockage numérique. Suivant le principe de l'indifférence du mérite, cette création n'est pas nécessairement littéraire ou artistique. Partant, des auteurs réduisent l'œuvre en une information⁴⁰³. Dès lors, le droit d'auteur est un mode d'appropriation d'une catégorie d'informations particulières. Cette analyse s'inscrit avant tout dans la cadre de la société de l'information⁴⁰⁴. Nous estimons qu'une telle assimilation doit, cependant, être écartée et cela pour plusieurs raisons. Tout d'abord, réduire l'œuvre à une simple information semble contrevenir à l'esprit même du droit d'auteur⁴⁰⁵. Cette « confusion » amène à considérer l'œuvre comme une simple marchandise sur le marché de l'information au lieu de l'interpréter comme une création⁴⁰⁶.

398 BENABOU V.-L., *Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle*, RLDI, 1^{er} janvier 2005, n° 1

399 OPPETIT B., *Philosophie du droit*, Dalloz, Paris, janvier 1999, 1^{re} éd., p. 132, n° 123

400 BENSAMOUN A. et FARCHY J., *Mission intelligence artificielle et culture. Rapport final*, Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistiques, 27 janvier 2020, p. 32

401 V. par ex. CORNU G., Travaux de l'Association H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2014, 701 définissant l'œuvre comme une création de l'esprit empreinte d'originalité. – Nous pouvons nous appuyer des mots du Professeur ESCARRA qui parlait d'« œuvre de l'esprit et du génie de leurs créateurs » (ESCARRA J., *Le projet de loi sur la propriété intellectuelle*, RIDA, octobre 1954, n° 5, p. 33) – OMPI, *Guide de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (Acte de Paris 1971)*, Genève, 1978, n° 2.8, p. 18 : « il est permis toutefois de déduire de l'économie générale de la Convention qu'il doit s'agir de créations intellectuelles ».

402 V. la liste non exhaustive de l'art. L. 112-2 du CPI

403 V. par ex. VIVANT M., *À propos des « biens informationnels*, JCP, 1984, Doc., 3132 ; *id.* *La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle*. Revue internationale de droit économique, 2006, n° 20 (4), p.362 ; LE STANC C. et PRÜM A., *Les droits en France du créateur d'information*, RIDE, 1989, p. 214 pour ces auteurs, « une création d'ordre littéraire pourra être considérée encore plus nettement comme une véritable information » ; CATALA, P., *La propriété de l'information*, in *Le droit à l'épreuve du numérique*. Jus ex Machina, coll. « Droit, Éthique, Société », PUF, Paris, 1998, p. 248 ; PÉLISSIER A., *Possession et meubles incorporels*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèse, vol. 8, janvier 2001, p. 137, n° 295

404 LUCAS A., *Droit d'auteur et numérique*, Paris, Litec, 1998, p. 24, n° 42 – V. ég. STROWEL A., *Droit d'auteur et accès à l'information : de quelques malentendus et vrais problèmes à travers l'histoire et les développements récents*, in *Le droit d'auteur : un contrôle de l'accès ?*, Bruxelles, Bruylant, Cahier du Centre de Recherche, Information et Droit, 2000, spéc. p. 10-11

405 LUCAS A., LUCAS H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A. et BERNAULT C., *Traité de la propriété littéraire et artistiques*, Litec, Paris, 7 décembre 2017, 5^e éd., p. 86, n° 65 : pour qui le droit d'auteur ne saisit que des œuvres et non des informations.

406 V. *contra* MARTIN J., *La réforme du droit d'auteur en France*, in *L'appropriation de l'information* (sous-dir. CHAMOUX J.-P.), Litec, Paris, février 1986, p. 123 pour qui l'œuvre « n'existe pas seulement dans sa créativité, mais dans son façonnage économique et financier »

Cela entraîne, également, à un affaiblissement de la conception personnaliste du droit d'auteur, voire une « *paralysie fréquente du droit d'auteur* »⁴⁰⁷. Or, l'œuvre présente un caractère éminemment personnel. Pour le Professeur André LUCAS, cette « *dérive de vocabulaire* » a été favorisée par la numérisation des œuvres qui a conduit à « *la tentation de les ramener à des « produits d'information »* »⁴⁰⁸. Ensuite, une raison de cohérence juridique. Des dispositions font clairement une différenciation entre l'œuvre et l'information. Ainsi, par exemple, la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques exclut de la protection de « *simples informations* » de presse⁴⁰⁹. De même, au niveau européen, le Législateur différencie nettement dans la directive 96/9/CE du 11 mars 1996 l'œuvre des autres matières telles que les faits et les données⁴¹⁰, ces derniers relevant généralement de la notion d'information. Par ailleurs, la jurisprudence distingue l'œuvre de la simple information⁴¹¹.

Finalement, le philosophe Michel FOUCAULT avait raison d'estimer que « *le mot « œuvre » et l'unité qu'il désigne sont probablement aussi problématiques que l'individualité de l'auteur* »⁴¹². Considérer l'œuvre « numérisée » comme une simple information amène indéniablement à confondre l'œuvre de son support dématérialisé⁴¹³.

47. La distinction entre l'œuvre et son support – Initialement, la distinction entre l'œuvre et son support s'opérait relativement facilement. La dissociation se fondait sur la nature de l'objet respectif du droit de propriété et du droit d'auteur. Le support recouvrait une dimension corporelle. Il s'agissait du manuscrit pour l'auteur, de la pierre pour le glypticien. Par la suite, cette distinction est devenue plus ardue à cause des nouvelles technologies de l'information et de la communication. L'apparition de l'environnement numérique a,

407 CARON C., *Les droits de l'homme réconciliés avec le droit d'auteur*, note sous CA Paris, 30 mai 2002, D., 2001, p. 2504

408 LUCAS A., *op. cit.*, p. 25, n° 44 – V. ég. BENABOU V.-L. (sous-dir.), *Droit de la propriété littéraire et artistique, données et contenus numériques*, Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, 11 septembre 2018, p. 94

409 Art. 2 (8) de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886

410 V. cons. 17 et art. 1^{er} de la directive 96/9/CE du 11 mars 1996

411 V. par ex. Cass. civ., 5 mai 1959, *Société Éditions Nuits et Jours c. Société Entreprise graphique O Cruzeiro* ; Revue du Bureau de l'Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, mai 1960, n° 5, p. 102, note VAUNOIS L.

412 FOUCAULT M., *Qu'est-ce qu'un auteur ?*, Bulletin de la Société française de philosophie, juillet-septembre 1969, n° 3, p. 80

413 V. en ce sens : LEMARCHAND S., FRÉGET, O. et SRADAIN F., *Biens informationnels : entre droits intellectuels et droit de la concurrence*, Propr. intell., 2003, n° 6, p. 16 pour qui : « *toute œuvre, dès lors qu'elle se trouve numérisée, se ramène à un fichier d'informations binaires. Il ne faut pas en déduire pour autant que l'œuvre, par le truchement de la numérisation est devenue information ! L'information numérique ne constitue en effet qu'une modalité de reproduction de l'œuvre* ».

effectivement, engendré le phénomène de la « *dématérialisation* »⁴¹⁴ du support. Peu à peu, le support en tant que bien tangible a fait place au support numérique « *dont la consistance est plus volatile, plus diffuse* »⁴¹⁵. Face à ce constat, il a été proposé de modifier la disposition de l'article L. 111-3 du Code de la propriété intellectuelle en substituant l'expression « *objet matériel* » par celle de « *tout support* »⁴¹⁶.

La dématérialisation ne touche que le support. Ce serait, en effet, un *pléonasme*⁴¹⁷ de parler de dématérialisation pour l'œuvre. Cette dernière est, selon la formule de l'illustre Doyen CARBONNIER, un « *bien incorporel absolu* »⁴¹⁸ en ce qu'elle est absolument détachée de tout support matériel. Il est, cependant, inexact d'affirmer qu'aucun support n'existe dans l'environnement numérique⁴¹⁹. Aussi, comme l'avait affirmé avec justesse Maître Olivier PIGNATARI, « *l'existence et la communicabilité de la forme n'en demeurent pas moins tributaires d'une incorporation* »⁴²⁰. En somme, dans l'environnement numérique, seul le type de support change. Nous sommes toujours en présence d'un support ; simplement celui est un support universel numérique⁴²¹. Certes, le support n'est pas tangible, mais il n'est pas pour autant immatériel⁴²². La distinction entre le support et l'œuvre reste maintenue dans l'environnement numérique. Ainsi, dans un arrêt en date du 3 juillet 2012, la Cour de justice de l'Union européenne fait bien la distinction entre l'œuvre et le support que celui-ci soit « *matériel* » tel qu'un CD-ROM ou un DVD et « *informatique* »⁴²³. Estimer le contraire entraînerait une confusion entre l'œuvre et l'information. Certes, une œuvre peut véhiculer une ou plusieurs informations, mais, elle ne doit pas se confondre avec celles-ci au risque de dénaturer l'esprit du droit d'auteur passant d'un contrôle de la diffusion d'une œuvre à la question de l'accès à l'information qu'elle contient.

414 PIGNATARI O., *op. cit.*, p. 106, n° 146 : préférant évoquer une ténuité du support plutôt que d'user de la notion de dématérialisation

415 *Ibid.*, p. 156, n° 218

416 GAUDRAT P. et MASSÉ G., *La titularité des droits sur les œuvres réalisées dans les liens d'un engagement de création*, février 2000

417 V. en ce sens : PIGNATARI O., *op. cit.*, p. 105, n° 145

418 CARBONNIER J., *Droit civil – Les biens. Les obligations*, PUF, Paris, coll. Quadrige, 2004, p. 1605, n° 713

419 V. *Contra* : LUCAS A., *op. cit.*, p. 13, n° 21 : pour qui la dématérialisation conduit à la possibilité de commercialiser des œuvres et des prestations sans support.

420 PIGNATARI O., *op. cit.*, p. 106, n° 146

421 V. DE BROGLIE G., *Le droit d'auteur et l'internet, Rapport du groupe de travail de l'Académie des sciences morales et politiques*, juillet 2000, p. 21 : pour qui « *la magie du numérique* » consiste à « *réduire le multimédia à « l'unimédia* ».

422 TREPOZ É., *La propriété des supports d'œuvre d'art – d'une propriété limitée vers une propriété flottante*, in Dossier « De quelques modes iconoclastes d'appropriation », Cahiers de droit de l'entreprise, 2015, n°51, p. 42-48

423 CJUE, 3 juillet 2012, aff. C-128/11, *UsedSoft GmbH vs Oracle International Corp*, pt 47, 55, 57, 72

48. **Le format et le contenu numérique** – Dans l’environnement informatique, a émergé la notion de format. Ce terme définit, en réalité, le format d’un fichier numérique, document⁴²⁴, image ou vidéo, en référence explicite au programme pour lequel il a été créé ou sauvegardé. En somme, le format consiste en un agencement, une disposition des données sur un support permettant leur conservation et leur partage. Il s’agit d’une manière d’organiser des données pour les stocker dans un support informatique tel qu’un ordinateur ou un serveur. Du nom « *format* » dérive également le verbe « *formater* », dont l’usage s’est généralisé. Deux significations spécifiques sont à relever. D’une part, le formatage signifie donner un format, c’est-à-dire établir la présentation du contenu du fichier sur la base de critères codifiés spécifiques. Et d’autre part, il désigne le fait de préparer un support de stockage à recevoir des données. Finalement, le fichier numérique n’est vu que comme un support, auxiliaire à la transmission du contenu dont elle s’occupe.

Par ailleurs, le numérique a permis de mettre en place de nouvelles façons de faire circuler des œuvres de l’esprit⁴²⁵. Ainsi, par exemple, la retransmission en continu ou encore connue sous l’anglicisme *streaming* est désormais couramment utilisée par les entreprises de l’audiovisuel telles que *Netflix* ou *Prime video*. Aussi, ayant égard à renforcer les droits des consommateurs⁴²⁶ face à ce phénomène, le Législateur européen a bâti une nouvelle notion « *polymorphe* », celle de « contenu numérique ». Celle-ci comprend « *les données qui sont produites et fournies sous une forme numérique, comme les programmes informatiques, les applications, les jeux, la musique, les vidéos ou les textes, que l’accès à ces données ait lieu au moyen du téléchargement ou du streaming, depuis un support matériel ou par tout autre moyen* »⁴²⁷. Partant, elle serait « *essentiellement tournée vers des « contenus » à caractère culturel* »⁴²⁸. Au vu des exemples fournis par la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011, cette expression ne viserait que les données qui sont des œuvres de l’esprit. Aussi, l’articulation entre cette notion et le droit d’auteur interpelle, et cela, d’autant plus face au silence du Législateur européen. Néanmoins, au regard des dispositions afférentes au contenu numérique, il ressort que cette notion relève plus du « contenant » que du « contenu ». En effet, « *il s’agit de s’assurer que le support dont le consommateur fait l’acquisition lui offre la*

424 Ainsi, le fichier peut être un livre numérique, notion apparue avec la loi n° 2012-287 du 1^{er} mars 2012 relative à l’exploitation numérique des livres indisponibles du XX^e siècle.

425 OCDE, *Orientations de l’OCDE pour les politiques concernant le contenu numérique*, Séoul, Corée, 17-18 juin 2008.

426 V. en ce sens : cons. 3, 8 et 11 de la directive (UE) 2019/770 du 20 mai 2019

427 Cons. 19 de la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 – V. ég. art. 2, 11) de la directive 2011/83/UE repris à l’art. 2. 1) de la directive (UE) 2019/770 du 20 mai 2019

428 BENADOU V.-L., *Entrée par effraction d’une notion juridique nouvelle polymorphe : le contenu numérique*, Dalloz IP/IT, janvier 2017, n° 1, p. 8

possibilité de prendre connaissance de l'œuvre, à l'instar des objets « matériels » tels qu'un livre ou un tirage photographique »⁴²⁹. En somme, cette notion de contenu numérique se concentre avant tout sur le mode de transmission des données et non sur le contenu de la transmission. En d'autres termes, il s'agit plutôt d'un support intangible, faisant office de vecteur de diffusion, de transmission. Dès lors, nous devons bien distinguer le contenu numérique équivalent au support et la donnée qui serait le contenu.

49. Finalement, cette distinction entre œuvre et support qui semblait *a priori* simple, s'est complexifiée, voire s'est obscurcie en raison de l'usage de nouvelles notions comme le format ou le contenu numérique. Néanmoins, ce que nous retenons est que, dans l'environnement numérique, le support équivaut à un dispositif, un flux électronique, tel que le disque dur, les nuages ou encore appelés *cloud*. En somme, il s'agit d'un support de langage des informations en circulation. Comme l'avait estimé le Professeur Philippe GAUDRAT, « *certaines formes ne peuvent appartenir qu'à la couche du support* »⁴³⁰. Cet auteur prend pour exemple les formes qui affectent la structure même de la matière telles que les formes chimiques, moléculaires. Ces dernières sont occultes et, partant, exclues de la protection du droit d'auteur. Par ailleurs, la forme qui poursuit uniquement un effet technique, ne peut exprimer la personnalité de l'auteur et, dès lors, ne relève pas du domaine du droit d'auteur.

Suivant une taxinomie de la donnée fondée sur une approche sémiotique, nous devons écarter de notre étude la donnée structurale c'est-à-dire l'« incarnation » de la donnée numérique, son support. À l'inverse, la donnée au sens sémantique et syntaxique se distingue nettement de la simple forme technique, de la forme utile. Pour preuve, la donnée numérique peut être transcrite sur différents supports électroniques tels qu'un disque dur ou dans le *cloud*. Mais, est-ce à dire que ces données numériques au sens sémantique et syntaxique peuvent être qualifiées d'œuvres de l'esprit ?

429 *Ibid.*, p. 10

430 GAUDRAT P., *Du logiciel-support à l'illicéité de la copie privée numérique : chronique d'une subversion annoncée*, RTD Com., 2001, p. 890 et s.

II. Une donnée numérique, une possible œuvre de l'esprit

50. Initialement, un droit de reproduction fut instauré par la loi des 19 et 24 juillet 1793 pour « *les auteurs d'écrits en tout genre, les compositeurs de musiques, les peintres et dessinateurs* »⁴³¹. L'article 7 de ladite loi révolutionnaire visait également « *toute autre production de l'esprit ou du génie qui appartient aux beaux-arts* ». Cette expression de « *production du génie* » est une reprise du rapport établi par LAKANAL⁴³². Cette loi révolutionnaire ne subit que peu de modifications jusqu'à la loi n°57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique. Au lendemain de la Première Guerre Mondiale, une loi du 29 mai 1925⁴³³ établit le principe de la protection du droit d'auteur du seul fait de la création. Partant, elle rompit tout lien entre dépôt légal et l'acquisition du droit d'auteur⁴³⁴.

Le droit d'auteur n'a eu de cesse de s'adapter face aux moyens de reproduction et aux nouveaux types d'œuvres nés du développement technologique⁴³⁵. Englobant une vaste diversité de créations, des œuvres d'Art aux créations utilitaires, le champ d'application du droit d'auteur s'est encore élargi avec l'avènement de l'informatique, notamment par l'inclusion de la protection des logiciels. Néanmoins, afin de bénéficier de la protection au titre du droit d'auteur, il est nécessaire d'être en présence d'une création de forme dotée d'originalité. Aussi, il convient pour le détenteur d'une donnée numérique voulant bénéficier de cette protection d'apporter la preuve d'une part, d'une création de forme (A) et d'autre part, de l'existence de l'originalité de la création⁴³⁶ (B).

431 Art. 1^{er} de la loi des 19 et 24 juillet 1793 sur le droit de reproduction des œuvres littéraires et artistiques et musicales.

432 LAKANAL, GUILLAUME M. J., *Procès verbaux du Comité d'instruction publique de la Convention Nationale*, Paris, 1894, T. II, p. 82

433 Loi du 19 mai 1925 sur le dépôt légal, Journal officiel de la République française, 27 mai 1925, p. 4934

434 La formalité de dépôt subsiste uniquement dans le cadre d'une obligation de police. V. SEPETJAN S. et GRAFF E., *Le dépôt légal en France*, Les Cahiers de propriété intellectuelle, 2011, vol. 23, n° 1, p. 169-186

435 V. par ex. Commission européenne, *Livre vert sur le droit d'auteur et le défi technologique – Problèmes de droit d'auteur appelant une action immédiate*, COM (88) 172 final, Bruxelles, juin 1988 ; *Id.*, *Livre vert. Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance*, COM (2008) 466 final, Bruxelles, 16 juillet 2008

436 LALIGANT O., *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création*, Presse Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 1999, p. 15-16 : pour qui, trois caractéristiques sont nécessaires pour qu'une œuvre puisse être protégée par le droit d'auteur : l'accessibilité, la figurabilité et l'originalité.

A. La donnée numérique, une création de forme

51. **La matérialisation de l'œuvre, condition nécessaire** – La première condition exigée est la création de forme, « *concept central de la propriété littéraire et artistique* »⁴³⁷. Autrement dit, le seuil à franchir pour revendiquer la qualité d'œuvre consiste en un degré de « matérialisation », de « structuration » de la création bien que la nature de la forme n'ait pas d'incidence sur la protection⁴³⁸. En somme, la forme permet de faire porter « *à la connaissance d'autrui une élaboration intime de l'imaginaire personnel* »⁴³⁹. L'œuvre présente alors un caractère représentatif. Ainsi, pour une partie de la doctrine, les œuvres « *seraient des communications, et posséderaient un contenu intellectuel* »⁴⁴⁰.

Nous ne pouvons concevoir une protection pour une « œuvre » qui n'est pas exprimée⁴⁴¹. Aussi, faute de perceptibilité, les idées ne peuvent-elles prétendre au bénéfice de la protection du droit d'auteur⁴⁴². Ces dernières, se situant en deçà de la conception⁴⁴³, ne sont restées qu'au seuil du monde psychique et n'ont, finalement, pas d'existence vérifiable. Dès lors, le Droit ne peut les saisir.

Cette exigence de forme s'explique par la nécessité d'une part, de rendre l'œuvre communicable⁴⁴⁴ et perceptible aux sens et d'autre part, de délimiter rigoureusement l'objet sur lequel s'exercera le droit d'auteur⁴⁴⁵. La forme vient, ainsi, déterminer les contours du bien dont la protection est demandée. Aussi, le Droit s'intéresse-t-il à la forme uniquement dans le but de circonscrire l'étendue de la protection. Le droit d'auteur ne protège, effectivement, que la forme et non le contenu d'une œuvre⁴⁴⁶. En d'autres termes, ce droit vise à contrôler l'exploitation de l'œuvre et non pas à contrôler son accès intellectuel⁴⁴⁷. Or, il s'agit là de

437 GAUDRAT P., *Réflexion sur la forme des œuvres de l'esprit*, in *Propriétés intellectuelle*, Mélanges en l'honneur d'André FRANÇON, Dalloz, Paris, 1995, p. 195

438 VIVANT M., *Les métamorphoses de l'œuvre. Des Mythologies aux mythes informatiques*, D., 2010, p. 776

439 GAUDRAT P., *Du logiciel-support à l'illicéité de la copie privée numérique : chronique d'une subversion annoncée*, RTD Com., 2001, p. 890 et s.

440 CHERPILLOD I., *op. cit.*, p. 118, n° 205

441 En ce sens : CORNU G., *Droit civil. Les biens*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 13 octobre 2007, 13^e éd., p. 342, n° 131

442 V. par ex. T. civ., Seine 19 décembre 1928, Train de 8 h 47, *Georges Courteline et Léo Marchès c. Pierre Véber et André Heuzé* ; Dall. Hebd., 1929, p. 79, Gaz. Pal., 5 février 1929, I, 264. ; Cass. com. 29 novembre 1960, Bull. civ. IV, n°389 ; TGI Paris, 30 avril 2003, RIDA, 2003, n° 197, p. 319 et s.

443 Il s'agit de ce que nous nommons préconception dans l'esprit de l'auteur.

444 CARON C., *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, Paris, 5^e éd., 2013, p. 63, n° 60 : pour qui, il est de l'essence de l'œuvre d'être communiquée.

445 V. en ce sens : CJUE 11 juin 2020, aff. C-833/18, *Brompton Bicycle Ltd c. Chedech/Get2Get*, pt 25 – V. ég. POUILLET E., *op. cit.*, p. 34, n° 11

446 V. en ce sens : LUCAS A., LUCAS-CHLOTTER A., BERNAULT C., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, Paris, 7 décembre 2017, 5^e éd., spéc. n° 65

447 Il s'agit de distinguer la forme interne, non protégée par le droit d'auteur de la forme externe protégée. Cette distinction trouve sa source dans la doctrine allemande, et plus précisément dans les écrits du Professeur

l'une des faiblesses du système au regard de l'économie des données. En effet, la valeur économique d'une donnée ne réside pas tant dans sa forme que dans son contenu. Cela marque indéniablement une limite dans la réservation de la donnée sur le plan sémantique par le droit d'auteur.

52. La notion de forme de l'œuvre – De là, faute de définition légale, la question surgit de savoir que recouvre exactement la notion de forme. Celle-ci n'est pas nouvelle dans la mesure où elle se pose depuis plus d'un siècle⁴⁴⁸. Cependant, l'environnement numérique renouvelle cette dernière. La donnée peut être définie comme une information stockée par l'ordinateur dans un fichier mémorisé et accessible à l'opérateur⁴⁴⁹. Dès lors, la donnée « *n'existe pas à l'état de nature mais est souvent [un] « produit»* »⁴⁵⁰, une création. Cependant, l'enregistrement sous forme de chiffres engendre-t-il la création d'une forme ? Pour y répondre, il est nécessaire de se référer à la doctrine ainsi qu'à la jurisprudence. Pour le Professeur Philippe GAUDRAT, la forme consiste « *toujours dans l'organisation d'une substance* »⁴⁵¹. Quant à la jurisprudence, force est de constater que celle-ci adopte une approche souple de cette exigence ce qui élargit, par voie de conséquence, le domaine du droit d'auteur⁴⁵². En effet, cette condition de forme est indifférence à l'intelligibilité universelle de l'œuvre⁴⁵³. Ainsi, il suffit que la forme soit perceptible⁴⁵⁴. Nul ne songerait à dénier aux partitions de musique leur protection au titre du droit d'auteur et cela, même si ces œuvres sont décrites selon une notation neumatique. Dès lors, le langage binaire à destination de

KOHLER. Ce dernier distinguait, en effet, entre le *corpus mysticum* c'est-à-dire le contenu innovant, l'idée, du *corpus mechanicum*, support contenant cette idée, la forme concrète qu'elle prend pour être communiquée au public (KOHLER J., *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Verlag Von Ferdinand Enke, Stuttgart, 1907).

La forme interne serait l'ancien *Eidos* aristotélicien, la « forme-idée ». Cette forme sous-jacente (LALIGANT O., *La problématique de la protection du parfum par le droit d'auteur*, R.R.J., 1989, n° 3, p. 611) a également été définie comme le « contenu psychique ou idéologique de l'œuvre dans sa réalisation complète ». Aussi, elle n'est pas directement perceptible par les sens. La forme externe, ou encore appelée forme apparente, est, quant à elle, le moyen d'expression utilisé. La modification de la forme externe ne modifie pas la forme interne de l'œuvre. Tel est l'exemple de la traduction. Toutefois, il n'est pas toujours facile de distinguer ces deux formes notamment dans le domaine de l'art abstrait.

448 GAUTIER P.-Y., *Propriété littéraire et artistiques*, PUF, Paris, 2012, 8^e éd., spéc. p. 48, n° 37

449 STROWEL A. et DERCLAYE E., *op. cit.*, p. 456

450 BENABOU V.-L. (sous-dir.), *Droit de la propriété littéraire et artistique, données et contenus numériques*, Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, 11 septembre 2018, p. 20

451 GAUDRAT P., *Réflexion sur la forme des œuvres de l'esprit*, in *Propriétés intellectuelle*, Mélanges en l'honneur d'André FRANÇON, Dalloz, Paris, 1995, p. 196

452 À titre d'illustration, nous pouvons citer deux affaires connues, à savoir l'inscription du mot « *Paradis* » au-dessus de la porte des toilettes de l'ancien dortoir des alcooliques de l'hôpital psychiatrique de Ville-Évrard (Cass. 1^{er} civ., 13 novembre 2008, n° 06-19.021, Bull. I, n° 258) et l'emballage du Pont-neuf (CA Paris, 4^e ch., 13 mars 1986, *Sigma c/ Christo*, Gaz. Pal. 1986, 1, 238) qui ont été reconnus comme des œuvres protégeables.

453 V. en ce sens : CARON C., *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, Paris, 5^e éd., 2013, p. 64, n° 62

454 Cette position est conforme à l'article 2 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques soulignant l'indifférence du mode ou de la forme d'expression dans la qualification d'œuvre.

l'ordinateur relève d'une forme, la « *forme électronique* »⁴⁵⁵ et, ne constitue pas un obstacle à la protection de la création. Autrement dit, une œuvre peut être exprimée sous le langage binaire quand bien même elle ne serait pas directement accessible à l'intellectuel humain⁴⁵⁶. En somme, le langage binaire n'est qu'une forme conventionnelle permettant « *l'expression et la notation d'une forme interne non dotée d'une forme sensible inhérente* »⁴⁵⁷. Cette analyse est confortée par l'article 10.1 des Accords sur les ADPIC qui précise que « *les programmes d'ordinateur qu'ils soient exprimés en code source ou en code objet, seront protégés en tant qu'œuvres littéraires en vertu de la convention de Berne* ». Or, le code objet n'est rien d'autre qu'une langue binaire compréhensible par la machine⁴⁵⁸.

Toutefois, cette perspective ne fait pas l'unanimité au sein de la doctrine. Des auteurs se montrent critiques envers une telle position. Ainsi, pour le Professeur Christophe CARON, cette protection du langage binaire représente incontestablement une « *anomalie à l'égard de la logique du droit d'auteur qui postule que les formes doivent être perceptibles par les sens d'une personne physique* »⁴⁵⁹. Une telle approche conduit, effectivement, à réduire l'œuvre à une simple suite des chiffres et nous éloigne de l'esprit du droit d'auteur.

Par ailleurs, la forme peut consister en une « *simple extériorisation de l'idée [...]* *quelle que soit celle-ci dès lors qu'elle est précise* »⁴⁶⁰. En somme, ce qui importe est la précision de l'idée plus que la forme d'expression⁴⁶¹. Cependant, la notion de forme vient délimiter l'étendue de la protection⁴⁶². En effet, la forme ne doit pas se confondre avec le fond dans la mesure où le droit d'auteur protège uniquement la forme et non le fond, c'est-à-dire le message, l'information. En d'autres termes, par principe, le droit d'auteur ne protège pas l'idée contenue dans une œuvre concrète. Aussi, rien n'empêche de présenter une même information sous une forme différente. Cette distinction, simple de prime abord soulève, toutefois, des difficultés dans le cadre des œuvres informationnelles. Dans cette hypothèse, la protection de la forme amène, effectivement, souvent à une réservation du fond. Tel est

455 GAUDRAT P., *Forme numérique et propriété intellectuelle*, RTD Com., 2000, p. 910 et s.

456 *Loc. cit.* : pour qui l'extériorité de la « *forme électronique* » est suffisante pour être objet de droit. Cette extériorité physique est attestée, soutient l'auteur, par son aptitude à animer une machine.

457 GAUDRAT P., *Réflexion sur la forme des œuvres de l'esprit*, in *Propriétés intellectuelle*, Mélanges en l'honneur d'André FRANÇON, Dalloz, Paris, 1995, p. 202

458 V. ég. en jurisprudence : TGI Paris, 21 septembre 1983 ; D., 1984, p. 77, note LE STANC C. ; CJUE, 22 décembre 2010, aff. C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany c. Ministerstvo kultury* ; CJUE, 2 mai 2012, aff. C-406-10, *SAS Institute Inc. c. World Programming Ltd.*, spéc. pt. 38 : la Cour luxembourgeoise considère que « *le code source et le code objet d'un programme d'ordinateur sont des formes d'expression de celui-ci* ».

459 CARON C., *op. cit.*, p. 65, n° 62

460 LE TOURNEAU P., *Folles idées sur les idées*, Comm. com. électr., février 2001, n° 2, chron. 4 : cet auteur ajoute que « *dès que l'idée ne réside plus seulement dans le cerveau de son auteur, elle mérite protection, sous certaines conditions* ».

461 V. en ce sens : GAUTIER P.-Y., *op. cit.*, p. 56, n° 45

462 V. en ce sens : STROWEL A., *Droit d'auteur et copyright*, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 413, n° 312

l'exemple de la fameuse affaire de l'emballage du Pont-Neuf⁴⁶³. Partant, le droit d'auteur tendrait à protéger « *des créations de forme informationnelles qui sont des informations avant d'être des œuvres* »⁴⁶⁴. Cette « *rétenion du fond* »⁴⁶⁵ par la forme est avant tout due en raison du faible degré d'originalité exigé pour leur protection.

Au total, la donnée numérique sur le plan syntaxique correspond indéniablement à une forme d'expression spécifique à l'environnement numérique. Cependant, le droit d'auteur ne portera pas sur la donnée au niveau sémantique c'est-à-dire sur le contenu informationnel de la donnée. En effet, cette dernière correspond, en réalité, à la forme interne, au *corpus mysticum*.

Néanmoins, cette matérialisation n'est en somme pas suffisante pour bénéficier d'une protection au titre du droit d'auteur. Encore faut-il que la donnée numérique soit originale.

B. La question de l'originalité de la donnée numérique

53. L'originalité, critère discriminant des créations de forme – Il faut se garder de toute myopie⁴⁶⁶. La création d'une forme n'est pas suffisante pour prétendre *de facto* à la protection du droit d'auteur et cela, peu importe les investissements qui ont été nécessaires. Les investissements ne sont, en réalité, que des moyens ayant permis la réalisation de l'œuvre mais ne s'identifient nullement à l'œuvre elle-même⁴⁶⁷. Ainsi, dans l'environnement numérique, le droit d'auteur ne se limite pas aux seuls « *bits* » mais plutôt aux œuvres. Si la mise en forme suffisait à l'octroi de la protection, le droit d'auteur pourrait s'attacher à des productions de pure routine. Une telle situation conduirait indéniablement à réduire comme peau de chagrin le domaine public et dès lors, entraverait la liberté de création.

Aussi, bien qu'indifférent aux questions de genre, de forme d'expression, de mérite ou de destination de l'œuvre⁴⁶⁸, pour être éligible à la protection du droit d'auteur, encore faut-il que cette création soit dotée d'un degré certain d'originalité⁴⁶⁹. Selon le Professeur Pierre-

463 CA Paris, 4^e ch., 13 mars 1986, *Sygmia c/ Christo*, Gaz. Pal. 1986, 1, 238

464 CARON C., *op. cit.*, p. 73, n° 76

465 *Ibid.*

466 LUCAS A., *op. cit.*, p. 6, n° 9

467 V. en ce sens : CHERPILLOD I., *op. cit.* p. 25, n° 18

468 Art. L. 112-1 du CPI – FRANÇON A., *Préface*, in CARREAU C., *Mérite et droit d'auteur*, LGDJ, 1 avril 1981, coll. Thèse, sous-coll. Bibliothèque de droit privé, tome 167. p. 10 : pour qui, il est « *chimérique d'espérer empêcher complètement [...] que le magistrat, en son for intérieur, ne fasse entrer en ligne de compte la valeur de l'œuvre lorsqu'il s'agit de décider si elle est ou non originale* ».

469 La condition d'originalité n'est imposée textuellement que pour les titres à l'art. L. 122-4 du CPI. Cependant,, historiquement, le projet de loi de septembre 1791 mentionnait la condition d'originalité. Celle-

Yves GAUTIER, l'originalité constitue la valeur économique de l'œuvre justifiant par là même l'octroi de la protection contre toutes usurpations⁴⁷⁰.

L'originalité paraît, tout compte fait, comme le critère discriminant entre les créations exclues du domaine de protection, et celles qui y sont incluses⁴⁷¹. Elle est la pierre de touche du droit d'auteur⁴⁷², son ADN⁴⁷³, ce qui explique le fait qu'elle fasse l'objet d'abondantes discussions. Nous pourrions dire que l'originalité est une condition immarcescible du droit d'auteur. En d'autres termes, la discrimination entre œuvres ne peut se fonder sur leur forme d'expression, mais elle relève de la « *finalité expressive de [leur] forme* »⁴⁷⁴. De ce fait, pour des auteurs, l'originalité constitue, en réalité, le seul critère de protection qu'il convient de retenir ; la forme ne permettant finalement que de circonscrire l'étendue de la protection accordée⁴⁷⁵. Reste que l'« *originalité ne se conçoit que sous l'angle d'un rapport à la forme* »⁴⁷⁶.

Dans le cadre de notre étude, nous devons préciser ce que recouvre la condition d'originalité imposée en droit d'auteur (1) avant de l'appliquer aux données numériques (2).

ci ne fut pas retenue par le Législateur. L'art. 7 du décret-loi des 19-24 juillet 1793 ne fait référence qu'aux productions « *de l'esprit et du génie* ». Cette condition d'originalité a émergé à partir des années 1840 (V. en ce sens : PFISTER L., *Histoire du droit d'auteur*, JCI X, Fasc. n° 1110, 1^{er} septembre 2010, n° 44, 61 ; *id.* *L'auteur, propriétaire de son œuvre. La formation du droit d'auteur du XVI^e siècle à la loi de 1957*, thèse, Université de Strasbourg III, 1999). En réalité, cette condition d'originalité « *doit être considérée comme étant sous-entendue* » (LUCAS A. et SIRINELLI P., *L'originalité en droit d'auteur*, JCP G, 1993, I, étude 3681, n° 7).

470 GAUTIER P.-Y., *Propriété littéraire et artistiques*, PUF, Paris, 2012, 8^e éd., p. 53, n° 41

471 V. par ex. CA Paris, Pôle 5 ch. 2, 11 avril 2014, RG n°13/23575, *C. M. c. : C. R., P. C., O. J., SARL E-TOXIC, SOCIÉTÉ CONVERSIS HOSTING GMBH* : afin de refuser de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité, la Cour d'appel de Paris avait estimé que « *les œuvres de l'esprit n'ayant pas vocation à bénéficier dans leur ensemble, dès lors que la propriété intellectuelle n'est pas un droit général et absolu, de la protection sans formalités par elles instaurée mais requérant, pour accéder à la protection du droit d'auteur, qu'elles s'expriment sous une forme communicable au public et qu'elles procèdent de choix exprimant la personnalité de son auteur* ».

472 DESBOIS H., *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, Paris, 1978, 3^e éd., 1002 p.

473 CARON C., *op. cit.*, p. 79, n° 82

474 GAUDRAT P. et SARDAIN F., *Traité de droit civil du numérique. Tome 1. Droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 155, n° 223

475 V. notamment BENABOU V.-L., *Originalité ? Vous avez dit originalités ?*, LEGICOM, 2014/2, n° 53, p. 5-15

476 CABAY J., « *Ce sont les regardeurs qui font les tableaux* ». *La forme d'une œuvre d'art conceptuel en droit d'auteur*, in *Les aspects juridiques de l'art contemporain* (sous-dir. Andrée PUTTMANS et Bert DEMARSIN, Larcier, Bruxelles, coll. Unité de droit économique de l'ULB, 17 décembre 2012, p. 17, n° 7

1. La délimitation de la notion d'originalité

54. **L'originalité, une notion difficile à circonscrire** – Le Législateur n'a pas apporté de définition du critère plutôt flou d'originalité. Cette absence de définition entraîne une certaine flexibilité du droit d'auteur au regard des nouvelles manifestations créatives et des nouvelles technologies. Cette flexibilité est, cependant, contrebalancée par une certaine insécurité juridique⁴⁷⁷. Et malgré les études consacrées à cette notion d'originalité, celle-ci n'en demeure pas moins sibylline. Bien qu'essentielle, elle reste une notion insaisissable⁴⁷⁸, un « *janus juridique* »⁴⁷⁹. Aussi, est-il difficile, voire impossible, de fournir une définition unique et stable de cette notion-cadre. Celle-ci reste finalement rétive à toute définition. Ainsi, ce serait une gageure que de vouloir la définir de manière précise⁴⁸⁰. Comme l'avait noté avec humour l'écrivain belge VAN ISACKER, « *il en va de l'originalité comme de l'éléphant rose ; c'est assez difficile d'en donner une définition, mais vous l'aurez tout de suite reconnu si vous en rencontrez un* »⁴⁸¹.

55. **Les acceptions de l'originalité** – Deux acceptions de l'originalité s'opposent. La première dite objective envisage l'œuvre en elle-même et conduit à apprécier l'originalité au regard de sa nouveauté⁴⁸². Partant, une œuvre sera originale si elle diffère sensiblement de celles déjà existantes et cela, indépendamment de la personnalité de l'auteur. Suivant cette première approche, une donnée numérique même brute peut représenter un degré de nouveauté⁴⁸³ et, dès lors, être considérée comme originale. La seconde conception dite

477 LALLIGANT O., *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 30 juin 1999, spéc. p. 261, n° 313 : proposant de substituer la condition d'originalité à celle de création. Une création correspond à une œuvre présentant « *une individualité suffisante pour être distinguée des créations similaires, déjà existantes, et qui est due à la facture suffisamment personnelle donnée à ses formes par son auteur* ». Toutefois, une telle substitution nous semble contrevenir à notre conception personnalité du droit d'auteur. La création est le simple fait de créer.

478 CARON C., *op. cit.*, p. 77, n° 78 – BENABOU V.-L., *L'originalité, un janus juridique ; Regards sur la naissance d'une notion autonome de droit de l'Union*, in Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, Paris, LexisNexis, 2014, p. 17

479 BENABOU V.-L., *op. cit.*, p. 17-34

480 V. en ce sens : STROWEL A., *L'œuvre selon le droit d'auteur*, Droits, vol. 1993/18, n° 18, p. 88 pour qui « *l'œuvre ne présente donc pas une unité préconstituée, ni certaine, ni homogène, elle procède d'un tri, donc d'une interprétation* ».

481 Citation du Professeur Alain STROWEL (STROWEL A., *L'originalité en droit d'auteur : un critère à géométrie variable*, Journal des tribunaux, 7 septembre 1991, 110^e année, n° 5598, p. 513-518)

482 POUILLET E., CLARO C., *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, éd. MARCHAL et BILLARD, Paris, 3^e éd., 1908, p. 104-105

483 CHERPILLOD I., *op. cit.*, p. 62, n° 95 pour qui, les procédés, les méthodes « *appartenant ou non au domaine de la technique, [...] peuvent atteindre un niveau supérieur de nouveauté* ».

subjective, « *démocratisée* »⁴⁸⁴ par le Professeur DESBOIS, se réfère à la personnalité de l'auteur permettant d'individualiser la création. Partant, cette conception subjective de l'originalité méconnaît « *l'autonomie de l'objet du droit au regard de celui qui en est l'auteur* »⁴⁸⁵. Suivant cette approche, l'œuvre est originale dès lors que l'auteur a pu exprimer sa sensibilité. Aussi, seule une personne physique peut-elle créer une œuvre et être qualifiée d'auteur. En effet, il serait difficile, voire impossible, de déceler une quelconque sensibilité chez les personnes morales, ces dernières ne « *vibrent* » guère « *si ce n'est peut-être aux cours de la bourse* »⁴⁸⁶. Ce critère d'originalité ne doit pas se confondre avec celui de nouveauté, notion objective connue en matière de brevet⁴⁸⁷. L'originalité présente un degré supérieur de nouveauté puisque tout ce qui est nouveau n'est pas forcément original.

Cette conception subjective de l'originalité est celle dominante au sein de la doctrine et de la jurisprudence françaises qui conçoivent l'originalité comme l'empreinte de la personnalité de l'auteur. Cette approche qui s'inscrit parfaitement dans la logique personnaliste de notre droit d'auteur, devient, cependant, problématique lorsque sont en cause des œuvres factuelles c'est-à-dire des œuvres qui ont pour finalité la représentation de la réalité, un contenu informatif⁴⁸⁸. Dans ce type d'œuvres, la liberté de l'auteur est somme toute contrainte par des facteurs extérieurs ou une logique automatique. En définitive, l'imaginaire du créateur est extrêmement limité voire inexistant. Une « *dérive* »⁴⁸⁹ de l'originalité a pu être relevée pour ces « *menus fretins* » du droit d'auteur. À tout le moins, l'originalité a été repensée par la jurisprudence. Tel est le cas en matière de logiciels⁴⁹⁰ où il est parfois difficile, même impossible, d'établir une originalité au sens d'empreinte de la personnalité de l'auteur⁴⁹¹. Cette originalité est alors caractérisée comme la marque de l'apport intellectuel de

484 SOUGY T., *L'originalité, unique condition à la protection du droit d'auteur : vérification par l'application aux créations audiovisuelles*, Thèse, Droit, Université Jean Moulin – Lyon III, 2022, spéc. p. 110

485 RAYNARD J., *Droit d'auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Litec, Paris, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1^{er} septembre 1991, p. 78, n° 86

486 VIVANT M., *Les métamorphoses de l'œuvre. Des Mythologies aux mythes informatiques*, D., 2010, p. 776

487 Cette différence entre le droit d'auteur et le droit des brevets s'explique par la prédominance de l'intérêt général en matière de politique de brevets. À l'inverse, le droit d'auteur privilégie en premier lieu l'intérêt personnel du créateur (v. en ce sens : DESBOIS H., *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, Paris, 1978, 3^e éd., p. 6, n° 4).

488 Il s'agit classiquement des bases de données, des catalogues, des œuvres scientifiques. V. en ce sens : STROWEL A. et DERCLAYE E., *op. cit.*, p. 35, n° 30

489 RAYNARD J., *op. cit.*, p. 79, n° 86

490 LALIGANT O., *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création*, Presse Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 1999, p. 66, n° 62 : estimant que les logiciels et les bases de données correspondent à la « *deuxième génération* » d'œuvres de l'esprit.

491 La conception subjective traditionnelle de l'originalité se montrait trop exigeante pour les logiciels. V. en ce sens : LUCAS A., *Droit d'auteur et droits voisins, Loi du 3 juillet 1985, Colloque de l'IRPI, 21 et 22 novembre 1985*, Litec, Paris, 30 juillet 1986, p. 30 :

l'auteur⁴⁹² reflétant pour l'essentiel ses choix⁴⁹³. Or, il est indéniable que l'empreinte de la personnalité n'équivaut pas à un apport intellectuel de l'auteur⁴⁹⁴. En effet, l'apport personnel ne se réduit pas à un simple apport intellectuel qui n'exprime aucune sensibilité de l'auteur. Une telle position a pu être perçue comme « *le signe d'un net recul par rapport à la définition très personnaliste* »⁴⁹⁵ du droit d'auteur que nous connaissons.

56. À la recherche de critères permettant de déceler l'originalité – À première vue, aucun critère concret permettant de déceler l'originalité n'est fourni ni par la jurisprudence ni par la doctrine⁴⁹⁶. Aussi, tout travail de systématisation semble-t-il voué à l'échec, d'autant plus que l'originalité se révèle être une « *notion à géométrie variable* »⁴⁹⁷. Celle-ci varie selon que l'œuvre est une œuvre artistique⁴⁹⁸, factuelle⁴⁹⁹, ou fonctionnelle⁵⁰⁰. Il n'y a pas à proprement parler de seuil d'originalité. En réalité, l'originalité « *ne se pèse pas. Il suffit qu'elle existe* »⁵⁰¹. Un doute peut exister quant à la détermination des éléments sur lesquels doit se fonder l'originalité. L'originalité doit-elle être recherchée uniquement dans la forme ? Ou peut-elle résider également dans le contenu lui-même de l'œuvre ? Étant donné que seule la forme est protégée et que l'originalité est la condition d'accès à cette protection, il semble opportun d'apprécier la condition d'originalité qu'au regard de la forme de l'œuvre sans avoir égard aux éléments exclus du domaine même du droit d'auteur.

492 Cass. ass. plén., 7 mars 1986, n° 83-10.477, bull. 1986 A.P. n° 3, p. 5 ; JCP G, 1986, II, 20631, note MOUSSERON J.-M. ; D. 1986, p. 405 concl. du Premier avocat général CABANNES J., note EDELMAN B., p. 411 ; RIDA juil. 1986, p. 136, note LUCAS A. ; Cass. 1^{er} civ., 2 mai 1989, n° 87-17.657

493 VIVANT M., et BRUGUIÈRE J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Paris, 9 janvier 2019, 4^e éd., p. 335, n° 294

494 V. en ce sens : VIVANT M., *Les métamorphoses de l'œuvre. Des Mythologies aux mythes informatiques*, D., 2010, p. 776

495 VIVANT M. (sous-dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, Paris, Ellipses, coll. Le droit en questions, 1998, p. 51 – V. ég. DE FAULTRIER-TRAVERS S., *Aspects juridiques de l'information*, ESF éd., 1^{er} février 1991, p. 88 pour qui « *ce n'est plus la protection de l'œuvre en tant que projection de l'être, comme les héritiers de la [R]évolution l'avaient annoncé, mais la protection d'un bien marchand que la loi tend à garantir* ».

496 BLANC-JOUVAN G., *L'œuvre, l'auteur, le monopole : le droit d'auteur en quête de (re)définition*, Revue de droit d'Assas, mai 2022, n° 23, p. 154 pour qui le problème de délimitation de la sphère du droit d'auteur témoigne de « *la fragilité d'une matière qui repose sur un objet central – et surtout ne peut pas être défini* »

497 STROWEL A., *L'originalité en droit d'auteur : un critère à géométrie variable*, Journal des tribunaux, 7 septembre 1991, 110^e année, n° 5598, p. 513-518

498 Les œuvres artistiques visent les créations ayant une dimension esthétique telles que les œuvres plastiques, musicales.

499 STROWEL A., *op. cit.*, p. 517 : pour qui les œuvres factuelles consistent en des œuvres « *dont la valeur tient à la faculté qu'elles ont de représenter la réalité, au contenu informatif qu'elles recèlent* ». En d'autres termes, il s'agit d'œuvres ayant pour finalité première de rendre disponibles des informations. Ainsi, par exemple, les œuvres scientifiques, les cartes géographiques, les statistiques, les bases de données seront qualifiées d'œuvres factuelles.

500 *Loc. cit.* : pour qui, sont des œuvres fonctionnelles, « *des œuvres techniques qui remplissent certaines fonctions* ». Parmi cette catégorie, nous trouvons les logiciels, les algorithmes, certaines bases de données. En somme, il s'agit d'œuvres ayant une dimension utilitaire.

501 LUCAS A., LUCAS H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A. et BERNAULT C., *op. cit.*, p. 159, n° 130

Face à ces difficultés, une demande de question préjudicielle a été présentée le 21 septembre 2023, dans le cadre de l'affaire *Mio*⁵⁰². Parmi les questions préjudicielles posées, une concerne l'examen visant à décider si un objet mérite la protection au titre du droit d'auteur et les éléments qui doivent ou devraient être pris en compte pour déterminer si cet objet reflète la personnalité de son auteur, en manifestant les choix libres et créatifs de ce dernier. Il est ajouté qu'« à cet égard, la question se pose, en particulier, de savoir si l'appréciation de l'originalité doit se concentrer sur des éléments relatifs au processus de création et sur les explications fournies par l'auteur quant aux choix concrets qu'il a faits lors de la création de l'objet, ou sur des éléments relatifs à l'objet lui-même et au résultat final du processus de création et sur le point de savoir si l'objet lui-même exprime un effet artistique ». À notre connaissance, la Cour de justice n'a pas encore statué sur cette question. La réponse des juges luxembourgeois pourrait nous éclairer sur la méthode pour apprécier l'originalité d'une œuvre.

Il est, cependant, possible de relever des indices d'originalité au sein de la jurisprudence. Ainsi, dans un contexte d'harmonisation européenne du droit d'auteur, les décisions de la Cour de Luxembourg sont devenues un « corpus iuris européen qui est très régulièrement invoqué par les tribunaux nationaux »⁵⁰³. Aussi, devons-nous avoir égard à la jurisprudence de la Cour de justice. Celle-ci a érigé comme critère d'originalité les « choix libres et créatifs »⁵⁰⁴ de l'auteur⁵⁰⁵. Elle considère, en outre, que l'originalité peut découler de la manière dont est présenté le sujet, l'expression linguistique qui est utilisée, le choix, la disposition et la combinaison des mots⁵⁰⁶. Par ailleurs, la Cour luxembourgeoise use de l'expression « création intellectuelle propre à son auteur »⁵⁰⁷. Ainsi, celle-ci conçoit

502 Affaire C-580/23, *Mio e.a.*: Demande de décision préjudicielle présentée par le Svea Hovrätt, Patent- och marknadsöverdomstolen (Suède) le 21 septembre 2023 — *Mio AB, Mio e-handel AB et Mio Försäljning AB/Galleri Mikael & Thomas Asplund Aktiebolag* JO C, C/2023/964, 27 novembre 2023

503 STROWEL A., DESAUNETTES-BARBERO L., et CASSIERS V., *L'influence du droit européen et de la Cour de justice en propriété intellectuelle : vers un ius commune*, in STROWEL A. et MINNE G. (sous-dir.), *L'influence du droit européen en droit économique*. Liber Amicorum Denis Philippe, Larcier, Louvain-la-Neuve, Coll. DU CRIDES, 11 août 2022, p. 685

504 V. par ex. CJUE, 1^{er} décembre 2011, aff. C-145/10, *Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH et al.*, pt. 2, 89 ; CJUE 12 septembre 2019, aff. C-683/17, *Cofemel – Sociedade de Vestuário SA, c. G-Star Raw CV*, pt. 30 ; CJUE 11 juin 2020, aff. C-833/18, *Brompton Bicycle Ltd c. Chedech/Get2Get*, pt. 23

505 V. ég. BINCTIN N., *Droit de la propriété intellectuelle : droit d'auteur, brevet, droits voisins, marque, dessins et modèles.*, LGDJ-Lextenso, Issy-les-Monlinox, 2016, 4^e éd., spéc. p. 52, n° 34 : pour qui « le propre du choix arbitraire est qu'il porte l'empreinte de la personnalité de celui qui le réalise, il exprime les arcanes de sa personnalité ».

506 CJCE, 16 juillet 2009, aff. C-5/08, *Infopaq International A/S contre Danske Dagblades Forening*, spéc. pt. 44, 45, et 47

507 V. par ex. CJCE, 16 juillet 2009, aff. C-5/08. pt. 3 et 37 ; CJUE, 1^{er} mars 2012, aff. C-604/10, *Football Dataco et al. c. Yahoo ! UK Ltd et al.*, pt. 15, et 29, 37 ; CJUE, gr. ch., 29 juillet 2019, aff. C-469/17, *Funke Medien NRW GmbH c. Bundesrepublik Deutschland*, pt. 19 ; CJUE 12 septembre 2019, aff. C-683/17, *Cofemel – Sociedade de Vestuário SA, c. G-Star Raw CV*, pt. 29 ; CJUE 11 juin 2020, aff. C-833/18, *Brompton Bicycle Ltd c. Chedech/Get2Get*, pt. 22

l'originalité comme un travail intellectuel⁵⁰⁸. Or, selon nous, il convient de ne pas assimiler le travail au critère d'originalité⁵⁰⁹. La production d'un travail ne saurait justifier, à lui seul, l'originalité de l'œuvre⁵¹⁰. De surcroît, la formule « *propre à son auteur* » est, en elle-même, ambivalente. Elle peut aussi bien renvoyer à l'approche traditionnelle française de l'empreinte de la personnalité, que signifier « *qui a son origine dans* » (*qui n'est pas copié*)⁵¹¹. Toujours est-il que, de façon générale, l'originalité « *s'oppose à la banalité ou aux productions qui relèvent de la pure routine* »⁵¹². Ainsi, sur le fondement de l'article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle, des juges ont rappelé que « *la protection d'une œuvre de l'esprit est acquise à son auteur sans formalité et du seul fait de la création d'une forme originale en ce sens qu'elle porte l'empreinte de la personnalité de son auteur et n'est pas la banale reprise d'un fonds commun non appropriable* »⁵¹³.

57. L'indifférence de la destination de la création – Le simple fait que la création vise des fins pratiques ne permet d'écarter *de facto* la protection par le droit d'auteur en ce que la destination de l'œuvre n'a pas d'incidence sur le caractère original⁵¹⁴. Pour ces créations, les Professeurs André LUCAS et Pierre SIRINELLI estiment, effectivement, que « *l'originalité est rarement déniée. Elle est même en fait présumée* »⁵¹⁵. Ainsi, par exemple, une brochure contenant un tarif détaillé par profession a été considérée comme relevant du droit d'auteur. Les juges bruxellois avaient estimé que « *la tarification correspondante est aussi une œuvre de l'esprit, puisqu'elle établit, sur une base de statistiques connues, un rapport entre le risque de dommage corporel et l'activité différenciée à laquelle chacun se livre dans son métier* »⁵¹⁶. Néanmoins, « *c'est seulement dans les cas limites où la nature de l'œuvre fait douter de la possibilité de la protection, par exemple dans des œuvres scientifiques ou techniques, que le*

508 Une telle position rapproche le droit européen de la doctrine anglo-saxonne qui utilise parfois le critère du travail pour caractériser l'originalité, en particulier, des recueils et des compilations de données.

509 V. pour une position critique, note de bas de page n° 51 de GAUDRAT P., *Forme numérique et propriété intellectuelle*, RTD Com., 2000, p. 910 et s.

510 V. en ce sens : PIGNATARI O., *op. cit.*, p. 67, n° 85

511 LUCAS A., LUCAS H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A. et BERNAULT C., *Traité de la propriété littéraire et artistiques*, Litec, Paris, 7 décembre 2017, 5^e éd., p. 142, n° 120 : pour ces auteurs, c'est la seconde interprétation qui semble être à privilégier au regard des discussions ayant eu lieu lors de l'élaboration de la directive 2009/24 du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur.

512 CHERPILLOD I., *op. cit.*, p. 135, n° 223

513 TGI Paris, 3^e ch., 1^{ère} sect., 9 mai 2019, RG n° 17/15510, *Société ÉDITIONS EYROLLES c. Société KOOPER*

514 Art. L. 112-1 du CPI

515 LUCAS A. et SIRINELLI P., *L'originalité en droit d'auteur*, JCP G., 1993, I, étude 3681

516 Trib. civ. Bruxelles, 21 juin 1966, *Ing.-Cons.*, 1969, p. 211, cité par STROWEL A., *L'originalité en droit d'auteur : un critère à géométrie variable*, Journal des tribunaux, 7 septembre 1991, 110^e année, n° 5598, p. 517

débat sur l'originalité revient au premier plan et que les règles de droit commun sur la charge de la preuve reçoivent application »⁵¹⁷.

Finalement, l'environnement numérique n'a pas d'incidence sur ce constat. Toutefois, en pratique, la nature de certaines données numériques pourra conduire à un débat sur l'originalité. Ce débat⁵¹⁸ est d'autant plus important que, selon la Haute juridiction, « *il incombe à celui qui agit en contrefaçon de droits d'auteur, d'identifier les caractéristiques de l'œuvre dont il sollicite la protection* »⁵¹⁹.

2. Les données numériques face à la condition d'originalité

58. L'absence d'originalité de la simple donnée brute – Une création sans originalité correspond finalement à un corps sans âme⁵²⁰. Ainsi, une « œuvre » mise en forme qui est sans originalité échapperait à toute protection par le droit d'auteur⁵²¹. De même, les informations prises à l'état brut sont exclues du domaine de la protection et cela, en raison du défaut d'originalité⁵²². Cette solution est solidement ancrée en droit d'auteur⁵²³ et l'environnement numérique ne remet pas en cause une telle exclusion. Il s'agit, de ce fait, d'éviter toute assimilation abusive entre l'information binaire et l'information mentale conduisant à une confusion malencontreuse entre créations et informations⁵²⁴. Ainsi, des données numériques brutes ont, certes, une forme électrique, néanmoins, elles ne révèlent que des caractéristiques utiles de la réalité objective⁵²⁵ et non l'empreinte de personnalité de la personne les ayant mises en forme. Pour preuve, leur production est standardisée et prévisible ce qui explique le

517 LUCAS A. et SIRINELLI P., *op. cit.*

518 BÉNAZÉRAF J.-A., et BARTHEZ V., *Rapport de mission. La preuve de l'originalité*, Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et artistiques, décembre 2020 p. 13 : pour qui contestation de l'originalité dans les procès en contrefaçon est devenue « *quasi systématique* ».

519 Cass. civ. 1^{re}, 15 janvier 2015, n°13-22798

520 Pour reprendre l'image du Professeur Pierre-Yves GAUTIER (GAUTIER P.-Y., *Propriété littéraire et artistiques*, PUF, Paris, 2012, 8^e éd., p. 46 pour qui l'« *originalité constitue l'âme de l'œuvre, la forme étant son corps* »).

521 GAUDRAT P., *Formes et propriétés intellectuelles*, Dalloz, Paris, coll. Études, mélanges, travaux, mai 2022, spéc. p. 62, n° 6 : pour qui l'originalité est incluse dans la définition même de l'œuvre. Partant, il n'y aurait que des œuvres originales.

522 V. en ce sens : Concl. Avocat général M. MACIEJ SZPUNAR, aff. C-469/17, *Funke Medien NRW GmbH c. Bundesrepublik Deutschland*, 25 octobre 2018, pt. 16 : L'Avocat général précise que l'« *exclusion des idées de la protection par le droit d'auteur s'étend aux informations « brutes », c'est-à-dire présentées telles quelles* » – V. ég. GAUDRAT P. et SARDAIN F., *Traité de droit civil du numérique. Tome I. Droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 79, n° 103 ; CHERPILLOD I., *op. cit.*, p. 38

523 Dès 1861, la chambre des requêtes de la Cour de cassation (Cass. req., 8 août 1861, D. P., 1861.1.136) avait estimé que « *les dépêches télégraphiques portant à la connaissance du public les nouvelles politiques, scientifiques ou littéraires, ne peuvent être considérées comme des œuvres de l'esprit et placées sous la garantie de la loi de 1793* » – Au niveau européen, v. CJUE, gr. ch., 29 juillet 2019, aff. C-469/17, *Funke Medien NRW GmbH c. Bundesrepublik Deutschland*, pt. 24

524 V. en ce sens : GAUDRAT P. et SARDAIN F., *op. cit.*, p. 80, n° 104

fait que les données brutes soient généralement produites par une machine⁵²⁶. Elles sont exclusivement le résultat de contraintes, c'est-à-dire la nécessité de retranscrire, de « *grammatiser* »⁵²⁷ le plus fidèlement possible les faits factuels excluant ainsi toute liberté créative dans le chef de l'auteur, la machine⁵²⁸. En somme, ces données brutes numériques ne résultent que d'un savoir-faire technique⁵²⁹. Elles ont un degré d'élaboration moindre que celui des œuvres. Il ne s'agit, comme l'avait relevé le rapport du CSPLA que d'éléments rudimentaires d'informations couvert par la liberté d'expression⁵³⁰. Dès lors, les données brutes ne peuvent relever du droit d'auteur. Nous pouvons même nous demander si elles sont réellement des créations suivant la définition donnée par EDELMAN⁵³¹.

Ainsi, ont été exclus de la protection du droit d'auteur, dans l'affaire *Météo France*, des « *messages collectés et présentés sans le moindre apport original, selon des normes et recommandations internationales et une réglementation interne* »⁵³² ou encore les cotations et négociations boursières⁵³³. De même, il est possible de faire référence à une décision du 14 mai 2003 de la Cour d'appel de Riom⁵³⁴ qui concernait des photographies satellitaires. De telles images satellites, éléments bruts, ne peuvent, selon les juges riomais, être protégées au titre du droit d'auteur que « *dès lors qu'elles sont le résultat d'une mise en œuvre personnalisé d'une technologie complexe par un processus de transformation et d'amélioration, des choix, notamment de couleurs, de contrastes et de luminosité, d'harmonisation et de mise en valeur par estompage du pourtour* ». Partant, restent exclues les photographies satellitaires qui ne sont simplement le résultat d'un procédé automatique⁵³⁵.

525 V. en ce sens : GAUDRAT P., *Réflexion sur la forme des œuvres de l'esprit*, in *Propriétés intellectuelle, Mélanges en l'honneur d'André FRANÇON*, Dalloz, Paris, 1995, spéc. p. 214

526 V. en ce sens : GAUDRAT P. et SARDAIN F., *op. cit.*, p. 77, n° 101

527 Ce néologisme fut employé par le sociologue Sylvain AUROUX (AUROUX S., *La révolution technologique de la grammatisation*, Mardaga éd., 1^{er} avril 1995, p. 216) et repris par le philosophe STIEGLER pour désigner « *un processus de description, de formalisation de discrétisation des comportements humains (calculs, langages et gestes) qui permet leur reproductibilité* » (Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux, Étude annuelle 2014*, La documentation française, 9 septembre 2014, p. 42). En d'autres termes, il s'agit d'un processus technico-linguistique de discrétisation des réalités dans le langage binaire.

528 CJUE 11 juin 2020, aff. C-833/18, *Brompton Bicycle Ltd c. Chedech/Get2Get*, pt 24 – V. ég. concl. Avocat général BOT, aff. C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany c. Ministerstvo kultury*, 14 octobre 2010, pt. 75

529 CJUE, 1^{er} mars 2012, aff. C-604/10, *Football Dataco et al. c. Yahoo ! UK Ltd et al.*

530 BENABOU V.-L. (sous-dir.), *Droit de la propriété littéraire et artistique, données et contenus numériques*, Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, 11 septembre 2018, p. 17

531 EDELMAN B., *Propriété littéraire et artistique*, Presses Universitaires de France, Paris, coll. « Que sais-je ? », 1989, p. 15 : pour qui « *la création est le produit d'un travail intellectuel libre, exprimant la personnalité du créateur, et s'incarnant dans une forme originale* ».

532 CA Paris, 18 mars 1993, D. 1983, IR 511, obs. COLOMBET C ; Cahier Lamy Informatique, supp. n° 56, février 1994, note BRUGUIÈRE J.-M.

533 TGI Compiègne, 2 juin 1989, DIT 1989/4, p. 60, note POUJOL N.

534 CA Riom, 14 mai 2003, D., 2003, p. 2754, obs. SIRINELLI P.

535 V. en ce sens : Cass. civ. 1^{re}, 3 février 2004, n° 02-11.400 : la Cour de cassation rejette le pourvoi en estimant que « *les photographes étaient postés aux endroits qui leur étaient imposés, et non par choix raisonné, et agissaient selon la technique du déclenchement continu dite « prise en rafales », ou en se limitant à installer*

Dans cette affaire, l'objet en cause correspond au résultat du travail effectué sur l'image satellite et peut être protégé au titre du droit d'auteur dès lors que les juges décèlent l'originalité de la création.

Il est impossible de trouver une originalité dans une simple retranscription en *bit* d'informations, de faits. Un parallèle peut être fait avec le travail de reconstitution, de retranscription. Dans une affaire ayant donné lieu à un jugement du Tribunal de grande instance de Paris du 27 mars 2014⁵³⁶, les documents résultant d'une opération de retranscription le plus proche de textes brutes, de manuscrites du Moyen Âge et de la Renaissance n'ont pas été considérés comme des œuvres originales. En l'espèce, le demandeur à l'action en contrefaçon soutenait, toutefois, que ces documents résultaient de choix révélateurs de la personnalité de l'auteur. Bien qu'il ne s'agisse pas en l'espèce d'une transcription automatique, les juges parisiens ont, avec justesse, rappelé que « *le droit de la propriété intellectuelle n'a pas vocation à appréhender tout travail intellectuel ou scientifique mais uniquement celui qui repose sur un apport créatif qui est le reflet de la personnalité de son auteur* ». Or, en l'espèce, le paléographe « *ne cherch[ait] pas à faire œuvre de création mais de restauration et de reconstitution, et il tend[ait] à établir une transcription la plus fidèle possible du texte médiéval, en mobilisant ses connaissances dans des domaines divers* ». À cette occasion, les magistrats ont écarté la qualification d'adaptation et de traduction « *puisque'il cherch[ait] à transcrire le texte tel qu'il était et non pas à l'écrire dans un langage moderne différent de celui utilisé par l'auteur du texte d'origine* ». Cette position a été, par la suite, confirmée par la Cour d'appel de Paris⁵³⁷. Bien que les faits ne concernent pas directement les données numériques, la solution n'en reste pas moins intéressante. En effet, la « *grammatisation* » en *bit* de faits équivaut, en réalité, à cette simple opération de transcription la plus fidèle du paléographe et, partant, ne présente aucune originalité.

Néanmoins, la doctrine a relevé une tendance du droit d'auteur « *à protéger des créations de formes informationnelles qui sont des informations avant d'être des œuvres* »⁵³⁸. L'exemple précité des photographies satellitaires est parlant puisqu'elles sont avant tout des créations ayant une fonction purement informationnelle. Une telle solution ne va pas à

un objectif à l'arrière d'un véhicule muni d'un déclencheur photographique, la cour d'appel a, dans l'exercice de son pouvoir souverain, jugé que les photographies en cause étaient dépourvues d'originalité comme ne reproduisant que des scènes d'une grande banalité sans que la sensibilité du photographe ou ses compétences personnelles transparaissent ». – V. ég. LUCAS A., LUCAS H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A. et BERNAULT C., *op. cit.*, p. 79, n° 59

536 TGI Paris, 27 mars 2014, n° RG 11/01444, *SA Librairie Droz c. SARL H GN*, LEPI, juin 2014, n° 6, p. 2, note BERNAULT C.

537 CA Paris, Pôle 5, 2^e ch., 9 juin 2017, n° 16/00005 ; RLDI, décembre 2017, n° 143, p. 8 et s. note MOURON P.

538 CARON C., *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, Paris, 2013, 3^e éd., p. 73, n° 76

l'encontre de l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle en ce que la valeur documentaire du contenu ne peut pallier le manque d'originalité. Cependant, nous soutenons qu'il faille exclure les données numériques brutes de la sphère du droit d'auteur afin d'éviter tout risque de « *régression du droit d'auteur* »⁵³⁹. Ce droit ne saisit pas les informations mais seulement les œuvres. Or, qu'est-ce qu'une donnée brute si ce n'est qu'une information sous un format numérique, les *bits* ?

De surcroît, le simple fait qu'il s'agit d'une donnée sur un phénomène existant jamais étudié ne suffit pas à la rendre *de facto* originale. Autrement dit, des données brutes ne seront pas, en tant que telles, protégées par le droit d'auteur quand bien même celles-ci correspondraient à des faits jamais étudiés⁵⁴⁰. Ainsi, « *l'œuvre suppose, de la part de son auteur, une augmentation du réel par la création d'une forme* »⁵⁴¹. Une telle solution doit être saluée. Elle évite une instrumentalisation du droit d'auteur. Une telle instrumentalisation était perceptible dans l'affaire *Funke Medien* concernant la protection par le droit d'auteur de rapports militaires, de comptes-rendus d'événements quotidiens⁵⁴². La Cour de justice a rappelé, dans cette espèce, qu'il incombait au juge national de vérifier si, lors de l'élaboration des rapports en cause, « *l'auteur a pu effectuer des choix libres et créatifs aptes à transmettre au lecteur l'originalité des objets en cause, une telle originalité découlant du choix, de la disposition et de la combinaison des mots par lesquels l'auteur a exprimé son esprit créateur d'une manière originale et a abouti à un résultat constituant une création intellectuelle [...], les seuls efforts intellectuels ainsi que le savoir-faire consacrés à la création desdits rapports étant à cet égard dénués de pertinence* »⁵⁴³. Contrairement à la position adoptée par le Tribunal régional supérieur de Cologne, il nous semble peu probable que les rapports en cause qui comprennent uniquement des informations brutes, voire des informations purement

539 LUCAS A., *op. cit.*, p. 26, n° 46

540 V. par ex. Trib. com. Compiègne, 2 juin 1989, *Société des Bourses Françaises (SBF) c. Option Service*, D.I.T., 1989/4, note POUJOL N., p. 60– V. ég. CA Paris, 18 mars 1993, *Société du journal téléphonique*, Cahiers Lamy Informatique, supp. n° 56, février 1994, note BRUGUIÈRE J.-M., Gaz. Pal., juillet 1993, n° 190-191, p. 317, note COUSIN A.

541 BENABOU V.-L. (sous-dir.), *Droit de la propriété littéraire et artistique, données et contenus numériques*, Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, 11 septembre 2018, spéc. p. 19

542 CJUE, 29 juillet 2019, aff. C-469/17, *Funke Medien NRW GmbH contre Bundesrepublik Deutschland* : en l'espèce, un organe de presse, *Funke Medien*, avait publié sur son site internet des rapports militaires confidentiels normalement destinés à une commission du *Bundestag* et à des ministères. L'État allemand avait, alors, engagé une action en cessation sur le fondement de la violation de son droit d'auteur sur lesdits rapports. Plus précisément, le demandeur soutenait qu'il y avait une atteinte à son droit moral à ce que l'œuvre en cause reste secrète. Le Tribunal régional supérieur de Cologne, l'*Oberlandesgericht Köln* avait considéré que les rapports en cause pouvaient être protégés en tant qu'« œuvres littéraires » au titre du droit d'auteur et qu'elles ne constituaient pas des textes officiels, exclus de la protection de ce droit. Cependant, cette juridiction n'avait fait aucune constatation quant aux caractéristiques concrètes qui permettaient de conclure à la particularité créative des rapports.

543 *Ibid.*, pt. 23

factuelles puissent réellement exprimer l'esprit créatif de l'auteur. Néanmoins, il revient au juge d'apprécier *in concreto* si la forme recèle l'empreinte de la personnalité de l'auteur, ce qui explique une certaine casuistique. Par ailleurs, dans l'affaire *Funke Medien*, l'Avocat général MACIEJ SZPUNAR avait dans ses conclusions, souligné l'« *instrumentalisation* » du droit d'auteur⁵⁴⁴. En effet, l'unique objectif poursuivi par l'État allemand se concentrait sur la protection du caractère confidentiel de certaines informations jugées sensibles. Or, force est de constater qu'un tel objectif est en dehors de la logique du droit d'auteur qui est d'enrichir l'esprit humain⁵⁴⁵.

Finalement, comme l'avaient justement estimé Messieurs Frédéric SARDAIN et Philippe GAUDRAT, la création « *naît d'une capacité unique de l'esprit humain à briser les routines intellectuelles et s'affranchir du connu pour produire quelque chose d'essentiellement inattendu* »⁵⁴⁶. Or, le simple fait d'« *enregistrer* » des faits, des informations brutes, semble ne pas être suffisant pour relever de la notion de création au sens du droit d'auteur et cela, faute d'empreinte de la personnalité. Il s'agit simplement d'« *une banale prestation de services techniques* »⁵⁴⁷. Dès lors, afin d'écarter tout risque d'affadissement de l'originalité, il faut aller au-delà de la simple « *grammatisation* » de faits factuels⁵⁴⁸. Néanmoins, le résultat du traitement ultérieur des données brutes pourra être protégé au titre du droit d'auteur dès lors qu'il est possible de déceler l'empreinte de la personnalité de l'auteur⁵⁴⁹. Ainsi, des juges avaient reconnu l'originalité de comptes rendus de marchés commerciaux au motif qu'ils étaient le « *résultat d'un travail personnel* ». Les rédacteurs avaient été au-delà du simple relevé des cours des marchés. L'empreinte de la personnalité des rédacteurs se révélait dans la classification et de l'analyse apportée aux informations brutes⁵⁵⁰.

59. L'absence d'originalité des données par l'intelligence artificielle – L'exigence de l'empreinte de la personnalité entraîne l'exclusion des créations automatiques de données

544 Concl. Avocat général M. MACIEJ SZPUNAR, aff. C-469/17, *Funke Medien NRW GmbH c. Bundesrepublik Deutschland*, 25 octobre 2018, pt. 61

545 V. Rapport par M. Le Chapelier du comité de constitution sur la pétition des auteurs dramatiques, lors de la séance du 13 janvier 1791, Archives parlementaires, Assemblée nationale, p. 213 : « *il est extrêmement juste que les hommes qui cultivent le domaine de la pensée tirent quelque fruit de leur travail [...]* ».

546 GAUDRAT P. et SARDAIN F., *op. cit.*, p. 77, n° 101

547 LUCAS A., *op. cit.*, p. 21, n° 34

548 CORBET J. *Le développement technique conduit-il à un changement de la notion d'auteur ?*, RIDA, avril 1991, n° 148, p. 87 ; PASSA J., *La propriété de l'information : un malentendu ?*, Dr & Part., mars 2001, p. 66

549 LUCAS A., *op. cit.*, p. 21, n° 34 : pour qui, qu'il serait possible de déceler l'empreinte de la personnalité de l'auteur dans la simple opération de « *redressement* » destinée à faciliter la lecture des données brutes.

550 Trib. civ., Amiens, 17 juillet 1941, DESBOIS H., note D.P., 1942, p. 54

telles que celles produites par l'intelligence artificielle⁵⁵¹. Aussi, nous estimons que l'article 2 de la proposition de loi n° 1630 du 12 septembre 2023 visant à encadrer l'intelligence artificielle par le droit d'auteur se révèle à la fois inutile et dangereuse. Cette proposition entend compléter l'article L. 321-2 du Code de la propriété intellectuelle comme suit : « *Lorsque l'œuvre est créée par une intelligence artificielle sans intervention humaine directe, les seuls titulaires des droits sont les auteurs ou ayants droit des œuvres qui ont permis de concevoir ladite œuvre artificielle* »⁵⁵². Cette proposition est inutile puisqu'elle ne s'intéresse qu'à la titularité des droits d'auteur sur l'œuvre générée par l'intelligence artificielle, mais, encore faut-il qu'une telle création puisse relever de la sphère du droit d'auteur. Cela implique la preuve de l'empreinte de la personnalité de l'auteur. Or, une telle preuve n'est concevable qu'en présence d'un esprit humain et non d'une machine. Ensuite, cette proposition est dangereuse dans la mesure où, insidieusement, elle suppose, implicitement, la possibilité de reconnaître un droit d'auteur sur une création qui n'est pas née d'un esprit humain. Faut-il alors admettre l'existence d'une « créativité informatique » pour l'intelligence artificielle ? Une telle reconnaissance conduit à renier l'esprit même du droit d'auteur. Face à cette ineptie⁵⁵³, il nous semble que cette proposition est vouée à « disparaître ».

Par ailleurs, les « créations », les produits de l'intelligence artificielle peuvent finalement être vus comme des créations fortuites. Or, le droit d'auteur ne saurait « *protéger des créations « accidentelles* » »⁵⁵⁴. Pour qu'il y ait protection au titre du droit d'auteur, il est nécessaire, en effet, d'avoir « *un minimum de maîtrise intellectuelle du processus créatif* »⁵⁵⁵. La création automatisée par le biais de l'intelligence artificielle est l'exemple patent de l'absence de toute maîtrise intellectuelle du processus créatif⁵⁵⁶. De telles données sont, effectivement, créées automatiquement par l'intelligence artificielle sans que personne n'ait une « *notion suffisante du résultat à atteindre* »⁵⁵⁷.

Néanmoins, dès lors que la machine n'est utilisée que comme un instrument de création par l'auteur, comme un amanuensis, l'auteur pourra prétendre à la protection de sa création par le droit d'auteur à condition que celle-ci soit originale.

551 V. FANDIÑO LOPEZ E., *Les œuvres automatisées à l'épreuve du droit d'auteur : Réflexion sur les créations réalisées par des systèmes d'intelligence artificielle*, Thèse, Droit, Université Paris Cité, 28 mars 2023

552 Assemblée nationale, *Proposition de loi visant à encadrer l'intelligence artificielle par le droit d'auteur*, Seizième législature, n° 1630, 12 septembre 2023

553 BRUGUIÈRE J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, Prop. intell., janvier 2024, n° 90, p. 32

554 LUCAS A., *op. cit.*, p. 22, n° 37

555 LUCAS A., LUCAS H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A. et BERNAULT C., *op. cit.*, p. 77, n° 57

556 BENSAMOUN A. et FARCHY J., *Mission intelligence artificielle et culture. Rapport final*, Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistiques, 27 janvier 2020, p. 33

557 *Ibid.*, p. 23, n° 37

Il est, finalement, acquis en droit d'auteur que les données brutes, à l'instar des informations brutes, ainsi que celles générées de manière automatique ne relèvent pas de la sphère du droit d'auteur. Cependant, un tel constat ne s'étend pas aux données élaborées ou enrichies, ces dernières pouvant être protégées par le droit d'auteur à condition d'être originales⁵⁵⁸.

60. L'originalité des métadonnées – Le droit d'auteur ne distingue pas selon qu'il s'agit de protéger des données ou des métadonnées. Aussi, se pose la question savoir si les métadonnées peuvent relever de cette protection ou, à l'instar des données brutes, elles en sont exclues. Cette question est d'autant plus importante que les métadonnées sont de plus en plus couramment utilisées. Ainsi, par exemple, les moteurs de recherche sur internet constituent de vastes index qui utilisent le texte des pages *web* et les métadonnées qui les accompagnent pour fournir aux utilisateurs des résultats de recherche pertinents. De même, les métadonnées sont employées dans le cadre du commerce en ligne afin de permettre aux consommateurs de pouvoir effectuer des recherches à l'aide de critères tels que le type d'objet recherché, ou de mots-clés. Enfin, les métadonnées constituent un élément central pour les plates-formes de médias sociaux comme *Facebook*. Les utilisateurs de ces réseaux sociaux créent des métadonnées lorsqu'ils gèrent leurs listes d'amis, publient des statuts ou ajoutent des descriptions aux publications.

La notion même de métadonnée est constituée de « donnée » et du préfixe « *méta* » venant du grec *meta* renvoyant à un système d'autoréférence⁵⁵⁹. Les métadonnées sont définies comme des « *donnée relative à des données ou à des éléments de données, y compris leurs descriptions de données, ou donnée sur la propriété des données, les chemins d'accès, les droits d'accès et la volatilité des données* »⁵⁶⁰. Au regard de la fonction et du contenu, les métadonnées sont l'équivalent numérique des étiquettes ou des épitomés, des abstrats qui servent à décrire, à classer des éléments, des œuvres. En somme, seule la notion de métadonnées est relativement nouvelle, cette pratique était déjà depuis longtemps connue. Au

558 V. en ce sens CA Paris, 30 septembre 2008, *Lectiel/France Télécom*, RG n° 06/21874 : en l'espèce, les juges parisiens ont reconnu l'existence d'un droit d'auteur et d'un droit *sui generis* sur la base de données de France Télécom. Pour ce faire, ils ont estimé que la base de données n'était pas constituée seulement des renseignements fournis par les abonnés mais qu'elle était enrichie d'autres informations, dont plus de la moitié viennent de la société France Télécom, de façon à former un ensemble spécifique pour lequel celle-ci a conçu et défini les opérations utiles en leur affectant les moyens correspondants.

559 AZZI T., *Les métadonnées liées aux images fixes, Rapport de mission*, Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, 5 juillet 2021, p. 3

560 Définition issue de ISO/IEC 2382:2015(fr) Technologies de l'information – Vocabulaire

niveau de l'Union européenne, cette notion est définie dans la directive (UE) 2019/770 du 20 mai 2019 comme étant « des *informations sur l'appareil du consommateur ou son historique de navigation* »⁵⁶¹ et dans le *Data Act* comme « une *description structurée du contenu ou de l'utilisation des données qui facilite la découverte ou l'utilisation de ces données* »⁵⁶². Même si les métadonnées trouvent des applications différentes dans des disciplines telles que la technologie, le droit ou la photographie, il s'agit toujours de données décrivant des données. Aussi, les métadonnées sont-elles à la fois la clef de l'utilisation et de l'interprétation des données et un élément de présentation des connaissances. Elles peuvent finalement être comparées à la « *carte d'identité du contenu auquel elles se rattachent* »⁵⁶³.

Suivant la réflexion de Monsieur Jeffrey POMERANTZ⁵⁶⁴, nous pouvons distinguer différentes catégories de métadonnées comme les métadonnées descriptives⁵⁶⁵, administratives⁵⁶⁶ et structurelles⁵⁶⁷. Cependant, en pratique, la difficulté réside dans la délimitation notionnelle entre la donnée et la métadonnée. En réalité, la réponse dépend en partie du point de vue adopté. Les informations peuvent, par exemple, être des données dans le cadre d'une application spécifique et des métadonnées dans le cadre d'une autre.

Est-il possible de considérer, à l'instar des résumés, que les métadonnées peuvent receler l'empreinte personnelle de l'auteur ? Nous estimons qu'une réponse négative s'impose et cela, pour deux raisons. D'une part, les métadonnées résultent, en pratique, d'une création automatique sans qu'il n'y ait lieu à une intervention humaine. Aussi, retrouvons-nous la solution adoptée pour les données générées par l'intelligence artificielle. D'autre part, une telle position s'inscrit dans la lignée du deuxième Comité d'experts gouvernementaux sur les problèmes de droit d'auteur découlant de l'utilisation des ordinateurs réunis par l'OMPI et l'UNESCO⁵⁶⁸. Ce Comité d'experts avait recommandé d'exclure du bénéfice du droit d'auteur

561 Cons. 25 de la directive (UE) 2019/770 du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques

562 Art. 2, 2) du règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023 concernant des règles harmonisées portant sur l'équité de l'accès aux données et de l'utilisation des données et modifiant le règlement (UE) 2017/2394 et la directive (UE) 2020/1828

563 AZZI T., *op. cit.*, p. 3

564 POMERANTZ J., *Metadata*, The MIT Press Essential Knowledge Series, 6 novembre 2015, 254 p. spéc. p. 19 et s. Il existe d'autres catégorisations des métadonnées, v. par ex. RILEY J., *Understanding metadata. What is metadata and what is it for ?*, National Information Standards Organization, Baltimore, 2017

565 Les métadonnées dites descriptives contiennent des informations sur le contenu afin d'identifier ou de comprendre les données. Par exemple, l'information tenant au titre, au genre, à la date de publication de l'œuvre.

566 Les métadonnées administratives sont, elles, utilisées pour gérer les ressources. Le type de fichier, la date de création d'un document numérique peuvent être considérés dans ce cadre comme une métadonnée.

567 Les métadonnées dites structurelles décrivent la relation entre les données comme, la place dans une hiérarchie.

568 Le Droit d'auteur, Revue mensuelle de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), septembre 1982, 95^e année, n° 9, p. 234

les indications bibliographiques mais de protéger les recueils regroupant ces indications⁵⁶⁹. Dès lors, par analogie, les métadonnées utilisées en tant que simples index numériques ne peuvent pas bénéficier de la protection du droit d'auteur⁵⁷⁰. Cette conclusion concerne les métadonnées administratives et structurelles. Nous devons, néanmoins, nuancer cette solution pour les métadonnées descriptives. Ces dernières peuvent inclure des informations telles qu'un résumé d'une œuvre. Ces métadonnées pourraient, *a priori*, relever des abstracts et, comme pour les résumés, « *se concrétiser par une expression personnelle séparable de la fonction* »⁵⁷¹. Cependant, la normalisation des métadonnées va à l'encontre de toute liberté du créateur excluant, par là même, toute empreinte de ce dernier. Ainsi, cela amène à exclure la possibilité de protection au titre du droit d'auteur.

Toutefois, lorsqu'elles portent sur des œuvres protégées, les métadonnées relèvent des mesures techniques d'informations au sens de l'article L. 331-11, alinéa 2, du Code de la propriété intellectuelle⁵⁷². Dès lors, une protection spécifique est prévue par le Législateur⁵⁷³. Ces mesures techniques bénéficient des mêmes sanctions que ceux en matière d'atteinte au droit d'auteur. La doctrine y voit dès lors une « *para-contrefaçon* »⁵⁷⁴. Ainsi, des sanctions pénales sont encourues en cas de violation des mesures d'information⁵⁷⁵. Cela concerne tant le fait de porter atteinte sciemment à une telle mesure que le fait de procurer ou de proposer sciemment à autrui les moyens d'y parvenir⁵⁷⁶. Cette répression n'a lieu que si les actes ont été commis sciemment⁵⁷⁷ et « *dans le but de porter atteinte à un droit d'auteur, de dissimuler ou de faciliter une telle atteinte* ». Par ailleurs, des sanctions civiles sont également prévues, les mêmes que celles en matière de contrefaçon. Reste à savoir si la faute ou la mauvaise foi de la personne ayant altéré des mesures techniques d'information doivent être caractérisées pour les sanctions civiles. Cette interrogation se pose au regard du renvoi opéré par le Législateur aux dispositions tenant à la contrefaçon. En effet, en cette matière, la jurisprudence considère que

569 BENABOU V.-L. (sous-dir.), *Droit de la propriété littéraire et artistique, données et contenus numériques*, Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, 11 septembre 2018, p. 21

570 LUCAS A., LUCAS H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A. et BERNAULT C., *op. cit.*, p. 155, n° 134

571 *Ibid.*, p. 155-156, n° 134

572 Les mesures techniques d'information, sorte de « *plaque d'immatriculation des œuvres* » (CARON C., *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, Paris, 5^e éd., 2013, p. 317, n° 335), concernent l'information permettant d'identifier une œuvre ou de préciser ses conditions d'utilisation.

573 Art. L. 331-11, al. 1^{er}, du CPI

574 CARON C., *op. cit.*, spéc. p. 570, n° 580

575 Art. L. 335-3-2 du CPI

576 V. par ex. T. corr. Nîmes, 28 juin 2013, n° 13/1677, Comm. com. électr. 2014, com. 11, CAPRIOLI É.

577 AZZI T., *op. cit.*, p. 42, n° 85 : le rapport recommandait d'assouplir l'élément intentionnel afin de renforcer l'intégrité des métadonnées. Pour ce faire, était proposé de remplacer l'expression « *sciemment* » par la formule de l'article 7, § 1 de la directive 2001/29 « *en sachant ou en ayant des raisons valables de penser que, ce faisant, elle entraîne, permet, facilite ou dissimule une atteinte à un droit d'auteur ou droit voisin du droit d'auteur prévu par la loi, ou au droit sui generis* ».

la contrefaçon existe indépendamment de toute faute, ou mauvaise foi, du contrefacteur⁵⁷⁸. Cependant, malgré ce renvoi, les rédacteurs du rapport de mission du CSPLA du 5 juillet 2021 soutiennent que cette jurisprudence ne s'applique pas dans le cadre de l'altération des mesures techniques d'information⁵⁷⁹.

61. **Conclusion de la section** – Finalement, il faut se garder de cette « ivresse »⁵⁸⁰ en évitant, autant que faire se peut, de conférer à une information, à une donnée numérique brute le statut d'œuvre de l'esprit. Ainsi, il nous semble que ce rejet du droit d'auteur est tout à fait légitime et nécessaire. En effet, cela écarte tout risque d'instrumentation du droit d'auteur⁵⁸¹, tout excès d'appropriation tout en préservant sa logique « romantique ». En outre, il ne faut pas occulter le fait que le droit d'auteur a pour objet la protection d'une création de forme⁵⁸². Dès lors, son domaine ne peut s'étendre au fond, c'est-à-dire au « message d'une œuvre ou l'information qu'elle contient »⁵⁸³. En somme, le fond recouvre les idées qui ont conduit à la création de l'œuvre, idées exclues de la protection au titre du droit d'auteur.

Par ailleurs, si un droit d'auteur sur une donnée brute numérique devait être reconnu, se poserait indubitablement la question de la titularité. Or, suivant l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle, les droits d'auteur naissent sur la tête de l'auteur et cela, quand bien même ce dernier serait salarié⁵⁸⁴. En d'autres termes, aucune présomption de cession de droit d'auteur n'existe en faveur de l'employeur⁵⁸⁵. En somme, le contrat de travail n'est aucunement translatif de droits sur la création salariale protégée par le droit d'auteur. Une confrontation de deux logiques juridiques distinctes, celle du droit d'auteur et celle du droit de

578 Cass. 1^{re} civ., 27 février 1973, n° 71-13.310 ; Bull. civ. I, n° 72, p. 68 – Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2008, n° 06-16.278 ; JurisData n° 2008-045785 ; D. 2009, p. 263, notes EDELMAN B. et TREPPOZ E.

579 AZZI T., *op. cit.*, p. 30, n° 50

580 EDELMAN B., *Les bases de données ou le triomphe des droits voisins*, D., 2000, p. 89

581 Les magistrats ne sont pas indifférents à cette instrumentalisation du droit d'auteur. Ainsi, dans l'affaire *Météo France*, les juges d'appel suggéraient un détournement du droit d'auteur s'il n'était invoqué « *que pour justifier l'interdiction systématique d'accès d'une catégorie d'opérateurs à des données météorologiques disponibles* » (CA Paris, 18 mars 1993, D. 1983, IR 511, obs. COLOMBET C ; Cahier Lamy Informatique, supp. n° 56, février 1994, note BRUGUIÈRE J.-M.).

582 Nous pourrions faire un parallèle avec les théologiens qui considéraient que la forme donne l'existence à la chose (*Forma dat esse rei*).

583 CARON C., *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, Paris, 2013, 3^e éd., p. 66, n° 65

584 À l'exception du cas de l'œuvre collective c'est-à-dire une « œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé » (art. L. 113-2 du CPI). Dans une telle hypothèse, l'œuvre est, sauf preuve contraire, la propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée (art. L. 113-5 du CPI).

585 Sauf exceptions législatives telles qu'en matière de logiciels (art. L. 113-9 du CPI) ou des journalistes (art. L. 132-36 du CPI)

travail s'impose. Ainsi, une telle perspective n'est pas sans poser de difficultés au sein des entreprises⁵⁸⁶.

Enfin, faut-il le rappeler, le droit d'auteur est fondé sur un mécanisme de partage et un mécanisme d'exclusion. Dans ce cadre, la divulgation constitue « *la pierre angulaire du droit d'auteur* »⁵⁸⁷. En d'autres termes, les tiers pourront prendre connaissance de l'œuvre sans, toutefois, pouvoir l'exploiter. L'œuvre est donc « *un bien juridiquement indisponible quoique intellectuellement partagé* »⁵⁸⁸. De surcroît, le Professeur Philippe GAUDRAT avait, à juste titre, considéré que « *lorsque l'œuvre contient de l'information, le monopole de l'auteur ne portant que sur la personnalisation de la mise en forme ne saurait en rien s'opposer à l'extraction de l'information* »⁵⁸⁹. Or, la logique poursuivie par les acteurs économiques des données numériques est, tout au contraire, de garder par-devers eux leurs données numériques ou à tout le moins d'en contrôler l'accès intellectuel. Aussi, cette protection par le droit d'auteur ne semble pas être la plus adéquate pour les desseins des acteurs économiques.

Section 2. La réservation détournée par les données structurées

62. La base de données en tant que données structurées – Nous avons constaté que les données numériques non originales telles que les données brutes ne peuvent être protégées au titre du droit d'auteur. Néanmoins, une protection peut être recherchée dans le cadre de données structurées, c'est-à-dire les compilations de données, de bases de données⁵⁹⁰. Le nombre de bases de données n'a cessé d'augmenter « *pratiquement exponentiellement* »⁵⁹¹ depuis l'ère du numérique.

La particularité des bases de données est avant tout un « *contenu et supports particip[a]nt d'une même activité : la communication de données informationnelles* »⁵⁹².

586 MEL J., *La création salariée en droit d'auteur*, Thèse, Droit, 2005, Paris 12, Université Paris-Est Créteil Val de Marne

587 GAUDRAT P., *Les modèles d'exploitation du droit d'auteur*, RTD Com., 2009, p. 323 et s.

588 *Loc. cit.*

589 GAUDRAT P., *Réflexion dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la « société de l'information »*, RTD Com., 2003, p. 2003

590 Avant les années quatre-vingt-dix, la doctrine employait deux notions différentes, « *banque de données* » et « *base de données* ». L'arrêté du 22 décembre 1981 relatif à l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique définissait la banque de données comme « *ensemble de données relatif à un domaine défini de connaissances et organisé pour être offert aux consultations d'utilisateurs* ». Alors que la base de données n'était consultable que grâce à l'intermédiaire d'un logiciel. Néanmoins, cette distinction terminologique a été abandonnée puisqu'elle ne présentait pas d'intérêt pratique.

591 DERCLAYE D., *Une analyse économique de la protection contractuelle des bases de données*, Reflets et perspectives de la vie économique, 2006/4, tome XLV, p. 50 : on serait passé de 300 base de données en 1979 à 6 093 en 2000.

592 DE FAULTRIER-TRAVERS S., *op. cit.*, p. 85

L'alinéa 2 de l'article L. 112-3 du Code de la propriété intellectuelle définit la base de données comme « *un 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* ». Il s'agit d'une définition extrêmement large puisqu'elle peut comprendre aussi bien les bases de données « classiques » que les sites internet⁵⁹³ « *avec les informations multiples qu'il[s] offre[ent]* »⁵⁹⁴ ou des cartes topographiques⁵⁹⁵. La base de données peut comprendre des données non protégées en elles-mêmes comme des données numériques brutes qui sont exclues du domaine du droit d'auteur. De plus, pour qu'une base de données existe, il importe peu que cette collection soit originale ou non et qu'elle constitue une œuvre de l'esprit. L'originalité est une condition préalable au bénéfice de la protection au titre du droit d'auteur et non une condition de qualification de base de données.

Toutefois, une première délimitation découle de la référence à la disposition systématique ou méthodique des éléments composant la base de données. En effet, pour être qualifiés de base de données, les éléments indépendants⁵⁹⁶ contenus dans les bases doivent être classés selon des critères ou une méthode déterminée et être accessibles individuellement. Dès lors, seront exclues du périmètre de la définition, les compilations qui correspondent à une simple juxtaposition⁵⁹⁷. De même, seront exclues les compilations simplement aléatoires et résultant d'une collecte automatisée sans que ces éléments procèdent d'un système ou d'une méthode. Dès lors, il n'est pas possible de considérer comme protégeables les simples flux de données collectées de manière indistincte, par exemple, à partir d'un réseau social, ou d'un comportement d'une machine ou d'un phénomène naturel ; à moins, toutefois, que cette collecte ne soit suivie d'une forme d'organisation, comme c'est généralement le cas dans l'utilisation informatique, pour permettre d'analyser les données.

593 Cependant, l'Internet en lui-même ne peut être qualifié comme base de données puisqu'il ouvre une voie désordonnée vers d'innombrables réseaux. En d'autres termes, les éléments ne sont pas disposés ni de manière systématique ni de manière méthodique.

594 VIVANT M. (sous-dir.), *Le Lamy Droit du numérique*, Lamy Liaison, Saint-Ouen, juin 2023, éd. 2023, p. 112, n° 206

595 CJUE, 2^e ch., 29 octobre 2015, aff. C-490/14, *Freistaat Bayern contre Verlag Esterbauer GmbH*, RTD Com., 2016, p. 125, obs. POLLAUD-DULIAN F. ; Dalloz IP/IT, 2016, p. 89, obs. Benabou V.-L. ; Propr. intell., janvier 2016, p. 68, obs. Bernault C.,

596 Cela signifie que les éléments de la base de données doivent être séparables les uns des autres sans que la valeur de leur contenu informatif, littéraire, artistique, musical ou autre s'en trouve affectée (CJCE, gr. ch., 9 novembre 2004, aff. C-444/02, *Fixtures Marketing Ltd c. Organismos prognostikon agonon podosfairou AE (OPAP)*, pt 31)

597 GAUDRAT P. et SARDAIN F., *op. cit.*, p. 540, n° 857

63. **La double protection des bases de données** – Les technologies numériques rendent ces compilations de données particulièrement vulnérables à la copie. Aussi, pour ce type de création, il existe en Europe, une double protection⁵⁹⁸ : celle classique du droit d’auteur⁵⁹⁹ (I) et celle issue du droit européenne, le droit *sui generis* des producteurs de base de données⁶⁰⁰ (II). Ces deux mécanismes de protection sont disponibles indépendamment et parallèlement, pour autant que les conditions respectives soient remplies. Cette superposition de droits entraîne indéniablement la question redoutable⁶⁰¹ de leur articulation. La distinction est, en théorie, claire et se fonde sur l’application distributive. Néanmoins, son application en pratique regorge somme toute de difficultés⁶⁰².

I. Une protection des données structurées au titre du droit d’auteur

64. Il est acquis en droit d’auteur que les données brutes, à l’instar des informations brutes, ainsi que les celles générées de manière automatique ne relèvent pas de la sphère du droit d’auteur. Cependant, un ensemble de données pourra être protégé par le droit d’auteur en tant que base de données. Ainsi, à première vue, les droits sur les bases de données constituent un régime de propriété le plus évident pour contrôler l’accès à un ensemble de données.

598 GAUDRAT P., *Loi de transposition de la directive 96/9 du 11 mars 1996 sur les bases de données : dispositions relatives au droit d’auteur*, RTD Com., 1998, p. 598 et s. : pour qui la Commission aurait dû remplacer le droit d’auteur par le droit *sui generis* plutôt que superposer les protections.

599 Cette protection au titre du droit d’auteur est explicitement énoncée dans les textes internationaux tels que l’Accord sur les ADPIC (art. 10. 2), le Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur (art. 5).

600 Nous pouvons analyser le droit *sui generis* comme une « exception européenne » (WARUSFEL B., *La protection des bases de données en question : un autre débat sur la propriété intellectuelle européenne*, Prop. intell. Octobre 2004, n° 13, p. 896). L’OMPI avait examiné un projet de traité sur la propriété intellectuelle en matière de bases de données lors de sa conférence diplomatique de décembre 1996 (v. OMPI, *Actes de la conférence diplomatique sur certaines questions de droit d’auteur et de droits voisins*, Genève 1996, vol. 1, spéc. p. 342 et s.). Cependant, ce projet n’a pas reçu de soutien international. À cette période, aux États-Unis, la protection des bases de données avait fait l’objet de plusieurs projets de loi présentés au Congrès (v. par ex. *Database Investment and Intellectual Property Piracy Act* 1996). Cependant, ces projets sont restés lettres mortes. Ainsi, en dehors de l’Union européenne, un tel droit n’existe pas. Face aux critiques, il avait été question pendant un temps d’« annuler la directive 96/9/CE » (Parlement européen, *Vers un acte sur le marché unique*, résolution 2015/2147(INI), n° 108, 19 janvier 2016) parce qu’elle constituerait un obstacle au développement d’une économie européenne fondée sur les données.

601 LUCAS A., *Aperçu rapide de la directive 96/9CE du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données*, JCP G., 1996, 22, Actualités

602 V. en ce sens : MACREZ F., *Créations informatiques : Bouleversement des droits de la propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, LexisNexis, Paris, août 2011, coll. CEIPI, p. 256 et s., n° 317 et s. : pour qui la difficulté réside dans le fait que le texte communautaire a été rédigé suivant l’hypothèse où le producteur de la base de données est également le titulaire des droits d’auteurs sur celle-ci.

65. Évolution législative de la protection des bases de données par le droit d'auteur –

Bien avant l'adoption de la directive 96/9/CE du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, le droit d'auteur protégeait déjà les anthologies, les recueils et partant, les bases de données⁶⁰³. Ainsi, dès le XIX^e siècle, des magistrats avaient estimé que « *la compilation de divers éléments tombés dans le domaine public, ainsi que leur disposition et leur application à un sujet donné, peuvent constituer une œuvre d'art et une propriété en faveur de leur auteur* »⁶⁰⁴. Nous retrouvons ici la pensée de l'auteur allemand ULMER⁶⁰⁵ qui considérait que la conception et la composition relevaient du droit d'auteur dès lors elles manifestaient l'individualité, c'est-à-dire l'empreinte de la personnalité de l'auteur. Aussi, est-il admis qu'un auteur peut réaliser un bien original par la réunion de données qu'il a sélectionnées. C'est essentiellement le cas des compilations.

L'article 4 de la loi n°57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique⁶⁰⁶ disposait, en son temps, que « *les auteurs de traductions, d'adaptations, transformations ou arrangements des œuvres de l'esprit jouissent de la protection instituée par la présente loi, sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale. Il en est de même des auteurs d'anthologie ou recueils d'œuvres diverses qui, par le choix et la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles* ». À son époque, le Professeur DESBOIS avançait comme justification à cette protection le fait que la sélection à laquelle s'est livré le compilateur révèle « *ses préférences, ses conceptions, son idéologie* »⁶⁰⁷, en somme, sa personnalité. Cette explication vaut pour les anthologies de poèmes telles que l'*Anthologie de la poésie française* de POMPIDOU, de musiques, mais ne vaut plus pour la majorité des bases de données qui sont avant tout fonctionnelles⁶⁰⁸. Dès lors, le Professeur Olivier LALIGANT proposait d'utiliser, en cette matière, le critère de création au lieu et place de celui d'originalité et cela, afin d'améliorer et de clarifier le raisonnement juridique des juges⁶⁰⁹.

Suivant une interprétation stricte de l'article 4 de la loi 1957, seuls sont protégés les recueils « *qui, par le choix et la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles* ». En effet, selon le rapporteur Maître Jacques ISORNI, « *en ce qui concerne*

603 Art. 2, 5) de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886 ; Cass. 1^{er} civ., 9 novembre 1983, n° 82-10.005, Bull. civ. 1 n° 266 ; JCP G., 1984, II, n° 20189, note FRANÇON A.

604 Cass. crim., 1^{er} août 1850, DP 1850.5.393

605 V. notamment ULMER E., *Urheber – und Verlagsrecht*, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, New York, 1980, 3^e éd.

606 Art. 4 de la loi n°57-298 du 11 mars 1957 est devenu, puis l'entrée en vigueur de la loi n° 92-597 du 1 juillet 1992, l'art. L. 112-3 du CPI

607 DESBOIS H., *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, Paris, 1978, 3^e éd., p. 41, n° 29 bis

608 V. en ce sens : LALIGANT O., *op. cit.*, p. 334, n° 413

609 *Loc. cit.*,

*les auteurs d'anthologies, il est apparu excessif de considérer comme devant être protégé le seul choix de matières qui font l'objet d'une anthologie. Il y a aux yeux de votre Commission, créations intellectuelle que si la disposition des matières s'y ajoute à leur choix »*⁶¹⁰. Une telle interprétation avait une incidence en notre matière puisqu'étaient exclues, les bases de données pour lesquelles le producteur s'était contenté d'enregistrer les données suivant l'ordre chronologique de leur création ou suivant un ordre naturel des choses ne se prêtant à aucun choix. En d'autres termes, le simple travail de compilation ne constituait pas en lui-même une création protégeable.

66. L'élargissement du champ de protection – Néanmoins, par la loi n°96-1106 du 18 décembre 1996, le Législateur a modifié la conjonction « *et* » par « *ou* ». Ainsi, nous sommes passés d'une condition cumulative du choix et de la disposition des matières à une condition alternative. Cela a pour effet un élargissement du champ de la protection. La loi de transposition de la directive 96/9/CE du 11 mars 1996 n'a pas remis en cause cette extension⁶¹¹ mais, tout au contraire, l'a confirmé⁶¹². Dès lors, la protection est ouverte aux seules œuvres de sélection. L'existence de choix personnels et arbitraires propres à l'auteur s'apprécie non pas au niveau des contenus de la base de données, mais au niveau de l'ensemble ainsi constitué. Ces choix peuvent porter tant sur la sélection que sur la disposition des contenus, et doivent être suffisamment nombreux et subjectifs pour que l'auteur ait pu exprimer sa personnalité⁶¹³. Cette interprétation ne contrevient pas à l'article 5 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996. Néanmoins, nous pouvons estimer que le choix bien qu'arbitraire, n'est pas suffisant pour exprimer la personnalité de son auteur⁶¹⁴. Il serait, en effet, excessif de présumer l'existence d'une originalité du simplement fait de choisir. De même, la simple possibilité de choix ne caractérise nullement l'originalité de la composition⁶¹⁵. Ce faisant, la Professeure Carine BERNAULT estime que « *le choix peut donc donner naissance à une création intellectuelle. Certes, mais encore faut-il que cette création*

610 Ass. nat., procès-verbal de la séance du 9 juin 1954, n° 8612, cité par DESBOIS H., *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, Paris, 1978, 3^e éd., p. 43, n° 30

611 VIVANT M., *Les métamorphoses de l'œuvre. Des Mythologies aux mythes informatiques*, D., 2010, p. 776 : cet auteur note avec justesse que la consécration des bases de données comme œuvres protégeables renouvelle le lexique sans toutefois modifier la pratique judiciaire.

612 Art. 3.1. de la directive 96/9/CE du 11 mars 1996

613 V. par ex. CA Paris, 4^e ch. B, 11 avril 2008, Juris-Data n° 2008-361779 ; VIVANT M. (sous-dir.), *Le Lamy Droit du numérique*, Lamy Liaison, Saint-Ouen, juin 2023, éd. 2023, p. 118, n° 223

614 V. en ce sens : GAUDRAT P., *Loi de transposition de la directive 96/9 du 11 mars 1996 sur les bases de données : dispositions relatives au droit d'auteur*, RTD Com., 1998, p. 598 et s. ; GAUDRAT P. et SARDAIN F., *op. cit.*, p. 556 et s., n° 885 et s.

615 V. en ce sens : PORTRON A., *Le fait de la création en droit d'auteur français ; Étude de l'article L. 111-2 du Code de la propriété intellectuelle*, L.G.D.J., Paris, janvier 2021, coll. Thèses, sous-coll. Bibliothèque de droit privé, spéc. p. 74, n° 107

intellectuelle soit originale pour qu'elle soit protégée par le droit d'auteur »⁶¹⁶. Partant, le choix n'est pas « le » marqueur indéniable de l'originalité mais simplement un indice « *pertinent une fois conjugué à la « disposition des matières* » »⁶¹⁷.

67. Les œuvres de sélection et les œuvres de structures – Il est possible de distinguer l'œuvre de sélection, c'est-à-dire l'œuvre résultant du choix des matières, de l'œuvre de structure qui est l'œuvre correspondant à la disposition, à l'organisation des matières⁶¹⁸. Le Professeur Philippe GAUDRAT estime que ces deux types d'œuvre peuvent « cohabiter » au sein d'une seule et même base de données⁶¹⁹. À l'inverse, nous estimons, avec Monsieur Sylvain CHATRY⁶²⁰, qu'il faille appréhender la base de données dans son unité. De ce fait, pour une même base de données, le choix ou la disposition ne peuvent conduire à la création de deux objets distincts mais simplement d'un unique objet.

A. L'exigence d'une originalité de la base de données

68. L'originalité dans la structure de la base ou dans la sélection des données – La condition pour bénéficier de la protection de la base de données par le droit d'auteur est celle de l'originalité. Aucune autre condition n'est exigée⁶²¹. Cette originalité doit se rechercher dans le système ou la méthode de compilation ou de sélection et non dans les éléments compilés. Autrement dit, l'originalité réside soit dans la structure de la base, l'« *arrangement des informations* »⁶²² soit dans la sélection des données. Une base de données est originale lorsqu'« *elle reflète l'empreinte de la personnalité de l'auteur par le travail de sélection, de présentation et de classement des informations qui y sont contenues* ». Ainsi, les magistrats versaillais ont considéré que « *une œuvre qui se présente sous la forme d'un recueil de données diverses appartenant au domaine public peut se voir protéger par le droit d'auteur d'autant que sa structure, le travail de sélection et de classement des informations, la*

616 BERNAULT C., *Quand les juges caractérisent l'originalité d'un logiciel...*, Expertises des systèmes d'information, avril 2004, p. 147

617 PORTRON A., *op. cit.*, p. 76, n° 111

618 GAUDRAT P., *op. cit.*, p.605.

619 GAUDRAT P., *op. cit.*, p.605 ; – V. ég. MACREZ F., *op. cit.*, p. 255, n° 316

620 CHATRY S., *Le concours de droits de propriété intellectuelle – Essai d'une théorie générale*, Thèse, Droit, Université de Nantes, 2011, p. 105, n° 147

621 CJUE, 1^{er} mars 2012, aff. C-604/10, *Football Dataco et al. c. Yahoo ! UK Ltd et al.*, pt. 16

622 VIVANT M., et BRUGUIÈRE J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Paris, 9 janvier 2019, 4^e éd., p. 256, n° 220

présentation manifeste l’empreinte personnelle de son auteur »⁶²³. Une telle position est conforme à la vision traditionnelle du droit d’auteur dans la mesure où elle lie la norme d’originalité à la sélection, à l’organisation du matériel collecté⁶²⁴.

Au total, les données structurées sont, certes, le fruit d’un travail intellectuel, c’est-à-dire la compilation de données, mais, peuvent ne pas être originales au sens du droit d’auteur. En d’autres termes, le travail de compilation de données n’est pas suffisant pour octroyer un droit d’auteur sur la création⁶²⁵. Le droit d’auteur n’a, en effet, pas pour objet la protection de « *la performance technique matérielle* »⁶²⁶, mais plutôt l’empreinte de la personnalité de l’auteur. Il faut se garder d’assimiler l’œuvre à une simple valeur niant, par là même, la condition d’originalité⁶²⁷.

69. Un affaiblissement de la conception subjective de l’originalité – Néanmoins, à l’instar des logiciels, l’originalité a dû s’adapter à ce type de création plutôt fonctionnelle et factuelle. La conséquence principale réside dans un affaiblissement du critère d’originalité⁶²⁸, c’est-à-dire dans un éloignement de la dimension traditionnelle « *romantique* » du droit d’auteur caractérisée par l’empreinte de la personnalité de l’auteur. Dans sa célèbre décision *Dataco*, la Cour de justice a estimé que « *le travail et le savoir-faire significatifs requis pour la constitution de cette base ne sauraient, comme tels, justifier une telle protection s’ils n’expriment aucune originalité dans le choix ou la disposition des données que celle-ci contient* »⁶²⁹. La position adoptée par la Cour de justice semble équivoque⁶³⁰. En effet, suivant une interprétation *a contrario* de la formule des juges luxembourgeois, le travail et le savoir-faire pour constituer une base de données peuvent être suffisants lorsqu’ils expriment une originalité dans le choix ou dans la disposition des données contenues. Cette interprétation marque un éloignement avec la conception subjective de l’originalité au profit d’une

623 CA Versailles, 12^e ch., sect. 2, 18 février 2010, *Roadtodata publication Ltd*, – V. ég. CA Paris, 4^e ch., sect. A, 2 mars 2005, *Digital Airways c. Editions du Seuil et M.-P. Dousset*, Propr. intell., juillet 2005, p. 335, obs. LUCAS A. – V. ég. CA Paris, 4^e ch. B, 9 septembre 2005, Juris-Data n° 2005-297322

624 V. cependant : GAUDRAT P. et SARDAIN F., *op. cit.*, p. 603, n° 967 pour qui, au regard de la jurisprudence qui s’est développée en cette matière, le droit d’auteur est réduit « *à une variété de droit voisin économique pour le confort conjoint des investisseurs et des magistrats* ». Néanmoins, ces auteurs font remarquer que la décision *Football Dataco* de la Cour de justice (CJUE, 1^{er} mars 2012, aff. C-604/10, *Football Dataco et al. c. Yahoo ! UK Ltd et al.*) témoigne « *d’une orientation [...] respectueuse du droit d’auteur* ».

625 V. par ex. Cass, civ. 1, 2 mai 1989, n° 87-17.657, Bull. 1989 I n° 180 p. 120

626 TGI Créteil, 1^{er} ch., 4 mai 1999 ; RIDA, octobre 1999, n° 182, p. 213

627 RAYNARD J., *Droit d’auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d’auteur*, Litec, coll. Bibliothèque de droit de l’entreprise, t. 26, 1^{er} août 1991, spéc. p. 330, n° 363

628 LUCAS A., *op. cit.*, p. 40, n° 77 : pour qui le seuil de créativité à retenir pour caractériser l’originalité est « *très très bas* ».

629 CJUE, 3^e ch., 1^{er} mars 2012, aff. C-604/10, *Football Dataco Ltd, et al. c. Yahoo ! UK Ltd, et al.*, pt 33

630 BENABOU V.-L., *Originalité ? Vous avez dit originalités ?*, LEGICOM, 2014/2, n° 53, p. 10

« *conception beaucoup plus industrielle* »⁶³¹. Suivant cette lecture, le choix n'est plus un signe arbitraire du créateur, mais celui de l'exercice d'un travail de sélection par des données. Ce faisant, comme le déplore la Professeure Valérie-Laure BENABOU, l'originalité n'a qu'une « *dimension purement comptable* »⁶³². Quant au Professeur Philippe GAUDRAT, celui-ci y voit en réalité un « *copyright* » communautaire sur les bases de données⁶³³. En pratique, il est vrai que les bases de données sont des « créations à faible personnalité ». Cela conduit indubitablement à une altération voire à un abaissement du critère de protection du droit d'auteur. Ainsi, cette originalité « revisitée » s'est objectivée ; « *création de l'auteur certes, mais non plus protection de sa personne* »⁶³⁴. Celle-ci équivaut, pour le Législateur européen, à « *une création intellectuelle propre à leur auteur* »⁶³⁵ impliquant une objectivation de l'originalité⁶³⁶.

Reste, cependant, que la protection est écartée lorsque l'organisation ou la sélection résultent d'un pur travail technique⁶³⁷, ou suivent une logique automatique et contraignante dans la conception de l'écriture de la base de données⁶³⁸. De même, ne bénéficie pas la protection au titre du droit d'auteur, « *la reproduction à l'identique des données fournies [...], selon un ordre imposé [...] et dans une présentation banale et usuelle, caractérisant l'absence d'apport intellectuel propre* »⁶³⁹. Ce faisant, la sélection et l'organisation de données numériques par une intelligence artificielle ne peuvent conduire à la création d'une base de données protégeable par le droit d'auteur. Ces opérations découlent, effectivement, d'un pur travail technique. Partant, il n'y a aucune marque de l'apport intellectuelle de son auteur dans une telle création⁶⁴⁰.

Par ailleurs, la jurisprudence⁶⁴¹ a précisé que ni le savoir-faire du créateur, ni le mérite de la création, ni la durée de son élaboration ne peuvent servir à caractériser l'originalité

631 *Id.*, *L'originalité, un janus juridique ; Regards sur la naissance d'une notion autonome de droit de l'Union*, in Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, LexisNexis, Paris, 2014, p. 27

632 *Ibid.*

633 GAUDRAT P. et SARDAIN F., *op. cit.*, p. 511 et s., n° 804 et s.

634 VIVANT M., *Entre droit d'auteur et copyright. L'Europe au carrefour des logiques*, Les cahiers de propriété intellectuelle, octobre 1997, vol. 10, n° 1

635 Art. 3.1 de la directive 96/9/CE du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données

636 En ce sens : LUCAS A., *op. cit.*, p. 39, n° 77

637 CA Paris, Pôle 5, 5 juillet 2019, n° RG 17/03974

638 CA Paris, 4^e ch. B, 11 avril 2008, Juris-Data n° 2008-361779

639 Cass. civ. 1^{ère}, 8 décembre 1987, n° 86-15.210, Bull. 1987 I n° 340 p. 244, Éditions techniques P. Huet/SA Decelect, RIDA, n° 136, p. 140

640 V. en ce sens : art. 4, 1) de directive 96/9/CE du 11 mars 1996

641 CJUE, 1^{er} mars 2012, aff. C-604/10, *Football Dataco et al. c. Yahoo ! UK Ltd et al.*, spéc. pt. 42 « *le fait que la constitution de la base de données ait requis, indépendamment de la création des données qu'elle contient, un travail et un savoir-faire significatifs de son auteur, tels que visés par cette même question, sous c), ne saurait, comme tel, justifier sa protection par le droit d'auteur prévue par la directive 96/9, si ce travail et ce savoir-faire n'expriment aucune originalité dans le choix ou la disposition desdites données* ».

d'une base de données. Nous pouvons ici citer à titre d'exemple les faits ayant donné lieu à un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 7 octobre 2022⁶⁴². En l'espèce, une société développa un service de remontée d'informations et de comptes-rendus sous forme de bases de données accessibles par une interface *web*, relatives à la vente de produits par l'intermédiaire des plates-formes *e-commerce*, présentées de manière claire, complète et synthétique sous forme de tableaux. Elle reprocha à une société concurrente de proposer le même type de service et d'avoir inclus une copie de ses tableaux de remontées d'informations quantitatives hebdomadaires. Elle décida alors d'assigner sa concurrente pour contrefaçon de son droit d'auteur sur ses bases de données⁶⁴³ et, subsidiairement, pour concurrence déloyale et parasitisme. La question centrale concernait l'originalité desdites bases de données. La demanderesse soutenait que l'originalité de ses bases de données relevait « *d'une longue période de maturation ayant permis d'en créer les caractéristiques tant organisationnelles que graphiques* » et ajoutait que « *ce travail et les choix opérés [étaient] le fruit de l'expérience et de la personnalité [de ses] dirigeants* ». Au soutien de sa démonstration, la société demanderesse citait les avis de ses clients qui considéraient les bases litigieuses comme une solution « *intéressante* », une « *bonne idée* », un « *service intéressant et novateur* ». Les juges parisiens n'ont, toutefois, pas suivi ce raisonnement. À l'inverse, ils ont rappelé, avec justesse, que « *ni la longue élaboration des tableaux revendiquée, ni l'expérience ou la personnalité des dirigeants de la société, ni les avis donnés par des tiers quant au caractère intéressant ou novateur de la solution constitutive d'une « bonne idée » ne peuvent permettre de caractériser l'originalité d'une œuvre* ». Les magistrats ont ajouté que « *la nouveauté [...] est une notion différente de l'originalité requise et ne peut servir de critère pour l'octroi de la protection au titre du droit d'auteur* ». Cette solution se justifie amplement au regard de la position de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Football Dataco*⁶⁴⁴.

Néanmoins, nous relevons la tendance de la jurisprudence à reconnaître assez aisément l'originalité. Ainsi, de simples grilles de programmes⁶⁴⁵, des statistiques relatives aux médicaments⁶⁴⁶ ont pu être protégées par le droit d'auteur. Ces créations sont principalement

642 CA Paris, Pôle 5, ch. 2, 7 octobre 2022, n° 20/06102, *Société Amco Solutions c. SAS Channeladvisor France*

643 En l'espèce, l'action intentée sur le fondement du droit *sui generis* du producteur d'une base de données n'a pas aboutie faute pour la demanderesse d'avoir justifié d'investissements financiers, matériels ou humains substantiels pour la création de la base.

644 CJUE, 1^{er} mars 2012, aff. C-604/10, *Football Dataco et al. c. Yahoo ! UK Ltd et al.*, pt. 42

645 CJCE, 6 avril 1995, aff. C-241/91 P et C-242/91 P, *Radio Telefís Éireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Commission des Communautés européennes.*, Rec. 1995

646 CJCE, 29 avril 2004, aff. C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG c. NDC Health GmbH & Co. KG*, Rec. 2004, p. I-5039

constituées de différentes données brutes indissociables. EDELMAN avait fait remarquer avec pertinence que « *toute base de données est « organisée et structurée » – on peut sentir un glissement vers la protection de l'information* »⁶⁴⁷ et de la donnée numérique composant la base de données. Afin d'éviter un tel écueil, il faut se garder de toute « *appréciation laxiste de l'originalité* »⁶⁴⁸ et cela, dans le souci d'équilibre des intérêts. Nous pouvons mentionner à titre d'exemple la célèbre affaire *Magill*⁶⁴⁹. Dans cette espèce, des sociétés de télédiffusion invoquaient la protection du droit d'auteur sur leurs grilles de programmes afin de s'opposer à leur reproduction par des tiers. Ces organismes ont été poursuivis pour abus de position dominante par la Commission des Communautés européennes à la suite d'une plainte déposée par la société *Magill*. Le débat s'est concentré sur la compilation en tant que telle. Néanmoins, nous pouvons dans cette affaire nous questionner sur l'existence même du droit d'auteur. En effet, il nous semble qu'au regard de l'espèce, l'existence du droit d'auteur était amplement discutable voire critiquable. La grille en tant que telle ne reprenait que les informations sur les programmes de manière chronologique. Aussi, il nous paraît difficile, de par ce choix fonctionnel, de déceler une quelconque originalité de la grille. Concernant l'affaire *Magill*, Madame Nathalie MALLET-POUJOL en concluait que « *les compilations d'informations passent mal le cap du droit de la concurrence. C'est bien le signe du contresens commis tant sur les critères de la protection par le droit d'auteur que sur ses effets* »⁶⁵⁰. Une atténuation existe afin d'écarter ce risque d'atteinte à la concurrence en raison de la réservation par le biais du droit d'auteur de données brutes. Celle-ci correspond à l'exception de fouille de textes et de données prévue par le Législateur⁶⁵¹. Cette exception a pour origine les articles 3 et 4 de la directive (UE) 2019/790. Par la suite, elles ont été intégrées dans Code de la propriété intellectuelle aux articles L. 122-5 et suivants. La « fouille des textes et de données » consiste en une « *technique d'analyse automatique ayant pour objet d'analyser des textes et données dans un format numérique afin de produire de l'information telle que des*

647 EDELMAN B., *Les bases de données ou le triomphe des droits voisins*, D., 2000, p. 89

648 MALLET-POUJOL N., *Marché de l'information. Le droit d'auteur injustement « tourmenté »*, RIDA, avril 1996, p. 139

649 CJCE 6 avril 1995, aff. jointes C-241/91 P et C-242/91 P, *Radio Telefís Éireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) contre Commission des Communautés européennes*, JCP, 1995, II, 3883, note VIVANT M. ; D. 1996, chron., p. 119 note EDELMAN B.

650 MALLET-POUJOL N., *op. cit.*

651 L'expression « *data mining* » a émergé en 1989 sous l'acronyme *KDD* pour *Knowledge Discovery in Databases*. Cependant, la question de la reconnaissance de l'exception de « fouille des textes et de données », le *Text & Data Mining*, s'est posée en 2016 lors de l'élaboration de la loi pour une République numérique et de la directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique.

modèles, tendances et corrélations »⁶⁵². Toutefois, ces exceptions ont un champ d'application strictement délimité⁶⁵³.

B. La titularité et l'étendue de la protection conférée

70. Le titulaire des droits d'auteurs – S'il y a bien œuvre au sens du droit d'auteur pour des bases de données en raison du choix ou de la disposition des données constituant la base, il y a nécessairement un ou des auteurs. Or, les dispositions spécifiques au logiciel ne peuvent être étendues aux domaines non prévus par les textes. Cela inclut l'article L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle qui attribue explicitement les droits patrimoniaux à l'employeur suivant alors une logique de l'entreprise et de la propriété industrielle⁶⁵⁴. Une telle disposition ne se retrouve pas pour les bases de données. Ainsi, l'« aspect translatif du contrat de travail » prévu par l'article L. 113-9 précité n'a pas lieu de s'appliquer en notre matière. L'existence d'un contrat de travail n'a, dès lors, pas d'incidence sur l'attribution de la qualité d'auteur et des droits tant patrimoniaux que moraux comme l'affirme clairement l'alinéa 3 de l'article L. 111-1 dudit code.

Apparaissent alors les problèmes de conciliation entre le droit d'auteur et le droit du travail conduisant à une insécurité juridique. Néanmoins, en pratique, la base de données sera rarement l'œuvre d'une seule personne, d'un seul salarié, mais plutôt une œuvre collective⁶⁵⁵. En effet, le choix ou la disposition résultera le plus souvent d'un travail d'équipe encadrée par une entité juridique, l'employeur. Dès lors, cette œuvre collective appartiendra à la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée. Il s'agira concrètement de l'employeur. Il est alors possible de déceler dans l'œuvre collective l'intégration des intérêts des investisseurs⁶⁵⁶.

71. Une protection limitée au contenant – La base de données se compose d'une structure, d'un squelette, le « contenant » et d'un ensemble de données organisées au sein de cette structure, correspondant au « contenu ». La protection au titre du droit d'auteur se limite au

652 BENABOU V.-L. (sous-dir.), *Droit de la propriété littéraire et artistique, données et contenus numériques*, Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, 11 septembre 2018, p. 104

653 Art. L. 122-5-3 du CPI

654 VIVANT M. (sous-dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, Paris, Ellipses, coll. Le droit en questions, 1998, p. 52

655 Art. L. 113-2 du CPI

656 TILLOY C., *Investissement et droit des propriétés intellectuelles. Panorama du droit positif français*, in Le concept d'investissement (sous-dir. Causse, H.), Bruylant, Bruxelles 2011, p. 152, n° 35

contenant, c'est-à-dire à la structure de la base de données⁶⁵⁷. Elle ne couvre donc pas son contenu, les données numériques. En d'autres termes, ce n'est pas la donnée qui est protégée par le droit d'auteur, mais la structure dans laquelle elle se trouve. La donnée numérique est « effacée » dans une indifférenciation agrégative. Seule la reproduction non autorisée de l'œuvre est sanctionnée par l'action en contrefaçon. Dès lors, rien n'interdit à un tiers d'extraire et de réutiliser les données lorsque ces dernières ne sont pas elles-mêmes protégées par un droit privatif, pour les réagencer en une nouvelle base de données⁶⁵⁸.

Ce constat doit, toutefois, être nuancé pour les œuvres de sélections. En effet, comme le soulignent le Professeur Philippe GAUDRAT et Maître Frédéric SARDAIN, « *l'œuvre de sélection interdit [...] la reproduction de tout ou partie des informations sélectionnées* »⁶⁵⁹. Ce type d'œuvre appréhende le contenu de la base dans l'œuvre protégée⁶⁶⁰. Partant, ces auteurs estiment que cela conduit à « *la protection des informations sélectionnées elles-mêmes par le droit d'auteur. La reproduction d'une seule information est contrefaisante, sauf copie privée* »⁶⁶¹.

Par ailleurs, le simple accès à la base de données ne relève pas des droits exclusifs de l'auteur⁶⁶². En outre, le droit d'exploitation exclusive octroyé par le droit d'auteur n'est pas absolu et connaît des exceptions et cela, notamment afin de ne pas entraver le progrès culturel, scientifique mais également, la liberté d'expression.

Finalement, nous constatons que les données structurées, c'est-à-dire les bases de données peuvent, certes, être protégées par le droit d'auteur, à condition d'être originales. Cependant, cette possibilité souffre de deux grandes limites. D'une part, la base de données ne doit pas uniquement être le fruit d'un travail purement technique. Aussi, cela constitue une limitation importante. L'exigence d'originalité conduit, donc, à exclure les données structurées issues de l'intelligence artificielle. En effet, ces données ne recèlent aucunement l'empreinte de la personnalité de l'auteur. D'autre part, seule la donnée structurée en tant que telle est

657 V. Cass. ass. plén., 30 octobre 1997, n° 86-11.918 ; CJUE, 1^{er} mars 2012, aff. C-604/10, *Football Dataco et al. c. Yahoo ! UK Ltd et al.*, pt. 30

658 V. par ex. CA Paris, 2 avril 2019, n° 16/15019, D., 2019, 2266, note LARRIEU J. ; CA Paris, 4^e ch., 14 octobre 1994, RIDA, 1994, n° 160, p. 240 : cette affaire concerne un recueil de cartes postales. Cependant, le raisonnement adopté par les magistrats parisiens peut parfaitement se transposer à la situation de la base de donnée. – Néanmoins, la reprise des données ne pourra être sanctionnée par les mécanismes de la responsabilité extracontractuelle notamment lorsqu'elle constitue une concurrence déloyale ou parasitaire.

659 GAUDRAT P. et SARDAIN F., *op. cit.*, p. 590, n° 948

660 En ce sens, v. GAUDRAT P., *Loi de transposition de la directive 96/9 du 11 mars 1996 sur les bases de données : dispositions relatives au droit d'auteur*, RTD Com., 1998, p. 598 et s.

661 GAUDRAT P. et SARDAIN F., *op. cit.*, p. 590, n° 948

662 V. en ce sens : LAURENT P. et VILCHES ARMESTO L., *La constitution, la propriété et l'accès aux « biobanques » sous l'angle de la protection juridique des bases de données : place à l'open access ?*, Cahiers Droit et Sciences & Technologies, 31 mai 2010, p. 201

protégée, c'est-à-dire la structure de la base de données. Cela limite grandement l'intérêt d'une telle protection pour celui qui désire une réservation des éléments qui composent cette base.

II. Une protection des données structurées au titre du droit *sui generis*

72. **La protection de l'investissement** – Si le droit d'auteur protège déjà la structuration originale d'une base de données, le Législateur européen a entendu aller plus loin en instaurant une protection *ad hoc*⁶⁶³ par un droit *sui generis* en faveur des producteurs de bases de données. Ce droit *sui generis* s'inscrit dans ce que nous appelons « *l'économie de l'information* »⁶⁶⁴ et suit une logique visant essentiellement la protection des investissements des producteurs « *contre l'appropriation des résultats obtenus de [leur] investissement financier et professionnel* »⁶⁶⁵. Ainsi, l'investissement est « *tout à la fois la condition et la mesure de la protection reconnue au producteur d'une base de données* »⁶⁶⁶. Il s'agit, pour les Professeurs LUCAS de la reconnaissance « *d'une sorte de droit voisin permettant aux investisseurs d'être défendus* »⁶⁶⁷. Cette évolution de l'esprit de la propriété intellectuelle vers la protection de l'investissement a pu être critiquée par la doctrine. Ainsi, la Professeure Mireille BUYDENS estime qu'il s'agit d'« *une prime donnée par la loi aux entreprises en*

663 La doctrine s'est questionnée quant à la nature juridique de ce droit *sui generis* et cela, en raison de la filiation indiscutable avec le parasitisme. Pour certains auteurs, il ne s'agirait pas d'un droit privatif mais plutôt d'une forme de traduction dans le droit écrit de la jurisprudence sanctionnant le parasitisme (BRUGUIÈRE J.-M. Et VIVANT M., *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Paris, coll. Précis Droit, janvier 2019, 4^e éd., p. 51, n° 28 ; VIVANT M., *L'investissement, rien que l'investissement*, RLDI, 1^{er} mars 2005, n° 3). Nous pouvons, toutefois, relever que l'objectif de la directive est de protéger l'investissement. Aussi, elle vise à se prémunir des dommages causés aux investissements et non pas simplement contre la concurrence parasitaire (v. cons. 40 de la directive 96/9/CE). D'autres auteurs refusent, quant à eux, de ramener le droit *sui generis* à une simple application de la concurrence déloyale et y voient plutôt un droit exclusif (V. par ex. LUCAS A., LUCAS H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A. et BERNAULT C., *op. cit.*, p. 1064, n° 1368).

664 HUET, J., *Introduction à la recherche du statut juridique des informations*, in La télématique. Aspects techniques, juridiques et socio-politiques, Actes du colloque organisé à Namur les 5 et 6 décembre 1983 par le Centre de recherche Informatique et Droit (C.R.I.D.) des Facultés Notre Dame de Namur, éd. Story-Scientia, Gand, tome 2, p. 6 ; BIDERMAN S., *Les droits intellectuels dans la société de l'information*, Les cahiers de propriété intellectuelle, mai 1999, vol. 11, n° 3 ; PELLEN R., *Propriété intellectuelle et société de l'information*, Le médiéviste et l'ordinateur, 1999, n° 38, p. 44-50 ; OLIVIER F., et SENACQ S., *La société de l'information et le droit*, LEGICOM, 2000/1-2, n° 21-22, p. 1-8 ; LATREILLE A., *Société de l'information. Internet et propriété intellectuelle : l'âge de la maturité ?*, Cahiers Droit, Sciences & Technologies, 2019, n° 9, p. 159-166.

665 Cons. 39 de la directive 96/9/CE du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données.

666 TILLOY C., *Investissement et droit des propriétés intellectuelles. Panorama du droit positif français*, in Le concept d'investissement (sous-dir. Causse, H.), Bruylant, Bruxelles 2011, p. 159, n° 45.

667 Passage cité par EDELMAN (EDELMAN B., *Les bases de données ou le triomphe des droits voisins*, D., 2000, p. 89).

mesure d'investir largement (ce qui revient à donner un privilège légal en récompense d'un privilège économique de fait) »⁶⁶⁸.

Les bases de données sont avant tout des œuvres présentant un caractère d'information, des œuvres factuelles « dont la valeur économique réside dans leur contenu « informationnel » »⁶⁶⁹. Ce faisant, pour le Professeur Philippe GAUDRAT et Maître Frédéric SARDAIN, « il était clair que l'enjeu était moins la protection de la structure d'accueil, que celle des données qu'elle contenait »⁶⁷⁰. Par là même, le droit *sui generis* du producteur de bases de données illustre l'importance de la valeur économique des données dans la société de l'information. Ce constat est perceptible dès 1999, lors des premières applications du droit *sui generis*, en France à propos de service d'annuaire électronique⁶⁷¹.

73. La titularité du droit *sui generis* sur les bases de données – Le bénéficiaire de ce droit *sui generis* est le producteur défini à l'article L. 341-1 du Code de la propriété intellectuelle comme « la personne qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants ». Au regard du considérant 41 de la directive 96/9/CE, cette notion de producteur est liée à l'idée de risque⁶⁷². Le producteur est, alors, la personne qui supporte « le poids principal de l'investissement »⁶⁷³ ou répond « des dommages que l'utilisation de la base pourrait occasionner »⁶⁷⁴. Cet investisseur sera, en pratique, l'employeur. Néanmoins, un problème quant à la titularité des droits pourra se poser dans le cadre de *joint-venture* où il existe plusieurs investisseurs. Or, la disposition semble exclure toute idée de pluralité de producteurs⁶⁷⁵. Par ailleurs, cette protection connaît une restriction géographique prévue à l'article L. 341-2 du Code de la propriété intellectuelle. Afin de bénéficier de cette protection, il faut que le producteur soit ressortissant d'un État membre ou d'un État partie à l'accord sur l'Espace Économique Européen, ou d'avoir sa résidence habituelle ou son siège statutaire dans l'un de ces États.

668 BUYDENS M., *Le nouveau régime juridique des bases de données*, Intellectuele Rechten – Droits intellectuels, 1999, p. 9

669 LUCAS A., *op. cit.*, p. 26, n° 45

670 GAUDRAT P. et SARDAIN F., *op. cit.*, p. 646, n° 1045

671 Trib. com. Paris, 18 juin 1999, *France Télécom c. SARL MA Éditions et SA Fermic devenue Iliad*, RTD Com., 1999, p. 866, obs. FRANÇON A.

672 V. ég. GAUDRAT P., *Loi de transposition de la directive 96/9 du 11 mars 1996 sur les bases de données : dispositions relatives au droit d'auteur*, RTD Com., 1998, p. 598 et s.

673 LUCAS A., LUCAS H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A. et BERNAULT C., *op. cit.*, p. 1060, n° 1362

674 *Loc. cit.*

675 V. en ce sens : GAUDRAT P. et SARDAIN F., *op. cit.*, p. 676, n° 1104

74. Dans le cadre de notre étude, nous entendons démontrer les limitations de la protection offerte par le droit *sui generis* du producteur des bases de données. Bien que les conditions tenant à l'application de la protection puissent facilement être réunies dans le cadre de données structurées (A), l'étendue de cette protection se révèle, somme toute, limitée (B).

A. L'investissement substantiel comme critère de protection

75. **L'absence de définition légale de l'investissement substantiel** – De la même manière que seules les œuvres originales sont protégées par le droit d'auteur, seules les bases de données dont la constitution, la vérification ou la présentation du contenu atteste d'un investissement substantiel, ne seront couvertes par un droit *sui generis*. Le critère d'élection au droit *sui generis* n'est donc pas l'originalité mais l'« investissement substantiel »⁶⁷⁶. Il s'agit de la première fois qu'un investissement conditionne « explicitement » l'existence d'un droit de propriété intellectuelle⁶⁷⁷. Faute de la preuve d'investissement substantiel, la protection au titre du droit *sui generis* ne pourra donc pas être invoquée. Malheureusement, le Législateur européen n'a pas fourni beaucoup d'indications sur l'interprétation de cette notion d'« investissement substantiel ». Il ne précise pas à partir de quand l'investissement du producteur de la base de données lui permet de prétendre à une telle protection. De même, il est resté muet sur le type d'investissements à prendre en considération.

Ce silence est particulièrement problématique dans les cas de compilations de données qui sont plus ou moins automatiquement générées en tant que sous-produits d'autres activités. Cela vise classiquement l'hypothèse des horaires de compagnies ferroviaires et aériennes, des listes d'annuaires téléphoniques, des programmes d'événements sportifs, des résultats sportifs et des listes de programmes de radio et de télévision, mais également, des données scientifiques résultant de la recherche ou de l'expérimentation, ou encore des données boursières. Dès lors, la question s'est posée de savoir si le coût et le travail consacrés aux activités servant à produire ces données pouvaient être considérés comme un investissement dans la base de données qui en résulte. Cette question était d'autant plus débattue qu'était

⁶⁷⁶ Art. 7, paragraphe 1, de la directive 96/9/CE du 11 mars 1996, art. L. 341-1 du CPI

⁶⁷⁷ V. en ce sens : CHATRY S., *La légitimité du droit sui generis du producteur de bases de données*, Légipresse, 2019, n° 62, p. 117

apparue, dans certains États membres⁶⁷⁸, la théorie du « *spin-off* »⁶⁷⁹ visant « à écarter, du régime spécial de protection, la base de données consubstantielle à l'activité économique de celui qui l'a créée »⁶⁸⁰. Ce débat portait sur l'interprétation à donner du terme « *obtention* » utilisé par la directive 96/9/CE⁶⁸¹. L'obtention, la constitution, du contenu de la base de données incluent-elles la création de la donnée ? Admettre la théorie du « *spin-off* » conduit à une conséquence considérable dans le monde de la collecte de données par le biais des objets connectés, de l'Internet des objets. Ces objets ne visent généralement pas exclusivement à constituer une base de données, mais sont utilisés pour la fourniture de services pour lesquels la collecte constitue précisément un sous-produit. Tel est le cas dans le secteur agroalimentaire avec l'« *AgriTech* ». Les données agricoles issues de capteurs intégrés dans le matériel agricole sont utilisées afin de fournir des outils d'aide à la décision.

76. La délimitation prétorienne de la notion d'investissement substantiel – Il est revenu à la jurisprudence de préciser les contours de la condition tenant à l'investissement. Des précisions ont été apportées par la Cour de justice dans quatre arrêts du 9 novembre 2004⁶⁸². Tout d'abord, les juges luxembourgeois considèrent que « *l'investissement lié à la constitution de la base de données peut consister dans la mise en œuvre de ressources ou de moyens humains, financiers ou techniques, mais il doit être substantiel d'un point de vue quantitatif ou qualitatif. L'appréciation quantitative fait référence à des moyens chiffrables et l'appréciation qualitative à des efforts non quantifiables, tels qu'un effort intellectuel ou une dépense d'énergie* »⁶⁸³. Ensuite, en se référant à la finalité du droit *sui generis*, ils estiment que

678 Parmi ces États membres, nous trouvons les Pays-Bas qui est à l'origine de la théorie du « *spin-off* » avec la décision *De Telegraaf c. NOS and HMG* du 10 September 1998 (Nederlandse Mededingingsautoriteit, 10 septembre 1998, Mediaforum 1998, p. 304, note HUGENHOLTZ P.B.). D'autres États ont adopté la même position comme l'Angleterre avec la décision *British Horseracing Board c. William Hill British*, la Finlande avec l'affaire *Fixtures c. Veikkaus*, la Suède avec l'affaire *Fixtures Marketing Limited c. AB Svenska Spel*.

679 Des arguments ont été avancés au soutien de la théorie du « *spin-off* ». Le premier argument découle de la finalité de la directive 96/9/CE, à savoir celle de promouvoir l'investissement dans les bases de données, et d'encourager la production et la diffusion desdites bases. Le deuxième argument est d'ordre textuel se fondant sur les considérants de la directive 96/9/CE notamment le considérant 40 où il est précisé 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 pour la durée limitée du droit* ». Ainsi, un lien direct entre l'investissement et la base de données qui en résulte est nécessaire. Enfin, le troisième argument au soutien de la théorie du « *spin-off* » est fondé sur le droit de la concurrence.

680 LE QUELLENC É., *La compagnie low cost Ryanair ne peut exclure l'accès à son site web et la fourniture de services par l'agence de voyages en ligne Opodo*, RLDI, 1^{er} mai 2012, n° 82 – V. ég. Concl. Avocat général Mme STIX-HACKL C., aff. C-338/02, *Fixtures Marketing Ltd/ Svenska Spel AB*, 8 juin 2004, pt. 40

681 Cons. 40, et art. 7, 1) de la directive 96/9/CE

682 CJCE, gr. ch., 9 novembre 2004, aff. C-46/02, *Fixtures Marketing Ltd c. Oy Veikkaus Ab.* ; CJCE, gr. ch., 9 novembre 2004, aff. C-338/02, *Fixtures Marketing Ltd c. Svenska Spel AB* ; CJCE, gr. ch., 9 novembre 2004, aff. C-203/02, *The British Horseracing Board Ltd e.a. c. William Hill Organization Ltd* ; CJCE, gr. ch., 9 novembre 2004, aff. C-444/02, *Fixtures Marketing Ltd c. Organismos prognostikon agonon podofairou AE (OPAP)*

683 CJCE, gr. ch., 9 novembre 2004, aff. C-46/02, *Fixtures Marketing Ltd c. Oy Veikkaus Ab*, pt. 38

« la notion d'investissement lié à l'obtention, à la vérification ou à la présentation du contenu d'une base de données doit être comprise, d'une manière générale, comme visant l'investissement consacré à la constitution de ladite base en tant que telle »⁶⁸⁴. La Cour de justice déduit que cette notion d'investissement doit « s'entendre comme désignant les moyens consacrés à la recherche d'éléments indépendants existants et à leur rassemblement dans ladite base, à l'exclusion des moyens mis en œuvre pour la création même d'éléments indépendants »⁶⁸⁵. Ce faisant, le terme « obtention » n'équivaut pas à la notion de création et ne l'inclut pas. La Cour de justice respecte ainsi la *ratio legis* de la législation⁶⁸⁶. Néanmoins, les juges luxembourgeois écartent la théorie du « *spin-off* »⁶⁸⁷. Ce n'est, en effet, pas le lien entre la base de données et l'activité principale du producteur qui fait obstacle à la protection au titre du droit *sui generis*, mais l'absence d'investissement lié à l'obtention, à la vérification ou à la présentation du contenu d'une base de données. La position de la Cour de justice se justifie, également, par la volonté de concilier la protection de l'investissement avec de la libre circulation des informations. En effet, l'exclusion de la prise en compte des investissements liés à la création des données « évite » les risques de situations de source unique d'informations⁶⁸⁸.

La jurisprudence française a adopté la même interprétation que celle de la Cour de justice⁶⁸⁹. Ainsi, dans l'affaire *Ryanair*, les magistrats parisiens ont, à juste titre, rappelé que « ce droit *sui generis* n'est [...] pas destiné à stimuler la création de données mais à rentabiliser l'investissement affecté à la constitution d'un ensemble informationnel »⁶⁹⁰.

684 CJCE, gr. ch., 9 novembre 2004, aff. *Fixtures Marketing Ltd c. OPAP*, pt. 39

685 *Ibid.*, pt. 40

686 La Cour de justice s'est appuyée sur plusieurs considérants de la directive 96/9/CE, notamment les considérations 9, 10, 12 et 39. Néanmoins, son interprétation a fait l'objet de critiques puisqu'elle a été vue comme un « manque de pragmatisme ». V. notamment LEMARCHAND S. et RAMBAUD S., *La CJCE précise les règles du jeu*, Propr. intell. 2005, p. 101 ; FAUCHOUX V. et BEHR E., *Étonnante interprétation du droit des producteurs de base de données par la Cour de justice des Communautés européennes*, Legalis.net, 2004-4, p. 19.

687 DUBUISSON F., *L'interprétation du droit sui generis sur les bases de données par la Cour de justice des Communautés européennes : à propos des arrêts British Horseracing Board et Fixtures Marketing du 9 novembre 2004*, Revue de droit commercial belge, 7, septembre 2005, p. 737, n° 10

688 RIBEIL A., *La protection par le droit sui generis des bases de données, le cas des data spaces*, Prop. industr., juin 2022, n° 6, étude 13

689 V. par ex. Cass. 1^{er} civ., 5 mars 2009, n° 07-19.734 et 07-19.735 ; Cass. com., 10 février 2015, n° 12-26.023 ; CA Paris, Pôle 5, 1^{er} ch., 2 avril 2019 ; n° RG 16/15019, *Michelin Travel Partner et al. c. Opentable International Ltd.*, D., 2019, p. 2266, note LARRIEU J. ; CA Paris, Pôle 5, 1^{er} ch., 2 février 2021, n° RG 17/17688, *SA Entrepaticulier.com c. SASU LBC France* ; Cass. 1^{er} civ., 5 octobre 2022, n° 21-16.307, D. 2023. 357, obs. BENSAMOUN A., DORMONT S., GROFFE-CHARRIER J., LAPOUSTERLE J., LÉGER P. et SIRINELLI P. ; AJDI 2022. 853 ; Légipresse 2022. 707, étude ALLEAUME C. ; TJ Paris, 17 octobre 2024, n° 2109145

690 CA Paris, Pôle 5, 2^e ch., 23 mars 2012, n° RG 10/11168 ; JCP E., 2012, n° 1489, obs. VIVANT M., MALLET-POUJOL N. et BRUGUIÈRE J.-M.

Finalement, sont pris en considération, seuls les investissements liés à la constitution de la base de données. Quant au caractère substantiel de l'investissement, il nous semble que son appréciation doit être relative, c'est-à-dire en fonction du producteur (par exemple, selon que l'entreprise est une micro, petite ou moyenne) et des habitudes du marché tels que le niveau habituel d'investissements dans le secteur en cause. Toujours est-il que la doctrine relève que le seuil à partir duquel l'investissement peut être considéré comme substantiel est bas⁶⁹¹. Ainsi, des juges ont pu retenir le caractère substantiel d'investissements pour des bases réalisées en répertoriant simplement des adresses électroniques⁶⁹² ou qui n'ont nécessité que quelques heures de travail⁶⁹³.

77. L'exclusion des investissements liés à la création de données – Finalement, ce concept d'investissement substantiel n'englobe pas tous les investissements. Il s'agit, au contraire, d'investissements « *ciblés* »⁶⁹⁴. Doivent être pris en compte les investissements réalisés pour la réalisation de la base de données, c'est-à-dire tous les moyens visant à rechercher des éléments existants et à les rassembler dans une base de données. Aussi, à la différence du droit d'auteur, l'automaticité de la collecte des données par une intelligence artificielle et la constitution d'une base de données par cette dernière ne font pas obstacle à la reconnaissance d'un droit *sui generis* sur une telle base de données⁶⁹⁵. À l'inverse, les moyens utilisés pour créer les éléments constitutifs d'une base de données ne relèvent pas des investissements à considérer. Une telle position a pour conséquence principale que « *le titulaire d'une base de données [doit] justifier d'un investissement autonome par rapport à celui que requiert la création des données contenues dans la base dont il demande la protection* »⁶⁹⁶. Ainsi, la distinction entre la phase préliminaire de création des données et la phase ultérieure de traitement des données créées est cruciale pour offrir une certaine sécurité juridique aux producteurs. Dans la première phase, ces bases de données sont créées en tant que sous-produits de l'activité principale de l'entreprise. Cependant, le producteur peut, dans une seconde phase, investir de nouvelles ressources dans des activités autres que la simple

691 V. en ce sens : DERCLAYE E., *The Legal Protection of Databases : a Comparative Analysis*, éd. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 21 mars 2008, p. 88

692 TGI Paris, 3^e ch. 2^e sect., 25 avril 2003, *Société Sonacotra c/ Syndicat Sud*

693 Trib. com. Nanterre, 16 mai 2000, *S.A. PR Line/Sarl News Invest*, Gaz. Pal. 2000, Jur., p. 1996

694 VIVANT M. (sous-dir.), *Le Lamy Droit du numérique*, Lamy Liaison, Saint-Ouen, juin 2023, éd. 2023, p. 129, n° 247

695 V. en ce sens : MERABET S., *Vers un droit de l'intelligence artificielle*, Dalloz, Paris, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 8 juillet 2020, p. 162

696 Cass. 1^{er} civ., 5 octobre 2022, n° 21-16.307, D. 2023. 357, obs. BENSAMOUN A., DORMONT S., GROFFE-CHARRIER J., LAPOUSTERLE J., LÉGER P. et SIRINELLI P. ; AJDI 2022. 853 ; Légipresse 2022. 707, étude ALLEAUME C.

création de données. La substantialité de l'investissement ne s'appréciera en théorie que sur ces ressources supplémentaires lors de la seconde phase.

Ainsi, il convient de ne pas confondre les investissements portant sur la création des données avec ceux pour la constitution du contenu. Néanmoins, il sera difficile de distinguer ces deux types d'investissement lorsque l'activité du producteur de la base de données est de créer de données⁶⁹⁷. Cette difficulté est accrue par le fait qu'il est parfois ardu en matière probatoire de faire la distinction claire de ces deux types d'investissement. Cette dichotomie entre création et obtention entraîne une solution casuistique « *plus ou moins pertinente, plus ou moins convaincante* »⁶⁹⁸. Nous pouvons citer à titre d'exemple un jugement du Tribunal de grande d'instance de Paris du 20 juin 2007⁶⁹⁹. Dans cette affaire, les magistrats n'ont pas vérifié si l'investissement substantiel était distinct de celui nécessaire à la création des données. Pourtant, en l'espèce, la défenderesse faisait valoir que le GIE *Pari Mutuel Urbain (PMU)* ne justifiait pas d'une prise de risque dans la création de la base de données *Infocentre* puisque celle-ci était indissociablement liée à l'exercice de son activité principale, qu'il n'existait aucune possibilité de substitution à cette base de données, seul le PMU ayant la capacité de calculer et de collecter les informations hippiques, et qu'il ne recherchait aucun retour sur investissement, n'exploitant sa base de données que de manière confidentielle.

Face à cette difficulté, dans ses conclusions, l'Avocat général STIX-HACKL distingue deux situations. La première est celle de la simple création de données pour laquelle le droit *sui generis* ne procure aucune protection. La seconde situation correspond à celle où la création de données coïncide avec leur rassemblement et leur tri. Dans ce dernier cas, lorsque les deux activités ne sont pas séparables, la protection offerte par le droit *sui generis* peut trouver à s'appliquer. L'Avocat général estime, ainsi, que « *même si l'on qualifie ces activités de création de données nouvelles, on pourrait néanmoins être en présence d'une 'obtention' au sens de l'article 7, paragraphe 1, de la directive. Tel serait le cas si la création des données était concomitante à leur traitement et ne pouvait pas en être dissociée. Cette situation pourrait être celle de la récolte d'informations et de leur inclusion subséquente dans la base de données* »⁷⁰⁰.

697 V. notamment GAUDRAT P. et SARDAIN F., *op. cit.*, p. 660, n° 1073 : pour qui cette « *distinction se comprend intellectuellement mais n'en demeure pas moins teintée d'une ombre de sophisme* ». ; LAURENT P. et VILCHES ARMESTO L., *op. cit.*, p. 201

698 VIVANT M. (sous-dir.), *Le Lamy Droit du numérique*, Lamy Liaison, Saint-Ouen, juin 2023, éd. 2023, p. 130, n° 248 : pour illustrer cette casuistique, les auteurs font référence à l'arrêt de la Cour d'appel du 17 mars 2017 (CA Paris, Pôle 5, 2^e ch., 17 mars 2017, n° RG 15/24488, *S.A.R.L. Paritides c. S.A.R.L. Batiss*)

699 TGI Paris, 3ch., 20 juin 2007, *GIE Pari Mutuel Urbain (PMU) c. Zeturf.com*

700 V. Concl. Avocat général Mme STIX-HACKL C., aff. C-203/02, *The British Horseracing Board Ltd e.a. c. William Hill Organization Ltd*, 8 juin 2004, pt. 46 et 49 : l'Avocat général

78. La question controversée de l'investissement lié dans l'enregistrement de données brutes – Il nous semble que l'une des questions les plus controversées liées à cette dichotomie entre création et obtention concerne les données enregistrées. Cette question est d'autant plus prégnante que la création du contenu des bases de données a évolué au cours des dernières décennies, passant de la collecte manuelle de données existantes à des processus automatiques de collecte de données, voire à la création automatique de données⁷⁰¹. Ce débat concerne concrètement l'hypothèse des données brutes recueillies par des instruments de mesure ou par des objets connectés et enregistrées sous une forme intelligible à l'Homme. Tel est le cas, par exemple, des données météorologiques, ou encore génomiques. Convient-il de prendre en compte les investissements effectués pour enregistrer des données brutes ? Ces données sont-elles créées ou simplement obtenues, collectées par le producteur de la base ? La particularité réside dans le fait que ces données brutes préexistent dans la nature avant tout enregistrement. Toutefois, d'aucuns pourraient faire remarquer qu'il ne faut pas confondre la préexistence d'un phénomène avec l'existence des données qui en constituent la mesure. Nous pouvons mentionner, à titre d'exemple, le cas d'un véhicule disposant de capteurs afin de transmettre les données en temps réel, les stocker et les traiter. Il est possible de soutenir dans une telle situation que les données en tant que telles sont générées lors de la conduite des véhicules et, par conséquent, les capteurs ne créent pas à proprement dit de données, mais obtiennent simplement des données préexistantes. Ce constat s'applique également dans le domaine de la biomédecine avec l'utilisation de capteurs qui « surveillent » les patients en temps réel.

Sur cette question, il n'existe actuellement pas de consensus au niveau de la doctrine. Pour certains auteurs, ces données enregistrées sont créées⁷⁰². Le Professeur François DUBUISSON estime, par exemple, que « *des données "enregistrées" à partir de phénomènes naturels, comme les données météorologiques ou génétiques doivent être tenues pour des données ayant fait l'objet d'une "création"* »⁷⁰³. Cette position est similaire à celle adoptée

701 JIIP et Technopolis Group, *Study in support of the evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases*, Luxembourg, 2018, p. 26

702 V. par ex. DAVISON M.J. et HUGENHOLTZ P.B., *Football fixtures, horse races and spin-offs : the ECJ domesticates the database right*, *European intellectual property review* : EIPR 2005, n°3, vol. 27, 6 ; LEISTNER, M. *Big Data and the EU Database Directive 96/9/EC : Current Law and Potential for Reform*, in *Trading Data in the Digital Economy : Legal Concepts and Tools* (Lohsse, Schulze, Staudenmayer (eds)), Nomos, Baden-Baden, 2017, p. 27-58 ; DREXL J., *Design competitive markets for industrial data – Between proprietisation and access*, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2017, n° 8, spéc. p. 268 : pour qui la création de produits intelligents équipés de capteurs ne doit pas être prise en compte aux fins de l'évaluation de l'investissement substantiel puisqu'il s'agit d'investissements dans la création de données.

703 DUBUISSON F., *op. cit.*, p. 739

par la Commission européenne dans son rapport en 2018 sur l'évaluation de la directive 96/9/CE⁷⁰⁴. Cette institution européenne fonde, malheureusement, son raisonnement sur la théorie du « *spin-off* », théorie qui avait, pourtant, été écartée par la Cour de justice dès 2004. D'autres auteurs soutiennent que les données enregistrées sont à la fois créées et obtenues⁷⁰⁵. Une autre partie de la doctrine suggère, au contraire, que ce type de données relèvent des données obtenues⁷⁰⁶. À notre connaissance, la Cour de justice n'a pas tranché cette question. Nous pouvons faire référence à l'affaire *Autobahnmaut* ayant donné lieu à une décision du 25 mars 2010 du *Bundesgerichtshof*⁷⁰⁷. Dans cette affaire, la Cour fédérale de justice allemande a reconnu un droit *sui generis* sur une base de données de péage générées par des machines. Les magistrats allemands ont estimé que les ressources investies dans l'enregistrement de données préexistantes sur les voitures empruntant l'autoroute constituaient un investissement dans l'obtention de données. De même, les ressources consacrées au traitement de ces données ont été considérées, en l'espèce, comme un investissement dans la vérification et la présentation du contenu de la base de données.

Sur la base de ce qui précède, nous estimons que les données enregistrées par les capteurs sont des données préexistantes, les capteurs n'ayant pour but que de les « capter » et de les rendre intelligibles. Ce faisant, ces capteurs participent à la même finalité que celle promue par la directive 96/9/CE, à savoir le traitement de l'information. Reste que faute de consensus, l'incertitude persiste pour les données enregistrées et contrevient donc à la sécurité juridique. Cette sécurité juridique est d'autant plus nécessaire au regard de l'importance accrue de l'emploi de l'intelligence artificielle et des objets connectés. Il ressortait, en effet, du rapport de la Commission européenne de 2018 que près de la moitié des producteurs de bases de données qui ont participé à l'enquête généraient eux-mêmes plus de la moitié du contenu de leurs bases de données, et 27 % généraient environ ou moins de la moitié du contenu⁷⁰⁸.

704 Commission européenne, *Étude en soutien à l'évaluation de la Directive 96/9/CE concernant la protection juridique des bases de données : résumé exécutif*, 2018, p. 1 ; European Commission, *Executive Summary of the Evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases*, SWD (2018) 146 final, Bruxelles, 2018, p. 15

705 V. par ex. DERCLAYE E., *op. cit.*

706 V. par ex. LEISTNER M., *Big data and the EU Database Directive 96/9/EC : current law and potential reform, in Trading Data in the Digital Economy : Legal Concepts and Tools* (Lohsse, Schulze, Staudenmayer (eds)), Nomos, Baden-Baden, 2017 ; NOTO LA DIEGA G., *Artificial Intelligence and databases in the age of big machine data*, *Annali italiani del diritto d'autore della cultura e dello spettacolo*, 2018, 98

707 Bundesgerichtshof, *Autobahnmaut*, 25 mars 2010, I ZR 47/08

708 JIIP et Technopolis Group, *Study op. cit.*, p. 26.

Néanmoins, face à cette difficulté, nous considérons qu'il sera possible, en pratique, d'affirmer l'existence d'un investissement substantiel pour la vérification⁷⁰⁹ et la présentation⁷¹⁰ de ces données sous une forme intelligible. En effet, lorsqu'un investissement dans l'intelligence artificielle est clairement utilisé pour vérifier et présenter le contenu d'une base de données, le droit *sui generis* est susceptible de s'appliquer à la base de données qui en résulte. Nous devons, toutefois, affiner notre réflexion. Si l'intelligence artificielle génère une base de données en créant et collectant les données par des processus indiscernables, ces données sont créées par la même entité qui génère la base de données, leur collecte ne nécessitera donc pas d'investissement particulier. Et il ne semble pas possible d'identifier un quelconque investissement séparable dans la vérification des données. Dès lors, suivant la position adoptée par la Cour de justice⁷¹¹, une telle base de donnée ne pourra être protégée au titre du droit *sui generis*. À l'inverse, lorsqu'une intelligence artificielle a été développée pour gérer la présentation de données, alors la base de données qui en résulte pourra, quant à elle, être protégée par le droit *sui generis* à condition que l'investissement soit substantiel. De même, nous estimons que si les données sont enregistrées par des capteurs pour, ensuite, être traitées par une intelligence artificielle dans le cadre de leur présentation ou leur vérification, la base de données qui en résultera pourra être protégée au titre du droit *sui generis*. En pratique, les capteurs enregistrent des données de manière désorganisée nécessitant un travail de traitement desdites données.

79. L'apport du *Data Act* – Le Législateur européen a, cependant, apporté des précisions dans le cadre du règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023 sur les données, plus connu sous l'appellation en langue anglaise de *Data Act*, applicable à compter du 12 septembre 2025. Cette législation européenne entend notamment garantir la portabilité des données générées par machine et cela, afin de les valoriser⁷¹². L'objectif poursuivi est notamment d'éviter d'entraver l'exercice effectif du droit des utilisateurs d'avoir accès aux données et de les

709 CJCE, gr. ch., 9 novembre 2004, aff. C-338/02, *Fixtures Marketing Ltd c. Svenska Spel AB*, pt 27 : précisant que la notion d'investissement lié à la vérification du contenu de la base de données 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* ».

710 *Loc. cit.* : définissant la notion d'investissement lié à la présentation du contenu de la base de données comme « *les moyens visant à conférer à ladite base sa fonction de traitement de l'information, à savoir ceux consacrés à la disposition systématique ou méthodique des éléments contenus dans cette base ainsi qu'à l'organisation de leur accessibilité individuelle* ».

711 CJCE, gr. ch., 9 novembre 2004, aff. C-338/02, *Fixtures Marketing Ltd c. Svenska Spel AB*, pt 33

712 V. en ce sens : Concl. Conseil européen des 21 et 22 octobre 2021, communiqué ; Exposé des motifs de la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil fixant des règles harmonisées pour l'équité de l'accès aux données et de l'utilisation des données (règlement sur les données), {SEC(2022) 81 final} – {SWD(2022) 34 final} – {SWD(2022) 35 final}, COM(2022) 68 final, 2022/0047 (COD)

utiliser ainsi que de les partager avec des tiers. Au regard de cet objectif, le droit *sui generis* sur les bases de données est vu comme l'un des obstacles au partage de données. Aussi, l'article 43 du *Data Act* prévoit que « *le droit sui generis prévu par l'article 7 de la directive 96/9/CE ne s'applique pas lorsque des données sont obtenues à partir d'un produit connecté ou d'un service connexe relevant du champ d'application du présent règlement ou générées par un tel produit ou service, [...]* ». Il s'agit purement et simplement d'une « neutralisation » du droit *sui generis*. En d'autres termes, l'utilisateur aura le droit à accéder aux données générées par machine et à les utiliser voire à les partager avec des tiers. Cette disposition concerne, ainsi, l'hypothèse des données recueillies par des capteurs installés sur des machines agricoles. De telles données agricoles réunies au sein d'une base de données ne pourront pas, au regard de l'article 43 précité bénéficier de la protection du droit *sui generis*.

Toutefois, le considérant 112 précise que cette neutralisation « *ne porte pas atteinte à la potentielle application du droit sui generis prévu par l'article 7 de la directive 96/9/CE aux bases de données contenant des données ne relevant pas du champ d'application du présent règlement, à condition que les conditions de la protection en application du paragraphe 1 dudit article soient remplies* ». La neutralisation du droit *sui generis* du producteur de bases de données semble *a priori* simple. Cependant, cette simplicité n'est que de façade et laisse place à une complexité lorsque l'étude du *Data Act* est approfondie. Tout d'abord, la délimitation du champ d'application dudit règlement n'est pas sans poser des difficultés. Or, cette délimitation a une incidence considérable quant à l'existence même du droit *sui generis*. Le Législateur distingue au sein du considérant 15 les données brutes des données dérivées ou déduites. Les données brutes ou sources entrent dans le champ d'application du *Data Act*. À l'inverse, doivent être exclues les données déduites « *qui sont le résultat d'investissements supplémentaires dans l'attribution de valeurs ou d'informations tirées des données, en particulier au moyen d'algorithmes complexes et propriétaires, y compris ceux qui font partie d'un logiciel propriétaire* »⁷¹³. Ces données déduites « *ne devraient donc pas être soumises à l'obligation pour un détenteur de données de les mettre à la disposition d'un utilisateur ou d'un destinataire de données, sauf accord contraire entre l'utilisateur et le détenteur de données* »⁷¹⁴. Il est précisé que les données déduites « *pourraient comprendre en particulier les informations obtenues au moyen de la fusion de capteurs, qui infère ou déduit des données provenant de capteurs multiples, collectées dans le produit connecté, au moyen d'algorithmes complexes et propriétaires, et qui pourraient être soumises à des droits de propriété*

713 Cons. 15 du Règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023 sur les données

714 *Loc. cit.*

intellectuelle ». Bien que le Législateur ait défini la donnée⁷¹⁵, la difficulté reste qu'aucune définition précise de la « donnée brute » et de la « donnée déduite » n'est apportée au sein du règlement. La ligne de partage entre données brutes et données déduites est floue en ce que les données brutes sont des données qui « *ne sont pas substantiellement modifiées* »⁷¹⁶. Cela inclut donc les données générées automatiquement sans enrichissement⁷¹⁷, mais également les données qui ne subissent pas une modification jugée substantielle. Or, à partir de quand une donnée est « *substantiellement* » modifiée ? L'article 4 du *Data Act* vise les métadonnées. Mais une métadonnée est-elle réellement une donnée brute ou une donnée brute qui n'est pas « *substantiellement* » modifiée ? La question peut se poser. De plus, ce caractère substantiel doit-il s'apprécier objectivement ou subjectivement ? Doit-il être caractérisé de la même manière que pour le droit *sui generis* ? Il reviendra à la jurisprudence d'apporter des précisions sur l'interprétation à donner au caractère substantiel de la modification de la donnée brute.

Ensuite, la formulation même de la disposition de l'article 43 dudit règlement n'est pas sans susciter des interrogations. Commentant la proposition de règlement de la Commission européenne, les rédacteurs du rapport du CSPLA du 12 juillet 2022 ont estimé que cette disposition « *pourrait être lu[e] comme une pétition de principe dénuée d'effet normatif* »⁷¹⁸ au regard de la jurisprudence de la Cour de justice sur les bases de données et notamment les décisions du 9 novembre 2004. Ce manque d'effet normatif s'observerait dans l'absence de modification de la directive 96/9/CE⁷¹⁹. Ne serait-il pas possible de voir dans l'article 43 du *Data Act* une sorte de loi interprétative ?⁷²⁰ La question de l'application dans le temps de l'article 43 dudit règlement se pose également. Comme en matière de loi interprétative, la disposition en cause a-t-elle une portée rétroactive ? Cette neutralisation trouve-t-elle à s'appliquer uniquement aux bases de données constituées de données obtenues à partir d'un produit connecté, qui ont été créées après l'entrée en vigueur de la disposition ? Ou, à l'inverse, au regard de son caractère interprétatif, trouve-t-elle à s'appliquer à toutes bases de données préexistantes ? Toutefois, si cette dernière hypothèse prévaut, il nous semble qu'il

715 Art. 2, 1) du Règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023 sur les données précisant que les données sont « *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* ».

716 Cons. 15 du Règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023 sur les données

717 V. en ce sens : BENSAMOUN A. et GABLA E., *Rapport de la mission sur la réforme européenne du droit sui generis des bases de données*, Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, 12 juillet 2022, p. 28

718 *Ibid.*, p. 30

719 *Ibid.*, p. 31

720 MOLFEISSIS N., *La notion de loi interprétative*, RTD Civ., 2002 : p. 599 pour qui « *une loi ne peut être considérée comme interprétative qu'autant qu'elle se borne à reconnaître, sans rien innover, un droit préexistant qu'une définition imparfaite a rendu susceptible de controverses* ».

pourra y avoir une atteinte au droit de propriété protégé par l'article 1^{er} du Protocole n° 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 17 de la Charte des droits de l'homme.

Le Législateur semble n'avoir réfléchi que sur l'hypothèse simple d'une base de données constituée uniquement de données obtenues à partir d'un produit connecté. Or, en pratique, les bases de données comprennent aussi bien des données brutes obtenues à partir d'un produit connecté que de données dérivées ou déduites. De là, se pose la question de savoir si le juge devra faire une distinction entre ces deux types de données dans l'appréciation du caractère substantielle de l'investissement mais également dans la cadre de l'extraction et de la réutilisation des données par un tiers. En raison des incidences sur la possibilité de protéger la base de données par le droit *sui generis*, un contentieux tenant à la qualification des données pourra régulièrement surgir dans les prétoires. Le défendeur à une action en contrefaçon aura tout intérêt pour écarter la protection du droit *sui generis* de qualifier les données en cause contenues dans la base de données de données d'utilisation. À l'inverse, le producteur soutiendra, pour sa part, que la base est une compilation de données déduites ou dérivées. Une telle solution n'est pas satisfaisante du point de vue de la sécurité juridique.

Par ailleurs, la disposition vise expressément les articles 4 et 5 du *Data Act*, c'est-à-dire le droit de l'utilisateur à accéder aux données générées par machine et le droit de les utiliser voire de les partager avec des tiers. Est-ce à dire que cette neutralisation du droit *sui generis* ne concerne que cette hypothèse et uniquement à l'égard des utilisateurs ? Interpréter l'article 43 du *Data Act* comme conduisant à une « neutralisation » générale du droit *sui generis* du producteur de bases de données nous paraît excessif. Nous sommes, certes, d'avis qu'il faille ne pas prendre en considération l'investissement dans l'obtention de données obtenues à partir d'un produit connecté. Néanmoins, le producteur a pu engager des investissements pour vérifier et présenter le contenu de la base de données. Cette neutralisation totale du droit *sui generis* pourra entraîner une diminution de la rentabilisation des investissements engagés par les petites entreprises innovantes⁷²¹ bien qu'il y ait dans certains cas, la possibilité pour le détenteur de demander une compensation⁷²². Afin de concilier les objectifs du *Data Act* avec ceux de la protection des bases de données, il aurait été préférable de prévoir non pas une neutralisation entière de la base de données, mais simplement une exception au droit *sui generis* pour uniquement les utilisateurs. Une telle

721 BENSAMOUN A. et GABLA E., *op. cit.*, p. 32

722 Art. 9, 1) du Règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023 : la compensation n'est possible que dans le cadre de relation entre entreprises.

solution aurait eu le mérite de préserver les droits du producteur de bases de données à l'égard des tiers et de permettre à l'utilisateur de ne pas se voir opposer le droit *sui generis* dans le cadre d'une demande d'accès aux données générées par machine et d'une demande d'utilisation ou de partage desdites données avec des tiers.

Cette exclusion par le *Data Act* du droit *sui generis* pour les bases de données constituées de données obtenues à partir d'un produit connecté permet-elle à un État de légiférer en cette matière pour prévoir une protection spécifique ? Commentant la proposition de règlement sur les données, les Professeurs Estelle DERCLAYE et Martin HUSOVEC ont pu l'interpréter comme offrant au législateur national cette possibilité⁷²³. À l'inverse, il semble que le Législateur européen ait écarté une telle faculté au regard du considérant 4 du *Data Act* précisant que « *les États membres ne devraient pas adopter ou conserver des exigences nationales supplémentaires en ce qui concerne les questions relevant du champ d'application du présent règlement [...]* ».

80. Bien que le droit *sui generis* du producteur de bases de données puisse offrir une protection pour les données structurées, celle-ci se révèle limitée.

B. Une protection limitée offerte par le droit *sui generis*

81. **Objet de la protection : le contenu de la base de données** – Il s'agit d'une protection indépendante de celle offerte par le droit d'auteur. Son étendue diffère de celle connue en droit d'auteur et est strictement « *cantonnée* » à celle de l'investissement⁷²⁴.

Il ressort de l'article L. 341-1 du Code de la propriété intellectuelle que l'objet de la protection est le « *contenu de la base* ». Cependant, ce concept de « *contenu* » n'a pas été défini par le Législateur. Suivant l'interprétation prétorienne, les données constituent le contenu de la base⁷²⁵. En d'autres termes, les données numériques même brutes peuvent être saisies par le droit *sui generis* dès lors que la réalisation de la base de données a nécessité un

723 HUSOVEC, M. et DERCLAYE, E., *Why the Sui Generis Database Clause in the Data Act Is Counter-Productive and How to Improve It ?*, 8 mars 2022), disponible [en ligne] <https://ssrn.com/abstract=4052390> (consulté le 17 mai 2024) : pour qui « *The Member States today remain free to design exclusive rights concerning such data next to the sui generis Database Directive. Such national rights would not be precluded by the Data Act or the Database Directive. Article 35, as currently drafted helps them to shrug off any concerns about pre-emption by Union law by claiming they are outside of its scope* ».

724 VIVANT M., *L'investissement, rien que l'investissement*, RLDI, mars 2005, n° 3, p. 41

725 V. la jurisprudence citée par le Professeur Philippe GAUDRAT et Maître Frédéric SARDAIN (GAUDRAT P. et SARDAIN F., *op. cit.*, p. 655-656, n° 1065)

investissement substantiel⁷²⁶. Ainsi, le droit *sui generis* permet au producteur d'une base de données de s'opposer aux extractions et aux réutilisations de la totalité ou d'une partie substantielle de la base de données⁷²⁷. Ce droit a pu, ainsi, être analysé comme « *un droit anti-copie* »⁷²⁸.

Dans les premières propositions de directive, le droit d'interdire l'extraction ou la réutilisation concernait le « *contenu d'une base de données, en tout ou en partie* »⁷²⁹. Il n'était pas fait mention d'un quelconque seuil. Ainsi, selon cette rédaction, toute extraction ou réutilisation de donnée pouvait être sanctionnée, quelle que soit son ampleur, ce qui risquait de conduire à une protection de la donnée en tant que telle. Cette formulation a été, par la suite, retravaillée pour faire référence à un seuil, le caractère substantiel de l'extraction ou de la réutilisation. L'identification même de ce qu'il faut entendre par « *partie substantielle* » entraîne des conséquences considérables. Il s'agit de distinguer, parmi les nombreux types d'activités d'interrogations et d'utilisations de données effectuées sans le consentement du producteur, celles qui sont libres de celles qui sont contrefaites.

82. Une protection contre l'extraction et la réutilisation d'une partie substantielle du contenu de la base de données – Nous relevons que le simple accès à la base de données n'entre pas dans les prérogatives reconnues au producteur de base de données. Néanmoins, la consultation d'une base de données implique souvent « *des copies temporaires qui peuvent être qualifiées d'extractions* »⁷³⁰.

Les notions d'extraction et de réutilisation renvoient à « *tout acte non autorisé d'appropriation et de diffusion au public de tout ou une partie du contenu d'une base de données* »⁷³¹. L'extraction consiste en un transfert permanent ou temporaire de toute ou une partie du contenu de la base de données⁷³². À cela s'ajoute la notion, nommée par la doctrine, d'« *extraction cognitive* »⁷³³, entendue comme la réutilisation d'éléments issus d'une consultation visuelle d'une base de données dans une autre base. Reste que la simple

726 V. en ce sens : MALLET-POUJOL N., *Appropriation de l'information : l'éternelle chimère*, D., 1997, chr., p. 330 et s. spéc. n° 15 : pour qui « *l'information, même non appropriée, mais dont la collecte et le traitement ont un coût ne peut pas être impunément réexploitée par des tiers non autorisés* ».

727 Art. L. 342-1 du CPI

728 DERCLAYE D., *Une analyse économique de la protection contractuelle des bases de données*, Reflets et perspectives de la vie économique, 2006/4, tome XLV, p. 53

729 Proposition de directive du Conseil concernant la protection juridique des bases de données, 15 avril 1992, COM(92) 24 final – SYN 393, JOCE, 23 juin 1992, n° C156/5

730 LAURENT P. et VILCHES ARMESTO L., *op. cit.*, p. 205

731 CJCE, gr. ch., 9 novembre 2004, aff. C-203/02, *The British Horseracing Board*, pt 67

732 CJCE, 4^e ch., 5 mars 2009, aff. C-545/07, *Apis-Hristovich EOOD contre Lakorda AD*, pt. 42

733 VIVANT M., JCP E., 2 juillet 2009, n° 27, 1674, obs. CJCE, 9 octobre 2008, aff. C-304/07

consultation sans reprise des données ne pourra pas constituer une extraction au sens du droit *sui generis*⁷³⁴.

Le producteur ne peut s'opposer que lorsque l'extraction ou la réutilisation est substantielle. Cela implique que le droit *sui generis* organise non pas une exclusivité sur une donnée en particulier, mais plutôt « *une forme de réservation sur une « masse » de données, voire sur quelques-unes seulement d'elles à condition de démontrer l'investissement substantiel en regard* »⁷³⁵. Ce caractère substantiel s'appréciera en fonction soit du nombre des données extraites, soit de l'« *importance des efforts économiques consentis pour intégrer dans la base les données aujourd'hui reproduites* »⁷³⁶.

Faute de définition ontologique, l'évaluation qualitative de la partie extraite ou réutilisée se révélera être une opération somme toute ardue en ce qu'elle recèle potentiellement des résultats arbitraires. Toujours est-il que, pour la doctrine, en pratique, en présence d'une extraction « *massive* » du contenu de la base de données, les magistrats auront tendance à reconnaître le caractère substantiel de cette extraction⁷³⁷.

83. Une possible protection individuelle d'une donnée ? – Au regard du caractère substantiel de l'extraction, cela ne peut-il pas conduire à protéger des données prises individuellement ou, à tout le moins, des parties minimales de la base de données dans les cas où l'obtention desdites données nécessiterait un investissement substantiel ? Au regard de l'article L. 342-1 du Code de la propriété intellectuelle, l'extraction doit concerner plus qu'un seul élément de la base de données. En effet, le Législateur vise expressément une extraction de la totalité ou d'une partie du contenu d'une base de données. Aussi, l'extraction isolée d'une seule donnée ne pourra pas être sanctionnée au titre du droit *sui generis* du producteur de base de données. À l'inverse, sera protégée la partie « *minoritaire* » de la base de données qui a nécessité un investissement considérable pour l'obtention, la vérification ou

734 CJCE, 4^e ch., 5 mars 2009, aff. C-545/07, *Apis-Hristovich EOOD contre Lakorda AD*, pt. 45

735 BENABOU V.-L. (sous-dir.), *Droit de la propriété littéraire et artistique, données et contenus numériques*, Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, 11 septembre 2018, p. 24

736 TILLOY C., *op. cit.*, p. 159, n° 45

737 V. en ce sens : VIVANT M. (sous-dir.), *Le Lamy Droit du numérique*, Lamy Liaison, Saint-Ouen, juin 2023, éd. 2023, p. 142, n° 263

l'organisation des données⁷³⁸. Ainsi, par exemple, dans un arrêt du 2 février 2021⁷³⁹, bien que la reprise des données représentât que 10 % de l'ensemble de la base de données, la Cour d'appel de Paris avait, d'une part, admis l'existence d'une sous-base et, d'autre part, reconnu le caractère substantiel à cette extraction et réutilisation du contenu de la sous-base. Pour ce faire, les magistrats parisiens avaient constaté que le producteur avait dépensé des moyens substantiels pour la constitution, la vérification et la présentation de la sous-base de données. Le raisonnement de la Cour d'appel de Paris s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne⁷⁴⁰.

Finalement, la protection au titre du droit *sui generis* ne peut porter sur une donnée individuelle et cela, en raison du caractère substantiel de l'extraction. Néanmoins, ce caractère substantiel pourra s'apprécier au regard non pas de l'ensemble de la base de données, mais d'une sous-base. Ce faisant, l'extraction d'une quantité minimale de données par rapport à l'ensemble de la base de données constituera une extraction substantielle lorsque ces données relèvent d'une sous-base.

84. Une protection contre l'extraction et la réutilisation répétées du contenu de la base de données – Par ailleurs, le producteur de la base de données peut également « *interdire l'extraction ou la réutilisation répétée et systématique de parties qualitativement ou quantitativement non substantielles du contenu de la base lorsque ces opérations excèdent manifestement les conditions d'utilisation normale de la base de données* »⁷⁴¹. Pour la Cour de justice, « *l'objectif de cette disposition est de faire obstacle à des extractions et/ou réutilisations répétées et systématiques de parties non substantielles du contenu d'une base de données qui, par leur effet cumulatif, porteraient gravement atteinte à l'investissement de la personne qui a constitué la base* »⁷⁴². Paradoxalement, ce droit d'interdire l'extraction assure

738 CJCE, gr. ch., 9 novembre 2004, aff. C-203/02, *The British Horseracing Board Ltd e.a. c. William Hill Organization Ltd*, pt 71 : la Cour de justice précise que « *la notion de partie substantielle, évaluée de façon qualitative, du contenu de la base de données se réfère à l'importance de l'investissement lié à l'obtention, à la vérification ou à la présentation du contenu de l'objet de l'acte d'extraction et/ou de réutilisation, indépendamment du point de savoir si cet objet représente une partie quantitativement substantielle du contenu général de la base de données protégée. Une partie quantitativement négligeable du contenu d'une base de données peut en effet représenter, en termes d'obtention, de vérification ou de présentation, un important investissement humain, technique ou financier* ».

739 CA Paris, Pôle 5, 1^{re} ch., 2 février 2021, n° RG 17/17688, *SA Entrepaticulier.com c. SASU LBC France* ; Cass. 1^{re} civ., 5 octobre 2022, n° 21-16.307

740 CJCE, 4^e ch., 5 mars 2009, aff. C-545/07, *Apis-Hristovich EOOD contre Lakorda AD*

741 Art. L. 342-2 du CPI

742 CJCE, gr. ch., 9 novembre 2004, aff. C-203/02, *The British Horseracing Board Ltd*, pt 86

« une maîtrise de la substance même de la base des données, de l'information, en permettant de s'opposer à l'exploitation même de celle-ci »⁷⁴³.

Ainsi, les droits reconnus au producteur d'une base de données lui permettent concrètement d'interdire les pratiques de « butinage », de « *browsing* » et le « *scraping* »⁷⁴⁴ lorsqu'elle concerne la totalité ou une partie substantielle de la base de données⁷⁴⁵. En somme, les prérogatives du producteur de base de données lui permettent d'« *interdire la réutilisation à des fins commerciales* », [...] *c'est-à-dire en pratique la mise sur le marché d'un produit concurrent parasite* »⁷⁴⁶. Sur ce point, nous pouvons faire référence à une décision de la Cour de justice en date du 19 décembre 2013⁷⁴⁷. Dans cette affaire *Innoweb*, a été considéré comme portant atteinte au droit *sui generis*, un exploitant d'un métamoteur de recherche qui n'affichait que des hyperliens vers les sites internet des différents moteurs de recherche spécialisés, dans la mesure où, par le « *scraping* », il était proche de devenir un « *produit concurrent parasite* ». En effet, de nombreux utilisateurs finaux n'avaient plus besoin d'aller sur le site internet de la base de données concernée. Ce faisant, l'activité de l'exploitant du métamoteur de recherche risquait de faire échapper au producteur de la base de données des recettes notamment tirées de la publicité sur son site internet, et, ainsi, de le priver de revenus censés lui permettre d'amortir le coût de son investissement dans la constitution et le fonctionnement de sa base de données.

La pratique de « butinage » de données numériques se trouvant dans une base de données pourra donc être sanctionnée au titre du droit *sui generis* du producteur de base de données. Tel a été le cas, par exemple, de la réutilisation de données de cartes géographiques par un tiers pour la commercialisation de GPS⁷⁴⁸. Le producteur de la base de données pourra ainsi agir sur le fondement du droit *sui generis* quand bien même la donnée brute ne relève pas du droit d'auteur. Dans cette perspective, le droit *sui generis* sur la base de données octroie au producteur la possibilité de contrôler les utilités des données.

85. L'émergence d'une condition tenant au préjudice causé à l'investissement du producteur – Par ailleurs, la Cour de justice tend à ajouter une condition autonome d'atteinte

743 VIVANT M. (sous-dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, Paris, Ellipses, coll. Le droit en questions, 1998, p. 57

744 Le « *scraping* » ou « moissonnage » est une pratique consistant à l'utilisation de systèmes ou logiciels automatisés pour extraire des données se trouvant sur un site.

745 V. en ce sens : cons. 44 de la directive 96/9/CE du 11 mars 1996 – V. ég. LUCAS A., *op. cit.*, p. 157, n° 307

746 LUCAS A., *op. cit.*, p. 158, n° 309

747 CJUE, 5^e ch., 19 décembre 2013, aff. C-202/12, *Innoweb BV c. Wegener ICT Media BV, Wegener Mediaventions BV*, pt. 40-42

748 Cet exemple est issu d'un jugement du 1^{er} juillet 2013 de l'ancien Tribunal de commerce de Bruxelles (devenu le Tribunal de l'entreprise) (Trib. com. Bruxelles, 1^{er} juillet 2013, *A&M*, 2014/6, p. 519-526).

aux investissements dans le contenu de la base de données, à savoir le préjudice causé à l'investissement du producteur. En ce sens, dans sa décision du 3 juin 2021, les juges luxembourgeois ont considéré que l'extraction et la réutilisation peuvent être interdites par le producteur de la base de données « *pour autant que ces actes portent atteinte à son investissement dans l'obtention, la vérification ou la présentation de ce contenu, à savoir qu'ils constituent un risque pour les possibilités d'amortissement de cet investissement par l'exploitation normale de la base de données* »⁷⁴⁹. Cette solution conduit implicitement à un contrôle de proportionnalité entre les intérêts du producteur et ceux des utilisateurs et de la concurrence⁷⁵⁰. Il semble que les juges luxembourgeois aient eu une interprétation orientée vers le droit de la concurrence déloyale. Finalement, l'ajout de la condition tenant au préjudice causé à l'investissement du producteur restreint fortement l'intérêt de la protection offerte par le droit *sui generis*⁷⁵¹.

86. Les exceptions au droit *sui generis* du producteur de bases de données – Des exceptions sont limitativement⁷⁵² prévues à l'article L. 342-3 du Code de la propriété intellectuelle. Il est ainsi prévu que « *lorsqu'une base de données est mise à la disposition du public par le titulaire des droits, celui-ci ne peut interdire : l'extraction ou la réutilisation d'une partie non substantielle, appréciée de façon qualitative ou quantitative, du contenu de la base, par la personne qui y a licitement accès* »⁷⁵³. Cette exception est d'ordre public. Aussi, le producteur ne peut-il l'écarter par l'effet d'une clause contractuelle. Cela illustre parfaitement le fait que ce droit *sui generis* ne crée aucunement un droit de propriété sur les données prises individuellement.

Par ailleurs, le *Data Act* a ajouté une obligation de mettre à la disposition des données au profit des organismes du secteur public sur le fondement d'un besoin exceptionnel⁷⁵⁴. Dans ce cadre, il est indiqué au considérant 71 dudit règlement que « *lorsque les droits sui generis liés à la base de données prévus par la directive 96/9/CE [...] s'appliquent aux ensembles de*

749 CJUE, 5^e ch., 3 juin 2021, aff. C-762/19, « *CV-Online Latvia* » SIA contre « *Melons* » SIA, pt 47

750 V. en ce sens : MENDOZA-CAMINADE, A., *Proportionality and Evaluation. The Example of Intellectual Property Law*, in *Compliance Monumental Goals* (sous-dir. Frison-Roche, M.-A.), Bruylant, Bruxelles, 15 mars 2023, p. 221-235 spéc. p. 223 ; PETELIN T., *Limitation du droit exclusif des producteurs de bases de données par la prise en compte de l'intérêt des utilisateurs et des concurrents*, JCP E., 1^{er} août 2022, n° 31-35, 1280 ; LARRIEU J., *Bases de données : le droit sui generis en péril ?*, Prop. indust., janvier 2022, n° 1, comm. 5

751 KAMINA P., *La CJUE restreint fortement la portée du droit sui generis*, Comm. com. électr., 1^{er} janvier 2022, n° 1, comm. 1

752 CJCE, gr. ch., 9 novembre 2004, aff. C-203/02, *The British Horseracing Board Ltd e.a. c. William Hill Organization Ltd*, pt 62

753 L'article L. 342-3, 1^o, du Code de la propriété intellectuelle

754 Art. 14 du Règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023

données demandés, les détenteurs de données devraient exercer leur droit d'une manière qui n'empêche pas l'organisme du secteur public [...] d'obtenir les données, ou de les partager, conformément au présent règlement ». Le producteur de bases de données ne pourra donc pas arguer à l'encontre de l'organisme du secteur public de l'existence de son droit *sui generis* sur la base quand bien même l'extraction ou la réutilisation concernerait une partie substantielle. Cela vient affaiblir le mécanisme de protection offert par la directive 96/9/CE. Cependant, il s'agit d'une possibilité strictement limitée à l'existence d'un besoin exceptionnel limitativement énumérée à l'article 15 du *Data Act*.

87. Conclusion section 2 – Finalement, il est possible de protéger les données numériques par un chemin détourné, c'est-à-dire lorsque celles-ci sont structurées et forment une base de données. Dans une telle hypothèse, droit d'auteur et droit *sui generis* du producteur de base de données pourront participer à une certaine réservation des données qui est toutefois doublement limitée. Comme nous l'avons relevé, ce droit *sui generis* est limité quant à son objet puisque ce dernier porte uniquement sur un ensemble structuré de données et n'existe que si un investissement substantiel qualitatif et/ou quantitatif a été consenti pour l'obtention, la vérification ou la présentation du contenu. La seconde limite tient, quant à elle, à l'étendue de la protection octroyée par ce droit *sui generis*. Ce dernier ne protège que la base de données en tant que collection de données et non les données numériques prises individuellement. Partant, la donnée au sens sémantique, c'est-à-dire le contenu informationnel, reste dans le domaine public et n'est pas en tant que telle appropriée. Cependant, le rapport de la Mission « *Acte II de l'exception culturelle* »⁷⁵⁵ avait relevé que des institutions publiques et des acteurs privés revendiquaient, sur le fondement du droit *sui generis*, un droit de propriété sur des œuvres du domaine public numérisées. Une telle pratique va à l'encontre de l'esprit de ce droit et est perçue comme une forme de « *copyfraud* ».⁷⁵⁶, c'est-à-dire une revendication abusive d'un droit d'auteur sur des éléments appartenant au domaine public⁷⁵⁷.

755 LESCURE P. *Mission « Acte II de l'exception culturelle » ; Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, mai 2013, spéc. p. 450, disponible [en ligne] (consulté le 10/05/2024)

756 LUCAS A., *De la protection à la « surprotection » des droits de propriété intellectuelle*, in *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle*, IRPI, 20 février 2014, p. 21, note de bas de page n° 1

757 LUCAS-SCHLOETTER A., *Le « domaine commun informationnel »*, Dalloz IP/IT, 15 février 2018, n° 2, p. 90 ; MAUREL L., *Les données culturelles resteront-elles en dehors du mouvement de l'Open data en France ?*, Légipresse, 10 septembre 2015, n° 330, p. 451

Conclusion du chapitre 1

88. Tout au long de ce chapitre, nous avons exploré la question de savoir si le droit de la propriété littéraire et artistique pouvait constituer un outil de réservation des utilités des données numériques.

Aux fins de notre analyse, il était indispensable de procéder à une dissociation nette entre la donnée numérique et son support, y compris lorsque ce dernier revêtait une forme dématérialisée. En isolant la donnée de son support, nous avons pu examiner de manière approfondie si cette dernière réunissait les critères nécessaires pour bénéficier de la protection au titre du droit d'auteur.

Un constat s'est imposé à nous : la donnée brute, par son caractère purement factuel, ne peut prétendre au statut d'œuvre de l'esprit et échappe ainsi à la protection du droit d'auteur. La donnée brute ne consiste qu'en une retranscription fidèle de phénomènes naturels, sans qu'il y ait une originalité, condition *sine qua non* de la protection par le droit d'auteur. De même, sont exclues de la qualification d'œuvre de l'esprit, les données générées par l'intelligence artificielle. Nous ne pouvons, en effet, déceler dans ces données une quelconque empreinte de la personnalité de l'auteur. Considérer le contraire reviendrait à dénier l'approche « *romantique* » caractéristique de notre droit d'auteur.

Par ailleurs, le droit d'auteur a pour objet la protection d'une création de forme. Aussi, cette protection ne s'étend pas aux données numériques au plan sémantique, c'est-à-dire au contenu cognitif. Seules les données syntaxiques originales pourront relever du droit d'auteur. De plus, cette protection n'empêche nullement l'accès intellectuel de l'œuvre. Or, la logique poursuivie par le détenteur est, avant tout, de garder par-devers lui ses données numériques, ou à tout le moins, d'en contrôler l'accès intellectuel.

Fort de ce premier constat, nous avons procédé à une analyse plus approfondie des données, en nous concentrant sur les données structurées, c'est-à-dire les bases de données. Il apparaît que le droit d'auteur et le droit *sui generis* des producteurs de bases de données, tout en assurant une réservation aux données structurées, ne parviennent pas à établir un monopole absolu sur ces données, en raison notamment des limites inhérentes à ces droits. En matière de droit d'auteur, c'est le « squelette » de la base qui est réservé et non son contenu informatif. Par ailleurs, pour que cette base puisse être protégée, encore faut-il déceler l'empreinte de la personnalité de l'auteur. Cela suppose une création humaine, excluant, par là même, les bases de données constituées par une intelligence artificielle. En matière de droit *sui generis* des

producteurs de bases de données, la protection est circonscrite au regard de l'investissement. En effet, ne pourront être interdites uniquement l'extraction de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu de la base de données ou l'extraction ou la réutilisation répétée et systématique de parties qualitativement ou quantitativement non substantielles du contenu de la base lorsque ces opérations excèdent manifestement les conditions d'utilisation normale de la base de données. Ainsi, ce droit *sui generis* ne confère qu'une protection limitée aux données structurées, laissant certains aspects en dehors de son champ d'application. En effet, l'extraction occasionnelle et isolée d'une donnée ne saurait être constitutive d'une atteinte au droit exclusif du producteur de la base de données.

Il s'ensuit que le constat dressé par le CSPLA devient évident. Dans son rapport de 2018, il avait souligné qu'« *en dépit d'un mécanisme de protection très robuste, le droit sui generis sur les bases de données ne semble pas donner lieu à des applications pratiques très probantes* »⁷⁵⁸. Aussi, la question se pose de savoir si ce droit *sui generis* est en péril⁷⁵⁹ ou à tout le moins dépassé⁷⁶⁰. La cause avancée par les rédacteurs du rapport réside dans l'exclusion de la prise en compte de l'investissement dans la production des données du champ d'application du droit *sui generis*. En outre, le paradigme de la base de données, par sa conception intrinsèquement statique, se révèle inadéquat pour répondre aux exigences des environnements de données hautement dynamiques et en temps réel. Ce constat vient de pair avec l'absence de consécration de ce droit au niveau international. Par ailleurs, il est paradoxal de constater qu'une base de données non éligible à ce droit *sui generis* puisse bénéficier d'une protection plus étendue grâce à des accords contractuels. Ce « paradoxe » a été mis en lumière par l'arrêt rendu par la Cour de justice dans l'affaire *Ryanair*⁷⁶¹.

À côté de la propriété littéraire et artistique, nous devons vérifier si les données peuvent être appréhendées par le droit des brevets.

758 BENABOU V.-L. (sous-dir.), *Droit de la propriété littéraire et artistique, données et contenus numériques*, Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, 11 septembre 2018, p.25

759 LARRIEU J., *op. cit.*

760 CHATRY S., *Le légitimité du droit sui generis du producteur de bases de données*, Légipresse, 2019, n° 62, p. 124

761 CJUE, 2^e ch., 15 janvier 2015, aff. C-30/14, *Ryanair Ltd contre PR Aviation BV* : la Cour de justice estime que les articles 8 et 15 de la directive 96/9/CE, c'est-à-dire les exceptions du droit *sui generis* et leur caractère impératif, ne s'appliquent pas aux bases de données non protégées par l'article 7 de ladite directive. Toutefois, dans son rapport de 2018, la Commission européenne a considéré que « *the significance of the decision probably depends on how far a particular country's laws treat the contractual terms imposed by the website owner as binding on users* » (European Commission, *Executive Summary of the Evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases*, SWD (2018) 146 final, Bruxelles, 2018, p. 32).

Chapitre 2. L'épineuse question de la réservation des données numériques par le brevet

89. **Le brevet au « centre d'une économie de savoir »**⁷⁶² – Le brevet constitue l'un des piliers de la propriété intellectuelle. Il s'agit d'un instrument juridique destiné à accroître les incitations à innover⁷⁶³, c'est-à-dire à créer de nouveaux produits et procédés. Le brevet est vu comme une récompense de l'effort du créateur suivant une conception « *quasi-jusnaturaliste* »⁷⁶⁴. Il assure une protection efficace du patrimoine technologique⁷⁶⁵ et présente indéniablement un intérêt économique important pour les entreprises⁷⁶⁶. Comme l'expliquait l'économiste SCHUMPETER, le brevet permet à son titulaire de prolonger une éventuelle situation monopolistique ou quasi monopolistique lui autorisant donc une certaine marge d'autonomie sur le marché face à ses concurrents⁷⁶⁷. En somme, pour reprendre l'image du Professeur Michel VIVANT, l'invention brevetée équivaut à « *une « recette » réservée qui devient ainsi objet d'« avoir »* »⁷⁶⁸. Le brevet répond alors « *au double souci de réservation et de commercialisation d'une information* »⁷⁶⁹. En son essence, il implique la divulgation de l'invention au public en contrepartie de la reconnaissance d'un droit exclusif d'exploitation⁷⁷⁰.

762 BEFFA J.-L., *Regards sur l'économie contemporaine à travers le prisme de la propriété industrielle*, Rencontre-débat INPI, 4 décembre 2001, doc. INPI, Service de la communication, p. 2

763 Le rôle d'incitation à l'innovation reconnu aux brevets remonte à la révolution industrielle du XVIII^e siècle. Néanmoins, bien avant la législation moderne sur les brevets, dès le XV^e siècle, l'octroi des privilèges consistait un outil pour inciter à l'innovation (en ce sens : GALVEZ-BEHAR G. *Histoire de la propriété intellectuelle*, éd. La Découverte, coll. Repères Histoire, août 2022, p. 12)

764 CHATRY S., et ROBIN A., *Introduction à la propriété intellectuelle. Unité et diversité*, Bruylant, Bruxelles, coll. Paradigme – Manuels, octobre 2019, 1^{re} éd., p. 131, n° 216

765 WARUSFEL B., *Entreprises innovantes et propriété intellectuelle : les limites de la protection juridique du patrimoine immatériel*, in *Propriété industrielle et innovation. La « nouvelle économie » fausse-t-elle l'enjeu*, L'Harmattan, Paris, 2001, p. 49-69

766 REMICHE B., *Le rôle du système des brevets dans le développement : le cas des pays andins*, Litec, Paris, coll. du CEIPI, n° 29, 1982, 492 p. ; LE BAS C., *Matériaux pour une Économie de la propriété intellectuelle : problématiques, perspectives et problèmes*, Économie appliquée, 1999, n° 2, tome 52, p. 7-49 ; VIVANT M. (sous-dir.), *Protéger les inventions de demain. Biotechnologies, logiciels et méthodes d'affaires*, La Documentation française, Paris, coll. Propriété intellectuelle, 7 juillet 2003, p. 179 ; ULLRICH H., *Le futur système de protection des inventions par brevet dans l'Union européenne : un exemple d'intégration (re-)poussée ?*, Max Planck Institute for Innovation and Competition, Discussion Paper n° 2, Propr. intell. 2014, n° 53 pour qui « *un élément essentiel à la fois de la concurrence dynamique sur le marché de l'innovation et de la régulation de ce marché* ». Il répond « *au double souci de réservation et de commercialisation d'une information* » ; *id.*, Intellectual Property : Exclusive rights for a purpose – The case of technology protection by patents and copyright, Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper n°. 13-01 Problemy Polskiego i Europejskiego Prawa Prywatnego, pp. 425-459, Kłafkowska Wasniowska, eds., Warsaw (Wolters Kluwer Polska) 2012

767 BOUTILLIER S., *L'entrepreneur face à la propriété industrielle : histoire et actualité*, in *Propriété industrielle et innovation. La « nouvelle économie » fausse-t-elle l'enjeu*, L'Harmattan, Paris, 2001, p. 39-40

768 VIVANT M., *Savoir et avoir*, Arch. phil. droit, 2003, n° 47, p. 336

769 MOUSSERON J.-M., *Le droit des brevets, demain – Point de vue français*, Les cahiers de propriété intellectuelle, octobre 1997, vol. 10, n° 1

770 Il s'agit de la vision traditionnelle du « contrat social » entre l'inventeur et la société.

90. **L'adaptabilité du droit des brevets** – Le brevet a fait preuve d'une remarquable plasticité en s'ajustant aux mutations technologiques, « *sans que les textes fussent pour autant toujours réécrits* »⁷⁷¹. Ainsi, par exemple, à partir du XIX^e siècle, il a fallu repenser le brevet afin d'appréhender au mieux les inventions chimiques⁷⁷². Par ailleurs, sous l'impulsion des progrès technologiques, le domaine du brevet s'est considérablement étendu au fil des années à de nouveaux secteurs, tels que la biotechnologie et l'informatique. C'est pourquoi « *imaginer ce que seront, demain, les domaines émergents de la réservation par brevet revient à s'interroger sur ce que seront demain les zones nouvelles conquises par la science* »⁷⁷³. Cette extension du champ de la brevetabilité tiendrait principalement « *au passage du modèle de la propriété au modèle du marché* »⁷⁷⁴.

Le Professeur Bernard WARUSFEL avait, toutefois, souligné le décalage entre la réalité technique contemporaine et l'état des textes⁷⁷⁵. Cette dissonance conduit à l'exclusion de certaines nouvelles innovations. Aussi, la question de la brevetabilité se pose-t-elle régulièrement pour les « inventions immatérielles »⁷⁷⁶ telles que les logiciels. Dès lors, nous pouvons nous demander si le brevet est réellement adapté à l'environnement numérique et s'il permet d'appréhender au mieux les données numériques. Bien que le droit des brevets relève du droit de propriété, la délivrance d'un brevet n'est pas automatique. En d'autres termes, cette protection par le brevet est soumise à des conditions exigeantes qui ne couvrent pas l'ensemble du champ de la technologie⁷⁷⁷. Malgré la sévérité des conditions de brevetabilité, notre étude vise à analyser l'éventuelle possibilité de se réserver par le droit des brevets une ou des données numériques. La protection des données numériques par le brevet ne correspond-elle pas une nouvelle manifestation de l'« *impérialisme* »⁷⁷⁸ de ce titre, et de

771 VIVANT M. (sous-dir.), *Protéger les inventions de demain. Biotechnologies, logiciels et méthodes d'affaires*, La Documentation française, Paris, coll. Propriété intellectuelle. 7 juillet 2003, p. 11

772 *Ibid.*, p. 10

773 MOUSSERON J.-M., *op. cit.*

774 HERMITTE M.-A., *Les concepts mous : de la propriété industrielle : passage du modèle de la propriété foncière au modèle du marché*, in *L'homme, la nature et le droit*, Christian Bourgois éditeur, Paris, 1988, p. 85-98

775 WARUSFEL B., *op. cit.*, p. 58 ; V. ég. *id.*, *Le droit des nouvelles technologies : entre technique et civilisation*, La lettre de la rue Saint-Guillaume – Revue des Anciens élèves de Sciences-Po, juin 2002, n° 127, p. 52-59 : pour qui le droit des brevets connaît des difficultés pour « assimiler » les nouvelles formes de l'industrie contemporaine.

776 LUCAS A., *op. cit.*, p. 18

777 WARUSFEL B., *Entreprises innovantes et propriété intellectuelle : les limites de la protection juridique du patrimoine immatériel*, in *Propriété industrielle et innovation. La « nouvelle économie » fausse-t-elle l'enjeu*, L'Harmattan, Paris, 2001, p. 57

778 GALLOUX J.-C., *L'impérialisme du brevet*, in *Nouvelles technologies et propriété : actes du colloque tenu à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, les 9 et 10 novembre 1989*, Montréal Paris, Éd. Thémis Litec, 1991, p. 111-138 : pour qui, l'impérialisme du brevet correspond au recours systématique à ce mécanisme de protection.

l'« *érosion constante des domaines exclus de la brevetabilité* »⁷⁷⁹ conduisant, de ce fait, à un élargissement de domaine brevetable ? Ce processus d'érosion ne facilite-t-il pas l'intégration des données numériques dans le domaine du brevet ? La modélisation informatique est-elle suffisante pour octroyer un droit de brevet sur les données qui en sont issues ? Mais cet élargissement du domaine de la brevetabilité ne risque-t-il pas d'entraîner une remise en cause de la cohérence de cette institution ?⁷⁸⁰

Dans le cadre de notre étude, nous devons préalablement vérifier si la donnée numérique peut être qualifiée d'invention. Cela implique donc de circonscrire cette notion et de s'assurer que la donnée numérique ne soit pas exclue explicitement du domaine de la brevetabilité (**Section 1**). Cette approche nous permettra d'apprécier ensuite la possibilité de protéger la donnée par le brevet, notamment en tant que produit de procédé breveté (**Section 2**).

Section 1. L'examen de la brevetabilité de la donnée numérique

91. De prime abord, le droit des brevets devrait être indifférent aux données numériques. L'objet de ce droit de propriété industrielle est l'invention. Or, il est difficile de concevoir la donnée numérique comme une invention. Notre étude nous conduit ainsi à engager une réflexion globale sur les contours de la notion d'invention (**I**). De surcroît, il est nécessaire de vérifier si la donnée ne relève pas d'une des exclusions de la brevetabilité (**II**).

I. La relation entre la donnée et l'invention

92. Pour que la donnée puisse relever du domaine de la brevetabilité, celle-ci ne doit pas être considérée comme une découverte (**A**). Il est nécessaire, par ailleurs, qu'elle présente certaines caractéristiques essentielles (**B**).

⁷⁷⁹ *Ibid.*, p. 122

⁷⁸⁰ V. par ex. QUEAU P., *Nouvelles technologies et naissance de nouveaux droits*, in *L'avenir de la propriété intellectuelle*, coll. des publications de l'IRPI, n° 11, Paris, 1993 : pour qui, cette tendance à l'élargissement du domaine de la brevetabilité menace le domaine public ; VIVANT M. (sous-dir.), *op. cit.*, p. 191

A. La donnée entre découverte et invention

93. **La distinction fondée traditionnellement sur l'acte créateur** – Face à la particularité de la donnée numérique, il est possible de se demander si elle relève plus de la découverte que de l'invention ? Cela conduit à nous interroger sur la distinction entre l'invention et la découverte. Initialement, celle-ci se fondait sur l'acte créateur. En somme, l'invention est une création de quelque chose qui n'existait pas auparavant alors que la découverte consiste simplement à mettre en lumière quelque chose qui existait mais qui, jusqu'alors n'avait pas été observée⁷⁸¹. Nous pouvons mentionner l'exemple des rayons X, qui ont toujours existé pour des matériaux radioactifs, mais qui étaient inconnus jusqu'à leur découverte, en 1895, par le physicien allemand Wilhelm RÖNTGEN. Suivant cet exemple, la découverte porte sur l'existence même des rayons X alors que l'invention, elle, consiste en un procédé de production artificielle de rayons X ou d'appareils appropriés.

94. **La distinction fondée sur l'acte de dévoilement** – Cependant, cette distinction traditionnelle fondée sur l'acte créateur a dû évoluer⁷⁸² depuis la consécration de la condition d'activité inventive par la Convention sur l'unification de certains éléments du droit des brevets d'invention en 1963⁷⁸³, mais également avec l'apparition de la biotechnologie⁷⁸⁴. Dès lors, un autre critère de différenciation a été proposé par la doctrine. Il s'agit de l'apport opératoire⁷⁸⁵ c'est-à-dire « *un apport humain se manifestant par un dévoilement par l'Homme du rapport entre un produit ou un procédé et le résultat recherché* »⁷⁸⁶. L'invention équivaut alors un dévoilement. Suivant l'idée du philosophe allemand HEIDEGGER, « *la technique n'est pas seulement le moyen : elle est un mode de dévoilement [...]. C'est comme*

781 V. en ce sens : KANT E., *Anthropologie*, Dijon imprimerie J.-E. Rabutot, traduit par J. Tissot, 1863, § LVI, p. 172 : le philosophe de Königsberg distinguait nettement l'invention de la découverte. « *La chose que l'on découvre existe avant qu'elle soit découverte ; seulement, elle était inconnue jusque-là* ». À l'inverse, « *ce qu'on invente [...] est absolument inconnu avant l'artiste qui le produit* » – V. ég. NOUGUIER L., *Des brevets d'invention et de la contrefaçon*, Cosse, Paris, 1856, p. 141, n° 389

782 SCHMIDT-SZALEWSKI J., *La notion d'invention face aux développements technologiques*, in *Droit et économie de la propriété intellectuelle* (sous-dir. Marie-Anne Frison-Roche et Alexandra Abello) L.G.D.J., Paris, coll. Droit & économie. p. 251

783 Conseil de l'Europe, *Convention sur l'unification de certains éléments du droit des brevets d'invention*, Strasbourg, 27 novembre 1963, Série des traités européens – n° 47

784 La biotechnologie moderne est apparue après la Seconde Guerre mondiale. Nous pouvons citer, par exemple, la biologie moléculaire née dans les années 1960. Ces fondateurs ont été inspirés par l'ouvrage *What is Life ?* du scientifique autrichien Erwin SCHRÖDINGER. C'est également dans les années 1978-1980 que sont apparus les premiers organismes génétiquement modifiés d'intérêt industriel avec la société Genentech, Inc.

785 VIVANT M. (sous-dir.), *op. cit.*, p. 71, n° 55

786 DHENNE M., *La notion de caractère technique en droit des brevets*, Prop. intel. juillet 2015, n° 56, p. 259

dévoilement, non comme fabrication, que la τέχνη est une production »⁷⁸⁷. Nous comprenons ainsi que les notions de découverte et d'invention ne sont pas, en réalité, des antonymes⁷⁸⁸. L'invention découle souvent des découvertes⁷⁸⁹. Suivant l'approche finaliste⁷⁹⁰, une découverte peut devenir une invention lorsqu'une finalité technique lui est « *inculquées* »⁷⁹¹. Ainsi, il est possible de douter de la réelle utilité de la distinction entre invention et découverte⁷⁹². Cela a fait dire au Professeur William DROSS que le brevet « *n'a pas nécessairement pour objet une invention* »⁷⁹³ mais plutôt une fonction technique. Une telle perspective s'illustre parfaitement dans la question de la brevetabilité des séquences génétiques⁷⁹⁴.

Finalement, l'incidence de la distinction entre invention et découverte s'en trouve limitée. Il est concevable de voir en la donnée numérique comme un dévoilement. Ainsi, la question n'est pas tant de savoir si la donnée est une découverte ou une invention, mais plutôt si elle présente les caractéristiques d'une invention, et plus précisément si elle possède une fonction technique.

B. L'exigence d'une création inventive technique

95. **L'absence de définition légale de la notion d'invention** – Le Législateur n'a pas défini la notion⁷⁹⁵ d'invention. Que recouvre cette notion ? Étymologiquement, ce substantif vient du latin *inventio* signifiant « *action de trouver, de découvrir* », mais également « *la faculté d'inventer* ». Nous devons concéder que cette notion est polysémique puisqu'elle

787 HEIDEGGER M., *La question de la technique*, in Essais et conférences, éd. Gallimard, 1958, p. 18-19

788 VIVANT M., et BRUGUIÈRE J.-M., *Réinventer l'invention ?*, Prop. intell. juillet 2003, n° 8, p. 287

789 V. en ce sens : VIVANT M. (sous-dir.), *op. cit.*, p. 192

790 V. notamment GALLOUX J.-C., *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, thèse de doctorat d'habilitation en droit, Université de Bordeaux I, 1988, p. 353

791 DHENNE M., *op. cit.*, p. 260 – V. ég. VIVANT M., et BRUGUIÈRE J.-M., *op. cit.*, p. 292 ; Directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets, mars 2024, Partie G, ch. II, 3.1 : « *si l'on peut montrer qu'une substance trouvée dans la nature produit un effet technique, elle peut être brevetable. C'est, par exemple, le cas d'une substance qui se trouve à l'état naturel, et dont on découvre qu'elle a un effet antibiotique* ».

792 V. en ce sens : ROUBIER P., *Le droit de la propriété industriel – Tome 2*, Sirey, 1954, p. 91, n° 146 – La distinction entre invention et découverte a même été jugée comme non opératoire (DROSS W., *Droit civil. Les choses*, Paris, LGDJ, 28 août 2012, p. 812, n° 442-1).

793 DROSS W., *op. cit.*, p. 811, n° 441

794 V. par ex. CJUE, 6 juillet 2010, aff. C-428/08, *Monsanto Technology LLC contre Cefetra BV et autres*

795 De nombreux auteurs ont tenté d'apporter une véritable définition de la notion d'invention : v. notamment NOUGUIER L., *Des brevets d'invention et de la contrefaçon*, éd. Cosse, Paris, 1856, 570 p., spéc. p. 9 et s., n° 1, POUILLET E., *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et de la contrefaçon*, éd. Marchal et Billard, Paris, 1899, 4^e éd.

signifie tout à la fois l'action et le résultat de l'action. Malgré l'absence de définition légale de la notion⁷⁹⁶, une chose est certaine ; l'invention est une création intellectuelle. Dans sa thèse consacrée à cette notion, Monsieur Dominique BURNIER avait, à juste titre, précisé que « *l'invention n'est pas l'acte psychologique (ou processus mental) qui donne naissance à une nouvelle connaissance, mais l'objectivation de cet acte, à savoir le résultat final de l'activité intellectuelle, la connaissance technique telle qu'elle se manifeste dans la réalité extérieure. L'invention se trouve dans la solution, formulée sous forme de règle, apportée à un problème technique* »⁷⁹⁷. Quant au Professeur Michel VIVANT, ce dernier propose une définition large de l'invention comme « *processus intellectuel quel qu'il soit permet[tant] d'aboutir à une innovation prenant appui sur des connaissances issues des sciences dures, éventuellement quelle que soit la nature de l'effet produit* »⁷⁹⁸.

Deux grandes conceptions de l'invention peuvent être relevées. La première conception est dite « traditionnelle » en ce que l'invention correspond à toute « *innovation prenant appui sur des connaissances issues des sciences dures se traduisant par un effet matériel emportant une transformation de la nature* »⁷⁹⁹. L'autre, plus large, conduit à considérer l'invention comme toute « *innovation prenant appui sur des connaissances issues des sciences dures, quelle que soit la nature de l'effet produit* »⁸⁰⁰. Nous estimons que la seconde approche se révèle plus propice à l'appréhension des données numériques et cela, en raison de l'absence de transformation de la nature.

Cette absence de définition légale de la notion d'invention pourrait s'expliquer par le fait qu'il s'agit, en réalité, du « *produit* » de pratiques et de compréhensions sociales⁸⁰¹. Cela contraste avec l'importance que recèle cette notion. Il s'agit, effectivement, d'une notion absolument cruciale⁸⁰² en ce qu'elle consiste en l'objet même du droit de brevet. En effet, cette notion constitue « *le point d'achoppement dans la détermination du domaine de la brevetabilité* »⁸⁰³. Des auteurs estiment même qu'elle est une condition autonome de la

796 VAVER D., *The notion of invention in the Law of Patents : Today and Tomorrow*, International Journal of Law and Information Technology, September 2003 pour qui le concept d'invention n'est pas « *self-defining* ».

797 BURNIER D., *La notion d'invention en droit européen des brevets*, thèse Lausanne, 1980, p. 36

798 VIVANT M. (sous-dir.), *op. cit.*, p. 74

799 *Ibid.*, p. 95, n° 69

800 *Ibid.*, p. 95, n° 69

801 VIVANT M. (sous-dir.), *op. cit.*, p. 22, n° 10

802 ROUBIER P., *Le droit de la propriété industrielle*, Dalloz-Sirey, 1954, tome II, p. 149 ; BURNIER D., *op. cit.*, p. 36

803 SCHMIDT-SZALEWSKI J., *op. cit.*, p. 243

brevetabilité⁸⁰⁴. Le problème réside dans le fait que tout peut être dit invention⁸⁰⁵ ; « *Anything under the sun that is made by man is patentable* »⁸⁰⁶. Toujours est-il que seule est prévue une liste non exhaustive de créations qui ne sont pas considérées comme des inventions⁸⁰⁷. En somme, le Législateur use ici d'une fiction légale pour exclure certaines créations du domaine du brevet⁸⁰⁸. De cette énumération, deux catégories d'exclusions s'observent. La première est qualifiée d'exogène « *à la logique de la notion d'invention* »⁸⁰⁹ puisque ces exclusions suivent des considérations de politiques législatives ou d'opportunité. La seconde catégorie est endogène à la notion d'invention et correspond à une « *liste (non exhaustive et d'interprétation restrictive) de prestations qui sont peut-être neuves et inventives, mais qui ne manifestent pas le caractère industriel requis* »⁸¹⁰. Ces exclusions sont essentiellement dictées par l'absence de caractère concret des créations⁸¹¹. Cela conduit à exclure les créations intellectuelles abstraites, s'adressant à l'intelligence humaine⁸¹². De surcroît, l'énumération de l'article 52 (2) de la Convention de Munich et de son pendant français, l'article L. 611-10 du Code de la propriété intellectuelle, permettent, par induction, de circonscrire le domaine de l'invention brevetable.

804 V. en ce sens : CHAVANNE A. et BURST J.-J., *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, Paris, 4^e éd., 1993, p. 61-62, n° 61 ; SCHMIDT-SZALEWSKI J. et PIERRE J.-L., *Droit de la propriété industrielle*, Litec, Paris, mars 1996, spéc. p. 38 ; RAYNARD J., PY E., et TRÉFIGNY, *Droit de la propriété industrielle*, LexisNexis, Paris, avril 2016, p. 30 et s. n° 44 et s. – *Contra*, v. FOYER J. et VIVANT M., *Le droit des brevets*, Presses Universitaires de France, Paris, coll. Thémis, mai 1991, p. 118 ; AZÉMA J. et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, Paris, coll. Précis, septembre 2017, 8^e éd., p. 146 : pour qui, une telle approche n'est guère logique dans la mesure où elle conduit à la confusion entre l'objet du droit et ses propriétés ; DROSS W., *op. cit.*, p. 811, n° 442-1 – VIVANT M., *La brevetabilité des programmes d'ordinateur : faux problème juridique ? Vrai problème social*, Prop. intell., janvier 2003, n° 6, p. 35

805 FOYER J. et VIVANT M., *op. cit.*, p. 112 – Le terme d'invention est polysémique. L'Académie française définit, en effet, l'invention comme le « *fait de trouver, par hasard ou par recherche, un objet caché ou perdu* » mais également comme l'« *action d'inventer [et le] résultat de cette action* » (Académie française, *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd.).

806 United States Supreme Court, DIAMOND v. CHAKRABARTY, 1980, n° 79-136

807 Art. L. 611-10, al. 2 du CPI et 52, 2) de la CBE

808 VIVANT M. (sous-dir.), *Protéger les inventions de demain. Biotechnologies, logiciels et méthodes d'affaires*, La Documentation française, Paris, coll. Propriété intellectuelle. 7 juillet 2003, p. 32

809 BUYDENS M., *La protection de la quasi-crédation*, Larcier, Bruxelles, 1993, p. 330

810 *Ibid.*, p. 313

811 V. en ce sens : OEB, CRT 3.5.01, 5 octobre 1988, aff. T 0022/85, *Résumé et recherche de documents*, pt 2 : la chambre de recours techniques a précisé qu'« *en vertu de l'article 52(2) CBE, certains objets ou certaines activités ne sont pas considérés comme des inventions au sens du paragraphe 1 de ce même article.[...]. Tout différents qu'ils soient, ces exemples ont tous en commun de se référer à des activités qui ne visent pas à obtenir directement un effet technique, mais qui ont plutôt un caractère abstrait et intellectuel* » – V. ég. en ce sens : SCHMIDT-SZALEWSKI J. et PIERRE J.-L., *op. cit.*, p. 38, n° 73 ; ROUBIER P., *Le droit de la propriété industrielle – Tome 2*, Sirey, 1954, p. 85 pour qui l'invention doit se traduire par un « *résultat tangible* » pour l'industrie – *Contra* v. VIVANT M. (sous-dir.), *op. cit.*, p. 33 : pour qui, il serait difficile de déceler une cohérence dans la liste de l'article L. 611-10 du CPI.

812 Cass. com. 31 mars 1954, Ann. propr. indr., 1954, p. 266 – Les Allemands usent de la notion d'« *indications à l'esprit humain* » (traduction littérale de *Anweisungen an den menschlichen Geist*) dans le cadre de l'exclusion des plans, principes et méthodes (BUYDENS M., *op. cit.*, p. 337).

96. **L'invention, une solution technique à un problème technique** – L'invention est une notion somme toute complexe. Cependant, tant la doctrine que la jurisprudence s'accordent toutes les deux à considérer que l'innovation, la création, pour être considérée comme invention, doit présenter un caractère technique. Autrement dit, l'invention est une solution technique à un problème technique⁸¹³. L'Office européen des brevets a fait sienne cette formule doctrinale. Il estime, en effet, que « *toute invention doit avoir un caractère technique : elle doit apporter une solution technique à un problème technique* »⁸¹⁴. Une telle position donne alors à penser qu'il existe une condition autonome tenant au caractère technique de l'invention dont l'examen est préalable à celui des trois autres conditions de brevetabilité⁸¹⁵.

Ainsi « *qui dit invention, dit technique* »⁸¹⁶. Cette exigence implicite⁸¹⁷ de technicité, née en Allemagne au XIX^e siècle, permet, alors, de départir les créations relevant de la sphère du brevet des autres qui en sont exclues. La technique devient, de ce fait, la pierre angulaire⁸¹⁸ de la protection par le brevet. Elle est consubstantielle à la notion d'invention. En d'autres termes, il s'agit d'une condition *sine qua non* pour qu'une invention puisse prétendre à une protection par brevet⁸¹⁹. Pour le Professeur Philippe GAUDRAT, « *c'est le défaut de caractère technique du problème qui écarte la solution apportée, fût-elle technique, de la catégorie des inventions* »⁸²⁰. Ainsi, par exemple, dans sa décision en date du 12 septembre 1995⁸²¹, une

813 MOUSSERON J.-M., *Traité des brevets*, Litec, Paris, 1984, p. 131, pt 54 ; V. ég. POLLAUD-DULLIAN, *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien, 1999, p. 78, n° 142 ; DE VISSCHER, *Quelques repères majeurs de l'évolution de la législation et de la jurisprudence (belge et européenne)*, rapport présenté lors de la Commission de Droit et Vie des Affaires de la Faculté de Droit de l'Université de Liège, 11 octobre 2001, 81 p.

814 OEB, DO, 8 décembre 1994, aff. *Howard Florey Institue*, JO OEB, 1995, 388 – V. ég. OEB CRT 3.5.1., 8 septembre 2000, aff. T 931/95, JO OEB, octobre 2001, p. 441 : dans cette décision, la chambre de recours techniques a considéré que « *l'existence d'un caractère technique est une condition implicite de la CBE, à laquelle une invention doit satisfaire pour être une invention au sens de l'article 52(1) CBE* ».

815 OEB, CRT 3.5.01, 5 octobre 1988, aff. T 0022/85, Résumé et recherche de documents, pt. 4 : « *dans le système prévu par de la CBE, une invention doit présenter des caractéristiques techniques, lesquelles doivent être mentionnées dans la (les) revendication(s) de la demande de brevet européen (au moins dans la partie caractérisante)* ». – V. pour une critique de l'exigence de technicité de l'invention : BAKELS R. B., *Should Only Technical Inventions Be Patentable, Following the European Example ?*, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, Fall 2008, vol. 7, n° 1, p. 50-62

816 PITOIS T. et VIVANT M., *La technique au cœur du brevet : un concept social évolutif*, *Droit et Société*, 1996, n° 32, p. 119

817 Directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets, mars 2024, Partie G, ch. 1 ; OEB, *La jurisprudence des Chambres de recours*, juillet 2022, 10^e éd., I.A.3 – V. ég. OEB, CRT 3.5.01, 8 septembre 2000, aff. T 0931/95, *Controlling pension benefits system/PBS Partnership*, pt 6 : « *Having technical character is an implicit requirement of the EPC to be met by an invention in order to be an invention within the meaning of Article 52(1)EPC* ».

818 PIATTI M.-C., *Commerce électronique et propriétés intellectuelles*, *La Revue du Notariat*, décembre 2004, vol. 106, n° 3, p. 589

819 OEB, *La jurisprudence des Chambres de recours*, juillet 2022, 10^e éd., I.A.3

820 GAUDRAT P., *L'invention informatique : un débat difficile et contourné*, *RTD Com.*, 2005, p. 323 et s., spéc. n° 34

821 OEB, CRT 3.3.01, 12 septembre 1995, aff. T 0939/92, *Triazoles*, pt. 2.5.1

chambre de recours techniques de l'OEB a estimé qu'il n'était pas possible de considérer les composés revendiqués comme une invention technique, s'ils n'ont pas la moindre propriété utile du point de vue technique.

97. **La frontière floue entre technique et non technique** – Reste que le problème se déplace puisque le terme « technique » n'est pas en lui-même porteur de sens précis⁸²² ; il se relève « sans valeur discriminante »⁸²³. Tout peut être considéré comme technique. Nous pouvons ici faire référence aux propos de l'historien académicien BRAUDEL pour qui « *Tout est technique depuis toujours, l'effort violent, mais aussi l'effort patient et monotone des hommes, modelant une pierre, un morceau de bois ou de fer pour faire un outil ou une arme* »⁸²⁴. Ne parlons-nous pas, en effet, couramment de la technique du Droit⁸²⁵ ? Mais toute technique n'est pas *de facto* une technique brevetable. Cela nous conduit donc à nous interroger sur la notion de caractère technique. Que recouvre réellement ce terme « technique » ?⁸²⁶ Suivant le sens commun, la technique est ce « *qui appartient à un domaine particulier, à l'exclusion des domaines abstraits et théoriques de la connaissance et qui concerne la maîtrise pragmatique du monde par l'homme* »⁸²⁷. Dès lors, la technicité implique l'exigence d'une transformation de la Nature⁸²⁸. Néanmoins, en droit, la réponse reste ardue d'autant plus qu'une tendance récente conduit « *à mollir et à prétendre que pourraient être techniques des activités en réalité non technique* »⁸²⁹.

Le Professeur William DROSS estime que la technique naît de « *la conjugaison de la science (la connaissance des choses) et de l'industrie (le travail)* »⁸³⁰. En cela, la technique correspond avant tout à une notion empirique. Afin de ne pas ralentir l'innovation, ce concept

822 VIVANT M. (sous-dir.), *op. cit.*, p. 56, n° 43

823 VIVANT M., *La brevetabilité des programmes d'ordinateur : faux problème juridique ? Vrai problème social*, Prop. intell., janvier 2003, n° 6, p. 35

824 BRAUDEL F., *La dynamique du capitalisme*, Flammarion, Paris, 1988, p. 19

825 VIVANT M., *op. cit.* : l'auteur indique, à juste titre, que nous parlons couramment « *de technique de danse, de technique sportive ou de technique du droit !* ».

826 Pour l'étude de l'évolution de la notion technique, v. notamment PITOIS T. et VIVANT M., *op. cit.*, p. 117-130

827 *Le Grand Robert de la langue française*, tome 9, 2^e éd. 1996 – définition citée par DHENNE M., *La notion de caractère technique en droit des brevets*, Prop. intel. Juillet 2015, n° 56, p. 254

828 V. en ce sens : OEB, gr. ch., 9 décembre 2010, aff. G 0002/07, *Broccoli/Plant Bioscience*, pt.6.4.2.1 faisant référence à la définition du terme « invention » par le *Bundesgerichtshof*. la Cour fédérale de justice estime que « *l'enseignement technique a été qualifié d'enseignement pour utiliser méthodiquement des forces naturelles contrôlables pour atteindre un résultat causal et perceptible* ».

829 SCHEUCHZER A., *L'invention brevetable en 2002, en particulier les logiciels, les méthodes commerciales et les inventions génétiques*, CEDIDAC, Lausanne, 2002 ; passage cité dans VIVANT M. (sous-dir.), *Protéger les inventions de demain. Biotechnologies, logiciels et méthodes d'affaires*, La Documentation française, Paris, coll. Propriété intellectuelle. 7 juillet 2003, p. 57, n° 44 – V. ég. VIVANT M., *La brevetabilité des programmes d'ordinateur : faux problème juridique ? Vrai problème social*, Prop. intell., janvier 2003, n° 6, p. 34 : pour qui, l'OEB « *discerne de la technicité là où on ne l'attendait guère* ».

830 DROSS W., *op. cit.*, p. 811, n° 443-2

de technicité doit rester ouvert. Il s'agit alors d'un « *concept social évolutif* »⁸³¹. Partant, comme le reconnaît l'Office européen des brevets, il n'est pas possible de dresser une liste exhaustive des critères de technicité⁸³². Toujours est-il que le concept « technique » est large puisqu'il inclut non seulement des objets physiques, mais également des moyens techniques dans un domaine non technique⁸³³. Bien que large, ce concept ne se réduit pas au critère d'utilité à la différence d'autres systèmes juridiques tels que dans les pays anglo-saxons⁸³⁴.

Dans un tel contexte, la délimitation entre les caractéristiques techniques et non techniques des inventions liées notamment aux données et à leur traitement reste alors une question délicate dans la pratique. Ainsi, par exemple, les interfaces utilisateur graphiques soulèvent la question de savoir si les phénomènes de perception et d'évaluation humains apportent une contribution technique ou s'ils doivent être systématiquement exclus de la protection par brevet en tant que simple représentation d'informations ou en tant que simple méthode intellectuelle⁸³⁵. Comme le Professeur Michel VIVANT a pu le soutenir pour la brevetabilité des programmes d'ordinateur, cette distinction entre technique et non technique relève plus, en réalité, d'un choix politique⁸³⁶. Dans notre matière, nous serons essentiellement en présence d'inventions dites « mixtes », c'est-à-dire d'inventions comprenant à la fois des éléments techniques et des éléments non techniques⁸³⁷. Néanmoins, pour déterminer si nous sommes en présence d'une invention au sens du droit des brevets, il convient de l'analyser dans son ensemble⁸³⁸.

831 PITOIS T. et VIVANT M., *op. cit.*

832 OEB, gr. ch., 10 mars 2021, aff. G 1/19, JO OEB 2021, A77, pt 76 – v. ég. PITOIS T. et VIVANT M., *op. cit.*, p. 129 : pour ces auteurs, la notion de technique ne peut être définie de manière définitive. Il n'y a de définition de la technique que pour un temps, un lieu, pour « *une certaine compréhension des choses et de l'univers* ».

833 V. en ce sens : OEB, CRT 3.5.01, 21 avril 2004, aff. T 0258/03, *Méthode d'enchères/Hitachi*, pt. 4.5

834 OEB, *La jurisprudence des Chambres de recours*, juillet 2022, 10^e éd., I.A.3 : il est précisé que « *les considérations relatives aux aspects utiles et pratiques ne sauraient remplacer l'exigence de caractère technique inhérente à la CBE, ni servir de critères équivalents* » ; V. ég. OEB, CRT 3.5.02, 22 mars 2006, aff. T 0388/04, *Objet postal non distribuable/Pitney Bowes*, pt 4 – À la différence de l'Union européenne, aux États-Unis d'Amérique, les brevets peuvent être délivrés pour des inventions nouvelles et utiles (v. 35 U.S. Code § 101 – *Inventions patentable*) sans qu'il y ait lieu de caractériser la technicité de l'invention en cause.

835 Art. L. 611-10, 2, d) et c) du CPI

836 VIVANT M., *op. cit.*, p. 36

837 OEB, CRT 3.5.01, 26 septembre 2002, aff. T 0641/00, *Deux identités/Comvik*, pt 7

838 OEB, CRT 3.4.01, 21 mai 1987, aff. T 0026/86, *Équipement radiologique*, pt 3.4. : la chambre de recours techniques précise que « *si l'invention utilise à la fois des moyens techniques et des moyens non techniques, la mise en œuvre de moyens non techniques n'ôte pas son caractère technique à l'enseignement considéré globalement* ». Ce faisant, l'Office européen écarte la théorie dite « du moyen essentiel » qui conduisait à opérer une pondération entre les éléments techniques et les éléments non techniques (MACREZ F., *L'invention brevetable dans la pratique de l'Office européen des brevets*, in *La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle en Europe* (sous-dir. Christophe Geiger), LexisNexis, Paris, CEIPI Université de Strasbourg, 2013, p. 91)

Finalement, une invention implique soit l'existence d'un « *effet technique* » soit la présence de « *considérations techniques* »⁸³⁹. Cette exigence de technicité risque, toutefois, d'exclure certaines innovations contemporaines du domaine du brevet et cela, en raison de leur caractère abstrait. Cependant, aucun domaine technologique ne devrait être exclu de la protection par le brevet. Partant, il a été proposé « *soit d'admettre la brevetabilité de solutions non techniques à des problèmes techniques, soit de solutions techniques à des problèmes non techniques* »⁸⁴⁰. Cette approche permet notamment d'inclure, dans le domaine du brevet, les innovations utiles pour l'économie « communicationnelle »⁸⁴¹.

98. L'actif inventif impliquant une personne physique – L'intervention humaine résidant dans l'acte inventif est l'un des critères de qualification de l'invention. Dès lors, seule la personne physique peut être qualifiée d'inventeur. L'Office européen des brevets ne dit pas autre chose lorsqu'il a refusé le 24 août 2022 de délivrer deux brevets européens pour des demandes de brevet⁸⁴² pour lesquelles était désignée comme inventeur, une intelligence artificielle dénommée *DABUS*⁸⁴³. En d'autres termes, aucun brevet sur des données numériques ou des structures de données numériques ne sera délivré lorsque, dans la demande de brevet, est indiquée comme inventeur, une intelligence artificielle. Une telle position a pour conséquence de limiter la possibilité de breveter des créations issues de l'intelligence artificielle. La demande de brevet doit comprendre la désignation de l'inventeur⁸⁴⁴. Bien que le défaut de cette mention soit susceptible d'entraîner le rejet de la demande de brevet, ni l'Office européen, ni l'INPI n'en contrôlent l'exactitude⁸⁴⁵. Ainsi, afin d'éviter le rejet de sa demande de brevet pour des créations issues de l'intelligence artificielle, le déposant pourra désigner comme inventeur une personne physique telle que le représentant légal de la société déposante. Par ailleurs, il ressort de la jurisprudence que le demandeur ne pourra se voir ni

839 V. en ce sens : MACREZ F., *op. cit.*, p. 88

840 VIVANT M. (sous-dir.), *Protéger les inventions de demain. Biotechnologies, logiciels et méthodes d'affaires*, La Documentation française, Paris, coll. Propriété intellectuelle. 7 juillet 2003, p. 63, n° 48

841 VIVANT M., *op. cit.*, p. 36

842 Demandes EP 18 275 163, concernant un récipient alimentaire et EP 18 275 174, relative à des dispositifs et procédés pour attirer une attention accrue.

843 La même position se retrouve dans la décision de la *Commission for Patents* de l'*United States Patent and Trademark Office* du 22 avril 2020, de l'*Intellectual Property Office of New Zealand* du 31 janvier 2022 (Intellectual Property Office of New Zealand, *Stephen L. Thaler [2022] NZIPOPAT 2*, 31 January 2022,) ou encore dans celle du 20 décembre 2023 de la Cour suprême du Royaume-Uni (The Supreme Court, 20 december 2023, *Thaler (Appellant) v Comptroller-General of Patents, Designs and Trade Marks (Respondent)*, [2023] UKSC 49, Case ID : 2021/0201)

844 Art. 81 de la CBE ; art. L. 611-9 du CPI

845 Règle 19 et 60 du Règlement d'exécution de la Convention sur la délivrance de brevets européens ; art. R. 611-15 et R. 612-45 du CPI

refuser la délivrance du brevet ni subir une action en annulation pour fausse déclaration tenant à la désignation de l'inventeur⁸⁴⁶.

99. **Conclusion** – Bien que la distinction entre invention et découverte semble réduite, il reste qu'il sera, toutefois, difficile de voir dans une donnée numérique une invention au sens du droit des brevets et cela, faute de présenter la technicité requise. En effet, sur le plan syntaxique, la simple définition d'une information de manière binaire ou en caractères alphanumériques n'a rien de technique, étant donné que les concepts intellectuels nécessaires à cet effet constituent plutôt un effort créatif qu'un effort technique. L'Office européen des brevets a déjà considéré que la définition et la mise à disposition d'un langage de programmation ne contribuent pas en soi à la résolution d'un problème technique, même si le choix des moyens d'expression du langage de programmation sert à réduire l'effort mental du programmeur⁸⁴⁷. Ainsi, dans la décision *Kock*, une chambre de recours techniques de l'OEB a estimé, concernant la conversion de grandeurs mathématiques en signaux électriques, comme ne correspondant « *qu'à une reproduction d'informations* » et a ajouté que « *les signaux électriques en soi ne [pouvaient] pas être considérés comme un effet technique* »⁸⁴⁸. À l'inverse, les structures ou formats de données mis en œuvre sur un support présentent un caractère technique « *s'ils sont axés sur une utilisation technique et s'ils produisent un effet technique lorsqu'ils sont utilisés conformément à l'utilisation technique ainsi envisagée* »⁸⁴⁹. Partant, selon une approche sémiotique, rien ne semble exclure les données numériques dites structurales de la notion d'invention dès lors qu'elle résulte d'un processus intellectuel et qu'elle recèle une fonction technique. Néanmoins, pour bénéficier de la protection au titre du brevet, il faut réunir les trois conditions de brevetabilité énoncées à l'article L. 611-10, alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle : la nouveauté, l'activité inventive et l'application industrielle. En outre, s'y ajoute une « quatrième condition »⁸⁵⁰, celle de la non-appartenance de l'invention à un des cas d'exclusion de brevetabilité prévus par le Législateur. Mais l'introduction de la donnée numérique dans le domaine de la brevetabilité ne conduit-elle pas au « *risque de devoir « manipuler » les conditions traditionnelles de brevetabilité* »⁸⁵¹ ?

846 Cass. com., 8 octobre 2002, n° 00-15.686

847 OEB, CRT 3.5.06, 18 juillet 2013, aff. T 1539/09, *Programmier-system/Renner*, spéc. pt 4 et 4.2 – V. ég. Directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets, mars 2024, Partie G, ch. II, 3.6.2

848 OEB, CRT 3.4.01, 21 mai 1987, aff. T 0026/86, *Équipement radiologique*, pt. 3.3

849 Directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets, mars 2024, Partie G, ch. II, 3.6.3.

850 BUYDENS M., *op. cit.*, p. 313

851 REMICHE B., *Brevetabilité et innovation contemporaine : quelques réflexions sur les tendances actuelles du droit des brevets*, Louvain, 2002, passage cité dans VIVANT M. (sous-dir.), *op. cit.*, note de bas de page n° 321, p. 83

Le numérique ainsi que l'internet fonctionnent sur la base de logiciels permettant le traitement de l'information et des données. Dès lors, la question de la réservation des données numériques par le brevet implique de s'interroger sur le rapport qu'entretiennent les données avec les logiciels et les représentations d'informations puisque ces deux éléments sont exclus expressément du domaine de la brevetabilité.

II. La donnée numérique face aux exclusions à la brevetabilité

100. Ni le Code de propriété intellectuelle ni la Convention sur le brevet européen ne contiennent de dispositions tenant directement à la donnée numérique. Néanmoins, nous pouvons rapprocher la donnée de plusieurs notions existantes dans la législation sur le brevet. Ainsi, il est possible de joindre la situation de la donnée à celle des programmes d'ordinateur. En effet, des systèmes de gestion de bases de données peuvent être mis en œuvre par ordinateur pour exécuter les tâches techniques consistant à stocker et à rechercher des données à l'aide de diverses structures de données aux fins d'une gestion efficace des données (A). De même, il est envisageable de lier la notion de donnée à celle d'information (B).

Or, à la différence du droit américain⁸⁵², le système européen comporte de nombreuses exclusions dont celle tenant aux programmes d'ordinateur et celle sur la présentation d'informations. Ces exclusions écartent-elles toute possibilité de protection par le brevet des données numériques ? Cette question se pose d'autant plus qu'à la suite de la liste d'exclusion, le Législateur prévoit un « tempérament ». En effet, tant l'article L. 611-10, 3, du Code de la propriété intellectuelle que l'article 52 (3) de la Convention sur le brevet européen prévoient que ces exclusions ne visent que les éléments énumérés en tant que tels.

⁸⁵² Les seules exclusions que la Cour suprême énonce sont les lois naturelles, les phénomènes naturels et les idées abstraites. – V. POLLAUD-DULIAN F., *Regard transatlantique sur l'invention et l'activité inventive*, in *Droits de propriété Liber amicorum George Bonet*, Paris, LexisNexis, coll. IRPI, juillet 2010, p. 431-445

A. Programmes d'ordinateur et données numériques

101. Le Professeur Adolf DIETZ voyait dans le logiciel un cheval de Troie qui ferait imploser la propriété intellectuelle⁸⁵³. Bien au contraire, le logiciel a suscité chez les praticiens, les juges, les autorités administratives une réflexion intense sur la question de sa brevetabilité sans pourtant faire « imploser » la propriété intellectuelle.

Suivant les directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets, « *une invention mise en œuvre par ordinateur (IMO) est une invention qui implique l'utilisation d'un ordinateur, d'un réseau informatique ou d'un autre appareil programmable et dont une ou plusieurs caractéristiques sont réalisées totalement ou en partie par un programme d'ordinateur* »⁸⁵⁴. Parmi ce type d'inventions, nous retrouverons celles qui usent des données numériques voire qui en créent comme des capteurs, l'internet des objets, des logiciels permettant de structurer des données, des systèmes de gestion de bases de données.

1. À la recherche d'une définition de la notion de logiciel

102. **L'absence de définition de la notion de programme d'ordinateur** – En droit français, les termes « programme d'ordinateur » et « logiciel » sont considérés comme équivalents⁸⁵⁵. Toujours est-il qu'il n'existe pas de définition légale de ces notions et cela, malgré leur importance économique et juridique. Seul un arrêté du 22 décembre 1981 vient définir le logiciel comme un « *ensemble des programmes, procédés et règles, et éventuellement de la documentation, relatifs au fonctionnement d'un ensemble de traitement de données* »⁸⁵⁶. Le logiciel présente donc deux facettes : une première dimension « écriture » et une seconde « fonctionnelle »⁸⁵⁷. Cette définition a, désormais, plus de quarante ans. Or, nous ne pouvons ignorer que le monde informatique a évolué fortement ces dix dernières années, ne serait-ce qu'avec l'émergence de l'intelligence artificielle. Aussi, est-il raisonnable

853 DIETZ A., *Copyright protection for computer programs : Trojan horse or stimulus for the future copyright system*, UFITA 1985, vol. 110, p. 57

854 Directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets, mars 2024, Index relatif aux inventions mises en œuvre par ordinateur

855 Néanmoins, sur le plan sémantique, le logiciel est une notion plus large que celle de programme d'ordinateur en ce qu'elle inclut d'autres éléments tels que la documentation auxiliaire. À l'inverse, le programme d'ordinateur correspond uniquement à l'ensemble des instructions destinées à la machine. V. en ce sens : VIVANT M. (sous-dir.), *op. cit.*, p. 16-17, n° 6.1

856 Arrêté du 22 décembre 1981 sur l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique, JORF du 17 janvier 1982, p. 624

857 VIVANT M. (sous-dir.), *op. cit.*, p. 93

de se demander si la définition de l'arrêté de 1981 permet toujours d'appréhender au mieux les logiciels du XXI^e siècle. Face à ces mutations, la doctrine a proposé d'actualiser cette définition. Le Professeur Christophe CARON invite, ainsi, à définir le logiciel comme « *tout programme informatique, généralement évolutif qui, sous quelque forme que ce soit et quel qu'en soit le mode de distribution, est composé d'éléments tels que des codes, des données, des algorithmes, et des instructions, des procédés et des règles afin de permettre le fonctionnement de tout traitement de l'information [...]* »⁸⁵⁸.

103. **La relation des logiciels avec les données numériques** – L'information codée reste immatérielle. Celle-ci n'est donc pas perceptible pour l'utilisateur humain, mais représente tout au plus un état de tension électrique. La donnée correspondant à l'information codée ne sera uniquement accessible à l'humain que par le biais d'un traitement de données, un ordinateur. De même, sans le codage, les informations ne sont pas compréhensibles, lisibles pour le système de traitement des données. Ainsi, il existe une certaine interaction fonctionnelle entre les niveaux sémantique, syntaxique et structurel des données. En effet, la donnée au niveau syntaxique constitue, dans notre configuration, le lien entre le niveau sémantique de l'information et le niveau structurel du support de données. Nous pouvons citer à titre d'exemple, l'utilisation d'applications du GPS qui combinent des données de positions avec des données de parcours et de cartographique pour fournir des informations au conducteur sur son trajet.

De prime abord, nous constatons que les données peuvent, en combinaison avec les instructions algorithmiques correspondantes, permettre à l'ordinateur d'exécuter certaines fonctions de calcul et de contrôle⁸⁵⁹. Les données peuvent donc, tout comme les programmes, contenir des informations nécessaires à diverses fonctions, tâches ou résolutions de problèmes. L'aptitude inhérente aux données à commander certaines fonctions justifie, par conséquent, que la notion de donnée soit associée à celle de logiciels.

Nous avons procédé à une taxinomie fondée sur une approche sémiotique des notions d'information et de donnée. Celle-ci nous permet ainsi de souligner la relation existante entre les informations, les données et les logiciels. Suivant une telle approche, les logiciels correspondent, au niveau syntaxique, à des données. En effet, les logiciels peuvent être traités comme des données pures dans la mesure où ils sont présents sous forme binaire sans

858 CARON C., *Pour une définition large et contemporaine du logiciel*, Comm. com. électr., janvier 2019, étude

1
859 À côté de ce type de données numériques, il existe des données ne matérialisant uniquement de l'information purement mentale. Il s'agit de messages qui s'adressent exclusivement à l'esprit humain ou à la capacité de compréhension humaine, indépendamment de la manière dont la communication est effectuée.

provoquer eux-mêmes la commande de l'ordinateur. Dans cette hypothèse, ces logiciels servent uniquement à fournir des informations d'ordre et de quantité en tant qu'objet de référence du traitement des données. Finalement, au plan syntaxique, il existe indéniablement une relation fonctionnelle entre les programmes d'ordinateur et les données. Au niveau structurel, cette fois-ci, le logiciel en tant qu'équipement de traitement de données équivaut au support de données.

Au total, en raison de leur comparabilité fonctionnelle avec les logiciels, les données numériques peuvent être considérées comme une sous-catégorie de logiciels.

2. L'exclusion des logiciels de la brevetabilité

a. Une exclusion du logiciel en tant que tel

104. **La question de la brevetabilité des programmes d'ordinateur** – La question de la brevetabilité des logiciels s'est rapidement posée avec l'émergence de l'informatique à partir des années 1970⁸⁶⁰. Elle a « agité »⁸⁶¹ le droit de l'informatique et le débat est « *loin d'être clos* »⁸⁶². En raison de la nature ambivalente du logiciel, est apparue une hésitation sur les moyens de protection de ce nouveau bien informationnel entre le droit d'auteur, le droit des brevets et un droit *sui generis*.

Au niveau international, l'Accord sur les ADPIC reste muet sur l'exclusion des programmes d'ordinateur du domaine de la brevetabilité. Certes, l'article de 10 de l'Accord sur les ADPIC prévoit la protection des programmes d'ordinateur par le droit d'auteur. Cela ne signifie pas, pourtant, que cette disposition entend écarter la possibilité de breveter un programme d'ordinateur⁸⁶³. De plus, son article 27 ne peut être interprété comme un obstacle à la protection des logiciels par le brevet⁸⁶⁴. Néanmoins, par une « *qualification autoritaire du*

860 BERTRAND A., *La brevetabilité des programmes d'ordinateurs au regard des textes, de la jurisprudence et de la pratique en France et à l'étranger*, Expertises, 1983, n°55, p. 203 et s. ; DUSOLLIER S., *Protection des programmes d'ordinateur*, in Répertoire notarial, t. II – Les biens, Livre V, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 366-384

861 VIVANT M., *La brevetabilité des programmes d'ordinateur : faux problème juridique ? Vrai problème social*, Prop. intell., janvier 2003, n° 6, p. 34 et s.

862 DOCQUIR B., *Le débat sur la brevetabilité des programmes d'ordinateur loin d'être clos...*, Revue du droit des technologies de l'information, 2010, n° 41, p. 65 et s.

863 *Ibid.*, p. 67

864 V. en ce sens : VIVANT M. (sous-dir.), *op. cit.*, p. 185 : pour qui, l'Accord sur les ADPIC adopte une « *position libérale* ».

« législateur » européen »⁸⁶⁵, le logiciel en tant que tel n'est pas considéré comme une invention en droit des brevets. En effet, suivant la définition classique, le logiciel regroupe « des codes, des données, des algorithmes, et des instructions ». En somme, le logiciel est une écriture. Or, l'écriture ne saurait en tant que telle relever du domaine de la brevetabilité mais plutôt du droit d'auteur⁸⁶⁶. En d'autres termes, cette exclusion se justifie par le caractère abstrait de l'invention. Cependant, elle s'explique également, et, avant tout, historiquement⁸⁶⁷ d'une part, par la difficulté pour les offices de brevets à procéder à une recherche d'antériorité et d'activité inventive pour les logiciels⁸⁶⁸ et d'autre part, par la durée de la protection offerte par le brevet qui a été jugée inadaptée pour ce type d'invention. Néanmoins, pour des auteurs, cette exclusion ne s'imposait pas en pure raison et relevait plutôt d'une décision politique⁸⁶⁹.

105. Une exclusion de la brevetabilité d'interprétation stricte – Il ressort, toutefois, de la rédaction même des dispositions de l'article L. 611-10 du Code de la propriété intellectuelle et de l'article 53 de la Convention de Munich que l'exclusion des logiciels ainsi prévue souffre de deux limites.

Premièrement, cette exclusion ne vaut uniquement que pour les demandes de brevet portant sur un logiciel en tant que tel⁸⁷⁰. Autrement dit, seuls les logiciels « *per se* » sont exclus de la brevetabilité. Ainsi, pourra être brevetable, une revendication ayant pour objet la résolution d'un problème technique, et cela, même si celle-ci est réalisée par l'utilisation d'un logiciel. Cela explique l'émergence du concept d'« *invention mise en œuvre par ordinateur* »⁸⁷¹. À plusieurs reprises, les chambres de recours techniques de l'OEB ont statué sur la question de la brevetabilité de ce type d'invention⁸⁷². Face à l'abondance des décisions

865 *Ibid.*, p. 56, n° 44 – V. ég. VIVANT M., *La brevetabilité des programmes d'ordinateur : faux problème juridique ? Vrai problème social*, Prop. intell., janvier 2003, n° 6, p. 34-35 – DROSS W., *op. cit.*, p. 808, n° 439-2 : l'auteur utilise même le terme de « *oukase* »

866 VIVANT M. (sous-dir.), *op. cit.*, p. 84, n° 62

867 V. pour l'historique de l'exclusion par le droit français et l'OEB des logiciels du champ de la brevetabilité : GALLOUX J.-C., *Brevets d'invention, logiciels : accélérateur ou freins à l'Internet ?*, in Commerce électronique et propriétés intellectuelles, actes du colloque IRPI du 7 novembre 2000, Litec, IRPI, Paris, 2001, p. 20

868 BERTRAND A. et DEROUSSEAU G., *Le projet de directive sur la brevetabilité des logiciels : la propriété industrielle doit-elle rester « industrielle » ?*, RDPI, 2000, p. 107

869 VIVANT M. (sous-dir.), *Le Lamy Droit du numérique*, Lamy Liaison, Saint-Ouen, juin 2023, éd. 2023, p. 97, n° 98

870 Au regard des articles 52 (2) et (3) de la CBE, la chambre de recours techniques a estimé qu'il ressortait de ces deux dispositions qu'il n'était pas dans les intentions du Législateur d'exclure de la brevetabilité tous les logiciels (OEB, CRT 3.5.01, 4 février 1999, aff. T 0935/97, *Computer program product II/IBM*)

871 MACREZ F., *Intelligence artificielle et brevetabilité*, in Données et technologies numériques (NEVEJANS N. (sous-dir.)), Mare and Martin, coll. Droit & Science Politique, 13 mai 2021

872 Face à la question de la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur, une proposition de directive sur ce sujet avait été élaborée (Proposition de directive du 20 février 2002 concernant la brevetabilité des inventions mise en œuvre par ordinateur, COM [2002] 92 final, JOCE 25 juin 2002, C 151 E, p. 129). Cependant, le 6 juillet 2005, le Parlement européen l'a rejetée. Ce rejet net de cette proposition a

des chambres de recours, la Présidente de l'OEB de l'époque, Madame Alison BRIMELow, avait saisi la Grande chambre de recours sur le fondement de l'article 112(1) de la CBE. Cette saisine avait été justifiée par l'existence de décisions divergentes des chambres de recours et par l'importance fondamentale que revêt la question de la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur. Dans le cadre de son avis G 3/08 du 12 mai 2010⁸⁷³, la Grande chambre des recours, qui peut être vue comme une « *instance régulatrice* »⁸⁷⁴, avait conclu à l'irrecevabilité de la demande au motif qu'il n'y avait pas de décisions divergentes mais simplement une évolution du droit.

Néanmoins, elle nous a offert une grille de lecture de la « jurisprudence »⁸⁷⁵ des différentes chambres de recours de l'Office. Suivant une interprétation littérale de l'exclusion, celle-ci ne joue pas lorsque la revendication porte sur un ensemble comportant des éléments techniques et des éléments non techniques comme le logiciel. En d'autres termes, si la Convention sur le brevet européen ne permet pas de protéger le logiciel en tant que tel, il reste possible de protéger, par le brevet, le procédé résultant de l'exécution d'un logiciel, ce procédé pouvant conduire à la création de données. Cependant, c'est à la condition que ce procédé mette en œuvre des moyens techniques. Nous pouvons analyser une telle approche comme une déclinaison de la théorie de l'incorporation. Selon cette théorie, « *l'incorporation d'un élément technique à une invention technique confère un caractère technique à cet élément* »⁸⁷⁶. En somme, il faut prendre en compte l'invention et la revendication dans son ensemble pour déterminer si l'objet en cause est exclu ou non du domaine de la brevetabilité. Cette interprétation littérale est celle adoptée par l'Office européen des brevets notamment dans l'affaire *Hatachi* du 21 avril 2004⁸⁷⁷ suivie implicitement par la Cour de cassation⁸⁷⁸. Ainsi, la décision *Hitachi* tend à admettre la technicité de l'invention pour toutes les inventions mises en œuvre par ordinateur, ne serait-ce que parce qu'une telle invention

été causé par une forte mobilisation de la communauté « *Open source* » (BREESE P., *Brevetabilité des logiciels : un débat d'experts aboutissant à la confrontation entre deux modèles politico-économiques*, RLDI, 2005, n° 1, p. 11 et s.)

873 OEB, gr. ch., 12 mai 2010, avis G 0003/08, *Programmes d'ordinateur*

874 MOUSSERON J.-M., *Traité des brevets*, Litec, Paris, 1984, n° 942

875 Nous utilisons le terme « jurisprudence » pour les chambres de recours techniques bien qu'elles ne peuvent être qualifiées de juridictions.

876 AIPPI France, *Brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur (France & OEB)*, p. 7, disponible [en ligne] : <https://www.aippi.fr/upload/2017Sydney/Rapports%20Groupe%20Francais/brevets-rapport.pdf> (consulté le 13 juillet 2024)

877 OEB, CRT 3.5.1, 21 avril 2004, aff. T 258/03, *Méthode d'enchères/Hitachi*, JOOEB 2004, p. 575, point 3.5.

878 Cass. com. 11 janvier 2023, n° 20-10.935 ; Cass. com., 11 janvier 2023, n° 19-19.567

nécessite l'utilisation d'un ordinateur, qui est un moyen technique⁸⁷⁹. Il semble, par là même, se dessiner une « *sorte d'exigence sur la visibilité de moyens techniques* »⁸⁸⁰.

Par conséquent, le fait de préciser que le procédé est mis en œuvre par un ordinateur suffit à lui attribuer un caractère technique. Dès lors, une simple rédaction astucieuse des revendications permettrait de « contourner » l'exclusion de la brevetabilité des logiciels. Autrement dit, la revendication doit obligatoirement mentionner des moyens techniques, faute de quoi l'invention sera exclue de la brevetabilité. C'est ce qu'a rappelé la Cour d'appel de Paris dans une décision du 16 décembre 2016. Les juges parisiens ont considéré comme nulles des revendications d'un brevet sur un logiciel destiné notamment à améliorer la recherche d'informations en soulignant que ni la description de l'invention, ni les figures ne précisaient d'élément technique relatif à une recherche associée⁸⁸¹.

Nous pouvons donc légitimement nous interroger sur l'intérêt de garder une telle exclusion en ce qu'il est possible de l'écarter par une rédaction habile des revendications. L'interprétation opérée par l'Office européen a pu, de ce fait, être vue comme une négation des dispositions⁸⁸². Ainsi, par exemple, n'a pas été exclu du domaine de la brevetabilité, un procédé pour commander automatiquement le volume des ventes de marchandises et/ou de services au moyen d'un système de traitement numérique. Ce procédé implique la saisie électronique des chiffres de vente actualisés et l'adéquation du prix de vente, prix qui était affiché électroniquement. Un tel objet revendiqué en l'espèce « *souffre de l'accumulation de deux tares originelles : l'informatique et le commerce* »⁸⁸³. Initialement, le *Deutsches Patent – und Markenamt*, l'Office allemand des brevets, avait refusé de délivrer un brevet pour ce type d'invention au motif que l'ordinateur était utilisé de manière normale et qu'il s'agissait uniquement de considérations purement économiques⁸⁸⁴. En effet, il est possible d'estimer

879 V. en ce sens : OEB, gr. ch., 12 mai 2010, avis G 0003/08, *Programmes d'ordinateur*, pt. 10.13 – Tel sera le cas si dans la revendication, il est fait mention d'un moyen technique comme l'usage d'un terminal de communication (Cass. com. 11 janvier 2023, n° 20-10.935).

880 BOURGEOIS H., et OBJOIS M., *La Cour de cassation se prononce sur la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur*, Dalloz IP/IT, 2023, p. 306 et s.

881 CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 16 décembre 2016, RG n° 2014/06444

882 LE STANC C., *Exclusions de brevetabilité ; règles relatives au logiciel*, JCl. Brevets, Fasc. 4220, 2016, n°78 ; V. ég. MACREZ F., *Créations informatiques : Bouleversement des droits de la propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, LexisNexis, Paris, août 2011, coll. CEIPI, p. 156, n° 174 pour qui, l'interprétation de l'Office européen est *contra legem*.

883 VIVANT M. (sous-dir.), *Protéger les inventions de demain. Biotechnologies, logiciels et méthodes d'affaires*, La Documentation française, Paris, coll. Propriété intellectuelle. 7 juillet 2003, p. 234

884 Nous pouvons rapprocher la position de l'Office allemand des brevets de celle qu'avait pu adopter l'Office européen des brevets dans l'affaire *Pension Benefit* (OEB, CRT 3.5.1, 8 septembre 2000, aff. T 931/95, *Controlling pension benefits system*, JOOEB, 2001, p. 441). Dans cette affaire, l'invention concernait une méthode de contrôle d'un programme de prestations de retraite. La requérante faisait référence aux moyens de traitement des données et de calcul définis dans la revendication de la méthode, en faisant valoir que l'utilisation de ces moyens conférait un caractère technique à la méthode revendiquée. Toutefois, la chambre des recours techniques a considéré que les différentes étapes définissant la méthode revendiquée se

qu'il s'agissait, en réalité, d'une simple méthode dans l'exercice d'activités intellectuelles exclue au titre de l'article 52 (2) de la Convention sur le brevet européen⁸⁸⁵. Le *Bundespatentgericht*, le Tribunal fédéral des brevets d'Allemagne, a, au contraire, et suivant la position de l'Office européen dans l'affaire *Hitachi*, admis le caractère technique du procédé revendiqué en raison de l'utilisation d'un ordinateur et du fait qu'il ne se limitait pas à une règle de gestion d'entreprise⁸⁸⁶. L'automatisme du procédé ne faisait aucunement intervenir la raison humaine et impliquait, par l'usage de moyen technique, une mise en œuvre de forces de la nature maîtrisables afin de résoudre un problème technique. Cela conduit à caractériser une technicité.

106. **L'exigence d'un effet technique supplémentaire** – Néanmoins, dans son avis G 3/08, la Grande chambre de l'OEB estime que « *même s'il est permis d'affirmer que toute programmation informatique implique des considérations techniques, puisqu'elle vise à définir une méthode pouvant être mise en œuvre par une machine, cela n'est pas en soi suffisant pour que le programme résultant de la programmation ait un caractère technique. Le programmeur doit s'être livré à des considérations techniques allant au-delà de la "simple" mise au point d'un algorithme informatique pour exécuter une procédure donnée* »⁸⁸⁷. En d'autres termes, il convient de caractériser un effet technique supplémentaire, c'est-à-dire un effet allant au-delà des interactions physiques « normales » entre programme (logiciel) et ordinateur (matériel)⁸⁸⁸. Il s'agit, toutefois, d'un critère flou « *à la fonction diacritique défaillante [qui] ne figure pas dans le texte de la Convention [de Munich]* »⁸⁸⁹. Par exemple, il a été considéré que la réduction de la charge cognitive de l'utilisateur d'un logiciel ne constituait pas en soi un effet technique⁸⁹⁰. Lors de la saisine de la Grande chambre de recours par la Présidente de l'Office européen de l'époque, l'une des questions posées était également de savoir si une caractéristique revendiquée devait produire un effet technique sur

limitaient à l'enseignement général de l'utilisation de moyens informatiques pour traiter ou fournir des informations de nature purement administrative, actuarielle et/ou financière, la finalité de chaque étape et de la méthode dans son ensemble étant purement économique. Elle a rappelé également que le fait d'utiliser des moyens techniques dans un but purement non technique et/ou pour traiter des informations purement non techniques ne confère pas nécessairement un caractère technique à chacune de ces étapes d'utilisation ou à la méthode dans son ensemble. La revendication en l'espèce a été exclue de la brevetabilité faute de caractère technique.

885 Disposition équivalente à celle allemande de la Section 1 de la *Patentgesetz* (PatG) ou encore à celle française de l'article L. 611-10, 2, c) du Code de la propriété intellectuelle

886 BPatG, 14 juin 1999, 20 W(pat) 8/99, *Absatzsteuerung Automatische* [1999] G.R.U.R. 1078

887 OEB, gr. ch., 12 mai 2010, avis G 0003/08, *Programmes d'ordinateur*, pt 13.5

888 OEB, *La jurisprudence des Chambres de recours*, juillet 2022, 10^e éd., I.D.9.2.3. – V. par ex. OEB, CRT 3.5.01, 1^{er} juillet 1998, aff. T 1173/97, *Produit programme d'ordinateur*

889 MACREZ F., *Intelligence artificielle et brevetabilité*, in Données et technologies numériques (NEVEJANS N. (sous-dir.)), Mare and Martin, coll. Droit & Science Politique, 13 mai 2021

890 OEB, CRT 3.5.06, 2 août 2012, aff. T 1741/08, *GUI layout/SAP*

une entité physique dans le monde réel pour contribuer au caractère technique de la revendication. Malheureusement, dans son avis G 3/08 précité, la Chambre chambre jugea la demande irrecevable et n'a pas répondu à cette interrogation. Néanmoins, elle a précisé que le « *problème posé par l'allégation de divergence réside dans l'affirmation selon laquelle les décisions T 163/85 et T 190/94 considèrent qu'un effet technique doit être produit sur une entité physique dans le monde réel, alors que cela n'est pas le cas. Elles ont simplement affirmé qu'un tel effet était suffisant pour échapper à l'exclusion de la brevetabilité ; elles n'ont pas déclaré qu'il était nécessaire* »⁸⁹¹. De cette précision, nous pouvons déduire que la Grande chambre n'écarter pas la possibilité qu'un effet technique puisse être produit sur une entité qui ne serait pas physique.

107. De l'exclusion de la brevetabilité à l'absence d'activité inventive – Cet effet technique supplémentaire ne s'apprécie, cependant, qu'au stade de l'activité inventive et non pas lors de la question de savoir si nous sommes en présence d'une invention au sens des articles 52 (1) de la Convention de Munich et L. 611-10 du Code de la propriété intellectuelle. Ainsi, les considérations techniques se « diluent »⁸⁹² dans les conditions de la brevetabilité. En somme, bien que l'exclusion puisse être écartée par le jeu des revendications, encore faut-il que l'invention respecte les conditions de nouveauté, d'activité inventivité et d'application industrielle. Pour les inventions mises en œuvre par ordinateur, l'Office européen a donc déplacé la question de la brevetabilité lors de l'examen de la nouveauté et de l'activité inventive. Par ailleurs, il ne se contente plus de la simple utilisation d'un ordinateur pour apprécier les conditions de la brevetabilité et, en particulier, celle de l'activité inventive. En effet, suivant l'approche dite *Comvik*⁸⁹³, lorsqu'une invention se compose d'un ensemble de caractéristiques techniques et non techniques, l'exigence d'activité inventive est appréciée en prenant en compte uniquement les caractéristiques qui contribuent au caractère technique de l'invention, que ces caractéristiques soient techniques ou non techniques. Dès lors, les caractéristiques qui n'apportent pas une telle contribution ne peuvent étayer l'existence d'une activité inventive. Cela peut être le cas, par exemple, lorsqu'une caractéristique aide uniquement à résoudre un problème non technique⁸⁹⁴ comme la représentation d'informations. De même, les caractéristiques non techniques de l'invention ne peuvent être prises en compte

891 OEB, gr. ch., 12 mai 2010, avis G 0003/08, *Programmes d'ordinateur*, pt. 10.13

892 Pour reprendre l'expression employée par Monsieur Franck MACREZ de « dilution » (MACREZ F., *op. cit.*).

893 OEB, CRT 3.5.01, 26 septembre 2002, aff. T 0641/00, *Deux identités/Comvik*

894 Directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets, mars 2024, Partie G, ch. VII, 5.4

pour apprécier la nouveauté⁸⁹⁵ ou le caractère inventif. Ainsi, dans une décision du 15 novembre 2006, une chambre de recours techniques a précisé que « *la nouveauté et l'activité inventive ne peuvent reposer que sur des caractéristiques techniques, qui doivent donc être clairement définies dans la revendication. Les caractéristiques « non techniques » qui n'interagissent pas avec l'objet technique de la revendication aux fins de résoudre un problème technique, c.-à-d. les caractéristiques non techniques « en tant que telles », n'apportent pas de contribution technique à l'état de la technique et ne sont donc pas prises en compte lors de l'examen de la nouveauté et de l'activité inventive* »⁸⁹⁶. De même, il est possible de mentionner l'exemple fourni par les directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets d'un support lisible par ordinateur stockant des données qui définissent à la fois une représentation numérique du produit revendiqué et les instructions d'exploitation adaptées pour commander un dispositif de fabrication additive afin de fabriquer le produit au moyen de la représentation numérique du produit lorsque lesdites données sont transmises au dispositif de fabrication additive⁸⁹⁷. Dans cet exemple, les données définissent les instructions d'exploitation du dispositif de fabrication additive. L'Office estime alors que ces données apportent une contribution technique.

Nous pouvons également citer à titre d'exemple, la décision du 19 mars 2021 concernant une demande de brevet portant sur un système et une méthode qui traduisaient le langage naturel, humain en un langage formel abstrait. La division d'examen avait fait valoir que la seule contribution technique identifiable consistait en la mise en œuvre revendiquée des caractéristiques non techniques dans le système revendiqué. Toutefois, elle a estimé que cette mise en œuvre aurait été simple pour l'homme du métier. Par conséquent, la revendication et l'objet correspondant de la revendication manquaient d'activité inventive. Saisie d'un recours, une chambre de recours techniques de l'OEB a ajouté, quant à elle, que la méthode telle que décrite dans la revendication ne contenait aucun détail de mise en œuvre allant au-delà d'une simple automatisation de l'algorithme non technique sous-jacent en utilisant des moyens informatiques connus. Partant, elle en a conclu que la méthode revendiquée manquait d'activité inventive et n'était donc pas brevetable⁸⁹⁸. Un autre exemple peut également être

⁸⁹⁵ Ainsi, l'état de la technique ne pourra inclure que les éléments techniques, les éléments non techniques ne seront donc pas pris en compte tels que les règles ou enseignements de nature abstraite.

⁸⁹⁶ OEB, CRT 3.5.01, 15 novembre 2006, aff. T 0154/04, *Évaluation des performances de vente/Duns Licensing Associates* :

⁸⁹⁷ Directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets, mars 2024, Partie G, ch. II, 3.6.3.

⁸⁹⁸ OEB, CRT 3.5.07, 19 mars 2021, aff. T 2825/19, *Natural language to machine language translator/Ravenflow*, pt. 5.7 et 5.8 – V. ég. OEB, CRT 3.5.07, 30 octobre 2023, aff. T 1903/20, *Rare-word processing/Google*, pt. 3.3.2

trouvé dans la décision du 7 septembre 2022⁸⁹⁹. L'invention en cause concernait une méthode de configuration intégrée de produits et de planification de la production à l'aide d'un programme d'ordinateur. La division d'examen avait estimé que l'objet de la revendication était une mise en œuvre évidente, sur un système d'information en réseau conventionnel, d'un ensemble d'étapes non techniques pour effectuer la configuration et la planification de produits. Saisie, une chambre de recours techniques a reconnu dans un premier temps que la revendication impliquait des moyens techniques, à savoir l'usage d'un ordinateur. Aussi, celle-ci était une invention brevetable au sens de l'article 52 de la Convention de Munich. Néanmoins, elle a précisé que ni la revendication, ni la demande dans son ensemble ne fournissaient d'autres détails techniques sur les moyens de traitement utilisés pour la mise en œuvre. Ceux-ci sont donc considérés comme correspondant à ceux inhérents à tout ordinateur à usage général notoirement connu. La chambre de recours techniques en a donc conclu que les étapes de la revendication en cause n'apportaient aucune contribution technique au-delà de la simple mise en œuvre sur un ordinateur à usage général. Aussi, cette invention était-elle dépourvue d'activité inventive au sens de l'article 56 de la Convention de Munich et, partant, ne pouvait être brevetée.

Par ailleurs, dans la décision *Microsoft*⁹⁰⁰, une chambre de recours de l'OEB a reconnu l'existence d'un effet technique pour une structure de données facilitant l'échange de données entre plusieurs applications logicielles. Elle a estimé que les étapes de la méthode résolvaient un problème technique par des moyens techniques en ce sens que des structures de données fonctionnelles (formats de presse-papiers) étaient utilisées indépendamment de tout contenu cognitif et cela, afin d'améliorer le fonctionnement interne d'un système informatique en vue de faciliter l'échange de données entre divers programmes d'application. Les étapes revendiquées fournissaient donc un ordinateur à usage général doté d'une fonctionnalité supplémentaire : l'ordinateur aidait l'utilisateur à transférer des données autres que des fichiers dans des fichiers⁹⁰¹. Enfin, comme l'a relevé Monsieur Franck MACREZ, des informations ont pu être considérées comme des entités brevetables⁹⁰².

899 OEB, CRT 3.5.01, 7 septembre 2022, aff. T 1835/18, *Configuration de produit intégrée/Siemens*

900 OEB, CRT 3.5.01, 23 février 2006, aff. T 0424/03, *Clipboard formats I/Microsoft*

901 OEB, CRT 3.5.01, 23 février 2006, aff. T 0424/03, *Clipboard formats I/Microsoft*, pt 5.2.

902 MACREZ F., *L'invention brevetable dans la pratique de l'Office européen des brevets*, in La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle en Europe (sous-dir. Christophe Geiger), LexisNexis, Paris, CEIPI Université de Strasbourg, 2013, p. 102 : au soutien de son constat, l'auteur cite plusieurs décisions des chambres de recours techniques comme les affaires T 165/85 du 14 mars 1989 et T 1194/97 du 15 mars 2000.

b. Le cas spécifique des simulations informatiques

108. Les simulations informatiques sont des cas particuliers de procédés mis en œuvre sur ordinateur, car les effets techniques qu'elles sont susceptibles de produire restent virtuels. Très souvent, il n'y a donc pas d'interaction directe avec la réalité.

109. **L'émergence de la question de la brevetabilité des simulations, conceptions, et modélisations** – La modélisation informatique est davantage utilisée depuis la révolution technologique avec notamment l'essor de l'intelligence artificielle et le *Big Data*. Elle a récemment fait l'objet d'une attention particulière en Europe⁹⁰³. La modélisation consiste concrètement à une présentation d'un phénomène complexe sous forme de modèle formel. Comme l'avait rappelé l'Office européen des brevets « *dans des domaines de plus en plus nombreux des sciences de l'ingénieur, les méthodes de simulation numériques remplacent avantageusement des expérimentations longues et coûteuses en fonds et en effectifs ; dans maints secteurs de l'industrie, la simulation numérique a déjà le statut de technologie clé* »⁹⁰⁴. Autrement dit, les méthodes informatiques sont passées du stade d'études théoriques à celui d'outils essentiels de la conception industrielle. Preuve de l'importance de telles innovations, les directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets ont été modifiées en 2018 pour y inclure une nouvelle section sur la simulation, la conception et la modélisation.

Étant donné que les revendications portant sur des méthodes de modélisation comportent généralement des caractéristiques qui relèvent de la catégorie des méthodes mathématiques, la question de la brevetabilité de ces processus de modélisation s'est posée. Or, les méthodes de modélisation s'écartent généralement des mathématiques pures par leur mise en œuvre informatique et leur conception. Partant, l'exclusion au titre des méthodes mathématiques⁹⁰⁵ ne trouve pas à s'appliquer à leur égard, et cela, en raison de l'interprétation stricte de l'exclusion de brevetabilité. De surcroît, ni la Convention de Munich ni le Code de la propriété intellectuelle n'ont prévu d'exclusion spécifique tenant à la modélisation « *en tant que telle* » à la différence de la présentation d'information ou encore des logiciels⁹⁰⁶. Aussi, la question de la brevetabilité de ces processus de modélisation de l'information persiste. Il

903 OEB, gr. ch., 10 mars 2021, aff. G 1/19, JO OEB 2021, A77

904 OEB, CRT 3.5.01, 13 décembre 2006, aff. T 1227/05, *simulation de circuit I / Infineon Technologies*, pt 3.4.2

905 Art. L. 611-10, al. 2, a) du CPI et 52, (2), a) de la CBE

906 OEB, gr. ch., 10 mars 2021, aff. G 1/19, JO OEB 2021, A77, pt 52 ; Directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets, mars 2024, Partie G, ch. II, 3.3.2

s'agit d'une interrogation importante dans nos recherches. En effet, les données numériques présentent indubitablement un lien avec la modélisation puisqu'elles peuvent être aussi bien des intrants⁹⁰⁷, « *moteur des modèles* »⁹⁰⁸ que des extrants⁹⁰⁹, les produits résultants de ces modèles.

110. La position de l'Office européen des brevets sur la question de la brevetabilité des modélisations – Bien que les progrès technologiques aient permis aux méthodes de simulation et de modélisation informatiques de devenir des outils technologiques quotidiens, ces méthodes ont traditionnellement été exclues de la brevetabilité en tant qu'objet non technique. Il est instructif d'analyser en détail certaines décisions tenant à des modélisations qui ont été examinées par l'Office européen. Cela permettra ainsi d'établir une grille de lecture quant aux objets que les examinateurs ont considérés comme satisfaisant aux conditions de brevetabilité. Dans une décision en date du 5 mars 2002⁹¹⁰, une chambre de recours techniques avait conclu à l'exclusion de cette création du domaine de la brevetabilité. Pour ce faire, elle avait constaté que la modélisation de l'information était un processus formalisé mis en œuvre par un ingénieur système ou une personne qualifiée similaire au cours d'une première phase de développement d'un logiciel pour recueillir systématiquement des données sur le système physique à modéliser ou à simuler et pour fournir en quelque sorte un modèle du monde réel du système sur papier. Par ailleurs, cette chambre des recours techniques avait précisé que bien que la modélisation de l'information eût contenu des concepts et des méthodes utiles pour le développement de systèmes logiciels complexes, il s'agissait en tant que telle d'une activité intellectuelle présentant tous les traits typiques des branches non techniques de la connaissance et donc étroitement analogue aux non-inventions énumérées à l'article 52 (2) (a) et (c) de la Convention de Munich⁹¹¹. En somme, la simple modélisation de l'information relève d'une activité intellectuelle et dès lors, tombe dans le domaine du non technique. Partant, celle-ci ne peut être qualifiée d'invention au sens du droit des brevets⁹¹².

907 Par ex. les données recueillies par une caméra embarquée dans un véhicule (OEB, CRT 3.2.01, 3 mars 2020, aff. T 509/18).

908 DELTORN J.-M., *Simulations, modèles : entre caractère technique et plausibilité, le brevet face aux mondes virtuels*, in *Propriété intellectuelle et pop culture – Le retour* (sous-dir. Yann Basire), LexisNexis, coll. C.E.I.P.J., 26 avril 2023, p. 61

909 Par exemple, les données issues de la modélisation sont utilisées pour commander une machine.

910 OEB, CRT, 5 mars 2002, aff. T 49/99, *Information modelling/International Computers*

911 *Ibid.*, pt 7

912 V. en ce sens : Directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets, mars 2024, Partie G, ch. II, 3.3.2

La position de l'Office européen des brevets a, par la suite, été confirmée dans une décision plus récente du 31 janvier 2018⁹¹³. La question se posait de savoir si un modèle dynamique de gestion d'un groupe d'animaux laitiers pouvait être breveté. Plus précisément, la demande de brevet visait l'utilisation d'un modèle pour estimer les rendements laitiers individuels ultérieurs sur la base des données collectées concernant le rendement laitier passé et le ratio de consommation. Pour la chambre des recours techniques, s'il ne s'agit de rien de plus qu'un calcul basé sur un modèle et indépendamment du fait que l'entrée du modèle soit effectivement la production laitière et la ration alimentaire mesurées, tant que le calcul résultant n'est pas ensuite appliqué dans un processus technique réalisé sur une entité physique tel que l'ajustement de la ration et/ou de la traite, il reste entièrement dans le domaine abstrait et intellectuel⁹¹⁴. Cette revendication ne peut par conséquent faire l'objet d'un brevet.

Dans la décision G 1/19, la Grande chambre des recours estime qu'il n'existe pas de simulation technique. Toutes les simulations sont intrinsèquement non techniques et cela en raison de leur nature mathématique⁹¹⁵. Mais est-ce à dire que toutes les modélisations d'information sont vouées à être exclues du domaine de la brevetabilité ? La réponse est assurément négative. Il ressort, effectivement, de la position de l'Office européen des brevets que la simulation d'un système technique en soi n'est pas suffisante pour obtenir le caractère technique nécessaire pour démontrer une activité inventive⁹¹⁶, car cette technicité n'est pas transférée à la simulation elle-même. Inversement, la simulation d'un système non technique n'exclut pas *de facto* la brevetabilité de cette simulation. Ainsi, l'exclusion ne joue pas lorsque la modélisation présente un caractère technique c'est-à-dire lorsqu'elle permet de résoudre un problème technique spécifique⁹¹⁷. Il faut que ce caractère technique aille au-delà de la simple interaction entre l'algorithme de simulation numérique et le système informatique⁹¹⁸. En outre, dans son avis G 1/19 précité, la Grande chambre précise que « *des données numériques calculées, reflétant le comportement physique d'un système modélisé dans un ordinateur, ne sauraient d'ordinaire conférer à une invention un caractère technique en application de l'approche COMVIK, même si le comportement calculé reflète correctement le comportement d'un système réel qui sous-tend la simulation. Ce n'est que dans des cas*

913 OEB, CRT, 31 janvier 2018, aff. T 191/13

914 *Ibid.*, pt. 3.2. La chambre des recours techniques a ajouté en l'espèce que le calcul ne nécessitait aucun moyen technique de calcul mais aurait pu, en principe, être effectué entièrement dans l'esprit d'une personne.

915 OEB, gr. ch., 10 mars 2021, aff. G 1/19, JO OEB 2021, A77, pt 106

916 V. par ex. OEB, CRT 3.5.03, 30 avril 2014, aff. T 1842/10, *Modellierverfahren/Siemens*, pt 5.3

917 V. en ce sens : DELTORN J.-M., *op. cit.* p. 54

918 OEB, CRT, 19 janvier 2017, aff. T 0625/11, pt. 8.4

*exceptionnels que de tels effets calculés peuvent être considérés comme des effets techniques implicites (par exemple si de telles données ne peuvent être utilisées qu'à des fins techniques, (...))*⁹¹⁹.

111. **L'exigence de technicité** – Ce qui importe n'est pas de savoir si ce qui est simulé est technique, mais si les données résultant de la simulation sont utilisées pour résoudre un problème technique. Néanmoins, comme nous l'avons déjà précisé, la difficulté est que le terme « technique » n'est pas figé⁹²⁰. En effet, il « *doit rester ouvert, notamment en prévision de nouveaux développements possibles* »⁹²¹. La technicité peut se caractériser par le « *lien direct avec la réalité physique sous la forme d'une entrée (par exemple, la mesure d'une valeur physique utilisée dans la simulation) ou d'une sortie (l'utilisation du résultat de la simulation comme signal de commande pour une machine)* »⁹²². En outre, au regard de la pratique actuelle de l'Office européen des brevets, les simulations ne peuvent se voir refuser un effet technique simplement parce qu'elles n'englobent pas le produit final sous forme matérielle⁹²³. Ainsi, suivant les directives de l'Office européen des brevets, « *une simulation mise en œuvre par ordinateur qui utilise des mesures comme données d'entrée peut faire partie d'une méthode de mesure indirecte qui calcule ou prédit l'état physique d'un objet réel existant et ainsi apporter une contribution technique quelle que soit l'utilisation faite des résultats* »⁹²⁴. Pour caractériser la technicité, il existe, toutefois, des indices tels que l'objectif de la simulation ou ses avantages. La simulation permettra-t-elle d'améliorer le fonctionnement de ce processus ou de cet appareil ? Il s'agit là d'indicateurs qui montrent que la simulation sera considérée comme ayant un caractère technique du fait de son application à l'amélioration du processus ou du dispositif. De même, les avantages de la simulation sont-ils abstraits ? Par exemple, les avantages sont-ils subjectifs pour l'utilisateur ? Ou ne sont-ils appréciés que dans des domaines non techniques tels que le commerce ou la vente au détail ? Ce sont là des indices qui conduisent à penser que la simulation sera considérée comme dépourvue de caractère technique, car elle est appliquée dans des domaines non techniques. Si nous prenons à titre d'illustration un système météorologique⁹²⁵, considéré comme intrinsèquement non technique, la question de savoir si l'amélioration des prévisions

919 OEB, gr. ch., 10 mars 2021, aff. G 1/19, JO OEB 2021, A77, pt 128

920 V. *supra* n° 96

921 OEB, gr. ch., 10 mars 2021, aff. G 1/19, JO OEB 2021, A77, pt 76

922 DELTORN J.-M., *op. cit.*, p. 60

923 OEB, CRT, 12 décembre 2006, aff. T 1227/05, *simulation de circuit I / Infineon Technologies*, pt 3.4.2

924 Directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets, mars 2024, Partie G, ch. II, 3.3.2

925 Exemple de la Grande chambre de l'Office européen des brevets dans la décision G 1/19 (OEB, gr. ch., 10 mars 2021, aff. G 1/19, JO OEB 2021, A77, pt 131)

météorologiques contribue ou non au caractère technique d’une invention dépend de la manière dont la modélisation est utilisée. Si cette dernière est utilisée, par exemple, pour améliorer la prévision de la valeur d’un produit financier, alors elle ne contribue pas au caractère technique de l’invention. À l’inverse, si la simulation est utilisée pour ouvrir ou fermer automatiquement les volets d’un bâtiment ou pour faire fonctionner des éoliennes, elle peut très bien contribuer au caractère technique de l’invention. En fin de compte, nous estimons que les modélisations d’informations restent brevetables pour autant que la demande de brevet soit correctement formulée en référence à la résolution du problème technique et limitée à un objectif technique spécifique⁹²⁶.

112. La complexité persistante de la brevetabilité des logiciels et des simulations – Finalement, malgré les précisions apportées par la jurisprudence sur la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur et des simulations informatiques, il s’agit toujours d’un domaine complexe. Il n’existe pas de règle unique qui puisse être appliquée de manière directe à tous les cas pour répondre à la question de savoir si de telles créations sont potentiellement brevetables. En effet, par exemple, en fonction de l’objectif de la simulation, il peut y avoir une interaction subtile entre différents facteurs qui déterminent si une protection par brevet est possible.

Les logiciels et les simulations ne sont pas les seules créations à utiliser les données numériques. En effet, un lien entre la présentation d’informations et la donnée numérique peut être relevé et cela, tout particulièrement, en raison du rapprochement entre les notions d’information et de donnée que nous avons souligné dans notre introduction.

B. Présentation d’informations et données numériques

113. Parmi les inventions du XXI^e siècle, nous trouvons celles qui concernent les présentations d’informations, dont les interfaces utilisateurs graphiques constituent un sous-ensemble⁹²⁷. Dans la plupart des domaines de la vie quotidienne, il est devenu fréquent d’expérimenter et d’utiliser certains types particuliers de présentations d’informations, telles que celles générées par des dispositifs ou des systèmes électroniques, qu’ils soient d’usage

⁹²⁶ V. par ex. OEB, CRT 3.2.01, 3 mars 2020, aff. T 0509/18 : décision illustrant l’important d’une description suffisante du modèle.

⁹²⁷ Directives relatives à l’examen pratiqué à l’Office européen des brevets, mars 2024, Partie G, ch. II, 3.7.1 précisant que « *les interfaces utilisateur, notamment les interfaces utilisateur graphiques, comportent des caractéristiques consistant à présenter des informations et à recevoir des données en retour dans le cadre d’une interaction homme-machine* ».

courant ou non. Malgré leur importance croissante dans ce que nous appelons l'industrie 4.0⁹²⁸, il n'existe pas de définition légale de la présentation d'informations.

Dans le cadre de notre étude, il est nécessaire de comprendre la notion de présentation d'informations (1) afin de délimiter au mieux l'exclusion des présentations d'informations du domaine de la brevetabilité (2).

1. La définition de la notion de présentation d'informations

114. **L'absence de définition de la notion de présentation d'informations** – L'expression « présentation d'informations » s'avère finalement ou peu explicite. Elle se définit uniquement par les informations qu'elle contient⁹²⁹, son contenu cognitif⁹³⁰. Cela renvoie à « *la transmission d'informations à un utilisateur* »⁹³¹. Or, que devons-nous entendre par information au sens de présentation d'informations ? À l'instar du logiciel, le Législateur n'a pas défini cette notion d'information. Il ressort, toutefois, des actes de la Conférence de Washington sur le Traité de coopération en matière de brevets de 1970 que la notion d'information visait initialement les tableaux, les formulaires, les styles de rédactions. Dans sa décision du 15 mars 2000⁹³², une chambre de recours techniques de l'Office européen a fait référence à la position adoptée par les mathématiciens SHANNON et WEAVER dans leur ouvrage *The Mathematical Theory of Communication* pour circonscrire la notion d'information. Celle-ci possède deux sens ; un sens ordinaire renvoyant au contenu cognitif et un sens particulier en tant que mesure de la liberté de choix dont nous disposons lorsque nous choisissons un message. Se fondant sur la genèse de l'article 52 (2) d) de la Convention de Munich, l'Office européen estime que le sens ordinaire du mot information doit être retenu. Ce contenu cognitif s'adresse exclusivement à l'intelligence de l'être humain et ne contribue donc pas à produire un effet technique⁹³³. En d'autres termes, il s'agit d'un mode d'interaction entre les êtres humains et les machines en général, fourni par le biais d'informations directes

928 BLANCHET M., *Industrie 4.0 : nouvelle donne industrielle, nouveau modèle économique*, Géoéconomie, 2016/5, n° 82, p. 37-53

929 RAYNARD J. PY E., et TRÉFIGNY P., *Droit de la propriété industrielle*, LexisNexis, Paris, avril 2016, p. 41, n° 66

930 OEB, CRT 3.5.01, 1^{er} avril 2009, aff. T 1143/06, *Data selection system/British Telecommunications* ; OEB, CRT 3.5.06, 2 octobre 2012, aff. T 1741/08, *GUI layout/SAP*

931 Directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets, mars 2024, Partie G, ch. II, 3.7 ; OEB, *La jurisprudence des Chambres de recours*, juillet 2022, 10^e éd., I.A.6.7

932 OEB, CRT 3.5.2, 15 mars 2000, aff. T 1194/97, *Produit matérialisant une structure de données /Philips*, JOOEB 2000, n° 12, p. 525

933 Directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets, mars 2024, Partie G, ch. II, 3.6.3.

qu'elles soient sous forme visuelles, acoustiques, tactiles et haptiques, à un utilisateur, sans incidence sur le fonctionnement technique de l'appareil ou du système.

Finalement, la présentation d'informations comprend aussi bien le contenu cognitif de l'information présentée que la manière dont celle-ci est présentée⁹³⁴. Ont été considérées comme des présentations d'informations, une description de processus de développement d'un produit ou de prestation d'un service⁹³⁵, des informations en texte libre⁹³⁶, des instructions d'utilisation⁹³⁷ ainsi que la présentation de plusieurs images sur un écran d'ordinateur⁹³⁸, ou encore, la conception d'un diagramme⁹³⁹, ou, enfin, un rééquilibrage automatique d'un indice boursier pondéré en fonction de la capitalisation⁹⁴⁰. Ces exemples illustrent indubitablement la variété des types de présentation d'informations possibles.

115. Distinction entre les notions de présentation de représentation – Par ailleurs, présentation n'est pas représentation. En effet, suivant les directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets, il convient opérer une nette distinction entre ces deux notions⁹⁴¹. La présentation signifie « *mettre en présence de quelqu'un, apporter devant le public* »⁹⁴² tandis que la représentation renvoie à la signification de « *servir de symbole de quelque chose* »⁹⁴³. Cette différenciation présente une incidence importante quant à la question de la brevetabilité. Est, effectivement, exclue de la brevetabilité uniquement la présentation d'informations et non pas la représentation de celles-ci. Ainsi, par exemple, dans le domaine numérique, les charges électriques relèvent de la représentation d'informations et non pas d'une présentation⁹⁴⁴. Dès lors, un support d'enregistrement, un format de données peuvent

934 *Ibid.*, Partie G, ch. II, 3.7 faisant référence à deux décisions de l'OEB, *Data selection system/British Telecommunications* du 1^{er} avril 2009 (T 1143/06) et *GUI layout/SAP* du 2 août 2012 (aff. T 1741/08)

935 OEB, 22 novembre 2005, aff. T 1361/05, *Process management system/Electronic data systems*

936 OEB, CRT 3.5.01, 22 mars 2011, aff. T 1086/07, *Document summaries/Xerox* : dans cette affaire, l'invention consistait essentiellement à extraire des portions de texte d'un document original et à les afficher sur un document récapitulatif.

937 OEB, 2 septembre 2015, aff. T 0336/14, *Presentation of operating instructions/Gambro* : en l'espèce, s'est posée la question de savoir si les caractéristiques distinctives de l'invention constituaient des présentations l'information en tant que telle au sens de l'article 52(2) (d) et (3) CBE

938 OEB, CRT 3.4.01, 4 octobre 1996, aff. T 0599/93 ; CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 26 mars 2025, RG n° 23/07392, PIBD 1247-III-2

939 OEB, CRT, 15 novembre 2001, aff. T 244/00, *Assessment system/Comparative visual assessments* ; OEB, CRT 3.5.01, 10 mai 2005, aff. T 0125/04, *Assessment system c/ Comparative visual assessments*

940 OEB, 6 décembre 2006, aff. T 1161/04, *Stock index/NASDAQ*

941 Directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets, mars 2024, Partie G, ch. II, 3.7

942 OEB, CRT 3.5.2, 15 mars 2000, aff. T 1194/97, *Produit matérialisant une structure de données /Philips*, JOOEB 2000, n° 12, p. 525

943 *Loc. cit.*

944 *Loc. cit.*

être brevetés à condition, néanmoins, de remplir une fonction technique au sein d'un système technique.

L'exclusion de la présentation d'informations de la protection par le brevet apparaît somme toute « *étonnamment moderne* »⁹⁴⁵ et pourra connaître un regain d'intérêt au regard de notre société de l'information et de l'industrie 4.0. Cette exclusion étant formulée de manière abstraite, nous devons l'analyser afin de circonscrire son domaine.

2. La délimitation de l'exclusion des présentations d'informations

116. Pour que la présentation d'informations soit brevetable, deux obstacles doivent être surmontés. Le premier est issu de l'article 52 (2) (d) de la Convention sur le brevet européen ou de l'article L. 611-10, 1, d) du Code de la propriété intellectuelle. Le second obstacle réside dans l'exigence d'activité inventive.

117. **Les raisons de l'exclusion des présentations d'informations** – L'exclusion de la présentation d'informations fit son apparition en droit français par la loi n°78-742 du 13 juillet 1978⁹⁴⁶. Celle-ci se justifie par le caractère intellectuel, abstrait et donc, par son absence de technicité⁹⁴⁷. La présentation d'informations ne résout effectivement aucun problème technique. L'Office européen des brevets a même pu estimer que le but de cette exclusion était d'assurer la liberté d'expression et d'information⁹⁴⁸.

Ce cas d'exclusion vise les inventions qui se caractérisent uniquement par les informations qu'elles contiennent. Ainsi, sont exclues les interfaces utilisateur graphiques puisqu'elles ne consistent qu'en une présentation d'informations. Il ressort des actes de la Conférence de Washington sur le Traité de coopération en matière de brevets de 1970 que

945 SCHMIDT-SZALEWSKI J., *La notion d'invention face aux développements technologiques*, in Droit et économie de la propriété intellectuelle (sous-dir. Marie-Anne Frison-Roche et Alexandra Abello) L.G.D.J., Paris, coll. Droit & économie, p. 260

946 Au niveau international, l'exclusion de la brevetabilité des présentations d'informations a été posée dans les règles 26 et 67 du règlement d'exécution du Traité de coopération en matière de brevets de 1970 et reprise, par la suite, par la Convention sur le brevet européen de 1973.

947 L'exigence du caractère technique de l'invention est posée à l'article 52 de la Convention sur le brevet européen et l'article L. 611-10 du CPI. De surcroît, le terme technique est fréquemment utilisé dans la législation sur les brevets. Ainsi, par exemple, la règle 43 sur la forme et le contenu des revendications conduit à définir l'objet pour lequel la protection est demandée en termes de caractéristiques techniques de l'invention.

L'absence de technicité a également pu être utilisée pour exclure du domaine de la brevetabilité les méthodes commerciales en tant que telles.

948 OEB, CRT, 1^{er} mars 2016, aff. T 0690/11, *Dyalisis System c/ Baxter Int.*

cette exclusion visait les « *tableaux, les formulaires, les styles de rédaction, etc. de ce sur quoi devait porter une recherche effectuée par une administration chargée de la recherche internationale* »⁹⁴⁹. Ce cas d'exclusion de brevetabilité recouvre des hypothèses somme toute rares, voire « *parfois un peu anecdotiques* »⁹⁵⁰. Ainsi, par exemple, le brevet portant sur une invention composée d'un ensemble d'informations tenant à des prévisions d'emploi et un questionnaire amovible a été annulé. Les juges ont considéré que l'idée de réunir ces renseignements n'était pas brevetable. Néanmoins, ils ont ajouté que la réunion de ces éléments aurait pu l'être à condition qu'ils coopèrent en vue d'un résultat commun⁹⁵¹. Cependant, comme nous l'avons signalé, le champ d'application de cette exclusion pourrait regagner en intérêt dans notre société de l'information, en raison de l'utilisation croissante des structures de données.

118. **L'exigence de technicité** – En ce qui concerne l'évaluation de l'exigence d'activité inventive, il est nécessaire de déterminer si les caractéristiques de l'invention contribuent réellement à son caractère technique. En général, les présentations d'informations pris isolément ne sont pas techniques. Toutefois, si, dans le contexte de l'invention, elles contribuent à produire un effet technique permettant d'atteindre un objectif technique, nous pouvons alors affirmer qu'elles participent au caractère technique de l'invention.

Le mode de présentation d'informations peut comprendre un caractère technique dès lors qu'il produit un effet technique en interagissant avec une machine ou un procédé. Suivant l'approche de l'Office européen des brevets, « *une caractéristique qui définit une présentation d'informations produit un effet technique si elle aide de façon crédible l'utilisateur à effectuer une tâche technique au moyen d'un processus d'interaction homme-machine continu et/ou guidé* »⁹⁵². Tel sera le cas de l'information donnant une indication sur l'état technique de l'appareil qui oblige l'utilisateur à interagir avec celui-ci⁹⁵³. *A contrario*, ne présenteront pas de caractère technique, les informations prédéfinies amenant l'utilisateur à faire simplement un choix subjectif et à prendre une décision non technique. Ainsi, par exemple, a été rejetée une demande de brevet européen portant sur la visualisation de diagrammes arborescents comprenant des informations commerciales⁹⁵⁴. Dans les faits, en sélectionnant plusieurs pays, l'utilisateur pouvait visualiser la répartition des ventes de certaines entreprises. Ces données

949 OEB, CRT 3.5.2, 15 mars 2000, aff. T 1194/97, *Produit matérialisant une structure de données /Philips*, JOOEB 2000, n° 12, p. 525, pt 3.7.3

950 POLLAUD-DULIAN F., *Brevetabilité et présentation d'informations*, D., 2023, p. 468

951 CA Paris, 26 mars 1971, PIBD 1971. III.279, cité par CHAVANNE A. et BURST J.-J., *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, Paris, 4^e éd., 1993, p. 66, n° 70

952 Directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets, mars 2024, Partie G, ch. II, 3.7

953 OEB, CRT, 10 octobre 2016, aff. T 0543/14, *Touch interface reconfiguration/Apple*

n'ont pas été considérées comme techniques, pas plus que leur mode de présentation. En effet, ces données n'aident pas l'utilisateur à réaliser une tâche ou un objectif technique par le biais d'une interaction homme-machine continue.

Par ailleurs, le Professeur Frédéric POLLAUD-DULIAN soutient que l'information peut présenter en elle-même un caractère technique dans des procédés spécifiques⁹⁵⁵. Pour ce faire, il faut que l'information soit plus qu'un contenu cognitif destiné à l'intelligence humaine, elle doit être inextricablement liée au fonctionnement du système revendiqué. L'auteur prend alors l'exemple d'un système de dialyse où l'information présentée sur l'écran possède un caractère technique dans la mesure où elle concerne l'état du système pendant la thérapie⁹⁵⁶. Cette perspective nous conduit à distinguer entre les données à contenu cognitif de celles fonctionnelles.

119. Distinction entre les données à contenu cognitif des données fonctionnelles –

Finally, the information in itself or its method of presentation are not patentable⁹⁵⁷. In other terms, the exclusion of the patentability is appreciated in consideration of the object of the invention as a whole. A presentation of information can be patented when it is defined by its technical function, or indirectly, when it is materialized in an object which procures a technical result. It is then necessary to distinguish the data coding in a standard way a cognitive content such as an image, the functional data, called « *functional data* »⁹⁵⁸. The first ones are in as much as they are excluded from the patentability. To the contrary, the second ones, defined in terms which imply in

954 OEB, CRT, 17 mars 2011, aff. T 1235/07, *Données de navigation/Microsoft* – V. ég. OEB, CRT, 30 avril 2008, aff. T 1567/05, *Designing of building structures/ ENU* : en l'espèce, il s'agissait d'un dispositif d'affichage prédéterminé du niveau de résistance parmi une pluralité de modes pour le composant structurel respectif du bâtiment dans un diagramme bidimensionnel affiché sur un écran d'affichage. La chambre des recours techniques a considéré que le problème indiqué dans la description n'est donc pas de nature technique, car il dépend des compétences et des préférences du groupe particulier d'utilisateurs auquel l'invention est destinée. – OEB, CRT, 25 février 2015, aff. T 1834/10, *Image selection / E-Bay* : en l'espèce, faute de présenter un caractère technique, une sélection dynamique d'images et une intégration automatique des images sélectionnées dans le document ont été considérées comme des présentations d'information exclues de la brevetabilité.

955 POLLAUD-DULIAN F., *op. cit.*, p. 468 et s.

956 Cet exemple se rapproche de la décision de la chambre des recours techniques de l'OEB du 1^{er} mars 2016 (OEB, CRT, 1^{er} mars 2016, aff. T 0690/11, *Dyalisis System c/ Baxter Int.*). Dans cette décision, la chambre des recours techniques a considéré que l'affichage des écrans de traitement par dialyse en temps réel équivaut à des informations techniques relatives à l'état du système de dialyse pendant le traitement et aide l'opérateur à contrôler le bon fonctionnement du système revendiqué, ce qui est, en tant que tel, une opération technique.

957 V. par ex. OEB, CRT, 14 juillet 2004, aff. T 0553/02, *Méthode de détachage/Procter & Gamble* : en l'espèce, la revendication portait sur une composition de blanchiment et un ensemble d'instructions pour l'utilisation de la composition. La demande de brevet a été rejetée puisque les instructions n'étaient en elles-mêmes qu'une présentation d'informations sans effet technique sur la composition de blanchiment.

958 OEB, 6 décembre 2006, aff. T 1161/04, *Stock index/NASDAQ* ; OEB, 14 mars 1989, aff. T 0163/85, *Signal de télévision couleur*, JO OEB 1990, 379

eux-mêmes les caractéristiques techniques du système, peuvent faire l'objet d'un brevet. C'est, ainsi, que, dans sa décision du 14 mars 1989⁹⁵⁹, une chambre des recours techniques de l'OEB a estimé qu'un système de télévision caractérisé uniquement par les informations en tant que telles, par exemple des images en mouvement, modulées sur un signal de télévision standard, peut être exclu de la brevetabilité en application de l'article 52 (2) d) et (3) de la Convention de Munich, sans que cela soit le cas pour un signal de télévision dont la définition comprend intrinsèquement les caractéristiques techniques du système de télévision dans lequel ce signal apparaît. Par ailleurs, relèvent des données fonctionnelles, les « *caractéristiques de méthodes d'encodage de données, de structures de données et de protocoles de communication électronique* »⁹⁶⁰. Ainsi, est brevetable un procédé de création d'un fichier d'index exécutable par ordinateur afin de faciliter la recherche de fichiers⁹⁶¹.

Néanmoins, cette distinction importante entre les données à contenu cognitif et les données fonctionnelles semble *a priori* subtile⁹⁶². Il peut effectivement être ardu de différencier le contenu cognitif des données fonctionnelles. Un indice a, toutefois, été apporté par la « jurisprudence » de l'Office européen des brevets. Il s'agit de l'incidence de la perte des données sur le fonctionnement du système. La « *perte totale du contenu cognitif donnant une image dépourvue de sens pour l'être humain comme l'est la "neige" sur un écran de télévision n'a pas d'influence sur le fonctionnement technique du système, alors que la perte de données fonctionnelles perturbera le fonctionnement technique du système et, à la limite, entraînera son arrêt complet* »⁹⁶³. Autrement dit, il est nécessaire d'étudier l'incidence de la perte des données sur le système revendiqué afin de déterminer si les données en cause présentent un caractère purement cognitif ou à l'inverse, un caractère fonctionnel.

120. Une exclusion de la présentation d'informations en tant que telle – Par ailleurs, il ne s'agit pas d'une exclusion catégorique de toutes les présentations d'informations du domaine brevetabilité. Simplement, la présentation d'informations en tant que telle n'est pas brevetable. Aussi, lorsque la revendication a pour objet l'utilisation de moyens techniques pour présenter des informations, celle-ci n'entre pas dans le champ de l'exclusion. Nous devons, sur ce point, faire référence à l'affaire *Thalès*. Dans cette espèce, la demande de brevet portait sur un procédé d'affichage des étapes d'une mission d'un aéronef sur un écran.

959 OEB, 14 mars 1989, aff. T 0163/85, *Signal de télévision couleur*, JO OEB 1990, 379

960 Directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets, mars 2024, Partie G, ch. II, 3.7

961 OEB, CRT, 18 avril 2007, aff. T 1351/04, *File search method/Fujitsu*

962 La chambre des recours de l'Office européen des brevets a même précisé qu'« *a description of a gear box may intuitively appear more "technical" than a play by Shakespeare, but in fact both are examples of data having only cognitive content* » (OEB, 6 décembre 2006, aff. T 1161/04, *Stock index/NASDAQ*).

963 OEB, CRT 3.5.2., 15 mars 2000, aff. T 1194/97, JO OEB 2000, 525, pt 3.3

En somme, ce procédé visait à faciliter la lecture et la corrélation des données relatives aux étapes d'une mission d'aéronef fournies aux opérateurs par différentes fenêtres aux moyens d'affichage présents dans le cockpit. Le Directeur général de l'INPI avait rejeté cette demande de brevet aux motifs que l'objet de la demande de brevet, d'une part, ne concernait qu'une présentation d'informations associée à une méthode mathématique et d'autre part, faute de caractéristiques techniques suffisantes, ne permettait pas l'établissement d'un rapport de recherche. Dans sa décision, l'INPI faisait explicitement référence aux paragraphes a) et d) de l'article L. 611-10, alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle visant les méthodes mathématiques et les présentations d'informations. Afin de demander l'annulation de la décision du Directeur général de l'INPI, la société *Thalès* soutenait que l'objet de la demande de brevet n'était pas une simple présentation d'informations, mais, au contraire, présentait un caractère technique dans la mesure où l'invention imposait nécessaire des moyens techniques de sélection de la longueur de la *timeline* pour être mise en œuvre. De plus, le caractère technique de l'invention s'observait par le fait que le procédé qui y était décrit permettait à l'utilisateur, grâce à une action mécanique, de recentrer automatiquement la vue temporelle sur l'heure courante et la position courante de l'avion. L'effet technique se matérialisait également par l'utilisation d'une loupe pour dilater l'échelle des temps. Saisie, la Cour d'appel de Paris a décidé d'annuler la décision du Directeur général de l'INPI⁹⁶⁴. Tout en reconnaissant que la première revendication ne consistait qu'en une présentation d'informations dépourvue de caractéristiques techniques, les juges parisiens ont estimé que l'affichage d'une partie seulement de la *timeline* constituait bien un moyen technique, distinct du contenu des informations elles-mêmes. De plus, ils ont considéré que le Directeur général de l'INPI ne justifiait pas de l'impossibilité d'établir un rapport de recherche. Ce faisant, les juges parisiens semblent adopter l'approche de l'Office européen des brevets qui estime qu'« *une revendication qui a pour objet l'utilisation de moyens techniques pour présenter des informations (par exemple un écran d'ordinateur) ou qui définit une telle utilisation revêt dans son ensemble un caractère technique et n'est donc pas exclue de la brevetabilité* »⁹⁶⁵. Cette décision a, toutefois, été cassée par la Chambre commerciale de la Cour de cassation par son arrêt en date du 11 janvier 2023⁹⁶⁶ au visa des articles L. 611-10, 2°, d) et L. 612-12, alinéa 1, 5° du Code de la propriété intellectuelle, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 dite loi PACTE. La Haute juridiction a estimé qu'« *en se déterminant ainsi, en se bornant à reproduire les termes de la revendication 1, sans établir*

964 CA Paris, ch. 5-1, 21 mai 2019, RG n° 18/19669

965 Directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets, mars 2024, Partie G, ch. II, 3.7

966 Cass. com., 11 janvier 2023, n° 19-19.567

l'existence d'une contribution technique apportée par la demande de brevet ni expliquer en quoi les moyens revendiqués dans cette demande avaient le caractère de moyens techniques distincts de la simple présentation d'informations, la cour d'appel n'[avait] pas donné de base légale à sa décision ». Les Hauts magistrats ont donc opéré un contrôle normatif de la motivation des juges d'appel⁹⁶⁷. Il est reproché aux juges parisiens de n'avoir pas caractérisé la technicité de la revendication. Nous pouvons douter du caractère technique de la revendication en cause⁹⁶⁸ et cela, pour au moins deux raisons. La première est que cette revendication se contente de décrire l'organisation de l'affichage sans, toutefois, y préciser les moyens techniques⁹⁶⁹. Or, dans l'affaire *Dynamic simulation model c/ Entelos*⁹⁷⁰, une chambre de recours techniques de l'OEB a considéré que les « *représentations de liens graphiques* » se rapportant à l'état d'un modèle de simulation, plutôt qu'à l'état de l'appareil de simulation, constituaient des présentations d'informations et étaient par conséquent non techniques⁹⁷¹. De plus, suivant les directives de l'Office européen des brevets, « *la gestion de contraintes spatiales sur écran relève de la conception des présentations d'informations pour l'œil humain et n'est donc pas, en tant que telle, un indice de caractère technique* »⁹⁷². La revendication 1 dans l'affaire *Thalès* reposait plutôt sur une simple conception d'agencement que sur de réelles considérations techniques. La seconde raison tient au fait que l'affichage d'informations ne s'adresse uniquement qu'à l'intelligence humaine afin de lui permettre de faire des choix. Néanmoins, il faut reconnaître que le simple fait que des activités intellectuelles soient impliquées ne permet pas d'exclure *de facto* tout caractère technique de l'objet en cause, étant donné que toutes les solutions techniques visent en fin de compte à

967 WEBER J.-F., *Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile*, Bulletin d'information de la Cour de cassation, 15 mai 2009, n° 702

968 La revendication 1 était rédigée comme suit : « *Procédé d'affichage des étapes d'une mission d'un aéronef sur un écran d'un dispositif de visualisation, la mission étant un plan de vol, chaque étape correspondant à un point de passage du plan de vol ou « waypoint », caractérisé en ce que les différentes étapes sont affichées dans une première fenêtre graphique comportant une échelle graduée en temps ou « timeline » (TL), les différentes étapes étant affichées en regard de l'horaire correspondant à leur accomplissement, la longueur de la « timeline » étant supérieure à la longueur de la première fenêtre graphique, la fenêtre graphique n'affichant alors qu'une partie de la « timeline », partie imposée par l'utilisateur du dispositif de visualisation* ».

969 Cette position a été celle de la Cour d'appel de renvoi, qui a jugé, concernant la revendication 1, que la « *timeline* » ne constituait qu'une simple présentation d'informations, sans revendication de moyens techniques distincts (CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 26 mars 2025, RG n° 23/07392, PIBD 1247-III-2)

970 OEB, CRT, 23 novembre 2010, aff. T 1073/06, *Dynamic simulation model c/ Entelos*, spéc. pt. 5.4. En l'espèce, la revendication concernait la création d'un affichage d'un modèle de simulation comprenant des objets liés par des relations, par exemple une relation proportionnelle.

971 V. ég. Directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets, mars 2024, Partie G, ch. II, 3.7 : « *Des informations non techniques, telles que l'état d'un jeu de casino, d'un processus d'affaires ou d'un modèle de simulation abstrait sont destinées exclusivement à l'utilisateur afin qu'il mène sa propre évaluation subjective ou prenne une décision non technique sans lien direct avec une tâche technique. De telles informations ne peuvent donc pas être considérées comme un état interne d'un système technique* ».

972 *Ibid.*, Partie G, ch. II, 3.7

fournir des outils qui servent, assistent ou remplacent les activités humaines, y compris les activités mentales⁹⁷³. Cependant, dans l'affaire *Thalès*, le choix et l'agencement des informations ne sont destinés qu'à l'esprit humain et cela, afin d'aider le pilote à prendre une décision non technique et partant, ils n'apportent aucune contribution technique.

Au niveau de l'Office européen des brevets, la revendication ayant pour objet l'utilisation de moyen technique pour présenter des informations n'est pas exclue de la brevetabilité. Néanmoins, cela ne signifie pas que cette invention puisse *de facto* être brevetée. Pour l'être, cette dernière doit répondre aux conditions strictes de brevetabilité et, en particulier, à celle tenant à l'activité inventive⁹⁷⁴. En somme, à l'instar des logiciels, nous passons de la question du défaut d'invention à celle de l'appréciation de l'activité inventive. Cette approche n'était pas celle adoptée par l'INPI dans l'affaire *Thalès*. Cependant, faut-il le rappeler, les faits de l'espèce ont eu lieu avant l'entrée en vigueur des dispositions de la loi PACTE. Avant l'entrée en vigueur de cette loi, l'INPI n'avait pas la possibilité de rejeter une demande de brevet pour défaut d'activité inventive. Aussi, ne pouvait-il pas adopter l'approche de l'Office européen des brevets ce qui le conduisait à rejeter pour défaut d'invention, faute de meilleur fondement, certaines demandes de brevet comme dans l'affaire *Thalès*. Depuis le 22 mai 2020, à la suite de la suppression de l'adverbe « *manifestement* » à l'article L. 612-2 du Code de la propriété intellectuelle⁹⁷⁵, l'INPI est compétent pour examiner l'activité inventive. Partant, il épousera probablement l'approche de l'Office européen des brevets.

Nous avons vu les relations étroites qu'entretiennent les données avec les logiciels et les présentations d'informations. Reste à savoir si le brevet appréhende la donnée en tant que telle.

973 OEB, CRT, 16 octobre 2003, aff. T 0643/00, *Searching image data/Canon*, pt 16

974 Il s'agit de l'approche dite *Comvik* (OEB, CRT, 26 septembre 2002, aff. T 641/00, *Deux identités/Comvik*, JO 2003, 352) suivant laquelle l'appréciation de l'activité inventive ne prend pas en compte les caractéristiques non techniques.

975 Article 122 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises

Section 2. Une protection envisageable des données par le biais du brevet

121. **L'exclusion *a priori* des données numériques du domaine de la brevetabilité** – Il existe de plus en plus d'hypothèses où l'objet du brevet comprend ou consiste en des données numériques. Néanmoins, comme l'avait relevé la Commission européenne dans son étude *The Intellectual Property implications of the development of industrial 3D printing*, le système des brevets a, d'une manière générale, toujours été un piètre protecteur des données et du traitement des données⁹⁷⁶. En effet, en tant que telle, la donnée numérique n'est qu'une représentation d'un fait quelconque. Celle-ci est donc exclue du domaine de la brevetabilité faute de technicité et en raison de son caractère abstrait⁹⁷⁷. Tel est le sens de la position de l'Office européen des brevets lorsqu'elle affirme que « *clearly, such a discrepancy between normal and modified presentations of information, constituting an information about the numerical information content of data and about the information displayed, if this is seen as an "event" or "condition", cannot be considered as being of a technical nature* »⁹⁷⁸. De plus, si la création en cause vise à résoudre un problème de caractère non technique, celle-ci ne pourra pas être considérée comme une invention au sens du droit des brevets⁹⁷⁹. Tel sera le cas, par exemple, d'un logiciel de gestion de base de données qui automatise simplement le classement d'informations.

Finalement, il semble peu probable que le brevet puisse directement porter sur une donnée numérique en tant que telle. Surgit alors la question de savoir si le brevet peut indirectement conduire à une réservation d'une donnée produite par l'invention. Afin d'y répondre, il est nécessaire de revenir sur la classification des brevets (I). L'examen des différents types de brevets nous conduira à nous concentrer principalement sur l'enjeu de la qualification de la donnée numérique en tant que produit d'un procédé breveté et cela, afin de bénéficier d'une protection (II).

976 Commission européenne, MENDIS, D., BERND NORDEMANN, J., BALLARDINI, R., et al., *The Intellectual Property implications of the development of industrial 3D printing*, Publications Office, 2020, spéc. p. 40, disponible [en ligne] : <https://data.europa.eu/doi/10.2873/85090> (consulté le 17/05/2024)

977 Les données brutes sont de simples connaissances intellectuelles.

978 OEB, CRT 3.5.01, 29 octobre 1993, aff. T 0790/92, pt. 4.6 : « *Il est évident qu'un tel écart entre une présentation normale et une présentation modifiée de l'information, constituant une information sur le contenu numérique des données et sur l'information affichée, s'il est considéré comme un "événement" ou une "condition", ne peut être considéré comme étant de nature technique* » (traduction personnelle)

979 V. en ce sens : GAUDRAT P., *L'invention informatique : un débat difficile et contourné*, RTD Com., 2005, p. 323 et s., spéc. n° 41

I. La distinction entre le brevet de produit et le brevet de procédé

122. Couramment, les inventions sont classées en fonction de leur objet⁹⁸⁰. Parmi cette classification, nous trouvons le brevet de produit et le brevet de procédé qui correspondent aux « *deux types fondamentaux de revendications* »⁹⁸¹. Se pose alors la question de savoir si les données numériques peuvent relever de l'un de ces types de revendications.

123. **Le brevet de produit** – Dans le cadre du brevet de produit, le produit se définit comme « *un corps certain, déterminé, un objet matériel ayant une forme, des caractères spéciaux qui se distinguent de tout autre objet* »⁹⁸². Pour l'Office européen des brevets, une revendication de produit porte sur une entité physique décrite comme une réalisation technologique physique concrète d'une idée inventive⁹⁸³. Ce faisant, le produit est caractérisé par sa matérialité et s'oppose donc à l'immatérialité. Il peut être de nature artificielle ou d'origine biologique. Ainsi, relèvent de cette catégorie, les machines, appareils, dispositifs⁹⁸⁴, mais également les molécules chimiques⁹⁸⁵.

Il faut se garder de confondre le produit qui a un caractère concret⁹⁸⁶ du résultat qui, lui, possède un caractère abstrait. Bien que le produit constitue le résultat de la recherche, ces notions sont distinctes. Selon la doctrine, « *le résultat est constitué par l'avantage procuré par l'invention, les qualités, les propriétés du produit ou les effets techniques engendrés par le produit* »⁹⁸⁷. En effet, la protection octroyée par le brevet ne concerne jamais le résultat de l'invention en tant que tel⁹⁸⁸.

980 OEB, gr. ch., 11 décembre 1989, aff. G 0002/88, *Friction reducing additive* : décision dans laquelle la Grande Chambre de recours de l'Office européen des brevets a indiqué qu'il n'existe en soi que deux catégories, à savoir les revendications portant sur des procédés et des revendications portant sur des produits.

981 AZÉMA J. et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, Paris, coll. Précis, septembre 2017, 8^e éd., p. 205, n° 285

982 POUILLET E., *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et de la contrefaçon*, éd. Marchal et Billard, Paris, 1909, 5^e éd., p. 25, n° 20 ; V. ég. ROUBIER P., *Le droit de la propriété industrielle*, Dalloz-Sirey, 1954, tome II, p. 68, n° 142 : pour qui le produit est un « *corps déterminé ayant une composition mécanique ou une structure chimique particulière qui le distingue ainsi des autres corps* ».

983 OEB, 25 mars 2015, G 0002/13, *Brocoli II*, JO OEB mars 2016, p. 32

984 TGI Paris, 1^{er} juillet 2003, PIBD, 2003, n° 776, III, p. 587

985 V. par ex. TGI Seine, 8 décembre 1961, Ann. 1962, p. 127 ; CA Paris, 26 novembre 1969, Ann. 1969, p. 93 note BURST J.-J. ; OEB, CRT 3.3.02, 15 septembre 2003, aff. T 0998/99, *Équivalent de peau/L'Oréal*

986 V. en ce sens : MOUSSERON J.-M., *Traité des brevets*, Litec, Paris, 1984, spéc. n° 131

987 CHAVANNE A. et BURST J.-J., *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, Paris, 4^e éd., 1993, p. 71, n° 78 ; AZÉMA J. et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, Paris, coll. Précis, septembre 2017, 8^e éd., p. 207, n° 288 V. ég. POUILLET E., *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et de la contrefaçon*, éd. Marchal et Billard, Paris, 1909, 5^e éd., p. 38, n° 26

988 CHAVANNE A. et BURST J.-J., *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, Paris, 4^e éd., 1993, p. 71, n° 78 ; AZÉMA J. et J.-C. GALLOUX, *op. cit.*, p. 205, n° 288 ; BINCTIN N., *Droit de la propriété intellectuelle : droit d'auteur, brevet, droits voisins, marque, dessins et modèles*, LGDJ-Lextenso, Issy-les-Monlineaux, 2016, 4^e éd., p. 301, n° 482

Au regard de ce qui précède, la donnée numérique caractérisée par son immatérialité ne peut, de prime abord, relever de la catégorie de brevet de produit. Néanmoins, nous pourrions considérer qu'elle possède une certaine matérialité, la donnée pouvant être représentée comme une énergie électrique, et ainsi être perçue comme une entité physique. Cette perspective s'aligne avec les théories physiques. En effet, depuis les travaux de l'illustre physicien EINSTEIN au XX^e siècle, la matière et l'énergie sont intrinsèquement liées, la masse étant finalement perçue comme une concentration intense d'énergie. Cependant, à notre connaissance, ni l'Office européen des brevets, ni l'INPI, ni la Cour de cassation n'ont encore statué sur ce point.

124. **Le brevet de procédé** – Si l'objet du brevet est un procédé, il est courant de parler alors de brevet de procédé, ou encore de brevets de moyen⁹⁸⁹. Cette catégorie protège un enchaînement déterminé de procédés, et plus précisément, un acte technique composé de plusieurs étapes. Les brevets de procédé peuvent porter tantôt sur des procédés d'utilisation d'un objet, tantôt sur l'obtention d'un résultat, tantôt sur la fabrication d'un produit.

Suivant une conception « matérialisante »⁹⁹⁰, le Professeur MOUSSERON avait défini le procédé comme « *un système d'intervention d'agents chimiques ou d'organes mécaniques dont la mise en œuvre conduit à l'obtention d'un objet matériel appelé produit ou d'un effet immatériel appelé résultat* »⁹⁹¹. Ainsi, contrairement au produit qui est empreint de matérialité, le procédé, lui, se caractérise « *par sa forme, par son application, et par sa fonction* »⁹⁹². Le procédé peut donc revêtir soit une forme matérielle c'est-à-dire un « *produit envisagé sous l'angle de sa fonction* »⁹⁹³, soit une forme immatérielle c'est-à-dire la procédure, la manière d'opérer pour obtenir un résultat. Dans le cadre du brevet de procédé, il importe peu que le produit ou le résultat obtenu par le procédé soit nouveau, il suffit simplement que ce procédé en cause soit nouveau. Ainsi, à titre d'illustration, relèvent de cette catégorie de brevets, un procédé d'émission de documents numérique⁹⁹⁴, un procédé de

989 L'expression de brevet de moyen a ses origines dans la loi du 5 juillet 1844 qui utilisait le terme de moyen. La loi n°68-1 du 2 janvier 1968 sur les brevets d'invention, elle, employait le terme de procédé. Bien qu'il y ait eu un changement lexical, cela n'entraîne aucune incidence quant au fond (CHAVANNE A. et BURST J.-J., *op. cit.*, p. 73-74, n° 83 – *Contra* RAYNARD J., PY E., et TRÉFIGNY, *Droit de la propriété industrielle*, LexisNexis, Paris, avril 2016, p. 31, n° 47 faisant une distinction entre le procédé et le moyen, terme « générique ». Tout procédé est moyen mais tout moyen n'est pas un procédé. Selon ces auteurs, le procédé est un moyen immatériel.

990 VIVANT M., *La brevetabilité des programmes d'ordinateur : faux problème juridique ? Vrai problème social*, Prop. intell., janvier 2003, n° 6, p. 36

991 MOUSSERON J.-M., *op. cit.*, n° 132

992 CHAVANNE A. et BURST J.-J., *op. cit.*, p. 74, n° 85

993 AZÉMA J. et J.-C. GALLOUX, *op. cit.*, p. 207, n° 289

994 Demande EP3913886 publiée le 24 novembre 2021

génération d'un jeton d'approvisionnement numérique⁹⁹⁵ ou encore, des processus de cryptage et de transfert des données⁹⁹⁶.

125. L'intérêt de la distinction entre brevet de produit et brevet de procédé – La distinction entre brevet de produit et brevet de procédé présente indubitablement un intérêt tant dans le cadre de l'examen de la brevetabilité que dans le cadre de la contrefaçon⁹⁹⁷. En effet, l'étendue de la protection varie selon le type d'invention en cause. En d'autres termes, le choix de la catégorie de brevet pour une invention détermine les actes d'utilisation réservés au titulaire du brevet et les effets de protection du brevet. Le déposant détermine la catégorie de brevet à laquelle son invention relève en rédigeant la revendication, qui doit être interprétée d'un point de vue objectif selon le contenu de l'exposé des documents de la demande. Pour des raisons de sécurité juridique, la catégorie de brevet ne peut donc, en principe, plus être modifiée après la délivrance⁹⁹⁸. Un changement de catégorie d'invention ne peut s'envisager que dans de rares hypothèses telles que l'erreur manifeste du breveté dans le choix de la catégorie d'invention.

La protection conférée par le brevet de produit s'étend au produit en tant que tel, indépendamment de son procédé de fabrication, de son utilisation ou de son application. En d'autres termes, cette protection ne s'étend pas automatiquement au mode opératoire de fabrication dudit produit. Toujours est-il que cette protection est « *particulièrement large* »⁹⁹⁹. Celui dont le brevet porte sur un produit peut, en effet, faire interdiction à tous les tiers d'obtenir le produit en tant que tel et cela, quel que soit le procédé mis en œuvre pour l'obtenir. Autrement dit, sans l'accord du titulaire du brevet de produit, il est interdit aux tiers de fabriquer, d'offrir, de mettre sur le marché, d'importer ou de posséder le produit breveté en France aux fins précitées.

L'étendue de la protection conférée par un brevet de procédé diffère de celle offerte par le brevet de produit. Il est interdit au tiers d'appliquer un procédé protégé par un brevet sans le consentement du titulaire du brevet. Pour le Professeur William DROSS, ce qui est réellement approprié par le brevet de procédé n'est pas la méthode en tant que telle mais plutôt la « *fonction précise qui était de parvenir au produit en cause* »¹⁰⁰⁰. En outre, il ne peut

995 Demande EP23204161 publiée le 17 octobre 2023

996 Demande FR2963713 publiée le 10 février 2012 ; Demande FR2988249 publiée 20/09/2013 ; Demande WO2016122593 publiée 04/08/2016 ; Demande EP3809300 publiée 21/04/2021

997 Art. L. 613-2 du CPI

998 AZÉMA J. et J.-C. GALLOUX, *op. cit.*, p. 205, n° 285 : ces auteurs voient dans le changement de catégorie une « *dénaturation* ».

999 RAYNARD J., PY E., et TRÉFIGNY, *op. cit.*, p. 31, n° 46

1000 DROSS W., *op. cit.*, p. 817, n° 444-3

y avoir d'atteinte à un brevet de procédé que si les étapes essentielles du procédé sont réalisées dans l'État de protection. Une telle solution s'explique par le principe de territorialité.

La réservation du procédé par le brevet ne peut, cependant, pas avoir pour effet de permettre à son titulaire des droits de « *confisquer* » le résultat. En d'autres termes, seule est protégée la technique pour obtenir le produit et non pas le produit en lui-même. Et, comme le rappelait avec force POUILLET, « *puisque c'est le moyen seul qui fait l'objet du brevet, il va de soi que chacun demeure libre d'obtenir le même résultat par des moyens différents* »¹⁰⁰¹. Malgré cela, cette catégorie de brevet présente indéniablement un intérêt pour l'économie¹⁰⁰². Cet intérêt s'observe notamment par l'extension de protection au produit directement obtenu par la mise en œuvre du procédé.

126. L'extension de protection du brevet de procédé – La protection offerte par le brevet de procédé porte sur le procédé en tant que tel qui est défini par les revendications. Cette protection s'étend également, par « *transitivité* »¹⁰⁰³, aux produits obtenus grâce au procédé breveté. Autrement dit, la protection inclut l'ensemble des produits dérivés d'un procédé protégé par un brevet¹⁰⁰⁴. Il est ainsi possible de parler de protection élargie des brevets de procédé. Néanmoins, cette protection n'est pertinente que si le brevet est utilisé sans le consentement du titulaire du brevet. Partant, ce n'est que si le procédé breveté est utilisé sans l'autorisation de ce dernier qu'il aura le droit d'interdire la commercialisation du produit issu du procédé.

L'extension de protection est affirmée tant au niveau national qu'au niveau régional et international. En effet, le contenu de la disposition de l'article L. 613-2, alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle correspond à celui de l'article 64 (2) de la Convention sur le brevet européen et fait partie des normes minimales obligatoires des États parties, aussi bien selon l'article 28 alinéa 1, b) de l'Accord sur les ADPIC que selon l'article 5 *quarter* de la Convention d'Union de Paris.

1001POUILLET E., *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et de la contrefaçon*, éd. Marchal et Billard, Paris, 1909, 5^e éd., p. 45, n° 30

1002BINCTIN N., *op. cit.*, p. 303, n° 483

1003DELTORN J.-M., *Concours de droits sur les œuvres numériques. Le cas des créations issues de procédés brevetés*, Prop. intell., juillet 2016, n° 60, p. 285

1004Finalement, nous pouvons considérer que le droit des brevets permet une réservation des produits de deux manières différentes, d'une part, par des brevets de produits, où le droit d'exploitation exclusive porte sur les produits qui font l'objet du brevet, et d'autre part, par l'extension des effets d'un brevet de procédé aux produits directement obtenus par le procédé, où ce procédé constitue l'objet du brevet. Cependant, il convient de rappeler qu'un produit obtenu par un procédé n'est pas à inclure dans l'invention de procédé, ce produit n'affectant pas le caractère d'invention de procédé.

Pour le Professeur Jérôme PASSA, cette extension de la protection a une « *finalité essentiellement probatoire* »¹⁰⁰⁵. Elle conduit à un renversement de la preuve¹⁰⁰⁶. Ainsi, la personne poursuivie pour contrefaçon de brevet de procédé doit démontrer qu'elle a obtenu le produit identique selon un procédé différent du procédé breveté.

L'extension de protection constitue « *un sas permettant une communication du domaine du non brevetable vers le domaine brevetable* »¹⁰⁰⁷. Cette possibilité s'explique par la plus grande « vulnérabilité » des brevets de procédé par rapport aux brevets de produit. En effet, dans le cadre d'un brevet de produit, son titulaire bénéficie d'une protection totale contre la concurrence par les prix des imitateurs sur le marché des produits. À l'inverse, le titulaire d'un brevet de procédé court le risque d'être en concurrence avec des entreprises qui proposent essentiellement le même produit fabriqué selon un autre procédé. Par ailleurs, en raison de la mondialisation des échanges économiques depuis le XIX^e siècle¹⁰⁰⁸, un brevet de procédé peut être facilement contourné en délocalisant la production dans un pays où le procédé n'est pas protégé par le brevet et, par la suite, en important le produit ainsi obtenu dans l'État du titulaire des droits. Autrement dit, l'extension de protection entend résoudre le problème des tiers qui pourraient légalement approvisionner le marché de produits fabriqués à l'étranger en utilisant le procédé breveté si le brevet de procédé est protégé uniquement dans le pays importateur. Cette extension de protection vise donc à « *garantir l'efficacité de la réservation du procédé inventé* »¹⁰⁰⁹. Partant, elle rapproche les brevets de procédé des brevets de produit en ce qui concerne les incitations économiques découlant des brevets.

127. La question de la brevetabilité du produit dans le cadre d'un brevet de procédé –
Ni le Code de la propriété intellectuelle, ni la Convention sur le brevet européen n'imposent que le produit du procédé breveté relève de la notion d'invention. Aussi, se pose la question de savoir si un tel produit doit répondre aux conditions de brevetabilité afin que l'extension de protection puisse produire effet. La réponse est indubitablement négative. En effet, le produit obtenu par un procédé breveté ne constitue pas l'objet du brevet et n'est, par conséquent, pas soumis aux conditions de brevetabilité. Cette position est celle adoptée par la Grande chambre de recours de l'OBE dans une décision en date du 20 décembre 1999 concernant l'affaire

1005PASSA J., *Droit de la propriété industrielle – Brevets d'invention, protections voisines*, LGDJ, Paris, 2013, tome 2, p. 507, n° 450

1006MARTIN J.-P., *Le renversement de la charge de la preuve en matière de contrefaçon de brevet de procédé*, Gaz. Pal., 23 octobre 1997, Doctr. 1345

1007CLAVIER J.-P., *Les catégories de la propriété intellectuelle à l'épreuve des créations génétiques*, éd. L'Hamattan, novembre 1998, p. 121

1008RAINELLI M., *Le commerce international*, La Découverte, Paris, coll. Repères, 2015, 128 p., spéc. p. 7-22

1009CLAVIER J.-P., *op. cit.* p. 121

*Plante génétique – Novartis*¹⁰¹⁰. Il est clairement affirmé que la protection conférée par un brevet de procédé est étendue aux produits obtenus directement par le procédé, même si les produits ne sont pas brevetables en soi¹⁰¹¹. La non brevetabilité du produit n'a ainsi pas d'incidence sur l'extension de protection¹⁰¹². De cela, nous pouvons déduire que le produit obtenu par le procédé n'a pas à être nouveau¹⁰¹³, ni impliquer une activité inventive ni être susceptible d'application industrielle. De surcroît, le fait qu'un procédé revendiqué conduise à un produit exclu de la protection par brevet ne constitue pas un obstacle à la délivrance d'un brevet de procédé ni un motif de nullité.

De ces observations, nous pouvons estimer qu'il existe un moyen de protéger les données numériques en droit des brevets par le jeu de l'extension de protection offerte dans le cadre du brevet de procédé. Nous devons, cependant, vérifier ce postulat.

II. Les données numériques en tant que produits de procédés brevetés

128. En principe, les données numériques en tant que telles ne peuvent pas relever du domaine de la brevetabilité faute de technicité et en raison de son caractère abstrait¹⁰¹⁴. Néanmoins, l'article L. 613-2, alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle peut « *jouer le rôle d'un « chemin détourné* » »¹⁰¹⁵ permettant de contourner cette exclusion. Cette extension de protection entraîne en partie une « monopolisation » des produits fabriqués directement par un procédé breveté. Ainsi, un tel mécanisme semble être une solution intéressante pour notre étude. Néanmoins, celui-ci suppose qu'un procédé fasse l'objet d'un brevet. Aussi, le procédé en cause doit-il répondre aux conditions de la brevetabilité posées à l'article L. 611-10 du Code de la propriété intellectuelle. Comme indiqué précédemment, il existe une liste d'exclusions du domaine de la brevetabilité comme celle tenant aux programmes d'ordinateur, aux présentations d'informations. Cependant, les inventions qui comprennent des logiciels, mais qui vont au-delà peuvent être protégées comme nous l'avons exposé précédemment.

1010OEB, gr. ch., 20 décembre 1999, aff. G 01/98, *Plante transgénique – Novartis II*, pt 4

1011Cette solution s'explique au regard de l'ordonnancement des dispositions en cause. Ainsi, la Grande chambre indique que « *the requirements on patentability to be examined by the EPO are contained in Part II, Chapter I EPC (Articles 52 to 57) ; Article 64(2) EPC belongs to Part II, Chapter III, containing provisions concerning the effects of patents and patent applications and is to be applied by the Courts responsible for deciding on infringement cases* » (OEB, gr. ch., 20 décembre 1999, aff. G 01/98, *Plante transgénique – Novartis II*, pt 4).

1012OEB, gr. ch., 25 mars 2015, aff. G 02/13, *Plant Bioscience Limited*

1013V. en ce sens : DROSS W., *op. cit.*, p. 816, n° 444-3

1014Les données brutes sont de simples connaissances intellectuelles.

1015DELTORN J.-M., *op. cit.*, p. 287

A. L'inclusion de la donnée dans la notion de produit

129. Nous pouvons estimer sans erreur que la notion de produit constitue le pivot du mécanisme d'extension de protection. La question qui surgit alors est celle de savoir si les données numériques peuvent être qualifiées de produits obtenus par l'utilisation d'un brevet de procédé. Cette question se pose, dans le cadre de procédés ayant pour objectif la création de données numériques. Nous pouvons citer à titre d'illustration l'hypothèse où les données sont produites par un système de diagnostic médical breveté ou encore celle où elles sont créées dans une entreprise en appliquant une méthode de production brevetée. Dans ces hypothèses, le titulaire du brevet sera également « propriétaire » des données qui résultent du procédé breveté ou, à tout le moins, aura main mise sur elles.

130. **La notion de « produit »** – Toutefois, ni le Code de la propriété intellectuelle ni les conventions internationales ne contiennent de définition légale des termes suivants « produit » et « obtenu ». Aussi il est nécessaire de connaître la signification de la notion de « produit ». Il s'agit plus précisément d'apprécier si le « produit », au sens de l'alinéa 2 de l'article L. 613-2 du Code de la propriété intellectuelle, se réfère uniquement à des éléments physiques ou si cette notion couvre également des éléments immatériels. Cette interrogation se pose d'autant plus qu'initialement, cette disposition avait été conçue pour les besoins de l'industrie des biens matériels¹⁰¹⁶. En effet, cette extension de la protection prévue notamment dans le cadre de l'article 64.2 de la Convention sur le brevet européen était, à l'origine, pensée pour les procédés de production d'entités biologiques et de variétés végétales.

Au niveau des textes, nous devons nous reporter à l'Accord sur les ADPIC qui nous fournit des indications quant à la nature du « produit ». L'article 28, 1, b) de l'Accord sur les ADPIC vise, concernant l'extension de production, les actes suivants : « *utiliser, offrir à la vente, vendre ou importer à ces fins, au moins le produit obtenu directement par ce procédé* ». Cette disposition implique que le produit obtenu directement par le procédé puisse être commercialisé. Or, étant donné que tant les choses corporelles qu'incorporelles peuvent être dans le commerce¹⁰¹⁷, nous ne pouvons, au regard de cette disposition, exclure les choses incorporelles de la notion de « produit ». Néanmoins, nous constatons qu'au niveau de

¹⁰¹⁶DELTORN J.-M., *op. cit.*, p. 287

¹⁰¹⁷Sauf exceptions telles que le corps humain, les choses communes. V. en ce sens : LOISEAU G., *Typologie des choses hors du commerce*, RTD Civ., 2000, p. 47 et s.

l'Accord sur les ADPIC et de la disposition similaire se trouvant dans le Code de la propriété intellectuelle, le droit d'interdire du titulaire du brevet de procédé ne porte que sur les actes industriels relatifs au produit et non sur le produit lui-même.

Quant à la jurisprudence, nous pouvons faire référence à une décision du *Bundesgerichtshof*, la Cour fédérale de justice allemande, qui est venue apporter des précisions sur les brevets protégeant les procédés relatifs aux données dans la décision *MPEG-2-Videosignalcodierung* du 21 août 2012¹⁰¹⁸. En l'espèce, le brevet en cause couvrait une méthode d'encodage de données vidéo selon la norme MPEG-2 utilisée pour les DVD. Dans cette affaire, le *Bundesgerichtshof* a considéré que les données pouvaient être un produit directement obtenu par un procédé breveté même si elles ne sont pas nécessairement matérialisées¹⁰¹⁹. En cela, la Cour fédérale allemande ouvre, pour la première fois, le champ d'application du § 9 du *Patentgesetz* à une information spéciale. Par ailleurs, dans cette affaire, ce sont bien les données vidéo encodées qui relèvent de la notion de produit. Aussi, le simple fait de changer de support n'a-t-il pas d'incidence sur le produit en tant que tel, c'est-à-dire les données. Cette position s'explique par le fait que le changement de support n'affecte pas l'identité et les caractéristiques de la structure de données fabriquée selon le procédé en tant que produit obtenu par ce procédé. Ici, les données sont appréhendées sous le plan syntaxique. Une position comparable à celle du *Bundesgerichtshof* a été adoptée par le *Landgericht München I* dans une décision en date du 20 novembre 2014¹⁰²⁰. Cette décision de 2014 est riche d'enseignements. Le tribunal régional de Munich a, en effet, estimé que les objets incorporels peuvent également bénéficier d'une protection dérivée au titre du § 9 du *Patentgesetz*. Mais, les juges munichois ont précisé que cette extension de protection n'est possible qu'à la condition que l'objet incorporel soit susceptible d'être commercialisé et réutilisable à l'aide de moyens de stockage et, le cas échéant, de reproduction, dans la même mesure qu'un objet corporel produit par le procédé protégé. L'objet incorporel doit, en plus, posséder une valeur marchande qui ne se limite pas à une transmission unique d'informations.

1018Bundesgerichtshof, 21 août 2012, X ZR 33/10 aff. *MPEG-2-Videosignalcodierung*, disponible [en ligne] : <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=61968> (consulté le 10/05/2024)

1019LUCAS A., *De la protection à la « surprotection » des droits de propriété intellectuelle*, in Vers une rénovation de la propriété intellectuelle, IRPI, 20 février 2014, p. 19 – V. Bundesgerichtshof, 21 août 2012, X ZR 33/10 aff. *MPEG-2-Videosignalcodierung*, pt. 23 : la Haute juridiction allemande estime que le fait que la doctrine spécialisée rejette systématiquement les résultats immatériels des procédés tels que la lumière, la chaleur, l'énergie électrique ou le son de la protection octroyée par § 9, 3) du *Patentgesetz*, ne justifie pas une contradiction dans l'appréciation du litige. Pour les Hauts magistrats, le fait que les données soient utilisées comme des biens et servir d'objet dans le commerce justifie leur qualification de produit au sens de la disposition précitée.

1020Landgericht München I, 20 novembre 2014 – 7 O 13161/14. L'invention en cause concernait, entre autres, un procédé de détection de l'acide nucléique codant pour un récepteur-protéine kinase.

En outre, cet objet incorporel doit encore présenter une empreinte des caractéristiques inventives essentielles du procédé protégé. Enfin, pour le *Landgericht München I*, le champ d'application du § 9 du *Patentgesetz* ne s'étend pas aux informations produites par un procédé qui sont déjà facilement mémorisables par la mémoire humaine et peuvent être communiquées verbalement, et dont la valeur économique s'épuise par la transmission unique de l'information. Cette dernière précision vise essentiellement les données au sens sémantique.

Il nous semble, toutefois, nécessaire, pour des raisons de sécurités juridiques que le produit ainsi obtenu soit perceptible. Autrement dit, le produit doit être concret et non abstrait. Ainsi, un procédé de production d'images télévisées transmises par voie électromagnétique peut donner naissance à un produit bénéficiant de l'extension de protection. Un tel produit présente indéniablement un caractère concret puisqu'il s'agit d'un signal électromagnétique possédant certaines propriétés physiques. Dans le même ordre d'idées, la désignation d'un format de données ainsi que la structure de données qui en résulte présenteront un caractère concret et, partant, pourront être qualifiées de produit. Il est possible d'étendre cette solution à tous procédés brevetés conduisant une création ou à une structuration de données. À l'inverse, celle-ci doit être écartée dans le cadre de simples traitements de données comme l'écriture de données dans une mémoire vive puisque cela ne génère pas de nouveaux produits de données numériques¹⁰²¹.

Pour l'heure, aucune décision de justice en France n'a, à notre connaissance, tranché cette problématique. Néanmoins, les juges françaises pourront faire sienne la solution allemande dans la mesure où les dispositions du § 9 du *Patentgesetz* sont similaires à celles de l'alinéa 2 de l'article L. 613-2 du Code de la propriété intellectuelle. Cette solution nous paraît parfaitement justifiée. Tout d'abord, cette interprétation est conforme à la disposition de l'alinéa 2 de l'article L. 613-2 du Code de la propriété intellectuelle ou celle de la Convention de Munich. Elle n'implique pas de caractériser le produit pour prouver la contrefaçon et cela, en raison de la stricte dépendance du produit par rapport au procédé breveté. Ce produit existe dès lors que le procédé breveté a été mis en œuvre. De surcroît, l'usage du participé passé « obtenu » ne permet pas de présupposer sur les exigences relatives aux caractéristiques du produit résultant du procédé breveté, notamment une condition de matérialité.

1021V. en ce sens : SCHÜLL G., *Digital data products : no end to patent piracy*, Building and enforcing intellectual property value, 2013, p. 91 : cet auteur précise, toutefois, que « *in cases where the data characteristics are at least partially changed, a new digital data product is created. Provided that the characteristics of the data generated by previous processing are preserved, the digital data product is still a direct product of that process* ».

131. **Les produits directement obtenus par le procédé** – Il faut que le produit en cause soit obtenu « directement » du procédé et non pas potentiellement obtenu par celui-ci. Autrement dit, cet adverbe vient limiter l’extension de protection et met en évidence le lien étroit entre le produit du procédé et le procédé breveté. Nous pouvons interpréter cet adverbe de deux manières. En effet, l’adverbe « directement » renvoie soit à l’idée d’une succession directe dans le temps, soit à un effet direct technique, juridique ou personnel sans l’intervention d’autres étapes. De ces observations, nous pouvons estimer que, pour qu’un produit puisse être considéré comme « directement » obtenu par un procédé, il doit exister un lien suffisamment étroit entre le procédé et le produit. Ce lien pourra se caractériser en prenant en compte la description et les revendications du brevet. Finalement, les termes « directement » et « obtenu » établissent un lien accessoire entre le procédé breveté et le produit qui en est issu. En raison de ce lien accessoire entre le produit et le procédé, la portée du « produit » est déterminée par l’échelon final du procédé breveté.

Cette exigence de lien direct fait que le brevet de procédé ne couvre que le produit effectivement obtenu par le procédé breveté. Ainsi, la réalisation du produit par un autre procédé reste libre¹⁰²². Cela illustre la différence entre la protection prévue pour le brevet de produit et celle pour le brevet de procédé. Dans le premier cas, le produit est protégé quelle que soit la manière dont il est obtenu et, par conséquent, même s’il est obtenu par un procédé différent de celui décrit dans le titre. Dans le second cas, la protection est relative dans la mesure où il est nécessaire que le produit ait été obtenu avec le procédé breveté.

132. **Une solution pragmatique face à l’immatérialité des produits** – Au total, force est de constater que la solution de l’extension de protection des objets incorporels résultant d’un procédé breveté est pragmatique au regard de l’évolution technologique de la société de l’information. Il existe effectivement de plus en plus de procédés aboutissant à des produits incorporels. Cette reconnaissance des produits incorporels dans le champ de l’article L. 613-2 du Code de la propriété intellectuelle permet donc d’atteindre un juste équilibre des intérêts entre l’inventeur et la collectivité. Cet équilibre est d’autant plus perceptible que le champ d’application de l’alinéa 2 de l’article L. 613-2 du Code de la propriété intellectuelle est strictement circonscrit. En effet, l’extension de protection ne touche pas tous les produits obtenus par le procédé breveté, mais simplement ceux qui en résultent immédiatement et qui se trouvent dans une « *dépendance nécessaire et immédiate* »¹⁰²³ avec le procédé. En somme,

1022V. l’exemple donné par le Professeur William DROSS sur le procédé de synthèse d’une molécule existante à l’état naturel (DROSS W., *op. cit.*, p. 816-817, n° 444-3).

1023PASSA J., *op. cit.*, p. 555, n° 490

il faut caractériser un lien direct entre le produit en cause et le procédé. Comme le relève le Professeur Jean-Marc DELTORN, ce lien direct entre le procédé et le produit existe « lorsqu'il est établi que ce dernier constitue le produit final du procédé (et non un produit intermédiaire) ou, lorsque ledit produit est soumis à une transformation ultérieure, qu'il conserve ses caractéristiques essentielles – c'est-à-dire telles que dérivées du procédé »¹⁰²⁴. En pratique, le lien direct entre les données numériques en tant que produits et le procédé pourra se faire par l'identification, marquage numérique tel que l'extension de nom de fichiers¹⁰²⁵.

B. Les limitations de l'extension de protection du brevet de procédé

133. **L'exclusion des produits intermédiaires de l'extension de protection** – La reproduction d'informations peut être considérée comme un procédé, mais aussi être concrétisée au sein d'un produit. Néanmoins, ce produit s'adresse à l'esprit humain et nécessite, dès lors, son intervention compréhensive pour reconnaître sa signification. Nous estimons alors que dans ce cas, ce produit relève du produit intermédiaire. Il ne s'agit pas d'un produit final du procédé. Ce faisant, il ne bénéficie pas de l'extension de protection prévue par l'alinéa 2 de l'article L. 613-2 du Code de la propriété intellectuelle. À titre d'exemple, nous pouvons mentionner une décision allemande de l'*Oberlandesgericht* de Düsseldorf du 11 octobre 2010¹⁰²⁶ concernant l'affaire *Hunde-Gentest*. En l'espèce, il s'agissait d'un brevet allemand portant sur un procédé de détection de la sensibilité à un antiparasitaire pour des sujets canins. Le titulaire du brevet poursuivait une société tierce sur le fondement du § 9 du *Patentgesetz*. Bien que cette société n'analysât pas elle-même le matériel d'échantillon d'ADN, elle l'envoyait à un laboratoire partenaire en Slovaquie, pays dans lequel aucun brevet pour ce procédé n'avait été déposé. Ce laboratoire effectuait sur place la procédure de test conforme au brevet allemand et transmettait ensuite les résultats ainsi obtenus. Aussi, la question se posait de savoir si les résultats des tests obtenus par le laboratoire slovaque relevaient de la notion de « *produits obtenus directement par un procédé breveté* ». En première instance, le *Landgerichts* de Düsseldorf avait rejeté le demande du titulaire du brevet¹⁰²⁷. Saisie, la Cour d'appel a estimé que les procédés, dans lesquels aucun

1024DELTORN J.-M., *op. cit.*, p. 291

1025SCHÜLL G., *op. cit.*, p. 91

1026Oberlandesgericht Düsseldorf, 11 novembre 2010 – I-2 U 40/10, InstGE 12, 258, 260, disponible [en ligne] : <https://d-prax.de/?p=4931> (consulté le 11/06/2024)

1027Landgericht Düsseldorf, 16 février 2010, affaire 4b 0 247/09-Hunde-Gentest, disponible à l'adresse : <https://www3.hhu.de/duesseldorfer-archiv/?p=813> (consulté le 10 septembre 2016)

produit n'était créé ou ne variait dans sa constitution, mais qui, au contraire, agissaient sur une chose sans la modifier (par exemple, en l'examinant, en la mesurant ou en la transportant simplement), restaient en dehors du champ d'application du § 9 du *Patentgesetz*¹⁰²⁸. En l'espèce, le résultat d'analyse obtenu à l'issue du procédé breveté n'était qu'une information tenant sur la présence ou non d'un défaut génétique déterminé. Les juges allemands ont ainsi considéré qu'une telle connaissance purement intellectuelle ne pouvait relever de la notion de « produit ». Ici, l'information du test n'était qu'un produit intermédiaire puisqu'elle nécessitait l'intervention humaine pour sa compréhension.

134. **L'exigence d'un procédé breveté** – Gardons à l'esprit que cette extension de protection prévue à l'article L. 613-2 du Code de la propriété intellectuelle n'est possible qu'en présence d'un procédé breveté. Or, dans l'environnement numérique, nous pouvons nous poser la question de savoir si un simple procédé de codage est, en tant que tel, brevetable. Considérer que tout codage d'informations est suffisant pour être qualifié de procédé aura, selon nous, pour conséquence fâcheuse d'élargir de manière excessive le champ d'application de l'alinéa 2 de l'article L. 613-2 du Code de la propriété intellectuelle. Il s'agit alors d'atteindre un juste équilibre. La catégorie de revendications de procédés couvre généralement les activités qui entraînent une modification d'un état de la nature et impliquent habituellement la transformation ou le traitement d'une forme de matière ou d'énergie¹⁰²⁹. Néanmoins, dans l'affaire *Geruchsauswahl/Quest International* du 22 mars 2006, une chambre de recours techniques de l'Office européen des brevets avait estimé qu'il existait une sous-catégorie particulière de procédés qui ne conduisaient pas réellement à un objet transformé ou à une forme d'énergie traitée, mais qui produisaient uniquement des informations. Cela vise le cas des méthodes d'essai, de mesure et de sélection. Cette sous-catégorie est ce que les chambres de recours techniques appellent des « *procédés de travail* »¹⁰³⁰. En d'autres termes, il convient de distinguer au sein de la catégorie des brevets de procédés, les procédés de fabrication des procédés de travail. Nous entendons par procédé de travail, l'action par laquelle des étapes de travail sont exécutées sans qu'une modification

1028Oberlandesgericht Düsseldorf, 11 novembre 2010 – I-2 U 40/10, InstGE 12, 258, 260, pt. II. 3 : « *bleiben reine Arbeitsverfahren, bei denen kein Erzeugnis geschaffen oder in seiner Konstitution variiert, sondern – im Gegenteil – veränderungsfrei auf eine Sache eingewirkt (diese z.B. bloß untersucht, gemessen oder befördert) wird, außerhalb des Anwendungsbereichs von § 9 Satz 2 Nr. 3 PatG (Schulte, PatG EPÜ, 8. Aufl., § 9 PatG Rn. 82 f.; Benkard, PatG GebrMG, 10. Aufl., § 9 PatG Rn. 53 f.; Benkard, EPÜ, 2002, Art. 64 Rn. 22; Busse, PatG, 6. Aufl., § 9 PatG Rn. 101; Mes, PatG GebrMG, 2. Aufl., § 9 PatG Rn. 44; von Meibom/vom Feld, Festschrift Bartenbach, 2005, S. 385, 390 f.; Kraßer, Patentrecht, 6. Aufl., S. 773; Schramm, Der Patentverletzungsprozess, 6. Aufl., S. 128 f.; Jestaedt, Patentrecht, 2. Aufl., Rn. 556-562).* »

1029OEB, CRT 3.4.02, 22 mars 2006, aff. T 0619/02, *Geruchsauswahl/Quest International*, pt. 2.4.1

1030OEB, CRT 3.2.02, 21 octobre 1987, aff. T 0378/86, *Kategoriewechsel*, JO OEB 1988, 386, pt 3.1.7

de l'objet traité soit l'objectif du procédé, à la différence du procédé de fabrication. La question se pose alors de savoir si de tels résultats obtenus par ce type de procédé, c'est-à-dire des informations, et l'effet correspondant, notamment la nature et le contenu de ces informations, sont suffisants pour conférer un caractère technique au procédé revendiqué. Sur ce point, il ressort de la position l'Office européen des brevets que ne constituent pas des procédés au sens de l'article 64 (2) de la Convention de Munich de simples procédés de mesure, de test et de sélection, dès lors que ceux-ci ne produisent pas d'informations techniques¹⁰³¹. Néanmoins, pour écarter cette exclusion, il suffit qu'il ressorte de la demande de brevet que la structure de données produite ou modifiée ne sert pas exclusivement à l'obtention, à l'extraction ou à l'évaluation des informations qui y sont codées, ce qui est typiquement le cas des procédés de mesure, de transmission et d'analyse. De surcroît, un procédé de traitement de données visant principalement à obtenir et à présenter des informations au sens de l'article 52, (2) d) de la Convention sur le brevet européen ne constitue pas un procédé au sens de l'article 64, (2) de ladite Convention. Ainsi, n'est pas brevetable une méthode pour le filtrage numérique de données dès lors qu'il n'est pas spécifié que ces données représentent une entité physique¹⁰³².

Ce constat est-il remis en cause avec l'intervention de l'informatique ? En d'autres termes, les données numériques porteuses d'informations peuvent-elles être couvertes par l'extension de protection ? Le logiciel peut être considéré tout à la fois comme un procédé et comme un produit sous forme de séquence de *bits*. Il existe des procédés brevetables mis en œuvre par ordinateur, grâce auxquels des structures de fichiers électroniques peuvent être créées. Nous pouvons citer, à titre d'exemple, les procédés mis en œuvre par ordinateur pour créer une structure de bibliothèque électronique¹⁰³³. Dans ce cadre, nous estimons que la structure de la bibliothèque obtenue par ce type de procédé constitue le produit obtenu directement par procédé. Partant, cette structure de données peut relever de l'extension de protection de l'article L. 613-2 du Code de la propriété intellectuelle. Cette solution peut se

1031V. par ex. OEB, CRT 3.4.02, 22 mars 2006, aff. T 0619/02, *Geruchsauswahl/Quest International* : en l'espèce, le brevet portait sur une méthode d'évaluation des odeurs. La chambre des recours techniques a conclu que ce procédé reposait uniquement sur l'appréciation perceptive d'odeurs et de stimuli en vue d'évaluer leurs attributs de perception esthétique évocatrice, leur « valeur émotionnelle », et que le résultat du procédé revendiqué consistant en une sélection non technique, étant donné qu'aucune information technique, c'est-à-dire aucune propriété ou signification technique, ne pouvait être attribuée à l'odeur sélectionnée au-delà d'un simple effet perceptif. Ainsi, la chambre a considéré qu'aucun effet technique n'était obtenu par le procédé revendiqué.

1032OEB, CRT 3.5.01, 15 juillet 1986, aff. T 0208/84, *Invention concernant un calculateur*, pt. 7

1033V. par ex. WO2022042363, demande publiée le 3 avril 2022 concernant un procédé de multiplexage de bibliothèque partagée et dispositif électronique se rapportant au domaine des dispositifs électroniques ; EP3792768 demande publiée le 17 mars 2021, invention portant sur un procédé de construction d'une bibliothèque de scénarios de test, un dispositif électronique et un support relatif à la conduite autonome et pouvant être utilisés dans un domaine du stationnement autonome.

généraliser à toutes structures de données. Néanmoins, il faut distinguer la structure de données et son contenu cognitif c'est-à-dire la donnée sémantique. Ce contenu cognitif nécessitant l'intervention de l'esprit humain pour être compris, nous considérons qu'il ne peut bénéficier de cette extension de protection.

Finalement, nous devons garder une vision pragmatique en prenant en compte tant les intérêts du titulaire du brevet de procédé que ceux des tiers. Ainsi, il ne semble pas approprié d'étendre la protection du brevet de procédé à la dimension informationnelle de la donnée numérique¹⁰³⁴, c'est-à-dire à la donnée au sens sémantique. Ce contenu ne relève pas de la notion de produit d'un brevet de procédé sauf au risque de dénaturer la notion de produit et la logique de la disposition. Par ailleurs, une telle interprétation préserve la libre circulation de l'information. Le refus d'étendre la notion de produit aux contenus informationnels s'observe clairement au niveau la jurisprudence allemande avec l'affaire déjà citée *Hunde-Gentest* et celle ayant donné lieu à la décision du 22 octobre 2015 de l'*Oberlandesgericht* de Munich¹⁰³⁵.

Au total, la question de l'extension de protection aux données numériques n'a pas encore actuellement été abordée de manière approfondie par la jurisprudence tant française qu'européenne¹⁰³⁶. Dès lors, nous ne pouvons que développer une analyse théorique, celle-ci pouvant, toutefois, être différente de celle retenue par les juges. Par ailleurs, des questions tenant à l'articulation entre le droit des brevets et le droit d'auteur pourront naître en raison de l'extension de la protection à certains objets incorporels¹⁰³⁷. Ne risque-t-il pas d'y avoir une « *forme d'absorption* »¹⁰³⁸ du droit du brevet par le droit d'auteur ?

1034En ce sens, v. Commission européenne, MENDIS, D., BERND NORDEMANN, J., BALLARDINI, R., et al., op. cit., p. 40

1035Oberlandesgericht München, 22 octobre 2015, affaire 6 U 4891/14, (2015) Beck-RS 18783

1036À l'exception de quelques décisions allemandes que nous avons pu relever au cours de notre étude.

1037DELTORN J.-M., op. cit., p. 291

1038*Intelligence artificielle et brevetabilité*, in Données et technologies numériques (NEVEJANS N. (sous-dir.)), Mare and Martin, coll. Droit & Science Politique, 13 mai 2021 : pour qui, le droit d'auteur devrait prévaloir « *en tant que véritable propriété de droit naturel face au monopole commercial d'exploitation accordé par le brevet* ».

Conclusion du chapitre 2

135. Étant donné les liens étroits unissant la donnée à l'informatique, il est légitime de questionner la possibilité de se réserver les données par le brevet. Pour ce faire, la donnée doit être qualifiée d'invention. Or, une première difficulté surgit. Que recouvre réellement la notion d'invention ? L'invention se définit habituellement comme une solution technique à un problème technique. Il ressort de notre étude que c'est principalement l'aspect technique qui conduit à exclure la donnée numérique en tant que telle du domaine de la brevetabilité. En effet, sur le plan syntaxique, la représentation binaire ou alphanumérique de l'information relève davantage d'une construction intellectuelle que d'une réalisation technique. À l'inverse, les structures ou formats de données mis en œuvre sur un support présentent un caractère technique « *s'ils sont axés sur une utilisation technique et s'ils produisent un effet technique lorsqu'ils sont utilisés conformément à l'utilisation technique ainsi envisagée* »¹⁰³⁹. Partant, selon une approche sémiotique, rien ne semble exclure les données numériques dites structurales de la notion d'invention, dès lors qu'elle résulte d'un processus intellectuel et qu'elle recèle une fonction technique.

Ce premier constat nous a incités à examiner de plus près la possibilité de qualifier la donnée numérique de « produit » au sens de l'article L. 613-2, alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle. Il s'agit, en cela, de vérifier si la donnée peut bénéficier de l'extension de protection dans le cadre des inventions de procédé. Faute de jurisprudence française, nous avons axé notre recherche sur l'étude de la jurisprudence allemande qui nous a apporté des éléments de réponse précieux. Tout d'abord, rien n'interdit à ce que le produit, au sens de l'article L. 613-2, alinéa 2, précité, soit immatériel. Ensuite, le produit doit être obtenu directement par le procédé breveté. Autrement dit, seul le produit final du procédé bénéficie de cette extension de protection. Cela exclut donc les produits intermédiaires. Sur ce point, l'affaire *Hunde-Gentest*¹⁰⁴⁰ nous a permis d'approfondir notre analyse. Il ressort que lorsque le produit issu du procédé breveté s'adresse uniquement à l'esprit humain nécessitant son intervention pour décoder sa signification, ce produit est alors un produit intermédiaire. Partant, il ne bénéficie pas de l'extension de protection. Cela vise principalement les données sémantiques, c'est-à-dire le contenu cognitif.

¹⁰³⁹Directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets, mars 2024, Partie G, ch. II, 3.6.3.

¹⁰⁴⁰Landgericht Düsseldorf, 16 février 2010, affaire 4b 0 247/09-Hunde-Gentest, disponible à l'adresse : <https://www3.hhu.de/duesseldorfer-archiv/?p=813> (consulté le 10 septembre 2016)

Au terme de notre analyse, il ressort que le droit des brevets, bien qu'essentiel pour protéger les créations techniques, n'appréhende pas la donnée en tant que telle, faute pour cette dernière de présenter un caractère technique.

CONCLUSION DU TITRE I

136. Il ressort de notre analyse qu'aucun droit de propriété intellectuelle n'offre une base convaincante ou complète pour la réservation des utilités des données numériques. En effet, ces droits se révèlent rigides¹⁰⁴¹ et n'assurent pas une protection juridique efficace et entière des données numériques en tant que telles. Que ce soit le droit d'auteur ou le droit des brevets, tous deux rencontrent des difficultés pour appréhender ce nouvel objet numérique.

137. **Réservation des utilités des données numériques : les limites du droit d'auteur** – Le droit d'auteur s'avère incapable de protéger une donnée numérique brute prise isolément et cela, en raison de l'exigence de l'empreinte de la personnalité de l'auteur. Mais de cela, il ne s'ensuit pas une exclusion *de facto* de toute protection des données numériques. Celles qui sont traitées, ou structurées peuvent, comme nous l'avons démontré, relever soit de la sphère du droit d'auteur, soit du droit *sui generis* des producteurs de bases de données. Néanmoins, des difficultés subsistent. Pour le droit d'auteur, c'est la problématique connue des droits reconnus à l'auteur dans le cadre d'une création salariale qui émerge. Pour le droit *sui generis* des producteurs de bases de données, c'est la protection limitée à l'investissement. En effet, la réservation conférée par ce droit *sui generis* ne couvre pas l'intégralité des intérêts économiques liés à l'exploitation des bases de données. En réalité, seules les extractions, les réutilisations de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu de la base de données ou les extractions et réutilisations répétée et systématique de parties qualitativement ou quantitativement non substantielles sont interdites. Dès lors, le producteur de bases de données ne peut interdire, même contractuellement, les extractions ou réutilisations non substantielles et non répétées d'une donnée.

Par ailleurs, comme l'avait relevé le Professeur André LUCAS, le « *monopole d'auteur ne présente aucun intérêt pour le créateur qui voudrait se réserver l'exclusivité de sa [création]* »¹⁰⁴². Ce constat se retrouve à l'identique en matière de base de données avec le droit *sui generis* des producteurs de bases de données. Aussi, la propriété littéraire et artistique ne semble pas constituer un outil efficace de réservation des utilités des données numériques.

1041 Cette rigidité des droits de la propriété intellectuelle avait également été observée pour l'appréhension des techniques de réalité virtuelle (LATIL A., *L'appropriation de la réalité virtuelle : une affaire sensible*, in *La propriété intellectuelle renouvelée par le numérique* (sous-dir. Bérengère Gleize, Agnès Maffre-Baugé) Dalloz, Paris, novembre 2020, p. 78-86).

1042 LUCAS A., *La protection des créations industrielles abstraites*, Librairies techniques, 1975, § 285

Elle ne permet pas, effectivement, une réservation de la donnée ni au niveau pragmatique, ni au plan sémantique c'est-à-dire le contenu informationnel.

138. **Le droit des brevets face aux données numériques : précisions nécessaires** – Quant au droit des brevets, comme l'avait noté Maître Jean-Paul TRIAILLE, « *on lit parfois que si le droit d'auteur ne s'attache qu'aux créations de « forme », le droit des brevets, par contre, protégerait « le fond » et l'information elle-même* »¹⁰⁴³. Cette affirmation, quoique séduisante, doit, toutefois, être nuancée. En effet, le brevet n'est délivré qu'en présence d'une invention répondant à des conditions strictes faisant largement obstacle à la brevetabilité d'une simple donnée numérique prise isolément¹⁰⁴⁴. Par ailleurs, nous avons constaté la proximité des données numériques avec certaines exclusions de l'article L. 611-10 du Code de la propriété intellectuelle, notamment les logiciels et la présentation d'informations. Néanmoins, l'Office européen des brevets, a adopté une interprétation littérale de la liste des « non-inventions », pratique suivie par la Cour de cassation. Il en résulte un rétrécissement du périmètre des exclusions à la brevetabilité. Aussi, des données numériques pourront-elles être protégées indirectement dès lors que celles-ci sont incluses dans un ensemble ayant des caractéristiques techniques et visant à répondre à un problème technique. Reste que les créations constituées uniquement de données numériques poseront indubitablement des difficultés dans la caractérisation de la technicité.

De surcroît, l'une des faiblesses du droit des brevets est la nécessité de la publicité. Aussi, la donnée numérique faisant l'objet d'un brevet devra-t-elle être livrée au public. Une telle exigence pourra, par conséquent, largement limiter l'attrait de ce mode de réservation. Il s'agit d'une différence importante avec le droit de propriété du Code civil. Pour reprendre l'image du Professeur ROUBIER, « *le propriétaire referme la main sur la chose qu'il possède, alors que l'inventeur ou l'auteur l'ouvrent toute grande pour livrer au public leur trésor* »¹⁰⁴⁵.

Par ailleurs, la disposition de l'article L. 613-2, alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle pourra connaître un renouveau grâce à l'environnement numérique. En effet, rien textuellement n'empêche de considérer les données numériques comme des « *produits* »

1043 TRIAILLE J.-P., *La protection des idées. Les modes non contractuels de protection des idées en droit belge*, Journal des tribunaux, 10 décembre 1994, 113^e année, n° 5738, p. 799

1044 Outre la difficile caractérisation de la technicité d'une donnée numérique, la condition tenant à l'application industrielle constituera un obstacle à la brevetabilité de la donnée. Celle-ci implique la simple possibilité de fabriquer ou d'utiliser l'objet dans tout genre d'industrie (AZÉMA J. et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, Paris, coll. Précis, septembre 2017, 8^e éd., spéc. p. 217, n° 302). En effet, une donnée numérique en tant que telle semble ne pas être susceptible d'une application industrielle.

1045 ROUBIER P., *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, Paris, 1952, p. 95, n° 21

au sens de la disposition précitée. Toutefois, cette extension de protection est strictement encadrée. Elle ne peut inclure les données sémantiques, c'est-à-dire le contenu informationnel.

Finalement, nous constatons que la propriété intellectuelle ne tarit pas la problématique de la réservation des utilités des données numériques. Faire rentrer impérativement les données numériques dans la sphère du droit de propriété intellectuelle manifeste cette tendance à vouloir ramener les biens intellectuels à de simples objets du commerce¹⁰⁴⁶ sans tenir compte d'autres valeurs comme la culture, la santé, etc.

¹⁰⁴⁶VIVANT M. (sous-dir.), *Protéger les inventions de demain. Biotechnologies, logiciels et méthodes d'affaires*, La Documentation française, Paris, coll. Propriété intellectuelle. 7 juillet 2003, p. 211

TITRE II. UNE RÉSERVATION AU MOYEN DU DROIT COMMUN

139. Nous avons mis en exergue les difficultés pour les droits de propriété intellectuelle à appréhender la donnée numérique en tant que telle. Est-ce à dire que le détenteur reste démuni face à des comportements de tiers portant atteinte à la valeur de ses données ? La réponse est assurément négative. Comme le notait à juste titre le Professeur Fabrice SIIRIAINEN, « *contrairement à la vision classique qui veut que seul le législateur puisse créer des droits de propriété sur des choses incorporelles, il semble que l'ordre juridique fournisse également les moyens d'organiser une appropriation de l'information non protégée par un droit exclusif, lorsque la valeur et l'utilité le justifient* »¹⁰⁴⁷.

Le droit des contrats et la responsabilité civile ont pu être analysés par Professeur MOUSSERON comme « *le mode de réservation de droit commun des valeurs immatérielles nouvelles.* »¹⁰⁴⁸. Ils sont également « *des moyens autonomes de régulation* »¹⁰⁴⁹ dans l'économie numérique. Il s'agit de mécanismes particulièrement souples. D'un côté, le contrat, instrument d'échange économique laisse aux parties la liberté de déterminer son contenu. Ainsi, l'un des contractants a la possibilité de se réserver, par le jeu d'une clause, les utilités potentielles de ses données numériques (**Chapitre 1^{er}**). En cela, le contrat vient imiter le modèle de la propriété. De l'autre côté, la responsabilité civile, avec ses notions larges telles que la faute, permet de sanctionner les atteintes à une valeur économique. Or, les données numériques recèlent une valeur qui est susceptible d'être protégée par le Droit. Il ne faut, effectivement, pas oublier que la finalité de responsabilité extracontractuelle n'est pas tant la réparation du préjudice subi que de mettre un terme aux actes contraires au Droit¹⁰⁵⁰. En cela, il permet une réservation *ex post* des données (**Chapitre 2**).

1047SIIRIAINEN F., *L'appropriation de l'information : grandeur ou décadence de la propriété ?*, in Immatériel, nouveaux concepts (sous-dir. Jacques DE BANDT et Geneviève GOURDET), p. 137

1048MOUSSERON J.-M., *Valeurs, biens, droits*, in Mélanges Breton-Derrida, Dalloz, Paris, 1991, n° 10 et s., p. 281 s. – V. ég. SIIRIAINEN F., *op. cit.*, p. 137 ; PASSA J., *Incidence de la liberté contractuelle sur l'existence et la portée des droits de propriété intellectuelle ?*, RDC, décembre 2020, n° 4, p. 141 pour qui « *les mécanismes contractuels ou délictuels de droit commun ont parfois pu contribuer à assurer la protection – alors, non privative – de certains objets incorporels avant que la loi spéciale ne vienne instituer pour eux de nouveaux droits de propriété intellectuelle* »

1049FRISON-ROCHE M.-A., *Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique*, RTD Civ., 1998, p. 43, n° 3 : définissant la régulation comme « *une sorte d'accompagnement de l'économie, entre l'abandon et la mise sous tutelle* »

1050BLOCH C., *Réparation en nature*, chapitre 2311, in Droit de la responsabilité et des contrats 2021/22 (sous-dir. Philippe Le Tourneau), Dalloz, Paris, septembre 2020, 12^e éd., p. 1106-1107, n° 2311.21

Nous entendons mener une analyse critique de ces mécanismes afin d'évaluer leur aptitude à assurer une réservation adéquate des utilités des données numériques.

Chapitre 1^{er}. – La réservation par l'effet des clauses contractuelles

Chapitre 2. – La réservation par les obligations extracontractuelles

Chapitre 1^{er}. La réservation par l'effet des clauses contractuelles

140. **Le contrat, créateur de lien juridique** – L'article 1101 du Code civil présente le contrat comme « *un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ». Il est la première façon de créer un lien juridique d'obligation entre individus¹⁰⁵¹. Ce faisant, il participe à notre économie en tant qu'un instrument d'échanges¹⁰⁵², « *flexible, égalitaire, émancipateur* »¹⁰⁵³. L'archétype est, bien entendu, le contrat de vente. La « *fonction organisationnelle* »¹⁰⁵⁴ du contrat participe en soi au mouvement de contractualisation touchant le droit¹⁰⁵⁵.

Nous ne pouvons pas écarter la question de la réservation des utilités des données numériques par le biais de clauses contractuelles, d'autant plus qu'il ressort de l'étude en soutien à l'évaluation de la directive 96/9/CE, l'idée que le contrat constitue un moyen efficace pour protéger l'investissement dans les bases de données. Selon cette étude, 25 % des personnes interrogées pensent que la protection contractuelle est plus forte que la protection au titre du droit *sui generis*¹⁰⁵⁶.

141. **La liberté contractuelle** – La liberté contractuelle, principe à valeur constitutionnelle¹⁰⁵⁷, implique la liberté de contracter ou de ne pas contracter. Mais, c'est

1051 FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations Tome 1 – Contrat et engagement unilatéral*, PUF, Paris, coll. Thémis, juillet 2016, 4^e éd., p. 29, n° 27

1052 HAURIOU M., *Principes de droit public à l'usage des étudiants*, Sirey, Paris, 1916, 2^e éd., p. 196 ; DUSSART M.-L., *Constitution et économie*, Dalloz, Paris, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 144, avril 2015, p. 229, n° 314 ; MEKKI M., *Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat*, RDC, juin 2016, n° 2, p. 400 ; MESTRE J., *L'évolution du contrat en droit privé français*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journée René Savatier (Poitiers, 24-25 octobre 1985), PUF, 1986, p. 41 et s. ; BÜRKLE J. et MAHIEU R., *Nouveau droit des contrats et « contract management » : pour une meilleure performance des contrats d'affaires*, RLDC, 1^{er} mai 2018, n° 159, p. 13

1053 SUPIOT A., *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Le Seuil, Paris, coll. La couleur des idées, 2005, p. 142 – V. ég. VIVANT M., *Nouvelles frontières, nouvelles technologies : nouveau droit ?*, Revue des juristes de sciences Po, juin 2019, n° 17, p. 53, n° 9

1054 MEKKI M., *Les incidences du mouvement de contractualisation sur la fonctions du contrat*, in *La contractualisation de la production normative* (sous-dir. Chassagnard-Pinet S. et Hiez D.), Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, octobre 2008, p. 331 et s.

1055 VASSEUR M., *Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle*, RTD Civ., 1964, p. 5 et s. ; ROCHFELD J., *Les grandes notions du droit privé*, PUF, Paris, coll. Thémis, 1 décembre 2022, 3^e éd., p. 525, n° 7-1 ; MONTEILLET V., *La contractualisation du droit de l'environnement*, Dalloz, Paris, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 168, avril 2017, p. 375, n° 475

1056 RADAUER A., GKOGKA A., CALATRAVA MORENO M. del C. et al., *Study in support of the evaluation of Directive 96/9/CE on the legal protection of database*, SMART number 2017/0084, p. 86, Disponible en ligne sur : <https://www.technopolis-group.com/wp-content/uploads/2020/02/Study-in-Support-of-the-Evaluation-of-the-Database-Directive.pdf> (consulté le 15/09/2022)

1057 Cons. const., 19 décembre 2000, n° 2000-437 DC, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001. V. ég. GAHDOUN P.-Y., *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 76, 2 avril 2008, n° 208 s., n° 416

également la liberté de choisir son contractant et de définir librement les termes de l'engagement. Ce dernier aspect de la liberté contractuelle donne la possibilité aux parties de concevoir des montages contractuels adaptés à leur situation. Ainsi, cela laisse libre cours à l'imagination des rédacteurs pour adapter aux mieux les contrats à leur situation et aux objectifs poursuivis. Le contrat se révèle ainsi être un instrument d'une extrême souplesse et peut s'adapter aux nouveaux enjeux économiques et à l'environnement numérique.

Cependant, cette liberté connaît des limites. Comme le rappelle expressément l'article 1102 du Code civil, « *la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public* ». De même, l'article 6 dispose qu'« *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». Aussi, l'ordre public permet de faire échec à des contrats qui iront à l'encontre « *de règles légales ou prétoriennes* »¹⁰⁵⁸.

142. **Le contrat, un rapport de pouvoir** – Initialement, le contrat était fondé sur le principe de l'autonomie de la volonté¹⁰⁵⁹ vu comme « *organe créateur du droit* »¹⁰⁶⁰. Cette doctrine de l'autonomie de la volonté a inspiré de nombreuses règles parmi lesquelles celle de la liberté contractuelle, du consensualisme, de la force obligatoire et celle de l'effet relatif du contrat¹⁰⁶¹. Ce principe part du postulat que le contrat repose sur la volonté de ceux qui s'engagent. Il s'appuie sur l'idée du respect de la parole donnée, *pacta sunt servanta*. Sans l'énoncé explicitement, les rédacteurs du Code Napoléon se sont inspirés du principe de l'autonomie de la volonté¹⁰⁶². Le Code de 1804 adoptait une approche classique individualiste et libérale. Ce postulat correspond à la formule de FOUILLÉE, disciple de KANT selon laquelle « *Qui dit contractuel, dit juste* »¹⁰⁶³. Ce principe présuppose que les contractants soient libres et égaux. Il s'agit d'une vision somme toute simpliste qui est démentie en pratique. En effet, souvent, les contractants ne sont pas sur un pied d'égalité. Aussi, l'autonomie de la volonté se révèle-t-elle, finalement, un « *mythe déprimé* »¹⁰⁶⁴. Ainsi, dès le

1058CHANTEPIE G. et LATINA M., *Le nouveau droit des obligations ; commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, Paris, 28 mars 2024, 3^e éd., p. 96, n° 95

1059V. pour le concept d'autonomie de la volonté : RANOUIL E., *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, PUF, Paris, 1980, p. 9

1060GOUNOT E., *Le principe de l'autonomie e la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Bourgogne, 1912, p. 3

1061RANOUIL E., *op. cit.*, p. 11 ; V. ég. MACKAAY E., ROUSSEAU S., LAROUCHE P. et al., *Analyse économique du droit*, Dalloz, Paris, coll. Méthodes du droit, mai 2021, 3^e éd., p. 376, n° 1125

1062RANOUIL E., *op. cit.*, p. 9 – V. contra OPPETIT B., *Philosophie du droit*, Dalloz, Paris, Précis Droit privé, 1999, 1^{er} éd., p. 129-130, n°119

1063CARBONNIER J., *Droit civil, T. 4, Les obligations*, PUF, Paris, 1994, 18^e éd., p. 51, p. 8, n° 2

1064STARCK B., ROLAND H. et BOYER L., *Droit civil – Les obligations – T. 2. Contrat*, Litec, Paris, 1998, 6^e éd.

XIX^e siècle, une approche renouvelée s'est fait jour en raison des évolutions de la sphère sociale. Le contrat correspond, en réalité, à un rapport de pouvoir. Désormais, « *la relation contractuelle, si elle est d'abord le cadre de la rencontre d'intérêts, apparaît aussi comme un lieu privilégié d'exercice de pouvoirs, par essence unilatéraux* »¹⁰⁶⁵. Cela s'observe en particulier dans le cadre des contrats d'adhésion. Dans ce type de contrat, l'une des parties ne peut négocier le contenu du contrat, elle ne peut qu'accepter ou refuser de contracter. Partant, des mécanismes de rééquilibrage ont été adoptés par le Législateur, principalement, dans le cadre de contrats de consommation.

143. **Le contrat, un instrument permettant d'imiter le « modèle » de propriété** – La distinction fondamentale entre le droit des contrats et le droit des biens n'obère en rien la possibilité pour les parties, par voie contractuelle, de mettre en place des mécanismes mimétiques de la propriété¹⁰⁶⁶. Par emprise « intellectuelle » sur les données, le contrat pourra permettre d'organiser une emprise juridique. Pour le Professeur Fabrice SIIRIAINEN, « *le but poursuivi au travers de cette technique contractuelle n'est [...] que « la recherche d'une protection de certaines « propriétés économiques »* »¹⁰⁶⁷. De même, le Professeur Alain STROWEL inclut dans le régime d'appropriation, et à côté des droits de propriété, les contrats¹⁰⁶⁸. Dans le rapport du CSPLA en date du 11 octobre 2011, il est même indiqué que « *le droit de la propriété intellectuelle pourrait [...] se voir remplacé par la combinaison d'un contrôle contractuel et technique* »¹⁰⁶⁹. Il convient d'interroger la capacité du contrat à produire des effets juridiques suffisamment proches de ceux des droits de propriété intellectuelle pour assurer une réservation adéquate des utilités des données numériques¹⁰⁷⁰. La situation de la protection des variétés végétales illustre parfaitement le rôle important que peut jouer le contrat. En effet, antérieurement à l'instauration du certificat d'obtention

1065ANCEL P., *L'accroissement de l'unilatéralité dans le contrat ?*, in La contractualisation de la production normative (sous-dir. Chassagnard-Pinet S. et Hiez D.), Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, octobre 2008, p. 307 – V. ég. ROCHFELD J., *op. cit.*, p. 538

1066MOUSSERON J.-M., RAYNARD J. et REVET T., *De la propriété comme modèle*, in Mélanges offerts à André Colomer, Litec, Paris, 1993, p. 293

1067SIIRIAINEN F., *op. cit.*, p. 139

1068STROWEL A., *Nature, culture et langue : entre propriété et commun*, in Le droit malgré tout ; Hommage à François Ost, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2018, p. 768-769

1069Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, *Droit de la propriété littéraire et artistique, données et contenus numériques, Mission présidée par Valérie-Laure Benabou*, Rapport présenté au CSPLA le 11 octobre 2018, septembre 2018, p. 7 – V. dans le même sens : LATIL A., *Recherche de paternité ; Quels modes de réservation des créations générées par intelligence artificielle*, in La propriété intellectuelle renouvelée par le numérique (sous-dir. Bérengère Gleize et Agnès Maffre Baugé), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, novembre 2020, p. 46).

1070V. en ce sens : BERGÉ J.-S., *Remarques conclusives : quelle contractualisation pour quelle propriété intellectuelle ?*, in Les contrats de la propriété intellectuelle (sous-dir. Jean-Michel Bruguière, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, décembre 2013, p. 130

végétale, les praticiens organisaient la protection des variétés végétales au moyen de mécanismes contractuels. Le contrat a ainsi pu servir de laboratoire d'expérience pour le Législateur avant l'instauration d'un régime spécial pour les obtentions végétales.

144. **Le contrat face à l'environnement numérique** – L'informatique, et notamment l'Internet, est un environnement facilitant l'établissement de relations contractuelles multiples. Aussi, « *le « substratum » de l'ordre juridique engendré par Internet pourrait-il se résumer ainsi : « contrats, contrats, contrats... ? »*¹⁰⁷¹ En effet, pour accéder un site sur Internet, des conditions générales d'utilisation sont présentes et encadrent la relation entre l'internaute et la personne à qui appartient le site¹⁰⁷², exemple parfait d'industrialisation juridique dénoncée par la Professeure Marie-Anne FRISON-ROCHE¹⁰⁷³. De même, l'accès à une base de données sous format numérique ou, et plus largement, à tous actifs numériques, implique la conclusion d'un contrat de fourniture d'accès. Nous percevons alors un changement de perspective. En effet, à côté de la réservation des données, émerge celle du contrôle de leur accès. Monsieur Jeremy RIFKIN, essayiste américain, avait estimé que nous étions passés de l'ère industrielle à l'« *âge de l'accès* »¹⁰⁷⁴. Cette logique de l'accès constituerait un substitut postmoderne au modèle de la propriété privée. Cet auteur fait le constat que « *dans la nouvelle économie en réseau, plutôt que d'échanger des biens matériels et immatériels, les entreprises en contrôlent et en régulent l'accès* »¹⁰⁷⁵ c'est-à-dire la faculté temporaire d'en faire usage.

145. Le contrat se révèle, finalement, être un instrument juridique souple permettant tout à la fois de mobiliser la valeur des données et d'organiser la transmission de leurs utilités¹⁰⁷⁶. Le Professeur Fabien MARCHADIER a justement noté que « *si, en lui-même, le consentement/accord de volonté n'établit pas une renonciation au droit, il est susceptible de conduire à des restrictions spécifiques à certains droits spécialement désignés [...] ou même à*

1071 MACREZ F., *Créations informatiques : Bouleversement des droits de la propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, LexisNexis, Paris, août 2011, coll. CEIPI, p. 120, n° 132

1072 En ce sens, v. LATIL A., *L'appropriation de la réalité virtuelle : une affaire sensible*, in *La propriété intellectuelle renouvelée par le numérique* (sous-dir. Bérengère Gleize et Agnès Maffre Baugé), Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, novembre 2020, p. 84 et s. : « *Les conditions générales d'utilisation des sites web ou d'applications constituent le terrain d'élection contractuel de ces dispositions* ».

1073 FRISON-ROCHE M.-A., *Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique*, RTD Civ., 1998, p. 43 et s. spéc. n° 11

1074 RIFKIN J. *L'âge de l'accès ; La révolution de la nouvelle économie*, éd. La Découverte, Paris, 2000, p. 76

1075 *Ibid.*, p. 11

1076 V. en ce sens : LOISEAU G., *L'immatériel et le contrat*, in *Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz, L.G.D.J.-Lextenso, Paris, octobre 2009, p. 353

un ensemble de droits »¹⁰⁷⁷. Ainsi, l'une des parties peut accepter des limitations à sa liberté d'entreprendre pour pouvoir accéder aux données détenues par son cocontractant. Cela explique l'intérêt de l'aménagement contractuel pour le détenteur des données numériques. En somme, le contrat est en passe de devenir un « *outil incontournable* »¹⁰⁷⁸ dans la réservation des données numériques qui ne remplissent pas les conditions prévues par les droits de propriété intellectuelle¹⁰⁷⁹ (**Section 1**). Cet outil, s'il présente des avantages indéniables, n'est, cependant, pas exempt de limites qu'il convient d'appréhender avec lucidité (**Section 2**).

Section 1. Le contrat, un outil incontournable dans la réservation des données

146. Le détenteur de données numériques désire d'en contrôler l'accès. Sur ce point, nous pouvons reprendre la réflexion du Professeur Ejan MACKAAY pour qui, « *un montage contractuel par lequel une partie donne accès à l'autre, à des conditions strictes, [à des données] joue le rôle de clôture* »¹⁰⁸⁰. En d'autres termes, le contrat trouve à s'appliquer, grâce aux nouvelles technologies, notamment l'Internet, à une communauté très élargie et peut avoir pour effet de verrouiller l'accès à certaines données numériques ou, à tout le moins, d'en contrôler leurs utilités. Ainsi, en matière de recherche et d'innovation, les contrats viennent encadrer la question des informations scientifiques résultant de l'activité de recherche et cela, souvent sans distinguer entre les informations susceptibles d'être appropriées, et celles qui ne le sont pas. De même, les contrats de communication de savoir-faire organiser le contrôle d'invention non brevetée par le mécanisme contractuel.

Dans le cadre de notre étude, nous n'aborderons pas la question de savoir si le détenteur peut par le biais d'une clause contractuelle, instaurer un véritable droit de propriété sur ses données ou modifier les conditions d'obtention d'un droit de propriété intellectuelle. En effet, le contrat en lui-même est impuissant à instituer sur une donnée numérique un droit

1077MARCHADIER F., *Articulation du contrat et des droits fondamentaux (clause de confidentialité vs liberté d'expression)*, RDC, mars 2020, n° 1, p. 81

1078TRÉFIGNY P., *Les situations entre deux, la maîtrise nécessaire par le contrat*, in *Les contrats de la propriété intellectuelle* (sous-dir. Jean-Michel Bruguière, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, décembre 2013, p. 44

1079V. dans ce sens : LATIL A., *Recherche de paternité ; Quels modes de réservation des créations générées par intelligence artificielle*, in *La propriété intellectuelle renouvelée par le numérique* (sous-dir. Bérengère Gleize et Agnès Maffre Baugé), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, novembre 2020, p. 46

1080MACKAAY E., *L'économie des droits de propriété émergents sur l'Internet*, *Les Cahiers de Propriété Intellectuelle*, janvier 1997, vol. 9, n° 2, p. 286 et s.

de propriété intellectuelle en dehors des catégories prévues par le Législateur¹⁰⁸¹. Ainsi, nous pouvons résumer comme suit : « *pas de droits de propriété incorporelle sans texte* ». Cette impossibilité s'explique par le caractère impératif de l'étendue de la protection conférée par le droit exclusif¹⁰⁸². En d'autres termes, les clauses dites de « propriété » sont impuissantes à créer un droit de propriété ou de propriété intellectuelle sur des données numériques si ces dernières ne remplissent pas les conditions requises par la loi pour être protégées par un titre de propriété intellectuelle. De même, le contrat ne saurait modifier les conditions d'obtention d'un tel droit de propriété¹⁰⁸³.

Partant de ces observations, le contrat constitue indubitablement un mécanisme pouvant garantir la gestion de la réservation des données. Nous pouvons vérifier cette assertion tant au niveau des contrats entre entreprises et salariés (I) qu'au niveau des conditions générales d'utilisation des sites internet (II).

1081PASSA J., *Incidence de la liberté contractuelle sur l'existence et la portée des droits de propriété intellectuelle ?*, RDC, décembre 2020, n° 4, p. 139 : pour qui, « *la finalité des droits de propriété intellectuelle [...] emporte la conséquence qu'il n'existe pas, et ne peut exister, de propriété intellectuelle sans texte spécial pour la prévoir et l'organiser* ».

1082Cependant, il semble qu'une exception à ce principe puisse s'observer dans les accords emportant patrimonialisation du nom patronymique (PASSA J., *Portée des accords emportant patrimonialisation du nom patronymique*, RDC, juin 2017, n° 2, p. 317) avec la solution retenue par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans son célèbre arrêt *Bordas* du 12 mars 1985 (Cass. com., 12 mars 1985, n° 84-17.163, *Bordas*, Bull. civ. 1985, IV, n° 95, p. 84). En effet, selon cette jurisprudence constante (Cass. com. 27 février 1990, n° 88-19.194, Bull. civ. IV, n° 58 ; CA Paris, P.5-ch. 1, 17 mai 2016, n° 2015/04820, PIBD 2016, n° 1056, III, p. 713), un accord peut avoir pour effet de faire naître au profit de la personne morale un droit de propriété incorporelle sur un signe distinctif constitué du nom patronymique de l'un des cocontractants. Reste la question de savoir si nous sommes réellement en présence d'un droit de propriété au sens de l'article 544 du Code civil. De prime abord, la terminologie employée dans la décision *Bordas*, « *propriété incorporelle* », peut laisser penser que la Cour régulatrice entendait consacrer la possibilité pour les parties d'instituer un tel droit sur le nom patronyme. Serions-nous, alors, en présence d'un réel droit de propriété, d'un droit de « propriété intellectuelle inconnue » (PASSA J., *Incidence de la liberté contractuelle sur l'existence et la portée des droits de propriété intellectuelle ?*, RDC, décembre 2020, n° 4, p. 142) ? Toutefois, dans la décision *Bordas*, la chambre commerciale de la Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel au visa de l'ancien article 1134 du Code civil. Par ce visa, la Haute juridiction rappelle que l'autorisation d'usage du nom de la personne physique constitue un contrat doté de la force obligation et non une simple tolérance. Or, le principe de force obligatoire implique l'irrévocabilité et l'immutabilité du contrat. Par conséquent, la personne physique ne pourra pas unilatéralement mettre un terme à l'usage du signe distinctif fait par la personne morale en l'absence d'abus. En d'autres termes, la solution de l'affaire *Bordas* porte sur la relation contractuelle entre la personne physique et la personne morale sur l'usage d'un signe distinctif constitué du nom patronyme. Ainsi, nous ne pouvons d'être d'accord avec le Professeur Gilbert PARLÉANI qui estimait que cette « *propriété [incorporelle] n'a ici pour seule source que la convention des parties, et n'est en définitive qu'un droit d'usage* ». Cet auteur ajoutait que « *cette « propriété » n'est qu'un droit d'usage, modelé par une convention* » (PARLÉANI G. note sous l'arrêt *Bordas*, *Revue des sociétés*, 1985, p. 607).

1083V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 16 novembre 2004, n° 02-17.683, Bull. civ. I, n° 275, *JurisData* n° 2004-025625, *RIDA* 2/2005, p. 237, *RTD Com.*, 2005, p. 81, obs. POLLAUD-DULLIAN F., *Légipresse* 2005, II, p. 172, obs. GRANCHET A. ; Cass. 1^{re} civ., 6 mai 2003, n° 01-02.237, Bull. 2003, n° 110, p. 86, *RIDA* 2003, p. 193, obs. KÉRÉVER A., p. 211 ; *RTD Com.*, avril/juin 2004, p. 267, obs. POLLAUD-DULLIAN F. : La première chambre civile de la Cour de cassation a rappelé dans cette affaire que « *la volonté contractuelle est impuissante à modifier les dispositions impératives des articles L. 111-1, L. 113-2 et L. 121-2 du Code de la propriété intellectuelle* ».

I. La réservation des données au sein des contrats entre entreprises et salariés

147. **La liberté contractuelle, gage de la souplesse contractuelle** – La liberté contractuelle offre aux cocontractants la possibilité de façonner des obligations en fonction de leurs besoins particuliers par le biais de clauses contractuelles. De manière traditionnelle, la clause est définie comme « *une disposition particulière d'un acte juridique [...] ayant pour objet soit d'en préciser les éléments ou les modalités [...], soit de l'assujettir à un régime spécial, parfois dérogatoire au droit commun* »¹⁰⁸⁴. Le Professeur Mustapha MEKKI identifie les clauses contractuelles par deux aspects, un aspect formel et un aspect intellectuel. Sur ce dernier point, « *il faut, sur le plan intellectuel, qu'il ressorte de la clause une « individualité intellectuelle créatrice d'effet de droit »* »¹⁰⁸⁵. Par individualité intellectuelle, nous entendons autonomie par rapport au contrat bien que la clause en soi y demeure étroitement liée.

Le rédacteur prendra souvent comme référence la propriété pour élaborer les contrats afférents à des actifs immatériels. Il faut, toutefois, constater qu'il existe une grande diversité de clauses contractuelles et cela, en raison de la liberté contractuelle, ce qui rend difficile une typologie générale. Cependant, une caractéristique commune se retrouve dans cette diversité contractuelle. Ainsi, il est possible de distinguer, selon leurs fonctions, les clauses imposant une obligation de préserver le secret sur l'existence même des données (**A**) de celles conduisant à encadrer leur usage (**B**). Ainsi, ces clauses sont principalement des clauses dites « de comportement » puisqu'elles posent une norme plus qu'elles ne créent une obligation. Ce type de clause « *impose un certain comportement qui dépasse la seule sphère du contrat. Elle aménage un devoir général de comportement* »¹⁰⁸⁶.

A. La réservation des données par le secret imposé

148. **Le secret, une réservation de fait à préserver** – Il est légitime qu'un détenteur de données confidentielles veuille en contrôler l'accès et plus précisément, restreindre leur divulgation à un groupe de personnes bien délimité tel que les partenaires économiques. Le secret correspond à une réservation de fait qui nécessite d'être préservée dans les relations

¹⁰⁸⁴*Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, sous-dir. Gérard CORNU, PUF, 2011, 9^e éd., p.177

¹⁰⁸⁵MEKKI M., *Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (I^{re} partie)*, RDC, 1^{er} octobre 2006, n° 4, p. 1051 s.

¹⁰⁸⁶*Ibid.*

avec les tiers. Pour ce faire, le détenteur utilisera des techniques contractuelles pour maintenir la confidentialité de ses données. Parmi ces techniques, la rédaction d'une clause de confidentialité¹⁰⁸⁷ restera, en pratique, privilégiée. En effet, une telle clause présente pour avantage, outre de faciliter la sanction de la divulgation, d'organiser « *un véritable monopole d'exploitation* »¹⁰⁸⁸. Cette clause sied parfaitement aux données gardées secrètes.

1. Les conditions de validités de la clause de confidentialité

149. **Une obligation de ne pas faire, de ne pas divulguer** – Le but d'une clause de confidentialité « *est d'ériger en faute la divulgation d'une information* »¹⁰⁸⁹. Elle institue donc une obligation au secret en ce qu'elle fait interdiction à une personne de communiquer aux tiers une ou plusieurs informations qui lui ont été transmises par une autre. Ainsi, « *l'obligation de confidentialité – malgré la positivité de sa dénomination – [est une réelle obligation] de ne pas faire* »¹⁰⁹⁰, ou encore appelée obligation de *non facere*¹⁰⁹¹ – selon l'ancienne classification –, à la charge de l'une des parties et le cas échéant, de chacune d'entre elles dans l'hypothèse de communication réciproque de données. Ce dernier cas de figure se trouve, en particulier, dans les exemples de mise en commun de moyens d'entreprises industrielles, les *joint-ventures*.

1087D'autres expressions sont employées dans la pratique pour désigner la clause de confidentialité telles que la clause de secret, de discrétion, de réserve, de non-divulgaration, de non-communication, de non-révélation ou encore l'expression anglo-saxonne *Non Disclosure Agreement* ou l'acronyme NDA qui se répand en France. Toutefois, nous sommes d'avis comme Monsieur Jean-Marie GARINOT, de préférer l'emploi des termes « confidentialité » ou « secret » en ce qu'ils sont plus explicites que les termes de « discrétion » ou encore de la formule anglaise (GARINOT J.-M., *Le secret des affaires*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Bourgogne, 2011, L.G.D.J., 2013, coll. Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, préf. É. Loquin, p. 215, n° 258). Par ailleurs, le législateur utilise l'expression de « clause de confidentialité » à l'article 1230 du Code civil et cela, depuis de la réforme du droit des contrats issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016

1088Ibid., p. 221, n° 263

1089FAGES B., note sous CA Paris, 5^e ch. B, 14 février 1997, JCP G 1998, II, n° 10000

1090BOILLOT C., *L'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires*, RTD Com. 15 septembre 2010, n°2, p. 243

1091Notons toutefois que depuis la réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, il n'est plus fait mention de la classification classique en obligation de faire, de ne pas faire et de donner de l'ancien article 1126 du Code civil. Cette disposition reprenait une distinction romaine fondée sur l'objet de l'obligation. Cette classification avait fait l'objet de critique de la part d'une partie de la doctrine. Ainsi, le Doyen CARBONNIER estimait que les obligations n'avaient qu'un seul objet : faire (CARBONNIER J., *Droit civil. Tome 4. Les obligations*, PUF, Paris, 8 janvier 2000, 22^e éd., n° 10, p. 34 : cet illustre auteur de la doctrine précisait que « *ne pas faire, c'est encore faire* »). Ainsi, pour Madame Christine BOILLOT, l'obligation de confidentialité comme celle de non-concurrence dériverait d'une obligation de faire plus large, plus générale, à savoir, de l'obligation de loyauté ((BOILLOT C., *op. cit.*, p. 243 et s., n° 15).

150. **Les conditions de validité peu exigeantes** – La jurisprudence a admis depuis longtemps l’existence des clauses de confidentialité¹⁰⁹² tout en ne posant que peu de conditions de validité. Cela s’explique par le fait que cette clause ne porte pas une atteinte importante au droit de la concurrence et préserve largement la liberté du débiteur, en particulier sa liberté d’exercer une activité¹⁰⁹³.

Ainsi, la clause peut porter sur des informations confidentielles actuelles ou futures. La doctrine a pu, effectivement, déduire de l’ancien article 1130, alinéa 1^{er}, du Code civil que la clause de confidentialité pouvait couvrir des informations à venir, « *découverte* » lors de l’exécution du contrat¹⁰⁹⁴. Cette interprétation a été confirmée par la réforme du droit des obligations avec le nouvel article 1163 du Code civil. Toutefois, l’une des limites à la clause de confidentialité réside dans l’interdiction d’avoir pour objet une information ayant un caractère illicite telle que la dissimulation des pratiques illégales¹⁰⁹⁵ ou de faire échec à un devoir de divulgation¹⁰⁹⁶. De plus, la protection organisée par la clause ne doit pas être disproportionnée notamment par rapport à d’autres droits et libertés fondamentaux comme la liberté d’expression¹⁰⁹⁷.

Par ailleurs, la question s’est posée en jurisprudence de savoir, si la validité de la clause de confidentialité était soumise à une contrepartie financière au profit du débiteur par analogie au régime de la clause de non-concurrence¹⁰⁹⁸. En effet, clause de confidentialité et

1092Cass. 1^{er} civ., 12 avril 1976, n° 74-11.730, Bull. civ. I, n° 124 ; Cass. 1^{er} civ., 13 novembre 1996, n° 94-17.369, Bull. civ. I, n° 399 ; D. 1997. Somm. 174, obs. DELEBECQUE P. ; RTD Civ. 1997, p. 424, obs. MESTRE J. ; RTD Civ. 1997. 791, obs. LIBCHABER R. ; PLA, 22 décembre 1997, n° 153, p. 17, note HUET J.

En droit de l’Union européen, v. CJCE, 28 janvier 1986, aff. 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH c. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, Rec. CJCE 1986, p. 353 ; D. 1986. Somm. 273, obs. CARTOU – Décis. n° 87/407 de la Commission du 13 juillet 1987, relative à une procédure d’application de l’article 85 du traité CEE, pt. 22, i.

1093BOILLOT C., *op. cit.*, p. 243 et s.

1094V. en ce sens : LECLERC O., *Sur la validité des clauses de confidentialité en droit du travail*, Droit social, 2005, n° 5, p. 173 et s.

1095Pour un exemple de clause de confidentialité de nature à créer « *une opacité artificielle* » : v. Cass. com., 27 janvier 1998, n° 98-10.694 ; JurisData n° 1999-003746. Dans cette affaire, la confidentialité concernait la rémunération par les « lessiviers » destinée à la centrale d’achats ayant ainsi un effet anticoncurrentiel à l’égard des producteurs, mais également à l’égard des distributeurs concurrents qui se trouvaient dans une situation désavantageuse par rapport aux distributeurs auxquels la ristourne occulte était consentie.

1096Par ex. le devoir de loyauté du dirigeant social : Cass. com., 12 mars 2013, n° 12-11.970 ; JurisData n° 2013-004378 ; RTD Civ. 2013. 373, note FAGES B. ; Dr. sociétés 2013, n° 78, obs. MORTIER R. ; Rev. sociétés 2013. 689, note MASSART T. ; RDC 2013. 873, note LAITHIER Y.-M. ; Dr. & Patr., 2014, p. 102, obs. D. PORACCHIA D.

1097Par ex. Cass. soc., 8 décembre 2009, n° 08-17.191, Bull. 2009, V, n° 276 ; JurisData n° 2009-050680 ; D. 2010, p. 576, note O. LECLERC O. ; D. 2010, p. 96, note L. PERRIN L. ; D. 2010, p. 548, note DESBARATS I. ; Comm. com. électr. 2010, comm. 51, note LEPAGE A. ; Comm. com. électr. 2010, alerte 60, DANA R. ; RLDI 2010/57, n° 1889, note CHAFIOL-CHAUMONT F. ; JCP S 2010, 1091, comm. ANTONMATTEI P.-H. ; RLDI 2010/57, n° 1862, obs. COSTES L.

1098V. par ex. LECLERC O., *op. cit.*, p. 177 : cet auteur fait référence à une décision de la chambre sociale de la Cour de cassation (Cass. soc., 2 décembre 1987, n° 85-43.384) dans laquelle elle avait retenu que les sujétions propres à la protection du secret justifiaient le versement d’une prime spécifique réservée aux

clause de non-concurrence font toutes les deux naître une obligation de ne pas faire. Cette question vise, principalement, la situation du salarié débiteur d'une obligation de confidentialité. Sur ce point, la Chambre sociale de la Cour de cassation a apporté une réponse dans un arrêt en date du 15 octobre 2014¹⁰⁹⁹, en estimant que n'ouvre pas droit à contrepartie financière, la clause qui ne porte pas atteinte au libre exercice par le salarié d'une activité professionnelle, mais qui se borne à imposer la confidentialité des informations détenues par lui et concernant la société. Cette position est amplement justifiée puisqu'« *admettre le contraire reviendrait à consacrer au profit du salarié un droit de nuire à l'entreprise après l'expiration de la relation de travail* »¹¹⁰⁰. Néanmoins, si la clause de confidentialité ne se cantonne pas à imposer une obligation de non-communication d'informations secrètes mais impose, plus largement, au salarié de ne pas nuire à l'entreprise, alors dans une telle hypothèse, une contrepartie financière pourra être envisageable. Cette contrepartie viendra, en effet, compenser la contrainte acceptée par le salarié¹¹⁰¹.

151. La rédaction : clé de l'efficacité des clauses de confidentialité – Il convient de porter une attention toute particulière dans la rédaction d'une telle clause. La « *clause de confidentialité est conceptuellement vertueuse mais pratiquement inefficace si les parties ne prennent pas le soin de déterminer précisément* »¹¹⁰² le contenu de l'obligation. En effet, les effets de l'obligation de confidentialité dépendront de son contenu notamment dans la détermination les éléments protégés par ladite clause et cela, de manière précise. Une clause de confidentialité dont la rédaction a été jugée ambiguë a pu être déclarée nulle¹¹⁰³. Comme l'a précisé à juste titre Madame Julie GALLOIS, « *avec une clause trop large et évasive, le débiteur de la clause ne s'est pas exactement à quoi il est tenu réellement. Il est donc logique que la clause soit écartée* »¹¹⁰⁴. En outre, nous estimons qu'une clause de confidentialité pourrait être annulée lorsqu'elle porte sur des données publiques, faisant l'objet d'un accès ouvert à tous.

salariés tenus par cette obligation. – V. ég. PORACCHIA D., *Secret et confidentialité dans les rapports de travail*, Semaine sociale Lamy, 5 mai 2008, supplément n° 1352, p. 27-33.

1099Cass. soc., 15 octobre 2014, n° 13-11.524, FS-P+B, Bull. 2014, V, n° 240 ; JurisData n° 2014-024126 ; D. 2015. 829, obs. PORTA J. ; RDT 2015. 39, obs. GRATTON L. ; JCP E. 2015, 1001, § 9, note SEUBE J.-B. ; JCP S 2014. 386, obs. LÉGER N. et 1471, obs. GUYOT H. – V. ég. Cass. soc., 2 octobre 2001, n° 99-42.942, Bull. civ. V, n° 291

1100LECLERC O., *op. cit.*

1101*Loc. cit.*

1102Comm. com. électr., janvier 2015, comm. 3, note G. LOISEAU

1103Cass. com., 7 octobre 1997, n° 95-20.446 : Dans cet arrêt, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir déclaré nulle une clause de confidentialité qui était rédigée de façon confuse, illimitée dans le temps et disproportionnée par rapport à la qualification et aux missions confiées aux salariés démissionnaires ; V. ég. CA Douai, ch. soc. 30 novembre 2017, RG n° 17/00135

1104GALLOIS J., *La clause de confidentialité (ou de secret)*, Contr. conc. cons., mai 2021, n° 5, dossier 12

Afin d'illustrer nos propos, nous pouvons faire référence à l'affaire *Digitre c. Neo Avenue* du Tribunal de grande d'instance de Nanterre du 2 octobre 2014¹¹⁰⁵. En l'espèce, la *Drimki*, devenue par la suite la société *Digitre*, exploitait un site internet permettant la mise en relation des vendeurs de biens immobiliers avec des acheteurs, la relation d'estimations de la valeur des immeubles mis en vente et la mise en ligne d'annonces. En février 2011, cette société a entamé des pourparlers avec la société *A vendre A Louer*, en vue d'un éventuel partenariat. À cette occasion, le directeur commercial de la société *A vendre A Louer* a signé un engagement de confidentialité, rédigé comme suit : « *Compte tenu de la nature confidentielle des documents et informations que vous serez amenés à me communiquer dans le cadre de nos échanges, je vous confirme mon engagement :— de ne pas divulguer l'existence et l'objet de nos discussions, — de garder confidentielles toutes informations ayant un caractère confidentiel, c'est-à-dire toutes informations, de quelque nature qu'elles soient, qui me seraient communiquées, sous quelque forme que ce soit, et qui n'auraient pas été diffusées auprès du public. (...) En conséquence, je m'engage à garder ces informations pour strictement confidentielles et à ne les divulguer à quiconque. Je m'engage par ailleurs à ne pas utiliser directement ou indirectement lesdites informations, à des fins personnelles ou pour le compte d'une société autre que celle portant le projet DRIMKI. Ces engagements pris à l'égard de Drimki SA prendront effet à la date de la présente et resteront en vigueur pendant une durée d'un an à compter de cette date* ». Les pourparlers n'ont pas abouti et les deux sociétés ont cessé leurs discussions à la fin du mois d'avril 2011. Le 5 janvier 2012, le directeur commercial de la société *A vendre A Louer* a fait immatriculer au registre du commerce et des sociétés une société *Néo Avenue* laquelle a mis en ligne le 15 janvier suivant un site internet de vente immobilière. Estimant que le directeur commercial a violé l'engagement de confidentialité et que la société *Néo Avenue* a commis des actes de concurrence déloyale, la société *Digitre* les a fait assigner le 10 octobre 2012 devant le Tribunal de grande instance de Nanterre. Les juges nanterriens ont débouté la société *Digitre* au motif qu'elle n'indique pas quelles étaient les informations confidentielles en question qui avaient été dévoilées et utilisées fautivement par le directeur commercial et la société *Néo Avenue*. La solution s'infère de l'article 6 du Code de procédure civile disposant qu'« *à l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder* ». En l'espèce, la société *Digitre* n'a pas arrivé à alléguer de façon suffisamment précise les faits propres à fonder ses prétentions, c'est-à-dire les informations confidentielles

1105TGI Nanterre, 1ère ch., 2 octobre 2014, RG n° 12/11221, *Digitre c. Neo Avenue*, Comm. com. électr., janvier 2015, comm. 3, note G. Loiseau et CA Versailles, 12^e ch., sect. 2, 24 novembre 2015, RG n° 14/08171, *Digitre c. Neo Avenue*

utilisées en violations de l'engagement de confidentialité. Ce jugement a été confirmé en appel par un arrêt de la Cour d'appel de Versailles en date du 24 novembre 2015. Cette affaire illustre parfaitement l'importance que revêt la rédaction de la clause de confidentialité. Le rédacteur peut soit lister contractuellement les informations soumises à l'obligation de confidentialité, ce qui présente une certaine lourdeur, soit prévoir que les parties devront, lors de la communication, indiquer les informations devant être confidentielle par marquage ce qui n'a pas été le cas dans l'affaire *Digitre c. Neo Avenue*.

Par ailleurs, à la différence de la clause de non-concurrence, la clause de confidentialité n'interdit au débiteur ni d'exploiter l'information secrète dont il aurait pris connaissance, ni d'exercer une activité concurrente à celle du créancier. Ainsi, dans la pratique contractuelle, la clause de confidentialité est souvent associée avec une autre stipulation faisant interdiction d'utiliser les données transmises dans le cadre d'une activité concurrente comme la clause de non-concurrence.

De plus, la question du terme de l'obligation de confidentialité a soulevé des difficultés. Au regard du droit commun des obligations, si la durée de l'obligation au secret n'est pas précisée dans la clause elle-même ou si celle-ci est jugée trop longue, les juges pourront qualifier l'engagement de perpétuel et, par voie de conséquence, permettre à chaque contractant d'y mettre fin. Il s'agit de l'application du célèbre principe de prohibition des engagements perpétuels que la doctrine avait initialement déduit de l'article 1780 du Code civil de 1804. Selon Madame Delphine SASSOLAS, cette limitation de la durée de la clause de confidentialité se justifie au regard des droits fondamentaux tels que la liberté d'entreprendre ou la liberté de travailler ou, encore, du droit de la concurrence¹¹⁰⁶. Aussi, existe-t-il un contrôle de proportionnalité « *sous une forme atténuée* »¹¹⁰⁷ pour la clause de secret invitant ainsi le rédacteur à bien préciser la durée de l'obligation de confidentialité. Cependant, il convient de nuancer ce risque et cela, en raison de l'imprécision de l'expression « *engagements perpétuels* »¹¹⁰⁸. En l'absence de jurisprudence sur cette question¹¹⁰⁹, nous

1106 SASSOLAS D., *La durée des clauses de confidentialité*, RTD Com., 29 octobre 2015, n° 3, p. 625

1107 BOILLOT C., *op. cit.*, p. 243 et s.

1108 CHANTEPIE G. et LATINA M., *Le nouveau droit des obligations ; commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, Paris, juin 2018, 2^e éd., p. 528-529, n° 579

1109 À notre connaissance, la Cour de cassation ne s'est pas encore prononcée sur l'absence de terme de l'obligation de confidentialité. Une seule décision de la Haute juridiction a été relevée par un auteur sur ce point, à savoir la décision rendue le 2 avril 1979 « *dans lequel la chambre commerciale de la Cour de cassation a validé une clause de secret qui n'était pas limitée ni dans le temps, ni dans l'espace dès lors qu'elle ne s'appliquait qu'au procédé pour lequel [le débiteur] était engagé [...] et qu'elle n'empêchait nullement l'intéressé d'exercer sa profession d'ingénieur-conseil dans d'autres domaines* » » (SASSOLAS D., *op. cit.*, p. 625 et s.). Une autre décision de la chambre commerciale de la Cour de cassation peut être citée, l'arrêt du 7 octobre 1997 (Cass. com., 7 octobre 1997, n° 95-20.446) dans lequel elle estime qu'il « *ne saurait, dès lors, faire grief à la cour d'appel, qui a constaté que cette clause était « rédigée de façon confuse », et qui l'a écartée en la déclarant nulle pour être illimitée dans le temps et disproportionnée par*

sommes d'avis que l'absence de précisions quant à la durée de l'obligation de confidentialité n'entraîne pas *de facto* la sanction prévue à l'alinéa 2 de l'article 1210 du Code civil pour au moins deux raisons. D'une part, l'obligation de confidentialité n'entrave pas la liberté d'entreprendre du cocontractant. En effet, sa fonction est d'interdire au débiteur d'utiliser l'information dont il n'aurait pas eu connaissance s'il n'avait pas contracté¹¹¹⁰. D'autre part, cette obligation s'éteindra lorsque l'information confidentielle tombera dans le domaine public. La clause pourra être ainsi rédigée : « *tant que la (ou les) donnée(s) demeure(nt) secrète(s)* ». Cette rédaction n'est, toutefois, pas sans inconvénient. La détermination de la date d'entrée dans le domaine public des données numériques en cause sera, en pratique, source de contentieux.

2. L'utilité démontrée de la clause de confidentialité

152. L'intérêt persistant de la clause de confidentialité malgré le nouvel article 1112-2 du Code civil – Depuis la réforme du droit des contrats, se pose la question de l'utilité d'inclure une clause de confidentialité. En effet, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 a introduit, dans le Code civil, l'article 1112-2 disposant que « *celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun* ». Cette disposition prévoit ainsi un devoir de confidentialité et cela, indépendamment de toute prévision contractuelle. Cependant, elle n'affaiblit en rien l'intérêt pour le détenteur de données numériques de prévoir dans ses contrats une clause de secret et cela, pour plusieurs raisons. La principale tient au champ d'application du nouvel article 1112-2 du Code civil. En effet, le Législateur a, par cette disposition, visé uniquement les informations obtenues lors des négociations. En d'autres termes, l'article 1112-2 du Code civil ne vient régler que la question de la confidentialité des informations échangées durant la phase de négociations. Or, le risque de divulgation peut tout aussi bien concerner une information communiquée pendant la conclusion du contrat ou pendant son exécution. De plus, la clause de confidentialité apporte des précisions notamment sur la détermination des informations faisant l'objet de l'obligation au secret et sur la durée de cette obligation voire de sa sanction. Ainsi, cela permet d'alléger la charge probatoire du créancier de l'obligation de confidentialité.

rapport à la qualification et aux missions confiées aux salariés démissionnaires, d'avoir violé cette clause ». 1110GARINOT J.-M., *op. cit.*, p. 239, n° 288-289 ; RIZZO F., *Regards sur la prohibition des engagements perpétuels*, Dr. & Patr., 1^{er} janvier 2000, n° 78, p. 60 et s.

153. Les relations salariales, « terrain d'élection »¹¹¹¹ de la clause de confidentialité ? –

Il est opportun pour une entreprise qui souhaite préserver la maîtrise par le secret de ses données numériques d'insérer dans ses contrats avec des tiers une clause de confidentialité. La clause de confidentialité ne se limite nullement aux relations entre entreprises, elle peut être prévue dans le contrat de travail. Cependant, de prime abord, une clause de confidentialité a une utilité somme toute relative pendant l'exécution du contrat de travail. En effet, dans une telle hypothèse, un devoir implicite de confidentialité s'impose aux salariés et prend sa source soit sur le fondement de la bonne foi et plus précisément, celui de la loyauté¹¹¹², soit sur le fondement du secret de fabrique¹¹¹³. Est-ce à dire qu'une telle clause ne soit pas envisageable dans les relations entre l'entreprise et ses salariés ou, à tout le moins, se bornerait à être simplement déclarative « *aux effets superfétatoires* »¹¹¹⁴ en ce qu'elle ne viserait qu'à rappeler aux salariés leurs obligations ? La réponse est assurément négative. En effet, l'utilité de la clause de confidentialité réapparaît à l'issue des relations de travail en ce qu'elle prendra le relai des dispositions légales¹¹¹⁵. Ainsi, par exemple, la clause de confidentialité présentera indéniablement un intérêt dans le contrat couvrant la période d'essai et, en particulier, dans l'hypothèse d'un échec de la période d'essai¹¹¹⁶. Par une telle clause, le détenteur aura la possibilité d'engager plus facilement la responsabilité de son ancien salarié en cas de violation de son obligation de confidentialité.

154. L'incidence de la « fin » du contrat sur les effets de la clause de confidentialité –

Lors de la « fin » du contrat, l'utilité de la clause de confidentialité persiste-t-elle ? En effet, le

1111LECLERC O., *op. cit.*, p. 173 et s.

1112Cette obligation de confidentialité peut être déduite du droit commun, et plus exactement de l'article 1104 du Code civil. Par ailleurs, il existe une disposition spéciale en droit du travail, l'article L. 1222-1 du Code de travail qui dispose que « *le contrat de travail est exécuté de bonne foi* ». Ainsi, il est possible de déduire de ces dispositions que les salariés sont « *tenus à une obligation générale de discrétion* » (GARINOT J.-M., *op. cit.*, p. 218, n° 261).

1113Art. L. 621-1 du CPI

1114LATREILLE A. *Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat*, LPA, 7 août 2006, n° 156, p. 4 et s.

1115Cass. soc., 30 janvier 1996, n° 92-42.457 : la chambre sociale de la Cour de cassation a précisé que « *les clauses contractuelles, destinées à trouver application postérieurement à la rupture du contrat de travail, ne sont pas affectées, sauf dispositions expresses contraires, par la transaction intervenue entre les parties pour régler les conséquences d'un licenciement* » – Cass. soc., 19 mars 2008, n° 06-45.322 ; JurisData n° 2008-043287 ; JCP E. 2008, 1693 ; RLDA 2008/29, n° 1749, obs. CORNESSE I. ; JS Lamy 2008, n° 233, p. 16, note HALLER M.-C. : Dans cette espèce, la Cour de cassation a considéré au visa des anciens articles 1134 et 1147 du Code civil qu'« *une clause de confidentialité destinée à protéger le savoir-faire propre à l'entreprise peut valablement prévoir qu'elle s'appliquera après la fin du contrat de travail et que l'inexécution par le salarié de l'obligation de confidentialité postérieurement à son départ de l'entreprise le rend responsable du préjudice qui en résulte pour celle-ci, même en l'absence de faute lourde* ».

1116MESTRE J. et RODA J.-C., *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso éd., Paris, vol. 3, 19 juillet 2011, p. 980, n° 1729

contrat contenant une telle clause peut être annulé, résolu ou caduc. Or, la clause de confidentialité « *s'accommode mal de la nullité* »¹¹¹⁷ et cela, en raison de la question de la restitution des données, objet de la clause. En effet, d'un point de vue intellectuel, le contenu informationnel des données, c'est-à-dire la donnée au plan sémantique, est définitivement acquis à celui qui en a pris connaissance. Contrairement aux ordinateurs, il n'est pas possible d'effacer de la mémoire humaine des informations.

À la question des suites de l'« *anéantissement* » du contrat, des éléments de réponse ont été apportés par la réforme du droit des contrats. Ainsi, dans l'hypothèse d'une résolution¹¹¹⁸ du contrat, celle-ci n'affectera pas l'obligation de confidentialité et cela, en vertu du nouvel article 1230 du Code civil¹¹¹⁹. En d'autres termes, la clause de confidentialité « *survit* » à la résolution du contrat. Une telle solution est louable et permet de préserver pleinement l'utilité de la clause de confidentialité.

Reste à savoir si cette solution peut se trouver à s'appliquer à la situation de la nullité du contrat. La nullité a un effet rétroactif comme l'affirme l'alinéa 2 de l'article 1178 du Code civil. Malgré cela, nous estimons qu'il faille maintenir l'obligation de confidentialité quand bien même le contrat serait annulé et cela, principalement pour deux raisons. D'une part, pour une raison de cohérence juridique au regard de la solution retenue par le Législateur en matière de résolution. Et d'autre part, pour une raison pragmatique. La nullité induit la question de la restitution dont les dispositions sont, depuis l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, regroupées au sein d'un chapitre V du titre IV du Code civil intitulé « *Les restitutions* ». Cependant, ces dispositions n'envisagent essentiellement que l'hypothèse de la restitution des biens corporels. Le mécanisme de restitution habituellement présenté comme « *un contrat à l'envers* »¹¹²⁰, implique que les contractants soient ramenés à leur état initial. Or, avant la conclusion du contrat annulé, le récipiendaire des données numériques ignorait ces données et, par voie de conséquence, ne pouvait pas les utiliser. Aussi, il nous semble que le maintien de l'obligation de confidentialité participe à ce mécanisme de restitution en

1117GARINOT J.-M., *Validité de la clause de confidentialité dépourvue de contrepartie financière*, Gaz. Pal., 11 décembre 2014, n° 345, p. 9 et s.

1118Art. 1224 C. civ.

1119CHANTEPIE G. et LATINA M., *Le nouveau droit des obligations ; commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, Paris, juin 2018, 2^e éd., p. 620, n° 670 : pour qui, « l'article 1230 invite le juge à faire produire effet aux clauses présentant un intérêt pour la mise en œuvre autant que pour les suites de la rupture du contrat ».

1120MALAURIE P. AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK P. *Droit des obligations*, L.G.D.J., 5 septembre 2017, 9^e éd., n° 723

empêchant le récipiendaire de pouvoir divulguer et utiliser les données puisque ce dernier est censé ignorer leur existence¹¹²¹.

De même, le maintien de l'obligation de secret trouve, de prime abord, à s'appliquer dans l'hypothèse de la caducité¹¹²². Toutefois, nous devons envisager une situation particulière, celle du contrat portant uniquement sur les données secrètes tel qu'un contrat de communication dans lequel est insérée une clause de confidentialité portant sur ces données. La question se pose alors de savoir ce qu'il advient d'une telle convention si les données « *identifié[es] dans le contrat perd de [leur] intérêt avec le temps ou devient généralement connu[es]* »¹¹²³. Dans une telle hypothèse, la Professeure Mireille BUYDENS estime qu'il serait possible d'invoquer la caducité du contrat¹¹²⁴ et cela, en raison de la disparition d'un des éléments essentiels dudit contrat¹¹²⁵ ; cette caducité privera d'effets la clause de confidentialité dans la mesure où les données en cause relèvent du domaine public et serait donc un *res communis*.

Afin de résoudre les difficultés liées à la « fin » du contrat, lorsque ledit contrat porte uniquement sur des données numériques, il est possible, comme l'a à juste titre souligné Monsieur Jean-Marie GARINOT, non pas de raisonner en termes d'obligation de confidentialité, mais plutôt en termes de droit d'usage¹¹²⁶. Suivant cette analyse, le détenteur des données ne transmet finalement qu'un droit d'usage sur les données. Ce droit prend fin avec le contrat, et, par voie de conséquence, le cocontractant ne peut plus les utiliser. Nous souscrivons sans réserve à cette analyse.

Par ailleurs, le rédacteur aura tout intérêt d'insérer à côté de la clause de confidentialité, une clause d'arbitrage ou compromissaire et cela, en raison de la discrétion de ce mode privé de règlement des différends. Avant la consécration de la protection du secret des affaires, la clause d'arbitrage avait d'autant plus d'intérêt à y être insérée faute de dispositions venant préserver la confidentialité des informations durant le procès. Désormais,

1121V. dans le même sens : GARINOT J.-M., *Le secret des affaires*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Bourgogne, 2011, L.G.D.J., 2013, p. 236-237 ; *Id.*, *Validité de la clause de confidentialité dépourvue de contrepartie financière*, Gaz. Pal., 11 décembre 2014, n° 345, p. 9 et s. : pour qui, la clause de confidentialité devrait être considérée comme une clause autonome par rapport au contrat qui la contient

1122V. art. 1186 et 1187 C. civ.

1123BUYDENS M., *Droit des brevets d'invention et protection du savoir-faire*, Larcier, Bruxelles, coll. Création Information Communication, 1999, n° 573

1124*Loc. cit.* : le raisonnement de l'autrice porte sur le contrat de communication d'un savoir-faire tombant dans le domaine public. Dans une telle situation, « *il n'est par hypothèse plus secret ni susceptible d'impliquer un avantage concurrentiel, de telle sorte que l'objet de la prestation du communicant a en réalité disparu* ». Cette analyse peut être étendue aux contrats portant sur des données gardées secrètes. Lorsque ces dernières tombent dans le domaine public, elles ne procurent plus au cocontractant d'avantages concurrentiels.

1125*Contra*, v. VANBRABANT B., *La propriété intellectuelle. Tome 2. Régime patrimonial*, Bruxelles, Larcier, coll. Création Information Communication, septembre 2018, p. 617, note de bas de page n° 318

1126GARINOT J.-M., *Validité de la clause de confidentialité dépourvue de contrepartie financière*, Gaz. Pal., 11 décembre 2014, n° 345, p. 9 et s.

et depuis la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018¹¹²⁷ il existe en droit français un corps de règles aménageant la procédure civile afin de sauvegarder ce caractère confidentiel.

155. Les limites de l'utilité de la clause de confidentialité – Bien que la clause de confidentialité présente des utilités certaines pour le détenteur de données numériques, elle souffre, toutefois, de limites. Il convient de relever que la clause de confidentialité présente comme inconvénient majeur de ne pas interdire au débiteur l'exploitation des informations confidentielles, ni l'exercice d'une activité concurrente à celle du créancier.

Par ailleurs, comme l'avait souligné le Professeur Jean-Michel BRUGUIÈRE, « *vertueuse en son principe, la clause de confidentialité présente toute de même des limites qui tiennent à la nature de l'information ou à l'exercice des libertés fondamentales des salariés* »¹¹²⁸. En effet, la clause de confidentialité insérée dans un contrat de travail reste toujours soumise au respect de l'article L. 1121-1 du Code du travail¹¹²⁹.

156. Une utilité de la clause de confidentialité en déclin ? – Enfin, il convient de relever que la clause de confidentialité a, dans une certaine mesure, « *perdu de sa superbe* »¹¹³⁰ depuis que la protection du secret des affaires a été consacrée en droit français par la loi du 30 juillet 2018 précitée. Ce constat doit, cependant, être nuancé et cela, principalement pour deux raisons. D'une part, comme nous le verrons, le bénéfice de la protection du secret des affaires est soumis à l'existence de « *mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret* »¹¹³¹. Or, parmi ces mesures raisonnables, nous retrouvons assurément la clause de confidentialité. D'autre part, la clause de secret peut porter sur un élément dépourvu de valeur commerciale. Un tel élément ne pourra pas être protégé au titre du secret des affaires dans la mesure où cette protection n'est accordée que pour l'information revêtant une valeur commerciale, effective ou potentielle¹¹³². Cette

1127Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires, JORF n° 0174 du 31 juillet 2018, texte 1

1128BRUGUIÈRE J.-M., *La protection de l'entreprise sur les réseaux sociaux*, JurisClasseur Communication, Fasc. 620, 1^{er} octobre 2022, n° 89

1129V. par ex. Cass. soc. 8 décembre 2009, n° 08-17.191 ; CA Douai, ch. soc. 30 novembre 2017, RG n° 17/00135 ; CA Aix-en-Provence, 4^e et 5^e ch. réunies, 12 septembre 2019, RG n° 17/09906 : V. ég. la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sur la balance des intérêts en cause notamment la liberté d'expression des salariés garantie au titre de l'art. 10 de la Conv. EDH : CEDH, 4^e sect., 5 novembre 2019, n° 11608/15, Herbai c/ Hongrie ; pour le Professeur Fabien MARCHADIER, cette décision souligne la pertinence du système français de contrôle des droits fondamentaux prévu à l'article L. 1121-1 du Code du travail (MARCHADIER F., *Articulation du contrat et des droits fondamentaux (clause de confidentialité vs liberté d'expression*, RDC, mars 2020, n°1, p. 82).

1130MARTIN M., *Pratique contractuelle. Contrats de l'informatique. Les clauses de confidentialité*, Comm. com. électr., mars 2019, n° 3

1131Art. L. 151-1, 3° C. com.

1132Art. L. 151-1, 2° C. com.

observation est importante en raison de la difficulté pratique de déterminer la valeur commerciale d'une seule donnée. La clause de confidentialité vient « protéger » la donnée secrète quelle que soit sa valeur.

157. L'efficacité nuancée de la clause de confidentialité pour les données numériques

– Finalement, en raison de sa souplesse, et des conditions peu exigeantes de validité, la clause de confidentialité se présente comme un instrument efficace pour maintenir la maîtrise sur les données numériques. Toutefois, cette clause n'encadre pas les utilisations que pourra faire le débiteur de l'obligation. Aussi, le détenteur de données numériques pourra insérer d'autres clauses venant, cette fois-ci, encadrer l'usage des données telles qu'une clause de non-concurrence. La clause de confidentialité et la clause de non-concurrence suivent deux régimes différents. Toutefois, Monsieur Jean-Marie GARINOT a indiqué, à juste titre, que la frontière entre ces deux types de clauses « *n'est pas toujours nette, en raison de la spécialisation poussée de certains salariés. Il est parfois malaisé de discerner clairement ce qui relève strictement de leur expérience professionnelle des informations confidentielles appartenant à leur employeur* »¹¹³³.

B. Les clauses encadrant l'usage de données numériques

158. Le détenteur de données numériques peut être tenté d'insérer dans les contrats avec ses partenaires une stipulation venant limiter les possibilités d'user de ses données notamment par l'usage de clauses d'exclusivité et de non-concurrence. Ainsi, le développement d'un logiciel spécifique demande non seulement un investissement financier majeur, mais aussi un flux important de données numériques, soulignant la nécessité de sécuriser la valeur intrinsèque de ce bien innovant. Afin de protéger ses intérêts, le bénéficiaire de cette innovation est en droit d'insérer une clause d'exclusivité interdisant au concepteur du logiciel de conclure des accords ou de travailler avec des entreprises concurrentes. Une telle clause assure alors qu'aucun logiciel concurrent ne pourra être développé en s'appuyant sur les mêmes données pour proposer un service équivalent. Cette pratique contractuelle pourra se renforcer dans le cadre de développement des logiciels d'intelligence artificielle qui exigent d'être « abreuvés » de grandes quantités de données.

¹¹³³GARINOT J.-M., *op. cit.*, p. 9 et s.

Nous retrouvons cette même approche avec l'insertion d'une clause de non-concurrence. Cette clause, archétype de l'obligation de ne pas faire¹¹³⁴, permet de se protéger contre les excès de la liberté d'entreprise¹¹³⁵. En effet, la clause de non-concurrence est une stipulation ayant pour objet d'interdire à une partie de faire concurrence à une autre exerçant une activité professionnelle similaire. Comme l'avait souligné Monsieur Bernard VANBRABANT « *en excluant toute concurrence – du moins dans les limites, temporelles, matérielles et territoriales convenues et autorisées par la loi – on empêche en effet aussi, ipso facto, l'existence d'une concurrence déloyale par l'utilisation [des informations secrètes transmises], sans devoir établir cette utilisation* »¹¹³⁶. Aussi, ce type de clause pourra finalement trouver un nouveau terrain d'élection dans le marché numérique¹¹³⁷.

159. **Les conditions de validité de la clause de non-concurrence** – Pour être valable, une telle clause doit être limitée dans le temps, dans l'espace¹¹³⁸ et être justifiée par un intérêt légitime proportionné à l'objet du contrat¹¹³⁹. Dans le cadre de la réservation des données numériques, le rédacteur de la clause devra porter une attention toute particulière à la justification de cette obligation de non-concurrence au regard des données numériques en cause. Cette justification peut reposer sur trois éléments : les investissements nécessaires pour générer ces données, leur importance stratégique pour le détenteur, ou encore le préjudice subi par ce dernier en cas d'utilisation non autorisée. Cependant, un problème pourra naître de la délimitation du champ spatial de la clause. En effet, l'étendue géographique de la clause de non-concurrence ne doit pas être de nature à empêcher le débiteur d'exercer son activité. Cela implique, en principe, qu'une telle clause soit limitée aux lieux géographiques dans lesquels le débiteur est susceptible de concurrencer le créancier. Aussi, au regard de la jurisprudence, nous estimons qu'il n'est pas envisageable de prévoir une obligation de non-concurrence dont l'étendue spatiale concernerait tous les États et Internet. Une telle clause porterait une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre du débiteur. De même, la limitation dans le temps de l'obligation non-concurrence pourra se révéler problématique. Au regard de la jurisprudence,

1134BOILLOT C., *L'obligation de ne pas faire : étude du droit des affaires*, RTD Com., 2010, n° 29

1135MEKKI M., *Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2de partie)*, RDC, 1^{er} avril 2007, n° 2, p. 239 et s.

1136VANBRABANT B., *Les contrats relatifs au savoir-faire et autres secrets d'affaires*, in *Les contrats commerciaux en pratique* (sous-dir. Roman Aydogdu), Larcier, Bruxelles, vol. 169, novembre 2016, p. 183-184

1137QUIQUEREZ A., *Actualité du droit civil du numérique*, RLDC, 1^{er} juillet 2019, n° 172

1138Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 99-43.334, n°s 99-43.335 et 99-43.336, Bull. civ. V, n° 239 ; D. 2002. 2491, note SERRA Y. ; RTD Civ., 2003. 58, obs. HAUSER J.

1139Cass. com., 4 janvier 1994, n° 92-14.121, Bull. civ. IV, n°4 ; D. 1995, p. 205, note SERRA Y. – Cass. com., 13 juin 2018, n° 17-10.131 ; D. 2018. 2328, obs. RIÉRA A.

il semble que nous ne pouvons pas transposer la solution pour les clauses de confidentialité aux clauses de non-concurrence. Autrement dit, il semble que le terme de l'obligation de non-concurrence ne puisse être fixé au moment où tombent dans le domaine public les données numériques. Il est, toutefois, loisible de prévoir une durée initiale renouvelable¹¹⁴⁰. Cependant, cette possibilité semble être remise en cause par un arrêt de la Cour de cassation en date du 13 septembre 2023¹¹⁴¹.

Par ailleurs, les clauses portant atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, doivent être interprétées de manière stricte¹¹⁴². Ainsi, « *la liberté du commerce et de l'industrie interdit à un acteur d'empêcher à son cocontractant de proposer à des tiers des services exclus du champ d'application spécifique de la clause stipulée* »¹¹⁴³. Dans un jugement en date du 2 mars 2018¹¹⁴⁴, les juges consulaires parisiens ont dû s'interroger sur la violation d'une clause de non-concurrence par d'anciens fondateurs et cela, avec la complicité d'un tiers complice. Les juges n'ont pas retenu la violation de ladite clause puisque les défendeurs en cause avaient proposé des services à une société tierce qui n'entraient pas dans le champ d'application de la clause de non-concurrence qui visait la fourniture d'un service spécifique. En effet, les défendeurs s'étaient simplement engagées à ne pas développer de solutions d'imprimeries d'imageries médiales et pouvaient, par conséquent, proposer à des tiers d'autres services d'imprimeries classiques n'entrant pas dans le champ de la clause.

En outre, le juge s'est vu reconnaître par la jurisprudence le pouvoir de redéfinir le périmètre de ladite clause et cela, même si les conditions de licéité sont réunies. Cette possibilité est ouverte lorsque la clause de non-concurrence présente une portée excessive. Ainsi, la chambre sociale de la Cour de cassation a précisé, dans un arrêt en date du 18 septembre 2002 que « *le juge, en présence d'une clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail, même indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, peut, lorsque cette clause ne permet pas au salarié d'exercer une activité conforme à sa formation et à son expérience professionnelle, en restreindre l'application en en limitant l'effet dans le temps, l'espace ou ses autres modalités* »¹¹⁴⁵.

1140Cass. soc., 21 septembre 2022, n° 20-18.511

1141Cass. soc., 13 septembre 2023, n° 21-12.006 : la portée de cette solution est toutefois incertaine dans la mesure où il s'agit d'un arrêt non publié.

1142V. par ex. Cass. soc., 23 novembre 2016, n° 15-13.707 15-13.708

1143 SCHMIDT-SZALEWSKI J., *Étranges obligation de non-concurrence*, Prop. indust., juin 2007, n° 6, comm. 55

1144T. com. Paris, 16^e ch., 2 mars 2018, RG n° 2017002474. Ce jugement a fait l'objet d'un appel. La Cour d'appel de Paris a infirmé partiellement la décision des juges consulaires, mais uniquement sur la demande de nullité de l'engagement de non-concurrence (v. CA Paris, Pôle 5, ch. 11, 11 février 2021, n° RG 18/05021).

1145V. par ex. Cass. soc., 18 septembre 2002, n° 00-42.904 : Bull. civ. V, n° 272 ; D. 2002, p. 3111, obs. PÉLISSIER J ; D. 2002, p. 3229, obs. SERRA Y. ; JCPG 2003, I, 130, n° 2, note MORVAN P. ; RDC 2003,

160. **L'exigence d'une contrepartie financière au profit du salarié** – La clause de non-concurrence peut être insérée dans un contrat de travail afin de faire interdiction au salarié, après la rupture du contrat, d'exercer une activité concurrente à celle de son ancien employeur et d'écarter ainsi le risque d'utiliser les données numériques communiquées¹¹⁴⁶. Toutefois, dans un tel cas, et à la différence de la clause de confidentialité, une telle stipulation nécessite, pour être valable, une contrepartie financière¹¹⁴⁷ ; celle-ci ayant la nature d'une indemnité compensatrice de salaire¹¹⁴⁸. Il s'agit d'indemniser l'atteinte portée au principe de libre exercice d'une activité professionnelle. De plus, la clause peut être annulée si cette contrepartie financière prévue est jugée dérisoire¹¹⁴⁹.

Toutefois, cette contrepartie financière ne s'impose que si l'obligation de non-concurrence pèse sur un salarié, qualité qui s'apprécie au jour de sa souscription¹¹⁵⁰. Aussi, celle-ci n'est pas exigée lorsque ladite clause se trouve dans une convention de cession de titres¹¹⁵¹. Une clause de non-concurrence insérée dans un contrat entre entreprises ne nécessite donc pas une contrepartie financière au profit du débiteur cocontractant.

161. **L'importance de la distinction de la clause de non-concurrence d'autres stipulations contractuelles voisines** – Cependant, en pratique, il peut être difficile de distinguer la clause de non-concurrence d'autres stipulations contractuelles voisines, d'autant plus que l'imagination des rédacteurs de contrats est sans borne¹¹⁵². Ainsi, s'est posée la question en jurisprudence de la qualification des clauses faisant interdiction au salarié, après la cessation du contrat de travail, de faire usage des informations dont il a pu avoir connaissance ou dont il est à l'origine durant l'exécution dudit contrat. La qualification de clause de non-concurrence n'est pas sans incidence dans la mesure où l'une des conditions de

p. 150, note RADÉ C.

1146 La clause de non-concurrence s'appliquera à la date où le contrat de travail prendra fin et cela, quel que soit le mode de rupture. Ainsi, il ne faut pas confondre cette clause avec l'obligation de loyauté qui s'impose au salarié tout au long de l'exécution du contrat de travail.

1147 V. pour une analyse approfondie : ROSA F., *La contrepartie financière de l'obligation de non-concurrence dans le contrat de travail : une analyse au prisme de l'immobilisation de la force de travail*, Revue de droit du travail, 2018, p. 735

1148 Cass. soc., 2 février 1972, n° 70-13.634, Bull. V, n° 89 ; Gaz. Pal. 1972, n° 2, p. 499, note JUTTARD J. – Cass. soc., 13 octobre 2021, n° 20-12.059, FS-B : JurisData n° 2021-016126

1149 V. par ex. Cass. soc., 16 mai 2012, n° 11-10.760 : Bull. civ. V, n° 153 ; JCP S 2012, 1329, note LOISEAU G.

1150 Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 00-45.135

1151 V. par ex. Cass. com., 23 juin 2021, n° 19-24.488

1152 LHERNOULD J.-P., *Savoir reconnaître une clause de non-concurrence*, Jurisprudence Sociale Lamy, 17 mai 2022, n° 542

validité est l'existence pour le salarié d'une contrepartie financière. Un arrêt du 3 mai 2018¹¹⁵³ nous apporte des éclaircissements sur ce point. En l'espèce, une personne avait été engagée par une société à compter du 1^{er} mai 1999 en qualité d'ingénieur « recherche et développement télécom ». Son contrat de travail contenait une clause intitulée « *droit de propriété intellectuelle* » qui d'une part, interdisait au salarié pendant la durée du contrat et pendant les cinq ans qui suivent la rupture de celui-ci de procéder en son nom ou au nom d'un tiers, sauf accord de la société, à tout dépôt ou formalité auprès des registres de marques, dessins et modèles, brevets pour des créations inventées pendant l'exécution de son contrat, et d'autre part, lui interdisait également pendant un délai de trois ans à compter de la résiliation du contrat de publier des articles scientifiques, de diffuser des informations commerciales, des renseignements techniques relatifs à la société. Estimant que la clause litigieuse était une clause de non-concurrence, les juges du fond ont condamné l'employeur au paiement d'une somme au titre de ladite clause en plus d'une indemnisation reconnue au salarié pour une perte de chance d'obtention d'une contrepartie financière. Saisie, la chambre sociale de la Cour de cassation casse et annule cette décision au visa de l'ancien article 1134 du Code civil, et de l'ensemble de l'article L. 1221-1 du Code du travail en estimant « *qu'en statuant ainsi, alors que l'engagement du salarié, après la rupture du contrat de travail, à ne déposer aucun brevet pour des créations inventées pendant l'exécution de son contrat ainsi que son engagement à ne publier aucun article scientifique et à ne diffuser aucune information commerciale ni aucun renseignement technique, relatifs à [son employeur], n'étaient pas assimilables à une clause de non-concurrence et n'ouvraient pas droit au paiement d'une contrepartie financière* ». La solution retenue par la Haute juridiction est à approuver dans la mesure où la clause litigieuse ne pouvait être assimilée à une clause de non-concurrence. En effet, celle-ci n'empêchait nullement l'ancien salarié à exercer une activité concurrente à celle de la société et par suite, ne portait pas atteinte à la liberté d'exercer une activité professionnelle¹¹⁵⁴. Comme l'a justement souligné le Professeur Julien ICARD, « *si une clause portant atteinte à l'exercice de l'activité professionnelle peut comporter une dimension de confidentialité, voire peut être fondée sur une telle dimension, la réciproque ne se vérifie pas nécessairement* », tel est le cas dans l'arrêt du 3 mai 2018. En l'espèce, la stipulation litigieuse ne portait pas une atteinte au principe de libre exercice d'une activité

1153Cass. soc. 3 mai 2018, n° 16-25.067, PIBD 2018. III. 364 ; JurisData n° 2018-007113 ; D. 2018, p. 1018 ; Comm. com. électr. 2018, comm. 53, CARON C.

1154LATIL A., *La clause de protection post-contractuelle des droits de propriété intellectuelle prévue par un contrat de travail : obligation de non-concurrence ou obligation de discrétion ?*, Dalloz IP/IT, 2018, p. 689 : pour qui : « *le visa de l'ancien article 1134 et de l'article L. 1221-1 du code du travail [...] confirme aussi cette idée de « droit commun » des limitations contractuelles de libertés, dépourvues par principe de contrepartie financière* ».

professionnelle, atteinte qui aurait justifié que sa validité soit subordonnée au versement d'une contrepartie financière comme en matière de clause de non-concurrence¹¹⁵⁵.

Finalement, le détenteur de données numériques dispose de mécanismes contractuels lui permettant d'aménager une maîtrise de ses données dans les relations entre entreprises et salariés. La technique contractuelle se trouve également au sein des conditions générales d'utilisation de site internet.

II. La réservation des données dans le cadre des conditions générales d'utilisation

162. Nous distinguerons, dans notre raisonnement, deux situations en fonction de la présence ou non d'un droit de propriété intellectuelle. En effet, nous avons pu constater qu'une protection des données structurées, c'est-à-dire des bases de données, est possible par le biais du droit d'auteur et le droit *sui generis* du producteur de bases de données. Or, en ces matières, le Législateur a prévu des exceptions. Aussi, la question se pose de savoir si le titulaire des droits peut aménager ces exceptions voire les « neutraliser » par le biais d'une disposition contractuelle.

A. Les aménagements contractuels au sein de la propriété intellectuelle

163. Dans le cadre de notre étude, nous traiterons uniquement du droit d'auteur et le droit *sui generis* du producteur de bases de données puisque ces derniers appréhendent partiellement les données numériques. Aussi, ne sera pas abordée la question de l'aménagement contractuel des exceptions prévues pour les logiciels telles que le droit à la copie de sauvegarde¹¹⁵⁶ ou encore ceux dans le cadre du brevet. De même, nous ne traiterons pas de la question de l'encadrement contractuel de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle. En effet, la doctrine considère que, dans le cadre européen, il n'est pas possible d'exclure l'épuisement par une simple disposition contractuelle¹¹⁵⁷.

1155Un tel raisonnement se retrouve dans un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 15 octobre 2014 (Cass. soc., 15 octobre 2014, n° 13-11.524, Bull. civ. V, n° 240 ; JurisData n° 2014-024126 ; D. 2015, p. 829, obs. PORTA J. ; JCP E 2015, 1001, § 9, note SEUBE J.-B. ; RDC, 2015, n° 1, p. 123, note LOISEAU G.).

1156Art. L. 122-5, 2°, du CPI

1157BINN S, COLLIN R., DONNENWIRTH J. et *al.*, Rapport Q 156, Épuisement international des droits de propriété industrielle, AIPPI, disponible [en ligne] : <https://www.aippi.fr/upload/Melbourne>

164. **L'incidence du numérique sur les exceptions** – Le Professeur Yves GAUBIAC avait déjà relevé l'incidence de l'environnement numérique sur certaines exceptions au droit d'auteur en considérant que « *lorsque les titulaires permettent l'accès à une œuvre par certains moyens, en l'occurrence sur un site accessible au public, ces titulaires ne sont plus tenus de faciliter le bénéfice de l'exception pour les autres modes de diffusion et de transmission de l'œuvre* »¹¹⁵⁸. L'autre incidence que nous pouvons relever du numérique est que l'exception de copie privée ne trouve pas à s'appliquer aux bases de données¹¹⁵⁹.

Par ailleurs, afin d'accéder à un site internet, il est impératif d'accepter les conditions générales d'utilisation. Aussi, le titulaire des droits de propriété intellectuelle pourrait être tenté de conditionner, limiter, voire priver le bénéfice d'exceptions prévues en matière de propriété intellectuelle dans le cadre de ses conditions d'utilisation de son site. L'attitude du titulaire pourra être motivée par la volonté de renforcer la réservation sur ses données. Cela conduit au risque d'une « *surréservation* »¹¹⁶⁰. Ainsi, les Professeurs Mireille BUYDENS et Séverine DUSOLLIER estimaient que « *dans la mesure où les utilisateurs ont généralement peu de poids de négociation dans le cadre de ces contrats électroniques dont la conclusion, en réalité un simple clic, conditionne l'accès à l'œuvre, la garantie des exceptions prévues par la loi n'est pas assurée* »¹¹⁶¹. Il convient de vérifier si le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle peut évincer les exceptions légales par le jeu d'une disposition contractuelle. Cela nous invite alors à nous interroger sur la nature des exceptions. À ce sujet, le Professeur Christophe ALLEAUME s'était déjà penché sur la question de l'existence d'un droit du public aux exceptions en droit français¹¹⁶².

%202001%20Q155%20156%20157%20158%20159/gr156france_fr.pdf (consulté le : 15/06/2023)

1158 GAUBIAC Y., *Exceptions au droit d'auteur facilitant l'accès aux œuvres et leur usage*, in Droit d'auteur et liberté d'expression, Actes des Journées d'Études ALAI 19-20 juin 2006, Barcelona, Huygens édition, Barcelone, 2008, p. 430

1159 Art. L. 122-5, 2°, du CPI

1160 La « surprotection » peut se définir comme « *la protection au-dessus de ce qui est économiquement efficace. Cela veut dire que la surprotection diminue le bien-être social* » (DERCLAYE E., *Une analyse économique de la protection contractuelle des bases de données*, Reflets et perspectives de la vie économique, 2006/4 (Tome XLV), p. 51).

1161 BUYDENS M. et DUSOLLIER S., *Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses*, Comm. com. élect., septembre 2001, n° 9, chron. 22

1162 ALLEAUME C., *La contractualisation des exceptions ; La situation en France*, Propr. Intell., octobre 2007, n° 25, p. 436-442

165. **La nature juridique¹¹⁶³ des exceptions** – La question de l'aménagement des exceptions conduit inévitablement à celle de leur nature juridique. Les exceptions sont-elles impératives ou simplement supplétives ? Ou encore, relèvent-elles de l'ordre public ?¹¹⁶⁴ Nous retrouvons ainsi cette « *opposition binaire de l'impératif et du supplétif* »¹¹⁶⁵. Alors que « *la loi impérative¹¹⁶⁶ est celle dont les dispositions s'imposent aux personnes, la volonté individuelle ne pouvant permettre d'éluder son application* », la loi supplétive « *ne s'applique qu'en cas de silence des parties et une manifestation de volonté de ces dernières permet d'en exclure l'application* »¹¹⁶⁷. En d'autres termes, le degré d'impérativité a une incidence pratique dans la mesure où elle fixe les limites à la liberté contractuelle. En effet, une clause qui élude une règle impérative est nulle. Cette nullité peut être absolue lorsque la disposition écartée relève de l'ordre public de direction ou relative si elle appartient à l'ordre public de protection.

A priori, au regard de la théorie générale du contrat inspiré en particulier par la doctrine de l'autonomie de la volonté, il a pu être soutenu que « *la loi impérative est l'exception, la plupart des dispositions légales sont supplétives* »¹¹⁶⁸. Mais est-ce le cas en matière de propriété intellectuelle ? Les exceptions aux droits de propriété intellectuelle ont-

1163 La nature juridique est « *ce qui est défini en Droit une chose (fait, acte, institution, etc.) [...] ce qui est de son essence, de sa substance au regard du Droit ; l'ensemble des critères distinctifs qui constituent cette chose en une notion juridique* » (*Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, sous-dir. Gérard CORNU, PUF, 2011, 9^e éd., p. 673).

1164 DUSOLLIER S., POULLET Y. et BUYDENS M., *Droit d'auteur et accès à l'information dans l'environnement numérique*, étude préparée pour le troisième Congrès international de l'UNESCO sur les défis éthiques, juridiques et de société du cyberspace INFOéthique 2000, Paris, 17 juillet 2000, CII-2000/WS/5, spéc. p. 25

1165 PERÈS-DOURDOU C., *La règle supplétive*, LGDJ, Paris, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 421, 2004, n° 161, p. 145

1166 Une précision doit être apportée concernant deux notions, à savoir l'ordre public et la notion d'impérativité. De prime abord, il pourrait être possible de considérer ces notions comme étant des synonymes. Cependant, il convient de les distinguer et cela, sur le plan sémantique. Ainsi, malgré la difficulté de définir la notion d'ordre public (GHESTIN J., *Traité de droit civil. Tome I, Les obligations – Le contrat : Formation*, L.G.D.J., Paris, 1988, spéc. p. 85, n° 93), celle-ci renverrait au contenu normatif alors que la notion d'impérative, elle, ferait référence à la technique juridique (V. LEMOULAND J.-J., PIETTE G., et HAUSER J. *Ordre public et bonnes mœurs*, Répertoire de droit civil, Dalloz, février 2019 (mise à jour : septembre 2022), spéc. 6 v. également : DIENG M., *Exceptions au droit d'auteur et mesures techniques de protection*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Panthéon-Assas, 30 novembre 2012, p. 154). Toutefois, « *si tout texte d'ordre public est forcément impératif [...] la réciproque n'est pas vraie sauf à retenir une analyse purement positiviste* » (LEMOULAND J.-J., PIETTE G., et HAUSER J. *op. cit.*, n° 5).

1167 CONVERT L., *L'impératif et le supplétif dans le droit des sociétés. Étude de droit comparé Angleterre-Espagne-France*, L.G.D.J., coll., Bibliothèque de droit privé, t. 374, 2003, n° 39, p. 38 – CORNU G., *Introduction au droit*, Montchrestien, Paris, coll. Domat Droit privé, 11 juin 2007, 13^e éd., p. 187, n° 335 : analysant la règle supplétive comme une « *solution-modèle* » s'appliquant dans le silence des parties.

1168 LARRIBAU-TERNEYRE V., *La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil, du Code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste*, in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle*, études offerts à Pierre Catala, Litec, Paris, juin 2001, p. 91

elles un caractère supplétif ? Si tel était le cas, ces exceptions constitueraient de « *simples concessions* », des « *tolérances* » implicitement accordées par l'auteur au bénéficiaire »¹¹⁶⁹.

Une réponse à cette question peut se trouver dans les dispositions elles-mêmes. En effet, le Législateur peut conférer à une norme une valeur impérative ou supplétive par l'utilisation d'expressions univoques interdisant de déroger à la règle de droit ou, au contraire, offrant la possibilité d'échapper, d'éviter de se soustraire, ou se dérober¹¹⁷⁰ à la mise en œuvre de la norme. Ainsi, par exemple, le Législateur use, pour conférer une valeur impérative, du « réputé non écrit » avec la formule « *toute clause contraire est réputée non écrite* »¹¹⁷¹ ou du verbe « *devoir* ». Le caractère supplétif d'une disposition légale peut se déduire, quant à elle, de l'emploi de formules telles que « *à défaut de stipulation contraire* » ou « *sauf convention contraire* »¹¹⁷² ou du verbe « *pouvoir* ». Aussi, l'emploi de l'expression « *ne peut interdire* » au sien de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle a pu servir d'argument à certains auteurs pour affirmer le caractère impératif des exceptions prévues par cette disposition¹¹⁷³.

Malheureusement, sur ce point, tant le Législateur français¹¹⁷⁴ qu'eupéen¹¹⁷⁵ se sont contentés d'énumérer les exceptions avec quelques indications quant à leur régime, mais n'ont pas apporté une réponse claire et générale sur la nature juridique applicable à tous les droits

1169 GALOPIN B., *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, LexisNexis, 2012, p. 356, n° 486

1170 PERÈS-DOURDOU C., *op. cit.*, n° 161, p. 145 – V. ég. BERGEL J.-L., *Méthodologie juridique*, PUF, Paris, 2001, p. 188

1171 V. par ex. art. 2037 C. civ., L. 214-98 du Code de monétaire et financier, L. 622-29 C. com.

1172 V. par ex. art. 2488-3 C. civ., L. 145-31 C. com.

1173 V. COLIN C., *La contractualisation des exceptions en droit d'auteur : oxymore ou pléonasm ?*, Comm. com. élect., 2010, étude n° 3 ; DIENG M., *Exceptions au droit d'auteur et mesures techniques de protection*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Panthéon-Assas, 30 novembre 2012, p. 146

1174 L'étude des débats parlementaires de la préparation de la loi n°57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique ne nous éclaire malheureusement pas sur la nature juridique des exceptions. Pour Monsieur Benoît GALOPIN, cette absence est notamment due à l'attention du Législateur de l'époque qui portait plus sur la protection de l'auteur et de sa relation avec son œuvre que de « *s'attarder sur la problématique de la nature des exceptions pour leurs bénéficiaires* » (GALOPIN B., *op. cit.*, p. 341, n°466), problématique qui pouvait apparaître excessivement théorique. Toutefois, dans l'exposé des motifs d'un projet de loi sur la propriété littéraire et artistiques en 1954, il était indiqué que les exceptions au droit d'auteur « *constituent la gloire et la servitude de l'artiste. Il n'est pas question de les interdire et l'article 40 le prévoit expressément* » (Assemblée nationale, *Projet de loi sur la propriété littéraire et artistique*, n° 8612, 9 juin 1954, p. 8, passage cité par DIENG M., *op. cit.*).

À la différence de la France, le Législateur belge avait reconnu par la loi du 31 août 1998 un caractère impératif à l'ensemble des exceptions en matière de droit d'auteur et de droits voisins, et cela, à l'occasion de la transposition de la directive 95/46/CE sur la protection des bases de données (ancien article 23 *bis* et 46 *bis* de la loi belge du 30 juin 1994 sur le droit d'auteur et les droits voisins, cité par BUYDENS M et DUSOLLIER S., *Les exceptions au droit d'auteur : évolutions dangereuses*, Comm. com. élect., 2001, n° 9, note de bas de page n° 35).

1175 Il convient toutefois de nuancer cette observation. En effet en matière de droit d'auteur la directive 2019/790 du 17 avril 2019 a apporté une précision quant au caractère impératif des exceptions. Son article 7.1 prévoit que « *toute disposition contractuelle contraire aux exceptions prévues aux articles 3 [l'exception tenant à la fouille de textes et de données à des fins de recherche scientifique], 5 [l'exception relative à l'utilisation d'œuvres et autres objets protégés dans le cadre d'activités d'enseignement numériques et transfrontières] et 6 [l'exception portant sur la conservation du patrimoine culturel] est non exécutoire* ».

de propriété intellectuelle. Toutefois, nous relevons qu'en matière de droit *sui generis*, la directive 96/9/CE du 11 mars 1996 prévoit une exception à caractère impératif sur l'extraction et la réutilisation non substantielle du contenu de la base de données¹¹⁷⁶. Cependant, le Législateur français, à la différence de son homologue européen, ne mentionne pas le caractère d'ordre public de l'exception applicable aux bases de données¹¹⁷⁷.

Par ailleurs, la difficulté de déterminer la « *force contraignante* »¹¹⁷⁸ des dispositions portant sur les exceptions est accrue par le fait que le caractère impératif ou supplétif ne se limite pas aux seuls textes affirmés comme tels. En d'autres termes, une mention légale expresse n'est pas nécessaire afin de reconnaître le caractère impératif d'une disposition¹¹⁷⁹. Comme l'avait souligné le Doyen CORNU, « *à défaut de précision dans la loi, il appartient au juge de trancher, à propos du procès qui lui est soumis, la question de savoir si la règle dont l'application est en jeu est d'ordre public ou purement supplétive* »¹¹⁸⁰. Autrement dit, le caractère supplétif ou impératif d'une disposition légale peut être « *révélé* » par la jurisprudence. Nous sommes alors face à un ordre public « *virtuel* » ou « *implicite* »¹¹⁸¹. Toutefois, dans le domaine qui nous intéresse, la Cour de cassation n'a jamais, à notre connaissance, pris une position claire sur la « *force obligatoire* » d'une exception aux droits de propriété intellectuelle et notamment au droit d'auteur. Un jugement du Tribunal de grande instance de Paris en date du 30 avril 1997¹¹⁸² peut être mentionné. Nous pouvons interpréter la position des juges parisiens comme attribuant un caractère supplétif à l'exception de courte citation en matière de droit d'auteur. Cependant, cette décision reste isolée et la solution retenue par les magistrats ne peut être généralisée à toutes les exceptions en matière de droit de propriété intellectuelle.

De son côté, la doctrine s'est interrogée à partir du début du XXI^e siècle, sur la nature des exceptions en matière de propriété intellectuelle et plus particulièrement, en droit d'auteur et en droits voisins et cela, afin d'expliquer leur degré d'impérativité¹¹⁸³. Ainsi, pour ne citer

1176 Art. 6 §1, 8 et 15 de la directive 96/9/CE du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données

1177 Art. L. 122-5, alinéa 5 du CPI

1178 GROULIER C., *La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative*, in *La force normative – Naissance d'un concept* (sous-dir. Catherine Thibierge), L.G.D.J. Paris, 13 octobre 2009, p. 201 et s.

1179 En ce sens, v. ROBIN A. et CHATRY S., *Introduction à la propriété intellectuelle. Unité et diversité*, Bruylant, Bruxelles, coll. Paradigme, 1^{re} éd., octobre 2019, p. 280, n° 473

1180 CORNU G., *Droit civil. Introduction au droit*, Montchrestien, Paris, 2007, 13^e éd., p. 186

1181 JACQUIN A., *Le spleen du rédacteur de bail commercial*, Gaz. Pal., 12 novembre 2019, n° 39, p. 50 et s. : soulignant le danger de l'ordre public virtuel pour la sécurité juridique des transactions.

1182 TGI Paris, 30 avril 1997, JurisData n° 1997-045118, Gaz. Pal. 17-19 mai 1998, n° 137-139, note. LELANCE A.

1183 V. notamment : GEIGER C., *De la nature juridique des limites au droit d'auteur ; Une analyse comparatiste à la lumière des droits fondamentaux*, Propr. intell., octobre 2004, n° 13, p. 882 et s. ; LUCAS A., *Propriété littéraire et artistique*, Dalloz, Paris, coll. Connaissance du droit 4^e éd., 2010, p. 58 et s. ;

que quelques exemples en matière de droit d'auteur, les exceptions ont pu être analysées comme de simples concessions accordées par l'auteur sur divers usages¹¹⁸⁴, ne s'opposant pas, par voie de conséquence, à la contractualisation des exceptions. À l'inverse, le Professeur Pierre-Yves GAUTIER estime que l'exception de copie privée « *est un droit de l'utilisateur et point une simple tolérance de l'auteur* »¹¹⁸⁵. Madame Justine LESUEUR regroupe les exceptions au droit d'auteur sous une catégorie *sui generis*, à savoir les « *droits collectifs* », définis comme « *des prérogatives reconnues à un sujet collectif et invocables en tant que moyen de défense* »¹¹⁸⁶. Néanmoins, comme l'a justement noté Monsieur Benoît GALOPIN, « *la nature des exceptions est, en réalité sans incidence sur la question de leur caractère impératif ou supplétif. Par exemple, une disposition légale ne consacrant aucun droit subjectif peut parfaitement avoir un caractère impératif ou d'ordre public* »¹¹⁸⁷.

Lorsque le Législateur est resté muet sur l'impérativité d'une disposition, cette dernière sera impérative ou non si elle a pour objectif principal la protection d'un intérêt public ou, à l'inverse, d'un intérêt privé¹¹⁸⁸. Nous sommes ainsi d'avis de considérer que les exceptions légales ne sont supplétives que lorsque la loi le prévoit expressément¹¹⁸⁹. Cette perspective se justifie au regard de la logique de l'ordre public. En effet, la *ratio legis* des exceptions aux droits de la propriété intellectuelle s'inscrit largement dans un objectif de protection d'intérêt public¹¹⁹⁰ ou des libertés fondamentales. En matière de droit d'auteur, les exceptions sont, effectivement, fondées, comme en droit des brevets, sur des considérations

PASSA J., *Caractère impératif ou supplétif des exceptions au droit d'auteur ?*, in L'effectivité des exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins : les usages, la loi, la régulation, colloque de la Hadopi, avril 2013, RLDI, juin 2013, supplément au n° 94, p. 13-17 ; GUIBAULT L., *Document de discussion sur la question des exemptions et limitations au droit d'auteur et aux droits voisins à l'ère numérique*, Rapport pour le Conseil de l'Europe, 1998 ; SPOOR J., « *General aspects of exceptions and limitations : general report* », in Les Frontières du droit d'auteur : ses limites et exceptions, Journées d'étude de l'Association littéraire et artistique internationale, 14-17 septembre 1988, Cambridge, Australian Copyright Council, 1999, p. 33 ; PIĄTEK A., *La crise des exceptions en droit d'auteur : étude paradigmatique*, Thèse pour le doctorat en droit, Université d'Orléans, 2016

1184V. par exemple, LUCAS A., *Droit d'auteur et numérique*, Paris, Litec, 1998, p. 171

1185GAUTIER P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 6^e éd., 2007, n° 338

1186LESUEUR J., *Les droits opposés dans le champ des propriétés incorporelles*, Comm. com. électr., juillet 2008, n° 7-8, étude 15, p. 7, n° 18

1187GALOPIN B., *op. cit.*, p. 355, n° 483

1188V. en ce sens, CARBONNIER J., *Droit civil. Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, PUF, vol. 1, 2004, p. 226

1189V. en ce sens : DUSOLLIER S., *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Larcier, Bruxelles, coll. Création Information Communication, 22 octobre 2007, 620 p. ; COLIN C., *op. cit.* ; GALOPIN B., *op. cit.* ; PASSA J., *op. cit.* – V. contra, PIĄTEK A., *op. cit.*, p. 240, n° 348 et 349

1190GUIBAULT L., *Copyright limitations and contracts, An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright* : Kluwer Law International, Information law series n° 9, The Hague, London, Boston, 2002, n° 2.2, p. 27 et s. : faisant une distinction entre d'une part, l'ordre public ayant vocation à garantir la transmission du savoir, et d'autre part, l'ordre public visant à réguler les pratiques industrielles et la concurrence. – V. dans le même sens, DUSOLLIER S., POULLET Y. et BUYDENS M., *op. cit.*, p. 18

d'utilité sociale, et poursuivent trois finalités principales¹¹⁹¹ : le respect de la sphère privée¹¹⁹², la circulation de l'information¹¹⁹³, et le développement culturel et scientifique¹¹⁹⁴. Par ailleurs, il convient de ne pas oublier que le droit de la propriété intellectuelle reconnu au titulaire est analysé comme une exception à la liberté du commerce et de l'industrie et notamment la liberté de la concurrence¹¹⁹⁵. Si les parties contractantes, ou le plus souvent, en pratique, l'une d'entre elles, avaient la possibilité d'écarter les exceptions prévues, cet équilibre que le Législateur a tenté, autant que faire se peut, de rechercher, pourrait être bouleversé¹¹⁹⁶. Cela contreviendrait à la cohérence du système juridique mis en place et ferait fi de la balance des intérêts opérée par le Législateur¹¹⁹⁷.

Reconnaître la possibilité d'aménager contractuellement les exceptions risque de conduire à leur disparition¹¹⁹⁸ et cela, d'autant plus dans l'environnement numérique en raison de la forte utilisation de contrats d'adhésion¹¹⁹⁹. Ce risque n'est pas négligeable. En effet, comme l'avait souligné la Professeure Lucie GUIBAULT¹²⁰⁰, ni le droit d'auteur lui-même ni les autres droits tels que le droit civil avec notamment l'application de la théorie de l'abus de droit ou encore le droit de la concurrence n'arrivent pleinement à contrôler si le titulaire du droit d'auteur respecte les buts qu'est censé poursuivre le droit d'auteur lorsque ce dernier aménage contractuellement les exceptions audit droit.

Ainsi, nous estimons que les exceptions à la propriété intellectuelle et plus précisément au droit d'auteur, doivent avoir un caractère impératif et cela, même dans l'environnement numérique.

1191V. STROWEL A., *Droit d'auteur et accès à l'information : de quelques malentendus et vrais problèmes à travers l'histoire et les développements récents*, in *Le droit d'auteur : un contrôle de l'accès aux œuvres ?*, Bruyant, Bruxelles, coll. Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, 2000, p.15

1192Par ex. Art. L. 122-5, 1° et 2° du CPI

1193Par ex. Art. L. 122-5, 3° du CPI (exceptions concernant la citation et le compte-rendu).

1194Par ex. Art. L. 122-5, 7°, 8°, 10°, 12° du CPI (exceptions pour l'enseignement, les bibliothèques, fouille de textes et de données aux seules fins de la recherche scientifique).

1195V. en ce sens, PICOD Y. et DORANDEU N., *Concurrence déloyale*, Répertoire IP/IT et Communication, Dalloz, avril 2022 (mise à jour : octobre 2022), n° 221

1196V. en ce sens : PASSA J., *Incidence de la liberté contractuelle sur l'existence et la portée des droits de propriété intellectuelle ?*, RDC, décembre 2020, n° 4, p. 14 ; GALOPIN B., *op. cit.*, p. 336, n° 459

1197VIVANT M., *La restriction des exceptions au droit d'auteur par contrats ou mesures techniques de protection. De possibles contrepoids ?*, in *Droit d'auteur et liberté d'expression*, Actes des Journées d'Études ALAI 19-20 juin 2006, Barcelona, Huygens édition, Barcelone, 2008, p. 528 : se demandant « s'il [était] bien cohérent, lorsqu'un édifice légal a été conçu pour réaliser un certain équilibre entre les intérêts des auteurs et des autres [...] de laisser le contrat revenir sur ce schéma légal ».

1198V. notamment GEIGER C., *Les exceptions au droit d'auteur en faveur de la création dérivée*, in *Droit d'auteur et liberté d'expression*, Actes des Journées d'Études ALAI 19-20 juin 2006, Barcelona, Huygens édition, Barcelone, 2008, p. 339

1199GUIBAULT L., *Copyright limitations and contracts, An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright* : Kluwer Law International, Information law series n° 9, The Hague, London, Boston, 2002 : proposant pour résoudre le problème de la contractualisation des exceptions en présence de contrats d'adhésion de rendre impérative les exceptions les plus importantes au droit d'auteur, à savoir celles préservant le libre concurrence et la liberté d'expression.

1200*Loc. cit.*

166. **L'exception de l'utilisateur légitime de la base de données** – Bien qu'à la différence de la Belgique¹²⁰¹, le Législateur français n'ait pas expressément reconnu le caractère impératif de cette exception, celui-ci découle de la directive 96/9/CE du 11 mars 1996. Ainsi, le titulaire du droit *sui generis* d'une base de données ne pourra pas par le jeu d'une stipulation contractuelle ou des conditions générales d'utilisation empêcher l'utilisateur légitime d'extraire et/ou de réutiliser des parties non substantielles de son contenu et cela, à quelque fin que ce soit. Autrement dit, les conditions générales d'utilisation pour une base de données ne pourront pas être utilisées pour se réserver les données tant sur le plan sémantique que syntaxique.

167. **L'exception de fouille de textes et de données, dite *Data mining*** – La fouille de textes et de données est définie comme « *toute technique d'analyse automatisée visant à analyser des textes et des données sous une forme numérique afin d'en dégager des informations, ce qui comprend, à titre non exhaustif, des constantes, des tendances et des corrélations* »¹²⁰². Cette technologie, de plus en plus employée, permet d'acquérir de nouvelles connaissances par le traitement de grandes quantités d'informations. Le Législateur européen a instauré par la directive (UE) 2019/790 du 17 avril 2019 deux dispositifs en faveur de la fouille de textes et de données. Le premier, le *Data mining* scientifique concerne exclusivement la recherche scientifique¹²⁰³ et est obligatoire. Ainsi, par exemple, le producteur de bases de données ne pourra pas l'écarter par le jeu d'une clause contractuelle. Ce faisant, le droit d'auteur et le droit *sui generis* sur la base de données ne peuvent interdire une « *utilisation orthogonale* »¹²⁰⁴ des œuvres dans le cadre de la recherche scientifique, c'est-à-dire « *qui n'exploite pas directement les valeurs créatives et expressives de l'œuvre utilisée, et dont la finalité est transformatrice de la finalité originale de l'œuvre* »¹²⁰⁵. Le second dispositif de fouille de textes et de données, le *Data mining* général, se révèle plus large puisqu'il concerne pour les reproductions et les extractions d'œuvres et d'autres objets protégés accessibles de manière licite¹²⁰⁶. Ce dernier est facultatif. Dans ce cas, le titulaire des

1201V anciens article 23 *bis* et 46 *bis* de la loi belge du 30 juin 1994 sur le droit d'auteur et les droits voisins, cités par BUYDENS M et DUSOLLIER S., *op. cit.*, note de bas de page n° 35

1202Art. 2. 2) de la directive (UE) 2019/790 du 17 avril 2019

1203Art. 3 de la directive (UE) 2019/790 du 17 avril 2019

1204ROBIN A., *Droit des données de la recherche ; science ouverte, innovation, données publiques*, Larcier, Bruxelles, 24 mars 2022, p. 145, n° 187

1205KAMOOCKI P., « *Laissez-fouiller !* » l'argument pour les « *utilisations orthogonales* » des œuvres de l'esprit dans le contexte du débat sur l'exploration des données, RIDA, 2016, n° 1, n° 247, p. 5

1206Art. 4 de la directive (UE) 2019/790 du 17 avril 2019

droits aura la possibilité de s'opposer à une telle technique rendant ainsi un aménagement contractuel possible. Cette opposition s'exprimera notamment par le recours à des conditions générales d'utilisation d'un site internet. Sur ce point, nous pouvons faire référence à la décision du tribunal de Hambourg du 27 septembre 2024¹²⁰⁷. Dans cette affaire, nous nous intéresserons uniquement à l'exception de *Data mining* général. Le défendeur soutenait que les conditions générales d'utilisation étant en « langage naturel » ne constituait pas une opposition valable à l'encontre du *Data mining* général. Le considérant 18 de la directive (UE) 2019/790 indique, en effet, que l'opposition peut être effectuée au moyen de procédés lisibles par machine. Cela soulève une question : que signifie exactement « procédés lisibles par machine » ? Faut-il, comme le défendeur semblait le suggérer, que l'opposition soit obligatoirement manifestée par le biais d'un protocole « robots.txt » lisible par machine ? À l'occasion de cette décision, les juges hambourgeois ont estimé, dans le cadre d'un *obiter dictum* que l'opposition manifestée dans les conditions générales en « langage naturel » constituait bien une réservation lisible par machine. Cette position est louable en ce qu'elle tient compte de l'état actuel de la technique, y compris de la technologie d'intelligence artificielle la plus récente capable de lire le « langage naturel ».

Ces exceptions ont désormais été intégrées dans le Code de propriété intellectuelle aux l'article L. 122-5-3, R. 122-27 et R. 122-28. Elles jouent « *un rôle particulièrement important en matière de bases de données* »¹²⁰⁸ L'usage de ces exceptions s'intensifiera indéniablement en raison de leur utilité pour l'intelligence artificielle.

Finalement, nous avons donc vu qu'il était difficile de reconnaître la possibilité pour le détenteur de données d'aménager contractuellement les exceptions légales, hormis l'exception de *Data mining* général pour se réserver les utilités de ses données. À l'inverse, il semble qu'en dehors de la propriété intellectuelle, le détenteur retrouve la possibilité de se réserver les utilités de ses données par le jeu de clauses contractuelles.

1207Landgericht Hamburg, 27 septembre 2024, n° 310 O 227/23

1208GRYNBAUM L. LE GOFFIC C., PAILLER L., *Droit des activités numériques*, Dalloz, Paris, coll. Précis, août 2023, 2^e éd., p. 530, n° 724

B. Les aménagements contractuels en dehors de la propriété intellectuelle

168. Dans le cadre de notre analyse, nous ne présenterons pas les conditions de valider des contrats prévues à l'article 1128 du Code civil, ces conditions étant générales à tous les contrats de droit commun. De plus, il ressort de la jurisprudence que des conditions générales d'un site Internet ne sont pas opposables lorsque celles-ci n'ont pas fait l'objet d'une acceptation préalable à l'accès aux services dudit site. La Cour de cassation a, effectivement, estimé dans un arrêt du 31 octobre 2012 que « *la simple mise en ligne [des conditions générales d'utilisation], accessibles par un onglet à demi dissimulé en partie inférieure de l'écran, ne suffit pas à mettre à la charge des utilisateurs des services proposés une obligation de nature contractuelle* »¹²⁰⁹. Néanmoins, l'opposabilité des conditions générales à l'internaute ne dépend pas de leur lecture effective¹²¹⁰. Par ailleurs, il convient également de préciser qu'à côté du droit commun des contrats, il existe des règles spéciales qui trouvent à s'appliquer dans les contrats tenant à la fourniture de contenus numériques lorsque l'un des contractants est un consommateur¹²¹¹. Ainsi, en présence d'un cocontractant consommateur, des exigences rédactionnelles résultant notamment de l'article L. 211-1 du Code de la consommation s'imposeront pleinement au détenteur de données telles que l'absence d'ambiguïté intrinsèque des stipulations¹²¹².

169. **Le contrat, une source de « para-propriété intellectuelle »** – En marge de la propriété intellectuelle, les parties peuvent organiser entre elles la protection de leurs données

1209Cass. 1^{re} civ., 31 octobre 2012, n° 11-20.480, JurisData n° 2012-030256, Légipresse 2012, p. 672 ; Propr. intell. 2013, n° 46, p. 55, note LUCAS A. ; Gaz. Pal., 6 mars 2013, n° 65-66, p. 20, note MARINO L. ; LEPI, janvier 2013, n° 1, p. 3, note BERNAULT C. ; RLDI, 1^{er} janvier 2013, n° 83, p. 6, obs. SINGH A. et CHAREYRE B. ; RLDI, 1^{er} décembre 2012, n° 88, p. 21, obs. COSTES L. ;

1210V. en ce sens : LIMBACH F., *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales, De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, L.G.D.J., 6 mars 2004, coll. Thèse, sous-coll. Bibliothèque de droit privé, t. 412, 381 p. ; v. ég. CA Paris, 25 novembre 2010, RG n° 08/22287, SA Karavel c/ M et Mme C. – DEBET A., *Le clic de fin de commande suffit pour valider les conditions générales de vente*, Comm. com. électr., juin 2011, n° 6, comm. 56

1211Par exemple, les règles prévues par la directive (UE) 2019/770 du 20 mai 2019 transposée par la loi n° 2020-1508 du 3 décembre 2020 et l'ordonnance n° 2021-1247 du 29 septembre 2021 relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques, décret n° 2022-946 du 29 juin 2022 relatif à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques.

1212Il a été jugé que des clauses de conditions générales d'utilisation proposées par un fournisseur de contenus numériques étaient illicites au regard de la réglementation consumériste et cela, en raison d'utilisation d'expressions inadéquates, ambiguës et imprécises (TGI Paris, 9 avril 2019, n° 14/07298, UFC-Que Choisir c/ Facebook). De même, dans sa recommandation n° 14-02, la Commission des clauses abusives avait estimé, au regard de l'ancien article L. 133-2 du Code de la consommation, illicites les clauses faisant référence à des documents dénommés : charte, politique de confidentialité, politique d'utilisation, règles de communauté sans précision de leur nature contractuelle (v. par ex. TGI Paris, 7 août 2018, n° 14/07300, UFC-Que Choisir c/ Twitter).

en se réservant ainsi la maîtrise économique de leurs données ou leur exploitation. En d'autres termes, là où le droit de propriété intellectuelle ne s'applique pas, la liberté contractuelle reprend toute sa force¹²¹³, à tel point qu'un auteur a pu estimer que « *la volonté se trouve ainsi susceptible de transformer les matériaux légalement inappropriables en objets contractuellement réservés* »¹²¹⁴. Le contrat constitue, alors, selon le Professeur Jean-Michel BRUGUIÈRE, une source de la « *para-propriété intellectuelle* »¹²¹⁵. Pour preuve, l'arrêt très critiqué par la doctrine¹²¹⁶ de la Cour d'appel de Lyon en date du 26 mars 1987¹²¹⁷ dans lequel les juges d'appel ont reconnu l'existence d'un usage résultant d'une pratique contractuelle de la part d'un club de football, usage créateur d'un droit permettant au club de s'opposer à la diffusion radiophonique d'un match. Un tel monopole d'exploitation sur les événements sportifs fut, par la suite, consacré par l'article 18-1 de la loi n° 84-610 du 16 juillet 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives, disposition désormais insérée dans le Code du sport à l'article L. 333-1, alinéa 1^{er}.

170. **L'affaire Ryanair de la Cour de justice** – Cette possibilité d'aménagements contractuels a été expressément reconnue par la Cour de justice de l'Union européenne, dans sa célèbre décision *Ryanair* en date du 15 janvier 2015¹²¹⁸, en matière de bases de données non protégées par un droit de propriété intellectuelle. Comme le notait le Professeur Alain STROWEL, cette décision de la Cour de Luxembourg illustre « *le paradoxe du régime propriétaire ; il peut libérer l'accès à une ressource en interdisant son appropriation par contrat* »¹²¹⁹.

1213V. en ce sens ROBIN A. et CHATRY S., *op. cit.*, p. 281, n° 473

1214LATIL A., *L'appropriation de la réalité virtuelle : une affaire sensible*, in La propriété intellectuelle renouvelée par le numérique (sous-dir. Bérengère Gleize et Agnès Maffre Baugé), Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, novembre 2020, p. 85

1215BRUGUIÈRE J.-B., *Introduction*, in La para-propriété intellectuelle (sous-dir. Jean-Michel Bruguière), Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, sous-coll. La propriété intellectuelle autrement, 6 octobre 2022, p.8

1216V. AZÉMA J., GARAGNON J. et REINHARD Y., note sous CA Lyon, 1^{er} civ. B., 26 mars 1987, RG n° 5449-86 Association Radio locale privée TNT c/ Association sportive de Saint-Étienne

1217CA Lyon, 1^{er} civ. B., 26 mars 1987, RG n° n° 5449-86 Association Radio locale privée TNT c/ Association sportive de Saint-Étienne, D. 1988, p. 558 – Sur la reconnaissance d'un droit reconnu pour les clubs sportifs : v. ég. CA Paris, 23 août 1995, Ligue nationale de football c/ Sté ASICS France et a. ; Cass. Com., 2 décembre 1997, Sté NIKE France et a.

1218CJUE, 2^e ch., 15 janvier 2015, aff. C-30/14, *Raynair Ltd c. PR Aviation BV*, ECLI : EU : C:2015:10 ; Juris-Data n° 2015-002578 ; RIDA 2015/2, p. 319 et 301 obs. SIRONELLI P. ; RDC 2015, n° 11v5, p. 348, note PASSA J., Propr. intell., 2015, n° 55, p. 211, obs. BERNAULT C. ; Propr. intell., 2016, n° 58, p. 97, obs. VIVANT M. ; Légipresse, décembre 2015, synthèse, n° 9, p. 688 ; Comm. com. électr., 2015, comm. 10, obs. CARON C.

1219STROWEL A., *Omni sunt Communia : des opera au Big Data*, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2018, n° 2, vol. 81, p. 201

Dans cette affaire, une base de données en ligne d'horaires de vol d'avions avait été développée par la compagnie aérienne *Ryanair* qui n'était titulaire ni d'un droit d'auteur ni d'un droit *sui generis*¹²²⁰ sur cette base de données. En somme, celle-ci ne remplissait pas les conditions légales d'obtention d'un titre de propriété intellectuelle. Toutefois, l'accès à cette base de données par le biais du site Internet de la compagnie aérienne présupposait que le visiteur eût accepté préalablement l'application des conditions générales de la société en cochant une case à cet effet. Or, dans ces conditions générales, une clause contractuelle interdisait la reprise de données à des fins non personnelles¹²²¹. Une société *PR Aviation* exploitait un site Internet de recherches de vols aériens permettant de comparer les prix et de réserver des vols. Pour son activité, cette société utilisait les données de sites Internet de plusieurs compagnies aériennes, dont celle de la compagnie *Ryanair*. Cette dernière a donc agi à l'encontre de la société *PR Aviation* en raison de la violation de son droit *sui generis*. Dans son pourvoi formé devant la *Hoge der Nederlanden*, la compagnie aérienne soutenait que « *c'est à tort que le [la cour d'appel] a considéré que le fait que PR Aviation ait outrepassé l'interdiction contractuelle qui lui était faite d'extraire des données de la base de Ryanair à des fins commerciales sans avoir conclu une convention de licence écrite avec cette dernière société n'était pas constitutive d'un manquement de sa part* ». En effet, le droit *sui generis* lorsqu'il trouve à s'appliquer sur une base de données, connaît une exception majeure aux actes soumis à restrictions. Le titulaire du droit *sui generis* ne peut, effectivement, empêcher l'utilisateur légitime de la base mise à la disposition du public d'extraire et/ou de réutiliser des parties non substantielles de son contenu à quelque fin que ce soit¹²²². Comme nous l'avons vu, le contrat ne peut déroger à cette exception. Aussi, fallait-il savoir, en l'espèce si cette exception trouvait à s'appliquer à l'égard d'une base de données qui ne relevait pas du droit *sui generis*. Saisie, la Cour suprême des Pays-Bas posa une question préjudicielle à la Cour de justice, à savoir : « *l'effet de la directive [96/9] s'étend-il également aux bases de données en ligne qui ne sont pas protégées, [...], par le droit d'auteur, et ne le sont pas non plus, [...], par un droit sui generis, et ce en ce sens que la liberté d'utiliser de telles bases de données ne peut, par application (que ce soit, ou non, par analogie) des articles 6, paragraphe 1, et 8, lus en combinaison avec l'article 15 de la directive [96/9], être limitée contractuellement ?* ».

¹²²⁰En l'espèce, la cour d'appel d'Amsterdam, la *Gerechtshof te Amsterdam*, a estimé que la société *Ryanair* n'avait pas établi l'existence d'un « investissement substantiel » dans la création de son recueil de données, au sens de la directive 96/9 et de la loi sur les bases de données (CJUE, 2^e ch., 15 janvier 2015, aff. C-30/14, *Raynair Ltd c. PR Aviation BV*, § 22).

¹²²¹CJUE, 2^e ch., 15 janvier 2015, aff. C-30/14, *Raynair Ltd c. PR Aviation BV*, pt 16

¹²²²Art. 8 de la directive 96/9/CE du 11 mars 1996 ; art. L. 342-3 du CPI

Dans sa décision *Ryanair*, les juges luxembourgeois rappellent d'abord que « si le créateur d'une base de données protégée par la directive 96/9 décide d'autoriser l'utilisation de sa base de données ou d'une copie de celle-ci, il lui est loisible, ainsi que le confirme le considérant 34 de cette directive, d'encadrer cette utilisation par une convention conclue avec l'utilisateur légitime, qui précise, dans le respect des dispositions de ladite directive, les « fins et [...] la manière » d'utiliser ladite base ou sa copie »¹²²³. Ils précisent ensuite que « s'agissant, en revanche, d'une base de données à laquelle la directive 96/9 n'est pas applicable, son créateur ne bénéficie pas du régime de protection juridique institué par cette directive, si bien qu'il ne peut revendiquer une protection de sa base de données que sur le fondement du droit national applicable »¹²²⁴. Ainsi, la Cour de justice en conclut qu'« il convient de répondre à la question posée que la directive 96/9 doit être interprétée en ce sens qu'elle n'est pas applicable à une base de données qui n'est protégée ni par le droit d'auteur ni par le droit *sui generis* en vertu de cette directive, si bien que les articles 6, paragraphe 1, 8 et 15 de ladite directive ne font pas obstacle à ce que le créateur d'une telle base de données établisse des limitations contractuelles à l'utilisation de celle-ci par des tiers, sans préjudice du droit national applicable »¹²²⁵. En somme, la base de données n'étant pas couverte ni par un droit d'auteur ni par un droit *sui generis*, l'exploitant de ladite base peut valablement restreindre contractuellement l'utilisation, l'extraction de la base de données. Comme l'a souligné à juste titre le Professeur Michel VIVANT, « le raisonnement [de la Cour de justice] est purement formel : la directive ne s'applique pas, les limitations à l'emprise des droits qu'elle reconnaît ou met en place ne s'applique pas davantage »¹²²⁶.

171. La question en suspens de la renonciation au droit *sui generis* du producteur de bases de données – La question de pose de savoir si le titulaire du droit *sui generis* sur une base de données peut renoncer à son droit. En effet, le producteur peut être incité à renoncer au droit *sui generis* afin d'encadrer contractuellement l'exploitation de ladite base. Peut-il alors valablement renoncer au droit *sui generis* ? L'avantage principal d'une telle renonciation réside dans l'inapplicabilité des articles 8 et 15 de la directive 96/9 du 11 mars 1996. Ces dispositions viennent restreindre la liberté contractuelle du producteur de la base de données d'autant plus qu'elles sont impératives. Autrement dit, le titulaire du droit *sui generis* ne

¹²²³CJUE, 2^e ch., 15 janvier 2015, aff. C-30/14, *Raynair Ltd c. PR Aviation BV*, § 43

¹²²⁴*Ibid.*, § 44

¹²²⁵*Ibid.*, § 45

¹²²⁶VIVANT M., *Contrat : la liberté de surprotéger*, Prop. intell., janvier 2016, n° 58, p. 97

pourra pas, par le jeu d'une stipulation contractuelle, interdire l'utilisateur légitime de la possibilité d'extraire et/ou de réutiliser une partie non substantielle de sa base de données.

La renonciation consiste en un « *acte de disposition par lequel une personne – abandonnant volontairement un droit déjà né dans son patrimoine (droit substantiel ou action en justice) – éteint ce droit* »¹²²⁷. Il ressort de la jurisprudence constante qu'une partie peut toujours, après la naissance de son droit, renoncer à l'application d'une loi quand bien même serait-elle d'ordre public¹²²⁸. Selon l'étude en soutien à l'évaluation de la directive 96/9/C, cette renonciation au droit *sui generis* serait pratiquée¹²²⁹. Cependant, faute de décisions, en particulier de la Cour de justice de l'Union européenne, des doutes subsistent quant à la validité d'une telle pratique lorsqu'elle a pour unique finalité de contourner les exceptions au droit *sui generis* établies par le Législateur. Or, faut-il rappeler que la renonciation n'est abdicative d'un droit que « *dans la mesure où [elle] ne pourra nuire qu'au renonçant [...], c'est-à-dire dans la mesure où elle porte sur un droit qui n'intéresse que lui* »¹²³⁰. Or, la renonciation du droit *sui generis* risque de nuire aux tiers puisqu'ils ne pourraient plus bénéficier des exceptions prévues par le législateur. Par ailleurs, en matière de droit d'auteur, il semble que la renonciation, en droit français à tout le moins, ne soit pas possible. Pour Monsieur Benjamin JEAN, « *il est impossible de renoncer unilatéralement à la jouissance de ses droits [d'auteur] : seule la loi pouvant reprendre ce qu'elle a donné...* »¹²³¹. Mais, cette solution pour le droit d'auteur peut-elle être appliquée au droit *sui generis* ?

172. **Les conséquences de l'affaire *Ryanair*** – Au regard de la solution retenue par la Cour de justice, le producteur d'une base de données peut remédier à l'absence de protection de sa base par le droit de propriété intellectuelle en prévoyant des clauses encadrant l'utilisation de celle-ci. Le mérite de la solution de la Cour de justice est de permettre de protéger, en l'absence de droits de propriété intellectuelle, une base de données contre la pratique dite de

1227 Association Henri Capitant, sous-dir. Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2011, 9^e éd., p. 884

1228 Cass. 3^e civ., 27 octobre 1975, n° 74-11.656, Bull. civ. III, n° 310, p.234

1229 RADAUER A., GKOGKA A., CALATRAVA MORENO M. del C. et al, *op. cit.*, p. 86

1230 RAYNAUD P., *La renonciation à un droit*, RTD Civ., 1936, n° 30 et 34 (citation issue de VERN F., *Les objets juridiques. Recherche en droit des biens*, Dalloz, Paris, vol. 200, coll. Nouvelles Bibliothèque de Thèses, juillet 2020, p. 644, note de bas de page n° 2

1231 JEAN B., *Propriété intellectuelle et Open Innovation : les frères ennemis*, RLDI, 1^{er} décembre 2011, n° 77, p. 32 et s.

« *database scraping* » ou en français, de collecte de données¹²³² en insérant dans les conditions générales d'utilisation des restrictions contractuelles.

Néanmoins, un paradoxe transparaît de la position adoptée par la Cour de justice dans son affaire *Raynair*. En effet, le producteur d'une base de données non protégée par le droit *sui generis* sera mieux loti qu'un producteur dont la base de données est protégée par le droit *sui generis*. N'étant pas soumis aux limitations contractuelles imposées par le Législateur, le producteur d'une telle base de données pourra, de fait, s'il le souhaite, empêcher l'extraction et la réutilisation de parties même si ces dernières peuvent être non substantielles. Ce paradoxe a été mis en évidence lors de l'étude en soutien à l'évaluation de la directive 96/9/CE¹²³³.

Néanmoins, la position de la Cour de justice s'inscrit parfaitement par dans vision traditionnelle du contrat comme mode de régulation aux effets limités aux parties¹²³⁴. Mais, la Professeure Séverine DUSOLLIER précise que « *c'est oublier que la base de données en ligne [...] est soumise à un contrat qui est le passage obligé pour toute utilisation de la base* »¹²³⁵. De ce fait, la position de la Cour de justice a suscité de vives critiques de la part de la doctrine. Une telle solution risquerait de réduire l'intérêt de l'utilité du droit *sui generis*¹²³⁶, voire « *indirectement de créer un droit sur les données elles-mêmes* »¹²³⁷.

Il est intéressant de noter qu'outre-Atlantique, la question de la faculté de limiter l'extraction de données accessible sur un site Internet à tous les internautes s'est également posée dans le cadre d'une affaire opposant la société *eBay* à *Bidder's Edge Inc*¹²³⁸. En l'espèce, la société *eBay* est connue pour son site Internet d'enchères grand public. Les utilisateurs doivent s'inscrire et accepter les conditions d'utilisation de son site. Dans ces

1232Il s'agit d'une technique d'extraction automatique de données à partir d'un ou de plusieurs sites internet dans le but d'utiliser celles-ci, après traitement, dans un autre contexte. Une telle pratique se décline principalement en deux variantes. La première connue sous l'expression anglo-saxonne « *screen scraping* » vise l'hypothèse dans laquelle l'outil de collecte de données se fait passer pour un simple visiteur du site. La seconde concerne le « *Web scraping* » c'est-à-dire l'utilisation d'outils spécifiques afin que le site internet considère l'auteur de la collecte comme un administrateur du site.

1233RADAUER A., GKOGKA A., CALATRAVA MORENO M. del C. et al, *op. cit.*, p. 22

1234ROBIN A. et CHATRY S., *op. cit.*, p. 281, n° 474

1235DUSOLLIER S., *Le jeu du copyleft entre contrat et propriété*, Cahiers de droit de l'entreprise, novembre 2015, n° 6, dossier 52, note de bas de page n° 35

1236PASSA J., *La limitation par contrat de l'exploitation d'un objet non protégé par un droit de propriété intellectuelle*, RDC, 15 juin 2015, n° 2, p. 348 ; VIVANT M., *Contrat : la liberté de surprotéger*, Prop. intell., janvier 2016, n° 58, p. 96-97 ; CASTETS-RENARD C., *La liberté contractuelle et la réservation de l'information des bases de données non protégées devant la CJUE*, RLDI, 1^{er} mars 2015, n° 113, p. 8-11 ; STROWEL A., *Omni sunt Communia : des opera au Big Data*, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2018, n° 2, vol. 81, p. 201 ; RADAUER A., GKOGKA A., CALATRAVA MORENO M. del C. et al, *op. cit.*, p. 22

1237STROWEL A., *les outils d'appropriation au service des communs numériques*, in Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, Paris, septembre 2020, p. 445

1238*Ebay, Inc. v. Bidder's Edge, Inc.*, 100 F. Supp. 2d 1058, 54 U.S.P.Q.2D (BNA) 1798 (N.D. Cal. May 23, 2000), disponible [en ligne] : <https://casetext.com/case/ebay-v-bidders-edge> (consulté 08/10/2023)

conditions d'utilisation, il est fait interdiction d'utiliser tout dispositif automatique pour surveiller ou copier le site Internet ou le contenu de la base de données sans au préalable avoir reçu une autorisation expresse écrite¹²³⁹. La société *Bidder's Edge Inc.* gérait, quant à elle, un site Internet offrant la possibilité de rechercher des articles dans de nombreuses ventes aux enchères en ligne sans devoir consulter chaque site hôte individuellement. Constatant la présence de liste de vente aux enchères d'*eBay*¹²⁴⁰, la société *eBay* a informé la société *Bidder's Edge Inc.* que son comportement constituait, entre autres, une violation du « droit de propriété » et proposait de concéder une « licence » pour ses activités. Les sociétés n'ont, toutefois, pas pu trouver un accord sur l'autorisation d'utiliser les données d'*eBay*. Partant, la société *eBay* a saisi le tribunal fédéral du district nord de Californie. La juridiction a décidé, en l'espèce, d'interdire provisoirement la société *Bidder's Edge, Inc.* d'accéder aux systèmes informatiques d'*eBay* en utilisant un programme d'interrogation automatisé sans l'autorisation écrite d'*eBay*¹²⁴¹. Cependant, en raison d'un accord passé entre les sociétés *eBay* et *Bidder's Edge Inc.*, le juge n'a pu se prononcer notamment sur l'atteinte à la « propriété ». Néanmoins, il semble que la *California Supreme Court* aurait écarté l'argument fondé sur le *tort of trespass* au regard de sa décision *Intel corp. contre Hamidi*¹²⁴². Le juge californien reconnaît, toutefois, implicitement la possibilité pour le détenteur d'encadrer les utilisations faites de ses données présentes sur son site Internet par des conditions générales d'utilisation. Ainsi, bien que le juge n'ait pas tranché le différend en raison d'un accord entre les parties, cette affaire illustre la force du contrat dans la réservation des données. La jurisprudence américaine converge donc vers une solution similaire à celle retenue par la Cour de justice lorsque la base de données ne relève pas du droit *sui generis*.

173. Une opportunité pour la réservation des données syntaxiques et sémantiques –

Enfin, au regard de la position de la Cour de justice adoptée dans l'affaire *Raynair*, il apparaît qu'en marge de la propriété intellectuelle, rien ne puisse s'opposer, en principe, pour

1239Les conditions d'utilisation de la société *eBay* étaient la suivante : prohibits the use of « any robot, spider, other automatic device, or manual process to monitor or copy our web pages or the content contained herein without our prior expressed written permission ».

1240Il ressortait qu'environ 69 % des données contenues dans la base de données de *Bidder's Edge, Inc.* proviennent du site *eBay*.

1241La demande de la société *eBay* se fondait notamment sur la violation de propriété, la publicité mensongère, la fraude et l'abus informatiques, la concurrence déloyale, l'appropriation illicite, et l'enrichissement sans cause.

1242Intel Corporation. v. Kourosh Kenneth Hamidi, n° S103781, 30 juin 2003, 71 p.3d 296 (N.D. Cal. 30 June 2003), disponible [en ligne] : <https://caselaw.findlaw.com/court/ca-supreme-court/1176038.html> (consulté 08/10/2023) : Le cas *Intel Corp. v. Hamidi*, une décision clef du droit américain, met en lumière le défi d'adapter les principes juridiques traditionnels tels que le *trespass to chattels*, c'est-à-dire l'atteinte illicite aux biens, aux communications électroniques sur Internet. Cette affaire illustre également la contradiction entre la nature ouverte d'Internet et la volonté de contrôler l'accès.

les parties à un contrat d'organiser le contrôle des données numériques en limitant, voire en interdisant leur exploitation. La décision *Raynair* illustre, s'il était nécessaire, la vitalité de l'outil contractuel pour la réservation d'éléments non protégés par la propriété intellectuelle. Cette possibilité de réservation concerne aussi bien les données au niveau syntaxique qu'au plan sémantique. Cependant, cet aménagement possible ne doit pas servir à déroger à « *une exception légale, dont la raison d'être réside dans la liberté d'accès à l'information* »¹²⁴³.

Par ailleurs, le contrat ne doit pas ruiner l'équilibre existant entre le domaine privé et le domaine public. Ainsi, le contrat ne devrait pas être un outil employé pour reconstituer artificiellement un domaine privé au sein du domaine public. Le Professeur Christophe CARON mettait ainsi en garde sur le danger de voir « *un acteur économique [être], du fait du contrat, obligé de payer pour utiliser une œuvre tombée dans le domaine public ou qui a raté son examen de passage pour accéder au monopole du droit de propriété intellectuelle* »¹²⁴⁴. Afin de préserver le domaine public, il nous semble qu'une donnée brute ainsi qu'une donnée publique ne devront pas faire l'objet d'une réservation exclusive par le jeu d'une clause contractuelle au risque de réduire comme peau de chagrin le domaine public et de porter atteinte de manière excessive à la liberté d'expression, voire de création.

Toutefois, est-ce à dire que la réservation contractuelle des données ne connaît aucune limite ? Une telle affirmation doit être écartée et cela, au regard de la philosophie du contrat marquée notamment par les idées de justice objective, d'équilibre des intérêts en présence¹²⁴⁵. Ainsi, et selon l'approche positiviste de l'illustre juriste KELSEN¹²⁴⁶, un contrat ne sera valide que s'il est conforme aux normes qui lui sont supérieures telles que le Code civil ou la Constitution.

1243MACREZ F., *Contrats de consultation et d'exploitation de bases de données*, JurisClasseur Communication, Fasc. 700, 1^{er} octobre 2016, n° 18. – V. dans le même sens : PASSA J., *La limitation par contrat de l'exploitation d'un objet non protégé par un droit de propriété intellectuelle*, RDC, 15 juin 2015, n° 2, p. 348

1244CARON C., *Au nom de l'éthique des affaires : point de copie tu ne feras*, Comm. com. élect., avril 2007, n° 4, comm. 54

1245OPPÉTIT B., *Philosophie du droit*, Dalloz, Paris, coll. Bibliothèque Dalloz, avril 2022, p. 129-130, n° 119

1246KELSEN H., *Théorie pure du droit*, L.G.D.J., coll. La pensée juridique, 19 avril 1999, 376 p.

Section 2. Le contrat, un outil limité dans la réservation des données

174. À titre liminaire, il convient de relever les difficultés que pourront rencontrer les rédacteurs au niveau de la détermination de l'« objet » du contrat. Antérieurement à la réforme opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, l'article 1126 du Code Napoléon exigeait que « *tout contrat a pour objet une chose* ». La réforme a entraîné la « *quasi-disparition* »¹²⁴⁷ de la notion d'objet dans la mesure où nous retrouvons une référence de cette notion dans la rédaction issue de l'ordonnance de 2016 à l'article 1163, alinéa 1^{er} du Code civil. Or, cette détermination de l'objet exigée par l'ancien article 1126 est problématique lorsque l'objet du contrat porte sur des données numériques, élément incorporel. En effet, « *il s'agit alors, non seulement d'identifier cet objet, mais de le décrire précisément dans la mesure où il ne peut compter sur les caractéristiques physiques de la chose pour être représenté* »¹²⁴⁸. Nous pouvons trouver une illustration de cette difficulté dans les dispositions du Code de la propriété intellectuelle envisageant la cession des droits patrimoniaux du droit d'auteur¹²⁴⁹.

Comme l'ont relevé avec justesse les Professeurs David HIEZ et Sandrine CHASSAGNARD-PINET, « *si les figures contractuelles se multiplient dans les différents champs disciplinaires, l'évolution du système juridique français ne semble toutefois pas être marquée par un passage du « tout loi » au « tout contrat »* »¹²⁵⁰. Ainsi, bien que le contrat soit devenu un outil incontournable dans l'environnement numérique, il reste, cependant, un outil limité. D'une part, ses effets sont limités aux parties (I). Et d'autre part, la liberté des parties dans la détermination du contenu des clauses contractuelles peut être restreinte par l'effet de dispositions spéciales¹²⁵¹ (II).

1247FAGES B. (sous-dir.), *Le Lamy Droit du contrat*, Wolters Kluwer France, 2019 (mis à jour juin 2022), n°1017

1248LOISEAU G., *L'immatériel et le contrat*, in Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux, Dalloz, L.G.D.J.-Lextenso, Paris, octobre 2009, p. 359

1249Par ex. l'al. 1^{er} de l'art.L. 131-3 du CPI

1250CHASSAGNARD-PINET S. et HIEZ D., *Le système juridique français à l'ère de la contractualisation*, in La contractualisation de la production normative (sous-dir. Chassagnard-Pinet S. et Hiez D.), Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, octobre 2008, p. 4

1251V. en ce sens : DROSS W., *Création et aménagement des droits réels : question(s) de principe(s) ?*, RDC, décembre 2020, n° 4, p. 112 : pour qui « *dans son champ naturel [...], celui des conventions, la liberté des parties n'a jamais été sans limites ; l'article 1103 aujourd'hui, 1134 jadis, n'a jamais conféré aux accords des parties la sanction du droit qu'à condition qu'elles lui aient d'abord obéi* »

I. Les effets de réservation limités aux cocontractants

175. L'une des premières limites porte sur l'effet relatif des contrats (A). À cela, s'ajoutent les difficultés liées à l'inexécution contractuelle (B).

A. L'effet *inter partes* des contrats

176. **Le contrat, un monde refermé autour des parties** – Le contrat n'est qu'une norme interindividuelle. Ainsi, il n'a d'effets qu'à l'égard des cocontractants. Ce principe qui s'est imposé au début du XX^e siècle¹²⁵² et trouve son fondement dans l'adage « *res inter alios acta, alii neque nocere* » (la chose convenue entre les uns ne profite ni ne nuit aux autres)¹²⁵³. Ce principe était initialement posé à l'article 1165 ancien du Code civil. Il s'agit d'un principe connu sous le nom de l'« effet relatif du contrat » qui exprime « *l'idée que le contrat est un monde clos* », *refermé autour des parties contractantes* »¹²⁵⁴. En d'autres termes, les tiers qui n'ont pas consenti au contrat n'y sont pas engagés. Depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, ce principe est inscrit à l'article 1199 du Code civil disposant désormais que « *le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties* ».

Finalement, cette disposition circonscrit le périmètre de l'effet obligationnel du contrat aux seuls contractants. En principe, nul ne peut devenir débiteur ou créancier en vertu d'un contrat dont il n'a pas été partie. Aussi, nous pouvons déduire, de l'article 1203 du Code civil, la prohibition de la promesse pour autrui¹²⁵⁵. Il s'agit concrètement d'interdire de faire naître une obligation dans le chef d'un tiers et cela, par le biais d'une simple promesse, sans aucune intervention de ce dernier. Partant, ce principe vient renforcer l'effet relatif des contrats.

177. **L'opposabilité du contrat, un tempérament au principe d'effet relatif des contrats** – Bien que les effets des contrats soient limités aux parties, le droit des obligations offre à cette limitation des palliatifs. En effet, traditionnellement, les effets du contrat à l'égard des

1252BOUDOT M., *La relativité du contrat. Archéologie d'un concept récent*, in *L'effet relatif du contrat*, BOUDOT M., FAURE-ABBAD M., et VEILLON D. (sous-dir.), L.G.D.J., Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, novembre 2015, 189 p.

1253STOFFEL-MUNCK P., MALAURIE P., AYNÈS L., *Droit des obligations*, L.G.D.J., Paris, coll. Droit civil, 22 septembre 2020, 11^e éd., n°456

1254BUFFELAN-LANORE Y. et LARRIBAU-TERNEYRE V., *Droit civil. Les obligations*, Sirey, Paris, septembre 2022, 18^e éd., p. 280, n° 856 – Dans le même sens, v. WINTGEN R., *Étude critique de la notion d'opposabilité : les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque Droit privé, octobre 2004, n°s 391

1255Néanmoins, cette règle est tempérée par l'article 1204 du Code civil concernant la promesse de port-fort.

tiers sont présentés au moyen de la notion d'« *opposabilité* ». Il s'agit d'une construction doctrinale apparue au début du XX^e siècle¹²⁵⁶. L'opposabilité peut être définie comme la « *qualité reconnue à un élément de l'ordre juridique par laquelle il rayonne indirectement hors de son cercle d'activité directe* »¹²⁵⁷. Appliquée au contrat, l'opposabilité signifie que le contrat « rayonne » au-delà des seules parties¹²⁵⁸. Néanmoins, pour le Professeur Robert WINTGEN, « *la notion d'opposabilité est [...] purement descriptive, elle ne permet pas d'expliquer les effets du contrat à l'égard des tiers* »¹²⁵⁹.

Sur la base de cette idée, la jurisprudence accorde la possibilité pour un contractant d'opposer son contrat à un tiers et cela, soit à titre de preuve¹²⁶⁰ soit pour engager la responsabilité du tiers¹²⁶¹. Depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, l'article 1200 du Code civil, qui fait suite à l'article 1199 venant circonscrire l'effet obligationnel du contrat, dispose, en effet, que « *les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat* ».

178. **Le tiers complice de violation d'un contrat** – Une partie peut être fondée à demander aux tiers le respect du contrat voire d'une clause insérée dans ledit contrat. En ce qui nous concerne, se pose, concrètement, la question de l'opposabilité de la clause organisant la réservation des données numériques à l'encontre des tiers. Cela vise l'hypothèse de l'immixtion illicite du tiers dans l'exécution du contrat et plus précisément, l'idée de « *tierce complicité* ». Cette notion de complicité est une de celles qui relèvent *intuitivement* du domaine pénal. Cependant, nous retrouvons cette notion au sien du droit civil des obligations avec le « *fameux et très présent « tiers complice de violation d'un contrat* »¹²⁶². Cette tierce

1256Notamment dans les thèses d'Alex WEIL et de Simone CALASTRENG, l'article du Doyen SAVATIER (SAVATIER R., *Le prétendu principe de l'effet relatif du contrat*, RTD Civ., 1934, p. 525 et s.). La chambre commerciale de la Cour de cassation a utilisé cette notion pour la première fois dans un arrêt en date du 17 octobre 2000 (Cass. civ. 1^{re}, 17 octobre 2000, n° 97-22.498, Bull. civ. I, n° 246 ; JurisData n° 2000-006292 ; D. 2001, p. 952, note BILLIAU M. et MOURY J. ; JCP G. 2001, I, 338, obs. VINEY G.). Par la suite, cette notion a fait l'objet d'analyses doctrinales : DUCLOS J., *L'opposabilité : essai d'une théorie générale*, L.G.D.J., octobre 1984, 544 p. ; WINTGEN R., *Étude critique de la notion d'opposabilité : les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque Droit privé, octobre 2004, 402 p.

1257DUCLOS J., *L'opposabilité : essai d'une théorie générale*, L.G.D.J., octobre 1984, p. 1, n° 2

1258V. dans le même sens : CHANTEPIE G., *Contrat : effet – Rayonnement du contrat*, Répertoire de droit civil, Dalloz, janvier 2018, (mise à jour : décembre 2020), n° 114

1259WINTGEN R., *op. cit.*, n°s 391 – V. dans le même sens, WITZ C., *Effets, interprétation et qualification du contrat*, RDC, 1^{er} janvier 2009, n° 1, p. 318 et s. pour qui « *le principe dit de l'« opposabilité aux tiers » est un paravent tout à fait inutile. [...] Mais ce principe en soi n'est pas nocif, il n'est qu'un maillon superflu* » ; TERRÉ F., *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, décembre 2008, p. 238, n° 33

1260L'opposabilité probatoire signifie que le contrat sert de preuve des droits et obligations créés entre les parties. V. BECQUÉ-ICKOWICZ S., *Contrat – Effets du contrat à l'égard des tiers – Dispositions générales – Opposabilité*, JurisClasseur Notarial Répertoire, Fasc. 37-2, 5 avril 2017 (mise à jour : 29 juillet 2022)

1261V. DEBAT O., *Le contrat, source de responsabilité envers les tiers*, LPA, 23 septembre 2003, n° 190, p. 3 et s.

1262GAUTIER P.-Y., *De l'éventuel « rôle actif » des opérateurs internet dans la réalisation du dommage (qualifications de responsabilité civile)*, D., 2011, p. 2054 et s.

complicité est déjà prise en compte par le Législateur dans certaines hypothèses telles que celles tenant à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive¹²⁶³.

Si, le contrat ne produit pas, en principe, d'effets à l'égard des tiers, dès lors que ces derniers ont connaissance de son existence, ils ne peuvent pas faire comme s'il n'existait pas¹²⁶⁴. Ainsi, « les « devoirs du tiers » sont ceux que fait naître la connaissance du contrat »¹²⁶⁵. Il ressort, en effet, de la jurisprudence¹²⁶⁶ que le tiers engage sa responsabilité extracontractuelle lorsqu'il entrave en connaissance de cause l'exécution d'un contrat, voire lorsqu'il se rend volontairement complice de la violation d'un engagement contractuel pris par l'une des parties contractantes. Dans une telle situation, le cocontractant victime de la violation de l'engagement de l'obligé aura à sa disposition deux actions : l'une de nature contractuelle à l'encontre de son contractant défaillant et l'autre extracontractuelle à l'égard du tiers complice sur le fondement de l'article 1240 du Code civil¹²⁶⁷.

Classiquement, la responsabilité de ce tiers complice repose sur la démonstration d'une faute causant un préjudice au créancier. Bien que le cocontractant victime ne soit pas obligé de prouver que le tiers complice ait incité le débiteur à violer son engagement contractuel, il doit, toutefois, apporter la preuve de la connaissance par ce dernier de l'existence dudit engagement¹²⁶⁸. Cette connaissance constitue en soi la faute au sens de l'article 1240 précité.

Le préjudice subi par la victime en raison de la violation de l'obligation contractuelle telle de la violation d'une clause de confidentialité, de non-concurrence ou d'exclusivité

1263 Art. L. 442-2 du C. com.

1264 En ce sens, v. STOCK M., Synthèse – *Effets du contrat à l'égard des tiers*, JurisClasseur Civil Code, n° 27

1265 CARVAL S., *Contrat et tiers : une affaire de droits... et de devoirs*, RDC, 1^{er} octobre 2008, n° 4, p. 1151 et s.

1266 V. par ex. Cass. com., 13 mars 1979, n° 77-13.518, Bull. civ. IV, n° 100, D. 1980, p. 1, note SERRA Y ; Cass. Ass. plén., 9 mai 2008, n° 07-12.449, Bull. Ass. plén., n° 3 ; D. 2008, p. 2328, obs. ROUQUET Y. ; RTD Civ., 2008, p. 485, obs. JOURDAIN P. ; RTD Civ., 2008, p. 498, obs. GAUTIER P.-Y. RTD Com., 2009, p. 202, obs. BOULOC B. ; AJDI, 2008, p. 878, obs. THIOYE M.

1267 Les deux actions, celle exercée à l'encontre de l'obligé défaillant et l'autre à l'égard du tiers complice peuvent se cumuler et obtenir une condamnation *in solidum* (V. en ce sens : MESTRE J., *L'inexécution du contrat et le tiers*, RTD Civ., 1999, p. 623). En effet, la chambre commerciale de la Cour de cassation est venue préciser que « l'action en concurrence déloyale dirigée contre le nouvel employeur qui a embauché un salarié lié par une clause de non-concurrence est recevable nonobstant l'existence d'une action contractuelle de l'ancien employeur contre ce salarié et alors que ces deux actions, l'une délictuelle et l'autre contractuelle, qui tendent à la réparation d'un préjudice différent peuvent se cumuler » (Cass. com., 24 mars 1998, n° 96-15.694, Bull. civ. IV, n° 111, p. 89 ; D. 1999, Somm., p. 113, obs. LIBCHABER R. ; JCP, 1998, I, n° 185, n° 13, obs. VINEY G. ; v. également Cass. com., 17 janvier 2018, n° 16-20.421)

1268 Bien que l'article 1200 du Code civil n'évoque pas la condition tenant à la connaissance par le tiers du contrat, celle-ci est imposée par la jurisprudence. V. par ex. Cass. com., 11 octobre 1971, n° 70-11.892, Bull., n° 237, p. 221 ; Cass. com., 13 mars 1979, Bull. civ. IV, n° 100, D. 1980, 1, note SERRA Y. ; Cass. com., 19 octobre 1999, n° 97-15.795 ; Cass. com., 7 juillet 2009, n° 08-15.686 ; Cass. com., 16 février 2016, n° 13-24.284 ; Cass. com., 18 décembre 2001, n° 00-10.978, Bull. 2001, IV, n° 200 p. 195 ; D. 2003, Somm., 1029, note PICOD Y. – V. ég. CHANTEPIE G., *op. cit.*, n° 117

pourra résulter de la perte de son avantage concurrentiel¹²⁶⁹. Cette action en responsabilité débouchera, en théorie, sur une réparation soit par équivalent par l'allocation de dommages et intérêts¹²⁷⁰ soit en nature. Ainsi, afin de mettre fin à l'atteinte, les juges pourront empêcher les tiers complices d'exploiter les données de manière contraire à la clause qui limitait leur usage¹²⁷¹.

Toujours est-il que le succès de cette action à l'égard du tiers complice est soumis à la preuve de la connaissance de l'engagement. Or, en pratique, cette preuve est somme toute difficile à rapporter, et cela, d'autant plus que la connaissance du contrat par le tiers ne peut pas être présumée¹²⁷². Dans l'univers numérique, le simple fait qu'un tiers ait consulté le site Internet du contractant victime peut-il suffire à établir sa connaissance des conditions d'utilisation générales ? À cela, s'ajoute la difficulté de déterminer l'étendue du dommage subi par le contractant victime. Cette détermination pourra se relever périlleuse. L'économie numérique est extrêmement mouvante. En effet, la valeur d'une donnée n'est pas fixe, mais, au contraire, elle varie en fonction de ses utilisations, du marché en cause, de sa rareté.

À l'inconvénient de l'effet *inter partes* du contrat, s'ajoutent des obstacles quant à la réparation de l'inexécution fautive.

B. La sanction de l'inexécution fautive

179. **Les remèdes¹²⁷³ à l'inexécution contractuelle** – L'inexécution fautive appelle la question des sanctions appropriées. Monsieur Quentin GUIGUET-SCHIELÉ a rappelé, à juste titre, que « *chaque sanction dispose en elle d'une charge comminatoire ayant pour fonction d'éviter qu'il ne soit nécessaire d'y recourir* »¹²⁷⁴. Les sanctions en droit commun des obligations ont été entièrement refondues, depuis la réforme du droit des contrats et sont

1269L'appréciation du préjudice du cocontractant victime est souple.V. Cass. com., 18 décembre 2007, n° 05-13.697

1270V. par ex. Cass. 1^e civ., 10 mai 2005, n° 02-11.759, Bull. civ. I, n° 205, p. 173 ; D, 2006, p. 1156, obs. A. GUÉGAN-LÉCUYER A. ; RTD Civ., 2005, p. 596, obs. MESTRE J. et FAGES B. ; RTD Com., 2005, p. 577, obs. LEGEAIS D.

1271Toutefois, la doctrine distingue la demande en cessation de l'illicite de l'action en réparation en nature (v. en ce sens : BLOCH C., *La cessation de l'illicite ; Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, Paris, avril 2008, vol. 71 coll. Nouvelle bibliothèque de thèse, n°s 64 et s.)

1272V. en ce sens : CHANTEPIE G., *op. cit.*, n° 117

1273Pour une critique du terme « remède », v MEKKI M. *Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat*, RDC, juin 2016, n° 2, p. 400-407

1274GUIGUET-SCHIELÉ Q., *L'incompatibilité des sanctions en droit commun de l'inexécution contractuelle*, RTD Civ., 2021, p. 797 et s.

désormais recensées par l'article 1217 du Code civil, liste qui, au surplus, n'est pas limitative. Il existe de multiples remèdes à l'inexécution du contrat qui poursuivent deux objectifs « certaines ont pour fonction de régler le sort du contrat inexécuté, c'est-à-dire de remédier au déséquilibre que l'inexécution a créé à l'intérieur de celui-ci. D'autres permettent en revanche de régler le sort du débiteur défaillant, c'est-à-dire de déterminer quelles seront pour ce dernier les conséquences de sa défaillance »¹²⁷⁵. Parmi ces remèdes, nous nous concentrerons sur l'« exécution forcée en nature »¹²⁷⁶ et la « réparation des conséquences de l'inexécution ». Cette dernière expression assez floue comprend les dommages et intérêts.

180. **Le choix des remèdes laissé à l'appréciation des juges du fond** – À la différence des droits de *Common law*¹²⁷⁷ et d'autres droits européens¹²⁷⁸, il n'existe pas en droit français de hiérarchie dans le choix des formes de réparation en cas d'inexécution contractuelle puisque ce choix relève du juge¹²⁷⁹. Autrement dit, les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation pour choisir entre les différentes sanctions. Cette liberté laissée par la Cour de cassation aux juges du fond leur permet « de se livrer à un choix d'opportunité entre les intérêts divergents en présence »¹²⁸⁰. Il existe ainsi une alternative entre l'exécution forcée (1) et la réparation (2).

1275GROSSER P, *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, thèse, Université Paris I, 2000

1276SABARD O., *Les sanctions de l'inexécution du contrat : exception d'inexécution/exécution forcée*, L'essentiel Droit des contrats, 11 mars 2016, n° 3, p. 7 : pour qui l'expression « exécution forcée en nature » est redondante

1277Dans les droits de la *Common law*, en cas d'inexécution, le principe est non pas l'exécution forcée en nature (la *specific performance*), mais plutôt l'octroi de dommages et intérêts. Cette spécificité de la *Common law* s'explique principalement par une analyse économique du droit des contrats, le contrat étant vu comme un marché. Selon Lord Reed, l'octroi de dommages et intérêts permet d'obtenir un substitut à l'exécution (v. WHITTAKER S., *Un cadre commun pour la responsabilité civile ?*, RDC, décembre 2019, n° 4, p. 156).

1278Par ex., le droit néerlandais accorde la primauté comme dans les droits de la *Common law* à la réparation par les dommages et intérêts : V. Article 6.103 Burgerlijk Wetboek

1279Cass. com., 11 juillet 1962, Bull. civ. 1962, III, n° 359 ; D. 1963, somm. p. 11 ; Cass. 3° civ., 3 février 2004, n° 20-19.217 – Sur ce point, il convient de relever la divergence avec la jurisprudence du Conseil d'État et celle de la Cour de cassation. En effet, la Haute juridiction de l'ordre administratif a, quant à elle, érigé comme principe la réparation sous forme de dommages et intérêts (LEDUC F., *Modalités de la réparation – Règles communes aux responsabilités délictuelle et contractuelle – Principes fondamentaux*, JurisClasseur Responsabilité civile et Assurances, Fasc. 201, 7 avril 2016 (mise à jour : 9 août 2022), n° 40).

1280SABARD O., *La forme de la réparation*, in *La réparation intégrale en Europe – Études comparatives des droits nationaux* (sous-dir. LEDUC L., et PIERRE P.), Larcier, Bruxelles, coll. Europe(s), 11 septembre 2012, p. 80

1. La difficile exécution forcée

181. **L'exclusion de la faculté de remplacement** – Dans le cadre de notre étude, nous pouvons d'ores et déjà écarter l'hypothèse prévue à l'article 1222 du Code civil. Cette disposition généralise « *en droit commun la faculté de remplacement unilatérale, forme d'exécution forcée par un tiers* »¹²⁸¹. Cette possibilité suppose que la prestation en cause présente une certaine fongibilité¹²⁸². Aussi, cette faculté sera en pratique écartée et cela, pour une raison pragmatique ; le créancier, détenteur de données, entend non pas trouver un autre débiteur, mais bien faire respecter par son cocontractant l'obligation de confidentialité ou de non-usage prévue dans le contrat.

182. **Le fondement de l'exécution forcée** – « *Le remède normal d'une défaillance contractuelle est l'exécution forcée en nature* »¹²⁸³ ou encore dénommée l'exécution *ad ipsam rem*. Celle-ci peut se définir comme « *l'obtention par le créancier de l'exécution de l'obligation en cas d'inexécution imputable au débiteur* »¹²⁸⁴. Ce remède par l'exécution forcée en nature est étroitement lié à la philosophie du contrat¹²⁸⁵, en particulier du principe de la « *convention-loi* ». Un courant doctrinal s'est d'ailleurs bâtie sur l'impératif moral du respect de la parole donnée. Aussi, « *l'idée de tolérer ou d'encourager l'efficient breach of contract paraît inacceptable* »¹²⁸⁶. La règle « *pacta sunt servanda* »¹²⁸⁷, fait de l'exécution forcée en nature la conséquence de la force obligatoire du contrat. En d'autres termes, il découle de la force obligatoire du contrat, le principe de l'exécution forcée¹²⁸⁸, principe qui fut initialement consacré en France par la jurisprudence¹²⁸⁹ inversant ainsi la règle retenue avant

1281CHANTEPIE G. et LATINA M., *op. cit.*, p. 582, n° 632

1282MEKKI M., *Fiche pratique : l'exécution forcée « en nature », sauf si...*, Gaz. Pal., 5 juillet 2016, n° 25

1283LE TOURNEAU P., *Mandat*, Répertoire de droit civil, Dalloz, juillet 2017 (mise à jour : mars 2021), n° 34

1284FORTI V., *Exécution forcée en nature*, Répertoire de droit civil, Dalloz, octobre 2016 (mise à jour : décembre 2021), n° 1

1285V. MEKKI M., *op. cit.*, p. 15

1286ANCEL P., *Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois – Approche comparative*, Larcier, Bruxelles, octobre 2015, coll. Faculté de droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, p. 752, n° 693

1287PETIT F., *Droit et loyauté*, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, mars 2015, p. 83, n° 85 : pour qui « *si pacta sunt servanda constitue bel et bien un principe fondamental de la Lex mercatoria, son interprétation s'opère à l'aune de la bonne foi et du devoir de loyauté* ». Autrement dit, cette règle n'est pas uniquement cantonnée en droit interne, elle se retrouve en droit international.

Par ailleurs, la règle *Pacta sunt servanda* est reconnue comme ayant une valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel depuis sa décision du 9 avril 1992 (Cons. const. 9 avril 1992, n° 92-308 DC).

1288En ce sens, v. CHANTEPIE G. et LATINA M., *Le nouveau droit des obligations ; commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, Paris, juin 2018, 2^e éd., p. 581, n° 632

1289Cass. 1^{re} civ., 20 janv. 1953, n° 556, Bull. civ. I, n° 26. ; Cass. 3^e civ., 11 mai 2005, n° 03-21.136, Bull. civ. III, n° 103, p. 96 ; RDI 2005, p. 299, obs. MALINVAUD P. ; Cass. 1^{re} civ., 16 janvier 2007, n° 06-13.983, Bull. civ. I, n° 19 ; JCP G 2007, I, 161., obs. MEKKI M ; V. MAZEAUD D et LAITHIER Y.-M., *La nature*

la réforme du droit des contrats, par l'ancien article 1142 d'une exécution par équivalent¹²⁹⁰. Il faudra attendre l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 pour que cette jurisprudence soit pleinement consacrée par le Législateur à l'article 1221 du Code civil qui dispose, désormais, que « *le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature* ». Cette disposition vient ainsi compléter l'article L. 111-1 du Code des procédures civiles d'exécution.

Il en résulte que, depuis le 1^{er} octobre 2016, les contractants n'ont plus à prévoir dans leurs contrats une clause d'exécution forcée. Puisque le Législateur n'a pas limité son champ d'application, l'article 1221 du Code Napoléon couvre l'exécution forcée en nature, qu'il s'agisse d'obligations de donner, de faire ou de ne pas faire. Par ailleurs, cette possibilité de demander l'exécution forcée en nature n'est pas subordonnée à l'existence d'un préjudice¹²⁹¹ ; « *une telle position est logique dans la mesure où la condamnation dite in specie du débiteur apparaît étrangère à l'idée de responsabilité : son prononcé ne dépend pas de la gravité des conséquences préjudiciables de l'inexécution* »¹²⁹².

183. L'exception à l'exécution forcée en nature – Cependant, après avoir affirmé le principe de l'exécution forcée en nature, celui-ci est tempéré par une exception¹²⁹³, à savoir « *sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier* ». En cela, la disposition de l'article 1221 précité reprend la jurisprudence qui s'était développée sur le fondement des anciens articles 1142 et 1143 du Code civil. Elle offre, par ailleurs, une garantie puisque cette exécution forcée en nature implique l'intervention préalable du juge. Ce dernier appréciera s'il y a usage abusif de cette prérogative qui pourra entraîner des conséquences irréversibles.

de la sanction : satisfaction du bénéficiaire par des dommages-intérêts ou primauté de l'exécution forcée en nature ?, RDC, 1^{er} avril 2012, n° 2, p. 681

1290BLOCH C, CERATI-GAUTHIER A. et PERRUCHOT-TRIBOULET V. (dir.), *Influence de la réforme du droit des obligations*, Dalloz, Paris, avril 2018 p. 13, n° 1.20

1291Cass. 3^e civ., 6 mai 1980, n° 78-16.390, Bull. civ. III, n° 91 : la Cour de cassation avait affirmé que « *l'action tendant à l'exécution d'une obligation contractuelle n'est pas subordonnée à l'existence d'un préjudice* » – Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 2007, n° 05-10.937, LPA, 25 juillet 2007, n° 148, p. 14, note GARAUD É.

L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 est restée silencieuse sur l'existence du préjudice. Ainsi, des auteurs ont interprété ce silence, et cela, en comparaison de l'article 1221 du Code civil avec l'article 1224 comme signifiant le maintien de la solution prétorienne. V. en ce sens : GROSSER P., *L'exécution forcée en nature*, AJCA, 23 mars 2016, n° 3, p. 119 – FORTI V., *Exécution forcée en nature*, Répertoire de droit civil, Dalloz, octobre 2016 (mise à jour : décembre 2021), n° 87

1292FAGES B. (sous-dir.), *Le Lamy Droit du contrat*, Wolters Kluwer France, 2019 (mis à jour : juin 2022), n° 2192

1293DOWNE A., *Vers un droit raisonnable : l'influence du nouvel article 1221 du Code civil sur les sanctions de l'inexécution*, LPA, 14 octobre 2019, n° 205, p. 6 parlant de « *restriction économique à l'exécution forcée en nature* ».

Cette appréciation de la disproportion manifeste se relèvera, dans certaines situations, ardue¹²⁹⁴. En effet, le juge devra-t-il apprécier au regard de l'objet de la prestation ou des capacités financières du débiteur ? L'intérêt du créancier se limite-t-il aux avantages directs de l'exécution du contrat ? La Cour de cassation contrôlera la motivation des juges du fond. Afin de préserver l'intérêt de la disposition de l'article 1221, ce contrôle de la motivation devra être strict.

Finalement, l'exécution forcée en nature sera écartée lorsque celle-ci est impossible ou disproportionnée. Ce tempérament au principe vise l'impossibilité matérielle, juridique¹²⁹⁵ et morale¹²⁹⁶. Ainsi, dans l'hypothèse d'une violation d'une clause de confidentialité, celle-ci ne peut matériellement plus donner lieu à une exécution forcée en nature¹²⁹⁷. En effet, la divulgation de l'information peut techniquement être effacée des mémoires d'ordinateur, si tant est qu'il n'y ait pas eu de copie de cette information dans une multitude d'ordinateurs ou de divulgation sur Internet, mais cette information ne pourra pas être effacée des mémoires des hommes¹²⁹⁸. En d'autres termes, dès lors que la violation de l'obligation a entraîné la divulgation des données numériques gardées secrètes, le créancier de l'obligation ne pourra plus demander l'exécution forcée en nature. Ce dernier obtiendra simplement une réparation du dommage causé par le biais de dommages et intérêts. À l'inverse, si le débiteur exploite les données et cela, en violation d'une obligation de non-usage, le créancier pourra obtenir la condamnation sous astreinte à cesser cette exploitation induue.

184. La question de l'aménagement contractuel de l'exception à l'exécution forcée –

Au regard du risque encouru par l'appréciation du juge, la question de la possibilité d'aménager voire d'exclure ce contrôle de proportionnalité se pose. Une telle stipulation risque de tomber « *sous les fourches caudines des articles 1170 et 1171* »¹²⁹⁹ du Code civil. Par ailleurs, les juges pourront qualifier l'article 1221 du Code civil de disposition d'ordre

1294 Pour une appréciation critique de l'expression « *disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier* », v. MEKKI M., *Fiche pratique : l'exécution forcée « en nature », sauf si...*, Gaz. Pal., 5 juillet 2016, n° 25 ; PUIG P., *L'excès de proportionnalité*, RTD civ. 2016, p. 70 et s.

1295 L'exécution forcée en nature sera écartée, par exemple, en raison de la loi. Ainsi, l'exécution forcée en nature ne trouvera pas à s'appliquer lorsque le débiteur est soumis à une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire.

1296 L'exemple topique de l'impossibilité morale est le contrat de commande d'une œuvre de l'esprit. Ainsi, dans une affaire, les juges parisiens ont considéré que le principe de la liberté de l'art excluait toute exécution forcée en nature à l'encontre d'un peintre (CA Paris, 2 décembre 1897, DP 1898, 2, p. 465, note PLANIOL ; V. également Cass. civ., 14 mars 1900, DP 1900, 487, note PLANIOL)

1297 En ce sens, v. BINCTIN N., *Savoir-faire*, Répertoire IP/IT et Communication, Dalloz, janvier 2018 (mise à jour : février 2020), n° 31

1298 GARINOT J.-M., *Le secret des affaires*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Bourgogne, 2011, L.G.D.J., 2013, n° 257, p. 214)

1299 MEKKI M., *Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat*, RDC, juin 2016, n° 2, p. 403

public, écartant ainsi toute possibilité d'éviction du contrôle de proportionnalité lors de la demande d'exécution forcée. À l'inverse, pour le Professeur Mustapha MEKKI, la clause venant simplement encadrer ce mécanisme de proportionnalité pourra, toutefois, produire effets¹³⁰⁰.

Finalement, nous ne pouvons que constater que l'exécution forcée en nature se révèle être un remède inadapté pour le cas d'inexécution d'obligation de confidentialité dans le cadre de données numériques gardées secrètes. Néanmoins, ce remède présente un réel avantage dans le cadre de clause visant à limiter les utilisations possibles des données numériques mises à disposition au contractant. À défaut d'exécution forcée en nature, le détenteur des données pourra prétendre à une réparation par équivalent soit pécuniaire sous la forme de dommages et intérêts, soit non pécuniaires sous la forme d'une réparation en nature¹³⁰¹.

2. La question de la réparation par l'octroi de dommages et intérêts

185. Selon la doctrine majoritaire et la jurisprudence, les dommages et intérêts octroyés à la partie lésée par le préjudice de l'inexécution suit une fonction réparatoire¹³⁰². L'article 1231-2 du Code civil renvoie à cette fonction.

a. Un remède peu efficace

186. **L'exigence d'un dommage causé par l'inexécution contractuelle** – Le juge ne peut accorder des dommages et intérêts en l'absence de dommage, sachant que ce dernier peut être présumé par la violation de certaines obligations. Ainsi, hormis les hypothèses de présomption de dommages ou de l'existence de clauses spécifiques, il incombe à la partie s'estimant victime de l'inexécution d'apporter la preuve de l'ampleur de son préjudice.

1300 *Ibid.*, p. 406

1301 En droit français, il n'existe pas de disposition spécifique dans le Code civil consacrant la notion de réparation en nature. Néanmoins, la jurisprudence reconnaît largement la possibilité pour le juge d'accorder à la victime une réparation en nature (v. en ce sens : VINEY G. et JOURDAIN P., *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, LG.D.J., 4 décembre 2001, 2^e éd., n^{os} 26 et s., n^o 39).

1302 JOURDAIN P., *Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle*, in *Les métamorphoses de la responsabilité* – Colloque commun aux Facultés de droit de l'Université de Montréal et l'Université catholique de Nimègue et de l'Université de Poitiers, PUF, 1997, p. 65 et s.

187. **L'exigence d'une obligation de ne pas faire** – Dans le cadre de notre étude, nous nous concentrons essentiellement sur l'obligation de ne pas faire. Cela renvoie à la clause de confidentialité, de non-concurrence, mais également de non-usage. Initialement, la jurisprudence avait estimé que la violation d'une obligation de ne pas faire pouvait engager la responsabilité contractuelle du débiteur et cela, par le seul fait de la contravention¹³⁰³. Cette solution s'était développée sur le fondement de l'ancien article 1145 du Code civil¹³⁰⁴. Toutefois, cette disposition a été supprimée à la suite de la réforme du droit des contrats en 2016. Aussi, se pose indubitablement la question du maintien de la solution prétorienne. Sur ce point, le Professeur Louis-Frédéric PIGNARRE s'est montré favorable à son maintien. Cet auteur considère qu'il serait « *plus juste et plus conforme à l'équilibre voulu par les parties, de considérer que les dommages intérêts sont dus au titre de la seule inexécution de l'engagement* »¹³⁰⁵. Cependant, nous pouvons à bon droit craindre que cette solution ne soit pas maintenue par la jurisprudence. Deux arguments vont, en effet, dans le sens de l'abandon de la solution prétorienne, un premier argument textuel et un second issu de la jurisprudence. Tout d'abord, la condition du préjudice apparaît expressément dans les dispositions regroupées au sein de la sous-section 5 intitulée « *La réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat* »¹³⁰⁶. L'intitulé même suggère l'existence d'un préjudice. Ensuite, concernant l'argument issu de la jurisprudence, il s'agit d'une décision du 7 mai 2019 de la chambre commerciale de la Cour de cassation qui vient réaffirmer la nécessité d'établir le préjudice¹³⁰⁷. Outre ces arguments, la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile¹³⁰⁸ prévoit à l'article 1250 que « *toute inexécution du contrat, y compris le retard dans l'exécution, ayant causé un dommage au créancier oblige le débiteur à en répondre* ». Cette disposition rapproche ainsi la responsabilité contractuelle de celle extracontractuelle en une

1303V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 10 mai 2005, n° 02-15.910, Bull. civ. I, n° 210 ; RTD Civ., 2005, p. 594, obs. MESTRE J. et FAGES B. RDC, 2006, p. 326, note MAZEAUD D. – Cass. 1^{re} civ., 14 octobre 2010, n°09-69.928, Bull. civ. I, 2010, n° 197 ; D. 2011. 472, obs. AMRANI-MEKKI S. et FAUVARQUE-COSSON B. ; RTD Civ. 2010, p. 781, obs. FAGES B. ; L'essentiel Droit des contrats, 1 décembre 2010, n° 11, p. 2, note DESHAYES O.

1304L'emploi de ce fondement pour justifier la solution prétorienne peut être critiqué dans la mesure où cette disposition ne figurait pas dans la section consacrée aux dommages et intérêts résultant de l'inexécution. Comme le rappelle le Professeur Dimitri HOUTCIEFF, « *l'ancien article 1145 n'avait vocation qu'à régir la mise en demeure* » (HOUTCIEFF D., *La sanction de l'inexécution d'une obligation de ne pas faire ne dispense pas de la preuve d'un préjudice*, Gaz. Pal., 7 janvier 2020, n° 1, p. 33).

1305PIGNARRE L.-F., *Obligation de ne pas faire : quelle sanction au lendemain de la réforme ?*, in Mélanges offerts à Geneviève Pignarre. Un droit en perpétuel mouvement, L.G.D.J., octobre 2018, p. 679

1306Art. 1231 à 1231-7 du C. civ.

1307Cass. com., 7 mai 2019, n° 18-11.128, F-D, JurisData n° 2019-007721, Contrats, conc., consom. 2019, comm. 136, note LEVENEUR L. ; JCP E., 19 décembre 2019, n° 51, p. 47, note GRIGNON P. ; Gaz. Pal., 7 janvier 2020, n° 1, p. 32, note HOUTCIEFF D.

1308Sénat, *Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile*, 29 juillet 2020, session extraordinaire de 2019-2020, n° 678, disponible en ligne : <https://www.senat.fr/leg/pp19-678.pdf> (consulté le 13/12/2022).

conception unitaire. Elle impose la preuve de l'existence d'un dommage afin de pouvoir engager la responsabilité civile de l'auteur. Nous retrouvons ainsi l'idée développée par le Professeur Pascal ANCEL que « *les juristes des pays du Code civil considèrent aujourd'hui majoritairement ces dommages-intérêts liés à l'inexécution du contrat comme une forme de responsabilité civile, qu'ils mettent sur le même plan que la responsabilité délictuelle* »¹³⁰⁹. L'octroi de dommages et intérêts en matière contractuelle peut être analysé non pas comme une forme de réparation du préjudice subi par le créancier, mais plutôt comme un équivalent de l'exécution¹³¹⁰, en particulier lorsque ces dommages et intérêts sont basés sur le coût de substitution¹³¹¹. Cette dernière conception reste cependant marginale¹³¹² et, semble être condamnée par la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile¹³¹³.

Finalement, en cas de violation contractuelle, il incombera au détenteur des données d'apporter la preuve du préjudice subi quand bien même que cette violation concernerait une obligation de ne pas faire. Cela conduit à la difficulté tenant à l'évaluation monétaire du dommage subi.

188. Le principe de la réparation intégrale du dommage – L'une des difficultés récurrentes posées par la réparation pécuniaire réside dans l'évaluation monétaire du dommage subi par le créancier. Cette évaluation est gouvernée par le principe fondamental de la réparation intégrale du dommage selon lequel il convient de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu¹³¹⁴. Selon la formule du Doyen

1309ANCEL P., *op. cit.*, p. 797, n° 751 – V. ég. RÉMY P., *La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept*, RTD Civ., 16 juin 1997, n° 2, p. 323 et s. spéc. n° 2

1310En ce sens, v. MALAURIE P. et AYNÈS L., *Les obligations*, L.G.D.J., 1^{er} octobre 2013, 6^e éd., n° 808 et s.
Il faut reconnaître que dans certains cas, le législateur reconnaît que l'octroi de dommages et intérêts a bien une fonction d'exécution par équivalent (v. art. 1142 ancien du Code civil qui disposait que « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur* »).

1311En ce sens, v. LAITHIER Y.-M., *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, L.G.D.J., Paris, coll. Thèse, sous-coll. Bibliothèque de droit privé, 4 mai 2004, n° 319 – v. ég. LE TOURNEAU P., *Brefs propos critiques sur la « responsabilité contractuelle » dans l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité*, D. 20 septembre 2007, n° 31, p. 2180 et s.

1312BOUCARD H., *Responsabilité contractuelle en droit civil*, Dalloz, Paris, juin 2019, p. 23, n° 17

1313Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile, 29 juillet 2020, n° 678

1314Cass. com., 16 février 1954, D. 1954, p. 534, note RODIÈRE R.; Cass. 2^e civ., 28 octobre 1954 : JCP G 1955, II, 8765, SAVATIER R.; Cass. com., 24 mai 2011, n° 10-24.869, Bull. 2011, IV, n° 80, JurisData n° 2011-009581; Cass. com., 5 mai 2015, n° 14-11.148 et 14-15.278, Bull. 2015 n°5, IV, n°75, JurisData n° 2015-010292; Cass. com., 1^{er} juin 2022, n° 20-19.476; Cass. com., 1^{er} juin 2022, n° 20-19.476 – V. ég. Article 1258 de la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile du 29 juillet 2020 prévoyant que « *la réparation du préjudice est intégrale. Elle a pour objet de replacer la victime autant qu'il est possible dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu, de sorte qu'il n'en résulte pour elle ni perte ni profit* » (Sénat, session extraordinaire de 2019-2020, Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile, 29 juillet 2020, n° 678).

CARBONNIER, « *il faut remplacer le mal, faire qu'il semble n'avoir été qu'un rêve* »¹³¹⁵. Ce principe commun aux deux ordres de responsabilité se traduit par un principe d'équivalence quantitative et qualitative entre le dommage et la réparation¹³¹⁶. Cela implique donc une évaluation *in concreto*, Ce faisant, cet impératif exclut toute « *forfaitisation* »¹³¹⁷. Si la valeur de la prestation peut être une composante du dommage, dans de nombreuses hypothèses, les dommages et intérêts sont, toutefois, détachés de cette valeur, comme l'a montré la Professeure Geneviève VINEY¹³¹⁸.

189. Une réparation uniquement du dommage prévisible – Par ailleurs, en matière contractuelle, le principe de réparation intégrale s'entend de la réparation de l'intégralité du dommage prévisible lors de la formation du contrat¹³¹⁹ et constituant une suite immédiate et directe de l'inexécution de ce contrat¹³²⁰. Cette règle est souvent présentée comme une limitation au principe de la réparation intégrale du dommage en ce qu'il existe des préjudices qui ne seront pas réparés et cela, même si ces derniers constituent une suite directe de l'inexécution. Cette solution se retrouve désormais à l'article 1231-3 du Code civil.

La prévisibilité du dommage s'apprécie *in abstracto* et s'opère à travers le contenu des obligations assumées par les parties¹³²¹. En d'autres termes, il est tenu compte de ce qui aurait été raisonnablement prévisible. La jurisprudence a estimé qu'est prévisible le dommage dont

1315CARBONNIER J., *Droit civil, les obligations*, PUF, Paris, 2004, n° 1114, p. 2253

1316ROUJOU DE BOUBÉE M.-È., *Essai sur la notion de réparation*, thèse de doctorat, Droit, Toulouse 1, 1973, L.G.D.J., Paris, coll. Bibliothèque de droit privé, t. CXXXV, 1974, p. 269 et s. – V. ég. LEDUC F., *Régime de la réparation – Modalité de la réparation – Régime communes aux responsabilités délictuelle et contractuelle – Principes fondamentaux*, JurisClasseur Responsabilité civile et Assurances, Fasc. 201, 7 avril 2016 (mise à jour : 9 août 2022), n° 48 – V. ég. JOURDAIN P., *Les dommages-intérêts alloués par le juge – rapport français*, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles – Études de droit comparé* (sous-dir. Marcel FONTAINE et Geneviève VINEY), Bruylant, Bruxelles, coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 29 août 2001, p. 265, n° 3

1317Cass. civ. 2°, 22 novembre 2012, n° 11-25.988, D. 2013. 2658, obs. BACACHE M., GUÉGAN-LÉCUYER A. et PORCHY-SIMON S. – Cass. civ. 2°, 20 novembre 2014, n° 13-21.250 ; JurisData n° 2014- 028319

1318VINEY G., *Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français*, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles – Études de droit comparé* (sous-dir. Marcel FONTAINE et Geneviève VINEY), Bruylant, Bruxelles, coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 29 août 2001, p. 168 et s., n° 2

1319BUCHER C.-É., *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif*, Dalloz, Paris, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 102, avril 2011, p. 264, n° 300 : pour qui, l'ancien article 1150 du Code civil « *se justifie par le fait que le débiteur en acceptant de se lier par des obligations doit être à même de mesurer l'étendue de la responsabilité qu'il est susceptible d'encourir* » – BUFFELAN-LANORE Y. et LARRIBAU-TERNEYRE V., *Droit civil. Les obligations*, Sirey, Paris, octobre 2020, 17° éd., p. 1041, n° 3014 – Nous pouvons également ajouter que cette règle est fondée sur des considérations de nature économique, v. en ce sens : MOILLE C., *De la réparation des seuls dommages prévisibles en matière contractuelle*, RLDC, 1^{er} février 2014, n° 112

1320Cass. com., 11 mars 2020, n° 18-22.472 ; JurisData n° 2020-003292 ; JCP G. 30 mars 2020, n° 13, actualité n° 375, p. 636

1321Il s'agit d'une appréciation en fonction de ce qu'un débiteur raisonnable aurait pu prévoir au regard des circonstances à la formation du contrat. – V. FALIN J., *La réparation du dommage contractuel prévisible*, Dr. & Patr., 1^{er} mai 2009, n° 181, p. 50-56

le contractant ne pouvait ignorer qu'il résulterait de l'inexécution de ses obligations¹³²². Ainsi, les dommages résultants de la divulgation de données secrètes en violation d'une clause de confidentialité ou encore, de leur utilisation malgré la présence d'une clause de non-usage, relèveront de la qualification de dommages prévisibles et pourront donc être indemnisés. Reste la difficulté de prouver l'étendue des dommages notamment en ce qui concerne la situation financière du cocontractant victime de l'inexécution. Comme l'avait souligné un auteur, « *les prévisions financières ont leurs limites et nul ne sait de quoi demain sera fait et encore moins de quoi demain aurait dû être fait si le cours des choses n'avait pas été modifié par l'inexécution à l'origine des dommages* »¹³²³. Dans le contexte de l'économie numérique, cette problématique s'intensifie. Il est très difficile d'établir des projections financières fiables sur les données et les utilités offertes, ce qui rend d'autant plus délicate l'évaluation du dommage prévisible.

Par ailleurs, la règle de l'indemnisation du dommage prévisible n'est pas absolue dans la mesure où une indemnisation totale des préjudices est possible en cas de faute lourde ou dolosive du débiteur. Ainsi, en ce qui nous concerne, si l'inexécution d'une obligation de non-concurrence, de confidentialité ou de non-usage est due à la mauvaise foi du débiteur, alors le principe de la réparation du dommage prévisible posé à l'article 1231-3 du Code civil sera écarté. Sur ce point, la jurisprudence avait considéré, antérieurement à la réforme du droit des contrats, que le débiteur commettait une faute dolosive lorsqu'il se refusait d'exécuter ses obligations contractuelles et cela, même si ce refus n'était pas dicté par l'intention de nuire à son cocontractant¹³²⁴. Certes, l'article 1231-3 du Code civil ne vise plus expressément le « *dol* ». Cependant, cette disposition fait référence à la « *faute lourde ou dolosive* ». Or, selon l'adage « *la faute lourde est équivalente au dol* », nous estimons que l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 ne remet pas en cause la jurisprudence antérieure.

190. Au-delà de la compensation monétaire : la recherche de la préservation des utilités des données – Outre cette difficulté d'évaluation monétaire, force est de constater que le détenteur des données cherche avant tout à se réserver les utilités de ses données et non pas d'avoir une compensation laissant « *subsister la source du dommage* »¹³²⁵. Comme l'indiquait justement le Professeur Wilfrid JEANDIDIER, « *une indemnité pécuniaire ne remplacera*

¹³²²Cass. com., 20 novembre 1979, n° 77-15.993

¹³²³THORE B., « *Nul ne sait de quoi demain aurait dû être fait* » ou la délicate démonstration du manque à gagner de la victime de l'échec d'un projet informatique, Gaz. Pal., 25 septembre 2003, n° 268, p. 4 et s.

¹³²⁴Cass. civ. 1^{re}, 4 février 1969, D. 1969, 601, note MAZEAUD J.

¹³²⁵FAGES B., *Le comportement du contractant* (préf. Jacques Mestre), Presses Universitaires d'Aix-Marseille – P.U.A.M., 24 juillet 1997, coll. Institut de Droit des Affaires, n° 693

jamais le fait promis »¹³²⁶. La simple indemnisation du dommage prévisible pourra même causer la ruine du contrat¹³²⁷. En effet, l'indemnisation met en avant l'idée que tout peut se monnayer faisant fi ainsi de la valeur de la parole donnée, du respect des engagements qui relève d'une importance dans le monde des affaires. Sur ce point, nous pouvons faire ici référence à Oscar WILDE lorsqu'il écrivait qu'« *aujourd'hui, chacun sait le prix de toutes choses, et nul ne connaît la valeur de quoi que ce soit* »¹³²⁸. Il est donc crucial de mettre en place des palliatifs.

b. Les palliatifs envisageables

191. **Un remède peu dissuasif face à la théorie de la rupture efficace** – Se pose ainsi la question de la dissuasion par l'effet de la responsabilité civile. Autrement dit, le débiteur d'une obligation contractuelle est-il dissuadé d'enfreindre son engagement en raison de la possibilité d'engager sa responsabilité civile ? Cette interrogation appelle une analyse économique du contrat notamment en matière de rupture d'engagements contractuels, qui s'est développée au milieu des années 1970¹³²⁹. De cette analyse économique du contrat, est née la théorie pragmatique de la rupture efficace connue sous l'expression anglaise « *efficient breach of contract* »¹³³⁰. Cette théorie fut décrite pour la première fois en 1970 par le Professeur Robert L. BIRMINGHAM¹³³¹ et popularisée par le juge américain Richard POSNER¹³³² et l'école de Chicago. Il y a rupture efficace lorsqu'un cocontractant retire davantage de gains par la non-exécution de ses obligations contractuelles plutôt qu'en les respectant¹³³³. Or, la responsabilité contractuelle semble être inapte à dissuader efficacement

1326 JEANDIDIER W., *L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire*, RTD Civ., 1976, p. 700)

1327V. en ce sens : DEPREZ J., *Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français*, in *Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XVII, Dalloz, Paris, 1968, p. 28

1328 WILDE O., *Le portrait de Dorian Gray*, éd. Chez G. & A. Mornay Libraire, Paris, 1920, traduction d'Eugène Tardieu, coll. Les beaux livres, p. 8

1329 BROUSSEAU É., et FARES M., *Règles de droit et inexécution du contrat. L'apport de la théorie économique des contrats au droit comparé*, Revue d'économie politique, 2002/6, vol. 112, p. 824-825

1330 MACKAAY E., ROUSSEAU S., LAROUCHE P. et al., *Analyse économique du droit*, Dalloz, Paris, coll. Méthodes du droit, mai 2021, 3^e éd., p. 547, n° 1423 ; ROCHFELD J., *La rupture efficace*, in *Droit et économie des contrats* (sous-dir. Christophe Jamin), L.G.D.J., Paris, 29 avril 2008, coll. Droit et Économie, p. 169 et s.

1331 BIRMINGHAM, R. L., *Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency*, 1970, Articles by Maurer Faculty, 139 p. 273-292. Mais nous devons l'expression d'« *efficient breach* » aux auteurs Charles GOETZ et Robert SCOTT (GOETZ C. et SCOTT R., *Liquidated Damages, Penalties, and the Just Compensation Principle : A Theory of Efficient Breach*, 77 COLUM. L. REV. 554 (1977), p. 554-594).

1332V. notamment POSNER R., *Economic Analysis of Law*, Little, Brown & Company, 1992, 4^e éd.,

1333 Pour d'autres définitions, v. ROUSSEAU É., *La sanction adéquate en matière contractuelle : une analyse économique*, LPA, 19 mai 2005, n° 99, p. 43 et s. ; FABRE-MAGNAN M., *Réforme du droit des contrats : « Un très bon projet »*, JCP G., 22 octobre 2008, n° 43, dotr. 199 ; MUIR-WATT H., *La modération des*

un tel type de comportement dans la mesure où elle est avant tout tournée vers la réparation du dommage et n'a, actuellement, pas, à tout le moins explicitement¹³³⁴, une fonction punitive.

i. La clause pénale, un instrument renforçant la force obligatoire

192. **La clause pénale, un palliatif contractuel à l'encontre de la théorie de la rupture efficace** – Face à la difficulté de sanctionner le manquement du cocontractant, mais également des difficultés d'évaluer le dommage subi, une solution contractuelle se présente au détenteur des données. Les parties peuvent effectivement déroger au principe d'équivalence entre réparation et dommage par des clauses contractuelles de responsabilité¹³³⁵ et cela, en vertu de la liberté contractuelle. Ainsi, il est possible d'inclure dans le contrat une clause pénale qui a une dimension punitive. Il s'agit d'un instrument de gestion de risques ayant pour fonction de « *renforcer la force obligatoire du contrat en incitant le débiteur à exécuter ses obligations* »¹³³⁶. Pour l'illustre jurisconsulte POTHIER, la clause pénale « *est stipulée dans l'intention de dédommager le créancier de l'inexécution de l'obligation principale : elle est par conséquent compensatoire des dommages et intérêts qu'il souffre de l'exécution de l'obligation principale* »¹³³⁷.

193. **La maîtrise des parties dans la fixation du montant de l'indemnisation** – Le régime d'une clause pénale est désormais encadré à l'article 1231-5 du Code civil. Antérieurement à la réforme du droit des contrats, la clause pénale oscillait entre deux conceptions ; une conception indemnitaire et une conception punitive. Dorénavant, une telle clause est « *tournée vers l'indemnisation du créancier* »¹³³⁸. Le Professeur Mustapha MEKKI a estimé que la définition inscrite à l'article 1231-5 du Code civil « *présente la clause pénale comme une banale clause d'indemnisation forfaitaire et ne met pas en exergue le caractère punitif du mécanisme* »¹³³⁹. Cependant, ce caractère punitif n'a pas totalement disparu. En

dommages en droit anglo-américain, LPA, 20 novembre 2002, n° 232, p. 45 et s.

1334 Toutefois, des auteurs relèvent que la responsabilité civile peut, outre indemniser la victime du préjudice subi, venir punir l'auteur du fait dommageable et cela en raison du large pouvoir d'appréciation reconnu aux juges du fond pour évaluer le dommage. V. en ce sens : VINEY G., CARVAL S. et JOURDAIN P., *Les effets de la responsabilité*, L.G.D.J. Paris, 3 mai 2017, 4^e éd., sous-coll. Traité de droit civil, n°s 1et s. – JOURDAIN P., *op. cit.*, p. 286, n° 22

1335 JOURDAIN P., *op. cit.*, p. 280, n° 17

1336 LARDEUX G., *L'efficacité du contrat*, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, février 2011, p. 6

1337 Citation issue de PIMONT S., *Clause pénale*, Répertoire de droit civil, Dalloz, avril 2010 (mis à jour : mai 2022), n° 33

1338 CHANTEPIE G. et LATINA M., *op. cit.*, p. 636, n° 687

1339 MEKKI M., *Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat*, RDC, juin 2016, n° 2, p. 402

effet, au sein de cette disposition et, plus précisément, aux alinéas 2 et 3, le Législateur emploie le terme « *pénalité* »¹³⁴⁰, réminiscence en quelque sorte de l'ancienne conception de la clause pénale du Code civil de 1804.

La clause offre aux parties une maîtrise quant à la fixation du montant de l'indemnisation du créancier en cas d'inexécution¹³⁴¹. Ce montant servira principalement à dissuader le récipiendaire de violer son obligation. Par ailleurs, comme nous l'avons relevé, dans l'hypothèse d'inexécution d'une obligation de ne pas faire, l'existence d'un préjudice est requise afin d'engager la responsabilité du débiteur. Or, une clause pénale sanctionne le débiteur en cas d'inexécution et cela, même sans la preuve de l'existence et de l'étendue du préjudice.

La clause pénale écarte, par principe, le pouvoir du juge de déterminer l'étendue du préjudice dans la mesure où elle « *institue [...] « une présomption simple sur l'étendue du préjudice résultant pour le créancier de l'inexécution »*¹³⁴² ». Toutefois, depuis la réforme du 9 juillet 1975¹³⁴³, il existe une limite prévue désormais à l'article 1231-5 du Code civil. Ainsi, lorsque la clause est jugée manifestement excessive, le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire¹³⁴⁴ de modération pour réviser d'office le montant de la clause, à la hausse comme à la baisse¹³⁴⁵. Dans une telle hypothèse, le juge n'est pas tenu d'aligner le montant de l'indemnité sur l'étendue du préjudice subi par le créancier¹³⁴⁶. L'intervention du juge peut, certes, être perçue comme un facteur d'insécurité juridique, mais s'inscrit plutôt dans « *l'exigence d'un minimum d'équilibre contractuelle que le juge a parfois pour mission d'imposer* »¹³⁴⁷. Ainsi, il ne faut pas que la somme forfaitaire prévue dans la clause pénale dépasse significativement le préjudice effectivement subi par le détenteur¹³⁴⁸. Sous l'empire des dispositions du Code Napoléon de 1804, la Cour de cassation reconnaissait un pouvoir souverain au juge¹³⁴⁹, notamment en cas d'absence de préjudice subi par le créancier, avec la possibilité de supprimer la peine prévue par la clause pénale¹³⁵⁰. Comme l'a noté le Professeur

1340Selon le dictionnaire de l'Académie française (9^e éd.), la pénalité est le « *caractère de ce qui est passible d'une peine, d'une sanction* ».

1341LARDEUX G., *L'efficacité du contrat*, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, février 2011, p. 8

1342PIMONT S., *Clause pénale*, Répertoire de droit civil, Dalloz, avril 2010 (mis à jour : mai 2022), n° 33

1343Loi n°75-597 du 9 juillet 1975 modifiant les art. 1152 et 1231 du code civil sur la clause pénale, JORF du 10 juillet 1975

1344Cass. civ. 1^{re}, 23 février 1982, Bull. civ. I, n° 85

1345Cass. com., 10 février 2021, n° 19-10.306 ; JurisData n° 2021-001731

1346V. par ex. Cass. soc. 15 février 1995, n° 93-44.168 ; Cass. soc., 13 décembre 2000, n° 98-46.384

1347LARDEUX G., *L'efficacité du contrat*, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, février 2011, p. 9

1348Cass. com., 11 février 1997, n° 95-10.851, Bull. Civ. IV, n° 47 ; RTD civ. 1997, p. 654, obs. MESTRE J. ; Defrénois 1997, p. 740, obs. DELEBECQUE P. ; Contr. conc. cons. 1997, comm. 75, obs. LEVENEUR L.

1349Cass. 1^{er} civ., 24 juillet 1978, n° 77-11.170, Bull. civ. I, n° 280 ; RTD civ. 1979. 150, obs. CORNU G.

1350Cass. com., 8 avril 2015, n° 13-26.734 ; D. 2016. 566, obs. MEKKI M. ; Gaz. Pal. 24-28 mai 2015, p. 18, obs. ALBIGES C. ; RJDA 2015, n° 867.

Denis MAZEAUD, « *il ne faut pas être grand clerc pour pressentir que, sur le fondement des textes nouveaux, il en ira très probablement de même* »¹³⁵¹.

194. **La validité des clauses pénales dans les contrats de travail** – En droit du travail, s'était posée la question de la validité de la clause pénale dans le contrat de travail¹³⁵² au regard de l'article L. 1331-2 du Code du travail disposant que « *les amendes ou autres sanctions pécuniaires sont interdites* ». Or, par le jeu de la clause pénale, le salarié peut être contraint à verser une somme d'argent à son employeur en raison de l'inexécution du contrat. Toutefois, cette question fut tranchée par la chambre sociale de la Cour de cassation qui a estimé dans un arrêt en date du 25 novembre 1970 que la disposition qui prohibe les amendes sanctionnant les manquements aux prescriptions du règlement intérieur devait recevoir une interprétation stricte et ne saurait être étendue aux clauses pénales¹³⁵³. Le Professeur Denis MAZEAUD¹³⁵⁴ fait une nette distinction entre clause pénale et amende prohibée au titre de l'article L. 1331-2 dudit code selon la nature de la norme transgressée. La clause pénale qui vise à sanctionner l'inexécution d'une obligation du contrat de travail ne doit pas être assimilée aux amendes et sanctions pécuniaires qui, elles, entendent réprimer la violation d'une norme de conduite s'imposant à tous les salariés, et cela, en raison du pouvoir disciplinaire de l'employeur. Par conséquent, la validité de la clause pénale ne peut être remise en cause sur le fondement de l'article L. 1331-2 du Code du travail.

195. **L'articulation entre sanctions légales et contractuelles** – Enfin, il faut noter que la jurisprudence a précisé l'articulation entre sanctions légales et contractuelles de l'inexécution du contrat. La Cour de cassation a, en effet, considéré dans son arrêt du 14 février 2019¹³⁵⁵ que « *la stipulation de sanctions à l'inexécution du contrat n'exclut pas la mise en œuvre des solutions issues du droit commun des obligations* ». Cette solution se justifie dans la mesure où la sanction contractuelle n'évince nullement, par principe, les sanctions légales. Au regard de la position de la Haute juridiction, le Professeur Hugo BARBIER estime qu'il convient de

1351MAZEAUD D., *Qualification de clause pénale : encore et toujours...*, D. 2016, p. 1628

1352Cette question s'était posée à la suite de l'adoption de la loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, dite loi Auroux. V. notamment PAISANT G., *Les clauses pénales sont-elles encore licites dans les contrats de bail et de travail ?*, JCP N., 12 décembre 1986, n° 50, étude 101321 ; MAZEAUD D., *Les clauses pénales en droit du travail*, Dr. soc., 1994, p. 343 et s. spéc. 351

1353Cass. soc., 25 novembre 1970, n° 69-40.566, Bull. civ. V, n° 651

1354MAZEAUD D., *op. cit.*, spéc. 351

1355Cass. 3^e civ., 14 février 2019, n° 17-31.665 ; JurisData n° 2019-002045 ; D. 2019. 381 ; RTD Civ. 2019. 330, obs. BARBIER H. ; JCP 2019, n° 363, obs. DESHAYES O. ; RLDC juin 2019, p. 14, comm. TISSEYRE S. ; RDI 2019. 280, obs. TOURNAFOND O. et TRICOIRE J.-P. – V. par ex. Cass. 3^e civ., 22 février 1978, n° 76-13.828, Bull. civ. III, n° 9, p. 77 ; JurisData n° 1978-700099.

« généraliser sous forme de principe applicable à toute sanction (légale ou contractuelle, de droit commun ou de droit spécial) la règle posée par l'article 1217 in fine du code civil »¹³⁵⁶ prévoyant que « les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ». En d'autres termes, les sanctions de l'inexécution contractuelle peuvent se cumuler dans la mesure où elles n'ont pas le caractère pénal. Le principe *non bis in idem* ne trouve, donc, pas s'appliquer en matière contractuelle.

Cependant, lorsque les parties aménagent contractuellement une sanction de droit commun, alors cette dernière ne pourra pas se cumuler avec la solution contractuelle. Cette exclusion de cumul se justifie en raison de l'identité d'objet¹³⁵⁷. Aussi, se pose la question de savoir si le créancier pourra, invoquer la clause pénale et mettre en œuvre une voire plusieurs sanctions légales. Afin d'y répondre et faute de précision de la part de la Haute juridiction, nous pouvons, pour justifier notre raisonnement, prendre comme guide l'article 1217¹³⁵⁸, alinéa 2, du Code civil avec la notion d'« absence d'incompatibilité ». Cette absence d'incompatibilité s'appréciera au regard de la fonction poursuivie par les sanctions légales et contractuelles pour lesquelles est envisagé le cumul. Pour Madame Isabelle TA, il est possible de faire appel à deux critères afin de savoir si la sanction contractuelle exclut le droit commun : « subjectivement, si la volonté des parties a été de renoncer¹³⁵⁹ ; objectivement si l'objet de la clause est antinomique avec la sanction du droit commun »¹³⁶⁰. Il nous semble que l'insertion d'une clause pénale dans le contrat n'interdit nullement au créancier de demander réparation des conséquences subies en raison de l'inexécution¹³⁶¹. Cependant, reste en suspens la question du contrôle du cumul opéré par le juge. Celui-ci obéit-il aux mêmes critères que celui du choix d'une sanction ? À notre connaissance, la Cour de cassation n'a pas apporté de précisions sur ce point.

1356 BARBIER H., *Vers un principe de cumul des sanctions légales et contractuelles de l'inexécution du contrat*, RTD Civ., 2019, p. 330 et s.

1357 V. en ce sens : TA I., *L'articulation des sanctions contractuelles de l'inexécution du contrat avec les solutions de droit commun*, Dr. & patr., 1^{er} mars 2019, n° 291

1358 CHANTEPIE G. et LATINA M., *op. cit.*, p. 561, n° 614 : pour qui, l'article 1217 du Code civil « pourrait recéler une charge normative latente »

1359 Au regard de la jurisprudence, il semble que cette renonciation à évoquer les sanctions légales ne puisse résulter du silence des parties (Cass. 3^e civ., 3 novembre 2011, n° 10-26.203, Bull. civ. III, n° 178 ; D. 2012. 459, obs. AMRANI-MEKKI S. et MEKKI M. ; RTD Civ. 2012. 114, obs. FAGES F. ; AJDI 2012. 780, obs. COHET-CORDEY F.)

1360 TA I., *op. cit.*

1361 V. en ce sens : DESHAYES O., *La stipulation de sanctions contractuelles n'exclut pas la mise en œuvre des solutions issues du droit commun des obligations*, JCP E., 8 avril 2019, n° 8 p. 644 ; DELEBECQUE P., *Régime de la réparation – Modalités de la réparation – Règles particulières à la responsabilité contractuelle – Clause pénale*, JurisClasseur Responsabilité civile et Assurances, Fasc. 212, 21 juillet 2022, n° 83.

ii. La question controversée de la réparation en nature

196. La réparation en nature, « *succédané de l'exécution* »¹³⁶² consiste « à condamner le responsable [de l'inexécution] soit à une prestation positive, soit à une abstention qui ne débouche pas directement sur l'octroi de dommages et intérêts mais tend à supprimer le dommage ou à en réduire l'importance »¹³⁶³. Pour la Professeure Geneviève VINEY, « la réparation en nature est un effet de la responsabilité et non un effet direct du contrat comme l'est le droit à l'exécution »¹³⁶⁴. Elle émet également l'hypothèse que la jurisprudence pourrait reconnaître un droit à la réparation en nature en matière de dommage contractuel « *dans les cas où la mesure demandée à ce titre est susceptible de procurer au créancier exactement la même satisfaction que celle qu'il aurait tirée de l'exécution elle-même* »¹³⁶⁵. Une telle consécration pourrait avoir lieu avec la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile avec ses articles 1260 et 1261 portant spécifiquement sur la réparation en nature¹³⁶⁶.

197. **La réparation en nature, une mesure discutée** – Malgré son attrait, ce type de réparation fait l'objet de vifs débats en doctrine. La réparation en nature serait en effet jugée inutile en matière contractuelle dans la mesure où elle se confondrait avec celle de l'exécution forcée en nature¹³⁶⁷. Cependant, selon nous, ces deux notions ne se confondent pas. Tandis que l'exécution forcée en nature consiste à l'exécution de l'obligation telle qu'elle avait été convenue entre les parties lors de la conclusion du contrat, la réparation en nature, quant à elle, est l'exécution de mesures visant à réduire le dommage subi par le créancier¹³⁶⁸ sans toutefois lui donner pleine satisfaction¹³⁶⁹. Pour résumer, nous pouvons reprendre la terminologie employée par Madame Marie-Ève ROUJOU DE BOUBÉE dans son *Essai sur la*

1362 Cette expression utilisée par Madame la professeure Geneviève VINEY regroupe l'exécution par un tiers voire par le créancier lui-même aux dépens du débiteur et la réparation en nature (VINEY G., *op. cit.*, p. 188, n° 23).

1363 *Id.*, *Quelques questions débattues au sujet de la réparation en nature du dommage*, RDC, septembre 2020, n° 3, p. 35

1364 *Id.*, *La réparation en nature du dommage contractuel et le principe de proportionnalité*, RDC, 1^{er} avril 2007, n° 2, p. 297

1365 *Ibid.*

1366 Sénat, *Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile*, 29 juillet 2020, n° 678

1367 En ce sens, v. BÉNABENT A., *Droit civil. Les obligations*, L.G.D.J., 7 octobre 2014, 14^e éd., spéc. 403-1 ; JACQUEMIN Z., *Pour une reconnaissance de la spécificité contractuelle dans les effets de la responsabilité*, RDC, décembre 2016, n° 4, p. 810

1368 V. MAZEAUD H. et MAZEAUD L., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, tome premier, Librairie du recueil Sirey, Paris, 1938, 3^e éd., p. 114, n° 100

1369 ROMAIN J.-F., *Responsabilité contractuelle et remèdes à l'inexécution du contrat*, in *Droit des obligations – Notions et mécanismes en matière de responsabilité* (sous-dir. ROMAIN J.-F.), Bruylant, Bruxelles, 24 octobre 2014, p. 109

*notion de réparation*¹³⁷⁰ ; l'exécution forcée en nature est « *satisfactoire* » en ce qu'elle procure au créancier une satisfaction conforme à l'objet de l'obligation tandis que la réparation en nature est « *compensatoire* » puisqu'elle ne vient que compenser le préjudice subi par le créancier. Toutefois, il est parfois difficile de discerner ces deux modes et « *souvent on passe de manière insensible de l'exécution à la réparation* »¹³⁷¹.

198. **Un remède offrant de grandes perspectives** – Cette forme de réparation « *ne peut être admise que si la prestation fournie en compensation du dommage présente un certain rapport avec la prestation inexécutée* »¹³⁷² et si l'exécution en nature est impossible. Les mesures relevant de la réparation en nature apparaissent d'une grande diversité allant de l'inopposabilité de l'acte juridique¹³⁷³, à la déchéance, en passant par la nullité, voire par la condamnation à faire cesser une exploitation exercée en violation d'un engagement¹³⁷⁴. Une telle possibilité peut se révéler profitable pour le détenteur de données numériques dans le cadre du non-respect d'une clause limitant les utilisations possibles de ses données.

À ce propos, une affaire belge peut être mentionnée à titre d'illustration des conséquences de la réparation en nature. Il s'agit d'un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles en date du 20 juin 2008¹³⁷⁵ opposant deux grandes sociétés pharmaceutiques. En l'espèce, dans le cadre d'un accord de confidentialité, la société *GSK* avait communiqué à la société *SANOFI* la composition d'un vaccin sur le point d'être mis sur le marché. Cet accord précisant que cette communication n'avait eu lieu que dans le seul but de permettre à *SANOFI* d'apprécier l'opportunité d'agir en contrefaçon. Cependant, la société *SANOFI* avait utilisé les informations communiquées pour modifier ses demandes de brevets en vue d'éviter une possible cause de nullité. Saisie d'une demande tendant à voir annuler ces demandes de brevets, la Cour d'appel de Bruxelles avait décidé, après avoir constaté la violation de l'accord de confidentialité, de ne pas tenir compte des revendications amendées pour apprécier la validité des brevets de la société *SANOFI*. Ainsi, la solution retenue par les juges bruxellois doit, selon nous, être approuvée et cela, pour deux raisons principales. D'une part, elle a le mérite d'être une solution pragmatique. En effet, dans une telle hypothèse, le

1370 ROUJOU DE BOUBÉE M.-È., *Essai sur la notion de réparation*, thèse de doctorat, Droit, Toulouse 1, 1973, L.G.D.J., Paris, coll. Bibliothèque de droit privé, t. CXXXV, 1974, 493 p.

1371 *Ibid.*, p. 193).

1372 VINEY G., *Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français*, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles – Études de droit comparé, Bruylant, Bruxelles, coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 29 août 2001, p. 170, n° 3

1373 Cass. soc., 25 avril 1992, Bull. civ. V, n° 276

1374 Cass. soc. 24 février 1979, D., 1979, p. 619, note SERRA Y.

1375 CA Bruxelles, 20 juin 2008 aff. *GSK c. Sanofi*, *ICIP-Ing. Cons.*, 2008, p. 566

créancier de l'obligation de confidentialité désire avant tout que les informations communiquées ne puissent être utilisées en dehors des prévisions contractuelles. Et d'autre part, elle renforce l'exigence de bonne foi en matière contractuelle et de l'effectivité de l'accord de confidentialité. Toutefois, cette décision a pu être analysée comme le signe des « *potentialités tentaculaires* »¹³⁷⁶ que pourrait se voir attribuer la réparation en nature.

199. **La question de l'existence même de ce remède** – Reste, toutefois, la question de savoir si cette forme de réparation a bien un droit de cité en matière contractuelle. Une telle interrogation se pose avec d'autant plus d'acuité que l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 ne l'a pas incluse dans les sanctions possibles de l'inexécution du contrat regroupées au sein de l'article 1217 du Code civil. Par ailleurs, les articles 1231 à 1237-7 dudit code¹³⁷⁷ n'abordent la réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat que sous l'angle des dommages et intérêts. Cette absence de référence expresse à la réparation en nature, a pu être interprétée comme le glas de cette modalité de réparation en nature en matière contractuelle¹³⁷⁸. Une telle interprétation doit, nous semble-t-il, être nuancée, et cela au regard de la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile précitée¹³⁷⁹. En effet, les articles 1260 et 1261 insérés dans un chapitre IV sur les effets de la responsabilité admettent explicitement la réparation en nature sans distinguer selon que la responsabilité soit contractuelle ou extracontractuelle¹³⁸⁰. Comme le relève à juste titre la Professeure Geneviève VINEY, « *la survie de la réparation en nature du dommage contractuel ne semble pas réellement menacée car cette forme de réparation présente, dans certains cas [...] des avantages substantiels par rapport aux dommages et intérêts* »¹³⁸¹ ; avantages que la décision Cour d'appel de Bruxelles du 20 juin 2008 illustre parfaitement dans l'hypothèse d'une violation d'un accord de confidentialité.

1376 WÉRY P., *La réparation en nature en matière extracontractuelle : quelques nouvelles avancées jurisprudentielles*, Revue de Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles, 2018, n° 40, p.1897

1377 Il s'agit des dispositions regroupées dans une section consacrée à la réparation du préjudice de l'inexécution du contrat.

1378 JACQUEMIN Z., *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droit français, allemand et anglais*, Tome 610, L.G.D.J., 11 mai 2015, coll. Thèse, sous-coll. Bibliothèque de droit privé, n°s 72 et s.

1379 Sénat, *Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile*, 29 juillet 2020, n° 678

1380 JACQUEMIN Z., *Pour une reconnaissance de la spécificité contractuelle dans les effets de la responsabilité*, RDC, décembre 2016, n° 4, p. 810

1381 VINEY G., *Quelques questions débattues au sujet de la réparation en nature du dommage*, RDC, septembre 2020, n° 3, p. 37

Outre, les effets limités de réservation contractuelle que nous venons de mettre en exergue, la liberté contractuelle dont bénéficie le détenteur pour la maîtrise de ses données, se trouve également encadrée.

II. La réservation contractuelle face au contrôle de l'équilibre contractuel

200. Selon Madame Carole CHAMPALAUNE, « la principale fonction de la clause consiste à considérer le contrat comme un outil économique qui, sans exclure tout avantage au profit de l'une ou l'autre des parties, ne doit pas permettre des rapports excessivement déséquilibrés sinon injustes »¹³⁸². Cela fait référence à l'idée de « justice contractuelle » ou encore dans une certaine mesure à la doctrine du solidarisme contractuel¹³⁸³.

Dès 1804, le Législateur permettait déjà un contrôle des contrats et cela, au travers de la notion d'ordre public de l'article 6 du Code civil. Cependant, ce contrôle était restreint en raison de la philosophie libérale qui inspirait les rédacteurs du Code Napoléon. Or, le contrat dans sa fonction institutionnelle a pu être analysé comme une forme de « reféodalisation » de la société¹³⁸⁴. Il faudra attendre le XX^e siècle pour que se développe un ordre public économique¹³⁸⁵ apportant de profonds changements. Comme le constate le Professeur Thomas PEZ, « l'ordre public économique est spécialement invoqué pour justifier des limites à la liberté contractuelle, à la liberté d'entreprendre, aux libertés économiques »¹³⁸⁶. Et c'est à cette période que le Législateur est intervenu pour protéger la partie considérée jugée plus faible¹³⁸⁷. Partant, l'émergence d'un nouvel ordre contractuel s'est fait jour « fondé sur des exigences comportementales et des réalités économiques auxquelles les contractants doivent se plier, bon gré, mal gré »¹³⁸⁸. Le Législateur visait à restaurer un équilibre objectif des forces

1382CHAMPALAUNE C., *Les grand traits de la réforme*, in Réforme du droit des contrats et pratique des affaires (sous-dir. Philippe Stoffel-Munck), Dalloz, Paris, coll., Thèmes et commentaires, novembre 2015, p. 12.

1383CÉDRAS J. *Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation*, in Rapport annuel de la Cour de cassation, 2003, p. 186).

1384SUPIOT A. *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Le Seuil, Paris, coll. La couleur des idées, 2005, p. 164 et s.

1385L'expression d'ordre public économique est attribuée au Doyen RIPERT (RIPERT G., *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, in Mélange François Gény, Sirey, Paris, 1934, t. 2, p. 352 et s.). Par la suite, la doctrine a repris cette expression (par ex. SAVATIER R., *L'ordre public économique*, D. 1965, chron. 37, PEZ T., *L'ordre public économique*, Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, 1^{er} octobre 2015, n° 49 (dossier : L'entreprise), p. 44-57).

1386PEZ T., *L'ordre public économique*, Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, 1^{er} octobre 2015, n° 49 (dossier : L'entreprise) – V. ég.DONNEDIEU DE VABRES-TRANIÉ L. et VEVER F., *Force du contrat et ordre public économique*, Gaz. Pal., 19 décembre 2015, n° 353, p. 12 et s.

1387Ainsi, le Législateur est intervenu en matière de contrat de travail, d'assurance, de crédit, des baux.

1388DELEBECQUE P. et MAZEAUD D., *Les clauses de responsabilité : clauses de non responsabilité, clauses limitatives de réparation, clauses pénales – Rapport français*, in Les sanctions de l'inexécution des

en présence. Ces changements font appel au juge qui « *intervient moins lors de la rencontre des volontés grâce à l'aval législatif que lors de l'exécution, pour rectifier les déséquilibres trop flagrants* »¹³⁸⁹.

La notion de clauses abusives s'est initialement développée au sein du droit des contrats spéciaux où les relations étaient marquées par une forte inégalité entre les parties, notamment en droit de la consommation et du droit de la concurrence. Cette notion est donc née dans un contexte de « *police des clauses* ». Influencée par ce mouvement¹³⁹⁰, la réforme du droit des contrats a inséré dans le Code civil deux dispositions, les articles 1170 et 1171, instaurant la notion de déséquilibre significatif dans le droit commun prenant ainsi en compte les rapports de force existants au sein des contrats¹³⁹¹. Cette « *généralisation des clauses abusives* »¹³⁹² opérée par la réforme semble s'être inspirée des articles L. 212-1 du Code de la consommation et L. 442-1, I, 2°, du Code de commerce. Pour le Professeur Hugo BARBIER, « *l'article 1171 du Code civil [n'a] été introduit que pour combler les interstices laissés entre les champs d'application [des textes du Code de la consommation et du Code de commerce]* »¹³⁹³.

Au regard de ce qui suit, nous devons vérifier si les clauses venant limiter voire interdire l'usage de données numériques à l'encontre d'une des parties ne pourraient pas être « *neutralisées* » par le mécanisme de police des clauses (A). Par ailleurs, les droits et libertés fondamentaux peuvent également avoir une incidence sur l'efficacité des telles clauses qu'il convient d'étudier (B).

obligations contractuelles – Études de droit comparé (sous-dir. Marcel FONTAINE et Geneviève VINEY), Bruylant, Bruxelles, coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 29 août 2001, p. 370, n° 16

1389 ROUVIÈRE F., *La remise en cause du contrat par le juge*, in *L'efficacité du contrat* (sous-dir. Gwendoline Ladreux), Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, février 2011, p. 41.

1390 DUPICHOT P., *Regards (bienveillants) sur le projet de réforme du droit français des contrats*, Dr. & Patr., mai 2015, n° 247, p. 46

1391 V. en ce sens : CHANTEPIE G. et LATINA M., *op. cit.*, p. 34, n° 40

1392 CHAGNY M., *La généralisation des clauses abusives*, in *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires* (sous-dir. Philippe Stoffel-Munck), Dalloz, Paris, coll., Thèmes et commentaires, novembre 2015, p. 47

1393 BARBIER H., *L'article 1171 du Code civil est évincé par les textes spéciaux de lutte contre les clauses abusives*, RTD Civ., 2022, n° 1, p. 124 et s.

A. La réservation contractuelle confrontée à la police des clauses

1. L'atteinte à l'obligation essentielle

201. Nous voulons vérifier si la clause conduisant une interdiction totale d'utiliser les données transmises dans le cadre d'un contrat de fourniture de données risque d'être « neutralisée » par l'article 1170 du Code civil.

202. **Le champ d'application de l'article 1170 du Code civil** – L'article 1170 du Code civil issu de l'ordonnance précitée du 10 février 2016 a préservé « *l'application prétorienne la plus novatrice des vingt dernières années* »¹³⁹⁴ en consacrant les célèbres jurisprudences *Chronospost* de 1996¹³⁹⁵ et *Faurecia II* de 2010¹³⁹⁶. L'article 1170 dudit Code dispose, désormais, que « *toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* ». Initialement, la jurisprudence s'est concentrée sur les clauses limitatives de réparation. Cependant, la formulation de l'article 1170 est plus générale et n'y fait aucune allusion spécifique. Il en découle que la nature de la clause n'a aucune incidence sur l'application de cette disposition. « *Dès l'instant [qu'elle] porte atteinte aux racines du contrat (« The roots of the contract »), elle est condamnée* »¹³⁹⁷. De même, la nature du contrat n'a pas de conséquence sur l'application de cette disposition. Contrairement à l'article 1171 dudit Code, l'article 1170 ne se cantonne pas aux contrats d'adhésion, et touche également les contrats gré à gré. Autrement dit, « *l'article 1170 est a priori susceptible d'intéresser toute espèce de contrat et de mettre au pilon tout type de clause* »¹³⁹⁸. Ainsi, l'article 1170 du Code civil a pu trouver à s'appliquer dans une relation contractuelle de travail¹³⁹⁹.

¹³⁹⁴CHANTEPIE G. et LATINA M., *op. cit.*, p. 380, n° 436

¹³⁹⁵Cass. com., 22 octobre 1996, n° 93-18.632, Bull. civ., IV, n° 261, p. 223 ; JurisData n° 1996-003942 ; D. 1997, p. 121, note SÉRIAUX A, D. 1997, p. 145, chron. LARROUMET C. ; RTD civ., 1997, p. 418, obs. MESTRE J. ; JCP 1997, I. 4002, obs. FABRE-MAGNAN M. ; JCP 1997, I. 4025, n° 17 et s., obs. VENEY G ; LPA, 18 juin 1997, p. 30, note MARTIN D. R. ; RTD civ., 1998, p. 213, obs. MOLFESSIS N.

¹³⁹⁶Cass. com., 20 juin 2010, n° 09-11.841, Bull. civ. IV, n° 115 ; JurisData n° 2010-010628 ; D. 2010, p. 1832, note MAZEAUD D. ; RTD civ., 2010, p. 555, obs. FAGES B. ; Comm. com. électr., 2010, n° 99, note STOFFEL-MUNCK P., RDC, 2010, 1220, obs. LAITHIER Y.-M. ; Contr. conc. cons., février 1997, p. 9, obs. LEVENEUR L.

¹³⁹⁷DELEBECQUE P., *Article 1168 : clause privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat*, RDC, septembre 2015, n° 3, p. 759

¹³⁹⁸LOISEAU G., *La surprenante application de l'article 1170 du Code civil dans une relation contractuelle de travail*, RDC, 1^{er} mars 2021, n° 1, p. 127

¹³⁹⁹Cass. soc., 23 septembre 2020, n° 18-20.869. Bien que la Haute juridiction ne cite pas expressément l'article 1170 du Code civil, les termes employés (« *prive de sa substance l'obligation essentielle* »,

Finalement, au regard du champ d'application de l'article 1171, celui-ci n'exclut nullement les contrats ayant pour objet les données numériques de son joug.

203. **L'obligation essentielle du débiteur** – L'article 1170 ne s'applique qu'à l'égard d'une obligation dite essentielle. Ainsi, cette disposition n'entend pas appréhender les clauses accessoires. Concrètement, il s'agit de vérifier l'existence de la contrepartie et de sanctionner un déséquilibre contractuel. Pour ce faire, il convient dans un premier temps de caractériser l'obligation dite essentielle. Pour le juriste POTHIER, les obligations sont dites essentielles lorsque « *sans [elles], [l]e contrat ne peut subsister. Faute de l'une de ces choses, ou il n'y a point du tout de contrat, ou c'est une autre espèce de contrat* »¹⁴⁰⁰. En d'autres termes, l'obligation essentielle constitue « *l'élément qui justifie l'existence même du contrat* »¹⁴⁰¹. En pratique, la détermination de ce qu'est l'obligation essentielle ne posera pas de problème pour les contrats nommés tels que les contrats de vente, de location¹⁴⁰². À l'inverse, celle-ci pourra susciter des difficultés pour d'autres telles que des contrats innomés impliquant l'échange de données numériques ou encore une collaboration dans la « création » de données. Dans le contrat de fourniture de données, ne pourrions-nous, toutefois, pas raisonner par analogie aux contrats de licence ou encore de communication de savoir-faire. Cela signifierait que l'obligation essentielle du contrat résiderait dans la mise à disposition des données numériques.

Toutefois, le seul fait de porter atteinte à l'obligation essentielle n'entraîne pas *de facto* la sanction du réputé non écrit¹⁴⁰³. Aussi, après avoir repéré l'obligation essentielle du contrat, est-il nécessaire de vérifier si la clause litigieuse la prive ou non de sa substance. Reste alors à savoir ce que recouvre la notion de « *substance* ». Pour saisir cette notion, nous pouvons faire référence à la jurisprudence *Faurecia II* du 20 juin 2010 dans la mesure où le Législateur a entendu consacrer cette solution à l'article 1170 du Code civil¹⁴⁰⁴. Dans cette décision, la Cour de cassation avait posé comme principe que « *seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur* ». Elle avait, pour estimer le moyen de la société *Faurecia* non fondé, considéré que « *la cour*

« *réputée non écrite* ») évoquent indubitablement les dispositions dudit article.

1400 Cité dans CHANTEPIE G. et LATINA M., *op. cit.*, p. 381, n° 437

1401 *Loc. cit.*

1402 L'obligation essentielle dans le contrat de vente est la remise de la chose et dans le contrat de location, c'est la mise à disposition du bien.

1403 V. en ce sens : BERNARD B., *Les clauses limitatives de réparation dans la réforme (art. 1170) : continuité ou remaniement ?*, Dr. & patr., 1^{er} mars 2016, n° 256, p. 26-30

1404 V. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO n° 0035, 11 février 2016, texte n° 25.

d'appel en a déduit que la clause limitative de réparation ne vidait pas de toute substance l'obligation essentielle de la société Oracle et a ainsi légalement justifié sa décision ». La Haute juridiction avait par là même approuvé l'analyse *in concreto* de la clause litigieuse par rapport à l'économie globale du contrat, à son contenu. En d'autres termes, il revient au juge d'apprécier *in concreto* l'effet de la clause par rapport à l'ensemble contractuel. C'est reconnaître, de ce fait, que les parties peuvent moduler l'obligation essentielle et cela, sans la vider de tout son contenu. Autrement dit, d'autres prestations peuvent venir contrebalancer la limitation de réparation et éviter ainsi que l'obligation essentielle ne soit vidée de sa substance. La logique adoptée par la Cour régulatrice dans son arrêt *Faurecia II* trouve pleinement à s'appliquer à l'article 1170.

Finalement, « *plus qu'un déséquilibre significatif, sanctionné dans les seuls contrats d'adhésion, l'article 1170 viserait plutôt une obligation illusoire ou dérisoire* »¹⁴⁰⁵. Ainsi, pour les contrats de fourniture de données, il sera nécessaire d'examiner si une clause restreignant les usages des données ne vide pas l'obligation essentielle du détenteur. Par conséquent, nous considérons qu'une clause qui interdirait à l'une des parties, ayant co-produit des données numériques dans le cadre d'un contrat de collaboration scientifique, d'en faire usage sans aucune compensation, risquerait d'encourir la sanction de l'article 1170.

204. Les enjeux de la sanction du réputé non écrit – La sanction encourue est le réputé non écrit. Elle relève de la technique de la fiction juridique dans la mesure où la clause qui est réellement écrite est considérée comme inexistante. Cette sanction du réputé non écrit connaît actuellement en droit français une progression constante¹⁴⁰⁶ et cela, malgré les incertitudes quant à son régime¹⁴⁰⁷. Toutefois, les juges sont venus préciser son régime. Ainsi, il ressort de la jurisprudence que la demande en réputé non écrit est imprescriptible¹⁴⁰⁸. Par ailleurs, à la différence de la nullité, le réputé non écrit ne vaut que pour l'avenir¹⁴⁰⁹.

¹⁴⁰⁵CHANTEPIE G. et LATINA M., *op. cit.*, p. 383, n° 438

¹⁴⁰⁶KULLMANN J., *Remarques sur les clauses réputées non écrites*, D., 1993, p.59 ; CHANTEPIE G. et LATINA M., *op. cit.*, p. 384, n° 439

¹⁴⁰⁷GAUDEMET S., *La clause réputée non écrite*, (préf. LEQUETTE Y.), Economica, Paris, coll. Recherches juridiques, septembre 2006, 380 p. ; KULLMANN J., *op. cit.*, p.59 et s. ; BARBIER H., *Vent de faveur pour le réputé non écrit partiel*, RTD Civ., 9 juillet 2020, n° 2, p. 373 et s.

¹⁴⁰⁸V. notamment Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2019, n° 17-23.169 ; CJUE, 1^{re} ch, 10 juin 2021, n° C-609/19, *BNP Paribas Personal Finance SA c/ VE* ; CJUE, 1^{re} ch., 10 juin 2021, n°s C-776/19, C-777/19, C-778/19, C-781/19, C-779/19, C-780/19 et C-782/19, *VB, WA et a. c/ BNP Paribas Personal Finance SA* ; Cass. 3^e civ., 30 juin 2021, n° 19-23.038 ; Cass. 1^{re} civ., 30 mars 2022, n° 19-17.996 ; LPA 30 avril 2022, note LEGRAND V. ; Cass. 1^{re} civ., 30 mars 2022, n° 19-18.997

¹⁴⁰⁹V. par exemple, Cass. 3^e civ., 3 mai 1990, Bull. civ. III, n° 106, p. 58 ; Cass. 3^e civ., 10 juill. 2013, n° 12-14.569 ; Bull. civ. III, n° 98

À côté du débat de l'imprescriptibilité de la demande en réputé non écrit, il y a la question de l'incidence de cette sanction sur la clause litigieuse. Autrement dit, le juge peut-il décider de ne réputer non écrite que la partie « *pathologique* » de la clause litigieuse ? Ou, au contraire, est-il contraint de réputer non écrite l'entière de la clause ? Cette interrogation s'explique par le fait que la sanction du réputé non écrit était traditionnellement cantonnée aux stipulations accessoires. Le Professeur Dany COHEN estime que le réputé non écrit trouve difficilement à s'appliquer à l'encontre d'une obligation jugée essentielle¹⁴¹⁰. Cependant, cette sanction entraîne une simple réfection du contrat en ce que « *réputer non écrite la clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle conduit à restaurer le contrat son utilité attendue* »¹⁴¹¹. Une telle interprétation est corroborée par la jurisprudence qui tend en faveur du « *réputé non écrit partiel* »¹⁴¹².

Finalement, au regard de la sanction encourue, à savoir le réputé non écrit, les rédacteurs des contrats doivent faire montre d'une grande prudence dans l'aménagement contractuel encadrant l'utilisation des données lorsque l'interdiction de leur usage par l'effet d'une clause prive l'obligation essentielle de sa substance. Cette prudence est de mise et cela, en raison de l'utilisation par le Législateur de notions malléables ; celles de « *substance* » et d'« *obligation essentielle* », notions qui pourront engendrer des « *utilisations qui dépassent le cadre des clauses relatives à la réparation* »¹⁴¹³. Ainsi, dans le cadre de contrats de communication de savoir-faire, l'obligation essentielle du communicant, détenteur du savoir-faire, est de transmettre à son cocontractant, le communicataire, les informations ou la technique, objet du contrat¹⁴¹⁴. Dans un tel contrat, si une clause permet au communicant de garder, discrétionnairement, par-devers lui, les informations les plus essentielles à l'application du savoir-faire, ou si une clause vient interdire toute utilisation par le communicataire du savoir-faire transmis, ces types de clauses pourraient être réputées non écrites en vertu de l'article 1170 du Code civil et ne produire, par conséquent, aucun effet.

205. L'article 1170 du Code civil et les contrats d'hébergement numérique – Ce contrôle de l'équilibre pourrait, certes, affaiblir dans une certaine mesure la réservation

1410V. par ex. COHEN D., *Inefficacité d'une clause limitative de responsabilité en raison d'un manquement à une obligation essentielle*, JCP G., 1997, II, 22881

1411CHANTEPIE G. et LATINA M., *op. cit.*, p. 385, n° 439 – V. ég. BARBIER H., *op. cit.*, p. 373 et s.

1412Cass. 3^e civ., 6 février 2020, n° 18-24.599

1413LATINA M., *Rapport introductif : physionomie et mise en œuvre pratique de la réforme du droit des contrats*, in *La réforme du droit des contrats en pratique* (sous-dir. Mathias Latina), Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, mars 2017, p. 21, n° 46

1414V. en ce sens : AZÉMA J. et GALLOUX J.-C., *Précis Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, Paris, 2017, p., 723, n° 1055

contractuelle. Cependant, il peut également présenter un avantage pour le détenteur des données dans le cadre de la restitution de ces données lorsque ces dernières sont hébergées ou stockées dans des serveurs informatiques. Il s'agit de l'hypothèse des contrats d'hébergement et de stockage de données, et plus largement, des contrats d'informatique en nuage, l'équivalent en anglais du *cloud computing*. Or, actuellement, concernant ce contrat d'informatique en nuage, aucun cadre juridique contractuel n'a été établi, tant au niveau national qu'eupéen. Cependant, cela ne signifie nullement qu'il existe un « *vide juridique* »¹⁴¹⁵ dans la mesure où le droit commun des contrats trouve à s'appliquer en la matière et notamment, le régime des clauses abusives. Le contrat de stockage pouvant être qualifié de contrat de fourniture de prestations de service¹⁴¹⁶, a principalement pour objet de protéger les données stockées et de les restituer à leur détenteur¹⁴¹⁷. Sur le fondement du principe de la liberté contractuelle, la responsabilité contractuelle du prestataire du nuage pourra être aménagée et cela, en cas de « *perte* », de « *détérioration* » ou d'« *altération* » des données qui ont été transmises au titre du contrat d'hébergement. Monsieur Geoffray BRUNAUX avait relevé qu'« *un grand nombre de conditions générales d'utilisation écartent toute obligation de restitution ou de conservation, tels Mega ou Dropbox. Certains se réservent même le droit d'utiliser les données stockées* »¹⁴¹⁸. Certaines autorités nationales¹⁴¹⁹ et européennes avaient souligné les risques d'atteintes à la confidentialité des données, de pratiques contractuelles abusives, de mauvaise réparation des risques encourus¹⁴²⁰. L'article 1170 du Code civil pourra donc venir au soutien du détenteur des données en réputant non écrites les clauses permettant au prestataire de service d'échapper à toute responsabilité lorsque les données stockées ont été captées par des tiers ou détériorées, en particulier, en

1415 Sur la notion de *vide juridique*, v. HO DINH, A.-M., *Le « vide juridique » et le « besoin de loi ». pour un recours à l'hypothèse du non-droit*, L'Année sociologique, 2007, n° 2, vol. 57, p. 419-453, spéc. p. 422

1416 V. en ce sens : ALBRIEUX S., *Réflexions autour de la réversibilité et de la qualification du prestataire de cloud*, in B. Fauvarque-Cosson, Zolynski C. (sous-dir.) *Le cloud computing*, l'informatique en nuage, Société de Législation Comparée, Paris, voll. 22, p. 117 ; GENDREAU A., *La dématérialisation du dépôt : l'exemple du contrat de cloud computing*, AJCA, 2016, p. 516.

1417 Cette obligation de restitution des données découle de l'objet même du contrat de stockage. V. en ce sens : BRUNAUX G., *Cloud computing protection des données : et si la solution résidait dans le droit des contrats spéciaux ?*, D., 2013, p. 1158 et s.

1418 *Ibid.*, p. 1158 et s. :

1419 Par ex. la Commission nationale de l'informatique et des libertés avec sa recommandation pour les entreprises qui envisagent de souscrire à des services de *Cloud computing*. Disponible sur : https://www.cnil.fr/sites/default/files/typo/document/Recommandations_pour_les_entreprises_qui_envisagent_de_souscrire_a_des_services_de_Cloud.pdf (consulté le 25/09/2022). De même, en décembre 2010, l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information, l'ANSSI, a publié, sur son site, un guide « *Maîtriser les risques de l'infogérance ; Externalisation des systèmes d'information* » dans lequel l'Agence propose des clauses modèles sur la sécurité.

1420 FAUVARQUE-COSSON B., *Le cloud computing, protection des données et nouvelles pratiques contractuelles*, LPA, 18 août 2014, n° 164, p. 41 et s.

raison de défaillances techniques qui lui sont imputables¹⁴²¹. Une telle possibilité vient alors renforcer pour le détenteur la réservation de ces données numériques dans la mesure où le prestataire sera plus enclin à sécuriser ses serveurs et cela, en raison du risque d'engager sa responsabilité civile malgré la présence de clause limitative de responsabilité.

2. Le déséquilibre significatif dans le contrat numérique d'adhésion

206. L'informatique a facilité l'établissement de relations contractuelles multiples et a amené à une certaine standardisation des contrats. Cela conduit à nous interroger sur le risque de déséquilibre significatif dans ces contrats d'adhésion. Nous pouvons dire que cette notion de déséquilibre significatif est devenue une « *notion totem qui a acquis une dimension symbolique dépassant sa portée réelle de droit positif* »¹⁴²².

Notre réflexion se limitera au cadre de l'article 1171 du Code civil puisque nous abordons de manière générale la question de la réservation des données par le biais d'une stipulation contractuelle. Cette disposition « *la plus controversée, [a] introduit dans le droit commun les « clauses abusives », jusqu'ici réservées* »¹⁴²³ au droit de la consommation et droit de la concurrence. Cette disposition prévoit que « *dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite* ». Cependant, cette disposition ne doit pas faire oublier l'existence de dispositions spéciales au sein du Code de la consommation et du Code de commerce venant sanctionner des clauses créant un déséquilibre significatif. Il existe une sorte d'« *empilement de strates successives de normes* »¹⁴²⁴. Partant, lorsque le cocontractant est un consommateur ou un professionnel, se posera la difficile et récurrente question de la coexistence voire de l'articulation entre le droit commun et les droits spéciaux. Bien que cette interrogation ait été débattue lors de l'adoption de la loi de ratification de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016¹⁴²⁵, aucune précision

1421V. CA Limoges, 15 juin 2022, n° RG 21/00432 ; Trib. com. Lille Métropole, 26 janvier 2023, SAS FRANCE BATI COURTAGE c. SAS OVH

1422AUGAGNEUR L.-M., *Le déséquilibre significatif par les plateformes : le cas des conditions générales de google Play*, RLDC, 1^{er} juin 2022, n° 117

1423BASSILANA E. M., *Abus de dépendance et clauses abusives*, in La réforme du droit des contrats en pratique (sous-dir. Mathias Latina), Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, mars 2017, p. 59, n° 15 – V. dans le même sens, CHANTEPIE G. et LATINA M., *op. cit.*, p. 386, n° 440

1424CHAUDOUET S., *De la redéfinition indéfinie du domaine du déséquilibre significatif issu du Code de commerce*, RLDC, 1^{er} janvier 2020, n° 183, p. 10-15

1425PILLET F., *Projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Sénat, Rapport n° 22 (2017-2018), 11 octobre 2017, p. 60-61 ; CHÉNEDÉ F., *Interprétation et amélioration du nouveau droit des contrats. À propos de quelques observations de la Direction des affaires civiles et du Sceau et de leurs suites*, D., 9

quant à l'articulation des dispositions n'a été malheureusement ajoutée à l'article 1171. Il revient, par conséquent, à la doctrine¹⁴²⁶ et à la jurisprudence d'en préciser l'articulation des dispositions. Des éléments de réponses ont été apportés par la décision de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 26 janvier 2022¹⁴²⁷. Se fondant sur les travaux parlementaires, la Cour de cassation a posé un principe d'articulation en considérant, dans cet arrêt, que « *l'article 1171 du code civil, interprété à la lumière de ces travaux, s'applique donc aux contrats, même conclus entre producteurs, commerçants, industriels ou personnes immatriculées au répertoire des métiers, lorsqu'ils ne relèvent pas de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 24 avril 2019 [...]* ». Une telle solution pourrait être étendue, *mutatis mutandis*, à l'articulation entre le Code civil et le Code de la consommation. Ainsi, dès lors que la disposition du Code de commerce ou du Code de la consommation¹⁴²⁸ trouve à s'appliquer, l'article 1171 du Code civil, droit commun, doit être écarté. Cela conduit à un principe de non-cumul et de non-option entre les règles du Code de commerce, du Code de la consommation et du Code civil. La solution retenue par la Haute juridiction a le mérite de la simplicité puisqu'elle évite la difficile recherche d'une antinomie entre les conditions d'application des dispositions.

207. Champ d'application restreint de l'article 1171 du Code civil, le contrat d'adhésion – L'article 1171 du Code civil, « *l'une des mesures phares du droit nouveau* »¹⁴²⁹, est cantonné à un domaine restreint, le contrat d'adhésion. Le mécanisme contractuel d'adhésion témoigne de « *la prédominance d'une volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée* »¹⁴³⁰.

novembre 2017, n° 38, p. 2214 et s.

1426 La doctrine assure indubitablement une fonction coordinatrice entre le Législateur et le juge (CHAMPEIL-DESPLATS V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, Paris, coll. Méthodologie du droit, juillet 2016, 2^e éd., p. 92-93).

1427 Cass. com., 26 janvier 2022, n° 20-16.782 ; D, 17 mars 2022, n° 10, p. 539, obs. TISSEYRE S. ; RTD Civ., 1^{er} janvier 2022, n° 2, p. 124, obs. BARBIER H. ; JCP E. 24 mars 2022, n° 12, p. 34, obs. CHANTEPIE G. ; JCP E., 30 juin 2022, n° 26, p. 33, note MOLINA L. ; RLC, 1^{er} mars 2022, n° 144, p. 17, note CHAUDOUET S. ; Contrats, conc. consom., mars 2022, n° 3, p. 27, note LOISEAU G. ; Contrats, conc. consom., mars 2022, n° 3, p. 14, note LEVENEUR L. ; RDC, juin 2022, n° 2022/2, p. 103, note JULIEN J. ; RDC, juin 2022, n° 2022/2, p. 144, note GERRY-VERNIÈRES S. ; RDC, juin 2022, n° 2022/2, p. 16, note STOFFEL-MUNCK P. ; RDC, juin 2022, n° 2022/2, p. 10, note LATINA M. ; RLDA, mars 2022, n° 179, p. 37, note BARBA M. ; Gaz. Pal., 10 mai 2022, n° 16, note HOUTCIEFF D.

1428 Dans sa décision du 26 janvier 2022 (Cass. com., 26 janvier 2022, n° 20-16.782), la Haute juridiction a bien précisé dans une sorte d'*orbiter dictum* (BEHAR-TOUCHAIS M., *La résolution du conflit des textes sur le déséquilibre significatif : À propos du non-cumul entre l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce et l'article 1171 du Code civil*, JCP G., 18 avril 2022, n° 15, étude 494, p. 793, n° 14) que l'article 1171 du Code civil ne s'appliquera pas dans le domaine dans lequel s'applique l'article L. 212-1 du Code de la consommation.

1429 CHÉNEDÉ F. *Les classifications des contrats*, Dr. & patr., 2016, n° 256, p. 51

1430 ROCHFELD J. *Les grandes notions du droit privé*, PUF, Paris, 2011, p. 479, n° 27

Ce type de contrat a « *mauvaise presse* » dans la doctrine civiliste dans la mesure où il est perçu comme le résultat d'un rapport de force d'une des parties à l'égard de l'autre plus faible¹⁴³¹. Or, « *pour les économistes, le contrat d'adhésion reflète un effort d'atteindre des rendements d'échelle dans la mise en forme juridique des opérations de marché* »¹⁴³². Cela explique l'utilisation exponentielle de ce type de contrat dans l'environnement numérique pour une raison assez simple : l'accès au site Internet est conditionné à l'acceptation par l'utilisateur, l'internaute, des conditions générales d'utilisation. Ainsi, les entreprises désirant contrôler l'accès et l'usage des données se trouvant sur leurs sites Internet, pourront inclure des clauses venant restreindre voire interdire leur utilisation.

Selon l'alinéa 2 de l'article 1110 du Code civil, « *le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties* »¹⁴³³. La définition donnée par le Législateur du contrat d'adhésion n'est pas sans poser de difficiles questions d'interprétation. Or, cette qualification a une incidence importante quant à l'application de l'article 1171 du Code civil. Ainsi, un auteur a pu estimer que le contrat d'adhésion ne se limiterait qu'au contrat dit de masse, voire aux « *seuls contrats de consommation* »¹⁴³⁴. Au regard des modifications opérées par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018, il ressort deux critères principaux pour la qualification de contrat d'adhésion : d'une part, les clauses doivent avoir été déterminées d'avance par l'une des parties et d'autre part, elles doivent être soustraites à toute possibilité de négociation¹⁴³⁵. Les conditions générales d'utilisation sont l'archétype du contrat d'adhésion puisque leurs termes sont déterminés unilatéralement et l'utilisateur n'a aucune possibilité de les négocier.

208. L'existence d'un « déséquilibre significatif entre les droits et obligations » – Pour qu'une clause soit réputée non écrite sur le fondement de l'article 1171 du Code civil, il faut que la clause litigieuse ait été déterminée à l'avance par l'une des parties et cela, sans qu'il

1431 MACKAAY E., ROUSSEAU S., LAROCHE P. et al., *Analyse économique du droit*, Dalloz, Paris, coll. Méthodes du droit, mai 2021, 3^e éd., p. 429, n° 1318

1432 *Ibid.* p. 429, n° 1321

1433 Relevons que l'article 1110 du Code civil a été modifié par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (V. REVET T., *L'incohérence cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse*, D., 25 janvier 2018, n° 3, p. 124 et s. ; CHANTEPIE G. et LATINA M., *Ratification de la réforme du droit des obligations : analyse de la deuxième lecture du Sénat*, D., 15 février 2018, n° 6, p. 309 et s.). Antérieurement à cette loi d'avril 2018, l'alinéa 2 de ladite disposition définissait le contrat d'adhésion comme « *celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* ». Cette rédaction avait suscité au sein de la doctrine des interrogations notamment concernant la notion de « *conditions générales* » que le législateur n'avait pas estimé nécessaire de définir entraînant une difficulté dans l'interprétation de la disposition.

1434 CHÉNEDÉ F., *op. cit.*, p. 51

1435 En ce sens, v. CHANTEPIE G. et LATINA M., *Le nouveau droit des obligations ; commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, Paris, juin 2018, 2^e éd., p. 138, n° 147

n'y ait eu possibilité de la négocier et qu'elle ait créé un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. Cette notion de « *déséquilibre significatif entre les droits et obligations* » est connue d'autres branches du droit : les droits de la consommation¹⁴³⁶ et de la concurrence¹⁴³⁷. Mais ce déséquilibre doit-il s'apprécier individuellement, c'est-à-dire sans replacer la clause dans le contexte général ou, à l'inverse, s'apprécier au sein du contrat, c'est-à-dire de vérifier si ce déséquilibre n'est pas compensé par d'autres stipulations ? Il s'agit d'une interrogation difficile. Toutefois, au regard de l'influence qu'a pu exercer le droit de la consommation sur la rédaction de la disposition du Code civil, le juge pourra pleinement s'inspirer de la jurisprudence consumériste¹⁴³⁸ voire de celle qui s'est développée sur le fondement de l'ancien article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. En d'autres termes, les clauses qui sont interdites sur le fondement du Code de consommation ou du Code de commerce, le seront également sur le fondement du droit commun. Ainsi, l'absence de réciprocité¹⁴³⁹, la disproportion ou l'absence de contrepartie¹⁴⁴⁰ peuvent être des indices de déséquilibre que pourront retenir les juges.

Par ailleurs, tout déséquilibre n'entraîne pas *de facto*, la sanction du réputé non écrit, encore faut-il qu'il soit qualifié de significatif. Cela a pour conséquence de limiter le champ d'application de la disposition aux déséquilibres contractuels suffisamment importants¹⁴⁴¹. En outre, l'alinéa 2 de l'article 1171 du Code civil ajoute une limitation de l'objet du contrôle. Ce contrôle du déséquilibre ne saurait porter ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation, qui constituent les deux seuls éléments qui, logiquement, ne sauraient se soustraire à la négociation.

209. Déséquilibre contractuel et données des objets connectés : enjeux et sanctions –

Au total, ce contrôle du déséquilibre contractuel pourra se trouver à s'appliquer dans les contrats portant sur l'usage d'objets dits connectés, ces derniers générant un volume colossal

1436 Art. L. 212-1 du Code de la consommation.

1437 Art. L. 442-1, I, 2°, du Code de commerce, anciennement l'art. L. 442-6, I, 2°

1438 V. en ce sens, le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – V. ég. CHAGNY M., *op. cit.*, p. 51 – v. *contra* : TISSEYRE S., *Clauses abusives : application de l'article 1171 du Code civil à la location financière et précision sur la notion de déséquilibre significatif en droit commun*, D., 2022, p. 539 et s.

1439 V. en ce sens : BEHAR-TOUCHAIS M., *Le déséquilibre significatif dans le Code civil*, JCP G., 4 avril 2016, n° 14, 391 ; CHANTEPIE G., *La réforme ; les clauses abusives et leur sanction en droit commun des contrats*, AJCA, 9 mars 2015, p. 121 et s.

1440 Ce sont des exemplaires de déséquilibre significatif que nous retrouvons en matière de droit de la concurrence. V. DISSAUX N. et LOIR R., *Droit de la distribution*, L.G.D.J., coll. Domat Droit privé, octobre 2017, 1^{re} éd., p. 308, n° 582

1441 FÉRIEL L., *La trajectoire conceptuelle du déséquilibre significatif*, JCP E., 13 mai 2021, n° 19-20, étude 1246, p. 32, n° 10

de données pouvant être valorisées. Ce déséquilibre peut naître lorsqu'une clause octroie la jouissance exclusive des données générées dans le cadre de l'usage desdits objets par l'une des parties à l'autre et cela, sans contrepartie. Pourront trouver à s'appliquer les dispositions du Code de la consommation dans le cadre d'objets connectés utilisé par des consommateurs et celles du Code de commerce en présence de professionnels. Nous retrouvons cette hypothèse en matière d'agriculture intelligente dite « *Agritech* »¹⁴⁴², considérée comme la « *troisième révolution agricole* »¹⁴⁴³. Les données sur l'agriculture sont incontestablement un levier d'amélioration des conditions de travail des exploitants agricoles, notamment par le biais d'outils d'aide à la décision et peuvent avoir une incidence positive dans la chaîne de valeur dans le domaine agricole. Or, lors de négociations, les exploitants et les fournisseurs de technologies agricoles¹⁴⁴⁴ ne sont pas sur un pied d'égalité. Aussi, dans ce contexte, l'Union européenne est-elle intervenue en publiant en février 2018 un code de conduite¹⁴⁴⁵ sur le modèle du droit mou¹⁴⁴⁶ ou *soft law* en anglais. Faute de force contraignante de ce code de conduite, des exploitants peuvent se voir imposer par leurs fournisseurs de technologies agricoles des clauses entraînant le « *verrouillage* » des données qu'ils produisent. De telles clauses pourront être sanctionnées par la nullité au titre du déséquilibre significatif au sens de l'article L. 442-1 du Code de commerce, l'article 1171 du Code civil ne pourra pas, au vu de la position adoptée par la Cour de cassation dans son arrêt du 26 janvier 2022 être invoquée cumulativement. Toutefois, encore faut-il apporter la preuve d'un tel déséquilibre significatif. La situation changera avec l'entrée en application des dispositions du *Data Act* qui instaure un système de contrôle de clauses contractuelles relatives à l'accès aux données et à leur utilisation entre entreprises.

Par ailleurs, le contrôle du déséquilibre significatif « *semble trouver un nouveau terrain d'élection dans les relations entre les plateformes de mise en relation et leurs*

¹⁴⁴²Abréviation de l'expression anglaise « *Agricultural technology* »

¹⁴⁴³JUILLET-REGIS H. *Quelle régulation pour les données agricoles ?*, Droit rural, janvier 2020, n° 479, colloque 5

¹⁴⁴⁴Les fournisseurs de technologies agricoles regroupent les entreprises qui agrègent les données des exploitants agricoles, les combinent avec d'autres ensembles de données pertinents et appliquent des algorithmes pour analyser lesdites données notamment pour aider à la gestion de récoltes, à contrôler et à optimiser l'utilisation par exemple, de pesticides, de l'eau ou à entretenir les machines agricoles, à suivre l'évolution des cultures, à diagnostiquer voire pronostiquer les maladies des plantes, du bétail.

¹⁴⁴⁵Il s'agit du Code de conduite de l'Union européenne sur le partage des données agricoles par accord contractuel développé (*EU Code of conduct on agricultural data sharing by contractual agreement*, disponible [en ligne] sur : <https://agriculture.gouv.fr/telecharger/104409?token=34e98189fb990061ae4d9e1fadab7d018d5d5fc7f10ad42fa480e9af2bac0768> (consulté le 11/09/2022))

¹⁴⁴⁶D'autres vocables sont employés pour qualifier ce phénomène : droit mou, droit flou, droit souple (v. THIBIERGE C., *Le droit souple, réflexions sur les textures du droit*, RTD Civ. 15 décembre 2003, n° 4, p. 599 et s.), droit à l'état gazeux (v. Conseil d'État, *Rapport public 2006 – Sécurité juridique et complexité du droit*, 15 mars 2006, p. 393), droit instable.

utilisateurs professionnels »¹⁴⁴⁷. Ainsi, la clause dans le contrat liant un professionnel à une plate-forme qui prévoit la réservation exclusive au profit de cette dernière de l'utilisation des informations confidentielles du cocontractant pourra être sanctionnée sur le fondement de l'article L. 442-1 du Code de commerce. Sur ce point, nous pouvons citer un jugement du Tribunal de commerce de Paris en date du 2 septembre 2019. Dans cette affaire, le ministre de l'Économie avait saisi le Tribunal de commerce de Paris pour voir sanctionner les sociétés *Google LLC*, *Google Ireland Limited*, *Google Commerce Limited* et *Google France* pour avoir soumis, par le biais de contrats relatifs à la distribution des applications sur sa plate-forme, les éditeurs d'application à des conditions déséquilibrées. Parmi les stipulations litigieuses, se trouvait une clause qui permettait à *Google* d'utiliser librement en vertu d'une licence gratuite, exclusive, mondiale, et en exemption de redevance, l'ensemble des informations, notamment confidentielles, communiquées par les développeurs et cela, sans qu'il y ait réciprocité. Les juges consulaires ont considéré que « *les stipulations visées sont donc constitutives d'un déséquilibre* ». Pour ce faire, ils ont relevé « *qu'il est déséquilibré de prévoir que Google s'accorde la possibilité de divulguer gratuitement et librement des informations auprès de tiers alors que les développeurs sont privés de tout contrôle sur la portée de la collecte d'informations et l'utilisation des données qu'ils communiquent à Google pour les besoins de la commercialisation de leurs applications et sans que la responsabilité de celle-ci ne puisse être engagée de ce fait* »¹⁴⁴⁸.

Au-delà des contraintes qu'impose l'équilibre contractuel sur la réservation, la possibilité de se réserver exclusivement les données numériques est également tempérée par les droits et libertés fondamentaux.

B. La réservation contractuelle confrontée aux droits et libertés fondamentaux

210. **Le phénomène de fondamentalisation du contrat** – Les limites que connaît la liberté contractuelle peuvent également résulter de conflits avec des autres droits et libertés fondamentaux. En effet, « *tout le droit, notamment le droit civil, est désormais apprécié au*

1447AUGAGNEUR L.-M., *Le déséquilibre significatif par les plateformes : le cas des conditions générales de google Play*, RLDC, 1^{er} juin 2022, n° 117

1448V. T. com. Paris, 2 septembre 2019, n° RG 2017/50625.

regard des droits de l'homme »¹⁴⁴⁹. De cette « passion » pour les droits fondamentaux¹⁴⁵⁰, a émergé de la doctrine le terme de « *fondamentalisation* » touchant toutes les branches du droit civil et notamment le droit des contrats¹⁴⁵¹. Ce phénomène de fondamentalisation conduit à limiter la liberté contractuelle. À la différence de la plupart des projets doctrinaux et du projet d'ordonnance de février 2015¹⁴⁵², la réforme du droit des contrats n'a pas consacré formellement les droits et libertés fondamentaux comme limites à la liberté contractuelle. Toujours est-il que même si la réforme du droit des contrats n'a pas consacré les droits et libertés fondamentaux comme limites, ces derniers « transcendent »¹⁴⁵³ le contrat.

La Professeure Muriel FABRE-MAGNAN a rapproché le respect des droits fondamentaux du principe de bonne foi. L'un comme l'autre imprègnent tout le droit des contrats, de la formation du contrat à son exécution¹⁴⁵⁴. L'incidence de la prise en compte des droits fondamentaux se retrouve également au stade de l'interprétation du contrat. Ainsi, « *lorsqu'une clause du contrat porte atteinte à des droits fondamentaux, tels que la liberté de contracter, d'entreprise, de travailler... l'interprétation restrictive est de règle* »¹⁴⁵⁵.

211. L'incidence du contrôle de conformité du contrat aux droits et libertés fondamentaux – Le contrôle de la conformité du contrat aux droits et libertés fondamentaux s'applique lorsque le contrat est « *vecteur de renonciation ou d'atteinte à une liberté individuelle* »¹⁴⁵⁶. L'exemple emblématique fut l'arrêt *Mel Yedei* du 6 mars 1996¹⁴⁵⁷ où le contrat de bail d'habitation fut confronté au droit au respect de la vie privée et familiale

1449REMY P., *100 ans de chronique*, RTD Civ., 2002, p. 677

1450DIJOUX R., *La renonciation contractuelle aux droits fondamentaux*, LPA, 27 octobre 2011, p. 12

1451GRIDEL J.-P., *Les droits fondamentaux du contractant au quotidien*, in Liber amicorum Christian Larroumet, Economica, novembre 2009, p. 198 ; MAURIN L., *Contrat et droits fondamentaux*, L.G.D.J., Paris, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 545, février 2013, 514 p. ; RIPOCHE E., *La liberté et l'ordre public contractuels à l'épreuve fondamentaux*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris II Panthéon-Assas, 2019 ; LEWKOWICZ G. et XIFARAS M., *Repenser le contrat*, Dalloz, Paris, coll. Méthode du droit, septembre 2009, 320 p. ; ROCHFELD J., *Contrat et libertés fondamentales*, RDC, 2003, p. 17 et s. ;

1452L'alinéa 2 de l'article 1102 de l'avant-projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations du 25 février 2015 prévoyait que « *la liberté contractuelle ne permet pas [...] de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché* ». – V. CHANTEPIE G. et LATINA M., *op. cit.*, p. 93, n° 97 : pour qui une telle insertion des droits fondamentaux dans le Code civil aurait pour conséquence de favoriser une application judiciaire des droits et libertés fondamentaux plus conforme aux méthodes des juridictions européennes

1453MARCHADIER F., *Articulation du contrat et des droits fondamentaux (clause de confidentialité vs liberté d'expression)*, RDC, mars 2020, n° 1, p. 82

1454FABRE-MAGNAN M., *Et si les droits de l'homme étaient pris en compte dans le contrat*, RDLF, 2019, chron. N° 34, colloque n° 2 de la RDLF – Le droit des libertés en question(s)

1455SCHMIDT-SZALEWSKI J., *Étranges obligation de non-concurrence*, Prop. indust., juin 2007, n° 6, comm. 55

1456 ROCHFELD J., *Les grandes notions du droit privé*, PUF, Paris, coll. Thémis, 1 décembre 2022, 3^e éd., p. 576, n° 7-25, b)

1457Cass. civ. 3^e, 6 mars 1996, n° 93-11.113, Bull. 1996 III n° 60 p. 41 ; GAJC, Dalloz éd. 2015, t. II, n° 273.

garanti par l'article 8, paragraphe 1^{er} de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Les juges sont tenus de « *mettre en balance les différents intérêts en présence* », sur la base d'une « *appréciation acceptable des faits pertinents* »¹⁴⁵⁸. Ils doivent vérifier si l'atteinte a été consentie et si elle est justifiée et mesurée¹⁴⁵⁹. Les clauses portant une atteinte aux droits et libertés fondamentaux de l'une des parties sont privées d'effet.

Ainsi, la violation d'une obligation contractuelle et notamment, pour ce qui nous intéresse, d'une obligation de confidentialité ou de non-usage, ne saurait être envisagée en elle-même et pour elle seule, dès lors que cette violation résulte de l'exercice d'un droit ou liberté fondamentale. Sur ce point, une décision en date du 5 novembre 2019 de la Cour européenne des droits de l'homme peut illustrer parfaitement ce conflit¹⁴⁶⁰. Dans cette affaire, une personne était employée en au service des ressources humaines d'une banque. Selon le code de déontologie de la banque, l'employé avait l'obligation de ne pas publier de manière formelle ou informelle des informations relatives au fonctionnement et aux activités de son employeur. En janvier 2011, le salarié avait publié des textes sur un site Internet de partage d'expériences et de connaissances dans le domaine des ressources humaines. Quand bien même les publications ne faisaient pas référence directement à son employeur, ce dernier a estimé que ces textes publiés révélaient des informations confidentielles, portant ainsi atteinte à ses intérêts économiques. L'employé a, par conséquent, été licencié pour avoir violé les normes de confidentialité de son employeur. Le salarié a contesté son licenciement devant les juridictions nationales en soutenant que cette sanction portait une atteinte excessive à sa liberté d'expression. Les juges hongrois ont rejeté l'action de l'ancien salarié qui entendait contester le licenciement. Saisie, la Cour européenne des droits de l'homme a constaté une violation de l'article 10 de la Convention, disposition garantissant la liberté d'expression. À cette occasion, elle rappelle que la jouissance du droit à la liberté d'expression doit être assurée même dans les relations entre employeur et employé et que les juges nationaux doivent mettre en balance les intérêts en cause. De plus, les juges strasbourgeois considèrent que l'issue du différend en l'espèce a été dictée par des considérations purement contractuelles entre le salarié et son employeur et a vidé de tout effet l'invocation de la liberté d'expression par l'employé¹⁴⁶¹. Pour le Professeur Fabien MARCHADIER, « *c'est rappeler*

1458CEDH, 19 décembre 2017, n^{os} 60087/10, 12461/11 et 48219/11, aff. *Ögrü et autres c/ Turquie*, §§° 68 à 70
1459 ROCHFELD J., *Les grandes notions du droit privé*, PUF, Paris, coll. Thémis, 1 décembre 2022, 3^e éd., p. 576, n^o 7-25, b)

1460CEDH, 4^e sect., 5 novembre 2019, n^o 11608/15, aff. *Herbai c. Hongrie*
1461Ibid., § 50

que la disponibilité des droits fondamentaux, au sens d'une emprise de la volonté sur l'étendue et l'intensité de ces droits, n'est jamais total »¹⁴⁶².

De tout cela découle la conclusion que, malgré l'existence d'une obligation de confidentialité portant sur des données, dès lors qu'il existe un intérêt général pour cette information, un des contractants pourra la divulguer au public, et cela, en se fondant sur la liberté d'expression. Saisi, le juge national devra mettre en balance les intérêts en cause, à savoir l'obligation imposée en vertu du contrat et la liberté d'expression, sans, toutefois, se limiter à une évaluation des effets du contrat sur les droits fondamentaux du débiteur de l'obligation de confidentialité.

¹⁴⁶²MARCHADIER F., *op. cit.*, p. 82

Conclusion du chapitre 1

212. **Le contrat : un outil puissant mais limité pour la réservation des données** – Il ressort de notre étude que le contrat représente indéniablement un outil efficace pour le détenteur qui entend se réserver les utilités de ses données. Ce faisant, par des clauses de comportements, il peut instaurer un véritable « monopole » sur ses données numériques. De surcroît, l'instrument contractuel se révèle plus protecteur des intérêts du détenteur que le droit *sui generis* des producteurs de bases de données. L'affaire *Ryanair* en est une parfaite illustration. L'outil contractuel devient incontournable dans l'environnement numérique d'autant que l'accès aux sites Internes est soumis à l'acceptation des conditions générales d'utilisation. Néanmoins, cette réservation contractuelle présente des limites que nous avons exposées, affaiblissant, en partie, l'attrait de cet outil. La limite principale réside dans l'effet *inter partes* des contrats. Par ailleurs, le détenteur de données devra toujours porter une attention toute particulière envers les clauses pouvant engendrer un déséquilibre au risque d'en subir un effet « élusif »¹⁴⁶³.

213. **Au-delà du contrat : l'engagement moral** – Pour finir, nous devons signaler qu'à côté du contrat qui est un accord de volontés destiné à produire des effets de droit, existent des engagements non juridiquement obligatoires tels que les déclarations d'intention, manifestations de volontés qui puissent sa force contraignante dans d'autres ordres normatifs que le droit¹⁴⁶⁴. Ces derniers, fréquents dans les relations professionnelles ou économiques¹⁴⁶⁵ sont dépourvus de portée juridique puisqu'ils n'expriment qu'un engagement moral. Cependant, force est de constater que la délimitation entre le domaine contractuel et non-contractuel, entre l'acte juridique et l'engagement moral, est « *ténue et fluctuante, la jurisprudence ayant parfois tendance à faire dépendre artificiellement la qualification des conséquences qu'elle emporte sur le terrain de la responsabilité* »¹⁴⁶⁶. Une porosité¹⁴⁶⁷ entre le droit et le non-droit s'observe. Ainsi, il existerait pour l'engagement moral une sorte

1463 ROCHFELD J., *Les grandes notions du droit privé*, PUF, Paris, coll. Thémis, 1 décembre 2022, 3^e éd., p. 576, n° 7-25, b)

1464V. notamment PERREAU E.H., *Courtoisie, complaisance et usages non obligatoires devant la jurisprudence*, RTD Civ., 1914, p. 481-483 ; OPPETIT B., *L'engagement d'honneur*, D. 1979. Chron. 107 ; BEIGNIER B., *L'honneur et le droit*, L.G.D.J., Paris, coll. Anthologie du droit, 2 décembre 2014, 674 p.

1465SCHMIDT-SZALEWSKI J., *Étranges obligations de non-concurrence*, Prop. indust., juin 2007, n° 6, comm. 55

1466BRENNER C. et LEQUETTE S., *Acte juridique – Théorie générale de l'acte juridique*, Répertoire de droit civil, Dalloz, février 2019, n° 18

1467DELPECH X., *L'engagement moral peut être sanctionné juridiquement*, D., 2007, p. 442 et s.

d'« *attraction du droit* »¹⁴⁶⁸ dans la mesure où les juges pourront le réintégrer dans la sphère juridique. Il est opportun de citer un arrêt qui illustre parfaitement cette situation. Dans l'arrêt en date du 23 janvier 2007 de la chambre commerciale de la Cour de cassation¹⁴⁶⁹, les juges ont donné plein effet à un engagement moral pris par une société de ne pas copier les produits d'un concurrent. Dans cette espèce, des sociétés avaient conclu un accord transactionnel aux termes duquel l'une d'entre elles prenait, entre autres, l'engagement de ne pas copier les produits commercialisés par l'autre. Il était précisé que cet engagement constituait un engagement « *exclusivement moral* » dont tout éventuel manquement ne saurait être considéré comme une inexécution des termes de l'accord transactionnel. Estimant que l'engagement n'avait pas été respecté, son bénéficiaire assigna l'autre société. Les juges du fond firent droit à sa demande. L'autre société forma alors un pourvoi en soutenant essentiellement qu'un engagement purement moral ne pouvait juridiquement être sanctionné¹⁴⁷⁰. Partant, selon le demandeur au pourvoi, les juges d'appel auraient violé l'article 1134 ancien du Code civil. La chambre commerciale de la Cour de cassation rejette le pourvoi en considérant « *qu'en s'engageant, fût-ce moralement, « à ne pas copier » les produits commercialisés par la société [de prêt-à-porter], la société Camaieu International avait exprimé la volonté non équivoque et délibérée de s'obliger envers la société concurrente ; que la cour d'appel, qui n'encourt aucun des griefs du moyen, en a donc exactement déduit que cette clause avait une valeur contraignante pour l'intéressée et qu'elle lui était juridiquement opposable* ».

Dans cette décision du 23 janvier 2007, nous remarquons que cet engagement a permis de faire sanctionner la copie d'un produit alors même qu'il ne faisait pas l'objet d'un droit de propriété intellectuelle. Or, il est de jurisprudence constante¹⁴⁷¹ que, en vertu du principe de la liberté de la concurrence, le fait de copier un tel produit non couvert par un droit de propriété intellectuelle n'est pas en soi constitutif d'une faute délictuelle. Comme l'avait écrit le

1468LATINA M., *Contrat : généralités*, Répertoire de droit civil, Dalloz, mai 2017 (mise à jour : novembre 2021), n° 195

1469Cass. com. 23 janvier 2007, n° 05-13.189, Bull. 2007, IV, n° 12, p. 13 ; JurisData n° 2007-037051 ; D. 2007, 442, note DELPECH X. ; RTD Civ. 2007, p. 340 obs. MESTRE J. et FAGES B. ; PIBD 2007, n° 849, III, p. 258 ; JCP G 2007, I, 152, n° 12, obs. SIMLER P. ; RDC 2007, p. 697, obs. LAITHIER Y.-M. ; Prop. intell., juillet 2007, n° 24, p. 360, note PASSA J. ; Défrénois 2007, 1027 obs. SAVAUX É. ; RLDC, 2007/40, n° 2587, note VIGNAL N.

1470L'argumentation de la société faisait référence à la notion d'obligation naturelle définie comme l'« *obligation dont l'exécution (forcée) ne peut être exigée en justice mais dont l'exécution (volontaire) ne donne pas lieu à répétition, en tant qu'elle est l'accomplissement d'un devoir moral* » (*Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, sous-dir. Gérard CORNU, PUF, 2011, 9^e éd., p. 674). V. également GOBERT M., *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, Sirey, Paris, 1957, 209 p.

1471IV. CA Paris, 18 octobre 2000, D. 2001. 850, note PASSA J. ; Cass. com., 9 mars 2010, n° 09-11.330 ; JurisData n° 2010-001565 ; PIBD 2010. III. 238 ; Prop. intell., avril 2010, p. 777, note PASSA J. ; Cass. com., 27 janvier 2009, n° 08-10.991 ; JurisData n° 2009-046796 ; PIBD 2009. IIII, 982, Propr. industr. 2009, comm. 29, LARRIEU J. ; JCP E., 23 juillet 2009, n° 30, 1739, chr. DECOCQ G ; Contrats, conc. consom., mars 2009, comm. 79, comment. MALAURIE-VIGNAL M.

Professeur PLAISANT, « *la copie servile n'est pas délictueuse en soi* »¹⁴⁷². Cependant, un engagement tel que celui de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 23 janvier 2007, peut conduire à interdire la copie de produits non couverts par un droit exclusif. En ce qui nous concerne, une telle obligation morale pourrait porter sur le respect de l'intangibilité des données numériques, en particulier en interdisant leur reproduction et leur exploitation sans autorisation préalable.

Cette solution retenue par les Hauts magistrats s'explique par le fait qu'il revient que juge de fixer les limites de la juridicité¹⁴⁷³, illustrant, par là même, l'impérialisme du Droit sur le monde humain, c'est-à-dire le phénomène de « *panjurisme* » qu'avait relevé, à titre de théorème fondamental de la sociologie juridique, le Doyen CARBONNIER¹⁴⁷⁴. Ainsi, les magistrats pourront être tentés par un « *jugement de valeur porté par le droit* »¹⁴⁷⁵ et par une nécessaire cohérence au sein des contrats¹⁴⁷⁶, de reconnaître à un engagement même moral une force contraignante¹⁴⁷⁷ et cela, dès lors que l'auteur de l'engagement a exprimé une « *volonté non équivoque et délibérée de s'obliger* »¹⁴⁷⁸. Cette sorte d'« *attraction du droit* » sera, toutefois, soumise au contrôle de la Cour de cassation, cette dernière restant « *la gardienne de la qualification contractuelle* »¹⁴⁷⁹.

Si le contrat constitue un moyen privilégié de se réserver les données numériques, il n'est pas le seul ; d'autres mécanismes peuvent être envisagés, en particulier, ceux résultant d'obligations extracontractuelles.

1472PLAISANT R., *L'évolution de l'action en concurrence déloyale*, in Dix ans de droit de l'entreprise, Litec, Paris, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1978, p. 783, n° 12

1473V. LAMOUREUX M., *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contrats. Recherche sur un possible imperium des contractants*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille – P.U.A.M., coll. Institut de droit des Affaires, 6 novembre 2006, 478 p.

1474V. CARBONNIER J., *L'univers du non-droit*, in Flexible droit pour une sociologie du droit sans rigueur, L.G.D.J, Paris, 10 éd., 2001, p 23

1475LAITHIER Y.-M., *La distinction entre morale et droit ou l'incertitude parmi les sources de l'obligation*, RDC 1^{er} juillet 2007, n° 3, p. 697 ; V. également, CARON C., *Au nom de l'éthique des affaires : point de copie tu ne feras*, Comm. com. élect., avril 2007, n° 4, comm. 54 ; DELPECH X., *L'engagement moral peut être sanctionné juridiquement*, D., 2007, p. 442 et s. ; BENSAMOUN A. et ZOLYNSKI C., *La promotion du droit négocié en propriété intellectuelle : consécration d'une conception dialogique du droit*, D., 2011, p. 1773 ;

1476En effet, le juge dispose d'un pouvoir de requalification en application de l'article 12, alinéa 2, du Code de procédure civile.

1477V. en ce sens OPPETIT B., *L'engagement d'honneur*, D. 1979. Chron. 107, spéc. n° 17 – V. ég. Cass. com., 18 janvier 2011, n° 09-69.831, Bull. civ. IV, n° 3 ; JurisData n° 2011-000395 ; D. 2012, p. 459, obs. AMRANI-MEKKI S. et MEKKI M. ; RDC 2011, p. 789, obs. LAITHIER Y.-M. ; Contrats, conc. consom. 2011, comm. 88, obs. LEVENEUR L.

1478Il s'agit d'un critère formel impliquant d'analyser le contenu de l'engagement pris, les termes qu'il comporte.

1479MESTRE J. et FAGES B., *Un, deux ou trois visas... l'enseignement est toujours le même : la Cour de cassation contrôle l'effective formation des contrats*, RTD Civ., 2006, p. 755

Chapitre 2. La réservation par les obligations extracontractuelles

214. En l'absence de relations contractuelles, le détenteur des données n'est, à vrai dire, pas démuné de tout moyen afin de limiter voire d'interdire l'utilisation de ses données sans son consentement. Pour ce faire, il pourra engager la responsabilité civile extracontractuelle du contrevenant. La principale source d'obligations extracontractuelles est incontestablement la responsabilité civile qui témoigne « *d'une réelle vitalité dans le droit des affaires* »¹⁴⁸⁰.

215. **L'importance du rôle de la responsabilité extracontractuelle en droit des affaires** – Le rôle important de la responsabilité civile s'explique pour deux raisons principales. D'une part, la souplesse, la « *plasticité* »¹⁴⁸¹ des notions civilistes telles que la faute¹⁴⁸². Cela permet ainsi une meilleure adaptation aux nouvelles technologies¹⁴⁸³. Et d'autre part, le droit des affaires connaît un mouvement de dépénalisation¹⁴⁸⁴ conduisant à un développement accru de sanctions civiles.

216. **Le rôle normatif de la responsabilité** – La responsabilité civile, en se dotant d'une dimension normative accrue, vient réguler les comportements des entreprises dans l'exercice de leurs activités. En effet, outre l'indemnisation de la victime, l'action en responsabilité « *a aussi une fonction de définition des comportements corrects et loyaux ou illicites et une fonction prévention* »¹⁴⁸⁵. Comme l'a souligné, à juste titre, la Professeure Geneviève VINEY, « *la plupart des condamnations civiles prononcées sur le fondement d'une faute professionnelle conservent un effet dissuasif réel* »¹⁴⁸⁶.

1480POLLAUD-DULIAN F., *De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires*, RTD Com., 1997, p. 349 et s.

1481IZORCHE M.-L., *Droit du marché et droit commun des obligations*, RTD Com., 1998, p. 17 et s., spéc. n°83.

1482ARHAB F., *Les nouveaux territoires de la faute*, Resp. civ. et assur. 2003, n° 6, p. 43

1483Par exemple, la révolution industrielle a entraîné de nouveaux contentieux notamment avec la massification des accidents en raison des progrès technologiques. Ainsi, pour les accidents de la circulation, la Cour de cassation est venue interpréter l'ancien article 1384 du Code civil afin de découvrir une responsabilité générale sans faute du fait des choses et cela pour offrir une indemnisation aux victimes de la circulation (Cass. ch. réunies, 13 février 1930, arrêt *Jeand'heur*, D. 1930, 1, 57, note RIPERT G.). De même, l'émergence de l'Internet a entraîné de nouveaux problèmes tels que la responsabilité des intermédiaires techniques, ou encore la construction d'une « *cyber-responsabilité* ».

1484COULON J.-M., *La dépénalisation de la vie des affaires*, Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, La documentation française, Paris, 2008, 136 p.

1485POLLAUD-DULIAN F., *op. cit.*, p. 349 et s. :

1486VINEY G., *Traité de droit civil : introduction à la responsabilité*, L.G.D.J., Paris, 1995, 2^e éd. LGDJ, 1995, p. 65, n° 41

217. Au sein de cette responsabilité civile, nous retrouvons la concurrence déloyale et le parasitisme, mais aussi depuis 2018, le secret des affaires (**Section 1**). À côté de la responsabilité civile, il y a l'action en enrichissement injustifié anciennement l'enrichissement sans cause, quasi-contrat qui peut également être source d'obligations extracontractuelles (**Section 2**). Sur ce point, la Professeure Mélodie COMBOT¹⁴⁸⁷ notait qu'il n'était plus possible de discerner l'enrichissement injustifié de la responsabilité selon la finalité¹⁴⁸⁸, justifiant par là même le fait que nous traitons de ces matières dans un chapitre unique.

Section 1. La réservation des données numériques par la responsabilité extracontractuelle

218. **Le principe : la liberté de copier** – Par principe, quiconque peut se saisir d'une donnée numérique¹⁴⁸⁹ et la copier en l'absence de droit privatif tel qu'un droit de propriété intellectuelle¹⁴⁹⁰. En effet, pour le Professeur PLAISANT, « *toute création que la loi ne protège pas par un brevet, un dessin ou un modèle déposé, le droit d'auteur, est dans le domaine public, à la disposition du public : la copie servile n'est pas délictueuse en soi* »¹⁴⁹¹. Suivant une métaphore, la liberté de copier représente l'« *océan de liberté dont le territoire est tout ce qui se situe hors du champ des lois de propriété intellectuelle qui peuvent être représentées comme des îlots d'exclusivité* »¹⁴⁹².

1487COMBOT M., *Quasi-contrat et enrichissement injustifié*, thèse de doctorat, droit, université Pathéon-Assas, 2020, p. 346, n° 317 ; COMBOT M., *Enrichissement injustifié et responsabilité civile*, RDC, 16 décembre 2019, n° 4, p. 306 et s.

1488Certes, certains auteurs font un rapprochement entre l'action en enrichissement injustifié et la responsabilité civile : en ce sens PLANIOL M., note sous T. civ. Corbeil, 31 décembre 1884, DP 1891. 1. 49

1489Pour nos propos, nous excluons les données à caractère personnel qui font l'objet d'une réglementation spéciale.

1490Une telle affirmation se retrouve tant en jurisprudence qu'en doctrine. Pour la jurisprudence : CA Paris, 4^e ch., 30 mars 1960, *Sté Alca c. Sté Tréfileries et Laminoirs du Havre* : les juges parisiens avaient estimé que « *le fait d'avoir exactement reproduit un objet qui n'est pas protégé [...] ne saurait à lui seul être une faute en raison du principe de la liberté du commerce et de l'industrie* » – Cass. com., 24 janvier 1972, n° 70-11.878, Bull. civ. IV n° 27, *Kessler Sté Brevets Contrôle c. Sté Inter automation* : dans cette décision, la chambre commerciale de la Cour de cassation écarte l'action en concurrence déloyale en considérant que « *la cour d'appel qui constate l'absence de droits privatifs sur ces divers fondements, a pu déclarer qu'il n'y avait pas de faute à utiliser ce qui est dans le domaine public* ». – Pour la doctrine, v. notamment FERNAND-JACQ, note sous CA Rennes, 10 février 1930, *Pinard et Fils c. Établissements J. Carnaud et Forges de Basse-Indre et Salaiün-Tanguy*, Ann. 1930, p. 118 ; MATHELY P., note sous CA Paris, 4^e ch., 10 avril 1962, *SA Siedma c. SA Ets Lamarque et R. Lamarque*, Ann. 1962, p. 240 ;

1491PLAISANT R., *op. cit.*, p. 783, n° 12

1492BENHAMOU Y. et DE WERRA J., *Propriété intellectuelle et concurrence déloyale. Analyse du droit suisse et perspectives de droit allemand*, in *Propriété intellectuelle et concurrence déloyale : les liaisons dangereuses ?* (sous-dir. PUTTEMANS A., GENDREAU Y. et DE WERRA J.) Larcier, Bruxelles, 2017, p. 187

Est-ce toutefois, à dire qu'il n'y a aucune autre protection possible que celle offerte par la propriété ? Une réponse mesurée doit être apportée, d'autant plus au regard de la jurisprudence fondée sur la concurrence déloyale et le parasitisme. Il est, effectivement, de jurisprudence constante que « *l'action en concurrence déloyale a pour objet d'assurer la protection de celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif* »¹⁴⁹³. Ainsi, comme l'avait justement souligné le Professeur Tristan AZZI, « *la propriété, si elle a constitué à la genèse de [droits de la propriété intellectuelle], n'a pas su leur offrir un régime satisfaisant, notamment en raison de la nature immatérielle de leurs objets. Aussi, est-ce vers la responsabilité que la jurisprudence s'est ensuite tournée pour protéger de nouveaux intérêts, avant qu'ils ne soient consacrés par le législateur* »¹⁴⁹⁴. Une telle observation a parfaitement sa place dans l'environnement numérique, et cela, en raison de la dématérialisation accrue et de l'émergence de nouveaux actifs essentiels, les données numériques. Ainsi, se pose la question de savoir si le mécanisme de la responsabilité civile peut être utilisé pour reconnaître *ex post*¹⁴⁹⁵ la réservation des données numériques.

219. La responsabilité civile extracontractuelle fondée sur la faute – Les origines de la responsabilité civile extracontractuelle remontent à l'ancien droit. En droit romain, il existait trois principaux fondements en la matière, à savoir le principe de ne pas nuire à autre (*neminem laedere*), celui de vivre honnêtement (*vivere honeste*) et enfin, celui de rendre à chacun ce qui lui revient (*suum cuique tribuere*)¹⁴⁹⁶. Inspiré par le droit naturel aristotélicien avec le *juste équilibre*¹⁴⁹⁷, la responsabilité civile extracontractuelle en droit romain était objective, la faute, la *culpa*, n'ayant qu'un rôle accessoire et limité. Ce droit présente une importance en droit français dans la mesure où « *la loi Aquilia [...] passe pour avoir introduit la notion moderne de responsabilité* »¹⁴⁹⁸. Toutefois, en droit français, les rédacteurs du Code Napoléon ont fait le choix d'une responsabilité subjective reposant sur la faute « *ce qui n'était*

1493V. par ex. Cass. com., 3 octobre 1978, n° 77-10.915, Bull. civ. IV, n° 208, p. 176 ; JurisData n° 1978-700208, D. 1980, jur., p. 55, note SCHMIDT-SZALEWSKI J. ; Cass. com., 18 janvier 1982, n° 81-10.013, Bull. civ. IV, n° 19 ; JurisData n° 1982-700068, RIDA 1982, p. 150, JCP 1982, IV, 123 ; ; Cass. com., 15 juin 1983, n° 81-15.936, Bull. civ. IV, n° 174

1494AZZI T., *Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs*, RTD Civ., 2007, p. 227 et s.

1495Et non pas *ex ante* comme en matière de propriété intellectuelle.

1496V. DESCAMPS O., *Histoire du droit de la responsabilité dans le monde occidental*, in *Prendre la responsabilité au sérieux* (sous-dir. Alain Supiot, Mireille Delmas-Marty), PUF, 11 novembre 2015, p. 42 et s.

1497AUROUX S. (sous-dir.), *Les notions philosophiques. Dictionnaire – Tome 2*, PUF, Paris, mars 2002, 3^e éd., p. 2254

1498DEROCHE A., *Les origines historiques de la notion de dommages-intérêts*, in *La notion de dommages et intérêts* (sous-dir. Nicolas Cayrol), Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, juin 2016, p.13 ; STARCK B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, éd. L. Rodstein, Paris, 1947, p. 59

pas évident en raison de la responsabilité objective retenue dans les trois projets de Code civil de Cambacérès »¹⁴⁹⁹. L'École du droit naturel moderne a avancé comme justification de la subjectivisation de la responsabilité civile, le principe *neminem laedere* de la formule du jurisconsulte ULPIN¹⁵⁰⁰. Bien que depuis la fin du XX^e siècle, nous connaissons un mouvement d'objectivation de la responsabilité¹⁵⁰¹, la faute reste indubitablement une « *référence intemporelle et universelle, au plus proche de l'impératif moral et d'exigences sociales* »¹⁵⁰². En effet, tandis qu'un recul de la faute s'observe en droit civil en raison de la primauté de la fonction réparatrice, nous remarquons qu'en droit des affaires, « *la responsabilité pour faute demeure vivace* »¹⁵⁰³.

220. Les fonctions de la responsabilité extracontractuelle – Si une définition générale de la responsabilité extracontractuelle devait être retenue, ce serait l'idée de l'obligation de répondre de l'acte qui a causé un dommage à autrui et d'en assumer les conséquences sans qu'il n'existe un lien contractuel entre le responsable et la victime¹⁵⁰⁴. Ainsi, la responsabilité, dès son origine, poursuivait un but « *curatif* »¹⁵⁰⁵. En d'autres termes, la responsabilité civile était appréhendée sous l'angle de la réparation¹⁵⁰⁶. Cela est d'autant plus vrai eu égard à la

1499DESCAMPS O., *op. cit.*, p. 52 : cet auteur note également l'influence importante qu'a jouée la pensée de DOMAT sur le principe de la faute.

1500AUROUX S.*op. cit.*, p. 2256

1501Ce mouvement d'objectivation de la responsabilité résulte de l'élaboration de théories doctrinales. À la fin du XIX^e siècle, lors de la révolution industrielle, deux grands auteurs, les Doyens SALEILLES et JOSSERAND, ont élaboré la théorie dite du risque. Il s'agit de l'application de l'adage *ubi emolumentum ibi onus* signifiant là où est le profit doit également être la charge. Puis, est apparue en 1947 la théorie de la garantie attribuée au Professeur STARCK (STARCK B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse Paris, éd. L. Rodstein, 1947) suivant laquelle il convient d'accorder une indemnisation de plein droit des préjudices les plus graves, et cela, quel qu'ait été le comportement de l'auteur du dommage. L'influence de cette théorie est perceptible dans la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 relative aux accidents de la route. Cette « *idéologie de la réparation* » (CADIET L., *Sur les faits et méfaits de l'idéologie de la réparation*, in *Le Juge entre deux millénaires*, Mélanges offerts à Pierre Drat, Dalloz, Paris, 16 mars 2000, p. 495), ne conduirait-elle à un « *déclin de la responsabilité individuelle* » ? (VINEY G., *Le déclin de la responsabilité individuelle*, L.G.D.J., Paris, coll. Anthologie du droit, 17 décembre 2013, 418 p.).

1502PIERRE P., *La place de la responsabilité objective*, RLC, 1^{er} mai 2010, n° 71 – V. ég. ARHAB F., *Les nouveaux territoires de la faute*, Resp. civ. et assur. 2003, n° 6, p. 43

1503LE TOURNEAU P., *Des mérites et vertus de la responsabilité civile*, Gaz. Pal. 18 mai 1985, p. 285

1504Selon le Littré, la responsabilité est l'« *obligation de répondre, d'être garant de certains actes* » (LITTRÉ É., *Dictionnaire de la langue française*, Tome 4, Librairie Hachette et Cie, Paris, 1874, p. 1818). Le mot « responsabilité » vient du latin *respondere* signifiant « *se porte garant, répondre de ses intentions et de ses actes devant autrui ou soi-même* ».

1505Le Conseil constitutionnel a consacré cette fonction réparatrice de la responsabilité civile notamment dans sa décision n° 99-419 DC rendue le 9 novembre 1999 à propos de la loi relative au pacte civil de solidarité (v. cons. 70).

1506DUBOIS C., *La généralisation de la fonction punitive de la responsabilité civile*, in *Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile* sous-dir. G. Cerqueira et V. Monteillet, Dalloz, Paris, décembre 2021, p. 126 : pour qui, la responsabilité actuelle est « *dominée par une dimension indemnitaire [...] largement amoralisée pour ne plus juger un homme mais pour réparer les conséquences de sa faute ou même de son fait* ».

finalité indemnitaire des dommages et intérêts que les rédacteurs du Code civil n'ont pas remis en cause s'inscrivant, par là même, dans la tradition historique¹⁵⁰⁷. Cependant, une telle conception se relève être « assez simpliste »¹⁵⁰⁸, pour ne pas dire réductrice. En effet, aujourd'hui, d'autres objectifs ont émergé depuis la fin du XX^e siècle parmi lesquels « la prévention, l'incitation, la dissuasion, voire le rétablissement de la situation antérieure à l'acte dommageable »¹⁵⁰⁹. Cette évolution de la responsabilité civile est due largement à l'« inventivité remarquable des juges »¹⁵¹⁰.

Au total, deux fonctions classiques de la responsabilité sont identifiées ; d'une part, la fonction indemnitaire et d'autre part, la fonction normative ou encore dénommée disciplinaire¹⁵¹¹. Selon la première qui est la plus évidente, tout dommage injustement causé à autrui doit être réparé¹⁵¹². Cette première fonction est la plus perceptible en droit français à tel point qu'il est possible d'y déceler une « idéologie de la réparation »¹⁵¹³. La fonction normative, quant à elle, est plurielle. D'une part, elle vise à « sanctionner les comportements anormaux et assurer le châtement du responsable »¹⁵¹⁴. En cela, elle suit une logique « de peine privée »¹⁵¹⁵. Il est possible de voir dans le projet de réforme du droit de la responsabilité une « généralisation de la fonction punitive de la responsabilité civile »¹⁵¹⁶. Comme l'avait relevé, en son temps, le Professeur STARCK, « la peine privée n'est pas une survivance, un fantôme du passé, mais l'une des forces vives de la responsabilité civile »¹⁵¹⁷. D'autre part, la responsabilité civile vise à prévenir la survenance de dommage¹⁵¹⁸. Pour le Professeur Philippe LE TOURNEAU, « la fonction première de la responsabilité civile, en droit positif, sur laquelle l'attention n'est généralement pas suffisamment attirée, est de prévenir les

1507DEROCHE A., *op. cit.*, p. 27

1508VINEY G., *Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile*, D., 2009, p. 2944 et s.

1509Ibid. ; – V. ég. MAZEAUD H. L'« absorption » des règles juridiques par le principe de responsabilité civile, D., 1935, n° 3, chron. II, p. 5

1510FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations Tome 2 – Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, Paris, coll. Thémis, janvier 2019, 4^e éd., p. 6, n° 4

1511Cour de cassation, Université Paris-Saclay, *L'attractivité de la responsabilité civile : approches comparatives dans les relations économiques*, juin 2022, p. 8, n° 15 : soulignant que « l'analyse économique du droit précise [...] que l'efficacité de la responsabilité civile naît de l'équilibre entre cette fonction normative et cette fonction de réparation ».

1512TUNC A., *La fonction d'indemnisation de la responsabilité civile*, in Mélanges Dorhout Mees, Deventer. Kluwer, 1974, p. 143 et s.

1513PIERRE P., *Les dommages et intérêts punitifs ou restitutoires (en droit français et européen)*, Revue juridique de l'Ouest, 2014, n° 2, p. 23

1514MEKKI M., *Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve du numérique : L'exemple des logiciels prédictifs*, Dalloz IP/IT, 2020, p. 672 et s.

1515FABRE-MAGNAN M., *op. cit.*, p. 52, n° 37

1516DUBOIS C., *La généralisation de la fonction punitive de la responsabilité civile*, in Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile sous-dir. G. Cerqueira et V. Monteillet, Dalloz, Paris, décembre 2021, p. 125-140

1517STARCK B., *op. cit.*, p. 359

1518BLOCH C., *La cessation de l'illicite : recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Dalloz, avril 2008, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèse, p. 16, n° 7-2

dommages plus que les réparer ou de les compenser »¹⁵¹⁹. Cette fonction peut s'entendre comme « *prévention-dissuasion* » et « *prévention-anticipation* »¹⁵²⁰. La première vise à inciter une personne à prendre toutes les précautions nécessaires pour que le dommage ne survienne pas. Cette « *prévention-dissuasion* » peut légitimer l'instauration de dommages et intérêts punitifs. Nous retrouvons cette idée au sein de l'article 1266-1 du projet de réforme du droit de la responsabilité civile du 13 mars 2017 qui entendait instaurer une amende civile. La fonction « *prévention-anticipation* », quant à elle, vise à empêcher la réalisation ou, à défaut, l'aggravation du dommage. Elle donne lieu, le plus souvent, à une sanction en nature qui consiste à ordonner de ne pas faire ou de cesser de faire quelque chose. Cette dernière fonction se trouve consacrée à l'article 1268 de la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile présentée le 29 juillet 2020, disposition tenant à la prévention du dommage et à la cessation de l'illicite¹⁵²¹.

À ces deux fonctions classiques, s'ajoute la fonction « *complétive* » de la responsabilité civile. En ce sens, la responsabilité civile servirait à combler « *les vides laissés par la loi* »¹⁵²². En somme, il s'agit d'« *un remède général aux lacunes du droit, aux défaillances du législateur et aux modifications des données* »¹⁵²³. Il est vrai, en effet, qu'à défaut de régimes spéciaux de responsabilité, et en raison de la « *clause generalis* » de l'article 1240 du Code civil, la responsabilité civile de droit commun joue indubitablement un « *rôle de complément ou de suppléant venant combler les interstices plus ou moins larges qui laissent les textes spéciaux* »¹⁵²⁴. Partant, la responsabilité civile dispose d'une fonction créatrice¹⁵²⁵. Nous pouvons donc soutenir que les mécanismes de la responsabilité interviennent dans l'apparition des droits subjectifs que le Législateur consacre *a posteriori*. Ainsi, le Professeur MOUSSERON considérerait que « *chronologiquement, on peut estimer [...] que la protection par l'intervention du droit de la responsabilité précède celle du droit de la propriété et que le droit à indemnisation précède le droit à interdiction* »¹⁵²⁶. À titre

1519LE TOURNEAU P., *La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin)*, RTD Civ., 1988, p. 505

1520MEKKI M., *op. cit.*, p. 672 et s.

1521Sénat, session extraordinaire de 2019-2020, *Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile*, 29 juillet 2020, n° 678

1522MEKKI M., *op. cit.*, p. 672 et s.

1523LE TOURNEAU P., *Des mérites et vertus de la responsabilité civile*, Gaz. Pal. 18 mai 1985, p. 283 et s.

1524POLLAUD-DULIAN F., *op. cit.*, p. 349 et s. ; SCHMIDT-SZALEWSKI J. et PIERRE J.-L., *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 1996, p. 14, n° 31 : ces auteurs faisaient le constat que « *pour des raisons à la fois économiques et procédurales, l'action en concurrence déloyale [était] devenue, en droit français, non seulement un complément, mais aussi, dans une certaine mesure, un substitut à l'action en contrefaçon* » ; FRISON-ROCHE M.-A., *Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme*, RJDA, juin 1994, n° 6, p. 484

1525AZZI T., *op. cit.*, p. 227 et s.

1526MOUSSERON J.-M., *Responsabilité civile et droits intellectuels*, in Mélanges offerts à Albert Chavanne, droit pénal, propriété industrielle, Litec, 1990, p. 258 – V. ég. AZZI T., *op. cit.*, p. 227 et s. : pour qui « *la*

d'exemple, la protection des droits de la personnalité, « *fruit d'une lente maturation doctrinale et jurisprudentielle* »¹⁵²⁷, s'est construite autour de la responsabilité extracontractuelle.

Finalement, nous ne pouvons que constater l'importance que recouvre la responsabilité civile extracontractuelle pour le droit civil. Dans le cadre de notre étude, nous nous concentrerons sur l'action en concurrence déloyale et plus particulièrement, sur le parasitisme. Cette action représente un moyen pour le détenteur de données d'aménager une exclusivité sur la valeur économique de ses données (I). Le secret des affaires, qui trouve sa source dans la responsabilité civile¹⁵²⁸, constitue indéniablement un moyen de réservation de fait des données numériques (II).

I. La concurrence déloyale et parasitaire, outil de réservation de les utilités des données

221. **La responsabilité civile extracontractuelle, diminutif des droits de propriété ?** – La doctrine a vu en la responsabilité civile, un « *diminutif des droits de propriété* »¹⁵²⁹. Il est vrai que la responsabilité « *a souvent servi à assurer une certaine protection là où un droit de propriété n'était pas reconnu* »¹⁵³⁰. C'est l'exemple des droits de la personnalité qui ne sont pas protégés au titre d'un droit de propriété mais par la responsabilité civile¹⁵³¹. De même, le Professeur Fabrice SIIRIAINEN a pu voir dans les développements doctrinaux et prétoriens sur l'action en concurrence déloyale et les agissements parasitaires l'une « *des manifestations de la propriété de l'information* »¹⁵³². Outre-Jura, des auteurs ont pu concevoir « *le domaine*

responsabilité délictuelle préside très souvent à la naissance de nouveaux droits subjectifs »

1527VIGNON-BARRAULT A., *Droit à réparation – Responsabilité fondée sur la faute. – Atteintes aux droits de la personnalité. Droit à la vie privée. – Droits susceptibles d'atteinte*, JurisClasseur Notarial Répertoire, Fasc. 133-10, 1^{er} septembre 2022, n° 1

1528Art. L. 152-1 du C. com.

1529FABRE-MAGNAN M., *op. cit.*, p. 122, n° 97 – V. ég. SIIRIAINEN F., *L'appropriation de l'information : grandeur ou décadence de la propriété ?*, in Immatériel, nouveaux concepts (sous-dir. Jacques DE BANDT et Geneviève GOURDET), Economica, Paris, 2001, p. 141

1530FABRE-MAGNAN M., *op. cit.*, p. 122, n° 97

1531Cass. 1^{re} civ., 18 octobre 2017, n° 16-19.740 ; RTD Civ., 2018, p. 80, obs. MAZEAUD D. – Pour le droit à l'image : v. TGI Paris, 24 nov.embre 2010, Comm. com. électr., 2011, comm. 28, note LEPAGE A ; le domicile (Cass. 3^e civ., 25 février 2004, n° 02-18.081), la réputation (CEDH, 30 mars 2004, n° 53984/00, req. n° 53984/00, *Radio France c/France*, Rec. CEDH 2004-II ; D. 2004. 2756, obs. de LAMY B. ; RTD Civ., 2004. 801, obs. MARGUÉNAUD J.-P.), la santé (Cass. 2^e civ., 12 juillet 1966, Bull. civ. II, n° 778 – Cass. 2^e civ., 10 juin 2004, Bull. civ. II, n° 292

1532SIIRIAINEN F., *L'appropriation de l'information : grandeur ou décadence de la propriété ?*, in Immatériel, nouveaux concepts (sous-dir. Jacques DE BANDT et Geneviève GOURDET), Economica, Paris, 2001, p. 140 ; CATALA P., *La « propriété » de l'information*, in *Le droit à l'épreuve du numérique Jus*

de la concurrence déloyale comme un catalyseur de codification de la propriété intellectuelle »¹⁵³³. Pour preuve, le droit *sui generis* des producteurs de bases de données mis en place par la directive 96/9/CE du 11 mars 1996 est fondé sur l'idée de parasitisme¹⁵³⁴ à tel point qu'il a pu être présenté comme « une sorte de « superconcurrence déloyale » législative »¹⁵³⁵.

Ces remarques nous conduisent à nous poser la question de savoir si la responsabilité civile n'a pas « volé la vedette à la protection emblématique de la propriété »¹⁵³⁶. La concurrence déloyale ne constituerait-elle pas un régime primaire¹⁵³⁷ du droit des biens, voire une « para-propriété »¹⁵³⁸ ? Ainsi, faute de protection au titre du droit de la propriété ou d'un droit de propriété intellectuelle, il serait tentant de se tourner vers la protection offerte par le droit de la responsabilité civile à l'encontre de l'utilisation des données et cela, en vue de préserver les investissements économiques qui ont été nécessaires pour les « créer ». La faute consisterait ici en un détournement des efforts ou des investissements.

Aussi, la responsabilité civile se présenterait-elle comme une alternative au droit de la propriété en offrant une réservation possible des valeurs¹⁵³⁹ ou à tout le moins un « instrument de renforcement de la protection du patrimoine immatériel de l'entreprise »¹⁵⁴⁰. Une telle possibilité fut consacrée par le biais des actions en concurrence déloyale et en parasitisme, toutes deux fondées sur les articles 1382 et 1383 anciens du Code civil devenus depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 les articles 1240 et 1241. La disposition de

ex machina, PUF, Paris, 1998, p. 259

1533BENHAMOU Y. et DE WERRA J., *op. cit.*, p. 208. – Dans le même sens, v. BOUCHET-LE MAPPIAN É., *Propriété intellectuelle et droit de propriété ; Droit comparé anglais, allemand et français*, Presses Universitaires de Rennes – P.U.R., coll. L'univers des normes, 13 juin 2013, p. 220, n° 386

1534V. cons. 42 de directive 96/9/CE du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données – V. ég. concl. avocat général SZPUNAR M. du 14 janvier 2021 dans l'affaire C-762/19, *SIA « CV-Online Latvia » contre SIA « Melons »*, spéc. pt. 1 et 51

1535GAUTIER P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, PUF, Paris, 8^e éd., 2012, p. 183, n° 182

1536TESTU F. X., *Responsabilité civile et propriété des idées en matière de brevets et de savoir-faire*, Responsabilité civile et assurances, mai 2017, Dossier 8, p. 41

1537V. BINCTIN N., *Le droit de la concurrence déloyale – Perspectives française et européenne*, in *Défis du droit de la concurrence déloyale / Challenges of Unfair Competition Law* (sous-dir. DE WERRA J.), Schulthess, Genève, 2014, p. 88

1538VANBRABANT B., *La propriété intellectuelle, Tome 1 : Nature juridique*, Bruxelles, Larcier, coll. Création Information Communication, mars 2016, p. 251 ; MACREZ F., *Créations informatiques : Bouleversement des droits de la propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, LexisNexis, Paris, août 2011, coll. CEIPI, p.398, n° 497

1539V. en ce sens : TESTU F. X., *op. cit.*, p. 43 : cet auteur voit dans ce système l'idée d'appropriation au sens général ; PIROVANO A., *Les transformations de l'ordre privé économique : l'exemple des réseaux de distribution sélective*, in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT, éd. Frison-Roche, mai 1999, p. 211 et s.

1540MARTIN A.-C., *Le renouveau de l'action en concurrence déloyale ? – Introduction*, RLC, 1^{er} décembre 2020, n° 100

l'article 1240 du Code civil est considérée comme « *l'une de ces grandes règles d'équité qui peuvent, à elles seules, résumer le droit tout entier* »¹⁵⁴¹.

Étant donné que le fondement de la concurrence déloyale et parasitaire est la responsabilité civile, cette action est soumise à la réunion de trois conditions : la preuve d'un comportement déloyal constitutif d'une faute, la preuve d'un préjudice et enfin, la preuve d'un lien de causalité entre ces deux éléments. Aussi, la sanction n'est-elle pas automatique et est assujettie à la réunion desdites conditions. C'est là l'une des grandes différences avec le droit de propriété. En effet, en matière de propriété intellectuelle, l'action en contrefaçon ne suppose pas la démonstration de la faute, il est simplement nécessaire et suffisant d'apporter la preuve d'une atteinte au droit de propriété intellectuelle, d'« *un empiètement sur le périmètre du monopole* »¹⁵⁴² pour qu'il y ait sanction.

L'action en concurrence déloyale et parasitaire peut conduire à une réservation des données numériques (A). Cependant, celle-ci s'observe *ex post*, c'est-à-dire lors du fait illicite (B).

A. La recherche de la réservation des données par la concurrence déloyale et parasitaire

222. Bien que les actions en concurrence déloyale et parasitisme remplissent toutes deux la fonction de police économique¹⁵⁴³, elles conservent des particularités (1). Ces mécanismes présentent comme singularité de conduire à une maîtrise de type privatif (2).

1. Les données numériques appréhendées par la concurrence déloyale et parasitaire

223. Tandis que la concurrence déloyale appréhende davantage un comportement déloyal (a) le parasitisme tend à sanctionner la reprise d'une valeur (b).

1541 MAZEAUD H. *L'« absorption » des règles juridiques par le principe de responsabilité civile*, D., 1935, n° 3, chron. II, p. 5

1542 TESTU F. X., *op. cit.*, p. 43

1543 V. SERRA Y., *Rapport introductif*, in *La concurrence déloyale* (sous-dir. Yves Serra), Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, 2000, p. 7 et s. ; BLOCH C., *op. cit.*, p. 431-432, n° 357

a. Une protection contre les comportements déloyaux

224. **La concurrence déloyale sanctionnant avant un comportement déloyal** – En principe, faute de droit de propriété sur les données numériques, ces dernières peuvent être copiées par un concurrent. En d'autres termes, il existe des actes de concurrence¹⁵⁴⁴ qui sont loyaux quand bien même ces derniers entraîneraient un dommage patrimonial pour le concurrent¹⁵⁴⁵. Toutefois, se pose indubitablement la question de savoir à partir de quand un acte de concurrence provoquant un dommage patrimonial est déloyal. Le critère de distinction entre un acte de concurrence loyal et déloyal siège dans l'illicéité¹⁵⁴⁶. Il s'agit, de préserver la loyauté, et, par là même, d'assurer le respect d'une éthique économique¹⁵⁴⁷. La concurrence déloyale vise alors à sanctionner un comportement déloyal¹⁵⁴⁸. En cela, il correspond à une responsabilité dans l'exercice de la liberté de la concurrence¹⁵⁴⁹. L'action en concurrence déloyale a pu être analysée sous l'angle de l'abus de droit¹⁵⁵⁰.

Ainsi, dans notre hypothèse, en présence d'un comportement déloyal, le détenteur de données pourra agir sur le fondement de l'action en concurrence déloyale prenant sa source dans les articles 1240 et 1241 du Code civil. Il devra, toutefois, caractériser un acte de concurrence déloyale. Un tel comportement déloyal pourra être caractérisé par une désorganisation interne avec notamment comme dommage l'affaiblissement de la production ou de la commercialisation à la suite d'une captation de ses données numériques telles que son fichier clients. Ainsi, dans une décision en date du 7 décembre 2022, la Cour de cassation

1544Un acte de concurrence a pu être défini comme un « *acte destiné à conquérir ou conserver une clientèle* » (IZORCHE M.-L., *Droit du marché et droit commun des obligations ; Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme*, RTD Com., 1998, p. 17 et s.). Cependant, la jurisprudence a élargi la notion d'acte de concurrence en ce qu'un acte de concurrence peut causer un préjudice autre que la perte de clientèle.

1545Il s'agit en somme de la notion de « *damnum sine injuria* » connue en droit anglo-saxon au sien de la *Tort Law* (v. *Keeble v. Hickeringall*, 1707, Holt. K.B. 15-21. Hill. 5 Ann. (English Reports 90, 906, 908)).

1546Bien que la notion d'illicéité ne se retrouve pas dans le Code civil, nous en trouvons des prémices dans les travaux préparatoires du projet de Code civil avec la réflexion sur l'opportunité d'en faire « *paradigme des actes fautifs* » (PIERRE P. *La place de la responsabilité objective notion et rôle de la faute en droit français*, Revue juridique de l'Ouest, 2010, n° 4, p. 408) – V. ég. MARTY G., *Illicéité et responsabilité*, in *Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière par ses élèves et amis*, Dalloz, Paris, 1964, p. 344

1547Le principe de loyauté est essentiel en matière de concurrence. V. en ce sens : BOUNIOL R., *Loyauté et concurrence*, in *Droit et loyauté* (sous-dir. Franck Petit), Dalloz, mars 2015, p. 85, pour qui « *a priori, la rencontre entre « loyauté » et « concurrence » apparaît inéluctable tant la notion de loyauté nourrit la notion même de concurrence* ».

1548Une classification de procédés déloyaux a été établie en 1952 par le Doyen ROUBIER selon quatre rubriques que sont : les moyens de confusion, les moyens de dénigrement et de critique excessive, les moyens de désorganisation interne d'une entreprise rivale et enfin, les moyens de désorganisation générale du marché (ROUBIER P., *Le droit de la propriété industrielle*, Tome 1, Sirey, 1952, p. 504 et s.). Cette typologie a reçu l'assentiment de la majeure partie de la doctrine et de la jurisprudence (V. par ex. CA Lyon, 3^e ch. A, 12 janvier 2023, RG n° 21/06931).

1549ROUBIER P., *Théorie générale de l'action en concurrence déloyale*, RTD Com. 1948, p. 587 –

1550POLLAUD-DULIAN F., *op. cit.*, p. 349 et s

a estimé au visa de l'article 1240 du Code civil que « *le seul fait, pour une société à la création de laquelle a participé l'ancien salarié d'un concurrent, de détenir des informations confidentielles relatives à l'activité de ce dernier et obtenues par ce salarié pendant l'exécution de son contrat de travail, constitue un acte de concurrence déloyale* »¹⁵⁵¹. De même, l'action en concurrence déloyale trouvera à se développer dans les hypothèses de copies serviles des données ou données structurées. En ce sens, nous pouvons faire référence, à titre d'illustration, à l'arrêt de la Cour d'appel de Douai du 17 juin 1991 dans lequel une société avait été condamnée pour concurrence déloyale en raison de la reprise d'informations issues d'un éditeur par son concurrent et cela, « *pour les publier à son tour dans son propre annuaire [...], dans des conditions rigoureusement identiques quant au fond et aux formes, la reproduction servile allant jusqu'à répéter les mêmes inexactitudes ou fautes d'orthographe des noms et rubriques* »¹⁵⁵². Une solution similaire a été retenue par la Cour d'appel de Lyon dans son arrêt en date du 12 janvier 2023 pour la reprise à l'identique de contenu d'articles publiés sur le site Internet par un tiers non autorisé¹⁵⁵³. Ces solutions sanctionnent la paresse du concurrent qui ne fait que copier des informations afin de bénéficier des avantages que ces dernières procurent. Cela s'explique par le fait que les règles du marché impliquent une prise de risque¹⁵⁵⁴ allant à l'encontre de la simple imitation servile.

Finalement, bien que la concurrence déloyale permet de sanctionner la reprise déloyale de données numériques par un concurrent, cette action entend principalement réprimer un comportement caractérisé par son illicéité. L'objet même de la concurrence déloyale est, effectivement, de « *moraliser le déroulement de la compétition économique et d'assurer entre les protagonistes les conditions d'une concurrence équitable et loyale* »¹⁵⁵⁵. En cela, nous

1551Cass. com., 7 décembre 2022, n° 21-19.860 ; JurisData n° 2022-020839 ; JCP S., 17 janvier 2023, n° 2, 1009, ARMILLEI V. ; Rev. soc., 2023, p. 311, note NICOLAS E. ; JCP E., 16 mars 2023, n° 11, p. 37, obs. BETTONI L. ; Contr. conc. cons., mai 2023, n° 5, comm. 79, AUBRY H ; RDC, 1^{er} juin 2023, obs. PELLET S. :

1552CA Douai, ch. réunies, 17 juin 1991, *Coprosta*, DIT 1993, n° 3, p. 36, note MARTINEZ P. : Notons, toutefois, que la décision a été prise avant l'adoption de la loi n° 98-536 du 1^{er} juillet 1998 venant transposer la directive 96/9/CE sur la protection juridique des bases de données. Désormais, et depuis l'entrée en vigueur de ladite loi de 1998, les faits peuvent être appréhendés par le droit *sui generis* des producteurs de données dans la mesure où cette protection s'applique, selon l'article L. 341-1 du CPI, lorsque la constitution, la vérification ou la présentation de la base de données atteste d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel.

1553CA Lyon, 3^e ch. A, 12 janvier 2023, RG n° 21/06931

1554V. en ce sens : MALAURIE-VIGNAL M., *La copie d'un article de mode peut-elle devenir licite ? Réflexion sur les liens entre innovation et droits de propriété intellectuelle*, Prop. indus., juillet-août 2017, études 19, n° 20

1555OPPÉTIT B., *Philosophie du droit*, Dalloz, Paris, Précis Droit privé, 1999, 1^{re} éd., p. 138, n° 132 – V. ég. LATIL A., *L'appropriation de la réalité virtuelle : une affaire sensible*, in *La propriété intellectuelle renouvelée par le numérique* (sous-dir. Bérengère Gleize et Agnès Maffre Baugé), Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, novembre 2020, p. 86 ; IZORCHE M.-L., *op. cit.*, p. 17 et s.

retrouvons la morale des affaires que le philosophe Gilles LIPOVETSKY définit comme « *l'adéquation des aspirations individuelles et de la réussite collective, l'harmonie des intérêts particuliers et de la compétitivité* »¹⁵⁵⁶. Aussi, ce n'est qu'indirectement que la concurrence déloyale conduit à l'effet de réservation. À l'inverse, le parasitisme nous intéressera davantage dans la mesure où elle vise à protéger une valeur.

b. Une protection de la valeur des données

225. **La proximité des actions en parasitisme et en concurrence déloyale** – À côté de l'action en concurrence déloyale, s'est développée la notion de parasitisme, en particulier au travers de la théorie des agissements parasitaires permettant de sanctionner les comportements déloyaux de tiers et cela, en dehors de situation de concurrence avec la victime¹⁵⁵⁷. Le parasitisme, comme l'action en concurrence déloyale, est sanctionné sur le fondement des articles 1240 et 1241 du Code civil¹⁵⁵⁸. La justification de la sanction du parasitisme réside dans la rupture de l'égalité causée par le comportement du parasite. Ce principe d'égalité procède de la justice distributive fondée sur le principe « *suum cuique tribuere* »¹⁵⁵⁹. En Belgique, cette action a été analysée sous l'angle de l'abus de droit, à savoir celui du « *droit de copier* »¹⁵⁶⁰. Cependant, nous estimons plutôt que le parasitisme, tout comme la concurrence déloyale, se fonde sur une approche morale des affaires¹⁵⁶¹. Aussi, les actions en parasitisme et en concurrence déloyale sont très proches à tel point qu'en pratique, les plaideurs invoquent cumulativement la concurrence déloyale et le parasitisme sous l'appellation de « *concurrence déloyale et parasitaire* ».

1556 LIPOVETSKY G., *Le Crépuscule du devoir, L'Éthique indolore des nouveaux temps démocratiques*, Gallimard, Paris, 1992, p. 259

1557 Cass. com., 30 janvier 1996, n° 94-15.725, Bull. 1996 IV n° 32 p. 24 ; JurisData n° 1996-000294 ; D. 1997. 232, note SERRA Y. ; Gaz. Pal., 1996, note STAEFFEN V.

1558 BECQUET S., *Le bien industriel*, L.G.D.J., Paris, coll. Thèses, sous-coll. Bibliothèque de droit privé, p. 263, n° 110 : critiquant le rattachement de l'action en parasitisme à la responsabilité civile en estimant qu'il s'agit d'un « *emploi forcé à des fins auxquelles elle n'est pas adaptée* ».

1559 L'expression *suum cuique tribuere, ea demum summa justitia* (« *rendre à chacun son dû, voici en vérité la plus parfaite justice* ») est attribuée au jurisconsulte romain ULPIN, reprise dans le Digeste (Digeste, I, 1.10.1)

1560 VANBRABANT B., *op. cit.*

1561 V. en ce sens : LE TOURNEAU P., *Parasitisme – Notion de parasitisme*, JurisClasseur Concurrence – Consommation, Fasc. 570, 6 août 2020, n° 2 ; FRISON-ROCHE M.-A., *Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme*, RJDA, juin 1994, n° 6, p. 483 ; BECQUET S., *op. cit.* ; DURRANDE S., *Droit d'auteur et concurrence déloyale – Objet du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1116, 1993, n° 35

226. **La particularité de l'action en parasitisme** – Bien que proche de l'action en concurrence déloyale, l'action en parasitisme s'en distingue. Initialement, l'une des principales différences avec l'action en concurrence déloyale résidait dans l'absence d'exigence d'une situation de concurrence entre les parties afin d'engager l'action en parasitisme¹⁵⁶². Cette dernière condition a été, par la suite, abandonnée par la jurisprudence pour l'action en concurrence déloyale¹⁵⁶³. Aussi, un auteur a pu estimer que « *la distinction entre le parasitisme et la concurrence déloyale ne se justifie plus aujourd'hui puisque le droit de la concurrence déloyale a vocation à abriter le parasitisme* »¹⁵⁶⁴. Cette analyse concorde avec l'usage indifférencié de l'emploi des notions de concurrence déloyale et parasitaire par la jurisprudence et les plaideurs¹⁵⁶⁵.

Toujours est-il que, contrairement à l'action en concurrence déloyale, l'action en parasitisme ne suppose pas la démonstration d'un risque de confusion¹⁵⁶⁶. Nous estimons qu'en réalité, la principale différence réside dans la fonction poursuivie par l'action en parasitisme. En effet, tandis que l'action en concurrence déloyale poursuit une « *fonction sanctionnatrice avec ses effets de réservation* », l'action en parasitisme, quant à elle, suit une « *fonction principale de réservation avec des effets de sanction* »¹⁵⁶⁷.

Une telle action semble actuellement connaître un regain d'intérêt auprès des plaideurs¹⁵⁶⁸. La recrudescence de cet intérêt s'explique pour deux raisons principalement. D'une part, l'action en parasitisme est ouverte aux non-commerçants que ces derniers soient professionnels ou non professionnels¹⁵⁶⁹. D'autre part, à l'instar de l'action en concurrence

1562CA Paris, 21 octobre 2015, n° 13/08861 : JurisData n° 2015-035000

1563Cass. com., 12 février 2008, n° 06-17.501, Bull. civ. 2008, IV, n° 32 ; JurisData n° 2008-042743 ; D. 2008, Actu. 610, obs. CHEVRIER E. ; D. 2008, p. 2573, obs. PICOD Y. ; Comm. com. électr. 2008, comm. 63, obs. CARON C. ; Contrats, conc. consom. 2008, comm. 103, obs. MALAURIE-VIGNAL M. – V. ég. Cass. com., 27 janvier 2009, n° 07-15.971 ; JurisData n° 2009-046794 ; D. 2009, p. 1446, note Y. P. ; Contrats, conc. consom. 2009, comm. 78, note MALAURIE-VIGNAL M. – Cass. com., 25 mars 2014, n° 13-13.704 ; JurisData n° 2014-006009 ; AJCA 2014, 134, obs. PICOD Y. ; Cass. com. 3 mai 2016, n° 14-24.905 ; JurisData n° 2016-008622 ; D. 2016, p. 2490, obs. PICOD Y.

1564PICOD Y., note sous Cass. com., 27 janvier 2009, n° 07-15.971, D. 2009, p. 1441 – V. ég. BINCTIN N., *op. cit.*, n° 791 : pour qui, le parasitisme est une « forme aggravée » de l'acte de concurrence déloyale.

1565V. par ex. Cass. com., 10 mai 2006, n° 04-15.612 ; JurisData n° 2006-033572 ; PIBD 2006, n° 934, III, p. 515 ; Cass. com. 27 avril 2011, n° 10-15.649

1566Cass. 1^{re} civ., 22 juin 2017, n° 16-16.799 : « *l'action en responsabilité pour agissements parasitaires est ouverte à celui qui ne peut se prévaloir de droits privatifs et que son succès ne suppose pas l'établissement d'un risque de confusion* » – Cass. com., 27 janvier 2021, n° 18-20.702 ; D. 2021, Pan. 2209, obs. PICOD Y. ; Gaz. Pal. n° 15, 20 avril 2021, obs. JACQUEMIN Z.

1567MOUSSERON J.-M., RAYNARD J. et REVET T., *De la propriété comme modèle*, in Mélanges offerts à André Colomer, Paris (France), Litec, 1993, p. 281

1568KAHN A.-E., *Un an de droit de la mode*, Comm. com. électr., septembre 2016, n° 9, chron. 10 – V. ég. LARRIEU J., *Les territoires disputés de la concurrence déloyale et de la propriété intellectuelle*, in La propriété intellectuelle dans les droits du marché et de la rivalité concurrentielle (sous-dir. Jean-Michel Bruguière), Dalloz, Paris, coll. Thèmes & commentaires, 16 novembre 2016, p. 105

1569Ainsi, l'action en parasitisme peut être intentée par un écrivain (CA Paris, pôle 5, ch. 2, 18 juin 2010, RG n° 09/00617 – TGI Lille 12 février 2015, RG n° 14/00062, LEPI 2015, comm. 51, LEBOIS A.), par un étudiant (Cass. com., 31 mars 2015, n° 14-12.391 ; JurisData n° 2015-007287 ; D. 2015, p. 2535, obs. PICOD Y. ;

déloyale¹⁵⁷⁰, cette action suppose uniquement la démonstration d'une faute commise par une personne au préjudice d'une autre, le préjudice s'inférant des actes de parasitisme¹⁵⁷¹. Une telle action pourra donc être davantage invoquée afin de venir sanctionner l'atteinte portée à la valeur que représentent les données numériques. Le parasitisme est ainsi employé comme un « *succédané du droit de la propriété intellectuelle* »¹⁵⁷².

227. **Une action visant à sanctionner la paresse dans la reprise d'une valeur** – La théorie du parasitisme économique dont l'initiateur en France fut Yves SAINT-GAL¹⁵⁷³, « *sanctionne civilement l'entreprise profitant indûment des efforts intellectuels d'autrui, en matière de signes distinctifs, de produits ou de renseignements secrets* »¹⁵⁷⁴. Le Professeur Philippe LE TOURNEAU, quant à lui, a défini les agissements parasitaires comme suit : « *quiconque, à titre lucratif et de façon injustifiée, s'inspire sensiblement ou copie sans nécessité absolue une valeur économique d'autrui, individualisée, apportant une valeur ajoutée et procurant un avantage concurrentiel, fruit d'un effort intellectuel et d'investissements, commet un acte parasitaire fautif* »¹⁵⁷⁵. Cette définition met l'accent sur la fonction principale de l'action en parasitisme, celle de réservation d'une valeur.

Du côté de la jurisprudence, celle-ci a consacré dès 1962 cette action en parasitisme¹⁵⁷⁶. Il en existe plusieurs définitions prétoriennes. Cependant, si une définition doit

RLDI 2016, n° 3893, note KIMINOU R. ; Propr. industr. 2015, comm. 45, note TRÉFIGNY P.), voire par une association (CA Paris, pôle 5, ch. 2, 30 mars 2018, RG n° 17/07421 ; JurisData n° 2018-00494 ; Propr. industr. 2018, comm. 54, TRÉFIGNY P. – Cass. com., 16 février 2022, n° 20-13.542, JurisData n° 2022-002163 ; Propr. industr. 2022, comm. 33, obs. LARRIEU J. – CA Aix-en-Provence, ch. 3, sect. 1, 8 septembre 2022, RG n° 19/02611 ; Propr. industr. 2022, comm. 61, obs. LARRIEU J.).

1570Cass. com., 12 mai 2021, n° 19-17.942 ; Cass. com., 16 février 2022, n° 20-13.542, : JurisData n° 2022-002163 ; Propr. industr. 2022, comm. 33, note LARRIEU J.

1571Cass. com., 12 février 2020, n° 17-31.614 ; D. 2020. Pan. 2428, obs. PICOD Y. ; D. 2020. 1086, note BORGHETTI J.-S. ; RTD Civ. 2020. 401, obs. JOURDAIN J. ; RTD Civ. 2020. 391, obs. Barbier H. ; Contrats, conc. consom., 2020, comm. 62, obs. MALAURIE-VIGNAL M. – Cass. com., 17 mars 2021, n° 19-10.414

1572Association des praticiens du droit des marques et des modèles (APRAM), *Parasitisme et concurrence déloyales, succédanés de la PI en droit comparé*, Paris, 2 juillet 2021

1573SAINT-GAL Y., *Concurrence déloyale et concurrence parasitaire, ou agissements parasitaires*, RIPIA, 1956, p. 19 ; Par la suite, d'autres auteurs ont soutenu cette théorie du parasitisme notamment les Professeurs Philippe LE TOURNEAU (LE TOURNEAU P., *Le parasitisme*, Litec, Paris, 1998, 280 p. ; *id.*, *Le parasitisme dans tous ses états*, D., 1 décembre 1993, n° 42, p. 310 et s.), Jean-Jacques BURST (BURST J.-J., *Concurrence déloyale et parasitisme*, Dalloz, Paris, 1^{er} février 1993, 212 p.), Xavier DESJEUX (DESJEUX X., *Le droit de la responsabilité civile comme limite au principe de la liberté du commerce et de l'industrie*, JCP E., 1985, II, 14490).

1574GARINOT J.-M., *Le secret des affaires*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Bourgogne, 2011, L.G.D.J., 2013, coll. Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, préf. É. Loquin, n° 257, p. 9, n° 15

1575LE TOURNEAU P., *op. cit.*, n° 352 – V. ég. *Id.*, *Des mérites et des vertus de la responsabilité civile*, Gaz. Pal., 1985. 1, doct. p. 283

1576La jurisprudence a appliqué la théorie des agissements parasitaires pour la première fois, sans toutefois faire référence expresse à l'expression, dans l'arrêt *Pontic* en date du 8 décembre 1962 (CA Paris, 8 décembre 1962, D. 1963, jur. p. 406, note DESBOIS H. ; Ann. propr. ind. 1963, p. 147, obs. DUSOLIER R.) décision

être qualifiée « *de référence* »¹⁵⁷⁷, c'est celle issue de la décision du 26 janvier 1999 de la chambre commerciale de la Cour de cassation. Le parasitisme y est défini comme « *l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire* »¹⁵⁷⁸. De même, il a été jugé que le parasitisme « *est caractérisé par la circonstance selon laquelle, à titre lucratif et de façon injustifiée, une personne morale ou physique s'inspire ou copie une valeur économique d'autrui, individualisée et procurant un avantage concurrentiel, fruit d'un savoir-faire, d'un travail intellectuel et d'investissements* »¹⁵⁷⁹. La jurisprudence retient une définition large et compréhensible du parasitisme. Ainsi, par exemple, des magistrats ont pu retenir la qualification de parasitisme en cas de copie servile d'un bien informationnel tombé dans le domaine public¹⁵⁸⁰.

Finalement, Le parasitisme est solidement ancré tant en doctrine qu'en jurisprudence. Nous pouvons le décrire par une métaphore biologique comme l'avait fait la Cour d'appel de Paris dans son arrêt en date du 18 mai 1989 : le parasitisme économique « *à l'instar du parasitisme observé dans le règne végétal ou animal, s'analyse en une prise de la substance de l'autre ainsi appauvri et parfois même conduit au dépérissement* »¹⁵⁸¹. L'action en parasitisme sanctionne la paresse¹⁵⁸² de la personne qui, sans aucun effort, se contente de s'immiscer dans le sillage d'autrui. Autrement dit, cette action réprime les « *passagers clandestins* »¹⁵⁸³. Or, il y a, concrètement, une multitude de manières de s'immiscer dans le

qualifiée de « *fondeur* » par le Professeur Philippe LE TOURNEAU (Dalloz, 1993, chr. p. 311). Par la suite, ce raisonnement s'est trouvé dans l'affaire *Mazda* (TGI Paris, 25 octobre 1969 ; Ann. propr. ind. 1971, p. 1, note DUSOLIER R. ; RIPIA 1997, p. 188 ; DESBOIS H., *La protection des marques notoires ou de haute renommée en l'absence d'un risque de confusion ; à propos de l'affaire « Mazda »*, in Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian, tome 2 Droit de la propriété industrielle, Litec, Paris, 1974, p. 13 et s.).

1577CHAGNY M., BERLEMONT J. (sous-dir.), *Le Lamy droit économique*, Lamy, 2021, n° 3515

1578Cass. com. 26 janvier 1999, n° 96-22.457 ; JurisData n° 1999-000470 ; D. affaires 1999, 508, obs. EMERY C. ; D. 2000, 87, note SERRA Y.

1579Cass. com., 19 janvier 2010, n°s 08-15.338, 08-16.459, 08-16.469 ; JurisData n° 2010-051290 ; PIBD 2010, n° 915, III, p. 220 ; Comm. com. électr. 2010, comm. 32, CARON C. ; Contrats, conc. consom. 2010, comm. 101, note MALAURIE-VIGNAL M. – V. ég. CA Paris, 10 janvier 2007, n° RG 05/22999 ; CA Paris, 15 novembre 2006, n° RG 05/18422, PIBD 2007, III, p. 54 – CA Paris, 14 juin 2006, n° RG 05/08030, PIB, 2006, III, p. 639 ; Cass. com., 4 février 2014, n° 13-11.044 ; Contrats, conc. consom., 2014, comm. 90, obs. MALAURIE-VIGNAL M. ; T. com. Paris, 20 septembre 2021, n° 2018026040

1580Cass. com., 22 octobre 2002, n° 00-12.914, Bull. civ. IV, n° 152 ; JurisData n° 2002-015991 ; D. 2002, p. 3142, obs. CHEVRIER E. ; JCP G 2003, 1038, note MAINGUY D. ; Contrats, conc. consom. 2003, comm. 8, note MALAURIE-VIGNAL M. – Autre exemple de condamnation au titre copie servile : CA Toulouse, ch. 2, 4 mars 2020, n° 17/01448, SAS FB Procédés c/ SARL Biotrade ; JurisData n° 2020-003113 ; Propr. industr. 2020, chron. 9, LARRIEU J. – CA Toulouse, 2^e ch., 29 janvier 2020, RG n° 18/00487 ; JurisData n° : 2020-001265 ; Prop. industr., octobre 2020, n° 10, chron. 9, LARRIEU J.

1581CA Paris, 18 mai 1989, D. 1990, p. 340, note CADIET L. – V. ég. FRISON-ROCHE M.-A., *Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme*, RJDA, juin 1994, n° 6, spéc. p. 485

1582MALAURIE-VIGNAL M. *Pas de concurrence déloyale entre Auchan et Maisons de monde mais la possibilité d'un parasitisme*, Contrats, conc. consom., mars 2022, n° 3

1583LE TOURNEAU P., *Exploitation et défense de la marque La contribution du parasitisme à la défense de la marque*, Dr. & Patr., 1^{er} octobre 1999, n° 75

sillage d'un autre¹⁵⁸⁴. L'action se révèle suffisamment malléable pour accueillir les données numériques en son sein.

Néanmoins, l'engagement de l'action en parasitisme est soumis à la réunion de conditions. Il convient alors de vérifier si ces conditions pourront être réunies dans l'hypothèse d'une reprise de données numériques.

228. La donnée, une valeur économique individualisée – La première condition de l'action en parasitisme tient dans l'élément « *usurpé* ». En effet, tout comportement parasitaire n'est pas constitutif *de facto* d'une faute. C'est la reprise d'une valeur économique, individualisée et procurant un avantage concurrentiel qui est sanctionnée. Une telle valeur peut relever d'un travail intellectuel ou d'une notoriété¹⁵⁸⁵. Cette notion est suffisamment large pour servir à protéger « *tous les moyens techniques d'exploitation d'une activité commerciale* »¹⁵⁸⁶. Néanmoins, ce qui est donc protégé n'est pas l'investissement tel quel, mais la valeur individualisée¹⁵⁸⁷ qualifiée, c'est-à-dire un investissement « *apportant une valeur ajoutée et constituant un avantage concurrentiel* »¹⁵⁸⁸. Ainsi, le parasitisme protège l'investisseur. Une telle observation peut se justifier au regard de l'analyse économique du droit. En effet, « *si l'économie de la responsabilité civile vise à décourager le dommage injustifié, toute atteinte à ce qui appartient à autrui et a une valeur pour lui devrait en principe engager la responsabilité de son auteur et donner à la victime le droit de demander à être indemnisée. La responsabilité, aux yeux de l'économiste, internalise une externalité et fait ainsi assumer à chacun le coût intégral de ses actions* »¹⁵⁸⁹.

Au regard de cette première condition, nous sommes du même avis que le Professeur Jacques LARRIEU. Ce dernier estime, à juste titre, que « *si des investissements, même importants, se sont révélés infructueux, aucune richesse n'a été créée et il n'y a pas de place*

1584V. en ce sens : VIVANT M., *La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle*, Revue Internationale de Droit Économique, 2006, p. 376, n° 13.1

1585V. dans ce sens : FRISON-ROCHE M.-A. et RODA J.-C., *Droit de la concurrence*, Dalloz, Paris,, 2^e éd., 2022, p. 761, n° 956

1586LE TOURNEAU P., *Le parasitisme dans tous ses états*, D., 1993, p. 310 et s.

1587Cass. com., 10 février 2021, n° 18-21.238 ; JurisData n° 2021-001837 ; ; Cass. com., 27 janvier 2009, n° 08-10.991 ; JurisData n° 2009- 046796 ; PIBD 2009. III, p. 982 ; D. 2009, p. 1446, PICOD Y. ; Contrats, conc. consom. 2009, comm. 79, M. MALAURIE-VIGNAL M. ; Propr. industr. 2009, comm. 29, LARRIEU J. – Cass. com., 5 juillet 2016, n° 14-17.783 ; JurisData n° 2016-014259 ; Contrats, conc. consom. 2016, comm. 208, note MALAURIE-VIGNAL M. : Cass. com., 26 juin 2024, n°s 22-17647 et 22-21497

1588LE TOURNEAU P., *Notion de parasitisme*, JurisClasseur Concurrence – Consommation, Fasc. 570, 6 août 2020, n° 93

1589MACKAAY E., ROUSSEAU S., LAROCHE P. et al., *Analyse économique du droit*, Dalloz, Paris, coll. Méthodes du droit, mai 2021, 3^e éd., p. 347, n° 1028 – V. ég. BERGE J.-S., *La responsabilité professionnelle du fait personnel : de la déloyauté au parasitisme*, LPA, 11 juillet 2001, n° 137, p. 78 et s.

pour une action en parasitaire »¹⁵⁹⁰. C'est l'idée que l'objet banal, sans aucune valeur, ne pourrait pas être protégé par l'action en parasitisme¹⁵⁹¹. Cette idée se comprend parfaitement. L'action en parasitisme entend, effectivement, protéger l'effort accompli par le parasité tout en incitant les autres qui s'y refusent, à en faire de même¹⁵⁹². Ainsi, il ressort de la jurisprudence que la reproduction d'un élément appartenant au domaine public n'était pas en soi illicite¹⁵⁹³, de même que la reprise d'une simple idée ou concept¹⁵⁹⁴.

Pour pouvoir engager la responsabilité extracontractuelle de l'« *usurpateur* », la victime devra donc apporter la preuve qu'un tiers a profité de la valeur économique qu'il a créée en se plaçant dans son sillage. Ainsi, par exemple, a été sanctionnée au titre du parasitisme, la reprise d'études statistiques par un organe de presse, ce dernier ne pouvant invoquer, pour échapper à sa responsabilité, qu'il ignorait le caractère confidentialité des éléments statistiques dès lors que, spécialiste des questions audiovisuelles, il ne pouvait méconnaître les modalités de réalisation de ces sondages, leurs coûts, et les conditions d'accès à ceux-ci¹⁵⁹⁵. Ici, la valeur individualisée correspondait au fruit du savoir-faire dans la conception des méthodes de sondages. De même, a été sanctionnée la reprise par un ancien

1590 LARRIEU J., *Les territoires disputés de la concurrence déloyale et de la propriété intellectuelle*, in La propriété intellectuelle dans les droits du marché et de la rivalité concurrentielle (sous-dir. Jean-Michel Bruguière, Dalloz, Paris, coll. Thèmes & commentaires, 16 novembre 2016, p. 108

1591 V. en ce sens : Cass. com., 26 juin 2024, n° 23-13535 – V. LE TOURNEAU P., *op. cit.*, n° 50

1592 IZORCHE M.-L., *op. cit.*, p. 17 et s.

1593 En ce sens, v. DESBOIS H., *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, Paris, 1978, 3^e éd., p. 25, n° 19 : cet éminent auteur affirmait sans ambage en 1978 que « l'action en concurrence déloyale ne permet pas de réintégrer dans l'orbite du monopole une œuvre du domaine public ni de permettre l'appropriation des éléments d'une œuvre, tels que les idées, qui sont de libre parcours » ; V. ég. LE TOURNEAU P., *op. cit.*, n° 50 – V. par ex. CA Paris, 1^{re} ch., 18 octobre 2000, *Sté Kirkbi c/ Sté. Maniwaki Ventures Europe*, D. 2001.jur. 850, note PASSA J. ; Cass. com., 29 janvier 2002, n° 99-21.396

1594 Cass. 1^{er} civ., 22 juin 2017, n° 14-20.310 ; JurisData n° 2017-012364 ; D. 2017, p. 597, obs. LECOURT A. ; RTD Com. 2017, p. 885, note POLLAUD-DULIAN F. ; Contrats, conc. consom. 2017, comm. 197, obs. MALAURIE-VIGNAL M. ; Cass. com., 18 octobre 2016, n° 14-23.586 ; Cass. com., 17 juillet 2001, n° 99-17.819 ; JurisData n° 2001-011052 ; PIBD 2001. III. 549 ; Cass. com., 16 janvier 2001, n° 99-11.045, Bull. civ. 2001, IV, n° 13, p. 9 ; JurisData n° 2001-007775 ; Contrats, conc. consom., 2001. Comm. 43, note MALAURIE-VIGNAL M. ; Cass. com. 18 juin 2002, n° 00-15.857, PIBD 2003, III, p. 24 – CA Rennes, 3^e ch. com., 17 janvier 2017, n° RG 16/02144 ; JurisData n° 2017-008040 ; CA Versailles, 12^e ch., 20 juin 2017, n° RG 16/01254 – Ces solutions doivent être approuvées dans la mesure où elles illustrent que certaines valeurs économiques ne sont pas dignes de protection telles que de simples idées et que ce n'est qu'exceptionnellement, et au regard des circonstances que certaines idées, concepts peuvent être protégés au titre de la concurrence déloyale et du parasitisme. Ainsi, peuvent être protégés au titre du parasitisme les concepts dès lors que ces derniers sont « *suffisamment distinctifs* » (Cass. com., 16 février 2016, n° 13-28.448, JCP E 2017. 1418, obs. BALLOT-LÉNA A. et DECOCQ G.), ou « *innovant[s]* » (Cass. com., 31 mars 2015, n° 14-12.391 ; JurisData n° 2015-007287 ; D. 2015, p. 2535, obs. PICOD Y. ; RLDI 2016, n° 3893, note KIMINOU R. ; Propr. industr. 2015, comm. 45, note TRÉFIGNY P.), voire lorsqu'ils sont originaux (Cass. com., 31 mars 2015, n° 14-12.391 ; JurisData n° 2015-007287 ; D. 2015, p. 2535, obs. PICOD Y. ; Propr. industr. 2015, comm. 49, obs. LARRIEU J. ; RLDI 2016, n° 3893, note KIMINOU R.).

1595 CA Paris, 22 mai 1990, D. 1990, p. 175 – Dans le même sens, v. Cass. Réc., 23 mai 1900, *Alcan-Lévy c. Agence Havas*, D., I, 1902, p. 405 ; CA Paris, 25 mars 1982, D. 1983, obs. COLOMBET C. ; TGI Paris, 14 septembre 1994, RIDA, juillet 1995, p. 353, obs. KÉRÉVER A.

cocontractant des fonctionnalités d'un logiciel¹⁵⁹⁶ bien que ces fonctionnalités ne puissent pas bénéficier, en tant que telles, de la protection au titre du droit d'auteur¹⁵⁹⁷. Pareillement, la Cour de cassation a pu estimer dans un arrêt en date du 31 mars 2015 qu'était constitutif d'acte de parasitisme, la reprise d'un concept original développé par un étudiant dans la mesure où ce concept, présentant un caractère novateur, n'était pas une simple idée générique, et constituait une réelle valeur économique¹⁵⁹⁸. À l'inverse, dans un arrêt en date du 22 juin 2017¹⁵⁹⁹, la Haute juridiction a rappelé au visa de l'article 1240 du Code civil et du principe de la liberté du commerce et de l'industrie que « *les idées étant de libre parcours, le seul fait de reprendre, en le déclinant, un concept mis en œuvre par un concurrent ne constitue pas un acte de parasitisme* ».

Pour ce qui nous concerne, les données numériques et notamment celles créées par une entreprise pour son activité commerciale peuvent relever de cette notion de valeur économique. En d'autres termes, le détenteur des données devra apporter la preuve d'une part, de l'existence d'une « *valeur économique digne de protection* » et d'autre part, qu'il « *entretien[t] un lien particulier avec celle-ci rendant légitime sa demande visant à s'opposer à l'usage qu'en a fait le prétendu parasite* »¹⁶⁰⁰. Le parasitisme protégeant une valeur peut tout aussi bien s'appliquer à l'égard des données au niveau syntaxique qu'au niveau sémantique. En effet, le contenu informationnel pourra être protégé sous condition, toutefois, d'être innovant, original, comme l'illustre la jurisprudence qui s'est développée par rapport au concept¹⁶⁰¹. La preuve de la valeur économique pourra résulter des investissements consentis par le détenteur dans la création des données présentant une utilité importante pour le marché. À l'inverse, si les données « *constituent pour l'essentiel des éléments connus et banals et au surplus, dépourvus de toute valeur économique* »¹⁶⁰², alors l'action en parasitisme a peu de

1596Cass. 1^{re} civ., 13 décembre 2005, n° 03-21.154, Bull. civ. I, n° 499 ; Juris-Data, no 2005-031257 ; RTD com. 2006, p. 79, obs. POLLAUD-DULIAN F. ; JCP E 2006, 1895, obs. VIVANT M., MALLET-POUJOL N. et BRUGUIÈRE J.-M., JCP E 2006, 2178, obs. SARDAIN F. ; Comm. com. électr. 2006, comm. 18, note CARON C. ; RLDI 2006/12, n° 343, obs. COSTES L. ; Propr. industr. 2006, comm. 27, note SCHMIDT-SZALEWSKI J.

1597Il est effectivement de jurisprudence constante que les fonctionnalités d'un logiciel ainsi que le concept sous-tendant celui-ci sont exclus de la protection au titre du droit d'auteur dans la mesure où ils relèvent des idées. V. en ce sens : cons. 11 de la directive 2009/24/CE du 23 avril 2009.

1598Cass. com., 31 mars 2015, n° 14-12.391 ; JurisData n° 2015-007287 ; D. 2015, p. 2535, obs. PICOD Y. ; RLDI 2016, n° 3893, note KIMINOU R. ; Propr. industr. 2015, comm. 45, note TRÉFIGNY P.

1599Cass. 1^{re} civ., 22 juin 2017, n° 14-20.310 ; JurisData n° 2017-012364 ; D. 2017, p. 1359 ; RTD Com. 2017. 885, obs. POLLAUD-DULIAN F. ; Dalloz IP/IT, 2017, p. 597, obs. LECOURT A. ; Légipresse 2017, p. 366 ; Contrats, conc. consom. 2017, comm. 197, obs. MALAURIE-VIGNAL M.

1600DECOCQ G., *Est-ce que la reprise d'une idée est un acte parasitaire ?*, JCP G., 4 décembre 2017, n° 49, p. 2212 – V. dans le même sens : SIIRIAINEN F., *op. cit.*, p. 142 ; LE MOAL R., *Concurrence déloyale*, J.-Cl. Concurrence et consommation, Fasc. 180, n° 14

1601Cass. com., 31 mars 2015, n° 14-12.391 ; JurisData n° 2015-007287 ; D. 2015, p. 2535, obs. PICOD Y. ; RLDI 2016, n° 3893, note KIMINOU R. ; Propr. industr. 2015, comm. 45, note TRÉFIGNY P.

1602TGI Lille 12 février 2015, RG n° 14/00062, LEPI 2015, comm. 51, LEBOIS A.

chance de réussir, faute de valeur économique à protéger. Ainsi, cette exigence a, pour conséquence, en théorie, d'écarter tout risque d'émergence d'une « *méta-propriété* » des données brutes relevant du domaine public¹⁶⁰³.

229. L'intention de « l'usurpateur » de se placer dans le sillage du détenteur de données – Pour que l'action en parasitisme soit accueillie encore faut-il que le détenteur des données numériques ait apporté la preuve de l'intention de l'« *usurpateur* » de se placer dans son sillage¹⁶⁰⁴, une telle preuve résultant d'un faisceau d'indices¹⁶⁰⁵. Cela exclut, par conséquent, la possibilité d'engager une telle action en présence d'une simple faute de négligence ou d'imprudence. Autrement dit, le simple fait de copier un produit n'est pas suffisant à caractériser un acte de parasitisme¹⁶⁰⁶.

En outre, l'« *usurpateur* » doit, de façon injustifiée, et à titre lucratif, s'inspirer sensiblement ou copier cette valeur économique d'autrui sans qu'il y ait eu une nécessité absolue. Par ailleurs, il ressort de la jurisprudence l'idée que le fait d'avoir, pour l'« *usurpateur* », engagé des frais permet d'exclure sa responsabilité¹⁶⁰⁷. Cependant, comme l'a souligné à juste titre la Professeure Marie MALAURIE-VIGNAL, « *il ne suffit pas, pour écarter tout parasitisme, que le défendeur prouve qu'il a engagé des frais si ces frais ne traduisent pas un effort créatif de sa part, ou à tout le moins un effort pour se singulariser* »¹⁶⁰⁸. Nous retrouvons, ainsi, l'idée véhiculée par le parasitisme d'inciter les tiers à engager un effort intellectuel et des investissements dans la création¹⁶⁰⁹.

1603DURRANDE S., *Les rapports entre contrefaçon et concurrence déloyale*, D. 1984, chron., p. 190

1604V. par ex. Cass. com., 5 juin 2022, n° 19-23.701 ; JurisData n° 2022-000498 ; CA Paris, Pôle 5, ch. 2, 26 novembre 2021, n° RG 19/18575 – V. ég. MALAURIE-VIGNAL M. et AZARD V., *Concurrence déloyale, parasitisme et mode*, Propr. industr. 2014, étude 13

1605V. par ex. Cass. com., 12 juin 2012, n° 11-19.373 : dans cette espèce, la Cour de cassation rappelle qu'« *à la différence de la concurrence déloyale, qui ne saurait résulter d'un faisceau de présomptions, le parasitisme, qui consiste, pour un opérateur économique, à se placer dans le sillage d'une entreprise en profitant indûment de la notoriété acquise ou des investissements consentis, résulte d'un ensemble d'éléments appréhendés dans leur globalité* » – Cass. com., 4 février 2014, n° 13-11.044

1606V. en ce sens : Cass. 1^{re} civ., 4 février 2014, n° 13-10.039 ; JurisData n° 2014-001819 ; Contrats, conc. consom. 2014, comm. 114, obs. MALAURIE-VIGNAL M.

1607V. *contra* CA Paris, 18 mai 1989, D. 1990. p. 340, note CADIET L. : dans cette décision, les juges d'appel précisent que « *ce procédé est inadmissible quand bien même, après la phase d'imitation servile ou quasi servile, le parasite a libéré sa créativité pour prévenir le grief de recherche de confusion grâce à des modifications de l'œuvre imitante au demeurant point trop coûteuses pour réduire à rien les économies procurées par le plagiat et de plus suffisamment limitées pour que soit conservée une ressemblance d'ensemble maintenant le produit dans le sillage du succès obtenu par le concurrent ; que le jeu de la libre concurrence s'en trouve faussé* » – V. ég. Cass. com., 4 mai 2012, n° 11-18.077 ; Propr. industr., septembre 2012, n° 9, chron. 8, LARRIEU J.

1608MALAURIE-VIGNAL M. *Pas de concurrence déloyale entre Auchan et Maisons de monde mais la possibilité d'un parasitisme*, Contrats, conc. consom., mars 2022, n° 3 – V. en ce sens : CA Paris, 21 octobre 2015, n° 13/08861 ; JurisData n° 2015-035000

1609V. par ex. Cass. com., 4 mai 2012, n° 11-18.077 ; Propr. industr., septembre 2012, n° 9, chron. 8, LARRIEU J. : la Cour de cassation considère que « *si cette société s'est incontestablement inspirée des briques commercialisées par la société Lego, c'est pour créer un produit qui lui est propre, que la transposition de*

Ainsi, en guise d'illustration dans l'environnement numérique, nous pouvons relever un jugement du Tribunal de commerce de Paris en date du 28 septembre 2015¹⁶¹⁰. Dans cette affaire, une société spécialisée dans la communication sonore proposait par le biais de son site internet des prestations à destination des petites et moyennes entreprises. Ayant constaté qu'une société s'était fortement inspirée de ses conditions générales de vente de son site Internet, elle l'avait assignée sur le fondement du parasitisme. Pour se défendre, la société défenderesse soutenait que le site Internet du demandeur n'était « *ni original ni précurseur et que selon la jurisprudence l'imitation ou la reproduction sont licites, et le comportement parasitaire non établi lorsque l'objet imité est banal* ». Elle estimait également que « *le contenu des conditions générales de vente s'articule toujours autour de formules conventionnelles reprises sur les sites internet marchands et les conditions générales* [de la société défenderesse] *ne comportent que quelques similitudes avec celles* [de la demanderesse] ». Les juges consulaires ont, toutefois, retenu l'existence d'agissements parasitaires. Au soutien de son action, la demanderesse avait justifié d'avoir réalisé des investissements importants, notamment pour la réalisation de son site Internet. À l'inverse, la société défenderesse n'apportait pas la preuve d'avoir entrepris des investissements analogues. Le Tribunal de commerce en conclut qu'« *en s'inspirant de la valeur économique créée par [la demanderesse], création de site et conditions générales, [la société défenderesse] s'est rendu[e] coupable d'acte de concurrence parasitaire, engageant sa responsabilité* ». Notons que l'argument développé par la défenderesse en l'espèce quant à l'originalité du site Internet ne pouvait prospérer dans la mesure où, à la différence du droit d'auteur, l'originalité n'est pas une condition de l'action en concurrence déloyale ou en parasitisme¹⁶¹¹.

l'univers du jouet à celui du meuble ne relève pas du savoir-faire de la fabrication de jouets adaptés aux enfants mais d'efforts et d'investissements particuliers compte tenu des contraintes spécifiques en matière d'ameublement et que la société Lunatic a mis en œuvre des moyens importants pour développer son produit, notamment en créant un système d'attache propre capable de supporter le poids de ces briques ».

1610T. com. Paris, 28 septembre 2015, 15^e ch., *Sound Strategy c/ Conception* (décision disponible [en ligne] : <https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-commerce-de-paris-15e-chambre-jugement-du-28-septembre-2015/> (consulté le 29/01/2023)), Prop. industr. 2015, comm. 83, obs. LARRIEU J. ; LEPI 2015, n° 181, LE CAM S.

1611T. com. Paris, 28 septembre 2015, 15^e ch., *Sound Strategy c/ Conception* : les juges consulaires précisent explicitement que « *l'existence sur le marché de sites ressemblant à celui de Sound Strategy ou de la banalité supposée de son concept ne sont pas de nature à démontrer l'absence de parasitisme* » – V. ég. par ex. Cass. com., 12 juin 2007, n° 05-17.349 ; JurisData n° 2007-039494 ; Prop. Ind. septembre 2007 n° 9 ; p. 25, § 73 ; D. 2008. p. 253, obs. PICOD Y. ; D. 2007. p. 1723, obs. CHEVRIER É. ; Contrats, conc. consom. 2007, comm. 248, note MALAURIE-VIGNAL M. – Dans le même sens, v. T. com. Paris, 15^e ch., 14 mars 2016 ; L'essentiel Droit de la propriété intellectuelle, 1^{er} mai 2016, n° 5, p. 7, note CHATRY S., RLDI, avril 2016, n° 3951 – CA Paris, pôle 5, ch. 2, 15 avril 2016, n° RG 14/05590, *Debonix France* : JurisData n° 2016-008230 ; L'essentiel Droit de la propriété intellectuelle 2016, p. 98, note CHATRY S. ; RLDI mai 2016, n° 126, n° 3976 – CA Paris, pôle 5, ch. 4, 7 octobre 2015, n° RG 11/03744 et 10/11257, *Netuneed c/ Charles R.* : Comm. com. électr. 2015, comm. 90, note LOISEAU G.

2. La maîtrise renforcée des données par la concurrence déloyale et parasitaire

230. **La concurrence déloyale et parasitaire, un réel mécanisme de réservation** – Comme l'avait estimé le Professeur Thierry REVET, dans l'hypothèse de la concurrence déloyale et parasitaire, ces « *droits à structure personnelle* » conduisent à une réelle « *maîtrise de type privatif* »¹⁶¹². Aussi, cette action en concurrence déloyale et parasitaire pourrait-elle s'apparenter davantage à une action en revendication que connaît le droit des biens¹⁶¹³ avec, toutefois, une intensité moindre¹⁶¹⁴. Nous pouvons, finalement, l'analyser, comme une « *para-revendication* »¹⁶¹⁵. Une telle analyse conduit, de nouveau, à nous interroger sur la question de savoir si l'action en responsabilité, en raison de l'« *imitation des effets de l'appropriation* »¹⁶¹⁶, ne tend pas à « *tenir lieu de substitut au droit intellectuel* »¹⁶¹⁷. Cela explique l'utilisation du vocable employé par les plaideurs et les juges faisant référence au droit de propriété tel que le terme d'« *appropriation* »¹⁶¹⁸. De plus, le Professeur Antoine PIROVANO avait considéré que « *la recherche d'un droit exclusif sur certaines valeurs économiques [était] une voie ouverte précisément par la notion de parasitisme* »¹⁶¹⁹.

1612REVET T., *La force de travail : Étude juridique*, Litec, Paris, 1992, n° 572 – V. dans le même sens, : MOUSSERON J.-M., RAYNARD J. et REVET T., *De la propriété comme modèle*, in Mélanges offerts à André Colomer, Litec, Paris, 1993, p. 281-295, p. 295

1613L'action en revendication poursuit deux finalités, d'une part faire reconnaître le droit de propriété et d'autre part, demander la restitution (LIENHARD A., *Procédure collectives 2020-2021*, Dalmas, Paris, coll. Encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, 27 mai 2020, 9^e éd., p. 393, n° 103.71 – V. ég. LE CORRE-BROLY E., *La revendication des biens fongibles : mode d'emploi*, Gaz. Pal., 10 janvier 2017, n° 2, p. 49 et s.).

1614SIIRIAINEN F., *op. cit.*, p. 145

1615Nous utilisons le préfixe « *para* » provenant du grec *para* signifiant « à côté », « en marge de » afin de bien distinguer la revendication en droit des biens et celle qui résulte des effets de l'action en concurrence déloyale et parasitaires.

1616MOUSSERON J.-M., RAYNARD J. et REVET T., *op. cit.*, p. 299

1617MOUSSERON J.-M., *Responsabilité civile et droits intellectuels*, in Mélanges offerts à Albert Chavanne, droit pénal, propriété industrielle, Litec, Paris, 1990, p. 254

1618V. par ex. CA Agen, 16 décembre 1998 RG n° 1995/01959 : « *actes fautifs de parasitisme par appropriation d'éléments de création* », « *appropriation illicite du numéro d'homologation* » ; CA Toulouse, 8 janvier 2008, RG n° 06/04656 ; CA Lyon, 17 janvier 2008, RG n° 06/05902 : « *actes de parasitisme pour s'approprier les initiatives commerciales de la concluante* » ; CA Paris, 20 juin 2008, RG n° 06/18579 ; CA Paris, Pôle 5, ch. 2, 11 juin 2010, RG n° 08/05419 ; CA Paris, 27 novembre 2012, RG n° 2011/20489 ; TGI Paris, 11 septembre 2015, RG n° 2012/17173 : « *parasitisme par appropriation de l'image* » ; CA Pau, 2^e ch., sect. 1, 20 juillet 2022, RG n° 22/01048 : « *victime de parasitisme par appropriation de son savoir-faire* » ; CA Douai, ch. 2, sect. 2, 13 octobre 2022, RG n° 21/06209 : « *appropriation [...] de données confidentielles relatives à l'activité d'un concurrent* » ; CA Paris, Pôle 5, ch. 2, 16 décembre 2022, RG n° 21/21578 : « *s'approprier le terme "SORCIERE" ou l'univers de la magie en lien avec ce terme* » ; CA Montpellier, ch. com., 28 février 2023, RG n° 21/01909 : « *l'appropriation [...] du sondage* »

1619PIROVANO A., *Les transformations de l'ordre privé économique : l'exemple des réseaux de distribution sélective*, in Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Frison Roche éd., 10 juin 1999, p. 215

En matière de données numériques, la concurrence déloyale et parasitaire pourra ainsi être utilisée pour édifier un « monopole »¹⁶²⁰ sur les données. Ce monopole ne sera pas reconnu par le Législateur mais par le juge sur le fondement de la responsabilité civile extracontractuelle de droit commun. Mais ne serions-nous donc pas face à une « métapropriété »¹⁶²¹, voire à un quasi-droit réel¹⁶²² sur les données ? La Cour de justice n'a-t-elle pas reconnu implicitement cet effet de réservation dans sa décision du 14 décembre 2000 en assimilant la concurrence déloyale aux droits de propriété intellectuelle ? Les juges luxembourgeois ont, en effet, considéré, dans cette affaire, que la concurrence déloyale pouvait être qualifiée de « *droit de propriété intellectuelle* » « *au sens de l'article 50, paragraphe 1, du TRIPS* »¹⁶²³. Commentant la décision de la Cour de justice, le Professeur Christophe CARON estimait qu'une telle qualification était dangereuse dans la mesure où la concurrence déloyale pourrait bénéficier du régime des droits de la propriété intellectuelle¹⁶²⁴.

231. Un effet de réservation suscitant des critiques – Les actions en concurrence déloyale et parasitaire ont pu susciter de vives critiques de la part de la doctrine. Ce type de réservation crée un risque d'interférence avec le droit de la propriété intellectuelle. À cela, s'ajoute la crainte d'une instrumentalisation du droit de la responsabilité civile qui viserait à protéger tous les biens et actifs qui ne peuvent pas ou plus relever de la propriété intellectuelle. La responsabilité civile serait ainsi utilisée afin de contourner les exigences posées en droit de la propriété intellectuelle¹⁶²⁵. De même, la concurrence déloyale et parasitaire pourrait être employée pour reconstituer au profit du créateur d'un droit privatif conduisant à « *favoriser* » les intérêts privés aux dépens des intérêts publics¹⁶²⁶. Cette

1620V. VIVANT M., *La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle*, Revue Internationale de Droit Économique, 2006, p. 379, n° 13.2 : pour qui « *quand l'accès direct à l'information existante est juridiquement interdite et que la production ou la reconstitution de celle-ci l'est économique et/ou techniquement, il est justifié de parler de monopolisation de l'information* ».

1621VIVANT M., *An 2000 : l'information appropriée ?*, in Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst, Litec, Paris, juillet 1997, p. 651

1622CARBONNIER J., *Droit civil – Les biens*, PUF, Paris, coll. Themis droit privé, 8 janvier 2000, 19^e éd., p. 68, n° 38 : définissant le quasi-droit réel comme « *le pouvoir juridique qu'a une personne de retirer directement tout ou partie des utilités économiques d'une chose* ».

1623CJCE, 14 décembre 2000, aff. jointes C-300/98 et C-392/98, *Parfums Christian Dior SA contre TUK Consultancy BV et Assco Gerüste GmbH et Rob van Dijk contre Wilhelm Layher GmbH & Co. KG et Layher BV*, Rec. I-11307 ; PIBD 2001, n° 727, III-649 ; Comm. com. électr., 2001, comm. 96, note CARON C. ; spéc. pt. 62

1624Comm. com. électr., 2001, comm. 96, note CARON C

1625V. VIVANT M., *La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle*, Revue Internationale de Droit Économique, 2006, p. 375, n° 13

1626ROUBIER P., *Le droit de la propriété industrielle*, Tome I, Sirey, Paris, 1954, p. 313, n° 72 et Tome II, p. 396 ; BURST J.-J., *La reconstitution des « monopoles » de propriété industrielle par l'action en concurrence déloyale ou en responsabilité civile : mythe ou réalité ?*, in Mélanges dédiés à Paul Mathély, Paris, Litec, 1990, p. 100. ; LUCAS A., note sous CA Rouen, 13 janvier 1981, D., 1983, p. 53 ; FERNAND-JACQ, note sous CA Rennes, 10 février 1930, *Pinard et Fils c. Établissements J. Carnaud et Forges de*

instrumentalisation viendrait indéniablement perturber le régime de protection des droits de propriété intellectuelle¹⁶²⁷. Ne risquerions-nous pas, effectivement, de voir cette « métapropriété » « parasiter »¹⁶²⁸ voire phagocyter les droits de propriété intellectuelle ?

Or, le droit de la propriété intellectuelle tend à préserver un domaine de liberté d'utilisation au moyen notamment d'exclusions, d'exceptions. Ce domaine de liberté serait remis ainsi en cause par la protection octroyée par le biais de la concurrence déloyale et parasitaire¹⁶²⁹. En outre, étendre de manière excessive le domaine de la concurrence déloyale et parasitaire va à l'encontre de la cohérence juridique. En réalité, par les limitations, le Législateur a opéré une conciliation entre les intérêts privés et collectifs. Partant, l'idée qu'il existe un « *vide juridique* » qu'il convient de combler par la concurrence déloyale et parasitaire revient, en réalité, à contredire cet équilibre¹⁶³⁰. Admettre la réservation d'éléments relevant du domaine public conduirait inexorablement à réduire ce domaine comme peau de chagrin.

Nous comprenons alors les critiques faites par une grande partie de la doctrine à l'égard d'« *une interprétation très libérale* »¹⁶³¹ des conditions d'application de la concurrence déloyale et parasitaire¹⁶³². Une telle interprétation entraîne une extension du domaine de la concurrence déloyale et parasitaire impliquant « *une grande incertitude quant au domaine des créations protégeables* »¹⁶³³. La critique se fonde essentiellement sur le « *détournement* » de la responsabilité par la « *corruption* » de ses conditions traditionnelles. En d'autres termes, la principale dérive est l'utilisation de la responsabilité civile dans une logique de droit privatif. En effet, la responsabilité civile tendrait à conférer en partie une opposabilité *erga omnes*¹⁶³⁴ a

Basse-Indre et Salauin-Tanguy, Ann. 1930, p. 118 – V. ég. en droit belge : REMICHE B. et CASSIERS V., *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire*, Larcier, Bruxelles, 2010, p.696, n° 748 ; BUYDENS M., *La protection de la quasi-crédation*, Larcier, Bruxelles, 1993, p. 704

1627En ce sens : v. BUYDENS M., *op. cit.*, p. 706

1628HUILIER J., *Le parasitisme parasite-il la propriété intellectuelle ?*, Gaz. Pal., 8 novembre 2001, n° 312, p. 6 et s.

1629V. en ce sens : ASO T., *Marge de protection du droit de la propriété intellectuelle et droit de la responsabilité civile*, in *Mélanges en l'honneur de Michel Vivant*, Paris, Dalloz, coll. Étude, Mélanges, septembre 2020, p. 522

1630V. en ce sens : PASSA J., *Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique*, D., 2000, p. 297, n° 4

1631LARRIEU J., *Les territoires disputés de la concurrence déloyale et de la propriété intellectuelle*, in *La propriété intellectuelle dans les droits du marché et de la rivalité concurrentielle* (sous-dir. Jean-Michel Bruguière, Dalloz, Paris, coll. Thèmes & commentaires, 16 novembre 2016, p. 104

1632V. par ex. LUCAS A. note sous CA Rouen, 13 janvier 1981, Dalloz, jur. p. 53 ; DURRANDE S., *Les rapports entre contrefaçon et concurrence déloyale*, D. 1984, chr. p. 190 et s. ; SCHMIDT-SZALEWSKI J. et PIERRE J.-L., *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 1996, p. 13, n° 31 ; PASSA J., *op. cit.*, p. 297 ; HULLIER J., *op. cit.*, p. 6 et s. LARRIEU J., *op. cit.*, p. 102

1633AZÉMA J., *L'incidence des dérives du parasitisme sur le régime des droits de propriété industrielle (à propos de quelques décisions récentes)*, in *Études de Droit privé – Mélanges offerts à Paul Didier*, Economica, Paris, 25 janvier 2008, p. 8

1634LE TOURNEAU P. *Folles idées sur les idées*, Comm. com. électr., février 2001, n° 2, chron. 4, spéc. n° 35

posteriori, à une relation entre le détenteur et ses données qui ne relèvent pas d'un droit de la propriété intellectuelle. Ainsi, il existe une proximité quant aux résultats entre la sanction au titre de la contrefaçon et celle au titre de la concurrence déloyale. En effet, est sanctionnée, dans ces deux cas, l'utilisation faite d'une valeur d'autrui¹⁶³⁵.

232. **Les risques d'effet de réservation à tempérer** – Il convient, toutefois, de tempérer les risques de dérives de la concurrence déloyale et parasitaire¹⁶³⁶ et cela, pour deux raisons. D'une part, les théories de la concurrence déloyale et parasitaire sont soumises à des conditions « *qui l'empêchent de se transformer en brûlot destructeur de l'équilibre des relations juridiques* »¹⁶³⁷. Et d'autre part, les juges prennent en considération la nécessité de préserver, autant que faire se peut, le domaine public¹⁶³⁸. Par ailleurs, il convient de ne pas oublier qu'il y a toujours la possibilité d'engager la responsabilité du demandeur à l'action en concurrence déloyale et parasitaire sur le fondement classique de l'abus de droit d'ester en justice¹⁶³⁹. Outre l'engagement de la responsabilité civile, l'article 32-1 du Code de la procédure civile dispose en ce sens que « *celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 10 000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés* ». L'abus de droit est protéiforme¹⁶⁴⁰ et peut être caractérisé l'intention de nuire¹⁶⁴¹ ou la mauvaise foi¹⁶⁴². Ainsi, pourrait engager sa responsabilité civile, au titre de l'abus d'ester en justice, le détenteur de données numériques qui n'engage une action en concurrence déloyale et parasitaire pour des données relevant du domaine public. L'abus se caractérise, ici, par l'absence de chance sérieuse de réussir¹⁶⁴³ et

1635V. en ce sens : REVET T., *op. cit.*, n° 503 : pour qui, « *la responsabilité civile étant admise du seul fait de l'utilisation d'une valeur d'autrui, la démarche s'émancipe de la faute, pour ressortir à la contrefaçon. L'érection en faute de l'utilisation du produit du travail d'autrui suppose, en effet, que ce dernier dispose d'une sorte d'exclusivité, sur le produit de son travail* ».

1636V. CATALA P., *La propriété de l'information*, in *Le droit à l'épreuve du numérique*. Jus ex Machina, PUF, Paris, 1998, coll. Droit, Éthique, Société, p. 261, n° 34 ; LE TOURNEAU P., *Retour sur le parasitisme*, D. 2000, doctr., p. 405

1637LE TOURNEAU P., *Exploitation et défense de la marque La contribution du parasitisme à la défense de la marque*, Dr. & Patr., 1^{er} octobre 1999, n° 75

1638Cass. com., 24 janvier 1972, n° 70-11.878, Bull. civ. IV, n° 27, p. 25

1639Cette possibilité fut reconnue par la jurisprudence dès 1882 (Cass. civ., 14 août 1882 ; : DP 1883, 1, p. 255 ; S. 1883, 1, p. 145). Le droit d'ester en justice serait devenu selon Monsieur Guy COURTIEU, « *le domaine privilégié de la théorie de l'abus de droit* » (COURTIEU G., *Droit à réparation – Abus du droit d'agir en justice*, JurisClasseur Responsabilité civile et Assurances, Fasc. 131-30, 17 avril 2018 (mis à jour : 28 février 2022))

1640V. par ex. Cass. 2^e civ., 11 septembre 2008, n° 07-16.972 ; TJ Paris, JME, 20 novembre 2020, n° 19/10207

1641V. par ex. Cass. 2^e civ., 1^{er} juillet 2021, n° 19-17.923 ; JurisData n° 2021-010760.

1642V. par ex. Cass. 1^e civ., 27 juin 2006, n° 05-14.683 ; JurisData n° 2006-034300 ; Cass. com., 26 janvier 2022, n° 20-17.667

1643V. par ex. Cass. com., 11 février 1964, Bull. n° 69 ; Ann. Propr. industr. 1964, p. 140

dans le fait que l'action n'a que pour seul but de retarder voire d'empêcher la mise sur le marché d'un nouveau produit ou service¹⁶⁴⁴.

Afin d'écarter tout risque de dérives de la concurrence déloyale et parasitaire ne serait-il pas nécessaire d'adopter la théorie d'« *effet réflexe des propriétés intellectuelles* »¹⁶⁴⁵ bien connue dans la doctrine belge¹⁶⁴⁶ et néerlandaise¹⁶⁴⁷. En application de cette théorie, une création ne relevant pas de la propriété intellectuelle ne peut pas trouver une protection équivalente à celle-ci issue de l'application du droit commun et, en particulier, de la responsabilité civile. Mais ce serait oublié qu'à l'instar de l'action *de in rem verso*, l'action fondée sur l'article 1240 du Code civil est subsidiaire¹⁶⁴⁸.

À cette critique tenant à l'extension jugée excessive de la protection des créations hors de la propriété intellectuelle, il faut garder mesure et ne pas oublier que cette action en concurrence déloyale et parasitaire connaît d'importantes limites.

B. L'appréciation de la réservation des données par la concurrence déloyale et parasitaire

233. Nous entendons apprécier l'efficace de la réservation des données par l'action en concurrence déloyale et parasitaire. Pour ce faire, nous nous concentrerons sur les deux principales sanctions encourues pouvant se cumuler : la prononcée de dommages et intérêts (1) et la cessation de l'illicite (2). Pour que la réservation soit efficace, encore faut-il que ces mesures permettent de dissuader les tiers de porter « atteinte » aux données du détenteur.

1. La dissuasion de l'atteinte à la « réservation » par le prononcé de dommages et intérêts

234. **La charge de la preuve pesant sur le détenteur des données** – Bien que l'action en concurrence déloyale et parasitaires remplisse une fonction de police économique, il n'en

1644V. par ex. Cass. com., 3 juin 2003, n° 01-15.740

1645PUTTEMANS A., *Droits intellectuels et concurrence déloyale*, Bruylant, Bruxelles, 5 septembre 2000, n° 8

1646WELLENS V., *Doorwerking van de intellectuele rechten in de Wet Handelspraktijken*, Larcier, Bruxelles, 2007, 118 p.

1647Cette théorie est connue par les néerlandophones sous le nom de « *Reflexwerking* » (PUTTEMANS A., *op. cit.*, p. 13).

1648V. MAZEAUD H. *op. cit.*, p. 7 ; LE TOURNEAU P., *Le parasitisme dans tous ses états*, D., 1993, p. 310 et s.

reste pas moins qu'elle est soumise aux conditions posées par l'article 1240 du Code civil. Aussi, l'atteinte à une donnée numérique ne conduit pas automatiquement à la condamnation au titre de la concurrence déloyale et parasitaire. Le détenteur devra supporter la charge de la preuve. En effet, il est tenu d'apporter la preuve d'une part, que l'acte en cause est constitutif d'un comportement déloyal¹⁶⁴⁹ et d'autre part, de l'existence du préjudice. Sur ce dernier élément, la jurisprudence a consacré une présomption selon laquelle il s'infère nécessairement d'un acte de concurrence déloyale, l'existence d'un préjudice, fût-il seulement moral¹⁶⁵⁰. Une telle position est en partie en faveur du détenteur des données numériques en ce que le préjudice se confond avec la faute. Pour la Haute juridiction, cette présomption irréfragable du préjudice « *répond à la nécessité de permettre aux juges une moindre exigence probatoire, lorsque le préjudice est particulièrement difficile à démontrer* »¹⁶⁵¹. Cette position qu'a adoptée la Cour de cassation, a une incidence sur la nature même de la concurrence déloyale et parasitaire. En effet, nous nous éloignons de l'approche de responsabilité faute-dommage en faveur d'une logique de défense des intérêts patrimoniaux¹⁶⁵². Reste, toutefois, pour le détenteur de données numériques à apporter la preuve de l'étendue du préjudice, ce qui peut également poser des difficultés.

235. Une indemnisation du préjudice ayant un effet peu dissuasif – L'indemnisation du préjudice n'a qu'un faible effet dissuasif¹⁶⁵³ voire n'a pas de tel effet en présence de faute dite lucrative. En cela, la concurrence déloyale et parasitaire se distingue nettement du mécanisme prévu en matière de propriété intellectuelle depuis la loi n° 2014-315 du 11 mars 2014¹⁶⁵⁴.

1649PASSA J., *Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique*, D., 2000, p. 303 : relevant un glissement en jurisprudence « *de la notion faute vers celle du préjudice* ». Cependant, l'exigence de la preuve d'une faute n'a pas totalement disparu. Le demandeur devra toujours apporter a preuve de « *comportements délictuels des intervenants du marché* » (V. en ce sens : AUGUET Y., *Concurrence et clientèle. Contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle*, L.G.D.J. janvier 2000, coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 315, spéc. n°s 462 et s.).

1650Il s'agit d'une jurisprudence constante. V notamment : Cass. com., 22 octobre 1985, n° 83-15.096, Bull. civ. IV, n° 245, p. 206 – Cass. com., 9 février 1993, n° 91-12.258, Bull. civ. IV, p. 34 ; JCP E 1994, II, n° 545, note DANGLEHANT C., VINEY G. – Cass. com., 11 janvier 2017, n° 15-18.669 ; JurisData n° 2017-000203 ; Contrats, conc. consom. 2017, comm. 76, MALAURIE-VIGNAL M. – Cass. civ. 1^{re}, 21 mars 2018, n° 17-14.582, D. 2018. 2326, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; Contrats, conc. consom. 2018, comm. 136, MALAURIE-VIGNAL M. ; Cass. com., 31 mars 2021, n° 18-24.373 ; JurisData n° 2021-002929

1651BARBIER H., *La présomption de l'existence mais aussi de l'étendue du préjudice de la victime d'acte de parasitisme*, RTD Civ., 2020, p. 391 et s.

1652V. en ce sens : BINCTIN N., *Le droit de la concurrence déloyale – Perspectives française et européenne*, in *Défis du droit de la concurrence déloyale / Challenges of Unfair Competition Law* (sous-dir. DE WERRA J.), Schulthess, Genève, 2014, p. 90

1653RANDRIANIRINA I., *Analyse économique des dommages-intérêts*, in N. CAYROL (dir.), *La notion de dommages-intérêts*, Dalloz, 2016, p. 202

1654En matière de propriété intellectuelle, le Législateur a prévu un régime dérogatoire du droit commun dans la fixation des dommages et intérêts. V. par ex. art. L. 716-14 du CPI

Cette différence s'explique principalement par le fait que le droit de la responsabilité civile est gouverné, « *au moins officiellement* »¹⁶⁵⁵, par le principe de la réparation intégrale du préjudice¹⁶⁵⁶, ou *restitutio in integrum*. Ce principe jugé idéal par les uns et utopie par les autres, reste en droit français « *l'épine dorsale du droit de la réparation* »¹⁶⁵⁷. Il consiste à réparer tout le préjudice et rien que le préjudice¹⁶⁵⁸. En d'autres termes, et suivant la formule consacrée par la Cour de cassation, le dommage causé doit être réparé intégralement, sans perte ni profit¹⁶⁵⁹. En cela, ce principe suit une exigence « d'équivalence qualitative »¹⁶⁶⁰.

Or, l'interprétation faite par la jurisprudence de ce « *sacro-saint* » principe a pour conséquence principale d'écarter lors de la fixation du montant des dommages et intérêts la prise en compte des bénéfices voire des économies du responsable¹⁶⁶¹ ou encore de la gravité de la faute¹⁶⁶². Aussi, le détenteur de données numériques pourra-t-il se heurter à quelques obstacles parmi lesquels l'évaluation de la perte effectivement subie, ce que nous appelons le *damnum emergens* et les pertes de gain et avantages, le *lucrum cessans*. Ainsi, force est de constater que l'évaluation des préjudices économiques¹⁶⁶³ reste, en droit français,

1655 VINEY G., *L'appréciation du préjudice*, LPA, 19 mai 2005, n° 99, p. 89 et s.

1656 V. notamment BONDON M.-S., *Le principe de réparation intégrale du préjudice, contribution à une réflexion sur l'articulation des fonctions de la responsabilité civile*, Thèse, Montpellier, dir. R. Cabrillac, 28 novembre 2019, 517 p., PUAM, 2020, 524 p., préf. R. Cabrillac – Il est prévu dans la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile d'insérer dans le Code civil le principe de réparation intégrale en lui consacrant une sous-section 1 intitulée « *La réparation intégrale* » regroupant les articles 1258 et 1259 (Sénat, session extraordinaire de 2019-2020, *Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile*, 29 juillet 2020, n° 678). Selon l'article 1258, ce principe « *a pour objet de replacer la victime autant qu'il est possible dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu, de sorte qu'il n'en résulte pour elle ni perte ni profit.* ».

1657 CHARTIER Y., *La réparation du préjudice*, Dalloz, Paris, coll. Connaissance du droit, 1^{er} mars 1996, p. 34

1658 Nous pouvons rendre la célèbre formule du Doyen René SAVATIER selon laquelle le propre de la responsabilité est « *de rétablir aussi exactement que possible, l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu* » (SAVATIER R., *Traité de la responsabilité civile en droit français civil*, Tome 2, L.G.D.J., Paris, 1951, 2^e éd., p. 177, n° 601).

1659 Cass. com., 10 février 2021, n° 18-26.035 (pt. 9) ; JurisData n° 2021-001834 ; Contrats, conc. consom. 2021, comm. 56, obs. MALARIE-VIGNAL M.

1660 ROUJOU DE BOUBÉE M.-È., op. cit., p. 269 et s.

1661 Cass. 2^e civ., 23 janvier 2003, n° 01-00200, Bull. civ. II, n° 20.

1662 Cass. 2^e civ., 8 mai 1964, Bull. civ. II, n° 358

1663 Il n'existe ni de définition légale ni prétorienne de la notion de préjudice économique (RÉGIS N., *Le préjudice économique des entreprises*, BICC, 1^{er} mai 2013, n° 781, p. 6. – NUSSENBAUM M., *Pour une motivation détaillée de l'évaluation des dommages économiques dans les décisions de justice*, LPA, 4 septembre 2017, n° 176, p. 8 et s.) et cela, contrairement à la *Common law* avec l'usage du concept de « *pure economic loss* » et sa jurisprudence *pro-business* (S. GIAOUI F., *Une évaluation innovante des dommages et intérêts pour traduire les faits en règles de droit et réduire l'imprévisibilité judiciaire*, RDC, mars 2019, n° 1, p. 170 et s.) ou encore au droit allemand avec le « *reiner Vermögensschaden* » (V. BERG O., *La protection des intérêts incorporels en droit de la réparation des dommages. Essai d'une théorie en droit français et allemand*, Bruylant, 1^{er} novembre 2006, 408 p.). – V. NUSSENBAUM M., *L'évaluation des préjudices économiques*, Revue de droit bancaire et financier, mai-juin 2013, étude 13, p. 32 et s. : pour cet auteur, la notion de préjudice économique est une catégorie générique visant le préjudice pécuniaire dans la mesure où elle englobe « *tous les préjudices liés à une activité économique de production ou de service* », à savoir les coûts subis, les manques à gagner, de manière générale les préjudices financiers. Ainsi, pour reprendre la formulation de la Professeure Julie TRAULLE, le préjudice économique pur est « *celui qui*

particulièrement ardue¹⁶⁶⁴. Cela est notamment dû par « *l'imprévisibilité totale de la méthode d'évaluation d'un tel préjudice* »¹⁶⁶⁵. En effet, pour l'évaluation de ce type de préjudices, il existe plusieurs méthodes dont l'approche patrimoniale, l'approche par les comparables, ou encore, l'approche par les flux de trésorerie actualisés¹⁶⁶⁶. Chacune de ces méthodes d'évaluation présente des avantages, mais également des limites ce qui renforce la difficulté dans la fixation du *quantum* du préjudice économique.

236. L'absence de fonction punitive de l'action en concurrence déloyale et parasitaire

– La responsabilité civile poursuit principalement une fonction compensatoire de l'indemnisation¹⁶⁶⁷ et non pas punitive. Sous l'angle de l'analyse économique du droit, il ressort que la responsabilité civile adopte une approche de l'indemnisation *ex post*. Or, pour que la responsabilité civile puisse jouer au mieux son rôle normatif, c'est-à-dire notamment d'éviter un comportement déterminé, il conviendrait que les règles de droit aient une fonction important *ex ante*¹⁶⁶⁸. Aussi, « *pour que la réparation ait une fonction suffisamment dissuasive, son montant doit être supérieur au gain potentiellement attendu de la réalisation de la faute* »¹⁶⁶⁹. Or, en pratique, ce montrant se révèle souvent insuffisamment dissuasif¹⁶⁷⁰

frappe le portefeuille de la victime, et rien d'autre » (TRAULLÉ J., *La réparation du préjudice économique « pur » en question*, RTD Civ., 2018, p. 285 et s.). Mais est-ce à dire que l'absence de la notion de « préjudice économique » en droit français empêche toute réparation de ce chef ? La réponse est assurément négative et cela, au regard de la « *plasticité* » du principe de la réparation intégrale. Le « *préjudice purement économique* » est un *préjudice comme un autre* » (REMY P., *Réflexions préliminaires sur le chapitre Des délits*, in *Pour une réforme du droit de la responsabilité* (sous-dir. François Terré), Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, mars 2011, p. 36). – V. ég. CAYOT M. *Le préjudice économique pur*, Institut Universitaire Varenne éd., 12 décembre 2017, 654 p.

1664 En pratique, le montrant des dommages et intérêts sera déterminé par le biais de scénario contrefactuel, c'est-à-dire par la comparaison entre deux situations, à savoir la situation factuelle, celle résultant du comportement du contrevenant avec la situation contrefactuelle, c'est-à-dire celle qui aurait dû être si un tel comportement n'avait pas eu lieu. L'élaboration de la situation contrefactuelle présente des difficultés certaines. En effet, le juge doit prendre en considération de multiples critères tels que le coût de protection du droit, les projections des chiffres d'affaires, la perte de marge, les conditions de marchés, etc. Par ailleurs, comme le souligne, à juste titre, Monsieur Louis THIBIERGE, il peut exister des différences significatives entre les scénarios proposés par différents experts pour une même situation factuelle (THIBIERGE L., *La mesure des dommages-intérêts : question de fait ou question de droit ?* Libres réflexions au travail du prisme de la minimisation du préjudice, RDC, mars 2019, n° 1, p. 198).

1665 AYNÈS L., *Réparation intégrale et typologie des préjudices*, in *Conférence de la Cour de cassation « Risques, Assurances, responsabilités »*, 26 avril 2007

1666 V. not. DE FEUARDENT A., *Notions d'évaluation du préjudice et principales approches financières du dommage*, Revue de l'Arbitrage, Bulletin du Comité français de l'arbitrage, avril-juin 2015, n° 2, p. 413

1667 CADIET L., *Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation*, in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges en l'honneur de Pierre Drat, Dalloz, 16 mars 2000, p. 495 : parlant d'« *idéologie de la réparation* ».

1668 V. en ce sens : RANDRIANIRINA I., *Analyse économique des dommages-intérêts*, in *La notion de dommages et intérêts* (sous-dir. Nicolas Cayrol), Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, juin 2016, p. 202

1669 *Ibid.* p. 203

1670 Il s'agit ici de faire référence aux nouvelles théories sociologiques qui appréhendent les comportements juridiques comme des transactions économiques – V. notamment FRISON-ROCHE M.-A., *Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme*, RJDA, juin 1994, n° 6, p. 485

afin de traiter la faute lucrative. Celle-ci correspond à « *faute qui, malgré les dommages-intérêts que le responsable est condamné à payer – et qui sont calculés sur le préjudice subi par la victime – laisse à son auteur une marge bénéficiaire suffisante pour qu'il n'ait aucune raison de ne pas la commettre à nouveau* »¹⁶⁷¹. Autrement dit, il conviendrait de faire en sorte que la sanction encourue par le responsable soit plus élevée que les gains attendus de son comportement. Par un calcul purement économique et suivant le modèle du choix rationnel¹⁶⁷², l'auteur des faits de concurrence déloyale et parasitaire serait enclin à délaisser son projet et cela, au regard du montant de la sanction¹⁶⁷³.

237. Le renforcement de la fonction compensatoire et dissuasive de l'action en concurrence déloyale et parasitaire par la jurisprudence – Toutefois, face à ces inconvénients, la jurisprudence est venue renforcer l'efficacité de l'action en concurrence déloyale et parasitaire en facilitant la démonstration de l'existence du préjudice et de son évaluation et cela, sous couvert de l'appréciation souveraine du préjudice. En pratique, les juges du fond, « *sous le manteau de leur appréciation souveraine, gonflent les dommages-*

1671 Le rapport d'information du Sénat, Lutte contre la contrefaçon : premier bilan de la loi du 29 octobre 2007. – V. ég. STARK B., ROLAND H. et BOYER L., *Obligations, 1. Responsabilité délictuelle*, Litec, Paris, 1996, 5^e éd., spéc. n° 1335 ; COHEN D., Punitifs, exemplaires, confiscatoires ou dissuasifs : *Les dommages-intérêts affranchis du préjudice subi par le demandeur*, in Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi, Dalloz, Paris, 11 septembre 2013, p. 261 ; MÉADEL J., *Faut-il introduire la faute lucrative en droit français ?*, LPA, 17 avril 2007, n° 77, p. 6 ; FOURNIER DE CROUY N., *Consécration de la faute lucrative en droit commun : pourquoi ne dit-elle pas son nom ? Regard porté sur la constitutionnalité et l'efficacité de l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile*, LPA, 8 novembre 2017, n° 223, p. 5 ; GARRAUD A., *La faute lucrative et sa sanction, ou l'ombre pénaliste sur les effets de la responsabilité civile*, LPA, 16 janvier 2017, n° 11, p. 5 – Bien que cette notion date du début du XX^e siècle, la doctrine n'est pas unanime quant à la définition même de la faute lucrative. Pour des auteurs, il s'agit d'une faute « *génératrice d'un gain ou d'une économie pour son auteur* » (MÉSA R., *La faute lucrative dans le dernier projet de réforme de la responsabilité civile*, LPA, 27 février 2012, n° 41, p. 5 et s.). Cette définition ne fait nullement référence à l'intention du responsable. À l'inverse, pour d'autres auteurs, dont Madame Laureen SICHEL, la faute lucrative comprend « *la stratégie mise en œuvre en vue de la réalisation d'un gain ou d'une économie* » (SICHEL L., *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, Thèse de doctorat, Paris 1, 2012, n° 551). Aussi, le domaine de la faute lucrative se cantonnerait aux fautes intentionnelles. De par cette définition, la dimension punitive est plus prégnante que dans la première.

1672 Tout agent économique rationnel poursuit l'objectif d'efficacité économique. Aussi, cherche-t-il à minimiser ses pertes tout en optimisant ses bénéfices. Cela conduit l'agent à faire une balance entre les gains que son comportement pourrait lui octroyer et les pertes qu'un tel comportement pourrait lui coûter. – V. MACKAAY E., ROUSSEAU S., LAROUCHE P. et al., *Analyse économique du droit*, Dalloz, Paris, coll. Méthodes du droit, mai 2021, 3^e éd., p. 21, n° 78 : ces auteurs exposent, toutefois, la controverse quant au présupposé selon lequel tout agent économique agit de manière entièrement rationnelle dans leurs décisions individuelles et leurs interactions avec autrui. Cette controverse est née à la suite de recherches en psychologie cognitive. L'économiste australien Steve KEEN avait critiqué la théorie du choix rationnel (KEEN S., *L'imposture économique*, éd. Atelier, Ivry-sur-Seine, 9 octobre 2014, 532 p.). D'autres théories ont par la suite émergé en économie (v. TIROLE J., *Motivation intrinsèque, incitations et normes sociales*, Revue économique, 2009/3, vol. 60, p. 577-589 et spéc. p. 578).

1673 ALLAIS M., *Le comportement de l'homme rationnel devant le risque, critique des postulats et axiomes de l'école américaine*, Econometrica, vol. 21, n° 4, octobre 1953, p. 503-546

intérêts »¹⁶⁷⁴. De surcroît, la Cour de cassation considéré traditionnellement que « *le juge apprécie souverainement le montant du préjudice, dont il justifie l'existence par la seule évaluation qu'il en fait, sans être tenu d'en préciser les divers éléments* »¹⁶⁷⁵. Cependant, l'évaluation des dommages et intérêts n'échappe pas actuellement à tout contrôle de la Cour régulatrice¹⁶⁷⁶. Ainsi, la Haute juridiction maintient son contrôle sur la définition de certains préjudices tels que celui constitué par la perte de chance¹⁶⁷⁷.

Ainsi, afin de faciliter la preuve de l'existence du préjudice, s'est développée en jurisprudence la technique du « *préjudice présumé* » ou encore appelé « *préjudice automatique* »¹⁶⁷⁸. En d'autres termes, la caractérisation du comportement déloyal permet aux juges de présumer le préjudice subi par la victime, fût-il, comme le rappelle régulièrement la Cour de cassation, seulement moral¹⁶⁷⁹. Cette présomption de préjudice se rapproche de celle connue en matière de pratiques anticoncurrentielles de l'article L. 481-7 du Code de commerce disposant explicitement qu'« *il est présumé jusqu'à preuve contraire qu'une entente entre concurrents cause un préjudice* ».

Cette jurisprudence répond, selon la Haute juridiction, à la nécessité de permettre aux juges une moindre exigence probatoire, lorsque le préjudice est particulièrement difficile à démontrer¹⁶⁸⁰. Par une telle position, se dessine, ainsi, la fonction punitive¹⁶⁸¹ de la responsabilité civile, mais également, celle disciplinaire de la sanction de la concurrence déloyale et parasitaire¹⁶⁸². L'arrêt *Cristal de Paris* de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 12 février 2020¹⁶⁸³ en est un parfait exemple. En l'espèce, une société spécialisée

1674DE MONCUIT G., *La réparation et l'évaluation du préjudice tiré d'un acte de concurrence déloyale*, RLC, 1^{er} décembre 2021, n° 111, p. 35-37

1675Cass. com., 12 février 2020, n° 17-31.614 – Ass. plén., 26 mars 1999, n° 95-20.640, Bull. 1999 Ass. plén., n° 3 ; JCP 2000. I. 199, n° 12, obs. VINEY G. ; Cass. mixte., 6 septembre 2002, n° 98-22.981, Bull. 2002, Ch. mixte, n° 4 ; D. 2002. 2531, obs. LIENHARD A ; D. 2002. 2963, note MAZEAUD D. ; Cass. com., 24 mai 2017, n° 15-21.179

1676V. en ce sens : JACQUEMIN Z., *La réparation sans perte, ni profit selon la Cour de cassation ou l'art de transformer une maxime en instrument de contrôle*, RDC, mars 2019, n° 1, p. 187

1677DANIS-FATÔME A., *La mesure des dommages et intérêts : question de fait ou question de droit ? Pour un renforcement du contrôle*, RDC, mars 2019, n° 1, p. 161

1678V. par ex. Cass. com., 27 janvier 2009, n° 07-15.971 ; Cass. com., 2 décembre 2008, n° 07-19.861 ; Cass. com., 17 mars 2021, n° 19-10.414 ; JurisData n° 2021-003856 – V. ég. MÉNARD B., *Le dommage induit de l'acte de concurrence déloyale. Quelle explication ? Quelle application ?*, D., 1^{er} août 2019, n° 28, p. 1549 et s. – Cour de cassation, Université Paris-Saclay, *op. cit.*, p. 91, n° 154 : se montrant favorables à la consécration de cette présomption prétorienne dans une disposition légale qui pourrait s'insérer dans le livre IV du Code de commerce et cela, afin de conférer « *une visibilité et une cohérence renforcée au droit français de la concurrence* ».

1679Par ex. Cass. com. 17 mars 2021, n° 19-10.414

1680Cass. com., 12 février 2020, n° 17-31.614, pt. 8

1681V. en ce sens : MÉNARD B., *op. cit.*, p. 1549 et s. ; IZORCHE M.-L., *op. cit.*, p. 17 et s.

1682FRISON-ROCHE M.-A., *Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme*, RJDA, juin 1994, n° 6, p. 487

1683Cass. com., 12 février 2020, n° 17-31.614 ; JurisData n° 2020-001762 ; D. 2020. 1086 ; note BORGHETTI J.-S. ; D. 1254, chron. LE BRAS A.-C., de CABARRUS C., KASS-DANNO S. et BARBOT S. ; RTD Civ., 2020. 391, obs. BARBIER H. ; RTD Civ., 401, obs. JOURDAIN P. ; RTD Com., 2020. 313, obs. CHAGNY

dans la création et la fabrication de produits d'arts de la table en cristal reprochait à une société concurrente des pratiques commerciales trompeuses et l'avait, par conséquent, assignée aux fins de cessation desdites pratiques illicites et indemnisation de son préjudice. La cour d'appel avait condamné la société concurrente à verser à la demanderesse la somme de 300 000 euros en réparation de son préjudice résultant des actes de concurrence déloyale par pratique commerciale trompeuse et tromperie. Cette dernière s'est pourvue en cassation en invoquant le principe de la réparation intégrale et en estimant « *qu'en prenant [...] en considération [que] la seule différence de prix de revient entre les deux sociétés, et donc la seule économie qui aurait été réalisée par l'auteur de la prétendue pratique illicite aux lieu et place de l'éventuel préjudice subi par la prétendue victime, seul élément dont la loi autorisait la prise en compte, la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil, devenu l'article 1240 du même code, ensemble le principe [de la réparation intégrale]* ». En d'autres termes, les juges du fond avaient retenu pour quantifier le préjudice de la société parasitée, non pas les pertes qu'elle avait subies, mais l'économie qu'avait réalisée le parasite. Notons que ce faisant, les juges parisiens n'avaient pas suivi la méthodologie pour évaluer le préjudice résultant de la concurrence déloyale mise en place par ladite cour d'appel¹⁶⁸⁴. Saisie, la Cour de cassation rejette le pourvoi et rappelle le principe suivant lequel « *le propre de la responsabilité civile est de rétablir, aussi exactement que possible, l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu, sans perte ni profit pour elle* ». Toutefois, la Haute juridiction relève que « *si les effets préjudiciables de pratiques tendant à détourner ou s'approprier la clientèle ou à désorganiser l'entreprise du concurrent peuvent être assez aisément démontrés, en ce qu'elles induisent des conséquences économiques négatives pour la victime, soit un manque à gagner et une perte subie, y compris sous l'angle d'une perte de chance, tel n'est pas le cas de ceux des pratiques consistant à parasiter les efforts et les investissements, intellectuels, matériels ou promotionnels, d'un concurrent, ou à s'affranchir d'une réglementation, dont le respect a nécessairement un coût, tous actes qui, en ce qu'ils permettent à l'auteur des pratiques de s'épargner une dépense en principe obligatoire, induisent un avantage concurrentiel indu dont les effets, en termes de trouble économique, sont difficiles à quantifier avec les éléments de preuve disponibles, sauf à engager des*

M. ; JCP G., 2020, 792, note REBEYROL N. ; JCP E., 2020, 1363, comm. D'ALÈS T. et TIBERGHIE N. P. ; Contrats, conc. consom. 2020, comm. 62, obs. MALAURIE-VIGNAL M. ; Contrats, conc. consom. 2020, comm. 74, obs. BERHEIM-DESSAUX S.

1684 En ce sens, v. MALAURIE-VIGNAL M., *Appréciation de la situation de la victime pour évaluer le préjudice réparable au titre d'une pratique commerciale trompeuse*, Contrats, conc. consom., avril 2020, n° 4, comm. 62

dépenses disproportionnées au regard des intérêts en jeu »¹⁶⁸⁵. Les Hauts magistrats en ont conclu que « lorsque tel est le cas, il y a lieu d'admettre que la réparation du préjudice peut être évaluée en prenant en considération l'avantage indu que s'est octroyé l'auteur des actes de concurrence déloyale, au détriment de ses concurrents, modulé à proportion des volumes d'affaires respectifs des parties affectés par ces actes ». Une telle solution établie sur une logique probatoire¹⁶⁸⁶ diffère de celle initialement retenue fondée sur une méthode d'évaluation du *quantum* de dommages et intérêts en fonction uniquement du préjudice de la victime et non des avantages concurrentiels retirés par l'auteur des actes illicites¹⁶⁸⁷. Finalement, dans sa décision *Cristal de Paris*, la Cour régulatrice fait clairement une distinction entre les actes de concurrence déloyale créant un préjudice dont les effets sont aisés à identifier tels que le détournement de clientèle ou la désorganisation d'entreprise et les actes pour lesquels, à l'inverse, le préjudice est plus compliqué à quantifier comme le parasitisme. Dans cette dernière hypothèse, la Cour de cassation admet que les juges puissent, pour évaluer l'indemnité devant être allouée à la société victime de tels actes illicites, tenir compte de l'économie injustement réalisée par l'auteur du dommage, en modulant ce calcul en fonction des volumes d'affaires respectifs des parties affectés par ces actes¹⁶⁸⁸. Aussi, la portée de la solution semble-t-elle cantonnée aux actes de concurrence déloyale ou parasitaire pour lesquels ils sont difficiles à quantifier avec les éléments de preuves disponibles, sauf à engager des dépenses disproportionnées au regard des intérêts en jeu. Nous retrouvons ici la logique du contrôle de proportionnalité entre les intérêts du demandeur et ceux du défendeur¹⁶⁸⁹. Il faudra toutefois attendre de voir si les Hauts magistrats généralisent cette

1685Cass. com., 12 février 2020, n° 17-31.614, pt. 9

1686FOURNIER DE CROUY N., *Vers de nouveaux motifs de droit « confiscatoires » exprimant la fonction normative de l'action en concurrence déloyale ou parasitaire*, RTD Com., 2022, p. 5 et s.

1687V. par ex. Cass. com., 21 février 2012, n° 10-27.966, inédit ; JurisData n° 2012-004445 ; D. 2012. 2760, obs. Centre de droit de la concurrence SERRA Y. ; Contrats, conc. consom. 2012, comm. 122, obs. MALAURIE-VIGNAL M.

1688DE MONCUIT DE BOISCUILLÉ G., *La Cour de cassation prend en compte la faute lucrative ! Sans la sanctionner...*, RLC, 1^{er} juin 2020, n° 95 : se demandant si la Cour régulatrice n'avait pas « évalué le préjudice au regard de la potentialité de gain qu'aurait réalisé la victime (ce qui renvoie au gain manqué) ».

1689L'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales dispose que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement [...] par un tribunal [...] qui décidera [...] des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil [...] ». Dans son célèbre arrêt *Golder* du 21 février 1975 (CEDH, 21 février 1975, série A, n° 18, p. 17-18, req. n° 4451/70, *aff. Golder c/ Royaume-Uni* ; PELLOUX R. *L'arrêt Golder de la Cour européenne des Droits de l'homme*, Annuaire français de droit international, vol. 21, 1975, pp. 330-339), la Cour de Strasbourg a conclu que cette disposition garantit à chaque justiciable le droit à ce qu'un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civile (v. en ce sens : (Conseil de l'Europe, Cour européenne des droits de l'homme, *Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ; Droit à un procès équitable (civil)*, 31 août 2022, p. 30). Ainsi, la solution retenue par la Cour de cassation dans sa décision *Cristal de Paris*, participe en partie à ce droit d'accès au juge en ce qu'elle permet à la victime d'actes de parasitisme pour lesquels il est compliqué de quantifier le préjudice réellement subi avec les éléments de preuve disponibles de présenter sa demande d'indemnisation.

modalité d'évaluation à toutes les demandes de réparation du préjudice causé par des actes de concurrence déloyale. Cet avantage indu est caractérisé notamment la reprise des « *efforts et [...] investissements, intellectuels, matériels ou promotionnels* »¹⁶⁹⁰.

L'hypothèse d'une reprise de données numériques s'inscrit de la catégorie identifiée par la Cour de cassation dans sa décision *Cristal de Paris*, à savoir une « *pratique consistant [...] à parasiter les efforts et les investissements, intellectuels, matériels ou promotionnels, d'un concurrent* ». Dans une telle situation, les juges auront, alors, la possibilité d'évaluer le préjudice subi par le détenteur en prenant en considération l'avantage indu que s'est octroyé l'auteur de la copie servile des données en le modulant à proportion des volumes d'affaires respectifs des parties affectées par cet acte de copie servile. Reste qu'en pratique, des difficultés pourront surgir dans l'évaluation du montant de cet avantage indu. Cette évaluation conduira le juge à une analyse économique du marché. En cas de reprise de données, le juge sera peut-être confronté à la difficulté d'évaluer l'avantage indu procuré par l'exploitation d'une seule donnée ou d'une quantité limitée de données.

Malgré sa portée limitée, la solution retenue est « innovante »¹⁶⁹¹ en ce qu'elle tend à une véritable réparation intégrale du préjudice économique¹⁶⁹². Cette solution semble s'être inspirée des règles spécifiques en matière de droit de la propriété intellectuelle¹⁶⁹³ et cela, afin de moraliser le comportement des opérateurs économiques¹⁶⁹⁴. Le régime de l'action en concurrence déloyale et parasitaire gagnerait ainsi en autonomie par rapport au régime général de la responsabilité extracontractuelle¹⁶⁹⁵. Cette solution a pu être vue comme « *la première étape d'une évolution [...] à l'effet de renforcer la fonction compensatoire et dissuasive du*

1690Cass. com., 7 juillet 2021, n° 20-11.146 ; JurisData n° 2021-011132 ; Propr. industr. 2021, chron. 8, note LARRIEU J. – Cette méthode d'évaluation est celle retenue en matière de contrefaçon : v. en ce sens : Cour d'appel de Paris, *Fiche n°12 : Comment réparer le préjudice résultant de faits de concurrence déloyale ?*, avril 2020, p. 2, disponible [en ligne] : <https://www.cours-appel.justice.fr/sites/default/files/2021-03/FICHE%2012-%20concurrence%20d%C3%A9loyale.pdf> (consulté le 25/03/2023) : « [l]e raisonnement [de la Cour de cassation dans l'arrêt du 12 février 2020] correspond à la méthodologie applicable en cas de violation de droits de propriété intellectuelle, pour lesquels sont pris en considération « les bénéfices réalisés par l'auteur de la contrefaçon, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirées de la contrefaçon » »

1691MALAURIE-VIGNAL M., *op. cit.*. V. ég. BARBIER H., *La présomption de l'existence mais aussi de l'étendue du préjudice de la victime d'acte de parasitisme*, RTD Civ., 2020, p. 391 et s.

1692MAINGUY D., *Vers une véritable réparation intégrale du préjudice économique ?*, JCP E., 10 décembre 2020, n° 50, chr. 1522

1693V. par ex. art. L. 331-1-3, L. 521-7, L.615-7, L. 716-14 du CPI, voire de l'art. 152-6 C. com.. Par ailleurs, nous pouvons nous demander si les juges d'appel dans la décision *Cristal de Paris*, ne se sont pas inspirés de l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile présenté le 13 mars 2017 par le garde des sceaux.

1694V. en ce sens : Cour de cassation, Université Paris-Saclay, *op. cit.*, p. 30, n° 50

1695FORTUNE A., *Présomption de préjudice résultant d'actes de concurrence déloyale et de parasitisme : une avancée jurisprudentielle en demi-teinte pour les demandeurs ?*, Prop. indus., juillet-août 2022, étude 14

droit français de la responsabilité civile »¹⁶⁹⁶. Cette modalité d'évaluation du préjudice au regard des avantages concurrentiels permet, effectivement, de prendre en compte en partie la faute lucrative de l'auteur des actes illicites et cela, afin de le décourager de commettre de tels agissements. Les rédacteurs du rapport sur la réforme du droit français de la responsabilité civile et les relations économiques d'avril 2019 de la Cour d'appel de Paris ne se sont pas montrés insensibles à la solution retenue dans l'affaire *Cristal de Paris*. En effet, ils ont proposé d'insérer dans le Code civil une disposition ainsi rédigée : « *en matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie supérieure à l'indemnisation qui pourrait en résulter, le juge peut prendre en compte l'ampleur de ce gain ou de cette économie dans la fixation des dommages et intérêts* »¹⁶⁹⁷

Nous pouvons déceler dans l'arrêt *Cristal de Paris* l'idée de dommages et intérêts non compensatoire¹⁶⁹⁸, en ce que l'évaluation du *quantum* de l'indemnisation est déconnectée de considérations tenant au préjudice subi par la victime. Nous serions, ainsi, en présence d'une méthode alternative d'évaluation du préjudice conduisant au prononcé de dommages et intérêts dits « restitutoires »¹⁶⁹⁹ connus dans d'autres systèmes juridiques¹⁷⁰⁰. Ces dommages et

1696CHAGNY M., *Consécration d'une évaluation du préjudice en considération de l'avantage indu obtenu par l'auteur de la faute de concurrence déloyale*, RTD Com., 2020, p. 313 et s.

1697Rapport du groupe de travail Cour d'appel de Paris, *La réforme du droit français de la responsabilité civile et les relations économiques*, Université de Versailles St-Quentin-en-Yvelines, avril 2019, p. 56, disponible [en ligne] : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Rapport_CA_PARIS_reforme_responsabilite_civile.pdf (consulté le 17/03/2023)

1698Selon une conception traditionnelle française, il existe une *summa divisio* fondamentale en matière de dommages et intérêts entre ceux qualifiés de compensatoires et ceux qui ne le sont pas. Cette dernière catégorie de dommages et intérêts non compensatoire n'a pas pour finalité la réparation du dommage subi par la victime (VIGNON-BARRAULT A., *Dommages-intérêts compensatoires et dommages-intérêts punitifs*, in La notion de dommages et intérêts (sous-dir. Nicolas Cayrol), Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, juin 2016, p. 300). Parmi la catégorie des dommages et intérêts non compensatoires, nous trouvons, suivant la classification de la Professeure Geneviève VINEY, d'une part, les dommages et intérêts « restitutoires » ou encore appelés « confiscatoires » et d'autre part, les dommages et intérêts « punitifs » parfois nommés dommages et intérêts « nominaux » ou encore « exemplaires » (VINEY G. *Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile*, D. 2009, chron., p. 2944 et s.).

1699Le concept de dommages et intérêts restitutoires « implique une notion de profit indu de l'auteur du dommage et sous-tend une logique d'enrichissement sans cause » (VIGNON-BARRAULT A., *op. cit.*, p. 302). Cette sanction de la restitution de l'indu se retrouve en droit des pratiques restrictives de concurrence avec l'article L. 442-4, I, alinéa 2, du Code de commerce.

1700Les Pays-Bas ont consacré en partie les dommages et intérêts compensatoires à l'article 6 :98 du Code civil néerlandais (*Burgerlijk Wetboek*, BW) relatif à la causalité (PIERRE P., LEDUC F. (sous-dir.). *La réparation intégrale en Europe Études comparative des droits nationaux*, Larcier, Bruxelles, p. 334). De même, le droit allemand connaît des dommages et intérêts restitutoire pour certaines atteintes telles qu'en droit à la vie privée (Rapport du groupe de travail Cour d'appel de Paris, *op. cit.*, p. 54 – PIERRE P., *Les dommages et intérêts punitifs ou restitutoires (en droit français et européen)*, Revue juridique de l'Ouest, 2014, n° 2, p. 29). En matière de contrefaçon, le droit anglais connaît le concept d'« *account of profits* » qui pourrait se traduire par « restitution des bénéfices » (v. RYAN D. et WYNN A., *Les sanctions économiques de la contrefaçon en Angleterre : profit perdu ou restitution des bénéfices ?*, Prop. indust., février 2011, n°2, étude 6)

intérêts restitutoires « *ont, semble-t-il, un véritable avenir* »¹⁷⁰¹. Cette sanction, plus mesurée que les dommages et intérêts punitifs¹⁷⁰² vise à priver l’auteur du dommage des fruits de sa faute, de tout profit qu’il pourrait effectivement recueillir de son comportement illicite. Aussi, la « *restitution* » des sommes dont l’auteur de l’acte illicite s’est injustement enrichi permet de neutraliser le profit escompté et, par là même, d’avoir un effet dissuasif¹⁷⁰³. N’assisterions-nous pas à la consécration, en partie, du « *pouvoir « aggravateur* » du juge pour lequel le Professeur Philippe LE TOURNEAU militait depuis 1972¹⁷⁰⁴ ?

Toutefois, l’une des critiques que nous pouvons formuler à l’égard de la solution retenue par la Cour de cassation dans l’affaire *Cristal de Paris* est le fait qu’elle procure à la victime un enrichissement injustifié puisqu’il lui est alloué une somme pouvant être supérieure au préjudice réellement subi¹⁷⁰⁵. Partant, se pose la question de savoir si nous ne sommes pas en présence d’un enrichissement injustifié. Toutefois, à cette critique, nous pouvons formuler deux remarques. La première sur le plan de l’équité. La question est de savoir s’il est davantage équitable de laisser à l’auteur des actes illicites animé par l’esprit de lucre les profits indûment perçus. La réponse nous semble devoir être négative. Le prononcé de dommages et intérêts restitutoires suit la logique de justice commutative. En cela, nous retrouvons l’idée de l’orateur athénien DÉMOSTHÈNE selon laquelle « *lorsqu’un homme a*

1701 VINEY G. *op. cit.*, p. 2944 et s. – En effet, en matière de contrefaçon, nous pouvons observer qu’il existe une place pour les dommages et intérêts restitutoires, et cela, depuis la transposition de la directive 2004/48/CE du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle (v. en ce sens : VINEY G., *Préface*, in La notion de dommages et intérêts (sous-dir. Nicolas Cayrol), Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, juin 2016, p. 3). – V. ég. la recommandation n° 7 du Rapport d’information de MM. Laurent BÉTEILLE et Richard YUNG qui proposait d’« *introduire en droit de la propriété intellectuelle la notion de « restitution des fruits » afin d’éviter tout enrichissement du contrefacteur de mauvaise foi* » (BÉTEILLE L. et YUNG R., *Rapport d’information : Lutte contre la contrefaçon : premier bilan de la loi du 29 octobre 2009*, Sénat, n° 296 (2010-2011), 9 février 2011, disponible [en ligne] : <https://www.senat.fr/rap/r10-296/r10-2961.pdf> (consulté le 22/03/2023)).

1702 Les dommages et intérêts dits punitifs peuvent être définis comme une somme allant au-delà des montants strictement nécessaires à la réparation intégrale des préjudices causés par l’auteur des faits. Des systèmes juridiques des pays de *Common law* ont intégré la possibilité de prononcer des dommages et intérêts punitifs et cela, depuis la fin du XVIII^e siècle. En droit français, la question s’est posée, notamment lors des propositions de réforme du droit de la responsabilité civile, de consacrer des dommages et intérêts punitifs. Toutefois, cette éventuelle consécration a été vivement critiquée dans la mesure où une telle sanction peut être qualifiée de sanction punitive et être soumise au principe de légalité des délits et des peines supposant notamment que le maximum des sanctions punitives encourues soit déterminé à l’avance – En ce sens, v. Rapport du groupe de travail Cour d’appel de Paris, *op. cit.*, p. 54.

1703 PIERRE P., *op. cit.*, p. 24

1704 LE TOURNEAU P., *L’éthique des affaires et du management au XXI^e siècle*, Dalloz, Paris, 2000, 269 p.

1705 La question se pose également de savoir si de tels dommages et intérêts restitutoires ne sont pas attentatoires à la concurrence dans la mesure où la victime est avantagée par rapport à ses concurrents. Afin d’éviter tout enrichissement de la victime, la proposition de loi n° 657 portant réforme de la responsabilité civile du 10 juillet 2010 prévoyait que les dommages et intérêts punitifs étaient, dans la proportion que le juge déterminé, versés respectivement à la victime et à un fonds d’indemnisation des victimes de fautes lucratives (Sénat, Session extraordinaire de 2009-2010, Proposition portant réforme de la responsabilité civile, 9 juillet 2010, art. 1386-25) – V. ég. MÉSA R. *L’opportune consécration d’un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives*, D., 2012, p. 2754 et s.

commis une action honteuse, il ne faut pas que cet homme puisse se tirer de là en rendant ce qu'il a dérobé ; il y aurait trop de voleurs à ce compte, avec cette alternative ou de n'être pas pris et de garder, ou d'être pris et d'en être quitte pour rendre »¹⁷⁰⁶. Nous estimons donc qu'il est légitime que les fruits des investissements de la victime lui soient restitués¹⁷⁰⁷ et qu'il est inique de les laisser à l'auteur ayant adopté un comportement jugé illicite. La seconde remarque se situe, cette fois-ci, sur le plan juridique. Pour qu'il y ait enrichissement injustifié, encore faut-il que celui-ci soit dépourvu de justification ou de raison juridique¹⁷⁰⁸. Or, dans notre hypothèse, l'enrichissement de la victime est bien justifié et cela, en raison d'un titre juridique, à savoir la décision de justice. Cette décision de justice vient justifier le flux de valeur du patrimoine de l'appauvri – l'auteur des faits illicites – à celui de l'enrichi – la victime¹⁷⁰⁹. Par ailleurs, un tel système présente l'avantage d'être neutre du point de vue de la compétitivité¹⁷¹⁰ et être plus efficace¹⁷¹¹ et dissuasif qu'une sanction classique¹⁷¹². De plus, ce système dommages et intérêts restitutoires ne constitue pas une entorse au principe de réparation intégrale. Bien qu'actuellement, l'interprétation prétorienne de ce principe se concentre sur la victime sans avoir égard à celle du responsable, aucun argument juridique n'exclut de l'interpréter au regard de la situation du responsable¹⁷¹³.

Ce nouveau mode de calcul de la réparation du dommage en considération de « *l'avantage concurrentiel indu* » de l'auteur de la pratique tend à se généraliser en

1706 DÉMOSTHÈNE, *Les plaidoyers politiques*, trad. DARESTE R., éd. E. Plon Paris, 1879, *Discours contre Timocrate*

1707 V. en ce sens : GRARE-DIDIER C., *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, l'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Dalloz, Paris, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 10 mars 2005, n° 490

1708 BRUSORIO-AILLAUD M., *Droit des obligations*, Bruylant, Bruxelles, coll. Paradigme, 2020, 11^e éd., p. 168, n° 227

1709 V. TERRÉ F., SIMLER P. et LEQUETTE Y., *Les obligations*, Dalloz, Précis, 16 septembre 2009, 10^e éd., p. 1023 ; FORTI V., *Enrichissement injustifié. – Conditions juridiques*, JurisClasseur Notarial Répertoire, Fasc. 20, 2 juin 2016 (mise à jour : 29 juillet 2022), n° 24 : – V. jurisprudence : Cass. 1^{er} civ., 3 mars 2010, n° 09-11.331, Bull. civ. I, n° 55 ; JurisData n° 2010-001125 ; RTD Civ., 2010, p. 311, obs. J. HAUSER J. ; JCP G., 2010, 1040, LOISEAU G.

1710 V. en ce sens : Rapport du groupe de travail Cour d'appel de Paris, *op. cit.*, p. 54 – Il convient, cependant, de relativiser cette affirmation dans la mesure où le rapport du groupe de travail Cour d'appel de Paris n'étaye pas cette affirmation par le biais d'analyser économique afin notamment de savoir si une telle mesure n'affecte pas indirectement l'efficacité du marché.

1711 V. en ce sens : COHEN D., Punitifs, exemplaires, confiscatoires ou dissuasifs : *Les dommages-intérêts affranchis du préjudice subi par le demandeur*, in *Mélange en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, Paris, 11 septembre 2013, p. 258

1712 V. en ce sens : VINEY G., *L'appréciation du préjudice*, LPA, 19 mai 2005, n° 99, p. 89 et s.

1713 V. dans le même sens : MESA R., *L'opportunité consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives*, D., 2012, p. 2754 et s. – Une telle interprétation peut se justifier au regard du marché dans la mesure où le responsable bénéficie d'avantages concurrentiels indus faussant « *à son profit exclusif les règles du marché* » (LE TOURNEAU P. (sous-dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, Dalloz, Paris, coll. Dalloz Action, 9 septembre 2020, 12^e éd., n°s 0111.20 et 2311.21 et s.). – V. ég. en ce sens : FOURNIER DE CROUY N., *op. cit.*, p. 5 et s.

jurisprudence¹⁷¹⁴. Ainsi, la Cour de cassation a itéré la solution retenue dans l'affaire *Cristal de Paris* dans un arrêt en date du 7 juillet 2021¹⁷¹⁵. Cependant, la Cour régulatrice semble aller plus loin dans la mesure où elle considère que « *les pratiques consistant à parasiter les efforts et les investissements, intellectuels, matériels ou promotionnels, d'un concurrent, en ce qu'elles permettent à leur auteur de s'épargner une dépense, induisent un avantage concurrentiel indu dont les effets préjudiciables peuvent être évalués en prenant en considération cet avantage* ». Au vu de la formulation des Hauts magistrats, il est possible de se demander si nous ne sommes pas en présence d'une présomption d'un avantage concurrentiel indu¹⁷¹⁶. Cette analyse est confortée à la lecture de l'arrêt du 17 mars 2021¹⁷¹⁷ dans lequel la Cour de cassation a estimé, au visa de l'article 1240 du Code civil, que « *constitue un acte de concurrence déloyale le non-respect d'une réglementation dans l'exercice d'une activité commerciale, qui induit nécessairement un avantage concurrentiel indu pour son auteur* ». L'utilisation de l'adverbe « *nécessairement* » conduit à supposer que la Haute juridiction entend de mettre en place une présomption irréfragable de l'existence d'un avantage concurrentiel indu en raison d'un acte de concurrence déloyale particulier qu'est, en l'espèce, le non-respect d'une réglementation. Par ailleurs, au regard de technique juridique, nous estimons être en présence davantage d'une règle de fond que d'une règle de preuve¹⁷¹⁸.

Pourtant la solution de l'affaire *Cristal de Paris* est loin de résoudre toutes les difficultés pour le détenteur de données numériques. En effet, il reste toujours la nécessité pour le demandeur à l'action de disposer d'éléments chiffrés détenus par le défendeur afin de mesurer l'étendue de son préjudice voire de l'avantage indu que s'est octroyé l'auteur des actes de concurrence déloyale. Or, contrairement à la propriété intellectuelle¹⁷¹⁹, aucun droit d'information n'est prévu en matière de droit de la concurrence déloyale et parasitaire. Or ce

1714CA Toulouse, ch. 2, 4 mars 2020, n° 17/01448, SAS FB Procédés c/ SARL Biotrade ; JurisData n° 2020-003113 ; Propr. industr. 2020, chron. 9, LARRIEU J. ; T. com. Paris, ch. 15, 25 octobre 2021, RG n° 2019032848, SA MHCS c/ Sté coop. Agri. Wolfberger, Cave coopérative vinicole d'Eguisheim Kuhri, Distillerie Wolfberger, et a. ; T. com. Paris, ch. 15, 12 juillet 2021, n° 2020029271, SA Guerlain c/ SPRL-Paris Élysées Diffusion – T. com. Paris, ch. 15, 20 septembre 2021, n° 2018026040, SA Celine c/ Sté Punto FA S.L., Sarl Mango France

1715Cass. com., 7 juillet 2021, n° 20-11.146 ; JurisData n° 2021-011132 ; Propr. industr. 2021, chron. 8, note LARRIEU J. :

1716V. en ce sens :FOURNIER DE CROUY N., *op. cit.*, p. 5 et s.

1717Cass. com., 17 mars 2021, n° 19-10.414 ; JurisData n° 2021-003856 ; Contrats, conc. consom. 2021, comm. 96, MALAURIE-VIGNAL M. ; Comm. com. électr., mai 2021, n° 5, comm. 36, LOISEAU G.

1718V. en ce sens : GRATTON L., *Le dommage déduit de la faute*, RTD Civ., 2013, p. 275 et s. – V. *contra* : BARBIER H., *La présomption de l'existence mais aussi de l'étendue du préjudice de la victime d'acte de parasitisme*, RTD Civ., 2020, p. 391 et s.

1719V. pour le droit d'auteur : art. L. 331-1-2 du CPI, pour le droit des dessins et modèles : art. L. 521-5 du CPI, pour le droit des brevets : art L. 615-5-2 du CPI, pour le droit des marques : art. L. 716-4-9 du CPI, pour les certificats d'obtention végétale : art. L. 623-27-2 du CPI

droit d'information vise à faciliter, pour le titulaire de droit de propriété intellectuelle, la démonstration du préjudice réparable. Un tel droit pourrait être instauré en droit de la concurrence déloyale et parasitaire comme l'invitait le rapport de la Cour de cassation de juin 2022¹⁷²⁰. En effet, ce rapport était favorable à l'insertion dans le Code de commerce de dispositions spéciales consacrées à la concurrence déloyale et parasitaire¹⁷²¹.

De plus, à côté des dommages et intérêts, des mesures comminatoires seront susceptibles d'être prises. Le juge pourra alourdir le montant de la condamnation et, par là même, renforcer l'efficacité de la condamnation notamment en prononçant une astreinte sur le fondement de l'article R. 131-1 et suivants du Code des procédures civiles d'exécution. Cette mesure poursuit principalement un rôle préventif d'un dommage, voire dissuasif¹⁷²², et non pas correcteur. Le prononcé d'une astreinte peut également être analysé comme une voie détournée permettant la restitution du profit indu¹⁷²³. Ainsi, l'interdiction de commettre des actes de concurrence déloyale ou parasitaire pourra s'accompagner d'une astreinte propre à garantir l'efficacité de l'exécution de la décision¹⁷²⁴. Par ailleurs, le montant de la condamnation pourra être alourdi par les frais et dépens prévus par l'article 700 du Code de procédure civile, condamnation résultant « *d'une prise en compte de l'équité par le juge, [servant] souvent à punir l'auteur du dommage, mais aussi à restituer le profit illicitement engrangé* »¹⁷²⁵. Enfin, il est toujours possible pour le juge de prononcer des mesures de publicité venant renforcer par là même la portée dissuasive¹⁷²⁶.

1720Cour de cassation, Université Paris-Saclay, *op. cit.*, p. 63-64, n° 109

1721Cour de cassation, Université Paris-Saclay, *op. cit.*, p. 91, n° 154, – CANIVET G., *Restaurer la concurrence par les prix – Les produits de grande consommation et les relations entre industrie et commerce*, disponible sur [en ligne] : <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/044000494.pdf> (consulté le 28/01/2023) : se montrant favorable à l'insertion dans le Code de commerce de dispositions spéciales consacrées à la concurrence déloyale et parasitaire.

1722V. par ex. T. com. de Bobigny, 26 septembre 2013, n° RG 2013R00400, décision citée par : SÉJEAN M., *La restitution du profit illicite*, Revue internationale de droit comparé, 2014, vol. 66, n° 2, p. 345

1723En ce sens v. : SÉJEAN M., *La restitution du profit illicite*, Revue internationale de droit comparé, 2014, vol. 66, n° 2, p. 354

1724CA Reims, 25 octobre 2010, RG n° 09/02428 ; JurisData n° 2010-030666 – CA Paris, Pôle 5 – Ch. 1, 25 janvier 2023, n° RG 21/07073 – CA Aix-en-Provence, ch. 3-1, 3 novembre 2022, n° RG 21/18338

1725SÉJEAN M., *op. cit.*, p. 353

1726Par ex. Cass. com., 21 octobre 2014, n° 13-14.210 ; Comm. com. électr. 2015, chron. 8, n° 16, KAHN A.-E. ; Contrats, conc. consom. 2015, comm. 5, MALAURIE-VIGNAL M. ; Propr. industr. 2015, chron. 9, n° 11, LARRIEU J.

2. L'efficacité des mesures visant à faire cesser l'atteinte à la « réservation »

238. À cette flexibilité reconnue de la responsabilité civile extracontractuelle, répond malheureusement une pauvreté de la sanction elle-même¹⁷²⁷. Celle-ci n'est, en effet, principalement appréhendée que sous l'angle de la réparation¹⁷²⁸. Ainsi, le détenteur des données pourra essentiellement obtenir la réparation du préjudice avec la difficulté inhérente à la démonstration et à l'évaluation du dommage subi. Aussi, l'intervention du juge ne se limitera, en pratique, qu'à un rôle de « *tarificateur* »¹⁷²⁹. Toutefois, c'est d'oublier que le rôle de la responsabilité ne se limite nullement à la réparation du préjudice passé ou futur, mais aussi à faire cesser la situation illicite¹⁷³⁰. Comme l'a rappelé Monsieur Olivier DOUVRELEUR, « *la cessation du dommage a longtemps fait figure de « parent pauvre », face aux deux missions traditionnelles du juge, réparer et punir* »¹⁷³¹. Ce constat est d'autant plus étonnant dans la mesure où la cessation de l'illicite est peut-être l'une des plus anciennes sanctions que nous connaissons en droit civil¹⁷³².

La cessation de l'illicite se définit comme « *toute sanction ayant pour objet ou pour effet de prévenir ou de faire cesser une situation de fait contraire au droit* »¹⁷³³. En somme, cette mesure vise un rétablissement de la licéité. Ainsi, il s'agit d'une mesure préventive relevant de la fonction dissuasive de la responsabilité civile. La cessation de l'illicite

1727MARTIN A.-C., *L'efficacité de l'action en concurrence déloyale renouvelée par la démonstration d'un préjudice facilitée ?* », RLC, 1^{er} décembre 2020, n° 100 ; FRISON-ROCHE M.-A., *Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme*, RJDA, juin 1994, n° 6, p. 483

1728Nous écartons la critique devenue habituelle de la lenteur de la justice institutionnelle.

1729BLOCH C., *La cessation de l'illicite : recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Dalloz, avril 2008, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèse, p. 3, n° 3

1730LE TOURNEAU P. (sous-dir.), *Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats 2021/2022*, Dalloz, Paris, 9 septembre 2020, 12^e éd., p. 1106, n° 2311.21

1731DOUVRELEUR O., *Les nouveaux acteurs de la loyauté de la concurrence et l'office du juge*, RLDC, 1^{er} novembre 2017, n° 66

1732En droit romain, il existe déjà des manifestations préventives en droit de la responsabilité civile, droit principalement fondé sur la *Lex Aquilia*., à tel point que Monsieur Guillaume ETIER a estimé que la responsabilité civile en droit romain était orienté autour de deux axes fondamentaux, à savoir la prévention des risques et la réparation de leurs conséquences préjudiciables (ETIER G., *Du risque à la faute : évolution de la responsabilité civile pour le risque du droit romain au droit commun*, Schulthess, Genève, 2006, 58). Cette possibilité de demander la cessation de l'illicite devint, dès l'époque classique du droit romain, systématique sous la forme d'injonction, et cela, avec le développement d'interdits relevant de la fonction de police civile. Les *prætor* romains pouvaient ainsi adresser au défendeur un ordre de faire (*decretum*) ou de ne pas faire quelque chose (*interdictum stricto sensu*). Toutefois, ces injonctions ne constituaient pas de réelles condamnations en nature puisqu'« *en cas d'inexécution, le prætor se contentait d'accorder une actio au demandeur, actio qui avait pour objet [...] une condamnation pécuniaire* » (BLOCH C., *op. cit.*, p. 8, n° 5-1).

1733BLOCH C. et STOFFEL-MUNCK P., *La cessation de l'illicite*, in Pour une réforme du droit de la responsabilité (sous-dir. François Terré), Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, mars 2011, p. 87 ; BLOCH C., *La cessation de l'illicite : recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Dalloz, avril 2008, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèse, p. 3, n° 4

représente une procédure rapide, efficace, et peu coûteuse¹⁷³⁴. Elle ne doit pas être assimilée à la réparation¹⁷³⁵. En effet, tandis que la première sanction vise la source du dommage¹⁷³⁶, la seconde tend à effacer, autant que faire se peut, les effets du fait délictueux. Ainsi, n'ayant pas le même objet, la cessation de l'illicite pourra parfaitement, en pratique, se cumuler avec une condamnation à des dommages et intérêts¹⁷³⁷.

239. **Les conditions de la cessation de l'illicite** – Comme l'avait souligné le Doyen ROUBIER, « *l'action en concurrence déloyale tend avant tout à interdire certains comportements déloyaux de concurrence dont il a été fait usage ; elle vise aussi à les faire cesser, s'ils se poursuivent encore ; s'ils ont déjà cessé, elle vise, tout au moins, à les interdire pour l'avenir* »¹⁷³⁸. En effet, en pratique, ce qui importe pour le détenteur est avant tout de faire cesser l'atteinte à ses données et cela, de manière efficace et rapide ; la question de l'allocation de dommages et intérêts n'étant que secondaire¹⁷³⁹. Cette volonté de faire cesser l'atteinte illicite à un bien informationnel a été spécialement prise en compte en matière de contrefaçon¹⁷⁴⁰.

Aussi, la possibilité de demander la cessation de l'illicite doit être envisagée afin de faire cesser toute utilisation non autorisée des données ou d'anticiper un tel acte. Des auteurs belges ont pu estimer au regard de l'article 10 *bis* de la Convention de Paris du 20 mars 1883 que « *le juge de cessation lorsqu'il constate un acte de concurrence déloyale, est obligé d'en ordonner la cessation* »¹⁷⁴¹. Une telle possibilité se retrouve-t-elle en droit français ? Face à

1734V. en ce sens : BLOCH C., *op. cit.*, p. 13-14, n° 6

1735V. SAVATIER R., *Des effets et de la sanction du devoir moral*, Thèse Poitiers 1916 ; ROUJOU DE BOUBÉE M.-È., *op. cit.*, p. 269 et s. – Le droit allemand distingue l'action en cessation de l'illicite, connue sous la notion d'*Abwehrensprüche* de celle en réparation, *Schadensersatzsprüche* (BLOCH C., *op. cit.*, p. 21, n° 9).

1736LEDUC F., *Cessation de l'illicite exécution forcée en nature et réparation en nature*, in *Hommage en l'honneur de Grégoire Forest*, Dalloz, Paris, coll. *Thèmes et commentaires*, 23 avril 2014, p. 122 : pour qui, la cessation de l'illicite vise à prendre le « *mal à la racine* » et non à agir sur les conséquences dommageables du fait illicite.

1737Cass. 3^e civ., 26 avril 1977, n° 75-15.384, *Bull. civ.* 3, n° 175, p. 135

1738ROUBIER P., *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, Paris, 1952, p. 508

1739En ce sens, v. BLOCH C. et STOFFEL-MUNCK P., *op. cit.*, p. 87 : ces auteurs soulignent que « *le contentieux de la cessation de l'illicite n'a eu de cesse de gagner du terrain, au point, dans quantité de matières, d'avoir pris l'ascendant sur la réparation* ».

1740V. notamment les art. L. 521-6, L. 615-3, L. 623-27, L. 716-4-6, L. 722-3 du CPI

1741REMICHE B. et CASSIERS V., *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire*, Larcier, Bruxelles, 2010, p. 617, n° 687 – Le droit belge prévoit expressément en matière de concurrence déloyale la possibilité d'introduire une action en cessation sur le fondement des articles 121 à 127 de la loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (LPMC) (anciennes dispositions 95 à 100 de la loi sur la protection du consommateur contre les clauses abusives (LPCC)). Cela permet au Président du tribunal de l'entreprise d'ordonner la cessation à toute infraction aux dispositions de cette loi et plus généralement, la cessation de tout acte qui est contraire aux usages honnêtes en matière commerciale au sens de l'ancien article 94/3 LPCC, transposition en droit belge, de la disposition de l'article 10 *bis* de la Convention de Paris.

cette question, deux dispositions doivent être citées. L'article 834 du Code de procédure civile prévoit que « *dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal judiciaire ou le juge des contentieux de la protection dans les limites de sa compétence, peuvent ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend* ». Et l'article 835 dudit Code dispose en son premier alinéa que « *le président du tribunal judiciaire ou le juge des contentieux de la protection dans les limites de sa compétence peuvent toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite* » et en son second alinéa que « *dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, ils peuvent accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire* »¹⁷⁴².

Afin de bénéficier de ces mesures, encore faut-il, pour le demandeur, de caractériser un « *fait illicite* ». Le fait illicite ne peut être une simple anormalité ni une simple faute¹⁷⁴³. Cette condition d'illicéité se comprend parfaitement dans la mesure où la demande de cesser un fait licite constitue, à n'en pas douter, une atteinte injustifiée à l'encontre de l'activité d'autrui, à la liberté du commerce et de l'industrie. La doctrine a proposé trois conceptions de l'illicéité ; allant d'une conception étroite cantonnée à la violation d'une loi ou d'un règlement précis, à une conception large considérant illicite tout fait, ou situation, sanctionné par le droit, en passant par une conception dite intermédiaire. Selon cette dernière conception proposée par le Professeur Cyril BLOCH, l'illicite tient, d'une part, à la faute et d'autre part, à l'atteinte à un droit subjectif consacré¹⁷⁴⁴. Nous préférons retenir la conception intermédiaire de l'illicite, « *in medio stat virtus* »¹⁷⁴⁵.

Pour ce qui nous concerne, l'illicéité sera caractérisée par un comportement déloyal du contrevenant dans la mesure où il porte atteinte notamment à une concurrence saine¹⁷⁴⁶. Ainsi, à titre d'exemple, des mesures d'injonction peuvent être prises en cas de doute sur le caractère frauduleux de l'accès à un système de traitement automatisé de données¹⁷⁴⁷, voire en cas

¹⁷⁴²Nous retrouvons les mêmes dispositions au niveau de la juridiction consulaire avec les articles 872 et 873 du Code de procédure civile. De même, en droit de la concurrence, une disposition similaire se trouve à l'article L. 442-4, alinéa 2, du Code de commerce.

¹⁷⁴³V. LE TOURNEAU P. (sous-dir.), *op. cit.*, p. 1108, n° 2311.25

¹⁷⁴⁴BLOCH C., *op. cit.*, 698 p.

¹⁷⁴⁵LEDUC F., *op. cit.*, p. 123

¹⁷⁴⁶BLOCH C., *op. cit.*, p. 347-348, n° 293

¹⁷⁴⁷V. par ex. TGI Paris, Ord. de référé, 26 janvier 2009, *Forever Living Products c/ Damien B.* Disponible [en ligne] : <https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-grande-instance-de-paris-ordonnance-de-refere-26-janvier-2009/> (consulté le 16/05/2023) – CA Paris, 2^e ch., 9 septembre 2009, *Damien c/ Forever Living*

d'abus caractérisé dans l'exercice de la liberté d'expression¹⁷⁴⁸. Et plus largement, nous estimons que toute atteinte à la « *personnalité économique* » de l'entreprise¹⁷⁴⁹ constitue un fait illicite.

Par ailleurs, il semble que l'action en cessation de l'illicite ne soit pas subordonnée à la démonstration d'un dommage. Il suffit qu'il existe un risque de dommage¹⁷⁵⁰. Contrairement aux dommages et intérêts, dont l'évaluation est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, la cessation de l'illicite doit, selon la doctrine, s'imposer aux juges dès lorsqu'elle leur est demandée et que les conditions pour en bénéficier sont réunies¹⁷⁵¹.

240. **La possible reconnaissance d'un régime autonome de la cessation de l'illicite** – Le Professeur Fabrice LEDUC s'interrogeait sur l'éventualité d'une reconnaissance d'un régime autonome de la cessation de l'illicite dans le cadre de la responsabilité civile de droit commun¹⁷⁵². Cette possibilité ne serait-elle pas en passe de devenir réalité au regard de la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile du 29 juillet 2020¹⁷⁵³ ? En effet, celle-ci prévoit d'insérer dans le Code civil une nouvelle sous-section 5 intitulée « *La prévention du dommage et de la cessation de l'illicite* » comprenant une seule disposition, l'article 1268, ainsi rédigée : « *en matière extracontractuelle, indépendamment de la réparation du préjudice éventuellement subi, le juge peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir le dommage ou faire cesser le trouble illicite auquel est exposé le demandeur* ». Dans l'exposé des motifs, il est indiqué que « *cette mesure viendrait utilement compléter les pouvoirs octroyés au juge des référés, qui peut déjà prévenir un dommage*

Products France, Disponible [en ligne] : <https://www.legalis.net/jurisprudences/cour-dappel-de-paris-2e-chambre-arret-du-09-septembre-2009/> (consulté le 16/05/2023)

1748CA Versailles, 14^e ch., 19 janvier 2023, RG n° 22/06176

1749DESJEUX X., *Quelle protection juridique pour le modèle fonctionnel ? Le design ou la création d'une valeur économique personnelle à l'entreprise*, Gaz. Pal., 1981, n° 1, doctr. p. 297

1750V. en ce sens : BLOCH C., *op. cit.*, p. 422, n° 353 – BLOCH C. et STOFFEL-MUNCK P., *op. cit.*, p. 97 – Cependant, une cour d'appel a estimé au regard de l'article 873 du Code de procédure civile que « *pour que la mesure sollicitée soit prononcée, il doit nécessairement être constaté, à la date à laquelle le premier juge a statué, et avec l'évidence qui s'impose à la juridiction des référés, l'imminence d'un dommage ou d'un préjudice sur le point de se réaliser et dont la survenance et la réalité sont certaines, un dommage purement éventuel ne pouvant être retenu pour fonder l'intervention du juge des référés. La constatation de l'imminence du dommage suffit à caractériser l'urgence afin d'en éviter les effets* » (CA Versailles, 14^e ch., 19 janvier 2023, RG n° 22/06176).

1751V. LE TOURNEAU P. (sous-dir.), *op. cit.*, p. 1106, n° 2311.26 ; BLOCH C. et STOFFEL-MUNCK P., *op. cit.*, p. 98 – V. par ex. Cass. 3^e civ., 7 octobre 1997, n° 95-19.642 ; Cass. 3^e civ., 20 mars 2002, n° 00-16.015 ; Cass. 3^e civ., 10 novembre 2016, n° 15-21949 ; Cass. 3^e civ., 10 novembre 2016, n° 15-25.113 ; Cass. 3^e civ., 10 novembre 2016, n° 15-19.561 ; Cass. 3^e civ., 15 décembre 2016, n° 16-40.240 ; Cass. 3^e civ., 21 décembre 2017, n° 16-25.406 ; Cass. 3^e civ., 9 juillet 2020, n° 18-11.940 :

1752LEDUC F., *op. cit.*, p. 132

1753Sénat, *Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile*, 29 juillet 2020, n° 678

imminent ou faire cesser un trouble manifestement illicite ». En d'autres termes, cette disposition rendrait plus accessible la procédure en référé de l'article 834 du Code de procédure civile.

Il ressort de la rédaction de l'article 1268 de la proposition de loi que la cessation de l'illicite ne revêt pas d'un caractère obligatoire et cela, par l'emploi du verbe « *pouvoir* ». Or, il existe au moins deux arguments allant, à l'inverse, au soutien de ce caractère obligatoire. Premièrement, la cessation de l'illicite permet de satisfaire au mieux les intérêts du demandeur en atteignant directement « *mal à la racine* »¹⁷⁵⁴. Deuxièmement, il serait incohérent d'octroyer au juge le choix de laisser perdurer un comportement, un fait, qui est en contradiction avec la loi au sens large. Sa suppression permet ainsi le respect de la norme, norme qui s'impose au juge. Toutefois, d'aucuns pourraient rétorquer que le caractère obligatoire risque d'enlever toute souplesse au système pouvant parfois conduire à des situations injustes¹⁷⁵⁵. Néanmoins, il y aura toujours la possibilité de tempérer cette rigidité avec le contrôle de proportionnalité « *devenu une figure familière de l'arsenal des demandeurs au pourvoi* »¹⁷⁵⁶. Ce contrôle de proportionnalité a pu déjà être mis en œuvre concernant la demande de cessation de l'illicite en matière d'empiètement sur l'assiette d'une servitude¹⁷⁵⁷. Cependant, la rédaction de l'actuelle disposition de la proposition invite le juge à opérer un tel contrôle de proportionnalité avant toute décision de cessation de l'illicite et cela, par l'emploi de l'expression « *mesures raisonnables* ».

Enfin, nous remarquons également que l'actuel article 1268 de la proposition de réforme du droit de la responsabilité limite la possibilité de demander la cessation de l'illicite à la seule responsabilité extracontractuelle. Nous ne pouvons que déplorer une telle

1754 LEDUC F., *op. cit.*, p. 122

1755 Nous pensons à l'hypothèse d'un empiètement minime sur la propriété d'autrui conduisant à la démolition de cette partie. V. par ex. Cass. 3^e civ., 4 mars 2021, n° 19-17.616 : en l'espèce, l'empiètement était de 0,18 mètre.

1756 LAURENT J., *Empiètement sur l'assiette d'une servitude et proportionnalité : exigence d'un contrôle effectif*, Defrénois, 27 août 2020, n° 35, p. 30

1757 Cass. 3^e civ., 19 décembre 2019, n° 18-25.113 : en l'espèce, la Cour de cassation censure l'arrêt d'appel au visa de l'article 8 de la Convention EDH en considérant que « *en statuant [...] sans rechercher, comme il le lui était demandé, si la mesure de démolition n'était pas disproportionnée au regard du droit au respect du domicile [...], la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* » – V. ég. Cass. 3^e civ., 13 juillet 2022, n°s 21-16.408 et 21-16.407 en l'espèce, la Haute juridiction a estimé que les demandes en démolition de constructions édifiées en violation d'un cahier des charges peuvent être écartées, et cela, en cas de « *disproportion manifeste entre le coût de la démolition pour le débiteur et son intérêt pour les créanciers* ». Dans une telle hypothèse, la violation du cahier des charges doit être « *sanctionnée par l'allocation de dommages-intérêts* ».

limitation¹⁷⁵⁸. Cependant, cette exclusion en matière contractuelle pourrait s'expliquer par la volonté d'éviter tout chevauchement avec l'exécution forcée en nature du contrat¹⁷⁵⁹.

241. **La cessation de l'illicite face aux « atteintes » aux données numériques** – Ainsi, et dans l'attente de l'adoption de la proposition de réforme du droit de la responsabilité, il sera possible pour le détenteur de données numériques, sur le fondement de l'actuel article 834 du Code de procédure civile, de demander des mesures provisoires et conservatoires tendant à la cessation ou la prévention d'une « atteinte » à ses données. En effet, l'utilisation illicite de ses données relève, comme nous l'avons démontré, de la qualification de parasitisme. Ces mesures pourront en particulier se traduire par l'injonction de cesser d'offrir directement ou indirectement les données détenues de manière illicite¹⁷⁶⁰, ou par l'interdiction de poursuivre l'activité jusqu'à extinction de la durée de non-concurrence¹⁷⁶¹. Ainsi, à titre d'illustration, nous pouvons faire référence à un jugement en date du 14 septembre 1994 du Tribunal de grande instance de Paris¹⁷⁶². Bien qu'ils aient écarté la violation du droit d'auteur, les juges du fond ont estimé qu'un fournisseur d'informations financières et commerciales s'était rendu coupable de parasitisme. Celui-ci avait en effet extrait, résumé et intégré une partie significative d'un article dans une base de données, la mettant à disposition de ses clients le jour même de sa publication. Les juges avaient alors imposé la cessation d'un tel comportement et avaient condamné le fournisseur à des dommages et intérêts.

Cette action en cessation de l'illicite ne se cantonne pas au responsable des faits. Elle peut également concerner des personnes pour lesquelles le demandeur serait dépourvu à leur encontre de droit à réparation¹⁷⁶³. Cette situation se retrouve dans l'hypothèse de diffusion d'informations sur un site Internet. Le demandeur pourra intenter une action en cessation de l'illicite à l'encontre de l'hébergeur pour faire cesser cette diffusion alors même qu'il ne pourrait pas lui reprocher une quelconque faute et engager sa responsabilité¹⁷⁶⁴. Ainsi, le

1758V. en ce sens : MEKKI M., *Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile du 13 mars 2017 : des retouches sans refonte*, Gaz. Pal., 2 mai 2017, n° 17, p. 12 et s., spéc. p. 15

1759V. en ce sens : CARVAL S., *Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile*, JCP G., 2017, p. 401

1760Cette possibilité est souvent de mise dans la vente de produits hors réseaux, v. par ex. CA Paris, 5^e ch. A, 8 juin 2005 ; Juris-Data n° 2005-275305 ; CA Paris, Pôle 1, ch 3, 2 février 2016, n° RG 15/01542 ; CA Rennes, 27 octobre 2015, n° RG 2013/07872

1761V. par ex. CA Aix-en-Provence, 2^e ch., 7 février 2005 ; Juris-Data n° 2005-272828 ; CA Versailles, 12^e ch., 26 janvier 2023, RG n° 20/00682

1762TGI Paris, 14 septembre 1994, RIDA juillet 1995, n° 163, p. 353

1763Ainsi, dans certaines hypothèses, le débiteur de l'obligation de cessation de l'illicite pourra être différent de celui de l'obligation de réparation, marquant, par là même, la distinction entre la cessation de l'illicite et la réparation. V. en ce sens BLOCH C. et STOFFEL-MUNCK P., *op. cit.*, p. 96

1764V. pour la responsabilité des prestataires intermédiaires : Directive 2000/31/CE relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, transposée en droit français par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, et le règlement (UE) 2022/2065 du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques – V. é.g. CJUE, 3^e ch., 3

principe de non-responsabilité de l'hébergeur n'exclut pas qu'il ait « *un rôle actif à jouer en présence de contenus illicites* »¹⁷⁶⁵. Il peut donc être tenu de prendre des mesures à l'encontre de contenus illicites spécifiques telles que leur retrait ou rendre leur accès impossible.

242. **La question de la possibilité d'une restitution *in rem*** – Se pose la question de savoir si le détenteur des données peut demander une restitution *in rem*, c'est-à-dire la remise de ses données¹⁷⁶⁶. Nous avons vu que l'action en concurrence déloyale et parasitaire pouvait être analysée comme s'apparentant à l'action en revendication. Autrement dit, nous serions en présence d'une « *para-revendication* ». La jurisprudence a déjà admis la possibilité d'exercer une action en revendication pour un bien incorporel¹⁷⁶⁷. Or, encore faut-il que nous soyons en présence d'un bien. Cette qualification pourrait poser des difficultés en présence d'une simple donnée brute dépourvue de valeur. Sur ce point, il convient de ne pas confondre la donnée de son support quand même bien sa matérialité de ce dernier serait fortement réduite¹⁷⁶⁸. La restitution du support est envisageable, mais celle de la donnée posera indubitablement problème et cela, en raison de son caractère ubiquitaire. Le responsable ayant pris connaissance du contenu informationnel de la donnée, pourra, certes, restituer son support acquis de manière illicite mais gardera en mémoire ledit contenu informationnel, le droit n'ayant pas la possibilité d'effacer les mémoires des hommes. Autrement dit, la restitution *in rem* est envisageable pour la donnée au plan pragmatique, le support. En revanche, celle-ci est impossible pour la donnée au niveau sémantique c'est-à-dire le contenu informationnel. Aussi, cette obligation de restitution s'accompagnera-t-elle nécessairement d'une obligation de ne pas utiliser le contenu informationnel en cause.

octobre 2019, aff. C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek c/ Facebook Ireland Limited* ; JurisData n° 2019-017043 ; Légipresse 2020. 29, note VARET V. ; JCP G 2019, act. 1065, obs. BERLIN D. ; Comm. com. électr., novembre 2019, n° 11, comm. 67, LOISEAU G. ; RLDI 2020, n° 167, p. 27 et s., obs. DERIEUX E.
1765 LOISEAU G., *La suppression de contenus identiques ou équivalents au contenu déclaré illicite*, Comm. com. électr., novembre 2019, n° 11, comm. 67

1766 Cette possibilité est connue en droit suisse sous le vocable de restitution *in rem* (v. WIDMER LÜCHINGER C., OSER D., *Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR Basler Kommentar*, Bâle 2019, 7^e éd., OR 43 N4).

1767 CA Paris, 19 mai 2006, 4^e ch., sec. B, n° RG 04/08720 : en l'espèce, les juges parisiens estiment que « *la soustraction de l'invention constitutive de l'un des cas d'ouverture de l'action est susceptible de se trouver réalisée, s'agissant de la revendication d'un bien immatériel, même sans dépossession du bien, du fait d'une atteinte à la jouissance de la chose sur laquelle s'exerce l'emprise de la propriété* ».

1768 Il est couramment question de dématérialisation du support. Or, comme l'a souligné Monsieur Olivier PIGNATARI dans sa thèse, « *en réalité, le support n'est pas rendu à l'abstraction la plus complète, il ne fait qu'emprunter une matérialité de substitution* » (PIGNATARI O., *Le support en droit d'auteur*, Larcier, Bruxelles, coll. Création Information Communication, mai 2013, p. 106, n° 146). Nous sommes plutôt en présence d'une atténuation de la matérialité du support. – V. ég. BINCTIN N., *Le capital intellectuel*, LexisNexis, Paris, 2007, coll. Fédération Nationale pour le Droit de l'Entreprise, sous-coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, p. 49-50, n° 38

Le détenteur des données sera, toutefois, réticent d'engager une procédure judiciaire si celle-ci risque de dévoiler ses données qu'il désire garder secrètes. Sur ce point, une nouvelle protection a vu le jour avec la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires venant transposer la directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016. Cette protection n'offre-t-elle pas un moyen efficace de réservation des données numériques pour le détenteur ?

II. La réservation des données assurée par le secret des affaires

243. **Le secret des affaires, un paradoxe dans une société de transparence** – Le secret mène à une maîtrise sur les informations gardées secrètes. Cela conduit à une réservation de fait des informations au profit de leur détenteur. Seul ce dernier pourra choisir avec qui il voudra partager ses informations. Ce mécanisme de réservation de fait se révélerait, toutefois, inefficace sans protection contre les atteintes aux secrets.

Or, il peut apparaître paradoxal de vouloir protéger le secret de certaines données quand la société contemporaine est marquée par une volonté d'ériger la transparence¹⁷⁶⁹ comme un impératif social cardinal. Le principe de transparence favoriserait la vertu, l'honnêteté et la confiance. Il serait même possible de considérer que, dans notre société actuelle, la « *transparence est portée à son paroxysme* »¹⁷⁷⁰. Le droit de savoir illustre parfaitement ce phénomène de « *société de la transparence* ». À l'opposé, le secret paraît, alors, suspect voire assimilé à l'illicite. Cette défiance à l'égard du secret s'est renforcée à la

1769LEPAGE A., *Avant-propos sur le droit de savoir*, in Rapport annuel de la Cour de cassation, 2010, p. 70 : pour qui, le terme de transparence est employé dans son sens imaginé pour désigner l'aptitude d'une société à laisser passer l'information. – V. ég. DELAUNAY B., *La transparence dans la vie économique*, Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, avril 2018, n° 59

1770LEPAGE A., *Avant-propos sur le droit de savoir*, in Rapport annuel de la Cour de cassation, 2010, p. 65

suite de révélations médiatisées de pratiques occultes¹⁷⁷¹, à tel point, que certains auteurs ont pu estimer que le secret était mort¹⁷⁷².

Il convient, toutefois, de dépasser cette vision manichéenne et ne pas tomber dans une « *transparence névrotique* »¹⁷⁷³ voire dans « *une dictature de la transparence* »¹⁷⁷⁴. Aussi, est-il nécessaire de trouver un équilibre entre transparence et secret¹⁷⁷⁵. Certes, le secret connaît actuellement une certaine dévalorisation¹⁷⁷⁶. Néanmoins, dans la vie des affaires, « *la transparence absolue est aussi nocive que l'opacité totale* »¹⁷⁷⁷ dans la mesure où une telle transparence peut se révéler être un frein dans l'innovation¹⁷⁷⁸. En effet, « *quelle entreprise accepterait par exemple de financer de coûteux programmes de recherches si les résultats obtenus devaient être partagés avec tous ? À quoi servirait-il de déployer de sérieux efforts pour s'attacher une clientèle s'il était possible à un concurrent de s'en emparer en obtenant des informations confidentielles sur les méthodes de vente ou les procédés techniques mises*

1771À titre d'illustrations, deux affaires médiatiques peuvent être citées. Tout d'abord, l'affaire dite des « *Panama papers* » concernait des révélations basées sur la fuite de plus de 11,5 millions de documents provenant du cabinet d'avocats panaméen *Mossack Fonseca*, spécialiste de la domiciliation de sociétés offshore. Ensuite, la seconde affaire concerne le scandale d'optimisation fiscale connu sous le nom « *LuxLeaks* ». Dans cette affaire, d'anciens employés qui avaient soustrait en 2010 et en 2012 des centaines de documents fiscaux confidentiels à leur employeur, la société de conseil *PricewaterhouseCoopers* (PwC) qui propose des services d'audit, de conseil fiscal et de conseil de gestion d'entreprise et les avaient ensuite communiqués à un journaliste. Aussi, plusieurs centaines de rescrits fiscaux et de déclarations fiscales ont été publiés dans différents médias notamment lors de l'émission *Cash Investigation* du 11 mai 2012 portant sur le thème des « *Paradis fiscaux : les petits secrets des grandes entreprises* ». Ces publications ont mis en lumière une pratique, sur une période s'étendant de 2002 à 2012, d'accords passés entre PwC pour le compte de sociétés multinationales et l'administration fiscale luxembourgeoise.

1772LOMBARD P., MACAIGNE P. et OUDIN B., *Le médecin devant ses juges*, éd. Robert Laffont, Paris, 1^{er} mai 1973, cité par GROESMANS R., *Rapport sur le secret professionnel et le droit privé en droit belge*, in *Le secret et le droit*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. V, Paris, Dalloz, 1974, p. 9

1773CARCASSONNE G., *Le trouble de la transparence*, Pouvoirs 2001/2, n° 97

1774Cette expression a été employée par le sociologue Frédéric LEMARCHAND dans son article « *Vers une dictature de la transparence : secret et démocratie* », 2014, *Revue internationale d'éthique sociale et gouvernementale*, volume 16, n°1, 2014. Disponible en ligne : <https://ethiquepublique.revues.org/1382> (consulté le 29/05/2023) – V. dans le même sens, le philosophe Jacques DERRIDA qui estimait d'« *exiger que tout soit étalé sur la place publique et qu'il n'y ait plus d'espace intime de délibération est un signe flagrant de totalitarisation de la démocratie* » (citation issue : EL MAKKI L. et WOLFF N., *Des hommes, des femmes, nos libertés*, Dalloz, Paris, novembre 2022, p. 171).

1775BREDIN J.-D., *Secret, transparence et démocratie*, Pouvoir, 2001, n° 97, p. 5 : cet auteur considère le secret comme la face noble de l'opacité.

1776BUYLE J.-P., *Le secret d'affaires : du droit à l'intimité au secret professionnel*, in *Liber Amicorum Guy Horsmans*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 132

1777LEPAGE A., *op. cit.*, p. 74

1778À supposer qu'aucune information ne puisse être gardée secrète, dans une telle hypothèse, aucune entreprise ne serait incitée à investir en matière de recherches et développements. En d'autres termes, cela entraînerait une « *scélérose* » dans le domaine de l'innovation, faute pour l'investisseur de bénéficier des avantages économiques et financiers résultant de l'innovation. Nous retrouvons cette idée dans les considérants de la directive (UE) 2016/943 que la protection du secret des affaires participe à l'innovation. (v. notamment cons. 1, 2, 3). – V. é.g. VIRASSAMY G., *Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise*, RTD Com., 1988, p. 179 et s : l'excès de transparence aboutirait, selon cet auteur à une « *paralyse de l'initiative individuelle en matière économique. En effet, il serait plus rentable d'attendre celles des autres pour en tirer profit, que d'agir soi-même* ».

au point ? »¹⁷⁷⁹. Le secret est, indéniablement, pour l'*homo-economicus*, un outil de compétitivité et de gestion de l'innovation¹⁷⁸⁰. En cela, le secret des affaires est d'une importance vitale dans l'économie de la connaissance¹⁷⁸¹.

244. **L'intérêt croissant pour le secret des affaires** – Force est de constater qu'à partir des années soixante et soixante-dix¹⁷⁸², le secret des affaires a fait l'objet d'un intérêt croissant auprès tant des universitaires¹⁷⁸³ que des professionnels¹⁷⁸⁴ ainsi que des juges¹⁷⁸⁵ et autorités nationales¹⁷⁸⁶. L'une des raisons de la montée en puissance des secrets des affaires s'explique par une facilité accrue du détournement des informations, et cela, en raison des nouvelles technologies¹⁷⁸⁷. Bien que la nature intangible des secrets des affaires rende difficile leur protection¹⁷⁸⁸, des dispositions internationales et nationales sont venues en apporter une. Ainsi, l'Accord sur les ADPIC, impose aux pays membres de prévoir une protection aux

1779BUYLE J.-P., *op. cit.*, p. 94

1780V. cons. 2 de la directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016

1781DE WERRA J., *International Transfer of Trade Secrets : Traps and Promises*, in La protection des secrets d'affaires = The Protection of Trade Secrets, éd. Schulthess, Genève, 18 janvier 2013, p.103 – Par ailleurs, en outre-Atlantique, un auteur a estimé que les secrets des affaires représentent environ 80 % des actifs de certaines entreprises (HUTCHINS J. P., *The Corporation's Valuable Assets : IP Rights under Sox*, in 26th annual institute on computer & internet law 289, 291 (PLI Intellectual Property, Course Handbook Series N° G-859, 2006) – V. ég. : BONELLO Y.-H., *Le secret*, PUF, Paris, coll. Que sais-je, janvier 1999, 1^e éd. p. 49 : pour qui le secret est une « valeur traditionnelle » dans les affaires. ; SANDEEN S. et MYLLY U.-M., *Trade Secrets and the Right to Information : A Comparative Analysis of E.U. and U.S. Approaches to Freedom of Expression and Whistleblowing*, North Carolina Journal of Law & Technology, vol. 3, issue 3, 2020

1782WARUSFEL B., *Les enjeux juridiques et politiques de la protection des secrets d'affaires*, in La protection des secrets d'affaires : Perspectives nationales et européennes, Actes du colloque du 1^{er} avril 2016, LexisNexis, coll. Du C.E.I.P.I., 7 décembre 2017, p. 2

1783V. par ex. SKRZYPNIAK H., *La réservation du savoir-faire : l'apport du contrat*, Thèse pour le doctorat en droit, Lille : Université de Lille 2 – Droit et Santé, 2014 ; GARINOT J.-M., *Le secret des affaires*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Bourgogne, 2011, L.G.D.J., 2013, coll. Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, préf. É. Loquin, 400 p.

1784V. par ex. MAISON ROUGE O., *Le droit de l'intelligence économique : patrimoine informationnel et secrets d'affaires*, Rueil-Malmaison, Lamy, 2012

1785Par ex, au niveau européen : la Cour de justice a consacré la protection des secrets des affaires comme un principe général du droit communautaire au cours de la procédure administrative (CJCE, 24 juin 1986, aff. 53/85, *AKZO Chimie et AKZO Chimie UK c/ Commission*, spéc. p. 28 ; CJCE, 19 mai 1994, aff. C-36/92, *SEP c/ Commission*, pt. 36 ; CJCE, 14 février 2008, aff. C-450/06, *Varec SA c/ Belgique*, pt. 49 ; CJUE, 28 juin 2012, aff. C-404/10 P, *Commission c/ Éditions Odile Jacob* ; CJUE, 28 juin 2012, aff. C-477/10 P, *Commission c/ Agrofert Holding*) – En France : CE, 9^e et 10^e SSR, 10 octobre 2014, req. N° 367807, *Syndicat national des fabricants d'isolants en laines minérales manufacturées* ; Cass. com., 29 janvier 2020, n° 18-11.725 – En Angleterre : Supreme Court of England and Wales, 22 May 2013, *Vestergaard Frandsen A/S (now called MVF 3 ApS) and others (Appellants) v Bestnet Europe Limited and others (Respondents)* [2013] UKSC 31

1786V. au niveau européen : Commission européenne, Communication 2005/C325/07 relative aux règles d'accès au dossier de la Commission dans les affaires relevant des articles 81 et 82 du Traité CE, des articles 53, 54 et 57 de l'Accord EEE et du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, 22 décembre 2005 – Au niveau national : Cons. conc. n° 08-D-31 du 10 décembre 2008, Sté Concurrence

1787DAVID S. ALMELING, *Seven Reasons Why Trade Secrets Are Increasingly Important*, Berkeley Technology Law Journal, 2012, v. 27, p. 1098

1788DE WERRA J., *op. cit.*, p.110 : pour qui, le secret des affaires « *which is perhaps the most intangible type of all intellectual property rights* ».

« renseignements non divulgués »¹⁷⁸⁹. Une telle disposition a été considérée comme « une innovation majeure »¹⁷⁹⁰. En effet, le mérite de cette disposition est d'une part, d'avoir « réussi à faire une synthèse harmonieuse des règles de droit privé et les normes de droit public »¹⁷⁹¹ et d'autre part, de permettre une protection minimale du secret des affaires au niveau international. Néanmoins, nous ne pouvons qu'observer l'importante influence qu'a exercée la pensée américaine sur la rédaction de l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC au regard de l'*Uniform Trade Secret Act* publié par l'*Uniform Law Commission* en 1979¹⁷⁹².

En France, la genèse de cette protection a été, somme toute, ardue¹⁷⁹³. En raison des difficultés à saisir cette notion, le secret des affaires a été vu comme « *serpent de mer* »¹⁷⁹⁴. Il faudra finalement attendre l'adoption de la directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 et ainsi que sa transposition par la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 pour que la notion de secret des affaires soit définie légalement et qu'une protection spécifique soit instituée. Cette loi du 30 juillet 2018 est un « *exemple de la nouvelle génération des secrets qui se caractérise notamment par le dispositif juridique assez complet qui les accompagne et qui définit et limite les conditions de leur mise en œuvre* »¹⁷⁹⁵.

Reste à savoir si le secret des affaires embrasse l'entièreté des données numériques du détenteur (A) et d'évaluer si les dispositions offrent une protection efficace contre leurs

1789 Art. 39 de l'Accord sur les ADPIC. La référence faite par l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC à l'article 10 bis de la Convention de Paris permet d'inclure la protection des renseignements non divulgués dans le droit de la concurrence déloyale.

1790 DESSEMONTET F., *Les secrets d'affaires dans l'Accord sur les ADPIC*, in Problèmes actuels de droit économique. Mélanges en l'honneur du Professeur Charles-André Junod, éd. Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1997, p. 88, n° 2

1791 *Ibid.*, p. 87, n° 1

1792 *Ibid.*, p. 109 : pour qui, l'article 39 de l'Accord ADPIC réunit la tradition américaine du secret des affaires et les conceptions européennes de la concurrence déloyale.

1793 V. les différentes propositions de réformes françaises : Assemblée nationale, *Proposition de loi relative à la protection des créations réservées*, n° 2858, 30 juin 1992 ; CARAYON B., *Intelligence économique, compétitivité et cohésion sociale*, La Documentation française, juillet 2003, 173 p. ; *Id.*, *À armes égales : rapport au Premier ministre*, La Documentation française, septembre 2006, 118 p. ; Assemblée nationale, *Proposition de loi relative à la protection des informations économiques*, Document parlementaire, n° 1754, 17 juin 2009 ; *id.* A., *Proposition de loi relative à la protection des informations économiques*, Document parlementaire, n° 3103, 13 janvier 2011 ; MATHON C., *La protection du secret des affaires : Enjeux et propositions*, 17 avril 2009 ; Assemblée nationale, *Proposition de loi visant à sanctionner la violation du secret des affaires*, Document parlementaire, n° 3985, 22 novembre 2011 ; *id.*, *Proposition de loi relative à la protection du secret des affaires*, Document parlementaire, n° 2139, 16 juillet 2014 ; *id.*, *Amendements du projet de loi pour la croissance et l'activité*, Document parlementaire, n° SPE1810 (Rect), n° SPE1811 (Rect), n° SPE1812 (Rect), n° SPE1813 (Rect), n° SPE1814 (Rect), n° SPE1815 (Rect), 12 janvier 2015

1794 PACLOT Y., *Secret et relations d'affaires : les diverses facettes du secret des affaires*, Dr. & Pat., 1^{er} mars 2002, n° 102. — V. dans le même sens : WARUSFEL B., *Le droit peut-il encore protéger le secret ?*, Les cahiers du Conseil constitutionnel, avril 2023, n° 10 : pour qui le secret des affaires serait une « *arlésienne du droit français* ».

1795 WARUSFEL B., *op. cit.*

atteintes dans l'environnement numérique, voire plus efficace que le droit commun de la responsabilité civile (B).

A. Les données numériques protégées en tant que secret des affaires

245. **Le secret des affaires, une notion souple** – La loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires consacre le secret des affaires en notion juridique et en apporte une définition. L'article L. 151-1 du Code de commerce nous offre une définition factuelle du secret des affaires. Pour que l'information soit qualifiée de secret des affaires, trois conditions doivent être réunies : « 1° Elle n'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ; 2° Elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ; 3° Elle fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret »¹⁷⁹⁶. L'avantage indéniable de cette définition réside dans sa flexibilité, qui lui permet d'englober diverses informations et de s'adapter ainsi aux évolutions économiques et aux exigences du monde des affaires. À l'instar de l'Accord sur les ADPIC, cette disposition ne prévoit pas d'exclure de la notion de secret des affaires certaines catégories d'informations telles que celles utiles aux industries pharmaceutiques ou encore celles erronées¹⁷⁹⁷. En d'autres termes, toute information, quelle que soit sa nature ou sa dénomination, ou encore

¹⁷⁹⁶L'article L. 151-1 du Code de commerce reprend, certes, les trois conditions posées par la directive (UE) 2016/943, mais avec quelques modifications. En effet, le texte européen définit le secret des affaires comme « des » informations tandis que le Code de commerce le définit comme « toute » information. « Toute » est un déterminant indéfini signifiant « n'importe quel » élément considéré séparément ou encore que nous considérons les éléments d'un ensemble dans leur globalité. L'usage de ce déterminant renforce ainsi le caractère universel de la qualification. Aussi, une seule information peut-elle constituer un secret des affaires au sens de l'article L. 151-1 du Code de commerce alors que tel n'est pas le cas selon une interprétation littérale de l'article 2 de la directive (UE) 2016/943. Est-ce à dire qu'il s'agit d'une transposition incorrecte de la directive précitée ? Il est fait obligation aux États membres de transposer dans les délais fixés par le Législateur européen les directives. Cependant, le « le législateur national doit transposer l'idée, et non la lettre de la directive. Il n'est pas obligé de transposer mot à mot le texte de la directive » (BENABOU V.-L., *La transposition des directives en droit interne : l'exemple du droit d'auteur*, LEGICOM, 2004/I, n° 30, p. 27). De plus, cet élargissement de la définition du secret des affaires en droit français nous semble conforme au texte européen dans la mesure où l'article 1.1 de la directive (UE) 2016/943 permet expressément aux États membres de prévoir une protection plus étendue.

¹⁷⁹⁷V. DESSEMONTET F., *op. cit.*, p. 98, n° 22 – Cependant, l'Accord sur les ADPIC prévoit au sein de l'article 39.3 des exceptions concernant les données non divulguées résultant d'essais ou d'autres données non divulguées pour les produits pharmaceutiques ou de produits chimiques pour l'agriculture et dont l'établissement demande un effort considérable. Pour ces données, la protection peut être écartée « pour protéger le public, ou à moins que des mesures ne soient prises pour s'assurer que les données sont protégées contre l'exploitation déloyale dans le commerce ».

son origine, peut relever du secret des affaires. La directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 cite à titre d'exemples, en son considérant 2, le savoir-faire, des connaissances technologiques, des données commerciales telles que les informations relatives aux clients¹⁷⁹⁸ et aux fournisseurs, les plans d'affaires, les études et stratégies de marché, des créations, des innovations ainsi que de manière générale des connaissances. Nous pouvons mentionner afin d'illustrer le caractère malléable de la notion de secret des affaires, une décision de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 12 mai 2022. Les juges aquisextains ont estimé qu'« *il peut être admis que la composition d'un produit relève du secret des affaires [...], même si la protection d'une telle information relève plus par sa nature même du droit de la propriété intellectuelle, voir[sic] du droit de la concurrence déloyale* »¹⁷⁹⁹.

246. **La donnée, un secret des affaires « numérique »** – Nous avons vu que le droit d'auteur protège l'œuvre, empreinte de la personnalité de l'auteur et non pas son contenu informationnel. Partant, seules certaines données peuvent relever du droit d'auteur, notamment les données structurées en base de données. Cependant, cette protection se limite au plan syntaxique. Autrement dit, le droit d'auteur ne peut venir protéger les données au plan sémantique. À l'inverse, le secret des affaires se révèle être un instrument approprié pour protéger les données numériques au niveau sémantique. Ainsi, par exemple, le savoir-faire d'une entreprise est constitué de connaissances techniques. Peu importe que ces connaissances proviennent d'un dessin, d'un texte ou d'une combinaison des deux, elles seront protégées par le secret des affaires si les conditions de l'article L. 151-1 du Code de commerce sont réunies.

Aussi, de prime abord, nous pouvons estimer que toutes les données numériques gardées secrètes relèvent du secret des affaires. Cependant, encore convient-il de vérifier cette assertion. Cela est d'autant plus important qu'il revient à la partie qui entend se prévaloir de la protection au titre du secret des affaires de démontrer la réunion des conditions posées à l'article L. 151-1 du Code de commerce, la simple allégation n'étant pas suffisante¹⁸⁰⁰.

Notre étude devra prendre en considération, avant tout, la nature hétérogène des données numériques, de la possibilité que ces dernières proviennent de phénomènes non

¹⁷⁹⁸Le secret des affaires, des informations semble inclure les données à caractère personnel. Une telle insertion entraîne indubitablement la question de son articulation avec la protection des données à caractère personnel prévue par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

¹⁷⁹⁹CA Aix-en-Provence, 12 mai 2022, RG n° 2021/14892

¹⁸⁰⁰Par ex. CA Paris, ordonnance du 17 décembre 2020, n° 11/06900 ; CA Versailles, 1^{er} ch. 1^{er} sect., 21 juin 2022, RG n° 21/01766 ; CA Versailles, 1^{er} ch. 1^{er} sect., 5 juillet 2022, RG n° 21/02181 ; CA Paris, Pôle 1 – ch. 8, 20 janvier 2023, n° RG 22/08506

secrets et du fait, également, que la collecte peut avoir lieu par le biais des processus automatisés caractéristiques du monde de l'Internet des objets. Aussi, la première difficulté à laquelle nous sommes confrontés est de savoir si tous les types de données intègrent le champ d'application de la protection du secret des affaires ou si, à l'inverse, certaines d'entre elles en sont exclues irrémédiablement. Pour ce faire, il convient d'examiner si les conditions posées à l'article L. 151-1 du Code de commerce sont réunies.

1. Les données numériques face aux conditions intrinsèques des secrets des affaires

247. Pour pouvoir qualifier une donnée de secret des affaires, elle doit être secrète¹⁸⁰¹ et présenter une valeur commerciale¹⁸⁰².

a. Le secret et les données numériques

248. **L'exigence du caractère secret** – Dire que pour être qualifiée de secret des affaires, la donnée doit présenter un caractère secret relève *a priori* d'un truisme. Le secret est une condition *sine qua non* de la protection et peut être considéré comme « *l'équivalent fonctionnel de l'exigence de nouveauté selon le droit des brevets* »¹⁸⁰³. Cependant, l'exigence du caractère secret est moins stricte que celle de nouveauté retenue en droit des brevets. En effet, en droit des brevets, la nouveauté qui s'apprécie *in abstracto*, est détruite dès que l'invention a été mise à disposition du public pouvant se limiter à quelques personnes. À l'inverse, pour détruire le caractère secret, il faut que l'information confidentielle soit « *généralement connue* » ou « *aisément accessible* ». Il nous semble que cette dissemblance entre le brevet et le secret des affaires s'explique au regard des conséquences des régimes. Le brevet confère un droit exclusif d'exploitation, un monopole d'exploitation, alors que tel n'est pas le cas en matière de secret des affaires¹⁸⁰⁴.

249. **Une conception relative du secret** – Il s'agit d'une conception relative du secret, et cela, à un double titre. Tout d'abord, il convient d'apprécier le caractère secret au regard de

1801Article L. 151-1, 1° du Code de commerce

1802Article L. 151-1, 2° du Code de commerce

1803DESSEMONTET F., *op. cit.*, p. 99, n° 24

1804V. cons. 16 de la directive (UE) 2016/943

l'ensemble des éléments composant l'information et non pas par rapport aux éléments pris individuellement. Aussi, le secret n'est-il anéanti que par une antériorité compacte rejetant, par là même, la théorie de la mosaïque¹⁸⁰⁵. De plus, le caractère secret s'apprécie au sein d'une sphère professionnelle déterminée, par rapport aux « *personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité* ». Ainsi, comme en matière de propriété intellectuelle, le Législateur fait référence à un « *personnage-cadre* » pour apprécier cette condition¹⁸⁰⁶. En somme, ce personnage-cadre permet une approche objective du caractère secret. Aussi, comme l'avait fait remarquer Monsieur Jean-Marie GARINOT, « *peu importe que l'information ne soit pas totalement secrète, il suffit qu'elle ne soit pas facilement accessible aux professionnels concurrents* ». Ainsi, le fait qu'une partie de l'information constituant le secret des affaires soit connue de la sphère professionnelle voire du domaine public n'implique pas *ipso facto* que l'information en elle-même soit entièrement connue. De même, ne perd pas son caractère secret, l'information qui est un assemblage inconnu d'informations connues. C'est pourquoi la liste de clients ou de fournisseurs, élément représentant une ressource précieuse pour l'entreprise, pourra relever de secret des affaires, nonobstant l'accessibilité des coordonnées de chaque client ou fournisseur dans des annuaires. Cependant, l'information perd son caractère secret dès lors qu'elle est connue ou facilement accessible à la sphère professionnelle considérée, quand bien même, cette information serait ignorée par le grand public. Autrement dit, les secrets peuvent demeurer inconnus des profanes sans pour autant être qualifiés *de facto* de secrets des affaires. Ainsi, par exemple, une méthode de coulée du métal peut parfaitement être inconnue du grand public, des non-initiés, mais facilement connue dans l'industrie de la fonderie¹⁸⁰⁷. De surcroît, ce qui est aisément accessible au grand public, aux profanes, l'est, par conséquent, aux « *personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité* ».

Ensuite, la conception relative du secret s'observe par le fait que l'information n'est pas nécessairement connue d'une seule personne ; elle peut l'être d'un groupe de personnes. Cela représente indéniablement pour avantage de permettre au détenteur initial du secret de le communiquer à d'autres professionnels du secteur pour l'exploiter, sous condition de

1805STROWEL A et CASSIER V., *La directive du 8 juin 2016 sur la protection des affaires*, in *Le secret*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 96-100

1806BINCTIN N., *Les sept familles de la propriété intellectuelle*, in *Mélange J. Schmidt-Szalewski*, LexisNexis, coll. CEIPI, n°61, 2014

1807Exemple issu du Commentaire UTSA, UTSA § 1 (1985) Commentaire UTSA § 1 (1985) Comment, disponible [en ligne] : <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/us/us034en.pdf> (consulté le 10/06/2023). Il nous semble que cet exemple de l'UTSA est parfaitement transposable en droit français dans la mesure où la directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 s'est inspirée fortement de l'Accord sur les ADPIC lui-même influencé par la législation américaine.

préserver le secret. Il s'agit concrètement de l'exemple du contrat de communication de savoir-faire, improprement nommé de « *licence de savoir-faire* ».

250. **Les critères d'identification du secret** – Nous remarquons qu'il ressort de l'article L. 151-1, 1° du Code de commerce, deux critères alternatifs d'identification du secret : la connaissance et l'accessibilité de l'information. Il est, néanmoins, possible d'en retenir un seul, l'accessibilité. Celle-ci se décline en trois types d'accessibilité. La première dite matérielle, c'est-à-dire à la possibilité d'accéder physiquement à l'information. La deuxième intellectuelle désigne la faculté de comprendre l'information pour les tiers qui en ont eu un accès matériel. Et la troisième dite juridique renvoie à la possibilité pour les tiers d'obtenir l'information licitement, de l'utiliser et de la divulguer. Comme l'a estimé Monsieur Ralph SCHLOSSER, « *une connaissance est difficile d'accès lorsqu'elle ne peut être percée qu'au moyen d'effort et de dépenses d'une certaine importance* »¹⁸⁰⁸. Ainsi, par exemple, les algorithmes ou les code-sources des logiciels commercialisés peuvent prétendre à la protection au titre du secret des affaires tant que l'accès aux informations technologiques permettant le fonctionnement de l'algorithme ou du logiciel est difficile voire impossible dans la branche professionnelle déterminée¹⁸⁰⁹.

Cette exigence du caractère secret conduit à exclure les informations relevant du domaine public. Nous retrouvons ainsi la logique irriguant l'ensemble des droits de la propriété intellectuelle¹⁸¹⁰. Aussi, après l'expiration du brevet, l'invention qui est tombée dans le domaine public ne pourra pas être protégée, par la suite, par le biais du secret des affaires. De même, les données publiques ne pourront pas être « *captées* » par une seule personne sous couvert de la protection du secret des affaires.

251. **L'incidence du numérique sur l'appréciation du caractère secret** – Dans le cadre de notre étude, nous ne pouvons écarter la question de l'accessibilité dans l'environnement numérique et plus précisément, sur Internet. L'appréciation du caractère secret de l'information doit-elle se limiter territorialement ? Autrement dit, la catégorie des personnes familières est-elle circonscrite uniquement au territoire dans lequel réside le détenteur ou le contrevenant, ou encore celui de l'Union européenne ? À l'inverse, est-ce que cette catégorie n'est pas circonscrite territorialement et comprend ainsi tous les États du monde ? Cette

1808SCHLOSSER R., *Les secrets économiques dans les relations de travail, les collaborations et les procès civils*, in La protection des secrets d'affaires, De Werra Jacques (sous-dir.), Genève, Schuthess, 2013, p. 68

1809En ce sens, v. DESSEMONTET F., op. cit., p. 101, n° 26

1810Par ex. avec l'exigence de nouveauté en droit des brevets à l'article L. 611-10 du CPI.

interrogation relève d'une importance à une époque où l'utilisation de l'Internet par les entreprises est quotidienne. Or, ni Législateur européen ni le Législateur français n'ont apporté de précisions quant à la territorialité du caractère secret. S'agissant d'une transposition d'une directive européenne, il est possible de considérer que cette appréciation devrait être circonscrite territorialement au territoire de l'Union européenne. Une telle interprétation s'appuie sur un raisonnement par analogie avec les règles concernant la divulgation de dessin et modèle¹⁸¹¹. En outre, une extension au monde entier serait peu vraisemblable dans la mesure où celle-ci aurait, indéniablement, pour conséquence d'affaiblir la protection¹⁸¹². Néanmoins, l'Internet ne contredit-il pas une telle interprétation ? En effet, l'Internet ne se limite pas territorialement. Aussi, si l'information secrète se trouve sur un site Internet, nous estimons qu'il conviendrait de vérifier d'une part, si ce site est accessible sur le territoire européen, et d'autre, si l'information est accessible intellectuelle au regard des pratiques du secteur d'activité en cause. Ainsi, par exemple, une information disponible sur un site Internet japonais pourrait néanmoins être considérée comme un secret des affaires si, rédigée en Aïnou, elle reste intellectuellement inaccessible pour le personnage-cadre.

Par ailleurs, les technologies de recherche de données numériques influencent incontestablement la notion même d'accessibilité. Pour preuve, l'information circule toujours plus vite sur Internet, via les moteurs de recherche et les réseaux sociaux, avec de moins en moins de contraintes physiques. Aussi, certains pourraient soutenir que les informations collectées sur Internet ne peuvent constituer un secret des affaires. Sur ce point, une affaire outre-Atlantique illustre parfaitement ce raisonnement. Il s'agissait d'une affaire où un salarié avait été poursuivi par son ancien employeur, la société *Sasqua*, société de conseil, pour détournement de secret des affaires de sa base de données regroupant les informations tenant à sa clientèle¹⁸¹³. Pour sa défense, l'ancien salarié soutenait que son employeur ne se servait pas d'une méthode de recherche spécifique ou protégée, mais qu'il utilisait simplement Internet pour trouver des informations facilement accessibles au public¹⁸¹⁴. Dans son rapport, le juge A. Kathleen TOMLINSON a reconnu dans un premier temps que les informations contenues

1811V. art. L. 511-6, alinéa 1^{er}, du CPI

1812V. en ce sens : DESSEMONTET F., *op. cit.*, p. 100 n° 25

1813United States District Court Eastern District of New York, *Sasqua Group, Inc. et al v. Courtney et al.* (E.D.N.Y. 2010), disponible [en ligne] : https://www.govinfo.gov/app/details/USCOURTS-nyed-2_10-cv-00528/summary (consulté le 10/06/2023)

1814United States District Court Eastern District of New York, *Sasqua Group, Inc. et al v. Courtney et al.* Report and recommendation, A. Kathleen TOMLINSON, magistrate Judge, CV 10-528 (ADS) (AKT) : « *Defendants maintain that Sasqua and other such companies "do not utilize any particular or proprietary methodology to perform a search. The stock tool of the trade is the Internet, where information regarding prospective financial institution customers, as well as job candidates, is equally and readily available to any recruiter."* ».

dans la base de données de la société *Sasqua* concernant les besoins de ses clients, leurs préférences, leurs pratiques de recrutement et leurs stratégies commerciales, ainsi que les relations de la société *Sasqua* avec les principaux décideurs de ces entreprises auraient pu constituer un secret des affaires protégeable au cours des premières années d'existence de la société, lorsque davantage de temps, d'énergie et de ressources auraient été nécessaires pour acquérir ce niveau d'informations détaillées. Cependant, le juge a constaté, dans un second temps, que la « *prolifération exponentielle de l'information* » sur Internet, avaient une incidence dans cette affaire. Et il en a conclu que ces informations devaient être écartées de la protection au titre du secret des affaires dans la mesure où ces dernières étaient facilement disponibles sur Internet¹⁸¹⁵. Bien que cette décision se fonde sur la législation américaine, celle-ci peut être transposée en droit français. En effet, nous l'avons déjà souligné l'influence américaine sur l'Accord sur les ADPIC qui lui-même a inspiré le Législateur européen pour la directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016. Ainsi, cette décision *Sasqua Group v. Courtney* met en exergue le fait que le secret des affaires risque d'être écarté lorsque les informations constituant le secret des affaires sont accessibles sur Internet. Néanmoins il convient de nuancer cette solution. En effet, si la donnée résultant d'une configuration et d'un assemblage exacts de ces informations n'est pas généralement connue ou aisément accessible pour le personnage-cadre, alors cette donnée pourra être protégée au titre du secret des affaires. Toutefois, cette protection portera non pas sur les informations composant la donnée, mais uniquement sur la configuration et de l'assemblage de cette donnée structurée.

De même, la mise en ligne par le détenteur de ses données sur un site Internet sans qu'il y ait eu une quelconque restriction a, pour conséquence principale, de les exclure de la protection du secret des affaires¹⁸¹⁶. En effet, les visiteurs de ce site ont un accès matériel, intellectuel, et juridique de ses données. En d'autres termes, le détenteur doit contrôler les données numériques qu'il divulgue volontairement, directement ou indirectement¹⁸¹⁷ sur Internet. Pour éclairer ce point, nous pouvons mentionner une décision américaine dont le

1815 *Ibid.* : « *In sum, Plaintiffs have failed to prove a physical appropriation or copying of confidential information or wrongful disclosure or use of a trade secret. See Leo Silfen, 29 N.Y.2d at 389, 328 N.Y.S.2d at 424. The information in Sasqua's database concerning the needs of its clients, their preferences, hiring practices, and business strategies, as well as Sasqua's acquaintance with key decision-makers at those firms may well have been a protectable trade secret in the early years of Sasqua's existence when greater time, energy and resources may have been necessary to acquire the level of detailed information to build and retain the business relationships at issue here. However, for good or bad, the exponential proliferation of information made available through full-blown use of the Internet and the powerful tools it provides to access such information in 2010 is a very different story* »

1816 DAVID S. ALMELING, *Seven Reasons Why Trade Secrets Are Increasingly Important*, Berkeley Technology Law Journal, 2012, v. 27, p. 1109

1817 Cela vise, par exemple, les cocontractants ayant eu accès aux données par un contrat de fournitures de données.

raisonnement est parfaitement transposable en droit français. Il s'agit de l'affaire *Religious Tech. Ctr. v. Netcom On-Line Comm'n Servs*¹⁸¹⁸. En l'espèce, deux organisations affiliées à la Scientologie avaient engagé à l'encontre d'un ancien pasteur de ce mouvement une action tant sur le fondement du droit d'auteur que sur le secret des affaires pour des écrits de L. RON HUBBARD, fondateur de l'Église de Scientologie. L'ancien pasteur avait mis en ligne les écrits litigieux afin de critiquer ce mouvement. Après avoir considéré que le statut d'organisme religieux ne l'empêche pas en soi de détenir un secret des affaires, le tribunal a, toutefois, écarté l'atteinte au secret des affaires. En effet, les écrits, publiés sur Internet, étaient généralement accessibles au public concerné¹⁸¹⁹.

Finalement, en pratique, la personne poursuivie pour atteinte au secret des affaires pourra exclure sa responsabilité et continuer à utiliser les données en cause si elle prouve que ces dernières sont généralement connues ou aisément accessibles dans le secteur d'activité concerné. Tel sera le cas, par exemple, lorsque les données sont disponibles sur Internet sans qu'il y ait eu des restrictions dans les conditions générales d'utilisation des sites. La charge de la preuve incombe à la personne poursuivie pour atteinte au secret. En effet, prouver que des données ne sont accessibles nulle part constitue pour le détenteur une « *probatio diabolica* ».

252. L'incidence de l'intelligence artificielle sur l'appréciation du caractère secret des données – De nouvelles technologies auront assurément une conséquence sur l'appréciation du caractère secret des données. Nous pouvons mentionner le phénomène des « *données massives* » ou « *mégadonnées* », connu sous l'expression anglaise de « *Big data* »¹⁸²⁰, conjugué avec l'intelligence artificielle. L'usage de cette technologie permet d'accéder et d'assembler d'énormes quantités de données de sorte que celles-ci pourront être considérées comme étant « *généralement connue ou aisément accessible* ». L'intelligence artificielle pourrait ainsi être prise en compte dans un faisceau d'indices afin d'apprécier le caractère secret. Mais encore faut-il, selon nous, prouver que dans le secteur d'activité considéré, une

1818U.S. District Court for the Northern District of California - 923 F. Supp. 1231 (N.D. Cal. 1995) September 22, 1995, *Religious Tech. Ctr. v. Netcom On-Line Comm'n Servs., Inc.*, 923 F.

1819Ibid., : « *While the Internet has not reached the status where a temporary posting on a newsgroup is akin to publication in a major newspaper or on a television network, those with an interest in using the Church's trade secrets to compete with the Church are likely to look to the newsgroup. Thus, posting works to the Internet makes them « generally known » to the relevant people--the potential "competitors" of the Church* »

1820ORSI, L., *L'utilisation du big data pour la protection de la sécurité nationale*, in Protection des données personnelles et sécurité nationale (David Beauregard-Berthier D., et Taleb-Karlsson, A. (sous-dir.)), Bruylant, Bruxelles, 2017, p. 21 : pour qui le phénomène du *Big data*, considéré comme « *l'un des grands défis informatiques de la décennie 2010-2020* » – V. ég. DELFORGE A., *Big data : une mine d'or, mais à quel prix pour notre vie privée ?*, La Revue Nouvelle, 2017/4, n° 4, p. 40-49 ; CHAROLLES V., *Illusions et vérités du big data*, Le Débat, 2019/5, n° 207, p. 132-140

telle technologie est couramment utilisée. Par ailleurs, nous estimons que le juge ne pourra pas considérer l'intelligence artificielle comme le « personnage-cadre ». En effet, l'intelligence artificielle n'ayant actuellement pas de personnalité juridique¹⁸²¹, ne relève pas, selon une interprétation littérale, de la catégorie des « *personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité* ». Toujours est-il qu'une telle technique est potentiellement dangereuse pour la catégorie des secrets issus de la configuration et d'assemblage de données accessibles sur Internet.

b. La valeur commerciale des données

253. **L'exigence d'une valeur commerciale** – Une autre condition intrinsèque doit être vérifiée pour que les données numériques puissent bénéficier de la protection au titre du secret des affaires. Il s'agit de la valeur commerciale de l'information. La référence à la valeur permet ainsi d'apporter une certaine « forme d'objectivation »¹⁸²². Cette référence n'est pas anodine puisque la valeur est au cœur de la régulation marchande, voire « *en constitue l'institution fondatrice* »¹⁸²³. Partant, cette référence à la valeur commerciale suggère l'idée que la protection du secret des affaires protège, avant tout, les investissements dans l'information. Un auteur avait relevé que « *la plupart des législations protégeaient jusqu'à maintenant le secret d'une information plus que sa valeur économique* »¹⁸²⁴. Désormais, le secret des affaires tend à protéger la valeur de l'information secrète.

Néanmoins, la formulation de l'article L. 151-1, 2°, du Code de commerce nous étonne et cela principalement pour deux raisons. Tout d'abord, comme l'accord sur les ADPIC, il semble que la directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 se méprenne sur la raison de la protection. En effet, ce n'est pas en soi le secret qui procure une valeur commerciale à

1821 Le débat de la reconnaissance ou non de la personnalité juridique de l'intelligence artificielle et plus largement des robots s'est intensifié à la suite d'une résolution adoptée par le Parlement européen le 16 février 2017 (Parlement européen, *Règles de droit civil sur la robotique ; Résolution du Parlement européen du 16 février 2017 contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique (2015/2103(INL))*, JOUE, 18 juillet 2018, C 252/239 ; *id.* Résolution du Parlement européen du 12 février 2019 sur une politique industrielle européenne globale sur l'intelligence artificielle et la robotique (2018/2088(INI)), JOUE, 23 décembre 2020, C 449/37). V sur la question de la reconnaissance d'une personnalité juridique : France Stratégie, *Intelligence artificielle – Enjeux juridique – Anticiper les impacts économiques et sociaux de l'intelligence artificielle*, mars 2017, p. 11 ; ROUVIÈRE F., *Le robot-personne, ou Frankenstein revisité*, RTD Civ., 2018, 778 ; LOISEAU G., *La personnalité juridique des robots, une monstruosité juridique*, JCP, 2018, n° 22, p. 597 ; DONDERO B., *L'intelligence artificielle, vers un statut autonome ?*, Revue Droit & Affaires, 2018, n° 15, 12).

1822 ORLÉAN A., *L'empire de la valeur ; Refonder l'économie*, éd. du Seuil, Paris, coll. La couleur des idées, octobre 2011, p. 21

1823 ORLÉAN A., *op. cit.*, p. 20

1824 DESSEMONTET F., *op. cit.*, p. 97 n° 19

l'information. C'est, au contraire, parce que l'information a une valeur que le détenteur recherche à la garder par-devers lui¹⁸²⁵. En d'autres termes, cette valeur commerciale doit exister en amont du caractère secret¹⁸²⁶. Ensuite, l'article L. 151-1, 2°, dudit Code est un exemple de raisonnement circulaire, de démarche récursive puisque le Législateur définit le « concept en invoquant le même concept »¹⁸²⁷.

Nous retrouvons l'exigence de valeur commerciale au sein de l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC, lui-même influencé par la doctrine américaine de l'*Uniform Trade Secret Act*. Cette notion n'était pas celle initialement retenue dans les propositions françaises antérieures¹⁸²⁸. Ces dernières faisaient référence à la notion de « valeur économique ». Ainsi, selon la proposition de loi du 16 juillet 2014 de Monsieur Jean-Jacques URVOAS, l'information présentait une valeur économique dès lors qu'elle s'analysait comme « un élément à part entière du potentiel scientifique et technique, des positions stratégiques, des intérêts commerciaux et financiers ou de la capacité concurrentielle de son détenteur »¹⁸²⁹. À côté de cette proposition, il existe, en doctrine, plusieurs définitions de la notion de valeur économique. Selon Monsieur Frédéric BELOT, « par valeurs économiques, il convient d'entendre toutes les choses créées ou acquises par une personne qui lui permettent d'exercer son activité économique de la développer et d'accroître son chiffre d'affaires »¹⁸³⁰. Madame Marie-Aimée de DAMPIERRE nous offre également une définition en matière de parasitisme ; « la valeur économique d'un bien résulte des investissements réalisés pour concevoir et promouvoir ce bien ainsi que de son éventuelle notoriété »¹⁸³¹. En d'autres termes, la valeur économique renvoie à la valeur intrinsèque estimée, basée sur divers facteurs. Ainsi, la notion de valeur économique semble plus large que celle de valeur commerciale retenue par les Législateurs européen et français.

254. **La caractérisation de la valeur commerciale** – La notion de valeur commerciale n'est, en soi, ni définie par le Législateur ni qualifiée. Aussi, que faut-il donc entendre par

1825V. en ce sens, BINCTIN N., *Données et secret des affaires*, Prop. intellect., avril 2020, p. 53

1826BINCTIN N., *Données et secret des affaires*, Prop. intellect., avril 2020, p. 53

1827ZIELONKA H., GILSON S., et LAMBINET, *Contrat de travail et secret d'affaires : Nihil novi sub sole*, in *Secrets d'affaires*, Vincent Cassiers (sous-dir.), Lacier, Bruxelles, coll. Les Dossiers du Journal des tribunaux, 2020, p. 196

1828Assemblée nationale, *Proposition de loi relative à la protection des informations économiques*, Document parlementaire, n° 1611, 13 mai 2004 ; *id.*, *Proposition de loi relative à la protection des informations économiques*, Document parlementaire, n° 1754, 17 juin 2009 ; *id.*, *Proposition de loi relative à la protection des informations économiques*, Document parlementaire, n° 3103, 13 janvier 2011

1829V. Art. L. 151-1, 2° de la *Proposition de loi relative à la protection du secret des affaires*, Document parlementaire, n° 2139, 16 juillet 2014.

1830BELOT F., *Pour une meilleure protection des valeurs économiques*, LPA, 6 décembre 2006, n° 243, p. 6

1831DE DAMPIERRE M.-A., *Pratique contentieuse – La protection de la valeur économique par le parasitisme*, Comm. com. électr., décembre 2010, n° 12, p. 14

valeur commerciale ? Celle-ci renvoie normalement à la valeur d'échange¹⁸³² qui se traduit par un prix d'équilibre formé par le point de rencontre de l'offre et de la demande. Or, concernant une information confidentielle, il n'y a pas *stricto sensu* d'offre ou de marché, ce qui a pour conséquence de rendre difficile l'existence d'un prix d'équilibre ou l'émergence, à proprement parler, d'une « valeur commerciale ». En somme, la valeur commerciale équivaut au prix de vente sur le marché. Pour nous éclairer, nous pouvons aussi nous tourner vers la pensée économique et ses théories de la valeur, en particulier, celles de la valeur-travail et de la valeur-utilité. En effet, ces deux théories partent du même constat : pour qu'il y ait échange, encore faut-il que le bien en cause possède une valeur¹⁸³³. Selon la première théorie issue de la pensée de SMITH¹⁸³⁴, de RICARDO¹⁸³⁵ et de MARX, la valeur d'échange d'un bien est proportionnelle à la quantité de travail qui a été nécessaire pour le produire¹⁸³⁶. Selon la seconde théorie dite marginaliste dont faisaient partie les économistes WALRAS¹⁸³⁷, JEVONS¹⁸³⁸ et MENGER¹⁸³⁹, la valeur d'échange a pour fondement l'utilité de la chose¹⁸⁴⁰. Ce courant de pensée définissait l'utilité « *comme la satisfaction d'un besoin engendrée par un bien acquis au moyen de ressources limitées* »¹⁸⁴¹. En conséquence, d'après ces théories économiques, une information qui a demandé du temps de travail recèle indubitablement une valeur, tout comme celle qui présente une utilité pour le concurrent.

Pour les informations d'ordre technique, l'existence de la valeur commerciale ne posera pas de difficulté dans la mesure où elles génèrent de la richesse. En revanche, pour d'autres informations d'ordre purement économique, un doute s'installe quant à savoir si elles possèdent ou non une valeur commerciale. Comme l'avait fait remarquer Monsieur Jean-

1832SIMMEL G., *Philosophie de l'argent*, PUF, Paris, 1987, p. 81-82

1833V. en ce sens : DE CONDILLAC É. B., *Le commerce et le gouvernement considérés relativement l'un à l'autre*, éd. Jombert et Cellot, Amsterdam et Paris, 1776, p. 15 pour qui « *une chose n'a pas une valeur, parce qu'elle coûte, comme on le suppose ; mais elle coûte, parce qu'elle a une valeur* »

1834SMITH A., *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, éd. Buisson, Paris, 1790

1835RICARDO D., *Des principes de l'économie politique et de l'impôt*, Flammarion, Paris, 4 janvier 1999, 600 p.

1836V. par ex. MARX K., *Le Capital (traduction de M.J. Roy)*, éd. M. Lachâtre, Paris, 1872, p. 15 : pour qui « *tous ces objets ne manifestent plus qu'une chose, c'est que dans leur production une force de travail humaine a été dépensée [...]. En tant que cristaux de cette substance sociale commune, ils sont réputés valeur* ».

1837WALRAS L., *Éléments d'économie politique pure, ou Théorie de la richesse sociale*, éd. R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1926, 491 p.

1838JEVONS W. S., *Brief Account of a General Mathematical Theory of Political Economy*, éd. Department of Economics, McMaster University

1839MENGER C., *Grundsätze der Volkswirtschaftslehre*, éd. Forgotten Books, 22 mai 2018, 602 p.

1840ORLÉAN A., *L'empire de la valeur ; Refonder l'économie*, éd. du Seuil, Paris, coll. La couleur des idées, octobre 2011, p. 12

1841PERRIN J., *Analyse de la valeur et valeur économique des biens et des services*, Revue Française de Gestion Industrielle, vol. 20, n° 2, p. 11

Marie GARINOT¹⁸⁴², certaines informations n'ont aucune valeur commerciale pour leur détenteur, mais elles représentent un grand intérêt pour les concurrents de celui-ci. Tel est le cas, par exemple, des informations relatives aux résultats de recherche n'ayant pas abouti, à la situation financière de l'entreprise, à l'existence d'une procédure de conciliation ou encore, de la politique de fixation des prix. De même, les informations sur le succès d'un nouveau produit ou service d'une entreprise n'ont, en apparence, aucune valeur commerciale. Cependant, elles peuvent fournir des indications précieuses aux concurrents concernant les perspectives de réussite de leurs propres produits ou services similaires¹⁸⁴³. Néanmoins, nous n'adhérons que partiellement à l'interprétation de Monsieur GARINOT, ce dernier estimant que les informations d'ordre économique ne pourraient bénéficier de la protection du secret des affaires¹⁸⁴⁴. Deux raisons nous poussent principalement à écarter une telle interprétation. D'une part, il n'y a aucune disposition dans la loi qui exclut les informations économiques. En effet, ni le Législateur européen ni le Législateur français, tout comme l'Accord sur les ADPIC, n'exigent que l'information soit effectivement utilisée dans l'exploitation. Aussi, ne sont donc pas exclues *de facto* les informations d'ordre purement économique. D'autre part, il n'est pas requis que l'information ait une valeur commerciale effective, cette valeur pouvant être simplement potentielle. Cette précision se trouve au sein même de la directive (UE) 2016/943 au niveau du considérant 14 reprise textuellement par le Législateur français. Aussi, la valeur n'a-t-elle pas besoin d'être strictement établie. Le considérant 14 de la directive (UE) 2016/943 précise que les informations devraient être considérées comme ayant une valeur commerciale lorsque leur obtention, utilisation ou divulgation illicite est susceptible de porter atteinte aux intérêts de la personne qui en a le contrôle de façon licite en ce qu'elle nuit au potentiel scientifique et technique de cette personne, à ses intérêts économiques ou financiers, à ses positions stratégiques ou à sa capacité concurrentielle¹⁸⁴⁵. En d'autres termes, la valeur peut être caractérisée par l'atteinte aux intérêts de son détenteur lors de l'obtention, de la divulgation, ou de l'utilisation illicite de l'information par un tiers. Aussi, la valeur

1842GARINOT J.-M., *La protection pénale du secret des affaires : quelles perspectives ?*, AJ pénal, 18 septembre 2017, n° 9, p. 378 et s. : pour qui, en posant « la valeur commerciale en critère des secrets d'affaires, la directive semble se focaliser sur les informations de nature technique, telles que les procédés, formules, recettes, etc. et néglige donc à notre avis les informations stratégiques ».

1843V. en ce sens : MACKAAY E., ROUSSEAU S., LAROCHE P. et al., *Analyse économique du droit*, Dalloz, Paris, coll. Méthodes du droit, mai 2021, 3^e éd., p. 766, n° 2234

1844V. en ce sens : GARINOT J.-M., *Secret des affaires : la loi ne chasse pas le contrat*, AJ contrat, 2018, p. 412 et s.

1845Bien que les considérants d'une directive soient dépourvus de valeur normative, ceux-ci ont pour but de motiver de façon concise les dispositions essentielles du dispositif (Commission européenne, Service juridique, *Guide pratique commun du Parlement européen, du Conseil et de la Commission à l'intention des personnes qui contribuent à la rédaction des textes législatifs de l'Union européenne*, 2016, p. 31 et s.). Aussi, ces énoncés explicatifs offrent-ils une aide importante à l'interprétation de la norme européenne tant pour le juge national que pour le juge européen.

commerciale s'infère-t-elle du dommage ou du risque de dommage résultant de l'atteinte portée à la confidentialité de l'information. Ce raisonnement se retrouve dans une communication du 7 juillet 2020 concernant la protection des informations confidentielles en matière de concurrence, dans laquelle la Commission estime que « *pour évaluer la possibilité de causer un préjudice, il est pertinent d'examiner d'abord la nature des informations. La divulgation d'informations ayant une valeur commerciale, financière ou stratégique est généralement considérée comme susceptible de causer un préjudice sérieux* »¹⁸⁴⁶.

Partant, si une simple menace d'atteinte aux intérêts du détenteur suffit à caractériser la valeur commerciale de l'information, il apparaît que la condition tenant à la valeur ne serait pas discriminante, et ne présenterait que peu d'utilité en pratique¹⁸⁴⁷. En effet, l'obtention, la divulgation ou l'utilisation de toutes informations, même non secrètes, ou, du moins de toutes informations pour lesquelles son détenteur serait disposé à agir en invoquant les dispositions du Code de commerce, seraient susceptibles de menacer les intérêts de son détenteur et, par conséquent, ces informations présenteraient une valeur. Suivant cette perspective, un tel intérêt se confondrait avec l'intérêt à agir au sens de l'article 31 du Code de procédure civile. Or, selon l'adage « *chacun est juge de son intérêt* » renvoie « *à l'inéluctable subjectivité de la notion* »¹⁸⁴⁸ d'intérêt.

Par ailleurs, en pratique, il sera difficile, dans de nombreuses hypothèses, de déterminer, d'estimer la valeur commerciale d'une information. En effet, cette valeur fluctuera notamment selon la qualité des personnes qui la recevront, selon les circonstances de la divulgation. Ainsi, par exemple, une information tenant aux méthodes de distribution aura une valeur importante pour le concurrent direct de son détenteur initial si celle-ci est communiquée à lui seul, permettant de préserver son caractère secret et exclusif de l'information. À l'inverse, la même information n'aura qu'une valeur minime, voire négligeable, si elle est divulguée à un grand nombre d'entreprises non directement concurrentes du détenteur initial. Nous pouvons, toutefois, surmonter cet obstacle en faisant référence à la définition doctrinale du savoir-faire développée par le Professeur Jean-Marc MOUSSERON. Ainsi, il nous semble que selon une telle approche, la valeur commerciale

1846Commission européenne, Communication relative à la protection des informations confidentielles par les juridictions nationales dans les procédures de mise en œuvre des règles de concurrence de l'Union européenne sur l'initiative de la sphère privée, 2020/C 242/01, 22 juillet 2020

1847*Contra* Toutefois, v. CA Paris, Pôle 5 – ch. 4, 23 novembre 2022, RG n° 22/08310 : les juges parisiens en l'espèce ont estimé qu'« *Il n'est pas justifié en quoi ce document aurait pour DPF une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret, alors que ce courriel fait état d'une nouvelle fonctionnalité disponible sur le site internet de DPF et que les informations qu'il relate concernent des éléments factuels publics accessibles à tous sur le site DPF et ainsi dépourvues de caractère secret* ».

1848CARBONNIER J., *Flexible droit pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., Paris, 10 éd., 2001, p. 79

existe dès lors qu'une personne est prête à verser une certaine somme pour avoir l'information¹⁸⁴⁹.

Du côté de la jurisprudence, la Cour de cassation ne s'est, à notre connaissance, pas encore prononcée sur la motivation des juges du fond quant à la détermination de la valeur commerciale. Cependant, il ressort de la jurisprudence clairesmée que les juges du fond restent laconiques sur la manière de déterminer cette valeur, qu'ils infèrent du simple fait que l'information concernée était gardée secrète¹⁸⁵⁰. D'autres juges prennent égard au caractère récent des documents retenus pour confirmer ou infirmer la valeur commerciale de l'information¹⁸⁵¹.

Reste à déterminer si toute information ayant une valeur commerciale, même minime, doit être protégée. En d'autres termes, quelle est la valeur minimale requise pour qu'une information soit considérée comme « digne » de protection ? Faut-il être en présence d'une valeur commerciale « substantielle »¹⁸⁵² ? Ou, à l'inverse, une valeur même négligeable ouvrirait-elle la voie à la protection du secret des affaires ? Tant le Législateur européen que le Législateur français ne font que référence à la « valeur commerciale » sans aucune autre précision. Toutefois, ne pourrions-nous pas, par souci de bonne administration de la justice,

1849V. MOUSSERON J.-M., *Aspects juridiques du Know-How*, Cahiers de droit de l'entreprise, 1/1972, p. 2 ; *id.*, *Secret et contrat : de la fin de l'un à la fin de l'autre*, in Auteur et Législateur – leges tulit, jura docuit – écrits en hommage à Jean Foyer, PUF, 1997, p. 257 et s. ; FOYER J. et VIVANT M., *Le droit des brevets*, PUF, Paris, coll. Thémis, mai 1991, p. 398 ; CHAVANNE A. et BURST J.-J., *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, Paris, 1993, 4^e éd., n° 594 ; GALLOUX J.-C., *L'adoption de la directive sur les secrets d'affaires*, RTD Com., 2017, p. 59-73

1850V. par ex. TJ Paris, ordonnance du juge de la mise en état, 27 mai 2021, n° RG 2020/04020 : en l'espèce, le juge de la mise en état reste laconique sur la détermination de la valeur commerciale des informations en cause. Il a considéré « *qu'aussi bien, d'une part, l'accord d'achat de brevets [...] entre les sociétés NOKIA et WADE, ses annexes et avenants, et les actes de confirmation, que, d'autre part, le contrat de licence de brevet [...] entre les sociétés NOKIA et HUAWEI, ne sont pas, dans leur configuration, aisément accessibles. Ils revêtent une valeur commerciale effective compte tenu de leur caractère secret et font indiscutablement l'objet de mesures de protection raisonnables par leurs détenteurs légitimes compte tenu des circonstances* »

1851V. par ex, CA Paris, Pôle 1, ch. 2, 8 avril 2021, n° RG 21/05090, *SAS ITM Alimentaire International c/ Ministre de l'économie, des finances et de la relance* : dans cette affaire, la Cour d'appel de Paris a reconnu la valeur commerciale pour les « *informations manifestement non publiques, non aisément accessibles et datant de moins de 5 années de sorte qu'elles sont suffisamment récentes pour demeurer sensibles et stratégiques d'un point de vue commercial et concurrentiel* ». À l'inverse, la même cour avait écarté du bénéfice du secret des affaires des messages électroniques échangées entre août 2002 et mars 2007 dans le cadre des négociations d'un contrat d'achat qui a expiré depuis 2014, en estimant que « *la valeur commerciale de ces échanges, vieux de plus de quatorze ans, n'est pas montrée par la société Airnov* » (CA Paris Pôle 5, ch 2, ordonnance sur incidence du président de chambre, 17 décembre 2020, n° RG 19/18575). – V. ég. CA Orléans, 1^{er} avril 2021, n° RG 18/13471 : les juges orléanais ont estimé que « *le constat porte sur une période de temps limité [...] et remonte donc à plus de cinq ans et les données saisies, si elles peuvent avoir un intérêt direct pour permettre d'apprécier l'existence ou à contraire l'absence de faits de concurrence déloyale et de parasitisme en 2015, n'ont plus la même acuité au regard du secret des affaires compte tenu des années écoulées* ».

1852Dans la définition du savoir-faire du règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010, le caractère « substantiel » se réfère au savoir-faire qui est significatif et utile à l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels. Aussi, la notion de savoir-faire est plus restreinte que celle de secret des affaires en raison de l'exigence du caractère « substantiel ».

invoquer l'adage « *De minimis non curat prætor* » selon lequel le juge ne se préoccupe pas des affaires de peu d'importance¹⁸⁵³ ? À notre connaissance, la jurisprudence n'a pas eu l'occasion d'apporter de précisions sur ce point.

Finalement, la condition tenant à la valeur commerciale pourra être remplie par la preuve d'un risque de préjudice pour le détenteur en cas de divulgation de ses données ou de leur utilisation par un tiers. Contrairement à Monsieur Jean-Marie GARINOT¹⁸⁵⁴, nous estimons que les données relatives aux résultats de recherche n'ayant pas abouti, à encore à la situation financière du détenteur recèlent une valeur commerciale en raison du risque de préjudice subi par leur détenteur.

Quand bien même la donnée serait secrète et présenterait une valeur commerciale, encore faut-il que le détenteur légitime ait pris des mesures de protection afin de préserver son caractère secret.

2. Les données numériques face à la condition extrinsèque des secrets des affaires

255. **La condition extrinsèque, la nécessité de mesures de protection** – Faute de mesures de protection raisonnables, le détenteur ne pourra pas bénéficier de la protection accordée au titre du secret des affaires. Ainsi, comme l'a estimé, à juste titre, le Professeur François DESSEMONTET, « *la simple politique du secret, la simple déclaration d'intention, utile pour manifester la volonté de sauvegarder le secret, ne suffit pas si elle n'est pas accompagnée d'effets pratiques* »¹⁸⁵⁵. En effet, c'est grâce aux dispositions de protection que les informations ne sont pas aisément accessibles aux personnes familières de ce type d'informations permettant ainsi de bénéficier de la protection. Les mesures de protection de la confidentialité permettent de résoudre, au moins en partie, cette difficulté. Cette exigence conduit à exclure de la protection du secret des affaires les informations qui sont demeurées confidentielles par un simple hasard¹⁸⁵⁶.

1853V. CARBONNIER, J., *De minimis...*, in Mélanges dédiés à Jean Vincent, Dalloz, Paris, 1981, p. 29-37.

1854GARINOT J.-M., *La protection pénale du secret des affaires : quelles perspectives ?*, AJ pénal, 18 septembre 2017, n° 9, p. 378 et s. : cet auteur soutient qu'en posant « *la valeur commerciale en critère des secrets d'affaires, la directive semble se focaliser sur les informations de nature technique, telles que les procédés, formules, recettes, etc. et néglige donc à notre avis les informations stratégiques* ».

1855DESSEMONTET F., *op. cit.*, p. 103 n° 30

1856V. en ce sens : SCHLOSSER R., *op. cit.*, p. 68

256. **Les finalités des mesures de protection** – L'exigence de mesures de protection raisonnables remplit différents rôles. L'un des premiers est d'empêcher que les informations soient aisément accessibles pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité. L'autre rôle que nous pouvons relever consiste à apporter la preuve que l'information en cause avait une valeur commerciale suffisante pour que le détenteur puisse justifier sa protection¹⁸⁵⁷. De plus, ces mesures permettent au détenteur de prouver qu'il contrôle licitement l'information. Elles jouent, ainsi, en partie, un rôle similaire à celui du dépôt en matière de propriété industrielle. Comme tout bien immatériel, il convient de circonscrire avec précision la protection accordée par le secret des affaires. Aussi, pour le Professeur François DESSEMONTET, les mesures de protection mettent en garde les salariés et les partenaires du détenteur de l'existence du secret des affaires et « *assurent en quelque sorte la fonction que la possession des biens meubles assure pour la publicité de la propriété, ou le Registre foncier pour celle des immeubles* »¹⁸⁵⁸. Enfin, ces mesures de protection jouent le rôle de notification. En effet, elles permettent de rendre opposable le secret, et de manifester à l'égard des tiers mais également aux salariés la volonté du détenteur de garder secrète l'information qu'il détient. Pour Monsieur Jean-Marie GARINOT, cette dernière condition est fondamentale puisqu'elle « *rend la confidentialité opposable aux tiers, qui ne peuvent se retrancher derrière leur bonne foi ou leur ignorance* »¹⁸⁵⁹. En effet, faute de mesure de protection, comment apporter la preuve de l'intention du détenteur de garder confidentielle une information. Cette exigence renforce, par là même, la sécurité juridique. Sur ce point, il est possible de faire référence à une décision de la Cour d'appel de Paris concernant l'intrusion dans un système automatisé de traitement de données. Dans cette affaire, les juges parisiens ont estimé que les parties du site Internet auxquelles avait accédé le mis en cause devaient « [...] être réputées non confidentielles à défaut de toute indication contraire et de tout obstacle à l'accès »¹⁸⁶⁰.

1857V. en ce sens : cons. 23 de la directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites

1858DESSEMONTET F., *op. cit.*, p. 103 n° 29

1859GARINOT J.-M., *Le secret des affaires*, Thèse de doctorat, Université de Bourgogne, 2011, LGDJ, 2013, p. 52

1860CA Paris, 12^e ch., 30 octobre 2002, *Antoine C. c/ Min. public, Sté Tati* ; JurisData n° 2002-204096, Comm. com. électr. 2003, comm. 5, obs. GRYNBAUM L. ; Expertises des systèmes d'information, n° 266, janvier 2003, p. 27 et s., MOREL C.

257. **Des mesures de protection raisonnables** – Contrairement aux propositions de Monsieur Bernard CARAYON¹⁸⁶¹, ni la directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 ni le Législateur français ne précisent la nature des mesures de protection à prendre. Néanmoins, il est expressément spécifié que ces mesures doivent être raisonnables, compte tenu des circonstances. Sur ce point, en raison de la proximité avec la définition de l'Accord sur les ADPIC et des similitudes avec la définition du *trade secret* de l'*Uniform Trade Secret Act*, nous pouvons faire référence à la jurisprudence américaine. Ainsi, en outre-Atlantique, certains juges ont pu estimer qu'il existait une relation directe entre la valeur de l'information et l'étendue des mesures prises pour la protéger. Aussi, plus l'information est importante pour l'entreprise, plus les mesures de protection doivent-elles être efficaces ou étendues¹⁸⁶². Le caractère raisonnable s'apprécie en fonction de la valeur de l'information secrète, mais également de la situation de l'entreprise et du secteur concerné. Concrètement, il reviendra dans un premier temps, au détenteur du secret d'apprécier le caractère raisonnable des dispositions mises en place en effectuant, par exemple, une analyse des risques et des conséquences en cas d'appropriation illicite. Et dans un second temps, en cas de violation du secret des affaires, ce sera au juge saisi d'apprécier ce caractère en fonction des circonstances. Ainsi, le juge devra opérer une appréciation *in concreto*.

L'exigence de mesures raisonnables est importante. En effet, dans la tradition civiliste, il est admis que la faute ou la négligence de la victime puisse justifier une diminution de l'indemnité¹⁸⁶³. À titre d'illustration, il est possible de faire référence à un jugement du 21 février 2013¹⁸⁶⁴ où le Tribunal de grande instance de Paris a réduit l'indemnisation accordée à la société victime d'un détournement de son fichier de clientèle par un salarié au motif que celle-ci s'était montrée négligente dans la gestion de son système informatique, au point de contribuer à la réalisation de son préjudice. Les juges parisiens ont reproché à la société victime d'avoir sécurisé de façon insuffisante l'accès aux adresses électroniques de ses clients et prospects. Autrement dit, la victime n'avait pas mis en place de dispositions de protection

1861V. par ex. les proposition n° 3985 du 22 novembre 2011, n° 4159 du 11 janvier 2012 ainsi que la proposition n° 826 du 23 janvier 2012 : il était prévu que « ces mesures de protection spécifiques [...] sont déterminées par décret en Conseil d'État ».

1862V par ex. United States Court of Appeals, Seventh Circuit, Rockwell Graphic Sys. v. DEV Indus. Inc. 925 F.2d 174, 179, 11 février 1991 : dans cette affaire, le juge a estimé que : « [i]f [plaintiff] expended only paltry resources on preventing its... drawings from falling into the hands of competitors... why should the law, whose machinery is far from costless, bother to provide [plaintiff] with a remedy ? The information contained in the drawings cannot have been worth much if [plaintiff] did not think it worthwhile to make serious efforts to keep the information secret »).

1863V. art. 1254 de la proposition de loi n° 678 portant réforme de la responsabilité civile, Sénat, 29 juillet 2020 reprenant et encadrant la position prétorienne.

1864TGI Paris, 3^e sect., 4^e ch., 21 février 2013, n° 10/14945, *Société Sarenza c/ Société NA2 J et Sociétés Vivaki* ; CAPRIOLI É. A., *Absence de sécurisation d'une base de données et partage des responsabilités*, Comm. com. électr., 1^{er} mai 2012, p. 34-37

raisonnables. Certes, cette solution ne se fonde pas sur la protection du secret des affaires, mais il semble tout à fait concevable que celle-ci puisse trouver à s'appliquer en matière de secret des affaires en raison du caractère raisonnable des mesures de protection.

258. **La nature des mesures de protection** – Par mesures de protection, il faut entendre l'ensemble des mesures techniques, organisationnelles et juridiques considérées comme adéquates par rapport au niveau de sensibilité des informations considérées. Concrètement, les dispositions de protection techniques et organisationnelles doivent inclure, par exemple, des dispositifs de cryptage, de codes d'accès, de logiciels de protection, ainsi que l'établissement d'une liste de personnes autorisées à prendre connaissance des informations¹⁸⁶⁵, ou encore l'utilisation de badge sur le lieu de travail, la mise en place de coffres-forts, etc. Récemment, une nouvelle mesure de protection est née des développements technologies numériques, il s'agit des *blockchains* ou encore appelées « *chaines de blocs* ». Ce système permet de protéger des informations par cryptage et de les stocker sur des serveurs répliqués dénommés « *nœuds* » et de les échanger. L'OMPI a fait référence à la possibilité d'avoir recours à un tel système pour le *WIPO PROOF* de preuve de savoir-faire. Pour Madame Iris M. BARSAN, « *un ancrage du hash d'une information dans une blockchain pourrait permettre de démontrer qu'on possédait une information secrète à un instant T et qu'on a fait un effort pour la garder secrète* »¹⁸⁶⁶.

Quant aux mesures juridiques, ces dernières peuvent prendre plusieurs formes en fonction du contexte. Ainsi, lorsqu'un secret des affaires est divulgué à une tierce personne, il est nécessaire que cette divulgation ait lieu dans des circonstances donnant naissance à une obligation de confidentialité telle qu'une clause de confidentialité. Faute d'obligation de confidentialité, la divulgation faite par le détenteur légitime à des tiers entraînera la destruction c'est-à-dire la perte du secret des affaires ou à tout le moins, rendra difficile la qualification de secret des affaires¹⁸⁶⁷. De même, des mesures juridiques de protection doivent être prises au sein de l'entreprise. L'employeur possède un pouvoir de direction lui permettant

1865V. par ex. TJ Paris, 4 juin 2021, RG n° 20/01390

1866M. BARSAN I., *Blockchain et propriété intellectuelle*, Comm. com. élec., avril 2020, n° 4, étude n° 7

1867Faute de jurisprudence abondante en la matière, nous pouvons nous référer à la jurisprudence américaine dans la mesure où les conditions de l'article L. 151-1 du Code de commerce présentent indubitablement un lien avec celles posées à l'article 39 de l'Accord ADPIC, lui-même influencé par l'*Uniform Trade Secret Act*. Selon Madame Sharon SANDEEN, « *According to longstanding trade secret doctrine in the U.S., a trade secret owner who accidentally discloses trade secrets to a third party may be able to avoid the trade secrecy disqualifying effects of his inadvertence if he acts quickly to prevent further dissemination of the information* » (SANDEEN S., *Lost in the Cloud : Information Flows and the Implications of Cloud Computing for Trade Secret Protection*, Virginia Journal of Law and Technology, 2014). Nous retrouvons ici la logique de l'*Uniform Trade Secret Act*, selon laquelle « *public disclosure of information through display, trade journal publications, advertising, or other carelessness can preclude protection* ».

d'apporter aux droits et libertés des salariés des restrictions qui doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché. Ainsi, en vertu de son pouvoir de direction, l'employeur peut mettre en place un règlement intérieur. Ce règlement intérieur comprenant, entre autres, « *les règles générales et permanentes relatives à la discipline, notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur* »¹⁸⁶⁸. Sous réserve du respect des conditions et formalités¹⁸⁶⁹ imposées par le Code du travail, l'employeur, détenteur du secret des affaires, pourra éditer par le biais du règlement intérieur des interdictions telles que télécharger des données ou utiliser sans autorisation du matériel de l'entreprise. De même, l'employeur pourra adopter un code de conduite ou une charte informatique qui sont des instruments relevant du droit mou, ou encore de la *soft law*, en ce qu'ils édictent de simples règles générales de comportement sans valeur contraignante. Néanmoins, ce dernier devra respecter les prescriptions de l'article L. 1121-1 du Code du travail. Ainsi, dans un arrêt en date du 8 décembre 2009¹⁸⁷⁰, la chambre sociale de la Cour de cassation s'est prononcée sur la validité du code de conduite des affaires qui exigeait des salariés de requérir une autorisation préalable pour utiliser toute information dont ils pourraient avoir connaissance à l'occasion de l'exécution de leur contrat de travail. La Haute juridiction a cassé et annulé l'arrêt de la cour d'appel au visa des articles L. 1121-1 et L. 2281-1 du Code du travail en estimant notamment que les informations dont la divulgation était soumise à autorisation préalable par le code de conduite ne faisaient pas l'objet d'une définition précise, de sorte qu'il était impossible de vérifier si cette restriction à la liberté d'expression était justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché. Partant, au regard de cette solution, l'entreprise, détenteur du secret des affaires, devra déterminer dans le code de conduite, de manière précise, les informations dont la divulgation est soumise à autorisation préalable et justifier, autant que faire se peut, la restriction à la liberté d'expression du salarié.

259. Les mesures de protection dans l'environnement numérique – La nécessité de préserver la confidentialité par des mesures de protection des données se pose avec une plus grande acuité dans l'univers numérique. En effet, « *the digital world is no friend to trade secrets* »¹⁸⁷¹. Ainsi, il est pertinent de se demander si le caractère raisonnable ne devrait pas

¹⁸⁶⁸Art. L. 1321-1 C. du travail

¹⁸⁶⁹V. not. art. L. 1321-3, L. 1321-4 C. du travail

¹⁸⁷⁰Cass. soc., 8 décembre 2009, n° 08-17.191, Bull. 2009, V, n° 276 ; JurisData n° 2009-050680 ; D., 2010, 548, obs. Perrin L. ; Comm. com. électr. 2010, comm. 51, note Lepage A.

¹⁸⁷¹CUNDIFF V. A., *Reasonable measures to protect trade secrets in digital environment*, The Intellectual Property Law Review, 2009, p. 361

être redéfini à l'aune des nouveaux risques technologiques. Aussi, ce caractère ne pourrait-il pas s'apprécier en fonction de l'efficacité¹⁸⁷² des mesures de protection prises par le détenteur ? Sur ce point, nous pouvons faire référence à l'article 6, paragraphe 3, de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 selon lequel une mesure technique est réputée efficace lorsqu'elle atteint son objectif de protection. Partant, ne pourra pas être considérée comme une mesure raisonnable, une mesure technique qui serait neutralisée aisément, sans aucune difficulté au regard des circonstances. Par ailleurs, l'idée d'efficacité implique également pour le détenteur d'adapter régulièrement les mesures de protection face à une technologie en constante évolution. Cette interprétation attesterait de la fonction réflexive du droit « *qui rend la normativité juridique indissociable de la réalité qu'elle entend régir* »¹⁸⁷³. Or, une telle réflexion respecte-t-elle le principe de neutralité technologique, « *en vertu duquel la loi doit énoncer les droits et les obligations des personnes de manière générique, afin de ne pas privilégier le recours à une technologie au détriment d'une autre* »¹⁸⁷⁴ ? Il nous semble que cette exigence d'efficacité assure en partie une sécurité juridique tout en respectant la neutralité technologique. En effet, elle n'impose pas une technologie en particulier. Nous pourrions présumer de l'efficacité de la mesure en présence d'une certification délivrée par un organisme ou une institution comme en matière de signature électronique¹⁸⁷⁵.

260. Les mesures de protection raisonnables et l'utilisation de l'informatique en nuage et de services de stockage en nuage de données – Le recours à l'informatique en nuage, aux services de stockage en nuage de données numériques peut questionner le caractère raisonnable quant aux mesures de protection prises.

L'informatique en nuage également connue sous l'expression anglo-saxonne « *cloud computing* » est un « *mode de traitement des données d'un client, dont l'exploitation s'effectue par l'internet, sous la forme de services fournis par un prestataire* »¹⁸⁷⁶. Cette « *technologie de rupture* »¹⁸⁷⁷ présente un caractère protéiforme dans la mesure où elle

1872 Cette notion d'efficacité se retrouve dans les Traités de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle du 20 décembre 1996 sur le droit d'auteur (v. art. 11) et sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (art. 18). De même, le législateur européen fait également référence à cette notion notamment au sein de l'article 6.3 de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

1873 LABBÉ É., *L'efficacité technique comme critère juridique ou la manière dont les lois se technicisent*, 2004, Lex Electronica, vol. 9, n° 2

1874 CJUE, 24 mars 2022, n° C-433/20, aff. *Austro-Mechana c/ Strato*, pt. 27

1875 V. al. 2 de l'art. 1367 C. civ.

1876 Commission générale de terminologie et de néologie, *Vocabulaire de l'informatique et de l'internet*, JORF, texte n° 42, 6 juin 2010

1877 McKinsey Global Institute, *Disruptive technologies : Advances that will transform life, business, and the global economy*, mai 2013

recouvre plusieurs réalités. Ainsi, nous distinguons le *cloud* privé, c'est-à-dire les serveurs sont exclusivement dédiés à un client déterminé, du *cloud* dit public correspondant à des serveurs mutualisés mis à la disposition du public¹⁸⁷⁸. De part sa définition, l'informatique en nuage, de même que les services de stockage en nuage impliquent un transfert de données du client au prestataire. Aussi, se pose la question des mesures de protection raisonnables pour préserver la confidentialité des données téléchargées et stockées à distance via l'Internet. Cette interrogation est d'autant plus pertinente que les entreprises ont recours de plus en plus intensément à l'informatique en nuage. En effet, cette technique présente des avantages indéniables. Le contrat de stockage sur *cloud* a l'avantage pour l'entreprise de réduire les coûts d'acquisition et de maintenance de leurs systèmes informatiques et d'éviter d'acquérir et d'entretenir des serveurs coûteux. À ce gain financier, s'ajoute un avantage organisationnel dans la mesure où les données stockées pourront être récupérées n'importe où dans le monde et cela, grâce à Internet¹⁸⁷⁹. Quand bien même cette pratique entraînerait des avantages indéniables pour l'entreprise, il convient de ne pas occulter l'existence de risques tels que la perte des données stockées, la divulgation à des tiers, voire le défaut de restitution des données à la fin du contrat. Or, en pratique, les conditions générales d'utilisation des services d'informatique en nuage déclinent souvent toute responsabilité quant à la sécurité des informations stockées par leurs clients¹⁸⁸⁰. Ainsi, faute d'accord exprès, il semble de prime abord qu'aucune obligation de confidentialité ne s'impose entre le prestataire et le client. Par ailleurs, certains prestataires de service se réservent le droit d'utiliser les données stockées¹⁸⁸¹.

1878À cela, s'ajoute des prestations connues sous les acronymes SaaS (pour « *Software as a Service* » c'est-à-dire logiciel en tant que service), PaaS (« *Platform as a Service* », plateforme en tant que service) ou encore IaaS (« *Infrastructure as a Service* », c'est-à-dire infrastructure en tant que service) (pour plus de détails, v. MELL P. et GRANCE T, *The NIST Definition of Cloud Computing*, septembre 2011, disponible [en ligne] : <https://csrc.nist.gov/publications/detail/sp/800-145/final> (consulté le 03/06/2023).

1879V. Avis du contrôleur européen de la protection des données relatif à la communication de la Commission intitulée « Exploiter le potentiel de l'informatique en nuage en Europe », 16 novembre 2012, disponible [en ligne] : https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/12-11-16_cloud_computing_fr_0.pdf (consulté le 03/06/2023)

1880V. par ex. Les conditions générales de service d'OVH, article 5.3. Disponible [en ligne] : https://www.ovh.com/fr/support/documents_legaux/conditions%20generales%20de%20service.pdf (consulté le 02/06/2023) – Les conditions d'utilisation d'Intel cloud, article 13. Disponible [en ligne] : <https://www.intel.fr/content/www/fr/fr/legal/terms-of-use.html> (consulté le 02/06/2023) – Les conditions d'utilisation du service iCloud, article II.O. Disponible [en ligne] : <https://www.apple.com/legal/internet-services/icloud/fr/terms.html#:~:text=Le%20d%C3%A9passement%20de%20toute%20limite,nouveaux%20e%20mails%20envoy%C3%A9s%20%C3%A0> (consulté le 02/06/2023) – Les conditions d'utilisation de Dropbox, article Limitation de responsabilité, Disponible [en ligne] : <https://www.dropbox.com/fr/terms> (consulté le 02/06/2023)

1881Dans les conditions générales d'utilisation de Microsoft pour ses services, l'article 3.3 dans sa version du 27 août 2012 stipulait que « Lorsque vous téléchargez votre contenu sur les services, vous reconnaissez qu'il peut être utilisé, modifié, adapté, enregistré, reproduit, distribué et affiché dans le cadre de votre protection et de la fourniture, protection et amélioration des produits et services Microsoft » (cité en note de bas de page n° 10 par BRUNAUX G., *Cloud computing, protection des données : et si la solution résidait dans le droit des contrats spéciaux ?*, D, 9 mai 2013, p. 1158 et s.). De même, dans les conditions du site d'Amazon Web Services, il est indiqué que « AWS se réserve le droit de refuser tout service, de supprimer des comptes,

Aussi, une utilisation de tel service pourrait, semble-t-il exclure le bénéfice du secret des affaires dans la mesure où la confidentialité des données n'est pas garantie par le prestataire. Un tel constat a incontestablement une incidence quant à l'application de la protection au titre du secret des affaires. En effet, en cas de litige, la personne poursuivie pour atteinte au secret des affaires pourrait soutenir que les données ne relèvent pas du secret des affaires parce qu'elles sont hébergées dans un *cloud* n'offrant aucune protection raisonnable, le détenteur n'ayant pas prévu explicitement de clause de confidentialité dans le contrat. Autrement dit, le défendeur soutiendra que le stockage de données dans un *cloud* équivaut à une divulgation du secret des affaires par le détenteur aux tiers. Mais, le fait de ne pas prévoir de clause de confidentialité dans le contrat de stockage dans le *cloud* a-t-il pour conséquence, pour les données téléchargées, de les exclure de la protection du secret des affaires ? Il nous semble qu'il convient d'y répondre négativement. Tout d'abord, nous sommes d'avis avec le Professeur Georges DECOCQ de distinguer la transmission du secret de sa révélation¹⁸⁸². La transmission du secret n'a pour conséquence que d'inclure de nouvelles personnes dans le cercle de confidentialité. À l'inverse, la révélation détruit le secret et cela, en raison de son caractère public. Concernant le stockage de données sur un *cloud*, nous serions face à un cas de transmission des données et non de révélation. En effet, bien que le contrat de stockage dans le *cloud* liant le détenteur des données au prestataire relève de la catégorie des contrats innommés, il se rapproche, toutefois, du contrat de coffre-fort numérique¹⁸⁸³ qui est soumis, depuis 2016, à une réglementation stricte¹⁸⁸⁴. La CNIL avait estimé, pour les contrats de coffre-fort numérique, que le prestataire doit « *garantir l'intégrité, la disponibilité et la confidentialité des données stockées* »¹⁸⁸⁵ impliquant la mise en œuvre de mesures de sécurité. Par ailleurs, depuis la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique dite loi Lemaire, l'article L. 103 du Code des postes et des communications électroniques définit les exigences fonctionnelles du coffre-fort numérique. Parmi ces exigences, nous

de retirer ou de modifier tout contenu à son entière discrétion » (condition d'utilisation du site d'AWS, mise à jour : 30 septembre 2022, Disponible [en ligne] : https://d1.awsstatic.com/legal/AWS_Site_Terms/AWS_Site_Terms_French_2022-09-30.pdf (consulté le 02/06/2023))

1882DECOCQ G., *Le secret dans la vie économique*, Les cahiers du Conseil constitutionnel, Titre VII, avril 2023, n° 10

1883V. GAUTIER P.-Y., *Le dépôt : exercices de qualification*, RDC, mars 2014, spéc. p. 149-150, n° 4 : pour qui le contrat de « *cloud computing* » se rapprocherait du « vieux » contrat de dépôt en considérant qu'il convient de considérer qu'un dépôt peut aussi bien porter sur une chose corporelle qu'incorporelle.

1884RICARD X., *La complémentarité entre coffre-fort numérique, blockchain, et data room*, Comm. com. électr., septembre 2021, n° 9, étude 15

1885CNIL, Délibération n° 2013-270 du 19 septembre 2013 portant recommandation relative aux services dits de « coffre-fort numérique ou électronique » destinés aux particuliers

retrouvons celle tenant à la confidentialité des données¹⁸⁸⁶. Cette confidentialité est assurée par l'accès exclusif aux données à l'utilisateur du coffre-fort numérique ou aux tiers désignés par ce dernier¹⁸⁸⁷. Par un raisonnement analogique, des obligations issues du contrat de coffre-fort sont transposables au contrat de stockage. Dès lors, il nous semble que le juge pourra, sur le fondement de l'article 1194 du Code civil, reconnaître l'existence d'une obligation implicite de confidentialité du contrat de stockage de données des entreprises et cela, en raison de l'économie générale du contrat et de la volonté tacite des parties¹⁸⁸⁸. Une telle solution ne serait pas choquante. Sur le fondement de l'ancien article 1135 du Code civil, la jurisprudence avait déjà fait œuvre créatrice en étendant le champ contractuel au-delà de ce qui était initialement prévu par les parties. Tel a été le cas, par exemple, dans le cadre de contrat d'entreprise, où les juges avaient reconnu l'existence d'une obligation de surveillance à la charge du prestataire de services quand bien même celle-ci n'aurait pas été contractuellement prévue¹⁸⁸⁹. Néanmoins, la jurisprudence semble se montrer réticente à consacrer implicitement une obligation de confidentialité. Ainsi, dans un arrêt en date du 17 mars 2015, la chambre commerciale de la Cour de cassation a rappelé que « *l'obligation de confidentialité, étant d'interprétation stricte, ne saurait résulter implicitement de l'existence de relations commerciales* »¹⁸⁹⁰. Face à l'incertitude quant à la reconnaissance prétorienne d'une obligation implicite de confidentialité pour les contrats de stockage de données, l'insertion d'une clause de confidentialité reste vivement recommandée et cela, afin de renforcer la sécurité juridique.

Cependant, une telle analyse se trouve contrariée par la question de la loi applicable dès lors que le prestataire et les serveurs ne se situent hors du territoire de la République française. Nous serons face à un contrat international impliquant un élément d'extranéité comme la nationalité du prestataire ou la localisation des serveurs. Une telle hypothèse entraîne une situation de « conflits de lois ». L'Union européenne a adopté des règlements

1886V. ég. art. R. 55-6 du Code des postes et des communications électroniques instauré par le décret n° 2018-418, 30 mai 2018, relatif aux modalités de mise en œuvre du service de coffre-fort numérique et les art. D. 537 et D. 538 dudit Code résultant du décret n° 2018-853, 5 octobre 2018, relatif aux conditions de récupération des documents et données stockés par un service de coffre-fort numérique – Cette obligation se retrouve dans le contrat classique de coffre-fort, obligation accessoire qui est une « *manifestation du secret bancaire* » (LE TOURNEAU P., *Dépôt*, Répertoire de droit commercial, Dalloz, avril 2018 (mise à jour : octobre 2020, n° 23).

1887Ces exigences sont renforcées par la présence de sanctions prévues aux articles L. 132-2 et L. 132-3 du Code de la consommation (article L. 122-22 du Code de la consommation).

1888V. en ce sens : LATREILLE A., *Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat*, LPA, 7 août 2006, n° 156, p. 4 et s : pour qui dès lors que l'objet principal du contrat concerne le transfert d'informations, le juge serait enclin à déceler une obligation de confidentialité – V. ég. BRUNAUX G., *op. cit.*, p. 1158 et s.

1889V. par ex. Cass civ. 1^{re}, 18 novembre 1975, n° 74-12.493, Bull. civ. I, n° 333, p. 275 ; BRUNETTI-PONS C., *L'obligation de conservation dans les conventions*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille - P.U.A.M., 5 décembre 2003, spéc. n° 62 et s.

1890Cass. com., 17 mars 2015, n° 13-15.862 ; JurisData n° 2015-006046 ; JCP E., 2015, 1603, obs. N. BINCTIN ; Propr. industr., 2015, chron. 11, n° 2, obs. E. PY

apportant des solutions à de tels conflits. Ce sont le règlement (CE) n° 864/2007, du 11 juillet 2007, sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, dit « Rome II », et le règlement (CE) n° 593/2008, du 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit « Rome I ». Seul le règlement Rome I sera utile pour notre analyse. Si le contractant est un consommateur au sens du 1° de l'article liminaire du Code de la consommation, la loi applicable au contrat sera celle du lieu de résidence habituelle du consommateur¹⁸⁹¹. À l'inverse, pour les contrats conclus entre professionnels, c'est le principe d'autonomie esquissé dès le XVI^e siècle par DUMOULIN¹⁸⁹² qui trouve à s'appliquer¹⁸⁹³. En vertu de ce principe, les parties peuvent choisir la loi applicable à leur contrat, la *lex contractus*. Cette liberté de choix est, toutefois, encadrée, entre autres, par le respect de règles impératives¹⁸⁹⁴. À défaut de désignation par les parties de la *lex contractus*, il s'agira de la loi du lieu de résidence habituelle du prestataire de service et cela, en application de l'article 4, 1, b) du règlement Rome I. En pratique, ce sera, le plus souvent, le droit américain qui trouvera à s'appliquer dès lors que la résidence habituelle du prestataire se situe aux États-Unis d'Amérique. Les juges américains pourraient considérer que le contrat de *cloud computing* implique une obligation de confidentialité. Cette interprétation se baserait sur la *Stored Communications Act*, loi prévoyant une protection légale de la vie privée pour les clients des fournisseurs de services réseau¹⁸⁹⁵.

En termes de stratégie de protection des données, il est donc vivement conseillé d'encadrer les relations entre le détenteur des données et son prestataire par la mise en place des clauses dites sécurité comme le préconise l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information¹⁸⁹⁶. Ces clauses de sécurité peuvent poser, entre autres, des règles relatives à la conservation des données téléchargées dans le *cloud*, à leur confidentialité voire à leur restitution. Toujours est-il qu'une telle possibilité peut, en pratique, se révéler illusoire, et cela, en raison de la « *standardisation* »¹⁸⁹⁷ des contrats de l'informatique en nuage.

1891 Art. 6 du règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles

1892 ANCEL B., *Éléments d'histoire du droit international privé*, éd. Panthéon Assas, coll. Essais, 16 mai 2017, p. 207

1893 Art. 3. 1 du règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles

1894 Par ex. art. 9 du règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles

1895 V. en ce sens : SANDEEN S., *Lost in the Cloud : Information Flows and the Implications of Cloud Computing for Trade Secret Protection*, Virginia Journal of Law and Technology, 2014

1896 ANSSI, *Guide de l'externalisation*, décembre 2010, disponible [en ligne] : https://www.ssi.gouv.fr/uploads/IMG/pdf/2010-12-03_Guide_externalisation.pdf consulté le 03/06/2023). Un modèle de clause de confidentialité en cas de sous-traitance est également proposé en annexe.

1897 NICOLAS E., *Le modèle-type de contrat, source de droit ? L'épreuve par la baguette du sourcier*, LPA, 23 octobre 2012, n° 212, p. 3 et s.

261. **Une protection flexible embrassant une variété de données numériques** – Finalement, les exigences du secret ne définissent pas les caractéristiques objectives nécessaires pour identifier un type de bien en particulier comme en matière de droits de propriété industrielle, mais constituent plutôt des signaux à partir desquels le système juridique déduit l'existence d'une valeur économique méritant d'être protégée. Pour ce qui nous concerne, la définition retenue du secret des affaires permet d'inclure une variété de données numériques quelle que soit leur nature, à la condition que leurs détenteurs les gardent par-devers eux. Ainsi, pourront être protégées les données numériques sur des procédés, portant sur des informations économiques et financières et sur des stratégies commerciales ou industrielles¹⁸⁹⁸. Seront, toutefois, exclues, une large partie des données publiques en elles-mêmes. Ces dernières sont, effectivement, soumises au principe d'ouverture et de libre utilisation sauf exceptions prévues par la loi¹⁸⁹⁹. Notre analyse est confortée par la position adoptée par la Commission européenne. En effet, le *Data Act* reconnaît implicitement que les données puissent relever des secrets des affaires¹⁹⁰⁰.

Cette intégration facilitée des données au sein de la sphère du secret des affaires s'explique pour deux raisons. La première tient dans l'usage de l'expression « toute information » à l'article L. 151-1 du Code de commerce. Celle-ci est suffisamment souple pour comprendre les données numériques entendues comme « *informations stockées par l'ordinateur dans des fichiers mémorisés et accessibles à l'opérateur* »¹⁹⁰¹. La seconde raison réside dans l'objet même du secret des affaires. Celui-ci ne vise pas à protéger, par l'exclusivité, un type spécifique de bien immatériel, mais à préserver cette valeur économique particulière qui découle du secret de la connaissance.

Par ailleurs, le secret des affaires est compatible avec la circulation négociée des données. D'une part, le secret est maintenu s'il est imposé conventionnellement dans le cadre de transfert de données. Et d'autre part, nous identifions non seulement une finalité purement défensive du secret des affaires bien qu'il ne relève pas techniquement du *jus escludendi*, mais aussi une finalité de favoriser la circulation des secrets¹⁹⁰².

1898Ces exemples sont cités au sein de l'art. L. 311-6 du Code des relations entre le public et l'administration.

1899V. par ex. l'article 533-4, II, du Code de la recherche

1900V. cons. 31, art. 3, 4 et 5, 11 du règlement (UE) 2023/2854 du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2023 concernant des règles harmonisées portant sur l'équité de l'accès aux données et de l'utilisation des données et modifiant le règlement (UE) 2017/2394 et la directive (UE) 2020/1828 (règlement sur les données)

1901STROWEL A. et DERCLAYE E., *Droit d'auteur et numérique : logiciels, bases de données, multimédia. Droit belge, européen et comparé*, Bruylant, Bruxelles, 4 décembre 2001, p. 456

1902V. en ce sens : cons. 3 de la directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016

Cette qualification de secret des affaires offre au détenteur légitime une protection spécifique. Reste à savoir si cette protection est réellement efficace face à l'augmentation des atteintes rendues possibles par le numérique. En effet, si cette protection n'est pas efficace, la réserve qui découle du secret des affaires en sera affaiblie.

B. La protection efficace contre les atteintes à la confidentialité des données numériques

262. Monsieur Yann PACLOT avait à juste titre estimé que « *dans un système libéral (un système mâtiné de socialisme) comme le nôtre, la question du secret suppose la recherche d'un équilibre entre des intérêts contraires : ceux des agents économiques, ceux de leurs cocontractants et de la collectivité* »¹⁹⁰³. Aussi, tout comme l'*Uniform Trade Secret Act* américain, et la directive européenne du 8 juin 2016, le Code de commerce distingue entre les hypothèses dans lesquelles l'atteinte sera considérée comme licite¹⁹⁰⁴ et celles où l'atteinte sera considérée comme illicite¹⁹⁰⁵ et partant, pourra faire l'objet de sanctions.

Par ailleurs, la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 a organisé une protection efficace, mais dont son « infériorité »¹⁹⁰⁶ par rapport à celle octroyée par la propriété intellectuelle est patente. En effet, ne peut être interdite l'exploitation du secret des affaires par une personne l'ayant obtenu par ses propres moyens tels que l'emploi de l'ingénierie inverse¹⁹⁰⁷ ou lorsque le secret des affaires a été révélé au public par le détenteur légitime. Cependant, pour le cas de l'ingénierie inverse, il est à espérer que la jurisprudence adopte une interprétation stricte de l'article L. 151-3, 2° du Code de commerce. En effet, l'ingénierie inverse implique l'observation, l'étude ou le démontage d'un produit ou objet mis à la disposition. Autrement dit, une telle pratique implique une ingéniosité. Partant, l'exception prévue ne devra pas inclure une copie servile. Une telle interprétation se fonde sur le considérant 17 de la directive (UE) 2016/943 excluant de l'ingénierie inverse la copie parasitaire ou les imitations serviles exploitant de manière parasitaire la renommée et les efforts d'innovation du détenteur du secret. Comme l'a justement fait remarquer la Professeure Marie MALAURIE-VIGNAL, « *il serait contraire à l'esprit de la directive de 2016 et de la loi de transposition d'autoriser le*

1903 PACLOT Y., *Secret et relations d'affaires ; Les diverses facettes du secret des affaires*, Dr. & Patr., 1^{er} mars 2002, n° 102

1904 Art. L. 151-4 C. com.

1905 Art. L. 151-5 et s. C. com.

1906 PASSA J., *La protection des secrets d'affaires en droit français*, in *La protection des secrets d'affaires* (sous-dir. DE WERRA J.), Schulthess, Genève, coll. Propriété intellectuelle, 2013, p. 49

1907 Art. L. 151-3 C. com.

pillage d'un secret des affaires par une personne qui s'affranchirait de tout investissement et se contenterait de piller, sans innover »¹⁹⁰⁸. Il reviendra ainsi au juge d'apprécier au cas par cas si l'ingénierie inverse a participé à une pratique de copie parasitaire. Sur ce point, nous pouvons mentionner un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 3 mai 2018¹⁹⁰⁹ dans lequel la Haute juridiction, pour la première fois à notre connaissance, reconnaît qu'un processus d'ingénierie inverse, en l'espèce d'ingénierie inverse de logiciel, peut être sanctionné au titre du parasitisme économique.

263. Une protection offerte au détenteur légitime des données – Avant d'étudier la protection du secret des affaires dans l'environnement numérique, il convient de déterminer qui pourra revendiquer cette protection. Le Code de commerce identifie ce titulaire comme étant le « *détenteur légitime* »¹⁹¹⁰ c'est-à-dire la personne « *qui en a le contrôle de façon licite* ». Par conséquent, celui qui souhaite se prévaloir de cette protection devra se ménager des moyens pour prouver qu'il a qualité pour agir, autrement dit qu'il est détenteur légitime.

L'utilisation du terme de « *détenteur* » apparaît parfaitement justifiée en matière de secret des affaires. En effet, il s'agit d'une simple détention d'informations et non pas d'un droit de propriété sur l'information¹⁹¹¹. Le secret des affaires, comme l'affirme explicitement le considérant 16 de la directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016, ne crée pas de droit exclusif. De plus, cette notion de « *détenteur* » semble renvoyer à celle de détention en droit des biens, cette dernière désignant le « *pouvoir de fait sur une chose, le fait d'en avoir la maîtrise effective, le corpus [...], que ce pouvoir soit exercé par le propriétaire de la chose, un possesseur ou un détenteur* »¹⁹¹². Par ailleurs, la définition retenue est large dans la mesure où elle peut inclure tant le détenteur initial du secret, c'est-à-dire la personne ayant créé ou découvert l'information, que les contractants bénéficiant de l'information par le biais, par exemple, d'un contrat de communication de savoir-faire, ou encore de fourniture de données¹⁹¹³.

1908MALAURIE-VIGNAL M., *La protection des savoir-faire et motifs traditionnels – Pour la défense d'une mode éthique*, Propr. indust., n° 2, février 2019, étude 4

1909Cass. 1^{re} civ., 3 mai 2018, n° 16-26.531 ; RTD Com., 2018, 329, obs. POLLAUD-DULIAN F. ; Dalloz IP/IT, 2018, 627, obs. DAUZIER J. et PONS A. ; LEPI juill. 2018, p. 3, obs. CARRE S. ; RLDI, 2018, n° 5229, obs. COSTES L.

1910Art. L. 151-2 C. com. et art. 2, 2) de la directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016.

1911La loi espagnole sur le secret des affaires, la *Ley 1/2019 de Secretos Empresariales*, emploie le terme « *titular* » là où la directive utilise « *poseedor* ». Cette divergence sémantique peut être critiquée puisqu'elle risque d'être interprétée comme impliquant un droit sur l'information en tant que telle.

1912*Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, sous-dir. Gérard CORNU, PUF, 2011, 9^e éd., p. 338

1913Une telle interprétation est confortée par l'exposé des motifs de la proposition de la directive du 28 novembre 2013 (COM(2013) 813 final 2013/0402 (COD)) dans lequel était indiqué que « *définition d'un « détenteur de secret d'affaires » inclut comme élément clé le concept du caractère licite du contrôle sur le secret, qui figure également dans l'accord sur les ADPIC. Elle permet donc une défense du secret d'affaires*

Cependant, l'identification du détenteur pourrait, en pratique, s'avérer ardue et cela, en raison du caractère embryonnaire de la définition. En effet, la seule indication est le caractère licite du contrôle de l'information. La référence à la licéité du contrôle vise ainsi à exclure *de facto* de la catégorie des détenteurs légitimes, les contrevenants, à savoir ceux qui obtiennent, utilisent ou divulguent l'information secrète d'une manière illicite au sens des articles L. 151-4, L. 151-5 et L. 151-6 du Code de commerce. Le contrôle, quant à lui, désigne une maîtrise, une emprise sur le secret des affaires.

Cette notion de contrôle n'est pas inconnue en droit de la responsabilité. En effet, celle-ci est employée par la jurisprudence en matière de responsabilité du fait des choses. Cette construction prétorienne trouve sa source dans l'ancien article 1384, alinéa 1^{er}, du Code de civil¹⁹¹⁴. Avec l'arrêt fondateur *Consort Connot c/ Franck*¹⁹¹⁵, la Cour de cassation avait consacré l'acception dite matérielle de la garde. Est gardien, la personne ayant les pouvoirs de direction et de contrôle sur la chose¹⁹¹⁶. La question se pose donc de savoir ce que recouvre ce concept de contrôle en matière de secret des affaires. Autrement dit, le contrôle doit-il s'apprécier par rapport à l'information en tant que telle ou plutôt par rapport à son *instrumentum* ou son support ? En matière de responsabilité du fait des choses, une cour d'appel avait estimé qu'« *un bien incorporel tel qu'un message électronique [...] ne peut pas être une chose gardée au sens de l'article 1384, alinéa 1^{er} [ancien du Code civil], seul son instrumentum ou son support pouvant l'être* »¹⁹¹⁷. De même, dans une décision en date du 27 septembre 2012, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation avait rejeté un pourvoi formulé à l'encontre d'un arrêt d'appel. Les juges du fond avaient retenu à l'égard de maraîchers la qualité de gardiens de molécules, choses immatérielles. Ici, le support de la chose immatérielle était les produits phytosanitaires¹⁹¹⁸. Il ressort qu'en matière de responsabilité du fait des choses, le contrôle ne peut porter que sur l'*instrumentum*, le support. Mais, en est-il de même en matière de secret des affaires ? Il nous semble que l'appréciation du contrôle, pouvoir de fait, sur l'information en tant que telle présentera indubitablement des difficultés et cela, en raison de son caractère incorporel¹⁹¹⁹. Aussi, sommes-nous d'avis qu'il

non seulement par son détenteur initial, mais aussi par les titulaires d'une licence ».

1914 Devenu depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 l'article 1242, alinéa 1^{er} C. civ.

1915 Cass. ch. réunies, 2 décembre 1941, Bull., n° 292

1916 TRAULLÉ J., *La garde de la chose, entre acception juridique et acception matérielle*, Gaz. Pal., 12 janvier 2021, n° 2, p. 31 : invitant, au regard de la jurisprudence récente, d'utiliser la notion de « *maîtrise de la chose* » plutôt que celle de direction et de contrôle

1917 CA Paris, 1^{re} ch., Pôle 5, 9 avril 2014, RG n° 13/05025, *Stés Google France, Google Inc. et Google Ireland c/ Stés Voyageurs du monde et Terres d'aventures* ; Comm. com. électr., juin 2014, n° 6, comm. 54, note LOISEAU G.

1918 Cass. civ. 2^e, 27 septembre 2012, Bull. civ. II, n° 152

1919 V. en ce sens LE TOURNEAU P. (ss dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats – Régimes d'indemnisation 2021/2022*, Dalloz, Paris, coll. Dalloz Action, septembre 2020, 12^e éd., n° 2221.44, p. 956

faillie prendre en compte l'*instrumentum* ou le support de l'information. En effet, une telle solution a le mérite de faciliter la démonstration du contrôle. Ainsi, celui-ci se manifestera essentiellement à travers la mise en place de mesures raisonnables pour conserver le caractère secret de l'information. Ces mesures raisonnables manifestent en quelle que sorte l'*animus*, du détenteur de garder l'information secrète. Par là même, nous retrouvons l'idée de la possession en droit des biens dont l'*animus* en constitue l'un des deux éléments constitutifs.

Finalement, sera détenteur légitime la personne physique ou morale ayant créé les données. Cependant des difficultés surgissent lorsque les données ont été créées par un salarié, d'autant plus que le secret des affaires est protéiforme et peut recouvrir des informations pouvant relever de la sphère du droit de la propriété intellectuelle. Sur ce point, nous pouvons distinguer plusieurs situations.

Tout d'abord, lorsque l'information secrète porte sur une invention brevetable, il convient alors de se référer aux articles L. 611-7 et L. 611-7-1 du Code de propriété intellectuelle. Nous avons, en effet, vu que des données pouvaient être des produits d'inventions brevetables. Dans ce cas, le détenteur légitime sera tantôt l'employeur, tantôt le salarié selon que l'invention relève des inventions de mission, des inventions hors missions attribuables ou des inventions hors missions non attribuables. Pour rappel, les inventions de mission correspondent aux « *inventions faites par le salarié dans l'exécution soit d'un contrat de travail comportant une mission inventive qui correspond à ses fonctions effectives, soit d'études et de recherches qui lui sont explicitement confiées* »¹⁹²⁰. Dans une telle hypothèse, il revient au seul employeur de décider de la réservation de l'invention sous forme de secret ou de dépôt d'une demande française ou étrangère de brevet. En contrepartie de cela, l'invention de mission donne automatiquement droit, pour le salarié inventeur, au paiement d'une rémunération supplémentaire. Ce droit s'exerce à l'encontre de l'employeur et naît de la seule réalisation d'une invention brevetable, que celle-ci soit par la suite ou non brevetée¹⁹²¹. Ainsi, lorsque les données créées par le salarié sont comprises dans une invention relevant de la sphère des inventions de mission, l'employeur sera directement considéré comme le détenteur légitime au sens de l'article L. 151-2 du Code de commerce à condition, néanmoins, d'avoir mis en place des mesures raisonnables pour préserver le caractère secret. Cependant, les données numériques seront rarement en tant que telles des « inventions » au sens de l'article L. 611-10 du Code de propriété intellectuelle. En effet, comme l'a rappelé la Cour de cassation la simple présentation d'informations reste exclue de la protection par brevet¹⁹²².

1920 Art. L. 611-7, § 1, du CPI

1921 V. par ex. Cass. com., 20 septembre 2011, n° 10-20.997

1922 Cass. com., 11 janvier 2023, n° 19-19.567

Cependant, la jurisprudence tant de l'Office européen des brevets que française estiment que les programmes d'ordinateur peuvent faire l'objet d'une demande de brevet si l'objet revendiqué présente un caractère technique¹⁹²³.

Ensuite lorsque l'information secrète concerne un logiciel ou une base de données, les articles L. 113-9, L. 113-9-1 et L. 341-1 du Code de propriété intellectuelle seront applicables. Aussi, dans ces hypothèses, la qualité de détenteur légitime reviendra, en pratique, à l'employeur. Cela vise, concrètement, les données structurées en base de données.

À côté de ces situations, un conflit peut naître lorsque l'information secrète est susceptible de relever du droit d'auteur. Cette hypothèse ne peut être écartée dans notre étude. En effet, nous avons vu qu'une base de données est protégée par le droit d'auteur lorsque son « architecture » est originale. La qualité de « détenteur légitime » du secret des affaires peut être reconnue aussi bien à une personne physique qu'à une personne morale dès lors que cette dernière exerce un contrôle licite sur l'information. Or, en matière de droits d'auteur, le titulaire originaire des droits est toujours la personne physique qui a créé l'œuvre¹⁹²⁴. Aussi, le détenteur légitime du secret des affaires ne sera pas nécessairement le titulaire des droits d'auteur sur celui-ci notamment dans l'hypothèse de la création salariale. N'étant pas forcément les mêmes personnes, une opposition entre droit d'auteur et secret des affaires pourra ainsi naître d'autant plus qu'en vertu de l'article L. 131-1 du Code de la propriété intellectuelle, l'employeur ne peut pas stipuler dans le contrat de travail du salarié une cession globale des œuvres futures créées par ce dernier. Toutefois, une solution pratique réside dans la conclusion, à la suite de la création de l'œuvre, d'un contrat de cession respectant les conditions posées par le Code de propriété intellectuelle et, en particulier, de ceux de l'article L. 131-3. Néanmoins, il s'agit d'une solution présentant l'inconvénient de la lourdeur puisqu'il nécessite de conclure autant de contrats de cession que d'œuvres créées par le salarié. Une autre solution, plus risquée, quant à elle, consiste à stipuler dans le contrat de travail une clause de cession de droits au profit de l'employeur qui couvrirait les créations réalisées dans le cadre du contrat, au fur et à mesure de leur réalisation¹⁹²⁵. Sur ce point, la

1923 AZÉMA J. et GALLOUX J.-C., *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, Paris, coll. Précis, 2017, 8^e éd., p. 162 et s. – Des auteurs avaient préconisé d'ériger la technicité en condition de la brevetabilité ; V. en ce sens : DHENNE M., *Technique et droit des brevets*, LexisNexis, Paris, septembre 2016, 500 p.

1924 Cass. 1^{er} civ., 15 janvier 2015, n° 13-23.566 – V. ég. BENSAMOUN A., *La personne morale en droit d'auteur : auteur contre-nature ou titulaire naturel*, Dalloz, 14 février 2013, n° 6, p. 376 et s.

1925 CA Versailles, 21^e ch., 21 janvier 2021, RG n° 18/04047 : dans cette espèce, dans un contrat de travail, était stipulée une clause selon laquelle « le règlement de votre salaire emporte cession de plein droit au profit de notre société, au fur et à mesure de leurs créations, de l'ensemble des droits d'exploitation, tant en France qu'à l'étranger, des contributions que vous réaliserez dans le cadre de votre contrat de travail et qui de ce fait, pourront être librement reproduites et représentées, traduites et/ou adaptées s'il y a lieu, dans l'ensemble des éditions françaises et étrangères parues ou à paraître dans Tennis Magazine à travers le monde, ainsi que les exploitations dérivées, quel qu'en soit le support (papier, vidéo électronique,

Cour de cassation n'a pas, à notre connaissance, eu à connaître de la question de la validité de cette pratique contractuelle. Une telle pratique n'est donc, sans risques. Des difficultés pourront effectivement apparaître par rapport au respect du formalisme imposé par le Code de propriété intellectuelle et notamment quant à l'étendue de la cession. En effet, il convient de prendre en compte tant l'article L. 131-1 que l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle. À défaut de respecter l'article L. 131-3 dudit Code, la cession sera considérée comme nulle. Par ailleurs, malgré l'insertion d'une clause dans le contrat de travail, la difficulté n'est que partiellement résolue dans la mesure où le salarié conservera ses droits moraux notamment son droit de divulgation, sur l'œuvre ainsi créée. Un tel conflit n'apparaîtrait pas en présence d'une œuvre collective, c'est-à-dire une « œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé »¹⁹²⁶. La question s'est posée de savoir si l'employeur pouvait inclure une clause dans le contrat de travail stipulant que les œuvres créées par le salarié dans le cadre de son travail sont présumées être des œuvres collectives. À notre connaissance, la Cour de cassation n'a jamais apporté de solution. Des juges du fond semblent reconnaître la validité d'une telle clause¹⁹²⁷. L'œuvre collective a pu être analysée comme « une pénétration du droit du travail dans le droit d'auteur »¹⁹²⁸. La personne morale sera présumée¹⁹²⁹ titulaire *ab initio* de droits sur l'œuvre collective à condition que celle-ci ait été créée à son initiative, et divulguée sous son

audiovisuel), les procédés d'enregistrement (hertzien, câble, satellite), ainsi que tous les supports destinées à publicité ou à leur promotion. L'ensemble des effets de la cession visée ci-dessus survivra à la cessation de votre contrat de travail, quelle qu'en soit la cause et ce pour toute la durée des droits cédés ». Les juges d'appel ont considéré qu'« il ne résulte pas de la stipulation [litigieuse] figurant dans le contrat de travail qu'elle soit générale, ni qu'elle contrevienne au principe de prohibition de la cession des œuvres futures, laquelle ne concerne que les œuvres non déterminées ou déterminables au jour du contrat. Sous réserve du respect des limites contractuellement définies par les parties, [le salarié] n'est pas fondé à reprocher à l'employeur d'exploiter ses œuvres prises entre la date d'embauche et le 14 juin 2009, au-delà de la rupture du contrat de travail. En revanche, force est de constater que les stipulations contractuelles susvisées n'octroient pas à l'employeur la propriété exclusive des droits d'exploitation qu'il revendique, rien n'étant dit, dans le contrat de travail, sur les droits que tient le salarié de l'article L 121-8 du code de la propriété intellectuelle susvisé ». – V. ég. CA Paris, Pôle 5, ch. 1, 25 janvier 2023, n° 19/15256

¹⁹²⁶Art. L. 113-2, 3°, CPI

¹⁹²⁷CA Lyon, ch. soc. B, 10 juin 2016, RG n° 15/01025 ; CA Nîmes, 3 octobre 2017, RG n° 16/00458 – Cependant, il semble qu'il faille limiter la portée de ces affaires. V. en ce sens LE CORRONCQ A. et COHUET M., *Créations de salariés : bilan 2017*, JCP soc., 10 juillet 2018, n° 27, 1233 pour qui « ces deux décisions ont été rendues par des chambres sociales de cours d'appel, ce qui peut expliquer la prise en considération prioritaire du contenu du contrat de travail sur les circonstances concrètes qui devraient, à notre avis, seules guider la qualification de l'œuvre au regard des critères stricts posés par le CPI »

¹⁹²⁸DRAI L., *Créations et invention de salariés*, JurisClasseur Travail Traité, Fasc. 18-26, 12 juillet 2021, n° 55

¹⁹²⁹Art. L. 113-1 CPI

nom¹⁹³⁰. Or, la divulgation est destructrice du secret des affaires. Aussi, il semble que la notion d'œuvre collective n'apporte aucune solution pour la détermination du détenteur du secret des affaires.

Enfin, si l'information n'est pas susceptible de relever d'un droit de propriété intellectuelle, la liberté contractuelle trouve pleinement à s'appliquer. Par conséquent, l'employeur pourra prévoir dans le contrat de travail l'attribution des informations créées par le salarié. Cela concernera, par exemple, la création de recettes de cuisine¹⁹³¹, de compositions chimiques¹⁹³² voire de « productions » issues de l'intelligence artificielle. En effet, les productions de l'intelligence artificielle ne relèvent pas du droit des brevets. Aux États-Unis d'Amérique, l'*U.S Copyright Office*, par une décision en date du 14 février 2022, a refusé d'enregistrer la production d'une intelligence artificielle en estimant que seules les créations issues de l'intelligence humaine peuvent être protégées¹⁹³³. Par la suite, cette exclusion des productions de l'intelligence artificielle a été réaffirmée dans les lignes directrices de l'*U.S Copyright Office*¹⁹³⁴. De même, l'Office européen des brevets a refusé d'examiner deux demandes de brevet portant sur des inventions issues d'une intelligence artificielle¹⁹³⁵. Pour l'Office européen des brevets, le terme d'inventeur doit s'entendre uniquement comme une personne physique. Les productions de l'intelligence artificielle ne relèvent pas non plus du droit d'auteur¹⁹³⁶. Ces dernières sont dénuées d'originalité. L'intelligence artificielle étant dépourvue d'émotions, comment alors trouver l'empreinte de la personnalité dans leurs productions ? Par ailleurs, faute de personnalité juridique, comment l'intelligence artificielle pourrait être auteur et jouir des prérogatives attachées à cette qualité ?

Ainsi, pour ces données ne relevant pas de la sphère des droits de propriété intellectuelle, il sera loisible à l'employeur de stipuler dans le contrat de travail que ces données créées par son salarié lui appartiennent et cela, sans qu'il y ait nécessité à prévoir une compensation financière. Cela pourra être concrètement des données statistiques que le salarié

1930CA Paris, Pôle 5, ch. 2, 26 avril 2013, RG n° 11/18809, *Sarl Giovanni c/ Sas Sam* ; Cass. 1^{re} civ., 10 juillet 2014, n° 13-16.465

1931V. par ex. la création d'une saveur d'un fromage ne relève pas du droit d'auteur – V. CJUE, 13 novembre 2018, C-310/17, aff. *Levola Hengelo BV contre Smilde Foods BV*

1932V. par ex., la fragrance d'un parfum ne relevant pas du domaine du droit d'auteur : Cass. com., 10 décembre 2013, n° 11-19.872

1933CHATRY S., *Productions de l'intelligence artificielle non éligibles à la protection par le Copyright Act*, LEPI, 1^{er} avril 2022, p. 2 – V. ég. Eastern District of Virginia, 2 septembre 2021, *Thaler v. Hirshfeld*, 558 F. Supp. 3d 238 (E.D. Va. 2021) : dans l'affaire *Dabus*, la cour de district de Virginie a rappelé que le terme « inventeur » dans l'*America Invents Act* renvoie à l'individu c'est-à-dire un être humain.

1934Copyright Office, *Copyright Registration Guidance : Works Containing Material Generated by Artificial Intelligence*, 10 mars 2023, 88 FR 16190, 37 CFR 202, doc. N° 2023-05321, disponible [en ligne] : <https://www.govinfo.gov/app/details/FR-2023-03-16/2023-05321> (consulté le 21/07/2023)

1935OEB, J 0008/20 (Designation of inventor/DABUS) 21 décembre 2021

1936V. en ce sens : BENSAMOUN A. et FARCHY J., *Mission intelligence artificielle et culture*, Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, 27 janvier 2020, spéc. p. 32 et s.

regroupe pour en déduire une information. De même, dans l'hypothèse d'une création ou découverte d'une information ne relevant pas d'un droit de propriété intellectuelle lors de l'exécution d'un contrat de coopération tel que le contrat joint-venture¹⁹³⁷, les contractants pourront décider qui d'entre eux auront la qualité de détenteur du secret des affaires tout en sachant que la définition retenue à l'article L. 151-1 du Code de commerce ne s'oppose pas à l'existence d'une pluralité de détenteurs pour un même secret. Néanmoins, dans cette dernière hypothèse, le *Data Act* pourrait avoir une incidence sur la pratique contractuelle en raison du contrôle de clauses abusives relatives à l'accès aux données et à leur utilisation entre entreprises¹⁹³⁸.

En cas de litige, et à défaut de stipulation contractuelle, il reviendra aux contractants de prouver la maîtrise licite du secret pour bénéficier de la qualité de détenteur et partant, de la protection du secret des affaires.

1. Une protection adaptée aux atteintes aux données numériques confidentielles

264. **Une approche extensive des atteintes illicites du secret des affaires** – Il est évident qu'avec l'Internet, le risque d'atteintes aux secrets des affaires est accru. Ainsi, par exemple, en 2004, avaient été divulgués sur un site d'information en ligne consacré aux ordinateurs *Apple Macintosh* des plans secrets de la société *Apple Computer, Inc.* pour commercialiser un dispositif qui faciliterait la création d'enregistrements sonores numériques en direct sur les ordinateurs du fabricant¹⁹³⁹. Ces révélations sur Internet amplifient les conséquences dommageables pour le détenteur. Tel a été le cas dans l'affaire *Apple Computer, Inc.* où, en une fraction de seconde, ses concurrents ont eu connaissance de ses plans et, par là même, ont pu anticiper leurs politiques commerciales. Aussi, certaines réglementations nationales sur les secrets des affaires traitent spécifiquement des actes d'appropriation illicite par le biais de l'informatique. Tel est le cas, par exemple, de la *Virginia Uniform Trade Secrets Act* (VUTSA). Le VUTSA envisage explicitement l'hypothèse de l'acquisition d'un secret des affaires par une personne qui sait ou aurait eu des raisons de savoir que le secret a été acquis

1937Exemple développé par la professeure Tanya APLIN (APLIN T., *A Critical Evaluation of the Proposed EU Trade Secrets Directive (July 18, 2014)*, King's College London Law School Research Paper n° 2014-25, p. 10).

1938V. art. 13.4 c) du règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023

1939Court of Appeal of California, Sixth District, 26 mai 2006, *O'Grady v. Superior Court*, 139 Cal. App. 4Th, 1423, 1432

par des « moyens inappropriés »¹⁹⁴⁰. Or, le VUTSA précise que l'expression « moyens inappropriés » comprend notamment l'utilisation d'un ordinateur ou d'un réseau informatique sans autorisation, l'espionnage par des moyens électroniques¹⁹⁴¹. Une telle précision n'existe pas dans la législation française. Est-ce à dire que les dispositions du Code de commerce ne soient pas adaptées aux atteintes aux secrets des affaires dans l'environnement numérique ? Autrement dit, l'absence de précision quant aux moyens numériques d'appropriation illicite est-elle préjudiciable ? La réponse est assurément négative. En effet, s'agissant des actes illicites, est adoptée une approche extensive en envisageant l'ensemble des atteintes dont les secrets des affaires peuvent être l'objet, à la différence d'anciennes propositions françaises¹⁹⁴². Les dispositions permettent d'appréhender tant l'obtention illicite que l'utilisation et la divulgation illicite du secret des affaires¹⁹⁴³. Nous retrouvons l'application du principe de neutralité technique de la norme dans la mesure où les dispositions trouvent aussi bien à s'appliquer en cas d'atteintes au secret dans l'environnement numérique que dans le monde physique.

265. L'obtention illicite du secret des affaires – Concernant les actes constitutifs d'une obtention illicite du secret des affaires, la définition retenue est large et cela, en raison de l'utilisation d'un « *standard ouvert de préférence à une description analytique des comportements visés* »¹⁹⁴⁴. Constitue un acte d'obtention illicite tout « *comportement considéré, compte tenu des circonstances, comme déloyal et contraire aux usages en matière commerciale* »¹⁹⁴⁵. Cette référence au comportement considéré comme déloyal et contraire aux usages en matière commerciale donne un « *parfum de concurrence déloyale* »¹⁹⁴⁶ au secret des affaires. Ce « parfum de concurrence déloyale » s'explique, avant tout, par la genèse de la

1940§ 59. 1-336, Code of Virginia, disponible [en ligne] : <https://law.lis.virginia.gov/vacodepopularnames/uniform-trade-secrets-act/> (consulté le 25/06/2023) : « *"Misappropriation" means : 1. Acquisition of a trade secret of another by a person who knows or has reason to know that the trade secret was acquired by improper means [...]* ».

1941Ibid. « *"Improper means" includes theft, bribery, misrepresentation, use of a computer or computer network without authority, breach of a duty or inducement of a breach of a duty to maintain secrecy, or espionage through electronic or other means* ».

1942V. notamment la proposition de loi visant à sanctionner la violation du secret des affaires, n° 3985 du 22 novembre 2011, cette dernière visait uniquement à sanctionner la révélation à une personne non autorisée à en avoir connaissance du secret des affaires et cela, sans le consentement de l'entreprise détentric. À l'inverse, n'étaient pas appréhendées la détention et l'obtention illicites du secret des affaires.

1943Art. L. 151-4 et L. 151-5, al. 1°, C. com.

Il est légitime que lorsque la personne a obtenu le secret des affaires de façon illicite, toute utilisation ou divulgation qui s'ensuit soit illicite.

1944LAPOUSTERLE J., *La protection des secrets d'affaires : bilan d'étape*, in *La protection des secrets d'affaires : Enjeux et perspective*, actes du colloque du 12 décembre 2014, Paris, LexisNexis, 2015, p.112

1945Art. L. 151-4, 2°, C. com.

1946GALLOUX J.-C., *Droits sur les créations nouvelles*, RTD Com., 20 mai 2014, n° 1

protection du secret des affaires. La directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 s'est inspirée de l'Accord sur les ADPIC qui emploie la notion d'« *usages commerciaux honnêtes* ». Cette référence offre ainsi au système une souplesse et une adaptabilité caractéristique de l'action en concurrence déloyale. Nous devons reconnaître que ce choix de la souplesse a le mérite d'éviter l'« *obsolescence* » de la loi face aux nouvelles technologies numériques. En fin de compte, nous ne sommes pas totalement dépaysés face à cette nouvelle protection. Par exemple, relèvent de l'hypothèse de l'obtention illicite, la rupture de contrat, l'abus de confiance et l'incitation au délit¹⁹⁴⁷. En d'autres termes, l'obtention du secret des affaires est illicite dès lors qu'elle résulte d'un accès non autorisé à celui-ci, quand bien même cet accès aurait été réalisé de bonne foi, sans intention de nuire au détenteur. Nous remarquons qu'il n'est pas exigé de la part du détenteur la preuve de l'intention ou de la négligence grave du contrevenant. Nous sommes face à une responsabilité objective offrant, par conséquent, « *une protection plus complète aux secrets d'affaires et aux entreprises, en particulier aux PME* »¹⁹⁴⁸. Initialement, dans la proposition de directive du 28 novembre 2013¹⁹⁴⁹, il était précisé que l'acte illicite n'était caractérisé que si le contrevenant avait agi « *intentionnellement ou à la suite d'une négligence grave* ». Une telle approche était également celle retenue par la proposition française de loi du 23 janvier 2012¹⁹⁵⁰. Dès lors, et comme l'avait affirmé la Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, il s'agissait d'une responsabilité fondée sur le principe de culpabilité¹⁹⁵¹. La principale conséquence de cette approche était que le détenteur du secret devait prouver l'élément intentionnel pour pouvoir sanctionner le contrevenant. Or, force est d'admettre que dans l'hypothèse d'atteintes au secret des affaires, il peut être ardu pour la victime d'apporter une telle preuve. Cette exigence a été abandonnée à la suite des amendements du Conseil de l'Union européenne de mai 2014 conduisant ainsi à l'instauration d'une responsabilité fondée sur la faute objective ou « *culpa in abstracto* ». La justification apportée par le Conseil de l'Union européenne était que « *si un élément de malhonnêteté est nécessaire, les critères d'intention ou de négligence grave ne devraient pas être requis pour qu'il y ait comportement* ».

1947Ce sont les hypothèses visées en note de bas de page dans l'Accord sur les ADPIC.

1948Parlement européen, *Avis sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites* (COM(2013)0813 – C8-0431/2013 – 2013/0402(COD)), Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, Session 2014-2019, 30 mars 2015, p. 3

1949Commission européenne, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, COM/2013/0813 final - 2013/0402 (COD), 28 novembre 2013

1950Assemblée nationale, Proposition de loi visant à sanctionner la violation du secret des affaires, n° 4159, 11 janvier 2012

1951Parlement européen, *op. cit.*, p. 3

illicite dans le cas d'un contrevenant principal ». Grâce à l'abandon des critères d'intention ou de négligence grave, il apparaît plus facile d'apporter la preuve de l'acte illicite pour le détenteur victime. Toutefois, il convient de souligner que cet élément subjectif n'est pas complètement disparu puisqu'il est exigé dans l'hypothèse où une personne obtient, utilise ou divulgue un secret des affaires obtenu auprès d'un tiers contrevenant. Dans une telle hypothèse, le détenteur devra apporter la preuve que cette dernière savait ou devait savoir, compte tenu des circonstances, que ledit secret avait été obtenu illicitement¹⁹⁵². Cette solution est conforme aux prévisions de l'Accord sur les ADPIC qui considère comme acte contraire aux usages commerciaux honnêtes « *l'acquisition de renseignements non divulgués par des tiers qui savaient que ladite acquisition impliquait de telles pratiques ou qui ont fait preuve d'une grave négligence en l'ignorant* »¹⁹⁵³.

Dans l'environnement numérique, l'obtention illicite pourra être constituée lorsqu'une personne a accédé, sans autorisation du détenteur, à un serveur contenant des données confidentielles. Toutefois, dans l'hypothèse d'une personne de bonne foi qui a eu accès aux données confidentielles qu'en raison d'une action ou d'une omission imputable au détenteur du secret, il nous semble qu'il sera difficile pour le détenteur d'établir la preuve de la réunion des conditions visées à l'article L. 151-1 du Code de commerce, et plus précisément, la condition tenant aux mesures raisonnables de protection de la confidentialité.

266. L'utilisation et la divulgation illicites du secret des affaires – Seront considérées comme illicites, l'utilisation ou la divulgation du secret par tiers à d'autres fins que celles pour lesquelles le détenteur lui avait transmis l'information¹⁹⁵⁴. Cela vise à sanctionner la situation de détournement de données confidentielles qui avaient été remises, par exemple, dans le cadre d'un contrat avec une obligation de confidentialité ou une obligation de restitution. Aussi, l'ancien salarié qui, dans le cadre de son poste avait reçu des données confidentielles, doit les restituer à la fin de son contrat, sans en garder de copie¹⁹⁵⁵. Dans le cadre d'un contrat de stockage de données, le détenteur pourra insérer une clause de confidentialité et de restitution de ses données au terme dudit contrat. Ainsi, le prestataire qui

1952Art. L. 151-6 C. com.

1953Note 10 de l'accord sur les ADPIC

1954Art. L. 151-5 C. com.

1955Cass. com., 8 février 2017, n° 15-14.846 ; JurisData n° 2017-005015 ; Contrats, conc. consom., 2017, comm. 74, note MALAURIE-VIGNAL M.) : Bien que la solution soit antérieure aux dispositions sur la protection du secret des affaires, les faits correspondraient aux prescriptions de l'article L. 151-5 du Code de commerce.

utilise les données ainsi transmises malgré la présence d'une telle clause engagera sa responsabilité au titre de l'utilisation illicite du secret des affaires.

267. Une protection étendue aux produits bénéficiant de manière significative du secret – À la différence de l'Accord sur les ADPIC, la protection du secret des affaires a été étendue aux produits bénéficiant de manière significative du secret illicitement approprié¹⁹⁵⁶. Cette extension s'explique par la prise en compte du risque que le secret des affaires illicitement approprié puisse être utilisé dans des pays tiers pour produire des biens qui entreront dans le Marché intérieur en concurrençant ceux du détenteur légitime du secret. Néanmoins, le détenteur doit apporter la preuve de la connaissance de l'atteinte illicite du secret des affaires. Cette inclusion des produits résultant de manière significative d'une atteinte au secret des affaires dans le champ de la protection révèle une forme d'« *objectivisation* » de la protection, contrairement à celle offerte par le droit de la concurrence déloyale lequel vise principalement à sanctionner une conduite, un comportement contraire à la loyauté.

Toutefois, des difficultés d'interprétations peuvent résulter de l'expression « *tout produit résultant de manière significative d'une atteinte au secret des affaires* ». En effet, se pose la question de savoir comment prouver que le produit en cause résulte de « *manière significative* » d'une atteinte illicite au secret des affaires constitué de données numériques. Il revient au juge saisi d'apprécier au cas par cas si le produit litigieux provient d'une telle atteinte. Néanmoins, cela peut engendrer un contentieux technique ardu sur le degré d'intégration du secret des affaires dans le produit en cause. Par exemple, le fait qu'une entreprise ait eu illicitement accès à une liste secrète de clients suffit-il à interdire la mise sur le marché de biens n'ayant aucun rapport avec ceux du détenteur légitime mais dont la commercialisation bénéficie de manière significative de cette liste secrète ? Il nous semble qu'une telle interdiction se révèle peu probable en ce que les biens en eux-mêmes ne proviennent en aucun cas de l'atteinte au secret des affaires. Par ailleurs, comme nous l'avons déjà signalé, une difficulté probatoire pourra surgir si les données en cause sont accessibles facilement sur Internet.

268. Une conciliation nécessaire avec les droits et libertés d'autrui – Est-ce à dire que le détenteur peut sanctionner, au titre de la protection du secret des affaires, toute divulgation des données confidentielles ? La réponse est assurément négative. En effet, le secret des

¹⁹⁵⁶Art. L. 151-5, al. 2, C. com.

affaires n'est pas un secret absolu dans la mesure où il existe des hypothèses d'exceptions à la protection¹⁹⁵⁷. Parmi ces exceptions, nous retrouvons, entre autres, la liberté du commerce et de l'industrie¹⁹⁵⁸, la liberté d'expression¹⁹⁵⁹. Dans les développements qui suivent, nous ne nous concentrerons que sur la conciliation de la protection du secret des affaires avec le respect des libertés et droits fondamentaux et plus précisément, avec le droit à l'information. Ce droit – parfois désigné comme la liberté de recevoir des informations – recouvre en réalité trois aspects qui sont la faculté de rechercher, de diffuser et de recevoir librement les informations et les idées, sans ingérence des autorités publiques¹⁹⁶⁰. Ce droit à l'information relève plus largement de la liberté d'expression. La nature transfrontalière de cette liberté est exacerbée par l'utilisation de l'Internet¹⁹⁶¹. Celle-ci est vue comme « *l'une des conditions primordiales [du] progrès [de la société démocratique] et de l'épanouissement de chacun* »¹⁹⁶². La France s'est intéressée dès le XVIII^e siècle à cette liberté en raison notamment de l'influence de la philosophie des Lumières. Ainsi, l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 dispose que « *la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi* ». De plus, cette liberté est expressément consacrée par des textes nationaux¹⁹⁶³. Cependant, comme toutes libertés, la liberté d'expression ne saurait absolue¹⁹⁶⁴. Aussi, tous ces textes prévoient-ils également des limitations. En effet, il ne faut pas négliger le fait que la divulgation d'informations peut porter atteinte à des droits dont le droit au

1957Art. L151-7 à L151-9 C. com.

1958Art. L. 151-3 C. com.

1959Art. L. 151-8 C. com.

1960BERGER T., *Nouvelles technologies, secret des affaires et accès à l'information : une recherche d'équilibre dans un labyrinthe de norme*, Dalloz IP/IT, décembre 2021, p. 637-640

1961AUVRET-FINCK J. *Concrétisation et aménagement de la liberté d'expression sur Internet en droit européen*, in Libertés, justice, tolérance, Mélanges en l'honneur au Doyen Gérard Cohen-Jonathan, Bruylant, Bruxelles, vol. 1, 12 octobre 2004, p. 99

1962COHEN-JONATHAN G., *La convention européenne des droits de l'homme*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Economica, Paris, 1989, p. 249 – V. ég. Recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur l'autorégulation des cyber-contenus (l'autorégulation et la protection des utilisateurs contre les contenus illicites ou préjudiciables diffusés sur les nouveaux services de communication et d'information), 5 septembre 2001, Rec. (2001)8 ; CEDH (Plénière), 7 décembre 1976, aff. Handyside c. Royaume-Uni, req. n° 5493/72, pt. 49

1963Nous pouvons citer, sans exhaustivité, la Convention européenne des droits de l'homme à l'article 10, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à l'article 11, la Déclaration universelle des droits de l'homme à l'article 19, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques à l'article 19 ou encore la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 à l'article 13.

1964V. Comité des Ministres, Recommandation n° R(94)13 du Comité des Ministres aux États membres sur des mesures visant à promouvoir la transparence des médias : pour qui « *la communication de ces informations au public par les médias ou par les services ou les instances chargés de veiller à leur transparence devrait s'effectuer dans le respect des droits et des intérêts légitimes des personnes et des organismes soumis à des exigences de transparence, en s'attachant en particulier à concilier ces exigences avec le principe de liberté du commerce et de l'industrie, ainsi qu'avec les impératifs de la protection des données à caractère personnel, du secret commercial[...]* ».

respect à la vie privée ou encore au secret de l’instruction. Néanmoins, ces restrictions, limitations, doivent être prévues par la loi et être « nécessaires ». Ainsi, par exemple, le second paragraphe de l’article 10 de la Convention EDH admet des restrictions à cette liberté notamment afin de protéger la réputation ou des droits d’autrui, d’empêcher la divulgation d’informations confidentielles, incluant, par là même, le secret des affaires¹⁹⁶⁵. Toutefois, bien que la protection du secret des affaires soit une raison justifiant une restriction à la liberté d’expression¹⁹⁶⁶, cette limitation doit être nécessaire dans une société démocratique¹⁹⁶⁷. La Cour européenne des droits de l’homme considère que l’adjectif « nécessaire » comme impliquant un « besoin social impérieux »¹⁹⁶⁸.

Par ailleurs, si nous nous concentre sur l’article 10 de la Convention EDH, cette disposition vise la liberté d’expression de manière générale sans en préciser la forme, la catégorie d’expression plus ou moins digne de protection. Néanmoins, il ressort de la jurisprudence de la Cour EDH une sorte de « catégorisation » de l’expression en fonction de l’importance de son contenu. Ainsi, les juges strasbourgeois ont estimé en matière de concurrence, que « *des déclarations poursuivant « des fins de concurrence » n’entreraient pas dans le noyau fondamental de la liberté d’expression et bénéficieraient d’une moindre protection que d’autres “idées” ou “informations”* »¹⁹⁶⁹.

Du côté de la Cour de justice de l’Union européenne, celle-ci a déjà souligné l’importance de l’Internet pour la liberté d’expression et d’information dans une affaire qui concernait des liens hypertextes vers du matériel protégé par des droits d’auteur¹⁹⁷⁰. En faisant référence aux considérants 3 et 31 de la directive 2001/29 du 22 mai 2001, la Cour luxembourgeoise a considéré qu’une mise en balance des droits fondamentaux était nécessaire¹⁹⁷¹. Toutefois, dans le cadre de cette directive du 22 mai 2001, l’interprétation de l’exception au droit de propriété intellectuelle est limitée par un certain nombre de facteurs,

1965De même, le paragraphe 3 de l’article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques admet des restrictions similaires à la liberté d’expression.

1966V. par ex. CEDH, plén., 20 novembre 1989, *Markt Intern Verlag GMBH et Klaus Beermann c. Allemagne*, req. n° 10572/83, pt 35 : la Cour EDH précise dans cette décision que : « *même la publication d’articles véridiques et décrivant des événements réels peut être prohibée dans certains cas : l’obligation de respecter la vie privée d’autrui, ou le devoir d’observer la confidentialité de certaines informations commerciales, en constituent des exemples* ».

1967CEDH, 2^e sect., 18 décembre 2012, *Ahmet Yildirim c. Turquie*, req. n° 3111/10 ; Comm. com. électr., 2013, comm. 77, DEBET A. ; Comm. com. électr., 2013, Étude 14, MARGUÉNAUD P.

1968CEDH plén., 26 novembre 1991, *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, aff. n° 13585/88

1969CEDH, plén., 20 novembre 1989, *Markt Intern Verlag GMBH et Klaus Beermann c. Allemagne*, req. n° 10572/83

1970CJUE, 2^e ch., 8 septembre 2016, *GS Media BV contre Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker*, aff. C-160/17, pt 45

1971Ibid., pt 31

notamment avec le test en trois étapes¹⁹⁷². La position de la Cour de justice en matière de droit d'auteur face à la liberté d'expression peut nous fournir des indications quant à la manière dont l'exception prévue en matière de secret des affaires sera traitée. Cependant, la législation sur le secret des affaires comprend une disposition explicite et générale sur la liberté d'expression. Il s'agit ici d'une différence notable avec la directive 2001/29 du 22 mai 2001. En effet, il ressort de cette directive que la liberté d'expression ne doit simplement qu'être prise en compte lors de l'interprétation des exceptions formulées de manière particulière. Aussi, partant de ce constat, il est probable que le champ d'application de l'article L. 151-8 du Code de commerce soit appliqué de manière plus large que dans le cadre des droits de propriété intellectuelle. Une telle interprétation large de l'exception est justifiée au regard des considérants 19 et 20 de la directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016, et de l'absence de tout test en trois étapes. En effet, l'absence de ce test en trois étapes signifie qu'il n'y a pas d'exigence supplémentaire pour la mise en œuvre et l'interprétation des exceptions dans le cadre des secrets des affaires, ce qui laisse une plus grande marge de manœuvre pour l'application des exceptions¹⁹⁷³. L'interprétation large de l'exception se justifie également au regard de la formulation de la disposition de l'article L. 151-8 du Code de commerce. En effet, par cette formulation, il semble que le Législateur ait réalisé une conciliation des intérêts contradictoires et ait accordé ses faveurs à la liberté d'expression. Néanmoins, il s'agit d'une conciliation opérée *in abstracto* sans aucune appréciation externe de cette législation. Aussi, ressort-il, par une interprétation littérale de cette disposition, que doit primer, de façon mécanique, la liberté d'expression au déprimant du secret des affaires. Une telle interprétation n'est pas illégitime. Cependant, elle nous paraît excessive au vu du paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention EDH, c'est-à-dire la prise en compte, entre autres, de « *la protection de la réputation ou des droits d'autrui* ». Or, le secret des affaires protège les entreprises de la divulgation d'informations confidentielles leur causant un préjudice économique voire moral.

1972V. par ex. CJUE, gr. ch., 29 juillet 2019, *Spiegel Online GmbH contre Volker Beck*, aff. C-515/17, pt 59 : « le juge national, dans le cadre de la mise en balance qu'il lui incombe d'effectuer, au regard de l'ensemble des circonstances de l'espèce concernée, entre les droits exclusifs de l'auteur visés à l'article 2, sous a), et à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, d'une part, et les droits des utilisateurs d'objets protégés visés par les dispositions dérogatoires de l'article 5, paragraphe 3, sous c), second cas de figure, et sous d), de cette directive, d'autre part, doit se fonder sur une interprétation de ces dispositions qui, tout en respectant leur libellé et en préservant leur effet utile, soit pleinement conforme aux droits fondamentaux garantis par la Charte » – V. ég. CJUE, ch. gr., 29 juillet 2019, *Funke Medien NRW GmbH contre Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-469/17, spéc. pt 76

1973Le test en trois étapes encadre l'exercice des exceptions au droit d'auteur et droits voisins prévues aux articles L. 122-5, L. 211-3 et L. 342-3 du CPI. Ces exceptions ne doivent pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, de l'interprétation, du phonogramme, du vidéogramme, du programme ou encore de la base de données, ni causer un préjudice injustifié aux intérêts de l'auteur et des titulaires de droits. Aussi, ce triple test impose en réalité une analyse économique de la mise en œuvre des exceptions (v. ZOLYNSKI C., *Le test en trois étapes, renouvellement des pouvoirs du juge ?*, LEGICOM, 2007, n° 39, p. 107-113).

Finalement, comme le rappelle le rapporteur de la loi de transposition de la directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016, « *les journalistes, les lanceurs d'alerte et les représentants des salariés pourront continuer à faire leur travail, et c'est toujours le juge qui se prononcera, lors d'une procédure judiciaire, sur les dérogations dont ils pourront bénéficier en cas de révélation d'un secret des affaires* »¹⁹⁷⁴. En d'autres termes, toutes les données confidentielles ne peuvent constituer par elles-mêmes une restriction nécessaire à la liberté d'expression. Le juge devra procéder à une mise en balance des intérêts en jeu, en prenant en compte notamment la nature du discours¹⁹⁷⁵, la motivation de la personne ayant révélé l'information¹⁹⁷⁶, le dommage potentiel causé par le discours¹⁹⁷⁷ et la sévérité de la sanction imposée¹⁹⁷⁸. Ce contrôle de proportionnalité trouvera à s'appliquer tant dans les différends entre le détenteur du secret et l'un de ses salariés¹⁹⁷⁹ qu'entre le détenteur et un journaliste¹⁹⁸⁰. Ainsi, par exemple, les méthodes d'optimisation fiscale gardées secrètes par un cabinet de conseil juridique peuvent, certes, relever de la protection du secret, néanmoins, cela ne pourra faire échec à une révélation au public dès lors qu'il existe un intérêt à connaître de telle méthode¹⁹⁸¹.

Au total, force est de constater la souplesse des dispositions sur le secret des affaires. Celle-ci se retrouve dans la caractérisation des atteintes illicites aux secrets des affaires. Elle permet ainsi de s'adapter au mieux à l'environnement numérique. Une large partie des

1974GAUVAIN R., *Rapport sur la proposition de la loi portant transposition de la directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites (n° 675)*, Assemblée nationale, 21mars 2018, 15^e Législature, p. 12

1975CEDH, 4^e sec., 5 novembre 2019, *Herbai c. Hongrie*, n° req. n° 11608/15, pt 37.

1976CEDH, 1^{re} sec., 26 février 2009, *Kudeshkina v. Russia*, req. n° 29492/05, spéc. pt 95

1977V. par ex. CEDH, 4^e sec., 5 novembre 2019, *Herbai c. Hongrie*, n° req. n° 11608/15 ; Légipresse, 2020, 184, étude GRAS F. ; RDC 12 mars 2020, n° 1, p. 80, obs. MARCHADIER F. ; Dr. soc., 2021, 503, étude MARGUÉNAUD J.-P. et MOULY J. ; spéc. pt 45-48 et 50

1978CEDH, 9 février 1995, *Vereniging Weekblad Bluf! c. Pays-Bas*, req. n° 16616/90, spéc. pt 44-46

1979De tels différends visent essentiellement la question des lanceurs d'alerte – V. CEDH, gr. ch., 18 février 2008, *Guja contre Moldova*, n° req. 14277/04 ; CEDH, gr. ch., 14 février 2023, *Gawlik c. Liechtenstein*, n° req. 21884/18

1980Les journalistes jouent le rôle essentiel de « *chien de garde public* » dans une société démocratique (CEDH, gr. ch., 27 juin 2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, n° req. 931/13, pt. 126). Ainsi, la Cour EDH considère que « *là où la liberté de la « presse » est en jeu, les autorités ne disposent que d'une marge d'appréciation restreinte pour juger de l'existence d'un « besoin social impérieux* » » (CEDH, gr. ch., 10 décembre 2007, *Stoll c. Suisse*, n° req. 69698/01, pt. 105) – V. CEDH, gr. ch., 10 novembre 2015, *Couderc et Hachette Filipacchi associés c. France*, req. n° 40454/07 ; CEDH, 4^e sect., 10 mars 2009, *Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni*, req. n° 3002/03 et 23676/03 ; CEDH, 4^e sect., 4 février 2014, *jugement Pentikäinen c. Finlande*, req. n° 11882/10 ; CEDH, gr. ch., 20 octobre 2015, *arrêt Pentikäinen c. Finlande*, req. n° 11882/10 ; CEDH, gr. ch., 29 mars 2016, *Bédat c. Suisse*, req. n° 56925/08 ; CEDH, plénière, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n° 5493/72 ; CEDH, 3^e sect., 24 juin 2004, *Von Hannover c. Allemagne*, req. n° 59320/00

1981Cet exemple est tiré de la jurisprudence de la Cour EDH (CEDH, gr. ch., 14 février 2023, *Gawlik c. Liechtenstein*, n° req. 21884/18).

atteintes des données confidentielles peut être appréhendée par ces dispositions. Tel sera le cas, par exemple, dans l'hypothèse d'accès non autorisé à un serveur informatique contenant des données confidentielles ou encore de l'utilisation de données confidentialité par un cocontractant à des fins autres que celles prévues dans le contrat de fourniture de données. Bien qu'il y ait possibilité de sanctionner de telles atteintes, encore faut-il que la protection du secret des affaires soit effective.

2. L'appréciation de l'effectivité de la protection dans l'environnement numérique

269. **La préservation de la confidentialité durant la procédure** – L'effectivité de la protection est assurée par les aménagements procéduraux prévus en vue de préserver tout au long de la procédure la confidentialité. En effet, dans la pratique, le risque de divulgation du secret des affaires découlant du principe de publicité des audiences et du jugement¹⁹⁸² constitue l'un des principaux facteurs décourageant les détenteurs de mettre en œuvre une action judiciaire en cas d'atteintes illicites à leur secret des affaires. Ainsi, pour permettre au détenteur du secret des affaires d'engager une action en justice sans crainte que son secret soit dévoilé, des règles de protection du secret des affaires au cours de l'instance ont été instaurées. Partant, un chapitre entier du Titre V du livre 1 du Code de commerce est consacré aux mesures générales de protection du secret des affaires devant les juridictions regroupant les articles L. 153-1, L. 153-2 et les articles R. 153-1 à R. 153-10 du Code de commerce. Le dispositif trouve à s'appliquer aux instances civiles et commerciales et a été étendu, par l'article L. 611-1 du Code de justice administrative, aux instances administratives. Afin de préserver le secret, une obligation générale de confidentialité est posée à l'article L. 153-2 du Code de commerce disposant que « *toute personne ayant accès à une pièce ou au contenu d'une pièce considérée par le juge comme étant couverte ou susceptible d'être couverte par le secret des affaires est tenue à une obligation de confidentialité lui interdisant toute utilisation ou divulgation des informations qu'elle contient* ». Cette obligation de confidentialité perdure à l'issue de la procédure. Toutefois, elle prend fin si une juridiction décide que l'information ne relève plus du secret des affaires.

Au-delà de cette obligation générale de confidentialité, des règles procédurales dérogatoires au droit commun sont prévues et concernent essentiellement l'administration de

1982Art. 433, 451 C. de procédure civile

la preuve. Cependant, la préservation du secret doit se concilier avec le droit à la preuve, lequel est, comme le rappelle la Cour européenne des droits de l'homme¹⁹⁸³, le corollaire et la condition du droit à un procès équitable et du principe du contradictoire. En effet, appliquée de façon absolue, la confidentialité du secret des affaires ferait obstacle au droit à la preuve, ce dernier recouvrant à la fois le droit de « *produire une preuve que l'on détient* » mais aussi celui « *obtenir une preuve que l'on ne détient pas* »¹⁹⁸⁴. Aussi, un équilibre a dû être trouvé. Celui-ci est perceptible en matière de mesures d'instruction avant un procès au fond¹⁹⁸⁵.

En outre, toujours dans l'optique de préserver le secret, il est prévu la possibilité que les débats aient lieu et les décisions soient prononcées en chambre du conseil¹⁹⁸⁶ et la possibilité d'aménager la publicité du jugement¹⁹⁸⁷.

Cependant, cette efficacité de la protection est contrariée en matière pénale et prud'homale, matières pour lesquelles aucun aménagement procédural pour préserver le secret n'est prévu. Une telle restriction nous semble regrettable. En effet, la question de la protection du secret des affaires peut se poser lorsqu'un ancien salarié produit lors d'une instance prud'homale des données confidentielles de son employeur. De même, celle-ci se pose dans la cadre d'une instance au pénal en cas d'atteinte à un système de traitement automatisé de données contenant des données confidentielles.

270. Le secret des affaires face à la procédure de *discovery* – Indépendamment de cette restriction interne, la protection du caractère confidentiel des données se pose également concernant la procédure américaine dite *discovery*. Dans le système des pays de *Common law*, est appliquée la procédure accusatoire où ce sont essentiellement les parties qui mènent l'instruction, le juge jouant un rôle d'arbitre entre les intérêts divergents. Pour rassembler les preuves nécessaires au règlement de leur litige, les parties disposent aux États-Unis d'Amérique, de la procédure connue sous le nom de *discovery* qui est définie comme « *la procédure formelle d'échange d'informations entre les parties sur les témoignages et preuves qu'elles auront à présenter lors du procès* »¹⁹⁸⁸. Il s'agit donc d'une phase d'investigation et d'instruction préalable à tout procès pendant laquelle chaque partie – mais cette procédure de

1983CEDH, 10 octobre 2006, *L. L. c/ France*, réq. n° 7508/02 ; RTD Civ., 2007, p. 95, obs. HAUSER J.

1984VERGÈS E. VIAL G. et LECLERC O. *Droit de la preuve*, PUF, coll. Thémis, 2015, n° 276 et 279

1985V art. L. 153-1, de R. 153-1 à R. 153-9 C. com.

1986Art. L. 153-1 C. com.

1987Art. R. 153-10 C. com.

1988Définition de l'*American Bar Association, Division for Public Education* : « *This is the formal process of exchanging information between the parties about the witnesses and evidence they'll present at trial* » (Disponible [en ligne] : http://www.americanbar.org/groups/public_education/resources/law_related_education_network/how_courts_work/discovery.html (consulté le 16/05/2017))

discovery peut concerner aussi bien des tiers non mis en cause dans l'instance – doit divulguer les éléments de preuve, même défavorables, destinés à favoriser le déroulement du procès. Or, souvent, l'affaire se résout par une transaction sans l'intervention du juge de sorte que cette procédure est parfois appelée « *pre-trial discovery* ». Cette procédure permet ainsi la transmission à l'adversaire de centaines, voire, grâce à l'informatique, de milliers de documents qui peuvent relever pour certains du secret des affaires. L'expression de « partie de pêche » ou de « *fishing expeditions* » sont, alors, parfois utilisées pour qualifier cette procédure. La partie sollicitant la procédure de *discovery* peut être un concurrent direct qui se trouvera, du fait de cette procédure, en possession d'informations confidentielles relevant du secret des affaires. Lors de la collecte de preuves, le juge n'intervient que pour juger de la validité des refus opposés aux demandes de transmissions de documents. En effet, selon la *Rule 37 (a) (3) (A)* du *Federal Rules of Civil Procedure*, une partie peut saisir le juge pour qu'il sanctionne le refus de transmettre des documents en forçant ce dernier à les produire. Le juge pourra également prononcer des sanctions pécuniaires¹⁹⁸⁹, prendre pour avérer les faits allégués par le plaignant que le refus de la divulgation a empêché de déterminer, voire rendre un jugement par défaut¹⁹⁹⁰. Par ailleurs, la partie qui refuse de communiquer les documents risque de se voir condamner pour outrage à la justice, « *contempt of court* »¹⁹⁹¹. Toutefois, il est prévu qu'une partie peut obtenir un ordre du juge, un « *protective order* »¹⁹⁹² par lequel le magistrat pourra décider d'interdire la procédure de *discovery* ou de la limiter à certains sujets ou encore, de modifier les méthodes de divulgation prévues par la partie requérante. Pour ce faire, la partie demandant l'ordre du juge devra établir une raison légitime à sa demande. En outre, pour émettre un « *protective order* », le juge fait une sorte de balance des intérêts en présence, « *balancing test* » ou « *comity test* », en intégrant plusieurs facteurs tels que l'importance des informations demandées par rapport au litige, la bonne foi de la partie défaillante, l'existence de sanctions éventuelles pesant sur la partie défaillante et l'importance de celle-ci, la réalité du risque encouru dans l'État d'origine. Partant, nous observons, également, en outre-Atlantique, la nécessité de concilier l'efficacité de l'action en justice et la préservation de la confidentialité du secret des affaires. Cela est perceptible dans la section 5 relative à la préservation de la confidentialité, intitulée « *Preservation of secrecy* », de l'*Uniform Trade Secrets Act* américain. Il est prévu que, lors d'une action fondée sur l'*Uniform Trade Secrets Act*, le tribunal préserve la confidentialité du secret des affaires

1989 *Rule 37 (a) (5) (A)* du *Federal Rules of Civil Procedure*

1990 *Rule 37 (b) (2) (A)* du *Federal Rules of Civil Procedure*

1991 *Rule 37 (b) (2) (A) (vii)* du *Federal Rules of Civil Procedure*

1992 *Rule 37 (a) (5) (B)* et *Rule 26 (c)* du *Federal Rules of Civil Procedure*

présupposé par des moyens raisonnables pouvant inclure des mesures protectrices lors de la procédure de *discovery*, des auditions à huis clos, le placement sous scellés des procès-verbaux, et l'injonction faite à toute personne impliquée dans le contentieux de ne pas divulguer le secret présumé sans autorisation préalable du tribunal.

Face aux risques d'application abusive de cette procédure de *discovery*, des États¹⁹⁹³, ont adopté des lois dites de blocages ou « *blocking statutes* » afin de limiter la mise en œuvre d'une procédure de *discovery* en donnant une raison légitime à la personne faisant l'objet de la procédure, de ne pas transmettre les renseignements demandés. La France a ainsi adopté la loi n° 68-678 du 26 juillet 1968, dite « loi de blocage ». L'article 1^{er} *bis* de cette loi vise implicitement la procédure de *discovery* et interdit à quiconque de transmettre des données de France vers l'étranger, sauf à respecter les conventions d'entraide en vigueur. En réalité, il s'agit plus d'une « loi d'aiguillage »¹⁹⁹⁴ que d'une loi de blocage. Cette loi avait, effectivement, pour finalité de réorienter les demandes de communication de documents émanant de l'étranger vers l'entraide judiciaire comme celle prévue par la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale. Néanmoins, cette loi de blocage n'a pas permis d'empêcher l'application de la procédure de *discovery*. En effet, dans un arrêt de principe du 15 juin 1987 dit arrêt *Aérospatiale*¹⁹⁹⁵, la Cour suprême des États-Unis d'Amérique a rejeté l'exception de la loi de blocage française en considérant que les dispositions de la Convention de La Haye de 1970 n'étaient pas obligatoires et ne remplaçaient pas la procédure de *discovery*¹⁹⁹⁶. De plus, les critères définis par la Cour suprême des États-Unis dans cette décision *Aérospatiale* conduit en pratique, les juges américains à écarter l'application de la loi de blocage en faisant valoir son caractère purement formel en raison de l'absence de risque effectif de condamnation pénale en France¹⁹⁹⁷. Toutefois, dans une décision en date du 21 février 2014¹⁹⁹⁸, la Cour de la Chancellerie du Delaware a permis aux défendeurs français qui refusaient, en se fondant sur la loi de blocage, de transmettre les informations par le biais de la procédure de *discovery*, d'obtenir dans un délai bref une commission rogatoire internationale pour communiquer les

1993 Par ex. l'Allemagne, l'Australie, le Canada, la France, le Royaume-Uni, ou encore la Suisse

1994 LENOIR N., *La collecte des preuves dans le cadre des procédures judiciaires : L'amorce d'un dialogue entre la France et les États-Unis ?*, LPA, 4 juin 2014, n° 111, p. 6-13

1995 Sociétés Nationales Industrielles Aérospatiales v. United States District Court for the Southern District of Iowa, 482 U.S. 552

1996 Une telle position diffère de celle française selon laquelle la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale est obligatoire

1997 À notre connaissance, il n'y a eu qu'une seule condamnation sur le fondement de la loi de 1968 (Cass. crim., 12 décembre 2007, n° 07-83.228, Bull. crim. 2007, n° 309 ; JurisData n° 2007-042157 ; Dr. pén. 2008, comm. 47, note ROBERT J.-H. ; JCP E., 2008, 2016, note DANIS M.)

1998 Cons. CA n° 8885-VLC (Del. Ch. Feb, 21, 2014)

documents litigieux, et à défaut, de se soumettre aux règles régissant la procédure de *discovery*. Pour Madame Noëlle LENOIR, cet arrêt de la Cour de la Chancellerie du Delaware pourrait marquer une amélioration dans la compréhension par le juge américain de la loi de 1968¹⁹⁹⁹. Par ailleurs, outre la loi blocage, le droit européen peut également être pris en compte dans la procédure de *discovery* et cela, afin de limiter la transmission de données. Tel a été le cas dans une décision du 23 mai 2022²⁰⁰⁰ du Tribunal du district du sud de New York avec la réglementation sur la protection des données à caractère personnel.

271. Une efficacité de la protection du secret des affaires renforcée par le prononcé de mesures provisoires et conservatoires – Outre l'aménagement procédural bienvenu, l'effectivité de la protection s'observe dans la possibilité pour le détenteur de demander des mesures provisoires et conservatoires²⁰⁰¹. Ces mesures rapides permettent d'éviter que le secret ne soit dévoilé, ou à tout le moins, d'éviter d'aggraver la situation. Une telle possibilité se révèle opportune dans l'environnement numérique où l'information circule désormais « en une fraction de seconde » par le biais d'Internet. Ces mesures sont proches de celles envisagées en matière de contrefaçon par la directive 2004/48/CE du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle. Néanmoins, à la différence de cette directive d'avril 2004, ni le Législateur européen, ni le Législateur français, n'ont instauré de mesures probatoires similaires à la saisie-contrefaçon. Il s'agit d'une lacune dans la mesure où « *le titulaire du secret d'affaires ne pourra que difficilement obtenir des informations sur l'origine et l'importance de l'acte illicite dont il est victime* »²⁰⁰². Cependant, il convient de ne pas occulter l'existence du droit commun, et de l'article 145 du Code de procédure civile pour demander des mesures d'instruction *in futurum*.

272. Des mesures de réparation similaires à celles en droit de la propriété intellectuelle – Nous remarquons un rapprochement avec le droit de la propriété intellectuelle tout particulièrement concernant les mesures de réparation. En effet, l'article L. 152-6 du Code de commerce présente de fortes similitudes²⁰⁰³ avec dispositions spéciales du Code de propriété

1999LENOIR N., *L'intérêt de la loi du 26 juillet 1968 et l'obtention des preuves au niveau international : un regain d'intérêt*, LPA, 19 janvier 2015, n° 13, p. 7-12

2000United States District Court, May 23, 2022, S.D. New York *Kashef v. BNP Paribas S. A.*, 16-CV-3228 (AKH) (JW) (S.D.N.Y. May. 23, 2022)

2001V. art. L. 152-2, L. 152-3 à L. 152-5 et R. 152-1 C. com.

2002CCI Paris Île-de-France, *La protection des secrets d'affaires dans l'Union européenne, Rapport présenté par Jérôme FRANTZ*, novembre 2014, p. 30

2003RAYNARD J., *Le contenu et la particularité de la protection*, Prop. industr., septembre 2018, n° 9 dossier 18, p. 26 : pour qui, « *la sanction de l'atteinte au secret des affaires singe la contrefaçon* »

intellectuelle²⁰⁰⁴. Un tel rapproche est bénéfique pour les données numériques exclues du domaine de la propriété intellectuelle telles que les données sur des méthodes de commercialisation, des listes de clients ou fournisseurs, voire de savoir-faire. Ainsi, par exemple, comme en matière de contrefaçon, nous retrouvons les trois chefs de préjudice que le juge devra prendre en compte afin de déterminer le montant des dommages et intérêts à octroyer à la victime. Il s'agit d'une approche *in concreto* dans la mesure où sont aussi bien prises en compte les conséquences négatives pour la victime que les conséquences positives pour le contrevenant. Force est de constater que ce régime d'évaluation du préjudice va au-delà du principe de la réparation intégrale. Cela a indéniablement pour avantage, à la différence de la concurrence déloyale et parasitaire, une prise en considération du caractère lucratif de la faute du contrevenant. En effet, le contrevenant a pris une avance imméritée dans la concurrence en adoptant, en toute connaissance, un comportement illicite. Et par là même, le prononcé de dommages et intérêts peut avoir un autre objet que la simple réparation du préjudice du détenteur.

Enfin, comme en matière de propriété intellectuelle, nous retrouvons la possibilité laissée au juge d'allouer, à titre de dommages et intérêts, une somme forfaitaire qui tient notamment compte des droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le secret des affaires en question²⁰⁰⁵. Il s'agit donc d'une approche forfaitaire à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée. Cette réparation par équivalent paraît toutefois peu adaptée à la violation d'un secret en raison notamment de la difficulté de déterminer précisément la valeur des droits qui auraient été dus. Les juges auront-ils tendance, comme en matière de propriété intellectuelle, à appliquer la méthode dite « *profit split* » recommandée par l'Organisation de coopération et de développement économiques²⁰⁰⁶ ? Néanmoins, cette réparation forfaitaire s'imposera comme unique recours dès lors que l'atteinte au secret aura irrémédiablement compromis la confidentialité de l'information. La diffusion de données numériques sur Internet en est un exemple flagrant, car il est peu probable que le secret d'affaires survive à une telle divulgation.

En plus des mesures d'indemnisation, le juge pourra prescrire, y compris sous astreinte, toute mesure proportionnée de nature à faire cesser l'atteinte au secret des

2004V. art. L. 331-1-3 (pour le droit d'auteur), L. 521-7 (pour les dessins et modèles), L. 615-7 (pour les brevets d'invention), L. 623-28 (pour les obtentions végétales), L. 716-4-10 (pour les marques), L. 722-6 (pour les indications géographiques) du CPI

2005Art. L. 152-6, dernier alinéa, C. com.

2006OCDE, *Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method*, juin 2018, disponible [en ligne] : <https://www.oecd.org/tax/beps/revised-guidance-on-the-application-of-the-transactional-profit-split-method-beps-action-10.pdf> (consulté le 18/06/2023)

affaires²⁰⁰⁷. Une telle possibilité renforce assurément l'effectivité de la protection au titre du secret des affaires d'autant plus que ces mesures sont ordonnées en principe aux frais du contrevenant. Aussi, concernant les atteintes aux données confidentielles, le juge pourra-t-il s'inspirer utilement de ce qui est prévu en matière d'atteinte aux données à caractère personnel. En d'autres termes, pourront être prononcés le déréférencement, le retrait, voire le blocage des contenus faisant référence au secret des affaires. Toutefois, se pose la question de savoir si une telle possibilité va à l'encontre de l'interdiction d'imposer une obligation générale de surveillance des intermédiaires prévue à l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique. La réponse est négative au regard de la jurisprudence de la Cour de justice. En effet, la Cour luxembourgeoise avait considéré dans l'affaire *Glawischnig-Piesczek*²⁰⁰⁸, que la directive 2000/31/CE ne s'oppose pas à ce qu'une injonction de retrait d'un contenu illicite en ligne produise des effets au niveau mondial.

273. La question de la compétence dans l'environnement numérique – Avant que le juge se prononce sur les mesures provisoires ou définitives à prendre, encore faut-il qu'il soit compétent pour connaître de la demande. Or, l'Internet, vecteur « *intrinsèquement international* »²⁰⁰⁹ entraîne irrémédiablement des questions de compétence juridictionnelle ainsi que de lois applicables²⁰¹⁰. « *Internet partout, compétence nulle part* » comme l'indiquait Maître Damien CHALLAMEL²⁰¹¹. Aussi, l'une des difficultés est l'existence possible d'au moins un élément d'extranéité tel que le lieu du domicile du contrevenant ou encore celui de l'atteinte au secret des affaires. À défaut de précision par le Législateur, ce sera les règles du droit international qui apporteront des éclaircissements à ces questions. Ainsi, pour résoudre le conflit de juridictions, il convient de se reporter au règlement Bruxelles *I bis* ou à la Convention de Lugano II du 30 octobre 2007 lorsque le défendeur est domicilié dans l'un des États européens. L'article 7 du règlement Bruxelles *I bis* précise qu'« *une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être atraite dans un autre État membre : 2) en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant la juridiction du lieu où le fait dommageable s'est*

2007V. art. L. 152-3 et s. C. com.

2008CJUE, 3 octobre 2019, *Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited*, aff. C-18/18 ; JurisData n° 2019-017043 ; D., 2019, p. 2266, obs. LARRIEU J. ; Comm. com. électr. 2019, comm. 67, LOISEAU G. ; Dalloz IP/IT, 2020, p. 198, note de MAISON ROUGE O.

2009OUCHENE N., *L'applicabilité de la loi pénale à l'endroite de la cybercriminalité dissimulée*, Thèse de doctorat, Droit, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2018, spéc. 428

2010V. MARCHADIER F., *Internet et droit international privé*, JurisClasseur Droit international, Fasc. n° 544-60, n° 5

2011CHALLAMEL D., note Cass. 1^{re} civ., 9 décembre 2003, n° 01-03.225, Gaz. Pal., 25 mai 2004, n° 146, p. 7

produit ou risque de se produire ». Cette disposition se retrouve à l'identique au sein de la Convention de Lugano II²⁰¹². À l'inverse, dans l'hypothèse d'un défendeur non domicilié dans l'un des États européennes, l'article 6, paragraphe 1, du règlement Bruxelles I *bis* précise que « la compétence est, dans chaque État membre, réglée par la loi de cet État membre, sous réserve de l'application de l'article 18 § 1, de l'article 21 § 2, et des articles 24 et 25 »²⁰¹³. Ainsi, la jurisprudence française a étendu les règles du Code de procédure civile relatives à la compétence territoriale aux conflits de juridiction d'ordre international. En matière extracontractuelle, il convient alors de se reporter à l'article 46 du CPC qui offre une option entre, d'une part, la juridiction du domicile du défendeur, et d'autre part, celle du lieu du fait dommageable. Dans ce dernier cas, il est possible pour le demandeur de choisir sur le fondement de la jurisprudence *Mines de potasse d'Alsace*²⁰¹⁴ de saisir soit la juridiction du lieu du fait générateur de l'atteinte au secret, soit celle dans le ressort duquel le dommage direct a été subi. Toutefois, comme l'a rappelé la Cour de justice, la juridiction compétente, au titre du lieu de la matérialisation du dommage, connaît du seul dommage causé sur le territoire de l'État membre dont elle relève²⁰¹⁵. Ne serait-il pas possible d'estimer que le juge français est compétent sur le fondement de l'accessibilité du contenu en ligne ? Autrement dit, le juge serait compétent pour prononcer des mesures provisoires, et définitives dès lors que le site Internet dans lequel est divulgué le secret des affaires est accessible aux internautes français. À cette question, nous devons ici faire référence à deux décisions de la Cour de justice de l'Union européenne, *Bolagsupplysningen OÜ et Ingrid Ilsjan contre Svensk Handel AB*²⁰¹⁶ et *Gtflix Tv contre DR*²⁰¹⁷. Dans la première affaire, il était question d'une atteinte aux droits d'une personne morale, par la publication, sur Internet, de données inexactes. Dans la seconde affaire, il s'agissait d'une publication sur Internet de propos dénigrants. Dans ces

2012Art 5 de la Convention de Lugano II

2013L'art. 18, § 1, du règlement Bruxelles I *bis*, est relatif aux contrats de consommation, l'art. 21 aux contrats de travail, l'art. 24 à la matière réelle immobilière, la validité, la nullité et la dissolution des sociétés, validité des inscriptions sur les registres publics, la validité des brevets, et l'exécution des décisions, l'art. 25, quant à lui, concerne la possibilité laissée aux parties de conclure une convention attributive de juridiction au profit des juridictions d'un État membre

2014CJCE, 30 novembre 1976, *Bier c/ Mines de Potasse d'Alsace*, aff. 21/76, Rec. CJCE, p. 1735, concl. CAPOTORTI F. ; D. ; 1977, chr., p. 287, note DROZ G. A.-L.

2015CJUE, ch. 4, 22 janvier 2015, *Pez Hejduk c. EnergieAgentur. NRW GmbH*, aff. C-441/13 ; JurisData n° 2015-002631, D., 2015. 1065, obs. JAULT-SESEKE F., Europe 2015. Comm. 132, obs. IDOT L., spéc. p. 36

2016CJUE, gr. ch., 17 octobre 2017, *Bolagsupplysningen OÜ et Ingrid Ilsjan c. Svensk Handel AB*, aff. C-194/16 ; D., 2018, p. 276, note JAULT-SESEKE F. ; D., 2018, p. 966, obs. CLAVEL S. et JAULT-SESEKE F. ; RTD Com., 2018, p. 520, obs. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST A. ; JCP G., 2017, 2222, note LAZOUZI M. ; spéc. pt 45-49

2017CJUE, gr. ch., 21 décembre 2021, *Gtflix Tv contre DR*, aff. C-251/20 ; D., 2022, 1082, note EL HAGE Y. ; D., 2022, 1773, obs. D'AVOUT L., BOLLÉE S., FARNOUX E. et GRIDEL A. ; RTD Com., 2022, p. 199, obs. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST A. ; Gaz. Pal., 2022, n° 5, p. 4, PIOT P. ; Gaz. Pal., 2022, n° 6, p. 27, note MORALES A. ; Europe, 2022, comm. 67, obs. IDOT L.

deux affaires, il était question de la compétence du juge pour connaître des demandes de rectification des données et de suppression des contenus, ainsi qu'en réparation des préjudices moral et économique en résultant. La Cour de Luxembourg a considéré que, eu égard à la nature ubiquitaire des données et des contenus mis en ligne sur un site Internet et du fait que leur diffusion est, en principe, universelle, la demande visant à la rectification des premières et à la suppression des seconds est une et indivisible et ne peut, par conséquent, être portée que devant une juridiction compétente pour statuer sur l'ensemble de la demande de réparation du préjudice et cela, en vertu de l'article 7.2 du règlement Bruxelles I *bis*²⁰¹⁸. Les chefs de compétence pour statuer sur l'ensemble d'une demande de dommages et intérêts pour un contenu mis en ligne sur un site Internet sont le domicile de l'éditeur et le lieu où le demandeur a le centre de ses intérêts. Or, la juridiction qui serait compétente sur le fondement de l'accessibilité du contenu en ligne²⁰¹⁹ ne peut statuer que sur les dommages causés sur le territoire de l'État membre du for²⁰²⁰. Finalement, à l'aune de la position de la Cour de justice, cette juridiction ne pourra pas ordonner la rectification des données ou le retrait d'un contenu en ligne si les données ou les contenus en cause sont hébergés sur un site Internet à l'étranger²⁰²¹.

2018V. CJUE, gr. ch., 17 octobre 2017, *Bolagsupplysningen OÜ et Ingrid Ilsjan c. Svensk Handel AB.*, aff. C-194/16, pt. 48 : « eu égard à la nature ubiquitaire des données et des contenus mis en ligne sur un site Internet et au fait que la portée de leur diffusion est en principe universelle [...], une demande visant à la rectification des premières et à la suppression des seconds est une et indivisible et ne peut, par conséquent, être portée que devant une juridiction compétente pour connaître de l'intégralité d'une demande de réparation du dommage en vertu de la jurisprudence résultant des arrêts du 7 mars 1995, *Shevill e.a.* (C-68/93, EU : C:1995:61, points 25, 26 et 32), ainsi que du 25 octobre 2011, *eDate Advertising e.a.* (C-509/09 et C-161/10, EU : C:2011:685, points 42 et 48), et non devant une juridiction qui n'a pas une telle compétence » ; CJUE, gr. ch., 21 décembre 2021, *Gtflix Tv contre DR*, aff. C-251/20, pt. 32

2019MARCHADIER F., *op. cit.*, n° 9 : pour qui la théorie de « l'accessibilité est surtout mobilisée dans les contentieux mettant en jeu la responsabilité civile (atteinte à la vie privée, diffamation, contrefaçon) qui prévoit la compétence du juge de l'État où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire. L'accessibilité concrétise le dommage (davantage que le fait générateur) et le localise ».

2020V. par ex. en matière de contrefaçon : Cass. 1^{re} civ., 9 décembre 2003, n° 01-03.225, Bull. civ. 2003 I n° 245 p. 195 ; JurisData n° 2003-021338 ; D., 2004, p. 276, obs. MANARA C. ; RTD Com., 2004, p. 281, obs. POLLAUD-DULIAN F. ; JCP G., 2004, II, 10055, note CHABERT C. ; Procédures 2004, comm. 52, obs. NOURISSAT C. : la première chambre civile de la Cour de cassation rappelle qu'« en matière de contrefaçon, quel que soit le procédé utilisé, l'option posée par l'article 5,3, de la Convention de Saint-Sébastien du 26 mai 1989 applicable en la cause, doit s'entendre en ce que la victime peut exercer son action soit devant la juridiction de l'État du lieu d'établissement de l'auteur de la contrefaçon, compétente pour réparer l'intégralité du préjudice qui en résulte, soit devant la juridiction de l'État contractant dans lequel l'objet de la contrefaçon se trouve diffusé, apte à connaître seulement des dommages subis dans cet État ».

2021Une telle solution serait justifiée selon l'avocat général M. Michal BOBEK, par le fait « il y a un seul site Internet. Il ne peut [donc] tout simplement pas être rectifié ou supprimé « proportionnellement » au préjudice subi sur un territoire donné » (concl. Avocat général BOBEK M. 13 juillet 2017, CJUE, gr. ch., 17 octobre 2017, *Bolagsupplysningen OÜ et Ingrid Ilsjan c. Svensk Handel AB.*, aff. C-194/16, pt. 126). Cependant, c'est oublié que le juge peut ordonner des mesures circonscrites territorialement au territoire de l'État for notamment par l'usage de technique de géoblocage (v. en ce sens, CORNELOUP S. et WATT H. M., *Le for du droit à l'oubli*, Revue critique de droit international privé, 2018, n° 2, p. 290-306). Néanmoins, l'efficacité des mesures géoblocages n'est pas entièrement garantie et cela, en raison de la possibilité pour l'utilisateur de contourner de telles mesures par l'utilisation d'un réseau privé virtuel (VPN).

Par ailleurs, afin de déterminer la loi applicable, il nous semble qu'au regard de la parenté avec la concurrence déloyale, l'article 6 du règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles dit Rome II pourra servir de fondement en cas d'atteinte à un secret des affaires. Cette disposition unifie la règle de conflit de lois en matière de concurrence déloyale. Celle-ci précise, en effet, que « *la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale est celle du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être* ». Par ailleurs, lorsqu'un acte de concurrence déloyale affecte exclusivement les intérêts d'un concurrent déterminé, alors la loi applicable est celle du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les États dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent.

Force est de remarquer que de nombreuses questions sur la compétence tant du juge que de la loi se poseront en cas d'atteintes illicites sur Internet de la confidentialité des données numériques. Cela peut avoir une incidence importante sur l'efficacité même du dispositif de protection du secret des affaires. Des plaideurs pourront, effectivement, adopter des manœuvres dilatoires en invoquant un élément d'extranéité.

274. La question de l'effectivité des mesures prononcées par le juge français – La question de l'effectivité des mesures prononcées par le juge se pose lorsque l'atteinte a lieu sur Internet. En effet, quand bien même le juge français serait compétent pour prononcer des mesures de retrait, encore faut-il que ces mesures puissent être appliquées hors du territoire français. Or, force est de remarquer qu'il existe indéniablement des difficultés d'application de telles mesures dans l'environnement numérique. En effet, les données numériques sont caractérisées par leur ubiquité, autrement dit, ils peuvent être partout à la fois²⁰²². Une telle caractéristique appelle, par voie de conséquence, une protection dépassant les simples frontières étatiques nécessitant une approche de droit international. Cela est d'autant plus vrai que comme l'avait noté la Professeure Josiane AUVRET-FINCK « *la dimension planétaire de la communication en ligne, conjuguée à l'hétérogénéité des systèmes juridiques nationaux*

²⁰²²TREPOZ É., *Atteinte au droit de marque sur Internet : aspect de droit international privé*, Prop. industr., février 2022, n° 2, dossier n° 4, p. 28 : pour qui « *l'Internet a démultiplié l'importance du raisonnement de droit international privé. L'objet immatériel n'est plus potentiellement partout à la fois. Il est réellement partout à la fois, par la grâce de l'Internet* ». Partant, cet auteur estime que le principe avec l'internet est l'internationalité.

favorise notamment la cybercriminalité et peut priver d'effet certaines décisions de la justice »²⁰²³.

Pour les mesures provisoires et conservatoires, aux termes du considérant 33 et de l'article 2, a), alinéa 2 du règlement Bruxelles I *bis*, les jugements ou ordonnances provisoires du juge du fond peuvent circuler librement dans toute l'Union européenne, à deux exceptions près. En application de l'article 36 de ce règlement, les décisions provisoires prononcées par le juge du fond verront leur effet juridique et leur autorité de chose jugée reconnus *de plano* dans toute l'Union européenne²⁰²⁴. Par ailleurs, est supprimée la procédure d'*exequatur*. Dès lors, les décisions provisoires prononcées par le juge du fond bénéficieront du régime de l'exécution directe dans l'ensemble des États membres, dans les conditions prévues aux articles 39 et suivants dudit règlement Bruxelles I *bis*. Néanmoins, lorsque le règlement Bruxelles I *bis* n'est pas applicable, les juges français peuvent se heurter à un problème d'exécution de leurs décisions. En effet, il existe en droit international une règle de territorialité des procédures d'exécution qui découle du principe d'indépendance et de souveraineté des États²⁰²⁵. En d'autres termes, les juridictions françaises ne peuvent accomplir un acte de contrainte sur le territoire d'un autre État, sauf accord entre les deux États. Par conséquent, afin que les mesures puissent s'appliquer dans un autre État en dehors de l'Union européenne, il convient, concrètement, de saisir le juge étranger pour requérir l'obtention de la formule exécutoire. Néanmoins, ce dernier pourra toujours refuser de donner force exécutoire aux mesures et cela, en raison de son droit national. À titre d'illustration de cette difficulté, nous pouvons faire référence à l'affaire *Yahoo !*. Dans cette affaire, le Tribunal de grande instance de Paris avait, par une ordonnance de référé du 22 mai 2000, ordonner à la société *Yahoo ! Inc.* domiciliée aux États-Unis de « *prendre toutes mesures de nature à dissuader et à rendre impossible toute consultation sur « yahoo.com » du service de vente aux enchères d'objets nazis et de tout autre site ou service qui constitue une apologie du nazisme ou une contestation des crimes nazis* ». Or, dans une décision du 7 novembre 2001, le juge FOGEL de la Cour fédérale de district de Californie du Nord a nié toute autorité à l'ordonnance française²⁰²⁶. Pour le juge américain, il ne s'agit pas de remettre en cause le droit souverain d'un État de déterminer quelles formes d'expressions ou de conduites sont acceptables sur son territoire, mais plutôt de savoir s'il est conforme à la Constitution et aux

2023AUVRET-FINCK J. *op. cit.*, p. 115

2024V. NIOCHE M., *Décision provisoire et autorité de chose jugée*, Revue Critique de Droit International Privé, 2012, n° 2, p. 277-323

2025Cass. civ., 12 mai 1931 ; DP 1932, 1, p. 60 note E. SILZ E. ; S. 1932, I, p. 137, note NIBOYET J.-P. ; TENENBAUM A., *L'interprétation des champs d'applicabilité et d'application du règlement Bruxelles I bis*, RDC, mars 2021, n° 1, p. 147 et s.

2026Yahoo ! Inc. v/LICRA et UEJF : 145 F. Supp. 2d. 1168 [N.D. Cal. 2001]

lois des États-Unis d'Amérique qu'une autre nation réglemente l'expression d'un résident des États-Unis à l'intérieur de ce pays dans la mesure où cette expression peut violer le droit d'autres nations. Bien que cette affaire ne porte pas sur l'atteinte à un secret des affaires, elle permet de mettre en exergue l'incertitude quant à l'application des mesures prises de retrait de données numériques sur des serveurs situés hors de l'Union européenne. Une telle incertitude vient affaiblir partiellement l'efficacité du dispositif.

275. Propositions en vue de renforcer la protection du secret des affaires dans l'environnement numérique – Au regard des difficultés et dans le but de renforcer l'effectivité du régime de la protection secret des affaires notamment lorsqu'il s'agit de données numériques, ne faudrait-il pas adopter une approche extraterritoriale ? L'argument au soutien d'une telle extension réside dans la possibilité de participer à l'effet utile des règles en matière de protection du secret des affaires²⁰²⁷. Aussi, serait-il judicieux que le Législateur introduise une disposition spécifique en matière de secret des affaires. Cette dernière viserait uniquement les défendeurs qui ne sont pas domiciliés sur le territoire d'un État membre et cela, afin de respecter l'article 5 du règlement Bruxelles I *bis*. Pour ce faire, le Législateur pourrait parfaitement s'inspirer de la disposition de l'article 79, paragraphe 2, du RGPD relatif au droit à un recours juridictionnel effectif contre un responsable du traitement ou un sous-traitant. Il serait également envisageable d'établir une solution harmonisée sur la portée territoriale des mesures pouvant être prises par le juge à l'égard de contenus numériques illicites sur Internet. Cette solution harmonisée pourrait venir d'une réglementation régionale²⁰²⁸. Le Législateur européen aurait, alors, la possibilité de poser une règle matérielle définissant la portée territoriale des mesures. Plusieurs critères de rattachement seraient envisageables comme le lieu de domiciliation de l'hébergeur, le lieu où les utilisateurs accèdent au contenu litigieux²⁰²⁹ ou, encore, le lien significatif entre l'activité déployée sur

2027 La Cour de justice de l'Union européenne n'avait-elle pas déjà souligné l'important de l'effectivité des règles européennes en matière d'atteinte au droit de propriété ? V. CJUE, 12 juillet 2011, *L'Oréal SA et autres contre eBay International AG et autre.*, aff. C-324/09 ; JurisData n° 2011-021879 ; JCP G., 2011, p. 1441, note PICOD F. ; JCP E., 2011, 46, p. 42, note CARON C. ; Gaz. Pal. 2011, n° 299-300, p. 19, obs. MARINO L., not. pt. 62 et 63 : dans cette espèce, la Cour de justice pour appliquer les règles européennes le public visé par les actes portant atteinte au droit de marque et non pas le lieu de situation des marchandises contrefaisants ou de la plate-forme de vente.

2028 V. en ce sens, KUSCHEL L. *Zur inhaltlichen und räumlichen Reichweite von Anordnungen gegenüber Hosting-Providern*, IPRax, septembre 2020, n° 5, p. 419-425.

2029 V. par ex. CJCE, 7 mars 1995, *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL et Chequepoint International Ltd contre Presse Alliance SA*, aff. C-68/93, Rec. CJCE I. 415 ; D., 1996, 61, note PARLÉANI G. ; Europe, 1995 ; 1, chron. IDOT L. – CJUE 3 octobre 2013, *Peter Pinckney contre KDG Mediatech AG*, aff. C-170/12 ; D., 2014, 411, note AZZI T. ; D., 2014, 1059, note GAUDEMET-TALLON H. et JAULT-SESEKE F. ; D., 2014, 411, obs. SIRINELLI P. ; D., 2014, 2317, obs. LARRIEU J., LE STANC C. et TRÉFIGNY P. ; RTD Com., 2013, 731, obs. POLLAUD-DULIAN F. ; RTD Eur., 2013, 897, obs. TREPPOZ E. – Remarquons toutefois que le critère de l'accessibilité semble être en « déclin » au regard de la

Internet et un État²⁰³⁰. Nous préférons écarter le critère de rattachement basé sur la domiciliation de l'hébergeur, et cela, pour au moins deux raisons. D'une part, de manière générale, les hébergeurs sont domiciliés hors de l'Union européenne, le plus souvent, aux États-Unis d'Amérique. Aussi, un tel critère de rattachement conduirait à ce que le juge américain soit compétent pour connaître de la majorité des demandes et que la loi applicable soit celle des États-Unis. D'autre part, exclure ce critère de rattachement permettra d'éviter toute « désactivation »²⁰³¹ de la protection du secret des affaires par le simple jeu de la « délocalisation artificielle de la situation »²⁰³² en dehors du territoire français. En effet, il suffirait d'installer les serveurs dans un pays plus « laxiste » sur les atteintes aux secrets des affaires. Finalement, nous sommes d'avis de retenir comme critère de rattachement le lieu où le détenteur a son centre d'intérêt comme en matière de droit de la personnalité²⁰³³ et plus récemment, en matière de parasitisme²⁰³⁴. Il nous semble que l'incidence d'un contenu mis en ligne sur le secret des affaires du détenteur sera mieux appréciée par la juridiction du lieu où le détenteur a le centre de ses intérêts. Une telle solution préserverait la prévisibilité et la bonne administration de la justice²⁰³⁵. Autrement dit, il est possible d'estimer que le juge

jurisprudence récente de la Cour de Luxembourg (v. en ce sens : CJUE, 5 septembre 2019, *AMS Neve*, aff. C-172/18 ; D., 2020, 451, note CLAVIER J.-P. ; Dalloz IP/IT, 2020, 376, obs. MINOIS M. ; RTD Eur., 2019, 915, obs. TREPPOZ E. et ég. concl.concl. Avocat général Maciej SZPUNAR, 28 mars 2019, *AMS Neve*, aff. C-172/18, spéc. pt. 76 où l'avocat général qui considère que « le lieu depuis lequel un site Internet est accessible ne constitue pas un critère suffisant pour établir la compétence des tribunaux de cet État membre en vertu de l'article 97, paragraphe 5, du règlement n° 207/2009 »).

Nous écartons, toutefois, cette possibilité dans la mesure où elle entraîne un risque de « consacrer un *for exorbitant* et un *forum actoris* érigé en principe dès lors que les activités se déploient sur Internet » (MARCHADIER F., *op. cit.*, n° 21)

2030EL HAGE Y., *Le droit international privé à l'épreuve de l'internet*, L.G.D.J. coll. Thèses, sous-coll. Bibliothèque de droit privé, t. 617, 26 avril 2022, p. 416 et s.

2031TREPOZ É., *Atteinte au droit de marque sur Internet : aspect de droit international privé*, Prop. industr., février 2022, n° 2, dossier n° 4, p. 29

2032Ibid.

2033V. CJUE 25 octobre 2011, *eDate Advertising GmbH e.a. contre X et Société MGN LIMITED*, aff. C-509/09 et C-161/10 ; D., 2012, 1228, obs. GAUDEMET-TALLON H. et JAULT-SESEKE F. ; RTD Com., 2012, 423, obs. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST A. ; RTD Com., 2012, 554, obs. POLLAUD-DULIAN F. ; RTD Eur., 2011, 847, obs. TREPPOZ E., pt. 48

2034V. Cass. com., 16 mars 2022, n° 20-22.000 : dans cet arrêt, la chambre commerciale de la Cour de cassation estime qu'« il résulte des principes de bonne administration de la justice, de prévisibilité et de proximité mis en œuvre par la Cour de justice de l'Union européenne que, pour une action en réparation de préjudice d'atteinte à son image et à sa réputation et à la perte, même non avérée, de ventes résultant de comportements parasitaires par le média d'internet et en cessation de commercialisation, la matérialisation du dommage doit être localisée dans l'État du siège social de la victime, qui est le lieu du centre de ses intérêts ». En cela, la Cour de cassation ne suit pas le raisonnement des juges du fond qui avaient retenu la compétence de la juridiction française du fait de l'accessibilité en France du site internet. Reste, toutefois, que la portée de cette décision doit être nuancée et cela pour deux raisons. D'une part, cette décision n'a pas connu les honneurs de la diffusion. D'autre part, la Haute juridiction a refusé de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle quant à l'interprétation du droit de l'Union européenne sur la question de la compétence fondée sur le lieu où existerait un simple risque théorique de préjudice subi.

2035V. concl. Avocat général BOBEK M. 13 juillet 2017, CJUE, gr. ch., 17 octobre 2017, *Bolagsupplysningen OÜ et Ingrid Ilsjan c. Svensk Handel AB.*, aff. C-194/16, pt. 90 : l'observation de l'avocat général Michel BOBEK sur la diffusion de publications diffamatoires sur internet peut, par analogie, trouver à s'appliquer à la situation d'atteintes aux secrets des affaires.

français serait compétent et que les dispositions françaises sur le secret des affaires trouveraient à s'appliquer dès lors que le centre des intérêts du détenteur se situe en France, et cela, quand bien même l'atteinte aurait eu lieu hors des frontières françaises. De plus, cette juridiction sera la mieux placée pour décider de la portée territoriale de ses mesures. Néanmoins, de telles mesures doivent respecter les intérêts des autres États à sauvegarder les droits et libertés qu'ils reconnaissent tels que les libertés d'expression et d'information. Une telle solution ne résout, cependant, pas toutes les difficultés. Se pose, en effet, la question de savoir comment déterminer ce centre des intérêts pour une personne morale. Sur ce point, une précision a été apportée par l'avocat général Michel BOBEK qui a estimé que « *pour statuer sur le centre des intérêts de l'article 7, paragraphe 2, du règlement n° 1215/2012, le lieu d'établissement ou le domicile d'une personne morale peuvent être pris en compte comme un des éléments factuels. Toutefois, ce n'est certainement pas l'élément décisif* ». L'avocat général a ajouté que « *pour déterminer le centre des intérêts des personnes morales, les facteurs pertinents seront vraisemblablement les activités commerciales principales ou d'autres activités professionnelles qui à leur tour seront déterminées avec la plus grande exactitude par le chiffre d'affaires, le nombre de clients ou d'autres contacts professionnels. On peut prendre en compte le siège comme un des éléments factuels mais pas de façon isolée. Contrairement aux personnes physiques, il n'est pas rare que les personnes morales établissent leur siège social sans qu'aucun lien n'existe sur le fond avec ce territoire* »²⁰³⁶. La Cour de justice a suivi la position de l'avocat général BOBEK et a précisé dans son arrêt du 17 octobre 2017 que « *lorsque la personne morale concernée exerce la majeure partie de ses activités dans un État membre autre que celui de son siège statutaire, cette personne peut attirer l'auteur présumé de l'atteinte au titre du lieu de la matérialisation du dommage dans cet autre État membre* »²⁰³⁷.

Cependant, une telle solution ne risque-t-elle pas d'être critiquée par son extraterritorialité excessivement expansionniste ? Par ailleurs, le caractère planétaire d'Internet souligne les limites d'une réglementation régionale d'autant plus qu'une telle réglementation « *n'aura d'effet pratique que si tous les États qui hébergent des sites ou des messages (litigieux) y sont parties* »²⁰³⁸. Or, les serveurs se situent essentiellement aux États-Unis d'Amérique. Avec l'affaire *Yahoo ! Inc.*, nous avons pu voir que le juge américain peut

²⁰³⁶Concl. Avocat général BOBEK M. 13 juillet 2017, CJUE, gr. ch., 17 octobre 2017, *Bolagsupplysningen OÜ et Ingrid Ilsjan c. Svensk Handel AB.*, aff. C-194/16, pt. 111 à 113

²⁰³⁷CJUE, gr. ch., 17 octobre 2017, *Bolagsupplysningen OÜ et Ingrid Ilsjan c. Svensk Handel AB.*, aff. C-194/16, pt. 50

²⁰³⁸Comité des Ministres, *Racisme et xénophobie dans le cyberspace*, Recommandation 1543 (2001), 21 octobre 2002, n° 6

se montrer retissant à reconnaître la force exécutoire de mesures prises par des juges étrangers. Aussi, il faudrait établir un cadre juridique incluant les instances américaines afin d'étayer les effets de la réglementation. Tel a été le cas pour la Convention internationale contre la cybercriminalité.

276. **La question de l'introduction d'une sanction pénale** – La protection des secrets des affaires a une portée beaucoup plus étroite qu'un droit exclusif d'utilisation des données. Aussi, afin de renforcer l'effectivité de la protection du secret des affaires, ne faudrait-il pas instaurer une sanction pénale ? La directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 laissait aux États membres certaines marges de manœuvres dans la transposition notamment quant à une protection du secret des affaires plus étendue que celle octroyée par la disposition européenne. Aussi, lors de la transposition de cette directive s'était posée la question au sein de la doctrine de l'opportunité d'instaurer une incrimination d'atteinte au secret des affaires. Une telle interrogation n'est pas nouvelle puisque plusieurs projets de réformes comprenant un volet pénal avaient été élaborés en France sans, toutefois, aboutir à l'adoption d'un texte législatif²⁰³⁹. Le Conseil d'État avait eu l'occasion, en mars 2011, dans le cadre d'une réflexion sur l'instauration d'un régime de protection des informations sensibles des entreprises, de souligner les obstacles juridiques auxquels se heurtait la définition large et insuffisamment précise du secret des affaires et la mise en œuvre d'une nouvelle infraction²⁰⁴⁰, et cela, en particulier, au regard des principes d'interprétation stricte de la loi pénale et de légalité des délits et des peines²⁰⁴¹. Cependant, lors de la transposition de la directive du 8 juin

2039 Parmi les multiples projets, nous pouvons citer la proposition de loi relative à la protection des créations (Assemblée nationale, Proposition de loi relative à la protection des créations réservées, IX^e législature, Seconde session ordinaire, 1991-1992, n° 2858 ; article 14 proposait d'instaurer une sanction pénale pour « *quiconque intentionnellement et au mépris des droits du créateur, aura exploité directement ou indirectement, sans autorisation, une création réservée* »), des propositions de Monsieur Bernard CARAYON (Assemblée nationale, Proposition de loi relative à la protection des informations économiques, Document parlementaire, n° 1611, 13 mai 2004 ; Assemblée nationale, Proposition de loi relative à la protection des informations économiques, Document parlementaire, n° 1754, 17 juin 2009 ; Assemblée nationale, Proposition de loi relative à la protection des informations économiques, Document parlementaire, n° 3103, 13 janvier 2011), de la proposition de Monsieur Jean-Jacques URVOAS (Assemblée nationale, Proposition de loi relative à la protection du secret des affaires, Document parlementaire, n° 2139, 16 juillet 2014). En outre, dans le Groupe interministériel présidé par le Procureur général Marc ROBERT, la recommandation n° 18 relative au secret des affaires indiquait que « *même si figurent déjà dans le droit positif des incriminations susceptibles d'assurer, pour partie, le secret des affaires, la création d'une incrimination particulière semble opportune, compte-tenu tant des prescriptions résultant de la directive sur le commerce en ligne que des attentes des professionnels. Une solution simple et directement opérationnelle consisterait à incriminer spécifiquement, au même titre que le vol d'électricité (cf. art. 311-2 du code pénal), le vol de biens immatériels que la Cour de cassation a commencé à consacrer* » (Groupe de travail interministériel sur la lutte contre la cybercriminalité, *Protéger les internautes ; Rapport sur la cybercriminalité*, février 2014, p. 158).

2040 CE, Section des finances, avis n° 384892 du 31 mars 2011

2041 CE, Assemblée générale, Section de l'intérieur, avis 394422 du 15 mars 2018, cons. 8

2016, la commission du Sénat avait proposé d'introduire une incrimination pénale d'atteinte au secret des affaires²⁰⁴². Les principales justifications avancées pour l'instauration de ce délit étaient d'une part, que les incriminations pénales existantes ne permettaient pas de prendre correctement en compte toutes les hypothèses de violation du secret des affaires à des fins purement économiques et d'autre part, qu'il s'agissait de renforcer la portée dissuasive de la protection du secret des affaires. Le texte tel qu'adopté par le Sénat prévoyait la modification du Code pénal en y créant une section 1 *bis* intitulé « *Du détournement d'une information économique protégée* », dans le chapitre IV du Titre I^{er} du Livre III dudit code. Cette section comprenait un article 314-4-1 qui disposait que « *le fait d'obtenir, d'utiliser ou de divulguer de façon illicite une information protégée au titre du secret des affaires en application du chapitre I^{er} du titre V du livre I^{er} du code de commerce, en contournant sciemment les mesures de protection mises en place par son détenteur légitime, afin d'en retirer un avantage de nature exclusivement économique, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende* »²⁰⁴³. L'une des premières remarques que nous pouvons formuler à l'égard de cette proposition, concerne l'intitulé même de la section 1 *bis*. En effet, l'intitulé visait explicitement une « *information économique protégée* ». Aussi, la question était de savoir si cette notion était synonyme de « *secret des affaires* » pouvait se poser. Si tel avait été le cas, il aurait été préférable, dans l'optique d'éviter toute ambiguïté de la loi, d'utiliser une seule et même notion. À l'inverse, si ces notions n'avaient été pas synonymes, le législateur aurait dû définir l'expression « *information économique protégée* » afin, notamment, de savoir si cette notion excluait certains secrets des affaires.

Outre l'intitulé, cette disposition avait pour mérite, à première vue, d'englober toutes les hypothèses d'atteinte au secret des affaires, c'est-à-dire l'obtention, l'utilisation et la divulgation telles que prévues aux articles L. 151-4 à L. 151-6 du Code de commerce. Mais, nous pouvons citer ici le proverbe « *qui trop embrasse mal étreint* ». En effet, les rédacteurs de cette disposition entendaient embrasser toutes les situations aussi diverses soient-elles d'atteintes au secret des affaires et cela, au déprimant de la précision imposée en matière pénale. Ainsi, un cumul de qualifications naît notamment dans l'hypothèse d'un contrevenant de second degré. Celui-ci obtient le secret d'affaires d'une personne qui l'a elle-même utilisé ou divulgué de façon illicite. Telle est l'hypothèse d'une personne publiant une information tenant à un savoir-faire sur site Internet, information reçue par un salarié et cela, en violation

2042Sénat, *Comptes rendus intégral des débats de la séance du 18 avril 2018*, Session ordinaire de 2017-2018, 79^e jour de séance de la session, JORF, 2018, n° 37 S (C.R.), spéc. 3955 et s.

2043Sénat, *Proposition de loi relative à la protection du secret des affaires*, n° 95 Session ordinaire de 2017-2018, 18 avril 2018

de son obligation de loyauté. L'infraction envisagée par l'article 314-4-1 semblerait être caractérisée. Mais ne serions-nous pas également en présence d'un recel au sens de l'alinéa 2 de l'article 321-1 du Code pénal ? Au nom de la cohérence juridique, il aurait fallu alors écarter expressément une telle situation de l'élément matériel de l'infraction d'atteinte au secret des affaires. Néanmoins, nous aurions pu interpréter l'expression « *en contournant sciemment les mesures de protection mises en place par son détenteur légitime* » afin d'écarter l'incrimination dans l'hypothèse où la personne a obtenu, utilisé ou divulgué un secret des affaires sans avoir eu conscience qu'il contournait les mesures de protection. Or, une telle situation ne concerne-t-elle pas, avant tout, le contrevenant de second degré ? Par ailleurs, il s'infère de la lecture de l'article 314-4-1 tel que proposé par les sénateurs que pour que l'infraction soit constituée, il était nécessaire de caractériser un dol spécial. En effet, il était indispensable de prouver que le mis en cause ait porté atteinte au secret des affaires « *afin d'en retirer un avantage de nature économique* ». Ce dol spécial permettait, selon le rapporteur, d'exclure les journalistes ainsi que les lanceurs d'alerte du champ de l'incrimination²⁰⁴⁴.

En outre, à la différence de l'abus de confiance dont l'incrimination était proche²⁰⁴⁵, aucune sanction n'était envisagée pour la tentative d'atteinte au secret des affaires²⁰⁴⁶, ce qui, somme toute, affaiblit l'effet dissuasif de la disposition. Par ailleurs, cette disposition aurait-elle été vraiment efficace lors d'atteinte au secret des affaires sur Internet ? Un élément de réponse se trouve à l'article 113-2-1 du Code pénal, créée par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 qui dispose que « *tout crime ou tout délit réalisé au moyen d'un réseau de communication électronique, lorsqu'il est tenté ou commis au préjudice d'une personne physique résidant sur le territoire de la République ou d'une personne morale dont le siège se situe sur le territoire de la République, est réputé commis sur le territoire de la République* ». Cette disposition permet de donner la compétence au juge français lorsque la victime est une entreprise française. Cela écarte ainsi tout débat sur la compétence du juge français en cas d'infraction commise sur Internet.

²⁰⁴⁴*Ibid.*, p. 3957

²⁰⁴⁵Deux éléments soulignent l'affinité entre l'abus de confiance et l'incrimination envisagée par l'article 314-4-1. D'une part, au regard de l'ordonnancement des dispositions. En effet, l'article 314-4-1 se serait situé juste après les dispositions consacrées à l'abus de confiance. Et d'autre part, le *quantum* des peines encourues était identique à celle pour l'abus de confiance.

²⁰⁴⁶En droit pénal, la tentative est toujours punissable pour les crimes alors qu'en matière de délit, elle ne l'est qu'en vertu d'une disposition. En effet, l'article 121-4 du Code pénal dispose qu'« *est auteur de l'infraction la personne qui : [...] 2° Tente de commettre un crime ou, dans les cas prévus par la loi, un délit* ».

Finalement, il a été choisi de ne pas introduire d'infraction spécifique en cas de violation du secret des affaires²⁰⁴⁷, incrimination qui constituait une « *surtransposition* »²⁰⁴⁸. Par ailleurs, une telle infraction pénale était, sans doute « *à l'origine de l'échec des précédentes tentatives législatives* »²⁰⁴⁹. Comme l'avait souligné le sénateur Thani Mohamed SOILIHI lors des débats parlementaires, l'arsenal pénal permettrait déjà de réprimer les atteintes au secret des affaires²⁰⁵⁰. Cependant, afin de renforcer la protection du secret des affaires sans introduire de nouvelle incrimination, deux pistes méritent d'être explorées : premièrement, alourdir les sanctions en cas de violation du secret de fabrication, pour les porter au niveau de celles de l'abus de confiance soit cinq ans d'emprisonnement et 375 000 000 euros d'amende, contre deux ans et 30 000 000 euros actuellement selon l'article L. 1227-1 du Code du travail ; deuxièmement, étendre le champ d'application de l'infraction de l'article L. 1227-1 précité. Pour ce faire, la disposition viserait non plus uniquement le secret de fabrique, mais le secret des affaires tel que défini par l'article L. 151-1 du Code de commerce²⁰⁵¹. Le Législateur pourrait également appréhender les hypothèses d'obtention frauduleuse et de détournement des secrets des affaires et non pas seulement la révélation desdits secrets. Ces modifications s'expliquent par le fait que les atteintes aux secrets des affaires sont causées le plus souvent par des salariés ou d'anciens salariés²⁰⁵². En effet, « *le*

2047Outre-monts, le Législateur italien a modifié certaines dispositions du Code pénal par décret législatif du 11 mai 2018 (Decreto Legislativo 11 maggio 2018, n. 63, Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, 7-6-2018, serie generale, n. 130) et cela, afin de sanctionner l'inexécution délibérée d'une décision de justice prescrivant des mesures d'injonction ou de réparation pour la protection des droits de propriété industrielle ainsi qu'en cas de violation de l'obligation de secret imposée par une décision expresse du juge. Une telle modification a une incidence sur le secret des affaires dans la mesure où le Législateur italien a transposé les dispositions de la directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 au sein de la section VII du chapitre II du « *codice della proprietà industriale* », le Code de la propriété industrielle, désormais intitulée « *segreti commerciali* ». En outre, le décret législatif du 11 mai 2018 a modifié l'article 623 du Code pénal italien afin de créer une infraction en cas de divulgation de secrets scientifiques ou commerciaux. D'autres États européens ont transposé la directive en prévoyant un volet pénal tels que l'Allemagne et l'Espagne.

2048Sénat, *Comptes rendus intégral des débats de la séance du 18 avril 2018*, Session ordinaire de 2017-2018, 79^e jour de séance de la session, JORF, 2018, n° 37 S (C.R.), spéc. p. 3956

2049GAUVAIN R., *Rapport portant transposition de la directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites*, Assemblée nationale, n° 777, 21 mars 2018, p. 12

2050Sénat, *op. cit.*, p. 3956

2051Nous estimons qu'au regard de la position de la chambre criminelle (Cass. crim., 5 septembre 2012, n° 12-90.045) de la Cour de cassation ainsi que celle du Conseil constitutionnel (Cons. const. 30 septembre 2021, n° 2021-933 QPC), la notion de secret des affaires est définie de manière suffisamment claire et précise afin d'exclure l'arbitraire du juge. La définition du secret des affaires inscrite à l'article L. 151-1 du Code de commerce est somme toute plus précise que celle retenue pour le secret de la défense nationale (v. article 413-9 du Code pénal) ou encore du secret professionnel. – *Contra*, v. LASSERRE CAPDEVILLE J., *La protection pénale des secrets d'affaires*, in *La protection des secrets d'affaires : enjeux et perspectives*, LexisNexis, Paris, août 2015, coll. CREDIMI, vol. 44, p. 129.

2052BENSADOUN M.-H. et CHAFIOL-CHAUMONT F., *La mise en place au sein de l'entreprise des outils pour prévenir et réprimer la fraude des salariés*, Cah. dr. entr., 1^{er} janvier 2013, n° 1 : pour qui, la fraude des salariés, incluant la cybercriminalité, est un phénomène fréquent dans l'entreprise et dépasse le seuil des 70 % en 2011.

personnel de l'entreprise [...] constitue généralement la première source de divulgation de ces secrets, par négligence, malveillance ou sollicitation par les tiers »²⁰⁵³.

277. **Conclusion de la section 1** – Nous nous sommes concentrés principalement sur deux fondements en responsabilité extracontractuelle : d'une part, les règles du droit commun représentées par l'article 1240 du Code civil avec l'action en concurrence déloyale et parasitaire, et d'autre part, les règles issues de la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 sur le secret des affaires.

Nous avons observé que l'action en parasitisme, en particulier, conduit à une reconnaissance *ex post* d'une réservation de la valeur des données numériques, valeur qui s'infère de leurs utilisations potentielles. Cet effet de réservation touche tant les données au plan syntaxique que sémantique. Néanmoins, le détenteur devra apporter la preuve d'une valeur économique individualisée. Cette exigence amène à exclure certaines données telles que les données du secteur public ou des données brutes qui ne nécessitent pas un investissement important dans leur « création » ou qui sont banales. En outre, en cas d'atteinte à la valeur des données, les sanctions encourues sont peu dissuasives. Ainsi, par exemple, le principe de la réparation intégrale du préjudice subi sans perte ni profit ne permet pas d'appréhender la faute lucrative. En effet, à défaut de dommages et intérêts punitifs²⁰⁵⁴, la simple réparation du dommage subi n'est pas en mesure de supprimer la situation d'enrichissement du « parasite »²⁰⁵⁵. Afin de renforcer la « *pression dissuasive sur l'auteur du dommage* »²⁰⁵⁶, nous pourrions nous inspirer des pratiques commerciales déloyales entre entreprises. Il est, effectivement, prévu à l'article L. 442-4 du Code de commerce tel qu'issu de l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019, la possibilité pour la victime de telles pratiques de demander la restitution des avantages indus.

À côté de l'action en concurrence déloyale et parasitaire, nous nous sommes intéressés au secret des affaires. Celui-ci présente indéniablement un intérêt pour le détenteur en ce qu'il conduit à une réservation de fait des données numériques confidentielles. Comme en matière

2053 MAISON ROUGE O., *Faire converger le droit du travail et la protection des secrets d'affaires : les leçons des affaires Valeo, Michelin... et Renault*, Bulletin Social Francis Lefebvre 4/11, avril 2011, p. 189

2054 RANDRIANIRINA I., *Analyse économique des dommages-intérêts*, in La notion de dommages et intérêts (sous-dir. Nicolas Cayrol), Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, juin 2016, p. 205 : pour qui « *suivant l'analyse économique du droit, l'objectif des dommages-intérêts punitifs est de restaurer la pression dissuasive sur l'auteur du dommage tout en laissant l'initiative de la poursuite à un particulier plutôt que de la confier à une administration étatique* »

2055 V. en ce sens : GARRAUD A., *La faute lucrative et sa sanction, ou l'ombre pénaliste sur les effets de la responsabilité civile*, LPA, 16 janvier 2017, n° 11, p. 5 et s.

2056 RANDRIANIRINA I., *op. cit.*, p. 205

de concurrence déloyale et parasitaire, cette réserve porte tant sur les données au plan sémantique qu'au niveau syntaxique. Cependant, elle reste limitée aux données confidentielles. Cela marque une différence avec l'action en parasitisme. Cette dernière amène à une réserve de la valeur, et cela, peu importe que la donnée soit ou non gardée confidentielle.

Par le secret des affaires, le détenteur a la main mise sur les utilisations possibles de ses données confidentielles. Autrement dit, le secret des affaires permet un contrôle de fait des utilités des données. Celui-ci n'entraîne, toutefois, pas une immobilisation des données, mais, bien au contraire, il participe à leur circulation. Cette circulation s'effectuera sous le sceau de la confidentialité. C'est l'exemple connu du contrat de communication du savoir-faire. Malgré ses avantages, le secret des affaires reste fragile. En effet, la révélation du secret peut entraîner sa disparition. Aussi, le Législateur a-t-il renforcé sa protection par le biais de la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018. Dans le cadre de notre étude, nous avons relevé que cette protection est suffisamment souple pour s'adapter aux diverses atteintes dont les données numériques confidentielles peuvent faire l'objet. Néanmoins, la question de son efficacité se pose lors de la présence d'un élément d'extranéité. En effet, les mesures prises par le juge français risquent de ne pas s'appliquer à l'étranger à défaut d'*exequatur*. Certains juges étrangers pourront, effectivement, se montrer réticents à appliquer des mesures ordonnées par le juge français et cela, au regard de leur coutume juridique. Tel a été le cas dans l'affaire *Yahoo !* où la Cour fédérale de district de Californie du Nord a écarté les mesures techniques de blocage d'accès d'un site ordonnées par les magistrats français²⁰⁵⁷ sous couvert du respect du premier amendement à la Constitution des États-Unis d'Amérique.

En dehors des cas de responsabilité extracontractuelle, une réserve des utilités des données pourrait s'observer dans le cadre du « *vilain petit canard du droit des obligations* »²⁰⁵⁸, le quasi-contrat.

2057TGI Paris réf. 22 mai 2000, Comm. com. électr. 2000, n° 92, obs. GALLOUX J.-C. JCP E, 2000, II, 1856, obs. VIVANT M ; U.S. District Court for the Northern District of California -Yahoo! Inc. v. LA LIGUE CONTRE LE RACISME ET, 145 F. Supp. 2d 1168 (N.D. Cal. 2001) June 7, 200

2058BORGHETTI J.-S., *Préface*, in COMBÔT M., *Quasi-contrat et enrichissement injustifié*, L.G.D.J., Paris, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 625, 24 janvier 2023, p. 9

Section 2. La réservation des utilités des données par l'enrichissement injustifié

278. Dans un article traitant des loteries publicitaires, les professeurs Philippe LE TOURNEAU et Alexandre ZABALZA s'interrogeaient le « réveil des quasi-contrats ».²⁰⁵⁹ Ce réveil pourrait-il avoir lieu à propos des données numériques ? C'est ce que nous essayerons d'analyser.

L'action *de in rem verso* « constitue une action [...] par laquelle, à défaut de toute autre action légale, un appauvri demande justice contre l'enrichi, qui a profité, sans raison valable de son labeur. »²⁰⁶⁰. Aussi, retrouvons-nous l'« idée de rétribution d'un enrichissement à son légitime titulaire »²⁰⁶¹. En d'autres termes, l'idée est de corriger le déséquilibre entre les patrimoines engendré par un transfert indu de valeur. Cette idée se retrouve au Pays de GOETHE et de SCHILLER. Le but affirmé du *Herausgabeanspruch*, l'équivalent germanique de l'enrichissement injustifié, consacré au sein du *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) à l'article 812, § 1^{er} est le « rééquilibrage d'un mouvement de patrimoine qui a eu lieu mais n'est pas justifié selon l'ordre juridique, l'acquisition qui a été faite sans cause juridique doit être restituée à celui aux frais duquel elle a été faite »²⁰⁶². C'est pourquoi, l'enrichissement injustifié a été considéré comme une action en protection du patrimoine²⁰⁶³, voire comme « un mécanisme de revendication d'une valeur »²⁰⁶⁴. Toutefois, à la différence de l'action en revendication ayant pour objectif de protéger la propriété, l'action *de in rem verso* vise plutôt à récupérer la valeur du bien et non pas le bien lui-même²⁰⁶⁵. En cela, nous percevons que c'est en réalité la notion de valeur qui justifie une certaine protection. Messieurs Philippe GAUDRAT et Frédéric SARDAIN considèrent ainsi que « prévoir une protection de toutes les formes d'investissement [...] revient à donner à la théorie de l'enrichissement sans cause la forme d'un droit exclusif »²⁰⁶⁶.

2059LE TOURNEAU P., et ZABALZA A., *Le réveil des quasi-contrats (à propos des loteries publicitaires)*, Contrats, conc. consom., décembre 2002, n° 12, chron. 22

2060GAUTIER P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 8^e éd., 2012, n° 683, p. 698

2061COMBOT M., *Quasi-contrat et enrichissement injustifié*, thèse de doctorat, droit, université Pathéon-Assas, 2020, p. 569, n° 549

2062BUYDENS M., *La protection de la quasi-crédation*, Larcier, Bruxelles, 1993, p. 758

2063MAURY J., *Essai sur la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse de doctorat, droit, 1920, université de Toulouse ; JOUGLEUX P., *La protection de l'information dans les nouvelles technologies*, thèse de doctorat, droit, université d'Aix-en-Provence, 2002, p. 229.

2064BECQUET S., *Le bien industriel*, L.G.D.J., Paris, coll. Thèses, sous-coll. Bibliothèque de droit privé, 22 novembre 2005, p. 428, n° 173

2065COMBOT M., *op. cit.*, p. 11, n° 11

2066GAUDRAT P. et SARDAIN F., *Traité de droit civil du numérique – Tome 1 – Droit des biens*, Bruxelles, Larcier, septembre 2015, p. 673, n° 1095

Par ailleurs, l'action *de in rem verso* a été analysée, par des auteurs, comme moyen de protection de créations non protégées²⁰⁶⁷. Le Professeur Pierre-Yves GAUTIER voit effectivement un fondement possible pour « *des auteurs malheureux risqu[a]nt de se heurter, dans leur demande de réparation à l'encontre de tiers indécis, à des obstacles comme l'absence de protection des idées [...]* », dès lors que « *l'idée [est] vraiment nouvelle et originale.* »²⁰⁶⁸.

Appliquée à l'environnement numérique, l'action *de in rem verso* serait en passe de devenir un mécanisme de réservation de la valeur des données. Une telle conception pourrait se comprendre au regard de la perte de valeur subie par le détenteur des données en raison de leur divulgation, de leur utilisation non autorisée.

Afin d'apprécier pleinement cette analyse, il convient de comprendre ce qu'est l'action en enrichissement injustifié (I), c'est-à-dire son fondement, pour ensuite estimer si ce mécanisme peut se trouver à s'appliquer en théorie et en pratique aux données numériques ou si, à l'inverse, il existe un obstacle dirimant à son application (II).

I. L'enrichissement injustifié, une action en protection du patrimoine

279. **Les origines de l'action *de in rem verso*** – Des traces d'une action fondée sur l'idée d'enrichissement injustifié se retrouvent en droit romain, non pas dans la qualification de quasi-contrats, mais dans celle de *condictiones*²⁰⁶⁹, action personnelle, à la différence de la *vindicatio* qui, elle, était une action réelle en restitution. Dès le début, la prohibition de l'enrichissement injustifié et l'action qui lui est attachée répondent à une exigence d'équité qui commande de rendre à chacun le sien : *suum cuique tribuere*²⁰⁷⁰. Il s'agit de l'application de l'adage « *nul ne doit s'enrichir au détriment d'autrui* » attribuée au juriste POMPONIUS²⁰⁷¹. En droit romain, l'action *de in rem verso* était à l'origine circonscrite à une

2067GAUTIER P.-Y., *op. cit.*, n° 683 ; LUCAS A., *La protection des créations industrielles abstraites*, Litec, 1975, n° 377 et s. ; DUPICHOT J., *Pour une réflexion doctrinale sur la sanction du parasitisme économique : vers un particularisme des sanctions ou vers un retour au droit commun ?*, Gaz. Pal., 1987, 1, doct. p. 348

2068GAUTIER P.-Y., *op. cit.*, n° 683, p. 698

2069V. pour un exposé la notion d'action *condictiones* : ZIMMERMANN R., *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta & Co Ltd, 1992, p. 838 et s.

2070Formule attribuée au jurisconsulte romain ULPPIEN recueillie par le *Digeste*, D. 1,1,10 ; POLLAUD-DULIAN, *Le modèle du quasi-contrat*, in Code civil et modèles sous-dir. T. Revet, LGDJ, Paris, 2005, p. 430

2071Le juriste POMPONIUS avait par ailleurs soutenu qu'« *l est équitable, selon le droit naturel, que nul ne s'enrichisse injustement aux dépens d'autrui* » ; V. *Digeste*, XII, vi, 14

hypothèse bien déterminée, à savoir celle d'une personne qui n'avait pas la capacité juridique, telle qu'un esclave, qui s'était engagée envers une autre. Elle a été ensuite progressivement étendue à toutes les hypothèses d'enrichissement indirect, c'est-à-dire lorsque « *l'enrichissement a été transféré dans le patrimoine d'une première personne, avant d'être reçu dans le patrimoine d'une seconde* »²⁰⁷².

Il faudra attendre la « redécouverte » du droit romain par les romanistes médiévaux pour trouver une systématisation des divers cas de réparation pour enrichissement injustifié. Et c'est à partir du XVII^e siècle que sera conceptualisée la notion d'enrichissement injustifié²⁰⁷³. Toutefois, « *jusqu'à la fin du XIX^e siècle, l'idée selon laquelle nul ne peut s'enrichir sans cause légitime aux dépens d'autrui ne fut guère invoquée par les auteurs que pour servir de fondement jusnaturaliste aux diverses actions en répétition déjà reconnues par la loi* »²⁰⁷⁴

280. **L'enrichissement injustifié, un quasi-contrat** – Lors de la reconnaissance de l'enrichissement injustifié, et à la différence du droit allemand qui a construit cette notion au regard des *condictiones* romaines, en droit français, il a été classé, par la jurisprudence²⁰⁷⁵, puis par le Législateur²⁰⁷⁶, dans la catégorie des quasi-contrats. Les codificateurs de 1804 avaient consacré un chapitre aux quasi-contrats aux articles 1371 et suivants²⁰⁷⁷ du Code civil. Ils ont défini les quasi-contrats, en reprenant la pensée du juriste POTHIER²⁰⁷⁸ comme « *les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties* »²⁰⁷⁹. Toutefois, cette

2072COMBOT M., *op. cit.*, p. 179, n° 159

2073L'expression « *de in rem verso* » a été empruntée aux jurisconsultes romains. Cependant, en droit de Justinien, cette expression visait une action « *par laquelle celui qui avait contracté avec une personne en puissance ou un esclave pouvait agir contre le maître dans la mesure du pécule prouvant de lui ou de l'enrichissement qui lui avait procuré l'exécution du contrat* » (AUBRY C. et RAU C., *Cours de droit civil français*, Litec, 1975, 7^e éd., t. VI, § 442, note 4).

2074POSEZ A., *La subsidiarité de l'enrichissement sans cause : étude de droit français à la lumière du droit comparé*, *Revue de droit international et de droit comparé*, 2014, n° 2, p. 196, n° 12

2075Cass. req., 15 juin 1892, *Patureau-Miran c. Boudier*, DP 1892.1.596, S. 1893.1.281 – CAPITANT H., TERRÉ F., LEQUETTE Y. et CHÉNEDÉ F., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2 : *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, Dalloz, Paris, 13^e éd., 2015, n° 241

2076V. art. 1300 C. civ. issu de la réforme opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016

2077Devenus depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, les articles 1300 et suivants du Code civil.

2078CHAGNOLLAUD DE SABOURET D., *Dictionnaire élémentaire du droit*, Dalloz, Paris, coll. Hors collection Dalloz, août 2016, 2^e éd., p. 453

2079MARCADÉ V.-N., *Explication théorique et pratique du Code civil : contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre. Tome 5*, Delamotte fils éd., Paris, 1884-1894, p. 274 pour qui « *les rédacteurs [du Code civil], quoique suivant Pothier, ont omis ici l'idée essentielle et qui distingue les quasi-contrats des délits et quasi-délits, de fait licite, non répréhensible, idée que Pothier exprimait en disant qu'« on appelle quasi-contrat le fait d'une personne, permis par la loi, qui oblige, etc. »* ».

catégorisation n'est pas sans critique. La Professeure Mélodie COMBOT estime effectivement que cette solution donne l'« *impression d'un « forçage* ». »²⁰⁸⁰. Elle observe qu'« *au lieu que les juristes partent d'un concept cohérent d'enrichissement injustifié pour construire une source d'obligation fondée sur ce principe, l'enrichissement injustifié a dû se couler de force dans le moule préexistant du quasi-contrat* »²⁰⁸¹. Cette analyse est aussi celle de Monsieur Alexis POSEZ. Il estime que « *c'est [...] à double titre que la qualification de quasi-contrat ne peut dominer celle de l'enrichissement sans cause : non seulement parce que l'action de in rem verso ne répond au régime d'aucun contrat, mais parce que, de toute façon, l'idée de quasi-contrat ne suffirait pas à justifier l'existence de cette action* »²⁰⁸².

Initialement, avant sa consécration dans le Code civil lors de la réforme du 10 février 2016²⁰⁸³, le fondement de l'action *de in rem verso* se trouvait dans la jurisprudence. Ainsi, dans son célèbre arrêt *Boudier* dit du « marchand d'engrais » du 15 juin 1892²⁰⁸⁴, la Cour de cassation avait jugé que l'action *in rem verso* « *dériv[ait] du principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui* »²⁰⁸⁵. De son côté, le Conseil d'État avait estimé dans une décision en date du 14 avril 1961²⁰⁸⁶, à l'invitation du commissaire du Gouvernement, que le principe de l'enrichissement injustifié anciennement l'enrichissement sans cause était « *un principe général applicable, même sans texte, à la matière des travaux publics* ». Par la suite, la Haute juridiction administrative a étendu son application à d'autres domaines que les travaux publics. Aujourd'hui, la doctrine majoritaire range ce principe parmi les principes généraux du droit administratif²⁰⁸⁷. Au niveau européen, la Cour de justice a érigé l'enrichissement injustifié au rang de principe généralement admis dans les droits internes²⁰⁸⁸. Par conséquent, l'action *de in rem verso* peut être qualifié de principe général du droit²⁰⁸⁹ tant en droit interne qu'en droit européen.

2080COMBOT M., *op. cit.*, p. 11, n° 12

2081*Ibid.*, p. 11, n° 11

2082POSEZ A., *op. cit.*, p. 196, n° 12

2083Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 février 2016, texte n° 26

2084Cass. req., 15 juin 1892, *Patureau-Miran c. Boudier*, DP 1892.1.596, S. 1893.1.281 – CAPITANT H., TERRÉ F., LEQUETTE Y. et CHÉNEDE F., *op. cit.*, n° 241

2085Le Conseil d'État a adopté la même position que la Cour de cassation : CE, 15 février 1889, *Lemaire c. Fabrique de l'Église de Rincq*, Rec., p. 226

2086CE, 14 avril 1961, *Ministre de la Reconstruction et du Logement c. Société Sud Aviation Lebon*, p. 236 et RDP, 1961, p. 655, concl. Heumann C.

2087GENEVOIS B., *Principes généraux du droit*, Rép. Dalloz, Contentieux administratif, octobre 2000 ; VEDEL G., *Droit administratif*, T. 1, PUF, Paris, 1992, p. 443

2088V. not. CJCE, 11 juillet 1968, *Danvin c. Commission*, aff. N° 26/67, Rec. CJCE 1968, p. 463 ; RIDEAU J., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, L.G.D.J., Paris, septembre 2010, 6^e éd. : FORTI V., *Enrichissement injustifié. – Généralités – Conditions matérielles*, JurisClasseur Civil Code, LexisNexis, Fasc. n° 20, 2 juin 2016 (mise à jour : 2 juin 2016), n° 8

2089BRUNET P., *À quoi sert la « théorie » des principes généraux du droit ?*, in *Les principes en droit sous-dir.* S. Caudal, Economica, 2008, p. 175

281. **Une action en restitution de l'accroissement du patrimoine** – Dès l'origine, l'action en enrichissement injustifié était fondée sur les idées d'équité ou de droit naturel²⁰⁹⁰. Par la suite, cette action a pu être expliquée du point de vue moral²⁰⁹¹. En outre, des auteurs ont perçu le lien existant entre ce mécanisme et la notion de patrimoine. Les Professeurs AUBRY et RAU avaient, ainsi, rangé parmi « *les facultés inhérentes au droit de propriété dont toute personne jouit sur son patrimoine, envisagé comme une universalité de biens, la faculté de réclamer, au moyen d'une action personnelle, qu'on peut qualifier d'action de in rem verso, la restitution d'objets ou de valeurs appartenant à ce patrimoine* »²⁰⁹². Les Professeurs Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS ont, quant à eux, observé une évolution : nous sommes passés d'une action en restitution de la chose à une action en restitution de l'accroissement du patrimoine²⁰⁹³. Pour Monsieur Philippe JOUGLEUX, « *l'action en enrichissement sans cause peut se rattacher indirectement au droit des biens, elle protège une propriété (dans la définition moderne de cette conception, donnée notamment par M. ZÉNATI), dans laquelle la propriété existe pour tous les éléments composant le patrimoine* »²⁰⁹⁴. En somme, cette action personnelle consiste en une revendication de la valeur appartenant à l'appauvri. Les données numériques recèlent une valeur du fait de leurs utilisations potentielles. L'action *de in rem verso* peut-elle, alors, embrasser ces nouveaux actifs immatériels ?

II. L'application incertaine de l'enrichissement injustifié aux données

282. À l'origine, la Cour de cassation avait estimé dans son arrêt *Boudier* du 15 juin 1892 que l'action *de in rem verso* n'était « *soumise à aucune condition déterminée* »²⁰⁹⁵ et avait ajouté « *qu'il suffit, pour la rendre recevable, que le demandeur allègue et offre d'établir*

2090 Dès le II^e siècle, le juriste romain POMPONIUS avait écrit qu'« *il est équitable selon le droit naturel que nul ne s'enrichisse injustement aux dépens d'autrui* » (*Digeste*, XII, vi, 14)). Pour ROUAST, « *la règle qui impose au juge de remédier au déséquilibre survenu entre deux patrimoines est un principe naturel* » (ROUAST, *L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile*, RTD civ., 1922, 35, n° 315).

2091 ROUBIER P., *La position française en matière d'enrichissement sans cause*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 4, 1948, p. 40 ; RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, Paris, 4^e éd., 1949, p. 260, § 142

2092 AUBRY C. et RAU C., *Cours de droit civil français*, 4^e éd., 1868, t. VI, § 578, cité ROMANI A.-M., *Enrichissement injustifié*, Répertoire de droit civil, Dalloz, février 2018, n° 30

2093 MALAURIE P. et AYNÈS L., *Droit civil – Les obligations*, LGDJ, Paris, 5^e éd., 2011, n° 1056

2094 JOUGLEUX P., *La protection de l'information dans les nouvelles technologies*, thèse de doctorat, droit, université d'Aix-en-Provence, 2002, n° 282.

2095 Cass. req., 15 juin 1892, *Patureau-Miran c. Boudier*, DP 1892, CAPITANT H., TERRÉ F., LEQUETTE Y. et CHÉNEDÉ F., *op. cit.*, n° 241

l'existence d'un avantage qu'il aurait, par un sacrifice ou un fait personnel, procuré à celui contre lequel il agit ». Par la suite, la Haute juridiction a circonscrit ce mécanisme en posant des conditions²⁰⁹⁶. Ainsi, l'enrichissement injustifié est soumis, comme toute action en justice, à des conditions, celles-ci sont de deux ordres, à savoir des conditions matérielles et juridiques. En effet, comme l'avait fait remarquer Monsieur Valerio FORTI, « *si les conditions matérielles suffisaient à établir un enrichissement injustifié, les actions en justice se multiplieraient à l'envi. C'est pourquoi la jurisprudence puis le législateur ont érigé des remparts, à savoir des conditions juridiques* »²⁰⁹⁷. Sans condition, l'action *de in rem verso* exercerait un effet « corrosif »²⁰⁹⁸ notamment sur les structures de la propriété intellectuelle.

Il est donc nécessaire de vérifier si les conditions d'application de l'action *de in rem verso* peuvent se trouver réunir dans notre matière (A) pour, ensuite, examiner la recevabilité de cette action (B).

A. Les données numériques face aux conditions de l'action *de in rem verso*

283. **L'action *de in rem verso* : une mise en œuvre conditionnée** – Le Professeur Pierre-Yves GAUTIER estime que l'action *de in rem verso* est envisageable lorsqu'« *une entreprise profite indûment des efforts d'une autre, celles-ci ne jouissant pas d'un texte pour être protégée contre l'usage de ses investissements* »²⁰⁹⁹, l'auteur ajoute immédiatement « *sauf si elle est constituée une base de données* ». Nous tenterons de vérifier la possibilité d'appliquer l'action en enrichissement injustifié pour les données numériques, autres que les bases de données.

Traditionnellement, trois conditions sont requises pour l'aboutissement d'une telle action, à savoir un enrichissement procuré à une personne ; un appauvrissement corrélatif chez une autre²¹⁰⁰ ; et enfin, l'absence de justification juridique tant pour l'enrichissement que l'appauvrissement. À ces conditions, la jurisprudence a très tôt ajouté une autre, la

2096V. notamment Cass. civ., 12 mai 1914, S. 1918, 1, p. 41, note Nayret – Rappr. Civ., 2 mars 1915, Cass. civ., 2 mars 1915, D., 1920, 1, p. 102

2097FORTI V., *op. cit.*, n° 1

2098GAUDRAT P. et SARDAIN F., *op. cit.*, p. 673, n° 1095 ; V. ég. GAUDRAT P., *La loi de transposition de la directive 96/9 du 11 mars 1996 sur les bases de données*, RTD Com., 1998, p. 598 et s.

2099GAUTIER P.-Y., *op. cit.*, p. 698, n° 683

2100Nous utilisons la notion corrélation (v. en ce sens : BÉNABENT A., *Droit des obligations*, LGDJ, 2014, 14^e éd. n° 489, MALINVAUD P., FANOUILLET D., et MEKKI M., *Droit des obligations*, LexisNexis, Paris, 2014, 13^e éd., n° 812). Cependant, d'autres auteurs emploient d'autres notions telles que celle de lien de causalité (CARBONNIER J., *Droit civil. Les biens. Les obligations*, PUF, Paris, 2004, n° 1223 ; COMBOT M., *op. cit.* ; TERRÉ F., SIMLER P., et LEQUETTE Y., *op. cit.*, n° 1067), ou celle de lien de connexité (FLOUR J., AUBERT J.-L. Et SAVAUX E., *Droit civil. Les obligations*, tome 2 *Les fait juridiques*, Sirey, Paris, 2011, 14^e éd. n° 41 ; FORTI V., *op. cit.*).

subsidiarité²¹⁰¹. Plusieurs explications ont été proposées pour justifier ce caractère subsidiaire de l'action : soit par la nature de l'action fondée sur l'équité, soit par la coutume, soit, encore, par le principe d'économie de moyens soit, enfin, par l'application de l'adage *specialia generalibus derogant*²¹⁰². La Professeure Mélodie COMBOT résume les conditions d'application de l'action *de in rem verso* comme suit : « *le défendeur doit avoir reçu un enrichissement ; le demandeur doit disposer d'un droit exclusif sur cet enrichissement réalisé par le défendeur ; le transfert ou l'appropriation de cet enrichissement ne doit pas avoir été volontaire, et le demandeur ne doit pas avoir renoncé à tout droit sur cet enrichissement.* »²¹⁰³. Cette autrice ajoute que « *s'agissant de l'appropriation du gain d'autrui, la condition d'un transfert involontaire est remplie, puisque cette appropriation se réalise le plus souvent à l'insu du demandeur* »²¹⁰⁴. Toutefois, il faut remarquer, comme le fait Monsieur Alexis POSEZ²¹⁰⁵, qu'aucune des conditions de l'action *de in rem verso* n'est d'une absolue précision.

Avec la réforme opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, le Législateur a consacré cette construction prétorienne dans le Code civil aux articles 1303 et suivants en conservant les conditions d'application. L'article 1303 dudit Code dispose que : « *celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui doit, à celui qui s'en trouve appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement* ». Le Législateur a maintenu la condition de subsidiarité en l'inscrivant dans l'article 1303-3. Cependant, il reste muet quant à la forme que doivent prendre l'enrichissement et l'appauvrissement. Aussi, la jurisprudence qui s'était développée antérieurement à la réforme trouve à continuer à s'appliquer pleinement. Par ailleurs, cette « *imprécision entourant la notion d'obligation invite à une interprétation extensive* »²¹⁰⁶.

Nous devons vérifier si les conditions posées pour bénéficier de l'action *de in rem verso* peuvent être réunies dans l'environnement numérique à l'égard des données. Pour ce faire, il est nécessaire de préciser ce que recouvrent les conditions.

284. La condition tenant à l'enrichissement – La condition d'enrichissement recouvre ce que l'enrichi a reçu, mais également les dépenses épargnées. Aussi, il ressort que cette condition est interprétée de manière large. L'enrichissement « *s'entend d'« un avantage* »

2101 La condition de subsidiarité de l'action en enrichissement semble être apparue avec le Code prussien de 1794 (*Code général pour les États prussiens*, 1802, partie I, titre XIII, § 277)

2102 ALMOSNINO N., *Le caractère subsidiaire de l'action de in rem verso*, thèse de doctorat, droit, Paris, 1951

2103 COMBOT M., *op. cit.*, p. 569, n° 550

2104 *Ibid.*

2105 POSEZ A., *op. cit.*, p. 188, n° 2

2106 CHANTEPIE G. et LATINA M., *op. cit.*, p. 645, n° 747

appréciable en argent, y compris un avantage moral »²¹⁰⁷. Nous partageons l'avis de la Professeure Mireille BUYDENS selon lequel « *l'enrichissement peut donc en principe consister dans l'avantage concurrentiel retiré de la copie de la prestation d'autrui* »²¹⁰⁸. Par ailleurs, il y a enrichissement par un simple maintien d'actif lorsque l'enrichi retire gratuitement de l'usage de la chose d'autrui un profit²¹⁰⁹. Ainsi, dans une décision du 30 septembre 2014²¹¹⁰, les juges consulaires ont estimé que l'enrichissement était constitué au travers de l'utilisation des compétences développées par l'appauvri. La notion d'enrichissement est donc comprise largement puisqu'en fin de compte, il correspond à un avantage quelconque dont a bénéficié l'enrichi²¹¹¹. Ainsi, nous pouvons estimer que le profit résultant de l'utilisation gratuite de données d'autrui caractérise un enrichissement.

285. La condition tenant à l'appauvrissement – Contrairement à ce qu'avait pu évoquer des auteurs, l'appauvrissement n'est pas l'envers de l'enrichissement²¹¹². En d'autres termes, l'enrichissement d'une personne n'entraîne pas *de facto* l'appauvrissement d'une autre. Cet absent d'« effet miroir » est perceptible dans l'interprétation jurisprudentielle restrictive de l'appauvrissement. Dans son étude sur l'enrichissement injustifié, la Professeure Mélodie COMBOT notait qu'au regard de la jurisprudence, « *deux types d'appauvrissement [pouvaient] être indemnisés par l'action d'enrichissement injustifié : la rémunération espérée et la perte d'un bien ou d'une somme d'argent figurant antérieurement dans le patrimoine de l'appauvri* »²¹¹³. L'appauvrissement peut donc résider aussi bien dans la perte que le manque à gagner pour l'appauvri.

Un jugement rendu le 19 avril 1989 par le Tribunal de grande instance de Paris illustre cette interprétation stricte²¹¹⁴. En l'espèce, un différend naquit après l'échec de la collaboration entre un médecin, à l'origine de l'idée portant sur l'élaboration d'un livre de vulgarisation médicale consacré à la femme, et un journaliste. S'estimant lésé par cette reprise d'idée, le praticien assigna alors l'auteur du livre ainsi que l'éditeur. Ce médecin ne pouvait invoquer un quelconque droit d'auteur sur l'idée en cause. En effet, l'idée d'un ouvrage est

2107ROMANI A.-M., *Enrichissement injustifié*, Répertoire de droit civil, Dalloz, février 2018, n° 54

2108BUYDENS M., *La protection de la quasi-crétation*, Larcier, Bruxelles, 1993, p. 759

2109Cass. com., 9 mai 1985, bull. civ. IV, n° 141

2110T. com., Paris, ch. 8, 30 septembre 2014, RG n° 2013028379, *SARL Crystal system consulting c. SA Sopra Group*, JurisData n° 2021-036460 ; Jugement qui a toutefois été annulé : CA Paris, Pôle 5, ch. 5, 14 avril 2016, RG n° 14/20560

2111En ce sens : CHANTEPIE G. et LATINA M., *Le nouveau droit des obligations ; commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, Paris, 28 mars 2024, 3^e éd., p. 798, n° 745

2112CABRILLAC R., *Droit des obligations*, Dalloz, Paris, 2016, 12^e éd., n° 206 ; LE TOURNEAU P., *Droit de la responsabilité et des contrats 2021-2022*, Dalloz, Paris, 2020, 12^e éd., n° 3114.273

2113COMBOT M., *op. cit.*, p. 334, n° 306

2114TGI Paris, 2^e ch., 19 avril 1989, Anne de Kervasdoué c. Claudie Lepage et autres, RIDA, octobre 1989, 360

non constitutive d'une œuvre protégée au titre du droit d'auteur en l'absence de mise en forme²¹¹⁵. Il invoqua alors des agissements parasitaires, et subsidiairement, l'enrichissement injustifié. Ce médecin estimait s'être appauvri en raison du travail fourni sans rémunération. En réponse, le journaliste mit en avant le fait que « *son enrichissement n'[était] pas sans cause, puisque l'idée développée [faisait] partie du domaine public* ». Saisi, les juges parisiens ont précisé que « *l'action fondée sur l'enrichissement sans cause ne peut être admise qu'à défaut de toute autre action ouverte au demandeur, et suppose que l'appauvrissement soit la cause de l'enrichissement* ». Les magistrats ont débouté ce praticien de ses demandes puisqu'il n'avait pas rapporté la « *preuve d'un appauvrissement effectif du fait de l'absence d'originalité de l'idée en cause* ». Cette affaire met en exergue la difficulté en pratique d'apporter la preuve de l'appauvrissement. Une telle difficulté explique le peu de recours à ce mécanisme²¹¹⁶.

En outre, il est intéressant de noter que dans cette décision de 1989, les juges de première instance ont précisé qu'« *au surplus, ne rapportant pas la preuve d'un appauvrissement effectif du fait de l'absence d'originalité de l'idée en cause, [le demandeur] sera débouté de son action de ce chef* ». En l'espèce, il nous semble que l'emploi du terme d'« *originalité* » ne doit pas s'interpréter au sens du droit d'auteur, à savoir l'empreinte de la personnalité de l'auteur, mais plutôt dans son acception courante, c'est-à-dire ce qui n'est pas banal. Comme Monsieur Philippe JOUGLEUX²¹¹⁷, nous considérons qu'au regard de la jurisprudence²¹¹⁸, il convient de distinguer deux types d'hypothèses. Soit les données en cause sont originales en ce qu'elle exprime le caractère unique de l'auteur dans un tel cas, l'auteur bénéficie de l'action en contrefaçon. Par conséquent, il n'est pas possible d'exercer simultanément l'action en enrichissement injustifié. Soit, à l'inverse, il est impossible de découvrir la trace d'une quelconque empreinte de la personnalité de l'auteur notamment en raison de son caractère trop fonctionnel²¹¹⁹. La voie de l'action en enrichissement injustifié sera alors ouverte sous la condition, toutefois, que les données ne soient pas qualifiées de « *banales* », c'est-à-dire « *montrant aucun signe de recherche intellectuelle ou étant déjà diffusée[s] largement dans le public* »²¹²⁰. Nous retrouvons en quelque sorte le courant

2115V. en ce sens : TGI Paris, 27 juin 1990, *M. Bonnet c. Joyeux et autres*, n° 149, 245, note GAUDRAT P.

2116MARCELLIN-TAUPENAS S. et DU MANOIR DE JUAYE T., *Le secret des affaires*, Paris, LexisNexis, 2016, p. 133

2117JOUGLEUX P., *op. cit.*, n° 284

2118Cass. civ., 21 mai 1963, Ann. Propr. ind. 1964, p. 278, JCP 1963, II, 13254 *bis* confirmant CA Paris, 5 mars 1959, D. 1959 jur. p. 248, JCP 1959 II, note PLAISANT, décision sur la question de la protection d'un slogan « *Entrez dans l'Aronde* »

2119Par ex. des données brutes impliquant un savoir-faire important. V. en ce sens LUCAS A., *Droit d'auteur et numérique*, Paris, Litec, 1998, p. 21, n° 34

2120JOUGLEUX P., *op. cit.*, n° 284

doctrinal concevant l'originalité en termes de travail intellectuel²¹²¹. Cette position a le mérite d'exclure de l'action *de in rem verso* les données publiques en raison de leur accessibilité à tous. Autrement dit, cela évite de constituer une forme de réservation pour les données du secteur public.

286. L'enrichissement et l'appauvrissement en cas d'atteinte aux données numériques

– La création de données peut impliquer de la part de l'entreprise des investissements humains, et matériels importants tels que l'utilisation de matériels informatiques et logiciels spécialisés, voire la location d'espace de stockage de données. Comme nous l'avons vu, l'enrichissement est interprété par la jurisprudence largement. Il peut donc correspondre à l'acquisition, l'utilisation d'élément incorporel²¹²². Ainsi, l'enrichissement de la personne qui s'est « accaparée » des données d'autrui pourra prendre la forme d'une économie réalisée en ce qu'elle ne payera pas la création, la « commercialisation » de ses données. Nous retrouvons en partie l'argument ayant conduit à l'application de l'action *de in rem verso* dans une décision en date du 4 septembre 1895²¹²³. Le Tribunal de commerce de Seine avait jugé, dans cette affaire, que l'agence *Havas* pouvait exercer l'action *de in rem verso* contre ceux qui avaient « pillé » ses nouvelles de presse. Les juges consulaires avaient estimé que « *les dépêches recueillies par une agence spéciale ne perdant leur caractère privé que dès lors qu'elles sont mises en circulation et qu'en vertu de ce principe fondamental : « nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui », un journal quelconque ne saurait, en se les procurant d'une façon détournée et sans bourse délier, les insérer avant qu'elles n'aient été répandues dans le domaine public* ». Or, outre la protection des articles de presse, il n'existe pas de droit sur les informations regroupées dans les nouvelles de presse²¹²⁴ en dehors du droit *sui generis* sur les

2121V. en ce sens : WAUWERMANS P., *Le droit des auteurs en Belgique*, Bruxelles, Société belge de librairie, 1894, p. 105 : pour cet auteur belge, les œuvres « supposent, pour être vraiment originales et personnelles, un travail intellectuel »

2122Cass. civ., 6 juillet 1927, S. 1928, 1, p. 19

2123T. com., Seine, 1 septembre 1895 : DP 1902, jurispr. p. 405 ; DESBOIS H., *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, Paris, 1978, n° 47 et s. : « *S'il est vrai qu'une agence ayant pour but de rechercher, avant toute personne, au moyen de dépêches par fils spéciaux et de nombreux correspondants, les nouvelles intéressantes pour le public et de les fournir aux journaux moyennant une rétribution payée par abonnement, ne saurait invoquer la propriété littéraire pour ses informations, il n'est pas moins constant que la priorité des nouvelles qu'elle s'est procurées à l'aide d'un service spécial et partant très onéreux, est sa propriété exclusive jusqu'au moment où, par son fait, les nouvelles ont été portées à la connaissance de tous et sont tombées dans le domaine public. En conséquence, le journal qui, s'étant procuré d'une façon détournée et sans bourse délier les dépêches recueillies par ladite agence, les insère avant qu'elles n'aient été répandues dans le public, cause à l'agence un préjudice qu'il est tenu de réparer et qui peut être évalué au montant de l'abonnement que ledit journal aurait dû payer pendant la période incriminée, pour jouir légalement du droit de reproduction* »

2124DESBOIS H., *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, Paris, 1978, 3^e éd., p. 66, n° 52 : cet éminent auteur indiquait que « *on ne saurait [...] objecter que la substance des informations appartient au domaine public, et, par conséquent, que tous les entrepreneurs de presse peuvent en prendre connaissance par tous*

bases de données. Par ailleurs, le détenteur de ses données « pillées » subit un appauvrissement en raison de la perte de valeur des données²¹²⁵ puisque ce dernier ne pourra plus obtenir des tiers une contrepartie financière s'ils peuvent avoir accès à ces données à un coût moindre. En pratique, cela pourra prendre la forme d'une diminution du chiffre d'affaires. Une telle interprétation de la perte est corroborée par la jurisprudence qui « *admet aussi bien une perte quelconque, mais effective et appréciable en argent qu'un simple manque à gagner* »²¹²⁶. Il n'en demeure pas moins que qu'il reviendra à l'appauvri d'apporter la preuve de cet appauvrissement avec toutes les difficultés probatoires que cela entraîne.

L'enrichissement et l'appauvrissement ne sont pas suffisants, il faut également prouver la corrélation entre ces deux éléments.

287. L'exigence d'une corrélation entre l'enrichissement et l'appauvrissement – Bien quand même il y aurait enrichissement d'un côté et appauvrissement de l'autre, l'action *de in rem verso* n'est ouverte qu'à condition qu'il existe une corrélation entre eux. L'article 1303 du Code civil ne dit pas autre chose lorsqu'il précise « *celui qui s'en trouve appauvri* ». Ce lien de corrélation est crucial pour qu'aboutisse l'action *de in rem verso*. En effet, l'existence d'une perte et d'un gain ne peut pas donner *de facto* lieu à restitution. L'exemple le plus significatif est l'arrivée d'un concurrent sur un marché donné entraînant une perte de clientèle pour un opérateur du marché et un gain pour ce nouvel arrivant. Dans une telle hypothèse, sauf cas d'actes illicites²¹²⁷, aucune restitution n'aura lieu en raison du principe de libre concurrence. Autrement dit, l'appauvri devra apporter la preuve que l'enrichissement a pour origine son appauvrissement²¹²⁸.

Cette corrélation entre l'enrichissement et l'appauvrissement sera directe lorsque la valeur a été transférée d'un patrimoine à un autre. En pratique, cela ne posera pas de difficulté. À l'opposé, elle sera dite indirecte quand la « *valeur transitait par l'intermédiaire d'un tiers* »²¹²⁹. Cette dernière pourra poser plus de difficultés probatoires. Cependant, le Professeur Valerio FORTI estime que « *l'existence d'un enrichissement et d'un appauvrissement permettra aisément de présumer la corrélation entre les deux, dont la charge de la preuve pèse une fois de plus sur l'appauvri* »²¹³⁰.

moyens ». Toutefois, l'auteur limite cette possibilité au regard de la concurrence déloyale.

2125 Cette position se fonde par analogie à la situation de la privation d'un élément du patrimoine de la personne appauvrie (v. par ex. CA Grenoble, 25 juin 1924, DP 1926. 2. 41)

2126 ROMANI A.-M., *op. cit.*, n° 81

2127 Par exemple, des actes de concurrence déloyales, ou de parasitisme.

2128 En ce sens, v. ROUAST, *op. cit.*

2129 CHANTEPIE G. et LATINA M., *op. cit.*, p. 798, n° 745

2130 FORTI V., *op. cit.*, n° 36

Néanmoins, cette corrélation entre l'enrichissement et l'appauvrissement ne saurait suffire. Encore faut-il qu'il n'y ait pas de justification entre l'enrichissement et l'appauvrissement, c'est-à-dire une absence de « cause légitime »²¹³¹ à ce transfert de valeur.

288. L'absence de justification de l'enrichissement et de l'appauvrissement – L'enrichissement sera injustifié lorsqu'il n'existe « *aucun mécanisme juridique, aucun titre juridique – légal ou conventionnel – qui puisse justifier le flux de valeur du patrimoine de l'appauvri à celui de l'enrichi.* »²¹³². Autrement dit, l'existence d'une justification au transfert de valeur exclut toute restitution possible de l'enrichissement. Avant la réforme du droit des contrats, il ressortait de la jurisprudence que l'enrichissement était justifié soit en raison de l'intention libérale de l'appauvri²¹³³, soit en raison de l'existence d'un contrat entre l'enrichi et l'appauvri²¹³⁴, soit en raison de la loi²¹³⁵ ou encore d'une décision de justice²¹³⁶. La charge de la preuve de cette absence de cause légitime revient à l'appauvri²¹³⁷. Lors de la réforme opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, le Législateur s'est montré plus concis que la jurisprudence puisqu'il a prévu à l'article 1303-1 du Code civil que : « *l'enrichissement est injustifié lorsqu'il ne procède ni de l'accomplissement d'une obligation par l'appauvri ni de son intention libérale* ». Le Législateur fait référence à une « *obligation* » sans en préciser sa source. Aussi, au regard de la jurisprudence antérieure, cette obligation de l'article 1303-1 comprend aussi bien une obligation conventionnelle qu'une obligation légale et judiciaire²¹³⁸.

2131 AUBRY C. et RAU C., *Cours de droit civil français*, t. VI, 1869-1876, 4^e éd., n° 578

2132 TERRÉ F., SIMLER P., et LEQUETTE Y., *op. cit.*, n° 1068, p. 1116

2133 Pour une illustration v. Cass. 1^e civ., 4 mars 1997, n° 94-21.976 : en l'espèce l'appauvri n'avait pas rapporté la preuve que la remise des fonds n'avait pas eu un caractère libéral.

2134 Pour une illustration, v. Cass. com., 23 octobre 2012, n° 11-21.978, Bull. 2012, IV, n° 192 : Dans cette espèce, la Cour de cassation rappelle que « *les règles gouvernant l'enrichissement sans cause ne peuvent être invoquées dès lors que l'appauvrissement et l'enrichissement allégués trouvent leur cause dans l'exécution ou la cessation de la convention conclue entre les parties* » ; Cass. 3^e civ., 27 février 2008, n° 07-10.222, Bull. 2008, III, n° 35 : la Haute juridiction avait cassé une décision d'une cour d'appel au visa de l'ancien article 1371 du Code civil et les principes régissant l'enrichissement sans cause. L'action en enrichissement injustifié devait être écartée dès lors que les gains et les pertes trouvaient leur source dans les conventions conclus entre l'enrichi et l'appauvri ; Cass. 1^e civ., 5 novembre 2009, n° 08-16.497, Bull. 2009, I, n° 222

2135 Pour une illustration, v. Cass. 1^e civ., 28 mai 1991, n° 89-20.258, Bull. 1991, I, n° 167, p. 110 : décision relative à la dévolution successorale. La Haute juridiction a rejeté le pourvoi en estimant que : « *les héritiers X... puisent leur enrichissement dans l'un des modes légaux d'acquisition des droits, en l'occurrence dans les règles légales régissant la dévolution de la succession de leur auteur ; que M. Y... n'était pas fondé, dans ces conditions, à exercer l'action de in rem verso pour obtenir la rémunération de ses diligences* ».

2136 Pour une illustration, v. Cass. 1^e civ., 17 septembre 2003, n° 01-15.306, Bull. 2003 I N° 183 p. 142 ; Cass. 1^e civ., 3 mars 2010, n° 09-11.331, Bull. 2010, I, n° 55

2137 Cass. 1^e civ., 19 janvier 1988, Bull. civ. 1988, I, n° 16, p. 11, RTD civ. 1988, p. 755, obs. MESTRE J.

2138 En ce sens : v. CHANTEPIE G. et LATINA M., *op. cit.*, p. 799, n° 746

Or, pour les données qui ne sont pas protégées par le droit d'auteur, celles-ci peuvent concerner de simples informations voire des idées. Or, selon la maxime énoncée à propos du droit d'auteur, les idées sont « *par essence et par nature de libre parcours* »²¹³⁹. Cet adage concerne l'ensemble des droits de la propriété intellectuelle²¹⁴⁰. Il nous semble que ce principe de la propriété intellectuelle peut constituer une « cause légitime », une justification de l'enrichissement et de l'appauvrissement. Madame Audrey LEBOIS soutient qu'« *admettre le contraire, reviendrait à consacrer une sorte de domaine public* »²¹⁴¹ *payant alors que dans la logique du droit français, les créations qui ne sont pas ou ne sont plus protégées par un droit de propriété intellectuelle sont libres d'exploitation et gratuites* »²¹⁴². Nous retrouvons, par analogie, le raisonnement suivi par les juges consulaires dans leur décision *Havas*²¹⁴³ puisque les magistrats avaient distingué selon que l'information de presse avait été divulguée ou non. Avant toute divulgation, l'information de presse présentait une valeur pour son détenteur. Ce dernier pouvait alors se fonder sur l'enrichissement injustifié contre quiconque s'en serait indûment emparé. À l'inverse, dès lors que l'information de presse était divulguée, et avait, par là même, perdu son caractère secret, le détenteur ne pouvait plus invoquer l'action *de in rem verso* puisque l'information en cause était tombée dans le domaine public. Une telle interprétation conduit, toutefois, à circonscrire l'action *de in rem verso* aux seules données confidentielles.

Par ailleurs, cette solution se justifie amplement au regard de l'article 1303-2 du Code civil précisant qu'« *il n'y a pas lieu à indemnisation si l'appauvrissement procède d'un acte accompli par l'appauvri en vue d'un profit personnel* ». Il s'agit de la consécration d'une solution prétorienne posée par la Cour de cassation dans un arrêt du 22 juin 1927²¹⁴⁴. L'action de l'appauvri sera écartée s'il avait agi à ses risques et périls en vue de se procurer un

2139DESBOIS H., *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 1978, 3^e éd., p. 22

2140En ce sens : MACREZ F., *Créations informatiques : Bouleversement des droits de la propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, LexisNexis, Paris, août 2011, coll. CEIPI, p. 355, n° 439

2141Notons qu'il faut encore s'entendre ce que recouvre la notion de domaine public. Pour le Professeur Nicolas BINCTIN, « *le domaine public est défini comme le « régime de libre et gratuite exploitation qui devient applicable aux œuvres littéraires et artistiques, inventions brevetées, dessins et modèles, et marques, à l'expiration du délai pendant lequel leur auteur jouissait du droit exclusif de les exploiter* ». » (BINCTIN N., *Droit de la propriété intellectuelle ; Droit d'auteur, brevet, droits voisins, marques, dessins et modèles*, Paris, L.G.D.J., sous-coll. Droit privé, 4^e éd., septembre 2016, 1040 p. 575, n° 934). Cet auteur adhère à la distinction opérée par les professeurs Michel VIVANT et Jean-Michel BRUGUIÈRE entre le domaine public et le fonds commun. Pour ces auteurs, le fonds commun est plus large que le domaine public, il intègre ce dernier mais, avec en plus, les idées, les créations qui n'ont pas pu accéder à un régime de propriété, et généralement « *tous matériaux ayant vocation à être utilisés dans le cadre d'un processus créatif* » (BINCTIN N., *Droit de la propriété intellectuelle ; Droit d'auteur, brevet, droits voisins, marques, dessins et modèles*, Paris, L.G.D.J., sous-coll. Droit privé, 4^e éd., septembre 2016, 1040 p. 577, n° 936)

2142LEBOIS A., *Quelle protection juridique pour les créations des robots journalistes ?*, Comm. com. électr., janvier 2015, n° 1, étude 2, n° 33

2143T. com., Seine, 1 septembre 1895 : DP 1902, jurispr. p. 405 ; DESBOIS H., *op. cit.*, n° 47 et s.

2144Cass. req., 22 juin 1927, S. 1927, 1, p. 338

avantage personnel. En d'autres termes, l'appauvri « *ne saurait se plaindre que son action ait finalement tourné au profit d'autrui* »²¹⁴⁵. Ainsi, en l'absence de protection contractuelle lors de la diffusion de données, le juge pourra rejeter l'action *de in rem verso* en estimant que, même si l'appauvrissement ne découle d'aucune obligation légale ou contractuelle, l'appauvri a agi à ses risques et périls en vue de se procurer un avantage personnel, acceptant ainsi la possibilité d'une perte²¹⁴⁶.

289. La violation d'un droit exclusif, condition de l'action *de in rem verso* – La Professeure Mélodie COMBOT fait de la violation d'un droit exclusif la condition essentielle de l'enrichissement injustifié. Cette condition vise à réduire le risque d'excès de restitution. En effet, « *si tout fait ou toute information conférant un bénéfice à un tiers est susceptible de restitutions, le risque d'excès de restitutions est particulièrement élevé et ce d'autant plus que le lien entre l'enrichissement et le demandeur est en ces cas assez distendu.* »²¹⁴⁷.

Mais que faut-il entendre par « violation d'un droit exclusif » ? Selon la Professeure Mélodie COMBOT, « *le point clé pour que la condition d'exclusivité soit remplie est que le bien ou l'information puisse être, de manière certaine, reliés au demandeur, et uniquement, à lui* »²¹⁴⁸. Elle inclut notamment dans cette notion de droits exclusifs, le droit de propriété ainsi que les droits de la personnalité. Cette notion de droits exclusifs peut être rapprochée de celle de droit privatif. Or, dans la célèbre décision *Didot Bottin*²¹⁴⁹, les juges parisiens ont évoqué cette notion de « *droit privatif* » auquel donne lieu « *le résultat de toute industrie humaine* », avant d'en limiter la portée en admettant de larges emprunts, à la seule condition que « *l'œuvre composée à grands frais* » ne soit pas « *copiées et démarquée par un concurrent pour être à son profit la source d'un bénéfice commercial* »²¹⁵⁰. En cela, nous retrouvons l'idée irriguant l'action en parasitisme, c'est-à-dire d'éviter la paresse du concurrent, de la personne qui ne fait que reprendre le travail d'autrui.

Cette condition tenant à la violation d'un droit exclusif conduit, par conséquent, à exclure les données se retrouvant dans le domaine public. En effet, il n'y a plus, pour ces données, de droits exclusifs opposable aux tiers²¹⁵¹, l'appauvri ne pouvant donc plus demander

2145SÉRIAUX A., *Droit des obligations*, PUF, Paris, 1998, 2^e éd., p. 329

2146TERRÉ F., SIMLER P., et LEQUETTE Y., *op. cit.*, p. 1065, n° 1070

2147COMBOT M., *op. cit.*, p. 575, n° 556

2148*Loc. cit.*

2149CA Paris, 18 décembre 1924 : DH 1925, p. 30

2150BERNAULT C., *Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Règles générales (CPI, art. L. 112-1 et L. 112-2)*, JurisClasseur Civil Annexes, LexisNexis, Fasc. n° 1135, 15 juillet 2021 (mise à jour : 1^{er} juin 2022 ; actualisé par LEBOIS A.)

2151Sauf en ce qui concerne le droit moral en matière de droit d'auteur.

la restitution ou une indemnisation en raison de l'utilisation de ces données. Sur ce point, nous retrouvons l'idée du Professeur DESBOIS selon laquelle « *l'action de in rem verso serait irrecevable, puisque l'enrichissement et l'appauvrissement corrélatif auraient une juste cause, le libre usage* »²¹⁵².

Finalement, nous constatons qu'il sera, en pratique, difficile d'invoquer l'action *de in rem verso* lorsque les données numériques ont été dévoilées volontairement par le détenteur en vue d'un profit personnel. Si ce dernier ne prévoit aucun mécanisme encadrant l'usage de ses données, il ne pourra pas s'estimer laissé que des tiers les utilisent et en tirent profit. Par ailleurs, quand bien même les conditions de l'action *de in rem verso* seraient réunies, cette action présente des limites qu'il convient de souligner.

B. Les données numériques face aux limites de l'action *de in rem verso*

290. Il ressort principalement deux limites dans l'exercice de l'action *de in rem verso* concernant l'utilisation induite d'une donnée, d'une part, le caractère subsidiaire de l'action et d'autre part, l'application du principe du double plafond.

1. La subsidiarité de l'action *de in rem verso*

291. **Le caractère subsidiaire de l'action *de in rem verso*** – L'action *de in rem verso* ne doit jouer que subsidiairement. Cela ressort explicitement, depuis la réforme du droit des obligations, de l'article 1303-3 du Code civil disposant que « *l'appauvri n'a pas d'action sur ce fondement lorsqu'une autre action lui est ouverte ou se heurte à un obstacle de droit, tel que la prescription* ». Il s'agit d'une condition juridique qui est d'ordre technique et qui est sans doute la plus « nébuleuse de toutes »²¹⁵³. Cela s'explique par la difficulté d'interpréter²¹⁵⁴, d'appréhender cette notion fuyante à tel point qu'un auteur a pu estimer qu'il s'agit d'« *une expression bien ambiguë, qui engendre des flottements jurisprudentiels* »²¹⁵⁵. Un autre auteur s'est demandé, « *si [la jurisprudence] ne s'en [servait] pas, de façon arbitraire, pour ouvrir*

2152 DESBOIS H., *op. cit.*, p. 25, n° 19

2153 POSEZ A., *op. cit.*, p. 188, n° 2

2154 TERRÉ F., SIMLER P., et LEQUETTE Y., *op. cit.*, n° 1073-1

2155 BENABENT A., *Les obligations*, Montchrestien, Paris, 2012, 13^e éd., n° 495

ou fermer l'action sans autre critère que son sentiment de juste »²¹⁵⁶. Bien qu'il soit difficile de cerner précisément cette notion, la doctrine entend conserver le caractère subsidiaire. Elle redoute, en effet, qu'une application trop large ne fasse « sauter la machine »²¹⁵⁷, ou ne se transforme en « une sorte de brûlot capable de faire sauter tout l'édifice juridique »²¹⁵⁸.

Les premières traces de cette condition de subsidiarité peuvent se retrouver dans les écrits du juriste allemand ZACHARIÄ²¹⁵⁹, traduits par les Professeurs strasbourgeois AURBY et RAU²¹⁶⁰. Ces derniers estimaient que l'action *de in rem verso* était ouverte que si le demandeur ne disposait « d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit »²¹⁶¹. La Cour de cassation a fait siennes les réflexions doctrinales. Ainsi, elle a décidé dans un arrêt du 2 mars 1915 que l'appauvri « ne jouirait, pour obtenir ce qui lui est dû, d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit ». La Cour régulatrice a également ajouté que cette action *de in rem verso* « ne peut être intentée en vue d'échapper aux règles par lesquelles la loi a expressément défini les effets d'un contrat déterminé »²¹⁶². Par la suite, la Haute juridiction a précisé dans un arrêt de 1971 que « l'action fondée sur l'enrichissement sans cause ne peut être admise qu'à défaut de toute autre action ouverte au demandeur ; (...) elle ne peut l'être, notamment, pour suppléer à une autre action que le demandeur ne peut interner par suite d'une prescription, d'une déchéance ou forclusion ou par l'effet de l'autorité de la chose jugée ou parce qu'il ne peut apporter les preuves qu'elle exige ou par suite de toute autre obstacle de droit »²¹⁶³. Ce principe est solidement ancré dans la jurisprudence de la Cour de cassation depuis 1971, qui ne cesse de citer la formule de l'attendu de sa décision 1971²¹⁶⁴. Dans un arrêt en date du 10 janvier 2024, la première chambre civile a rappelé que l'action *de in rem verso* ne peut être invoquée pour pallier les carences d'un plaideur dans l'administration de la preuve de son action principale²¹⁶⁵.

2156 RÉMY P., *Les restitutions dans un système de quasi-contrats : l'expérience française*, in Arrichimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito, 2003, p. 73 et s., n° 23

2157 ESMAIN P. in Travaux de l'Association Henri Capitant, t. IV, 1948, *L'enrichissement sans cause*, Dalloz, 1949, p. 91

2158 ROUAST AL., *Les obligations dont la source n'est ni le contrat ni la faute, Répétitions écrites de droit civil approfondi et comparé*, Les Cours de droit, Paris, 1933-1934, p. 78

2159 ZACHARIÄ K. S., *Handbuch des französischen Zivilrechts*, E. Mohr, Heidelberg, 1837, 4^e éd., t. IV, § 576

2160 AUBRY C. et RAU C., *Cours de droit civil français*, Lagier, Strasbourg, 1844, p. 106

2161 *Id.*, *Cours de droit civil français*, 4^e éd., T. 6, 1873, p. 246

2162 Cass. civ., 2 mars 1915 : DP 1920, 1, 102 ; CAPITANT H., TERRÉ F., LEQUETTE Y. et CHÉNEDÉ F., *op. cit.*, p. 240

2163 Cass. 3^e civ., 29 avril 1971, n° 70-10.415, Bull. civ. 1971, III, n° 277 ; RTD civ., 1971, p. 842, obs. LOUSSOUARN Y.

2164 Cass. 1^{er} civ., 23 juin 2010, n° 09-13.812, Bull. 2010, I, n° 142

2165 Cass. 1^{er} civ., 10 janvier 2024, n° 22-10.278

Pour Maître Alexis POSEZ, « *la subsidiarité de l'action de in rem verso opère comme une règle d'éviction de l'enrichissement sans cause chaque fois que ce fondement général entre en concurrence avec une disposition particulière, que cette éviction soit temporaire ou plus souvent définitive, selon que le droit à répétition subsiste ou non après épuisement de la règle spéciale* »²¹⁶⁶. Aussi, le critère de subsidiarité intervient uniquement en tant que règle de procédure²¹⁶⁷. Par ailleurs, il ressort de la construction prétorienne que ce caractère subsidiaire de l'action est une condition de recevabilité de l'action *de in rem verso*. Cela a pour conséquence principale de limiter davantage le champ d'application de ce quasi-contrat. En pratique, le demandeur devra organiser ses arguments en raison de la conception de l'autorité de la chose jugée ainsi que du principe de concentration des moyens²¹⁶⁸ et se fonder sur l'enrichissement injustifié à titre subsidiaire « *voire infiniment subsidiaire si d'autres moyens répondent déjà à cette qualification* »²¹⁶⁹.

Ainsi, si les données en cause sont incluses dans une base de données ou relèvent du droit d'auteur, l'appauvri ne pourra pas invoquer comme fondement principal l'action *de in rem verso* et cela, en raison de la condition de subsidiarité.

292. **L'articulation avec les actions extracontractuelles** – Reste la question épineuse de savoir si l'enrichissement injustifié peut être invoqué lorsque l'appauvri dispose d'une action extracontractuelle telle que la concurrence déloyale et parasitaire, voire l'action en cas d'atteinte illicite à son secret des affaires. Pour le Professeur Valerio FORTI, la réponse serait *a priori* négative au regard du rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016²¹⁷⁰. Ce rapport précise effectivement que « *cette action ne peut ni servir à contourner les règles d'une action contractuelle, extracontractuelle ou légale dont l'appauvri dispose, ni suppléer une autre action qu'il ne pourrait plus intenter suite à un obstacle de droit, telle une prescription, une déchéance, une forclusion, ou encore en raison de l'autorité de chose jugée* »²¹⁷¹. Cependant, il est possible de douter un tel verdict. En effet, d'une part, le

2166POSEZ A., *op. cit.*, p. 216, n° 35

2167Ibid.

2168Ass. plén., 7 juillet 2006, n° 04-10.672, Bull. civ. Ass. plén., n° 8, D. 2006, p. 2135, n° WEILLER L., JCP G. 2007, II, 10070, note WIEDERKEHR G, RTD civ., 2006, p. 825, obs. PERROT R. : depuis l'arrêt d'Assemblée plénière du 7 juillet 2006, « *il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci.* »

2169POSEZ A., *op. cit.*, p. 218, n° 39

2170FORTI V., *op. cit.*, n° 33

2171Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : JO 11 févr. 2016, n° 0035, texte n° 25, Chapitre III : L'enrichissement injustifié

rapport au Président de la République n'a pas en soi de force normative²¹⁷². Autrement dit, il ne s'agit pas d'une norme, d'un commandement obligatoire et sanctionné. Il peut, toutefois, aider à interpréter l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. D'autre part, la jurisprudence a déjà admis l'action en enrichissement injustifié lorsque l'action principale qui était une action en responsabilité, n'était pas fondée, l'enrichi n'ayant pas commis de faute²¹⁷³. D'autre part, comme le relève le Professeur Cyril GRIMALDI, « *l'enrichissement injustifié n'apparaît pas être subsidiaire par rapport au contrat ou à la responsabilité extracontractuelle dans la mesure où le contrat et la responsabilité extracontractuelle n'ont pas de champ d'application commun avec l'enrichissement* »²¹⁷⁴. Nous retrouvons en partie cette question en droit anglais avec les interrogations sur la qualification de l'action *de in rem verso* en « *restitution* » ou « *unjust enrichment* »²¹⁷⁵. Maître Alexis POSEZ soutient, quant à lui, qu'« *il y aurait probablement lieu d'admettre ce principe de cumul chaque fois que les dispositions spéciales sont prescrites à l'unique fin de protéger la personne de l'appauvri. Ainsi, l'action en responsabilité lorsqu'elle ne suffit pas à désintéresser entièrement la victime, ne saurait avoir raisonnablement pour effet d'empêcher cette dernière de se prévaloir d'un enrichissement sans cause pour l'appauvrissement qui subsisterait après réparation de son préjudice* »²¹⁷⁶. Cependant, la Cour de cassation n'a, à notre connaissance, jamais tranché cette question. Il subsiste donc une incertitude quant à l'articulation entre l'action *de in rem verso* et celles fondées sur la concurrence déloyale et parasitaire ou sur le secret des affaires. Nous sommes d'avis à écarter tout cumul entre ces actions. En effet, les mêmes faits ne peuvent être sanctionnés deux fois, à la fois sur le terrain de la concurrence déloyale et parasitaire ou sur l'atteinte à un secret des affaires et sur celui de l'action *de in rem verso*.

À cet inconvénient notable de la subsidiarité de l'action *de in rem verso* s'ajoute un encadrement strict du montant de l'indemnisation.

2172 THIBIERGE C. et al., *La force normative. Naissance d'un concept*, Bruylant, L.G.D.J., Bruxelles, Paris, 13 octobre 2009, 912 p. ; HACHEZ I., *Balises conceptuelles autour des notions de « source du droit », « force normative » et « soft law »*, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2016.65

2173 V. Cass. 1^{er} civ., 3 juin 1997, n° 95-13.568, Bull. 1997, I, n° 182, p. 122, RTD civ., 1997, obs. MESTRE

2174 GRIMALDI C., *La distinction entre champ d'application et conditions de mise en œuvre d'une norme*, D., 2021, p. 2099 et s.,

2175 KENNEFICK C., *La faute de l'appauvri : comparaisons anglo-françaises sur l'enrichissement injustifié*, RDC, décembre 2015, n°4, p. 962

2176 POSEZ A., *op. cit.*, p. 215, n° 33

2. L'encadrement strict du montant de l'indemnisation

293. Quand bien même, les conditions de l'action *de in rem verso* seraient réunies, l'appauvri ne sera pas toujours indemnisé entièrement de sa perte. En effet, en cette matière, se trouve à s'appliquer le principe du double plafond, c'est-à-dire « *l'indemnité due à l'appauvri ne saurait dépasser le plus faible des sommes représentatives, l'une de l'enrichissement, l'autre de l'appauvrissement* »²¹⁷⁷.

À l'origine, la théorie de l'enrichissement injustifié ne faisait pas référence à ce principe du double plafond. Pour GROTIUS, la seule obligation pour le défendeur consistait à rendre ce qu'il avait reçu avec les fruits en nature²¹⁷⁸. De même, aucune référence à cette règle ne se retrouve dans les écrits de PUDENDORF²¹⁷⁹. C'est la jurisprudence qui a posé ce principe²¹⁸⁰. Ce principe trouve sa source dans l'équité en permettant d'indemniser l'appauvri sans, toutefois, appauvrir l'enrichi²¹⁸¹.

Le principe du double plafond a pour effet de limiter fortement l'attrait de l'action *de in rem verso*. Une telle limitation est critiquable et cela, principalement, sur deux points. D'une part, au regard de la position de la doctrine anglaise²¹⁸², l'appauvrissement n'est pas pris en compte dans le stade de l'évaluation de l'indemnisation de l'appauvri, mais sert uniquement à établir le lien entre l'enrichissement et l'appauvrissement. D'autre part, ce principe du double plafond « *revient à admettre que l'enrichissement n'est injustifié qu'en raison de l'appauvrissement* »²¹⁸³. Néanmoins, ce principe contribue, à ce qu'appelle le Professeur DEMOGUE, la sécurité statique qui protège les possédants²¹⁸⁴.

Mais malgré les critiques à l'encontre du principe du double plafond, celui-ci a été consacré par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 à l'article 1303 du Code civil. Cependant, l'article 1303-4 du Code civil a ajouté qu'« *en cas de mauvaise foi de l'enrichi, l'indemnité due est égale à la plus forte de ces deux valeurs* ». En droit français, la bonne foi étant présumée en vertu de l'article 2274 du Code civil, il reviendra à l'appauvri d'apporter la preuve de la mauvaise foi de l'enrichi. Ainsi, dans l'hypothèse où un tiers pille les données du

2177ROMANI A.-M., *op. cit.*, n° 223

2178GROTIUS H., *De jure belli ac pacis [Le droit de la guerre et de la paix]*, Guillaumin, 1867

2179PUFENDORF S., *Le droit de la nature et des gens*, éd. de Bâle, 1732

2180Cass. 1^{er} civ., 19 janvier 1953, D. 1953, p. 234

2181COMBOT M., *op. cit.*, p. 338, n° 310

2182V. notamment BALL E., *Enrichment at the Claimant's Expense, Attribution Rules in Unjust Enrichment*, Hart Publishing, 2016

2183COMBOT M., *op. cit.*, p. 340, n° 311

2184DEMOGUE R., *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*. éd. Arthur Rousseau, Paris, 1911, p. 125

détenteur et si le détenteur appauvri arrive à apporter la preuve de la mauvaise foi de l'enrichi, le juge pourra fixer l'indemnisation à la plus forte des deux sommes.

Par ailleurs, la faute de l'appauvri n'a pas d'incidence sur la recevabilité de l'action *de in rem verso*, mais elle sera prise en compte dans la fixation du montant de l'indemnisation de l'enrichissement injustifié. Cette solution résulte de l'alinéa 2 de l'article 1303-2 du Code civil disposant que « l'indemnisation peut être modérée par le juge si l'appauvrissement procède d'une faute de l'appauvri ». Pour la Professeure Ciara KENNEFICK, « avec la prise en compte de la faute de l'appauvri, le droit français s'efforce de protéger l'enrichi qui a agi de bonne foi en croyant qu'il pouvait légitimement garder le bénéfice reçu »²¹⁸⁵. Les juges pourront même théoriquement réduire à néant le montant de l'indemnisation en raison de la faute de l'appauvri. Une telle interprétation est confortée par la lecture du rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016²¹⁸⁶. Toutefois, par la formulation de la disposition de l'article 1303-2 précité, il semble que le Législateur ait entendu avant tout sanctionner l'appauvri fautif plutôt que d'instaurer un mécanisme de protection de l'enrichi. Une telle interprétation s'appuie sur l'« omission du concept de préjudice subi par l'enrichi »²¹⁸⁷. En d'autres termes, la faute est prise de manière isolée sans avoir égard au préjudice subi par l'enrichi. Toutefois, la question se pose de l'incidence de la simple négligence de l'appauvri. Autrement dit, faut-il considérer que toute faute de l'appauvri doit entraîner *de facto* une diminution de son indemnisation ? Avant la réforme de 2016, il existait un flottement quant à savoir si la faute simple pouvait ou non avoir pour conséquence le rejet de l'action *de in rem verso*. Il était possible d'observer qu'en général, la faute simple de l'appauvri n'était pas suffisante pour rendre irrecevable sa demande. Depuis la réforme, l'article 1303-2 du Code civil ne distingue pas en fonction de la nature de la faute. Ainsi, au regard de l'adage *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, la faute simple pourra être prise en compte par le juge lors de la fixation du montant de l'indemnisation. Ainsi, la chambre commerciale de la Cour de cassation a estimé dans un arrêt du 21 mars 2018 qu'une faute simple suffisait pour priver l'appauvri de l'action *de in rem verso*²¹⁸⁸. Toutefois, un mois après, la première chambre civile de la Cour de cassation a considéré, dans son arrêt du 5 avril 2018²¹⁸⁹, que « si le fait d'avoir commis une imprudence ou une négligence ne prive pas de son recours fondé sur l'enrichissement sans cause celui

2185KENNEFICK C., *op. cit.*, p. 962

2186V. en ce sens : CHANTEPIE G. et LATINA M., *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, Paris, 2016, p. 650, n° 752

2187KENNEFICK C., *op. cit.*, p. 968

2188Cass. com., 21 mars 2018, n° 16-18.202, JurisData n° 2018-004234 ; RTD civ., 2018, 978, note CAYROL N. ; JCP G. 2018, doct. 877, note BILLIAU M.

2189Cass. 1^{er} civ., 5 avril 2018, n° 17-12.595, FS-P+B

qui, en s'appauvrissant, a enrichi autrui, l'action de *in rem verso* ne peut aboutir lorsque l'appauvrissement est dû à la faute lourde ou intentionnelle de l'appauvri ». Autrement dit, la faute simple ne conduit pas à l'irrecevabilité de la demande fondée sur l'action de *in rem verso*. À l'inverse, cette action est écartée en cas de faute lourde ou intentionnelle de l'appauvri. La solution de la première civile est louable. La faute simple de l'appauvri ne devrait pas conduire au rejet de sa demande, mais simplement à une diminution du montant de l'indemnisation.

294. **Conclusion de la section 2** – Il convient pour finir de souligner que la jurisprudence se montre réticente à appliquer le fondement de l'enrichissement injustifié ce qui explique le peu de décisions et empêche d'approfondir pleinement l'analyse de l'application de l'action de *in rem verso* aux données numériques. Par ailleurs, comme l'avait fait remarquer le Professeur Pierre-Yves GAUTIER, « le quasi-contrat procède d'un mouvement objectif de patrimoine à patrimoine, alors qu'ici on baigne dans la faute subjective »²¹⁹⁰ retenue à l'encontre du contrevenant.

Finalement, au regard des contraintes inhérentes à l'action de *in rem verso*, il existe peu d'hypothèses où celle-ci pourra servir pour le détenteur à se réserver l'utilité de ses données. Nous pouvons, toutefois, mentionner à titre d'exemple l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 8 novembre 1963²¹⁹¹. En l'espèce, un salarié mit au point une invention non brevetée en dehors de ses heures de travail. Son employeur l'utilisa à son profit. Le salarié intenta alors une action de *in rem verso* à l'encontre de ce dernier. Il estimait que l'employeur s'était enrichi à ses dépens en utilisant son invention. Les juges parisiens ont fait droit à sa demande. Ils ont considéré qu'« il apparaît [...] équitable que [le salarié] bénéficie pour l'appauvrissement qu'il a subi, d'une partie de l'enrichissement qu'il a ainsi procuré à son employeur ». Nous estimons que cette solution pourra trouver à s'appliquer dans l'hypothèse de l'employeur utilisant les données créées par son salarié, en dehors de ses heures de travail ou encore, dans celle d'un membre d'une *joint-venture* qui utilise les données créées par un autre membre, en dehors du cadre de la collaboration. Toujours est-il que cette action possède un champ d'application restreint. De surcroît, quand bien même celle-ci trouverait à s'appliquer le principe du double plafond limite grandement son intérêt. L'indemnisation ne présente pas suffisamment d'effet dissuasif, si ce n'est qu'en cas de mauvaise foi de l'enrichi.

2190GAUTIER P.-Y., *Fonction normative de la responsabilité : le contrefacteur peut être condamné à verser au créancier une indemnité contractuelle par équivalent*, D., 2008, p. 727 et s.

2191CA Paris, 8 novembre 1963, Ann. 1964, note MATHÉLY P.

Conclusion du chapitre 2

295. Note analyse visait à déterminer si la réservation des utilités des données pouvait résulter d'obligations extracontractuelles et à vérifier l'efficacité d'une telle réservation. Pour ce faire, nous avons mené une étude approfondie de la responsabilité civile de l'article 1240 du Code civil ainsi que des règles issues de la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 et d'un quasi-contrat, l'enrichissement injustifié, ce dernier pouvant être analysé comme une action en revendication de la valeur appartenant à l'appauvri.

296. **Action en concurrence déloyale et parasitaire : un outil de réservation aux effets limités** – Il est indéniable que la réservation de données, lorsqu'elle trouve son fondement dans des obligations extracontractuelles, se distingue fondamentalement de celle qui découle du droit de propriété, leur finalité étant radicalement différente²¹⁹². En effet, comme l'ont justement souligné des auteurs, le « *droit de la concurrence déloyale a [...] un objet fonctionnel, en ce qu'il se concentre sur le maintien d'une concurrence loyale et non faussée, et non une conception purement individuelle, c'est-à-dire la protection des droits subjectifs des concurrents* »²¹⁹³. En d'autres termes, la concurrence déloyale et parasitaire a pour objet, non pas de sanctionner une atteinte à un droit privatif, mais de réparer un dommage causé par une faute. La responsabilité civile entraîne l'établissement d'une relation personnelle entre la victime et le responsable, et non pas un rapport *in rem* entre le détenteur victime et ses données. Aussi, la responsabilité suppose-t-elle la réunion de la preuve d'un fait générateur de responsabilité, d'un préjudice et d'un lien de causalité alors qu'une telle n'est pas le cas en matière de propriété. Le Professeur François Xavier TESTU estimait, effectivement, que « *ma protection, en tant que titulaire d'un droit de propriété, est une protection inconditionnée* »²¹⁹⁴. En outre, il existe une différence fondamentale entre l'action en concurrence déloyale et parasitaire et le droit de propriété. Tandis que la première est fondée sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, la seconde est fondée sur le principe d'interdiction²¹⁹⁵. Toujours est-il que la concurrence déloyale et parasitaire, et plus

2192POLLAUD-DULIAN F., *De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires*, RTD Com., 1997, p. 349 et s : pour qui « *l'action en concurrence déloyale ne saurait servir qu'à sanctionner une faute. Sa nature et son objet n'en font pas un instrument d'appropriation ou de « réservation* » ».

2193BENHAMOU Y. et DE WERRA J., *op. cit.*, p. 188

2194TESTU F. X., *Responsabilité civile et propriété des idées en matière de brevets et de savoir-faire*, Responsabilité civile et assurances, mai 2017, Dossier 8, p. 40

2195V. IZORCHE M.-L., *op. cit.*, p. 17 et s.

particulièrement le parasitisme, peut constituer un moyen pour le détenteur de se réserver, à défaut de droit de propriété intellectuelle, la valeur de ses données, c'est-à-dire leurs utilités. Nous avons, toutefois, pu relever les faiblesses de cette réservation *ex post*. Les sanctions prévues en cas de violation de la réservation des données s'avèrent insuffisamment dissuasives, en particulier lorsque l'atteinte est motivée par un but lucratif, le principe de la réparation intégrale du préjudice ne constituant pas un obstacle suffisant à de tels comportements. Autrement dit, les tiers ne seront pas dissuadés de porter atteinte à cette réservation dès lors que leurs stratégies conduisent à la réalisation d'un gain ou d'une économie plus importante que le montant des dommages et intérêts²¹⁹⁶.

Nous devons, toutefois, reconnaître que la concurrence déloyale et parasitaire peut être vue comme un « *laboratoire de la propriété intellectuelle* »²¹⁹⁷. Le droit *sui generis* des producteurs de bases de données offre un exemple particulièrement révélateur. Initialement, avant ce droit, le producteur de bases de données non originales pouvait trouver une protection par le biais de la concurrence déloyale et parasitaire. Cette logique de la concurrence déloyale et parasitaire est d'ailleurs intrinsèque à la directive 96/9/CE du 11 mars 1996²¹⁹⁸.

297. Le secret des affaires : une « quasi-propriété » des données numériques non divulguées – Le secret des affaires vient compléter l'arsenal juridique destiné à se réserver les données numériques, aux côtés de la concurrence déloyale et parasitaire. Dans le cadre de notre étude, nous avons pu constater que le secret des affaires est un moyen opportun pour se réserver des données numériques. Les conditions posées à l'article L. 151-1 du Code de commerce se révèlent suffisamment souples pour appréhender de nouveaux actifs tels que les données numériques. Bien qu'explicitement écartée par la directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 toute idée de droit exclusif sur les informations non divulguées²¹⁹⁹, force est de reconnaître qu'il s'agit d'une protection que nous pouvons qualifier de « *quasi-propriétaire* ». En effet, comme l'avait relevé le Professeur Alain STROWEL, il existe une « *forme d'« objectivisation » de la protection* »²²⁰⁰ l'éloignant de la responsabilité extracontractuelle et la rapprochant davantage de l'action en contrefaçon. Cette forme d'« objectivisation » est perceptible dans les mesures pouvant être ordonnées à l'encontre des « *biens en infraction* »,

2196V. en ce sens : SICHEL L., *op. cit.*, n° 551

2197BENHAMOU Y. et DE WERRA J., *op. cit.*, p. 206

2198V. cons. 42 de la directive 96/9/CE du 11 mars 1996

2199V. cons. 16 de la directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016

2200STROWEL A., *Les données : des ressources en quête de propriété*, in : Law, Norms and Freedoms in Cyberspace – Droit, normes et libertés dans le cybermonde. Liber amicorum Yves Poullet, Larcier, Bruxelles, 2018, p. 251-268, spéc. p. 266

c'est-à-dire, selon le Législateur européen, des biens dont le dessin ou modèle, les caractéristiques, le fonctionnement, le procédé de production ou la commercialisation bénéficient de manière significative de secrets des affaires obtenus, utilisés ou divulgués de façon illicite. Ne sommes-nous donc pas en présence d'une reconnaissance subreptice d'une « *quasi-propriété* » des données numériques non divulguées ?

De plus, les mesures pouvant être prises en cas d'atteinte au secret se révèlent rapides, et efficaces dans les différends intra-européens. En effet, en vertu de l'article 39 de règlement Bruxelles I *bis*, la décision du juge français jouit de la force exécutoire dans les autres États membres sans passer par une procédure d'*exequatur*. À l'inverse, des difficultés dans l'exécution des mesures pourront s'observer lors de contentieux extra-européens. Ce sera notamment le cas lorsque le serveur litigieux ou le contrevenant ne sont pas dans un pays de l'Union européenne. Pour avoir force exécutoire, les mesures prises par le juge français devront faire l'objet d'une procédure d'*exequatur*. Dans ce cas, le risque réside dans le refus du juge étranger de délivrer cet *exequatur*.

298. L'action *de in rem verso* : une voie limitée pour la protection des données et de leurs utilités – Nous avons ensuite étudié la possibilité de se fonder sur l'action *de in rem verso*. L'enrichissement injustifié présente un intérêt particulier pour notre étude, car il offre un cadre juridique pour revendiquer la valeur acquise sans droit²²⁰¹ ou encore pour protéger le patrimoine²²⁰². La valeur des données réside dans leurs utilités pour le détenteur. Aussi, nous nous sommes demandé si l'enrichissement injustifié pouvait constituer un mécanisme de protection des utilités des données. Le premier constat est que, malgré son ancienneté, peu de décisions ont été prises sur le fondement de l'action *de in rem verso*. Cela s'explique pour deux raisons. La première tient au caractère subsidiaire de l'action. La seconde raison réside dans l'appréciation stricte des conditions d'application de l'action *de in rem verso* par la jurisprudence. Néanmoins, nous avons pu relever deux cas où cette action semble propice : lorsque l'employeur utilise les données créées par son salarié, en dehors de ses heures de travail et lorsqu'un membre d'une *joint-venture* use de données créées en dehors du cadre de la collaboration par un autre membre.

Reste la question débattue de l'articulation de l'action *de in rem verso* avec les actions extracontractuelles notamment l'action en concurrence déloyale et parasitaire. Le cumul de ces deux fondements semble devoir être écarté. Une telle interprétation se fonde sur le rapport

2201BECQUET S., *op. cit.*, p. 428, n° 173

2202MAURY J., *op. cit.* ; JOUGLEUX P., *op. cit.*, p. 229.

au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016²²⁰³. À l'inverse, un auteur a estimé que l'action *de in rem verso* n'était pas subsidiaire par rapport à la responsabilité extracontractuelle²²⁰⁴. Dès lors, un cumul entre ces deux actions se révèle envisageable. Toutefois, à notre connaissance, la Cour de cassation n'a pas tranché cette question. Toujours est-il que le cumul entre l'action *de in rem verso* et l'action en concurrence déloyale et parasitaire aurait pour conséquence de renforcer l'effet de « réservation » pour le détenteur des utilités des données et de dissuader les tiers d'en porter atteinte.

2203V. en ce sens : FORTI V., *Enrichissement injustifié. – Conditions juridiques*, JurisClasseur Civil Code, LexisNexis, Fasc. n° 20, 2 juin 2016 (mise à jour : 27 novembre 2018)

2204GRIMALDI C., *op. cit.*, p. 2099 et s.,

CONCLUSION DU TITRE II

299. Dans le cadre du présent titre, nous avons eu pour but de relever les principaux mécanismes du droit commun pouvant être employés par le détenteur de données pour se réserver les utilités de ses données.

300. **Le contrat : un outil de réservation des données numériques, incontournable mais imparfait** – Le premier mécanisme de réservation des utilités des données correspond au contrat. Le contrat est un instrument traditionnel d'échanges économiques et d'organisation dans la vie des affaires. Il s'agit d'un outil malléable forgé en fonction des intérêts des parties. Parmi ces intérêts, la volonté de se réserver l'utilité de ses données peut se traduire par des clauses contractuelles dites de comportement comme la clause de confidentialité, ou encore de non-usage. Par ailleurs, le contrat est devenu un outil incontournable dans l'environnement numérique. L'accès à un site Internet conduit effectivement l'internaute à accepter les conditions générales d'utilisation. Dans ses conditions générales, le titulaire du site peut organiser une réservation efficace de ses données non personnelles. De surcroît, le fait que l'accès aux sites Internet soit soumis à l'acceptation des conditions générales d'utilisation conduit à ce que *« les droits créés par ces contrats sont extrêmement similaires si pas identiques à des droits erga omnes et que l'on peut les considérer comme de la législation privée »*²²⁰⁵. Le contrat permet, par conséquent, une réservation *ex ante* des utilités des données numériques du détenteur. Néanmoins, cette réservation permise par l'outil contractuel connaît des limites que nous avons relevées. En cela, le contrat est, certes, un outil incontournable dans la réservation des utilités des données pour le détenteur, mais ce n'est pas un outil infaillible.

301. **Le parasitisme : une réservation des données *ex post* limitée** – À défaut de relation contractuelle, une réservation des utilités des données s'observe par le biais de l'action en concurrence déloyale et parasitaire, et plus particulièrement, par le parasitisme. Ce dernier constitue une limite à la copie servile de données numériques d'autrui. Le parasitisme sanctionne la paresse dans la reprise d'une valeur économique identifiée et individualisée. Cette valeur économique peut résider dans les utilités que recouvrent les données. L'action en

2205 DERCLAYE E., *Une analyse économique de la protection contractuelle des bases de données*, Reflets et perspectives de la vie économique, 2006/4 (Tome XLV), p. 60

concurrence déloyale et parasitaire conduit donc à une « *maîtrise de type privatif* »²²⁰⁶ des utilités des données numériques. Cependant, il s'agit d'une réservation *ex post*. Autrement dit, cet effet de réservation ne s'observe qu'après l'intervention du juge. Par ailleurs, les sanctions encourues au titre de la concurrence déloyale et parasitaire ne sont pas suffisamment dissuasives en présence de fautes dites lucratives. Dans de telles hypothèses, malgré le prononcé de dommages et intérêts, le contrevenant pourra conserver des profits. Ce dernier pourra alors voir dans l'indemnisation une simple transaction économique affaiblissant, par là même, la fonction normative de la responsabilité civile²²⁰⁷.

302. **Le secret des affaires : un outil de réservation adapté aux données confidentielles**

– Au sein de la responsabilité extracontractuelle, des règles spéciales ont été établies dans le cadre d'atteintes illicites aux secrets des affaires. Nous avons constaté que le secret des affaires est un instrument adapté à la réservation des utilités des données confidentielles. Rapide et efficace dans le cadre de contentieux intra-européens, cette protection peut, toutefois, se révéler alanguie et impuissante dans le cadre de différends extra-européens. En effet, il sera nécessaire pour le détenteur des données confidentielles d'obtenir l'*exequatur* auprès du juge étranger.

303. **L'action *de in rem verso* : un instrument marginal de réservation des utilités des données**

– Enfin, à côté de la responsabilité extracontractuelle, nous avons analysé la possibilité d'employer l'action *de in rem verso* comme un instrument de réservation des utilités des données. Nous avons constaté que les conditions d'application de l'enrichissement injustifié sont interprétées strictement par la jurisprudence. Certes, les conditions d'enrichissement et d'appauvrissement peuvent facilement être caractérisées lors de l'utilisation par un tiers des données du détenteur. En effet, l'enrichissement pourra consister en une forme d'économie réalisée dans la « création », la production de données. L'appauvrissement correspondra, quant à lui, à la perte de valeur des données en ce que le détenteur ne pourra plus obtenir des tiers une contrepartie financière si un accès à ces données leur est offert à un moindre coût. Cependant, nous avons relevé qu'au regard de l'article 1303-

2206REVET T., *La force de travail : Étude juridique*, Litec, Paris, 1992, n° 572 – Dans le même sens, v. MOUSSERON J.-M., RAYNARD J. et REVET T., *op. cit.*, p. 295

2207FOURNIER DE CROUY N., *Consécration de la faute lucrative en droit commun : pourquoi ne dit-elle pas son nom ? Regard porté sur la constitutionnalité et l'efficacité de l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile*, LPA, 8 novembre 2017, n° 223, p. 5 : pour qui, la faute lucrative existerait non « pas en raison des limites inhérentes à la fonction indemnitaire de la responsabilité civile, mais plutôt en raison du désintérêt, du silence de la fonction normative de la responsabilité civile au regard du profit illicite retiré par l'auteur d'un délit civil »

2 du Code civil, l'action *de in rem verso* risque d'être écartée lorsque c'est le détenteur qui a diffusé ses données sur Internet sans aucune protection contractuelle. Le juge pourra effectivement estimer que le détenteur ne saurait se plaindre qu'un tiers use de ses données qu'il a laissées à disposition de tous sur Internet sans avoir pris le soin d'encadrer contractuelle les réutilisations possibles. Toujours est-il que l'action *de in rem verso* sera applicable dans des situations marginales. Cependant, dans ces hypothèses, le détenteur ne pourra uniquement se voir octroyer qu'une indemnisation limitée par le principe du double plafond. Or, le détenteur entend principalement faire cesser toute utilisation non voulue de ses données. Tout cela nous conduit à conclure que le mécanisme de l'enrichissement injustifié reste guère adapté pour produire un effet de réservation des utilités des données numériques.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

304. Dans cette première partie, notre étude a visé à recenser les différents mécanismes connus dans notre droit qui produisent un effet de réservation des utilités des données numériques. Les contraintes inhérentes à cet exercice nous ont amené à concentrer notre analyse sur deux axes principaux : un premier fondé sur la propriété intellectuelle, un second sur le droit commun, c'est-à-dire le droit des obligations.

305. Le premier titre a été consacré à la propriété intellectuelle qui est vue comme un « *mécanisme de réservation de marché* »²²⁰⁸. Les propriétés intellectuelles appréhendent les biens immatériels, des « créations » de l'être humain. Ils conduisent, au profit de leur titulaire, à une réservation de certaines utilités économiques de leur « création »²²⁰⁹. Aussi, est-il logique que notre étude s'oriente en premier lieu vers ces droits afin de vérifier si la donnée numérique, élément immatériel, est pleinement saisie par la propriété intellectuelle. Pour ce faire, nous avons étudié les deux grandes branches de la propriété intellectuelle : le droit d'auteur²²¹⁰ et le droit des brevets. Cette analyse nous a conduits à conclure qu'aucun droit de propriété intellectuelle n'offre une base convaincante ou complète pour la réservation des utilités des données numériques. Ainsi, par exemple, le droit d'auteur n'appréhende pas les données numériques brutes faute d'empreinte de la personnalité de l'auteur. De même, la donnée numérique en soi ne peut être qualifiée d'invention au sens du droit des brevets à défaut de caractère technique. Nous avons, toutefois, relevé une réservation détournée dans le cadre de données structurées c'est-à-dire les bases de données avec le droit *sui generis* des producteurs de base de données. Cette réservation reste imparfaite puisque ce droit *sui generis* vise principalement à protéger l'investissement dans l'obtention, la vérification ou la présentation du contenu d'une base de données et non pas celle dans la création des données. De même, ce droit reste indifférent aux utilisations subséquentes des données incluses dans la base. Enfin, il est important de souligner que si les droits de propriété intellectuelle confèrent une réservation de certaines utilités des « créations », ils ne constituent pas un obstacle à l'accès pour les tiers des créations sur un plan intellectuel.

2208BRUGUIÈRE J.-M., *Brefs propos introductifs*, in La propriété intellectuelle dans les droits du marché et de la rivalité concurrentielle (sous-dir. BRUGUIÈRE J.-M.), Dalloz, Paris, 16 novembre 2016, p. 1

2209V. en ce sens : VIVANT M., *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 E., 1993, 251

2210Nous avons également abordé l'un des droits voisins du droit d'auteur, le droit *sui generis* du producteur de base de données.

306. Dans le second titre, nous avons recherché si, en dehors des droits de propriété intellectuelle, des mécanismes du droit commun conduisaient à une réservation des utilités des données numériques. Il s'agit du droit des contrats et de la responsabilité extracontractuelle qui sont vus comme des « *modes de réservations de droit commun des valeurs immatérielles nouvelles* »²²¹¹.

Notre étude s'est attaché tout d'abord à examiner le contrat, outil incontournable dans l'environnement numérique. En effet, l'accès à un site Internet implique l'acceptation des conditions générales d'utilisation. L'outil contractuel offre une réelle réservation *ex ante* des utilités des données. Cela s'observe notamment dans le cadre des clauses dites de comportements. Le contrat appréhende aussi bien les données au plan syntaxique que sémantique à la différence des droits de propriété intellectuelle qui les appréhendent uniquement au niveau syntaxique. Néanmoins, son efficacité est conditionnée à la qualité rédactionnelle. Par ailleurs, notre analyse a révélé les limites inhérentes à cet outil, telles que l'effet *inter partes* ou encore les difficultés liées à l'exécution forcée.

En dehors du cadre contractuel, nous avons constaté que l'action en concurrence déloyale et parasitaire pouvait constituer une réservation *ex post* des utilités des données numériques. C'est principalement sous l'angle du parasitisme que s'exerce cet effet de réservation. Cependant, ce mécanisme de réservation présente des faiblesses inhérentes à la responsabilité civile. Ainsi, par exemple, le calcul des dommages et intérêts, calqué sur le préjudice subi par la victime, ne permet pas de prendre en compte pleinement les conséquences économiques des fautes lucratives. De plus, l'estimation de ce préjudice peut se révéler ardue, et en particulier, pour le préjudice économique. Par ailleurs, malgré les dommages et intérêts, le responsable peut conserver une marge bénéficiaire suffisante pour qu'il n'ait aucune raison de ne pas commettre les faits²²¹².

À côté de l'action en concurrence déloyale et parasitaire, il ressort de notre étude que le secret peut être un mécanisme efficace dans la réservation des utilités des données. Néanmoins, notre analyse a mis en évidence les difficultés que peut rencontrer le détenteur dans l'application des mesures liées à la cessation de l'atteinte au secret lorsqu'il existe des éléments d'extranéité.

2211 MOUSSERON J.-M., RAYNARD J. et REVET T., *De la propriété comme modèle*, in Mélanges offerts à André Colomer, Paris (France), Litec, 1993, p. 282

2212 V. en ce sens : STARK B., ROLAND H. et BOYER L., *Obligations, 1. Responsabilité délictuelle*, Litec, Paris, 1996, 5^e éd., spéc. n° 1335

Enfin, nous avons examiné la question de savoir si l'action *de in rem verso* pouvait conduire à une réservation des utilités des données numériques. Notre étude a souligné le caractère exceptionnel du recours à cette action, qui ne peut être envisagé que dans des hypothèses particulières. Par ailleurs, l'action *de in rem verso*, si elle est admise, ne pourra conduire qu'à une indemnisation limitée, conformément au principe du double plafond. Une telle solution ne peut satisfaire pleinement le détenteur. En effet, celui-ci aspire, en réalité, à une réservation effective de ses données numériques, plutôt qu'à une simple réparation pécuniaire de son préjudice subi.

Nous avons finalement constaté l'existence d'une variété de mécanismes hors de la propriété intellectuelle. Ces mécanismes permettent pour le détenteur de données de se réserver en partie les utilités de ses données. Cette réservation a lieu soit *ex ante* soit *ex post*. Ainsi, il n'existe pas à proprement parler de « vide juridique » concernant la réservation des utilités des données. Néanmoins, tous ces mécanismes présentent des limites, tantôt par rapport à leur champ d'application comme en matière de secret des affaires qui ne peut porter que sur des données confidentielles, tantôt par rapport à l'efficacité de la réservation comme en matière de parasitisme. Aussi, avec le développement du marché des données et de l'industrie dite 4.0, l'idée d'une « appropriation » des données s'est fait jour notamment au niveau de la Commission européenne qui l'avait évoquée le 6 mai 2015 et le 10 janvier 2017²²¹³. Aussi, nous nous proposons d'examiner la possibilité d'ériger un droit de propriété sur les données numériques. Cette hypothèse fera l'objet de notre seconde partie.

²²¹³Commission européenne, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Stratégie pour un marché unique numérique en Europe*, {SWD(2015) 100 final}, Bruxelles, 6 mai 2015, COM(2015) 192 final ; *id.*, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Créer une économie européenne fondée sur les données*, {SWD(2017) 2 final}, Bruxelles, 10 janvier 2017, COM(2017) 9 final).

SECONDE PARTIE.

**RÉFLEXIONS *DE LEGE FERENDA* SUR L'INSTAURATION
D'UN DROIT DE PROPRIÉTÉ DES DONNÉES NUMÉRIQUES**

307. Tel que l'a souligné le Professeur François-Xavier LUCAS dans ses recherches, « *il est banal de rappeler que notre droit et les concepts qu'il véhicule ont été conçus « pour appréhender le réel » et qu'ils ne se prêtent pas toujours bien au traitement de ces actifs immatériels, [...]. Pourtant, c'est bien la règle de droit et à celui qui la manie qu'il revient de faire le départ, entre les différentes valeurs qu'on nous offre à voir, pour identifier celles qui, étant susceptibles d'appropriation, sont des biens et pour préciser le régime qui va leur être applicable* »²²¹⁴. Il est indéniable que les données, bien qu'immatérielles, structurent désormais tous les aspects de notre vie quotidienne. Elles sont « réelles » bien qu'immatérielles. La mise en place d'un marché unique des données est une manifestation tangible de ce phénomène. Les données, devenues de nouveaux actifs immatériels, ne sont-elles pas en passe d'être appropriées ?

308. Dans la première partie de notre analyse, nous avons constaté qu'il n'existe pas, actuellement, de droits privatifs sur la donnée en tant que telle. La propriété intellectuelle ne l'appréhende qu'imparfaitement sous l'aspect de données structurées c'est-à-dire de bases de données. Toutefois, des palliatifs à l'absence de droits privatifs ont pu être relevés dans notre étude tels que le contrat ou encore la responsabilité extracontractuelle. Ces mécanismes conduisent à une réservation *ex ante* ou *ex post* des utilités des données. Néanmoins, ces palliatifs présentent tous des limites que nous avons relevées. Ils ont pour principal défaut l'absence d'opposabilité *erga omnes* et peinent à offrir une exclusivité au détenteur.

Partant, il est tentant de vouloir instaurer un véritable droit de propriété sur les données numériques c'est-à-dire les données non personnelles. Le droit de propriété ne vise-t-il pas, effectivement, à satisfaire « *la tendance naturelle à l'appropriation individuelle* »²²¹⁵ ? Cette idée atteste, s'il en était nécessaire, de la prééminence du droit de propriété dans nos représentations. La fascination pour le droit de propriété s'observe dans la propension à utiliser de manière abusive la notion de propriété. Tel est le cas en droit commercial avec l'expression « propriété commerciale » pour désigner le statut des baux commerciaux. La reconnaissance d'un droit de propriété sur les données numériques constituera le symbole de cette extension irrépressible de l'appropriation. Cependant, cette aspiration à s'approprier de

2214 LUCAS F.-X., *La revendication des biens immatériels à l'occasion d'une procédure collective. Contribution à l'étude de la distribution de saisie collective*, in Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, LexisNexis, Paris, 2014, p. 533

2215 GORE M., *L'évolution et la diversification du droit de propriété*, Fondation pour le droit continental, 2014, p. 2, disponible [en ligne] : https://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2014/01/table_ronde_2.pdf (consulté le 14/09/2024)

nouveaux actifs immatériels est un phénomène ancien. Un débat similaire avait déjà eu lieu pour l'information²²¹⁶ (**Titre I**). Par ailleurs, l'aspiration à un droit de propriété sur les données numériques doit être conciliée avec la politique d'amélioration de l'accès aux données ayant notamment conduit à l'adoption du *Data Act* (**Titre II**).

Titre I. – La tentation d'un droit de propriété sur la donnée numérique

Titre II. – Le droit de propriété sur les données numériques face à l'impératif d'accès aux données

2216V. notamment LECLERCQ, P., *Essai sur le statut juridique des informations*, in Les flux transfrontières de données : vers une économie internationale de l'information ? (sous-dir. Alain Madec), La Documentation française, Paris, 1982, pp. 119 et s., CATALA P., *La « propriété » de l'information*, in Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Dalloz-Sirey, Paris, 1985, pp. 97 et s. ; GALLOUX J.-C., *Ébauche d'une définition juridique de l'information*, D., 1^{er} septembre 1994, p. 229 ; CATALA P., *La propriété de l'information*, in Mélanges P. Raynaud, Paris, Dalloz, n° 29, 1985, p. 97 ; CHAMOIX J.-P. (sous-dir.), *L'appropriation de l'information*, Litec, Paris, coll. Droit & Informatique, février 1986, 184 p. ; VIVANT M., *An 2000 : approprier l'information ?*, in Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst, Paris, Litec, 1997, p.651-665 ; CATALA P., *Ébauche d'une théorie juridique de l'information*, in Le droit à l'épreuve du numérique, Jus ex Machina, Paris, PUF, coll. « Droit, Éthique, Société », 1998, p. 224-244 ; DARAGON É., *Étude sur le statut juridique de l'information*, D., 12 février 1998, n° 7, p. 63 ; CATALA P., *L'immatériel et la propriété*, Arch. phil. dr., 1999, n° 43, p. 61-63 ; MALLET-POUJOL N., *Appropriation de l'information : l'éternelle chimère*, D., n° 38, 1997, p. 330 ; PASSAJ., *La propriété de l'information : un malentendu ?*, Dr. & Patr., 1^{er} mars 2001, n° 91, p. 64 et s. ; VIVANT M., *La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle*, Revue Internationale de Droit Économique, 2006, n° 4, t. XX, p. 361-388 ; HANCE O., *L'information et le droit : la question du statut juridique de l'information*, RLDI, 1 octobre 2011, n° 75, p. 66-75 ; JOUVE S., *La Code de la propriété intellectuelle comme fondement de l'appropriation de l'information par l'entreprise de communication ?*, Légicom, 10 janvier 2013, n° 49, p. 9 ; BINCTIN N., *Le statut juridique des informations non appropriées*, Légicom, 2013, vol. 49, n° 1, p. 29-40 ; CASTETS-RENARD C., *La liberté contractuelle et la réservation de l'information des bases de données non protégées devant la CJUE*, RLDI, 1^{er} mars 2015, n° 113, p. 8-11 ; CARRE S., *Libre circulation des données, propriété et droit à l'information : à propos du règlement (UE) 2018/1807 du 14 novembre 2018*, Dalloz IP/IT, 16 avril 2020, n° 4, p. 228

TITRE I. LA TENTATION D'UN DROIT DE PROPRIÉTÉ SUR LA DONNÉE NUMÉRIQUE

309. Nous avons constaté que le champ de la propriété intellectuelle est limité à certaines catégories précises de biens informationnels. Ce faisant, des créations en sont exclues. Tel est le cas des données numériques brutes qui ne peuvent pas prétendre à la protection au titre du droit d'auteur ou du droit des brevets. Il n'est, par ailleurs, pas possible d'étendre cette sphère de réservation privative offerte par la propriété intellectuelle ou d'en créer une par le jeu de clauses contractuelle. Néanmoins, nous avons pu constater, dans notre première partie, l'existence de « palliatifs » issus du droit commun qui permettent d'organiser pour le détenteur une forme de réservation des utilités des données numériques. Cependant, tous ces mécanismes du droit commun souffrent de limites et ne conduisent pas, à proprement parler, à une réservation privative de la donnée numérique. Aussi, l'idée d'une appropriation des données numériques a émergée. La propriété est perçue, en effet, comme l'instrument offrant au propriétaire une emprise totale sur la bien. Autrement dit, par ce droit, le propriétaire dispose d'un pouvoir souverain sur son bien.

310. **Plan** – L'idée sous-jacente à l'appropriation des données numériques est de conserver un pouvoir décisionnel sur les utilisations des données. Cette tendance s'inscrit dans une dynamique d'extension de la sphère de la propriété. Cette volonté d'appropriation de nouveaux actifs immatériels n'est, toutefois, pas inédite (**Chapitre 1^{er}**). Néanmoins, cette idée soulève la question de savoir si le droit de propriété doit nécessairement appréhender toutes les formes de valeur économique, notamment celles liées aux données numériques. Cela nous conduit à apprécier la pertinence d'un droit de propriété sur les données numériques (**Chapitre 2**).

Chapitre 1^{er}. – La volonté croissante d'appropriation d'éléments informationnels

Chapitre 2^e. – La difficile consécration d'un droit de propriété sur les données numériques

Chapitre 1^{er}. La volonté croissante d'appropriation d'éléments informationnels

311. Il est patent que cette volonté d'appropriation s'inscrit dans un mouvement plus large de réservation privative de « « *petite[s] monnaie[s]* » de la création »²²¹⁷, des éléments purement informationnels, dont les données numériques constituent la dernière incarnation (**Section 1**). Ainsi, par exemple, dans le cadre d'une étude européenne relative à la protection des données de télédétection, il avait été suggéré l'instauration d'un régime spécial pour les informations numérisées²²¹⁸. Nous retrouvons également cette volonté de s'approprier des éléments purement informationnels dans le débat sur le vol d'informations et de données (**Section 2**).

Section 1. Des velléités d'appropriation de certains éléments informationnels

312. Notre étude ne peut se dispenser d'une analyse critique de la fameuse proposition de loi sur les créations réservées, dont les implications théoriques et pratiques méritent d'être approfondies. Cette proposition constitue un symptôme de la remise en question profonde du concept de propriété. Elle est l'illustration parfaite d'une « *décadence* »²²¹⁹ de la propriété et, plus particulièrement, des risques encourus par la propriété intellectuelle (**Sous-section 1**). De même, nous devons évoquer le débat sur l'appropriation des données à caractère personnel. Si notre objet d'étude est circonscrit aux données non-personnelles, il n'en demeure pas moins que l'examen des débats sur la propriété des données personnelles nous invite à une réflexion critique sur le rôle central traditionnellement accordé à la propriété dans le cadre de la réservation des données (**Sous-section 2**).

2217LE STANC C., *La propriété intellectuelle dans le lit de Procuste : observation sur la proposition de loi du 30 juin 1992 relative à la protection des créations réservées*, D., 1993, p. 4 et s.

2218TRIAILLE J.-P., *La protection des idées. Les modes non contractuels de protection des idées en droit belge*, Journal des tribunaux, 10 décembre 1994, 113^e année, n° 5738, p. 807 : faisant référence à la proposition du Professeur Philippe GAUDRAT.

2219SIIRIAINEN F., *L'appropriation de l'information, grandeur ou décadence de la propriété ?*, in *Immatériel, nouveaux concepts*, Economica, 2001, p. 127 et s.

Sous-section 1. L'échec de la proposition de la loi sur les créations réservées

313. L'appropriation de la donnée numérique ne correspond-elle pas à une remembrance de la somme toute célèbre proposition sur les créations réservées ? L'ancien député Jacques GODFRAIN avait présenté le 30 juin 1992 une proposition de loi relative à la protection des créations réservées²²²⁰. Cette proposition nous intéresse à plusieurs titres. D'une part, elle souligne la nécessité d'une protection spécifique pour les créations en marge des droits de la propriété intellectuelle, ce que nous pourrions qualifier de « *« petite monnaie » de la création* »²²²¹. D'autre part, l'objectif poursuivi par la proposition était d'assurer, par la reconnaissance d'un droit *sui generis*, une protection à l'ensemble de ces « *créations* » dès lors qu'elles ne satisfaisaient pas aux critères de protection du droit d'auteur ou du droit des brevets²²²². Ainsi, dans l'exposé des motifs de ladite proposition de loi, il était précisé qu'« *un grand nombre de créations, qui nécessitent par ailleurs des efforts intellectuels ou financiers importants, ne sont pas actuellement protégées par la loi, du fait des exigences d'originalité en ce qui concerne les œuvres littéraires ou artistiques, et d'innovation ou de caractère industriel pour les inventions* ». Tel est le cas précisément pour les données numériques. En effet, comme nous l'avons exposé précédemment, il n'est pas possible de prétendre à une protection au titre du droit d'auteur pour la donnée numérique brute faute de répondre à la condition d'originalité. De même, le droit des brevets rencontre des sérieuses difficultés pour appréhender les données numériques en tant qu'objet de protection. Cette exclusion de la sphère des brevets se justifie amplement par l'absence de technicité de la donnée numérique en elle-même.

L'initiateur de la proposition de loi relative à la protection des créations réservées entendait donc assurer une protection spécifique « *aux prestations qui se situent en marge du droit d'auteur et du droit des brevets* » (I). Malgré cette volonté affichée, le texte en lui-même a fait l'objet de vives critiques conduisant son abandon (II).

2220Assemblée nationale, *Proposition de loi n° 2858 sur les créations réservées*, enregistrée à l'Assemblée nationale le 30 juin 1992 ; V. pour un commentaire NOUEL B., *À propos de la proposition de loi Godfrain sur les créations réservées : peut-on légiférer dans le domaine des agissements parasites ?*, Legicom, 1994, n° 3, p. 83-94.

2221LE STANC C., *La propriété intellectuelle dans le lit de Procuste : observation sur la proposition de loi du 30 juin 1992 relative à la protection des créations réservées*, D., 1993, p. 4 et s.

2222V. art. 2 de la proposition de loi n° 2858 sur les créations réservées

I. Une protection large de la « *petite monnaie* » de la création »²²²³

314. **L'objet de droit**²²²⁴ – Au sein des motifs de la proposition du député Jacques GODFRAIN, il était précisé que « *toute œuvre de l'imagination ou de l'industrie humaine [...] susceptible d'exploitation à des fins lucratives* » devait être protégée. Cette idée se retrouvait au sien de l'article 1^{er} de la proposition venant circonscrire l'objet protégeable. Cette disposition était rédigée comme suit « *toute création exploitable à des fins lucratives, qui résulte d'un travail intellectuel accompli avec ou sans l'aide d'un matériel ou d'un logiciel est constitutive d'un intérêt patrimonial susceptible de protection juridique* ». L'article 3 fournissait une liste d'exemples caractérisée par son hétérogénéité. Nous y trouvons pêle-mêle les bases de données²²²⁵, les numérisations d'images ou de sons, les résultats de calculs, les savoir-faire, ainsi que les compilations et solutions commerciales²²²⁶.

En comparant l'exposé des motifs de la proposition de loi à son article 1^{er}, nous remarquons un changement terminologie. En effet, la notion d'« *œuvre de l'imagination ou de l'industrie humaine* » a été substituée à celle de « *création* ». Or, bien que subtile, il existe une distinction entre ces deux notions. La création est perçue comme un processus dynamique et immatériel par lequel l'homme invente, forme une idée. À l'inverse, l'œuvre serait le résultat tangible de cette création. Néanmoins, il semble probable que les rédacteurs de la proposition n'ont pas pris en compte cette nuance et ont employé de manière indifférente les notions d'œuvre et de création.

En somme, l'objet de la protection est ainsi une « *création* ». Cela rapproche la proposition de loi aux droits de propriété intellectuelle, tous fondés sur l'acte individuel créatif. Partant, nous pouvons nous demander si la proposition de loi envisageait d'instaurer un nouveau droit de propriété intellectuelle qui aurait été à la périphérie de ceux que nous connaissons actuellement. Il semble que tel aurait été le cas au regard de l'objectif poursuivi par la proposition.

²²²³Cette expression est empruntée au Professeur Christian LE STANC (LE STANC C., *op. cit.*, p. 4 et s.)

²²²⁴Le concept d'objet de droit renvoie à « *l'élément qui supporte l'emprise du droit* » (MOUSSERON J.-M., RAYNARD J. et REVET T., *De la propriété comme modèle*, in Mélanges offerts à André Colomer, Paris (France), Litec, 1993, p. 285)

²²²⁵Bien que la proposition de loi n° 2858 sur les créations réservées ait été antérieure à la directive 96/9/CE du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données et de la loi n° 98-536 du 1 juillet 1998, les rédacteurs de la proposition avaient pu s'intéresser de la proposition de directive de la Commission européenne sur les banques de données.

²²²⁶Art. 3 de la proposition de loi n° 2858 sur les créations réservées disposait que « *sont considérés notamment comme de telles créations au sens de la présente loi : les banques de données, circuits électroniques, photographies, numérisation d'images ou de sons, résultats de calculs, savoir-faire, compilations, solutions commerciales, méthodes administratives, formes utiles, formules promotionnelles, etc.* ».

Cette création doit résulter d'un travail intellectuel. Toujours est-il que la proposition ne précisait nullement le sens du concept de « *travail intellectuel* », ce qui aurait laissé au juge la tâche d'en apprécier la nature. Ce concept s'oppose au travail manuel. Néanmoins, force est de constater l'absence de distinction juridique entre travail manuel et travail intellectuel²²²⁷. Cependant, nous pouvons penser que cette notion de travail intellectuel renvoie à tout résultat issu d'un processus de réflexions. Une telle interprétation est confortée par les motifs de la proposition qui visait « *toute œuvre de l'imagination ou de l'industrie humaine [...]* ».

Par ailleurs, il était précisé que ce le travail intellectuel pouvait être « *accompli avec ou sans l'aide d'un matériel ou d'un logiciel* ». Cette proposition de loi datait de 1992, période où les questions tenant aux créations issues de l'intelligence artificielle ne se posaient guère. Aussi, est-il cohérent qu'elle n'envisagea qu'à peine l'incidence des logiciels dans le processus de création. En effet, la proposition de loi prévoyait simplement l'hypothèse de la création avec l'aide d'un logiciel. Or, depuis l'émergence de l'intelligence artificielle accentuée par le phénomène des données massives, le *Big Data*, des créations peuvent être produites, générées par ce processus d'imitation de l'intelligence humaine. Sommes-nous alors encore en face d'une création résultant d'un travail intellectuel lorsque le logiciel ne vient plus aider le créateur mais se substitue totalement à ce dernier ? Au regard de la rédaction de la disposition de l'article 1^{er} de la proposition du député Jacques GODFRAIN, il nous semble que ces produits créés par l'intelligence artificielle soient exclus faute de relever de la notion de travail intellectuel. Il serait, en réalité, difficile voire impossible de déceler dans de telles créations un quelconque travail intellectuel en ce qu'il implique l'intervention d'un être humain.

En l'état, la proposition de loi posait une présomption, à savoir que « *toute création exploitable à des fins lucratives, qui résulte d'un travail intellectuel accompli avec ou sans l'aide d'un matériel ou d'un logiciel est constitutive d'un intérêt patrimonial* ». Cette présomption vient ainsi « légitimer » la protection envisagée. Par intérêt patrimonial, il est somme toute probable que cela renvoie à la notion de valeur. Le raisonnement que suit cette proposition de loi paraît alors simple. Dès lors que la création possède une valeur patrimoniale, il y a tout intérêt à la protéger. Or, toute création exploitable à des fins lucratives qui résulte d'un travail intellectuel possède une telle valeur patrimoniale. Par ailleurs, aucun seuil de valeur n'est exigé. Il s'agit uniquement de la prise en compte de la valeur économique de la création, peu importe sa valeur d'ordre intellectuel, documentaire, technique. Aussi, une

2227DRAI L., *Le droit du travail intellectuel*, L.G.D.J., Paris, coll. Thèses, sous-coll. Bibliothèque de droit social, tome 42, 6 septembre 2005, p. 5, n° 7

simple valeur, même minime, justifierait la mise en place d'une protection. Aucune autre exigence telle que la nouveauté, l'activité inventive en droit des brevets ou l'originalité en droit d'auteur n'est formulée.

Finalement, force est de constater qu'en réalité, ce que la proposition de loi étendait protéger est davantage la valeur patrimoniale de la création que la création elle-même. En cela, il s'agit d'une consécration législative d'une forme de parasitisme renforcée. Suivant l'article 2 de ladite proposition de 1992, ces créations auraient, en effet, donné lieu à « *un droit d'exploitation exclusif, temporaire et opposable à tous* », et cela, sans qu'aucune publicité ne fût imposée.

315. **Les conditions envisagées d'accès à la protection** – Suivant l'article 1^{er} de la proposition de loi, la protection telle qu'envisagée semblait naître que du seul fait de la « *création* » qui correspondait à un résultat « *d'un travail intellectuel* ». Il n'était pas fait ici référence ni à l'originalité de la création ni à sa nouveauté, ni encore à son caractère propre ou individuel. Toujours est-il que la proposition n'apportait aucune indication quant à cette notion de « *travail intellectuel* ». Se posait alors la question de savoir si elle aurait été interprétée de façon subjective, à l'instar de l'originalité en droit d'auteur, ou de façon objective, comme la nouveauté en droit des brevets. La proposition n'offrait aucune clarté sur cette question. Néanmoins, une chose est sûre. Le critère de protection était moins élevé que celui imposé pour les droits de propriété intellectuelle.

Cependant, le seul travail intellectuel n'était pas suffisant pour prétendre à cette protection. Encore fallait-il que cette création puisse être « *exploitable à des fins lucratives* ». Cette exigence tendait ainsi à limiter l'accès à la protection. La création doit être « *exploitable à des fins lucratives* » ce qui implique que son exploitation soit susceptible de produire un gain, un profit. Aussi, n'auraient pas été admises les créations dont l'usage ou la reproduction ne seraient pas susceptibles de dégager un profit. Cela inclurait, par exemple, les données financières d'une société.

Outre ces conditions de fond, une formalité devait être respectée. Cette formalité correspondait à une simple apposition d'un « *signe distinctif* » de réservation²²²⁸, suivi du nom du titulaire et de la date de réservation²²²⁹. Ce système peu contraignant semble s'être inspiré

2228 La mention de réservation envisagée était le « C/R » pour « Créations Réservées ».

2229 V. art. 4 de la proposition de loi n° 2858 sur les créations réservées qui prévoyait que « *le droit exclusif d'exploitation s'établit par un signe distinctif de réservation apposé sur la création protégée. Ce signe comporte les initiales C/R, le nom du titulaire et la date de réservation sous la forme jour, mois, année. Pour les créations sans support matériel, un avertissement approprié devra signaler au public la réservation du droit* ».

de la logique du *copyright* américain avec un sigle, le ©. Ce marquage permet ainsi d'informer les tiers de la réservation de la création en cause. Ces derniers ne pourraient donc pas se prévaloir de leur bonne foi. Toutefois, la formulation de l'article 4 de la proposition de loi interroge. En effet, l'usage du verbe « *établir* » ne permet pas de déduire si l'apposition de cette mention de réservation relève effectivement des conditions pour bénéficier de la protection ou si elle ne joue simplement qu'un rôle probatoire²²³⁰. Néanmoins, un élément de réponse est fourni à l'article 6. Cette disposition précise que la protection naît à compter de l'apposition du « *signe distinctif* » de réservation. Il s'agit dès lors d'une formalité substantielle conditionnant le bénéfice de la protection.

Il ressort de notre étude que la proposition de loi n'imposait aucune condition tenant à la forme de la création. Un tel constat est renforcé par les exemples listés à l'article 3. En effet, il est fait mention des savoir-faire et des solutions commerciales sans qu'il y ait une condition de les concrétiser dans une forme. Par conséquent, le champ d'application de la protection s'en trouvait d'autant plus élargi. En effet, contrairement au droit d'auteur, de purs procédés intellectuels voire de simples idées auraient pu parfaitement prétendre à la qualification de créations réservées. Cependant, d'aucuns auraient pu soutenir que l'exigence d'une formalité consistant à d'apposer un signe distinctif de réservation, impliquait *de facto* une mise en forme de la création. Mais, c'est oublier que la proposition de loi envisageait que, faute de support matériel, un avertissement approprié aurait dû signaler au public la réservation du droit. Cela conduit à estimer qu'elle n'entendait nullement exclure les créations qui n'étaient pas concrétisées dans une forme. Aussi, la protection au titre des créations réservées aurait porté sur la donnée numérique tant sur le plan syntaxique que sémantique c'est-à-dire sur le contenu informationnel de la donnée.

Finalement, nous remarquons que les conditions de fond pour prétendre au bénéfice de la protection envisagée par la proposition de loi s'inscrivaient purement dans une logique économique, dans une logique de marché²²³¹.

316. **L'octroi d'un droit exclusif d'exploitation** – La proposition de loi visait à instaurer une protection juridique des créations réservées sous la forme d'un « *droit d'exploitation exclusif* », « *opposable à tous* »²²³². En cela, cette protection s'apparentait aux droits de

2230V. en ce sens : LE STANC C., *op. cit.*, p. 4 et s.

2231ABELLO A., *La propriété intellectuelle, une « propriété de marché »*, in Droit et économie de la propriété intellectuelle (sous-dir. Marie-Anne Frison-Roche et Alexandra Abello) L.G.D.J., Paris, coll. Droit & économie, p. 341-372

2232V. article 2 de la proposition de loi n° 2858 sur les créations réservées

propriété intellectuelle. En d'autres termes, le député Jacques GODFRAIN cherchait, sans le formuler explicitement, à établir un véritable droit de propriété intellectuelle. Néanmoins, à la différence des droits de propriété intellectuelle existants où les prérogatives du titulaire sont précisément listées dans le Code de la propriété intellectuelle²²³³, les contours et l'étendue du droit d'exploitation exclusif tel qu'envisagé par la proposition de loi n'étaient pas définis de manière préalable et prévisible pour les tiers. Cela aurait conduit indéniablement à une insécurité juridique à leur encontre. En effet, ces derniers ne pouvaient déterminer de manière précise l'étendue des prérogatives du titulaire de ce droit. Or, cette détermination est essentielle pour savoir s'ils portent réellement atteinte aux prérogatives reconnues au titulaire.

Suivant une logique purement économique, la proposition de loi ne prévoyait aucun droit moral. Celle-ci vient avant tout protéger la valeur de la création et non pas la personnalité de son créateur. Ainsi, par exemple, le créateur n'avait ni droit au respect de sa création ni droit de repentir et de retrait. En cela, nous nous éloignons du droit d'auteur pour nous rapprocher davantage des droits de la propriété industrielle²²³⁴. De surcroît, aucune référence n'était faite sur le droit du créateur d'être reconnu comme tel alors qu'il s'agit d'un principe général de la propriété intellectuelle²²³⁵. Cette absence de droit moral sur la création réservée était présentée dans l'exposé des motifs comme un avantage. Cela évite, en effet, les différends pouvant surgir entre le créateur et l'employeur comme nous connaissons en droit d'auteur.

Par ailleurs, le droit exclusif d'exploitation était « *obtenu pour une durée de 10 ans qui [courrait] à partir de la date de la réservation* »²²³⁶. Deux remarques doivent être apportées. Tout d'abord, contrairement au droit d'auteur dont la protection naît du seul fait de la création de l'œuvre, la protection pour les créations réservées court à compter de l'apposition de la mention de réservation. Ensuite, comme en matière de droits de propriété intellectuelle, le droit exclusif d'exploitation a un caractère temporaire. Bien que la proposition de loi reste muette, il est possible d'estimer, par analogie avec le système de la propriété intellectuelle, que passer le délai de 10 ans, la création réservée « tombe » dans le domaine public et est

2233V. par ex. pour le droit d'auteur : art. L. 121-1 et s. pour les droits moraux, art. L. 122-1 et s. pour les droits patrimoniaux ; pour le droit des brevets : art. L. 613-3 et s. du CPI ; pour les produits semi-conducteurs : art. L. 622-5 et s. du CPI ; pour les obtentions végétales : art. L. 623-4 du CPI ; pour les dessins et modèles : art. L. 513-4 et s. du CPI ; pour les marques : art. L. 713-1 et s. du CPI

2234Toutefois, en matière de droit des brevets, il existe une forme de droit moral de l'inventeur prenant la forme d'un droit de paternité (art. L. 611-9 du CPI). V. ég. BRONZO N., *Le droit moral de l'inventeur*, Prop. indust., 2013, étude 5, 1369

2235VIVANT M., *Pour une épure de la propriété intellectuelle*, in Propriétés intellectuelles, Mélanges André Françon, Dalloz, Paris, 3 décembre 1995, spéc. p. 420-421, n° 7 et s.

2236V. article 6 de la proposition de loi n° 2858 sur les créations réservées

donc librement exploitable sans l'accord de l'ancien titulaire. Dans une telle hypothèse, faute de droit moral, le titulaire ne peut pas empêcher la modification de sa création.

Ce caractère temporaire du droit exclusif d'exploitation reflète, en réalité, le fait qu'il s'agit d'un droit de propriété de marché « *c'est-à-dire une propriété utile* »²²³⁷. Toujours est-il que nous pouvons nous interroger sur la possibilité de prolongement de la protection offerte aux créations réservées. En effet, contrairement au droit *sui generis* des bases de données²²³⁸, la proposition de loi ne précisait nullement si la protection pouvait être prolongée dans l'hypothèse d'une modification substantielle de la création réservée²²³⁹ résultant d'un nouveau travail intellectuel. De même, une simple apposition du signe distinctif de réservation sur une création réservée une seconde fois aurait-elle fait courir un nouveau délai de protection ? Des auteurs avaient pu estimer cette possibilité vraisemblable²²⁴⁰ en raison de l'absence de conditions de fond tenant à la nouveauté comme en matière de droit des brevets. Suivant une telle analyse, cette protection risquait donc d'être perpétuelle.

En somme, la proposition de loi entendait faire de la propriété « *un droit sur une valeur* »²²⁴¹. Le bénéficiaire de ce droit de propriété était logiquement la personne ayant créé cette valeur.

317. Le bénéficiaire de la protection – Quant au titulaire du droit exclusif d'exploitation, il revenait soit au concepteur soit au producteur de la création. Le concepteur était entendu comme la personne physique ou morale qui avait réalisé la création réservée sans être rémunérée à cet effet. Le producteur, quant à lui, correspondait à la personne physique ou morale qui assumait les coûts de recherche, d'étude ou de réalisation de la création réservée. Ces qualités de concepteur ou de producteur « *se prouvent par tous moyens et notamment par un dépôt auprès d'organismes professionnels chargés de la défense collective des créateurs* ».

Ce qui peut étonner, voire interpeller est que la proposition de loi ne fait pas référence au créateur mais use de deux autres notions, celles de concepteur et de producteur. Une chose est sûre. Le producteur ne correspond nullement à la notion de créateur. Ce terme de

²²³⁷ABELLO A., *op. cit.*, p. 369

²²³⁸Art. L. 342-5, al. 3, du CPI disposant que « *dans le cas où une base de données protégée fait l'objet d'un nouvel investissement substantiel, sa protection expire quinze ans après le 1^{er} janvier de l'année civile suivant celle de ce nouvel investissement* »

²²³⁹V. en ce sens : STROWEL A., et TRIAILLE J.-P., *De l'équilibre entre le droit de la concurrence et la propriété intellectuelle ; À propos de la proposition de la loi Godfrain sur les « créations réservées »*, Droit de l'information & des télécoms, 1993, n° 2, p. 32

²²⁴⁰STROWEL A., et TRIAILLE J.-P., *op. cit.*, p. 32

²²⁴¹ATIAS C., *Droit civil. Les biens*, Litec, Paris, 7 avril 2011, 11^e éd., p. 97, n° 112

producteur n'est, néanmoins, pas inconnu en droit de la propriété littéraire et artistique²²⁴². Cependant, contrairement aux définitions retenues en matière de la propriété littéraire et artistique, il semble que seule est prise en compte la participation financière pour être qualifié de producteur. En d'autres termes, il n'était exigé du producteur d'une création réservée d'avoir joué un rôle d'impulsion et de coordination contrairement, par exemple, aux producteurs d'œuvres audiovisuelles²²⁴³. Cela illustre encore une fois, s'il était nécessaire, la logique purement économique de la proposition de loi.

Par ailleurs, une nouvelle notion est employée par la proposition de loi, celle de concepteur. De là, une interrogation surgit ; celle de savoir si les notions de concepteur et d'auteur se recoupent. D'un côté, la notion d'auteur semble être entendue de manière beaucoup plus stricte que celle de concepteur. En effet, en droit d'auteur, la personne morale ne peut pas prétendre à la qualité d'auteur²²⁴⁴. À l'inverse, une personne morale aurait pu bénéficier de la qualité de concepteur. De ce point de vue, la logique suivie par la proposition de loi sur les créations réservées s'éloignait de celle du droit d'auteur avec sa vision personnaliste. Toujours est-il qu'il est difficile de concevoir une personne morale réalisant par elle-même une création²²⁴⁵. En effet, la création n'est-elle pas une caractéristique intrinsèque de l'être humain ?

En outre, la rémunération a une incidence sur la qualification même de concepteur. En effet, la qualité de concepteur est écartée lorsque le créateur a perçu une rémunération. Partant, ce dernier ne pourra pas se prétendre titulaire des droits sur la création en cause. Cette hypothèse vise à tarir le contentieux bien connu en matière de créations salariales en droit d'auteur. Cette proposition de loi illustre la pénétration du travail intellectuel dans l'entreprise. Elle fait application du principe selon lequel, par l'effet du contrat de travail, l'employeur acquiert la propriété des fruits du travail de ses salariés²²⁴⁶. De plus,

2242En droit de la propriété littéraire et artistique, l'on retrouve producteur de phonogrammes (art. 213-1 du CPI) et de vidéogrammes (art. 215-1 du CPI), d'œuvres audiovisuelles (art. 132-23 du CPI), de bases de données (art. L. 341-1 du CPI).

2243V. par ex. CA Paris, 4^e ch., 22 juillet 1981 ; D. 1983, inf. rap. 94, obs. COLOMBET C. ; Cass. 1^e civ., 16 juillet 1997, n° 95-13.197, RIDA, janvier 1998, p. 311

2244V. Cass. 1^e civ., 19 février 1991, n° 89-14.402, Bull. civ. I, n° 67 ; Cass. 1^e civ., 15 janvier 2015, n° 13-23.566 : la Cour de cassation rappelle dans cette espèce au visa de l'article L. 113-1 du CPI qu'« *une personne morale ne peut avoir la qualité d'auteur* » – Néanmoins, la personne morale sera investie, à titre originaire, des droits d'auteur dans deux cas : d'une part, dans le cadre des œuvres collectives dont elle a pris l'initiative (Cass., 1^e civ. 22 mars 2012, n° 11-10.132, Bull. civ. I 2012, n° 70 ; RTD Civ., 2012, p. 338, obs. REVET T. ; RTD Com., 2012, p. 321, obs. POLLAUD-DULIAN F. ; CA Paris, 30 juin 2010, RG n° 08/14151, *Société Labrador SAS c/ Soc. RR Donnelley Printing France SARL et al.*, LEPI, 15 octobre 2010, n° 5, p. 2, note TAFFOREAU P.) et d'autre part, pour les œuvres logicielles créées par des salariés (art. L. 113-9 du CPI).

2245Nous pouvons faire référence à l'aphorisme attribué au Doyen Léon DUGUIT « *Je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale* » traduisant la difficulté de l'appréhension du concept de personne morale.

2246DRAI L., *op. cit.*, p. 143

contrairement au droit des brevets qui prévoit une contrepartie financière pour le salarié prenant la forme soit d'une rémunération supplémentaire pour les inventions de mission attribuables, soit d'un juste prix pour des inventions de mission non attribuables, la proposition de loi n'envisageait, quant à elle, aucune récompense financière pour le salarié.

Enfin, en cas de pluralité de concepteurs ou de producteurs, la proposition prévoyait d'appliquer les règles relatives aux œuvres de collaboration ou aux œuvres collectives. Ce renvoi pose des questions. Quelles sont les raisons qui ont animé le rédacteur de la proposition pour proposer d'appliquer les règles issues du droit d'auteur aux créations réservées ? La proposition de loi ne les précisait pas. L'œuvre de collaboration est celle « *à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques* »²²⁴⁷. Elle conduit à une « *véritable indivision entre les coauteurs* »²²⁴⁸. À l'inverse, l'œuvre collective est celle « *créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé* »²²⁴⁹. Dans une telle hypothèse, le titulaire des droits sur l'œuvre collective est, sauf preuve contraire, la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée²²⁵⁰ c'est-à-dire, concrètement, le promoteur. Il reste à déterminer comment appliquer ces règles aux créations réservées. Nous pourrions appliquer soit les règles relatives aux œuvres de collaboration soit celles relatives aux œuvres collectives selon que la contribution personnelle se fonde ou non dans l'ensemble de la création.

Un droit ne vaut que si son non-respect est susceptible d'être sanctionné. Ainsi, la proposition de loi établissait des sanctions en cas d'atteintes au droit reconnu aux concepteurs et aux producteurs des créations réservées.

318. ***Les sanctions en cas d'atteintes au droit exclusif d'exploitation*** – Des sanctions civiles et pénales étaient envisagées par la proposition de loi. L'article 7 prévoyait, en effet, que « *le fait pour un tiers d'exploiter la création réservée sans autorisation de son titulaire constitue un comportement parasitaire* ». Le droit exclusif d'exploitation ainsi octroyé se montre bien particulier en ce que sa violation est sanctionnée de manière indirecte par le biais

2247 Art. L. 113-2, al. 1^{er} du CPI

2248 LUCAS A., LUCAS H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, Paris, 7 décembre 2017, 5^e éd., spéc. p. 271, n° 195

2249 Art. L. 113-2, al. 3 du CPI

2250 Art. L. 113-5, al. 1^{er} du CPI

de la notion d'agissement parasitaire, notion relevant du droit de la concurrence déloyale²²⁵¹. Si la création réservée est effectivement appropriée, alors le titulaire pourra s'opposer à toute atteinte qui lui est portée et cela, sans qu'il soit nécessaire de caractériser un comportement fautif et un dommage. Aussi, nous peinons à comprendre cette référence au comportement parasitaire. Deux choses l'une : soit on est en présence d'un droit privatif auquel cas, toute atteinte à ce droit doit être sanctionnée sans qu'il y ait lieu de caractériser une faute ; soit la proposition entendait simplement consacrer un cas particulier de parasitisme auquel cas, son intérêt se révélait finalement mineur. Essayant d'expliquer la référence à la notion de parasitisme, le Professeur Christian LE STANC suggérait que cette notion traduisait « *un élément intentionnel du tiers, analogique à la « connaissance de cause » requise des contrefacteurs indirects en matière de brevets* »²²⁵². Cependant, l'auteur précisait qu'une telle interprétation contredirait l'article 2 de la proposition de loi prévoyant une opposabilité *erga omnes*. Ainsi, il semble plutôt que cette référence au parasitisme soit en définitive superfétatoire. À tout le moins, ce renvoi soulignerait, comme l'indiquait l'exposé des motifs de la proposition de loi, le fait que cette protection soit à mi-chemin entre le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, cette référence au parasitisme nous conduit à nous interroger concrètement sur l'éventuel cumul de l'action en concurrence déloyale et parasitaire et celle offerte par la proposition de loi. Autrement dit, dans l'hypothèse d'une exploitation d'une création réservée sans autorisation du titulaire, deux fondements juridiques sont en concours, d'une part le droit commun avec l'article 1240 du Code civil, à savoir l'action en concurrence déloyale et parasitaire et d'autre part, les sanctions spéciales prévues par la proposition de loi. Or, cette dernière n'envisageait aucunement l'articulation entre ces deux fondements. Une réponse n'aurait-elle pas pu se trouver par analogie avec l'articulation entre les actions en concurrence déloyale et en contrefaçon ? Toutefois, l'articulation entre les actions en concurrence déloyale et en contrefaçon connaît une jurisprudence mouvante. La Cour de cassation avait posé la condition d'existence de faits distincts pour admettre le cumul des actions²²⁵³. Cependant, dans une décision du 25 mai 2023²²⁵⁴, une évolution de la Haute juridiction était perceptible. Ce faisant, le Professeur Frédéric POLLAUD-DULIAN a estimé que « *l'action en concurrence déloyale peut se fonder sur des faits matériellement identiques à ceux allégués au soutien d'une action*

2251 En ce sens : BUYDENS M., *La protection de la quasi-crédation*, Larcier, Bruxelles, 1993, p. 30

2252 LE STANC C., *op. cit.*, p. 4 et s.

2253 V. par ex. Cass. com. 19 janvier 2010, n° 08-15.338 ; Cass. 1^{er} civ. 4 juillet 2019, n° 16-13.092 ; Cass. 1^{er} civ., 24 octobre 2018, n° 16-23.214

2254 Cass. 1^{er} civ., 25 mai 2023, n° 22-14.651

en contrefaçon, dès lors qu'il est justifié d'un comportement fautif »²²⁵⁵. Néanmoins, cet arrêt de 2023 n'a pas été publié. Par ailleurs, afin de rejeter le pourvoi, la Cour régulatrice a estimé que les juges d'appel avaient caractérisé des actes de concurrence déloyale et parasitaire, distincts de la contrefaçon. En l'espèce, l'acte de concurrence déloyale était caractérisé par la recherche de confusion dans l'esprit du public dans l'offre des gammes de produits, ce qui est communément appelé un « effet de gamme ». Aussi, il reste nécessaire de caractériser l'existence de faits distincts des actes de contrefaçon pour que l'action en concurrence déloyale et parasitaire soit recevable.

Dans l'hypothèse d'une exploitation de la création réservée sans l'autorisation de son titulaire, ce dernier aurait pu demander la cessation ainsi que la réparation du préjudice. Le prononcé de dommages et intérêts reste le mode de réparation le plus ordinaire en matière de responsabilité civile. Or, comme nous l'avons déjà souligné, cette possibilité de sanctionner semble bien peu dissuasive au regard de la conception des fautes lucratives. En effet, la réparation du préjudice telle que prévue par la proposition aurait suivi le principe de la responsabilité civile c'est-à-dire le principe de réparation intégrale du préjudice. « *Tout le préjudice doit être réparé, mais rien que le préjudice* »²²⁵⁶. Dès lors, une telle sanction semble peu dissuasive en ce que le contrevenant pourra, malgré le prononcé de dommages et intérêts retirer des bénéfices notamment des économies d'investissements intellectuels. En d'autres termes, ce mécanisme de réparation ne prenait nullement en cause la faute lucrative. À l'inverse, en matière de propriété intellectuelle, il y a bien une prise en compte des avantages obtenus par le contrefacteur lors de la quantification des dommages et intérêts²²⁵⁷.

À cela, s'ajoutait la possibilité pour le titulaire du droit exclusif d'exploitation de demander, par requête, au président des anciens tribunaux de grande instance d'ordonner une enquête sur les origines et les conditions de l'exploitation abusive. Ce dernier pouvait également demander d'ordonner une suspension de l'exploitation abusive, la saisie des recettes et du matériel servant à cette exploitation. Par ailleurs, l'article 11 de la proposition de loi²²⁵⁸ mettait à la disposition du titulaire un ersatz de la saisie-contrefaçon faisant,

2255 POLLAUD-DULIAN F., *Hermès reprend son ancre aux pirates*, RTD Com., 2023, p. 619

2256 CABRILLAC R., *Droit des obligations*, Dalloz, Paris, coll. « Cours », 2010, 9^e éd., p. 163

2257 V. par ex. en droit des brevets, art. L. 615-7 du CPI

2258 Art. 11 de la proposition de loi n° 2858 sur les créations réservées prévoyait que « *le président du tribunal de grande instance, en vertu d'une ordonnance rendue sur requête, peut faire procéder par un commissaire de police à :*

- *la constatation de l'exploitation sans autorisation de la création réservée ;*
- *la recherche des origines de l'exploitation abusive ;*
- *la détermination des conditions d'exploitation.*

Le commissaire de police peut être assisté d'un expert désigné par le requérant.

Le président du tribunal de grande instance peut également ordonner dans la même forme :

- *la suspension de l'exploitation abusive ;*

cependant, intervenir non pas le commissaire de justice, anciennement l'huissier de justice, mais un commissaire de police. Aucune explication sur le choix du commissaire de police au lieu et place du commissaire de justice n'était avancée par la proposition de loi. Nous peinons donc à comprendre et à justifier un tel choix. Était-ce afin d'alléger les frais pour le titulaire des droits ? Toujours est-il que les mesures ayant pour objectif la cessation immédiate de l'atteinte prétendue étaient simples, rapides et peu coûteuses.

De plus, comme en matière de contrefaçon, un volet pénal était envisagé à l'article 14. Cette disposition prévoyait que « *quiconque, intentionnellement et au mépris des droits du créateur, aura exploité directement ou indirectement, sans autorisation une création réservée, sera puni d'une peine d'emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende de 6 000 à 120 000 francs* ». Les mêmes peines étaient encourues pour celui qui aura communiqué ou tenté de communiquer des informations susceptibles de favoriser l'exploitation non autorisée. L'article 15 y ajoutait la possibilité pour le juge d'« *ordonner, outre la confiscation des recettes réalisées, des stocks constitués, des matériels et supports d'exploitation, la publication judiciaire de la décision ainsi que l'interdiction d'exploiter ou l'exclusion pour une durée de cinq ans ou plus des marchés publics* ». Par la pénalisation, la proposition de loi entendait ainsi renforcer la protection offerte aux créations réservées. Néanmoins, deux observations doivent être faites. La première est que l'article 14 visait les droits du créateur. Cette référence est malvenue. En effet, comme nous l'avons vu, la proposition de loi s'attachait davantage aux concepteurs ou aux producteurs de la création. Ces derniers pouvaient ne pas avoir la qualité de créateur. C'est l'exemple de la création salariale où le titulaire des droits aurait été l'employeur en sa qualité de producteur en ce qu'il a assumé les coûts de recherche, d'étude ou de réalisation de la création réservée. Aussi, se pose la question de savoir si, finalement, cette référence était une simple erreur de plume ou, à l'inverse, si la proposition de loi voulait préserver certains droits du créateur. Cette dernière possibilité semble peu probable et cela, principalement, pour deux raisons. D'une part, la proposition de loi se montre indifférente à la situation du créateur à tel point qu'au lieu d'utiliser ce terme, elle emploie celui de concepteur. Cette indifférence s'observe également dans l'absence de droit moral, de droit du créateur d'être reconnu comme tel. Et d'autre part, si tant est que la proposition voulût réellement protéger le créateur, encore fallait-il préciser les droits de ce dernier. Or, force est de constater qu'il n'existait aucune disposition tenant à ces droits. Partant, comment le juge aurait-il pu sanctionner l'atteinte portée aux droits du créateur

- la saisie des recettes réalisées du fait de cette exploitation et des stocks constitués ;
- la saisie de tout matériel et support servant à exploiter, sans autorisation, la création réservée ».

lorsque ces derniers ne sont nullement précisément circonscrits ? La seconde observation, en lien avec la première, concerne le respect du principe de légalité des délits et des peines, principe cardinal en droit pénal²²⁵⁹. Or, l'infraction visait à sanctionner l'exploitation « *directement ou indirectement, sans autorisation [d'une création réservée]* ». La définition même d'une création réservée est excessivement large et insuffisamment précise. Nous pouvons donc douter de sa conformité avec le principe constitutionnel de la légalité des délits des peines²²⁶⁰.

Finalement, ce droit exclusif d'exploitation permettait de sanctionner le pillage de la prestation d'autrui ou des résultats de son investissement. Cette proposition de loi s'était largement inspirée de la théorie de la concurrence parasitaire²²⁶¹. Elle visait, tout en permettant la circulation des créations réservées, à réprimer une forme d'abus dans la liberté du commerce et de l'industrie²²⁶².

319. **La circulation possible des créations réservées** – Comme l'avait relevé Madame Alexandra ABELLO, « *la propriété intellectuelle est vouée à circuler; l'exclusivité étant un gage de la circulation des biens qui supportent un droit de propriété intellectuelle* »²²⁶³. Un tel constat se trouvait dans la proposition de la loi du député Jacques GODFRAIN ce qui montrait sa parenté avec les droits de la propriété intellectuelle. En d'autres termes, le droit exclusif d'exploitation tel qu'envisagé n'empêchait nullement une circulation de ces créations réservées. En effet, ce droit était « *cessible à titre onéreux et transmissible à titre gratuit* »²²⁶⁴. En pratique, toutefois, une difficulté aurait surgi pour les créations réservées qui ne sont pas concrétisées dans une forme telles qu'une simple idée publicitaire. Dans une telle hypothèse, bien que la liberté contractuelle permette une flexibilité dans la rédaction du contrat, les rédacteurs auraient eu la tâche, somme toute ardue, de circonscire autant que faire se peut, un élément évanescent qu'est l'idée.

Par ailleurs, aucune exception à la protection ne semblait être envisagée explicitement. Néanmoins, l'article 8 de la proposition de loi prévoyait qu'à défaut d'accord entre les parties, une autorisation d'exploiter la création réservée pouvait être accordée par le juge moyennant

2259Cons. const., 2017-753 DC, 8 septembre 2017, Loi organique pour la confiance dans la vie politique

2260Cons. const., 2017-639 QPC, 23 juin 2017, cons. 4

2261TRIAILLE J.-P., *La protection des idées. Les modes non contractuels de protection des idées en droit belge*, Journal des tribunaux, 10 décembre 1994, 113^e année, n° 5738, p. 807

2262DESJEUX X., *La reprise de la prestation d'autrui : l'idée commerciale et l'investissement économique (Esquisse d'un projet de loi)*, Gaz. Pal., 16 et 17 décembre 1992, doct. p. 28-30

2263ABELLO A., *op. cit.*, p. 360

2264Art. 2 de la proposition de loi n° 2858 sur les créations réservées

une « *rémunération équitable* ». Nous entrevoyons ici la possibilité d'une licence obligatoire ou licence non volontaire. Une telle possibilité porte indéniablement une atteinte sévère aux intérêts du titulaire. Aussi, nous aurions pu légitimement nous attendre de la proposition de loi un encadrement strict pour l'obtention d'une telle licence comme, par exemple, en matière de brevets²²⁶⁵. Or, tel n'était pas le cas. La seule condition imposée aux tiers voulant bénéficier d'une licence sur la création réservée était de payer la rémunération équitable qui aurait été fixée par le juge judiciaire. Cela illustre le fait que la protection s'inscrivait avant dans une logique de l'économie du marché. De surcroît, cette possibilité d'accès à l'œuvre réservée correspondrait à la « *réaction à l'extension de l'appropriation* »²²⁶⁶. L'accès apparaît, en effet, comme « *un nouvel équilibre de la propriété* »²²⁶⁷. Ainsi, l'exclusivité décline, mais émerge un droit à être rémunéré. D'un droit de protection d'une création, nous nous orientons, finalement, vers un droit à la rémunération de l'usage de la création réservée.

Au total, la proposition du député Jacques GODFRAIN correspondait à une véritable appropriation des créations dites réservées par l'octroi d'un droit subjectif patrimonial. Nous retrouvons ainsi les caractéristiques des droits de propriété intellectuelle, à savoir l'exclusivité, l'opposabilité *erga omnes* ainsi que le caractère temporaire dudit droit. Il s'agissait donc de créer un nouveau droit de propriété intellectuelle dont son régime se rapprochait plus de celui d'un droit de propriété industrielle qu'un droit de la propriété littéraire et artistique²²⁶⁸. En raison de son lien avec la propriété intellectuelle, nous estimons que les créations réservées auraient fait l'objet d'une réservation dite « *ouverte* »²²⁶⁹. En d'autres termes, son accès économique aurait été en principe fermé aux tiers. Ces derniers n'auraient pas pu utiliser la création sans l'autorisation du titulaire du droit d'exploitation exclusif ou sans l'obtention d'une licence autoritaire à caractère judiciaire. À l'inverse, l'accès intellectuel de la création aurait été ouvert à tous. Cette proposition de loi, datant de 1992, soulève alors la question de savoir si elle aurait pu, à terme, englober les données numériques.

2265À côté des licences administratives d'office (v. par ex. (art. L. 613-16 du CPI), le Législateur a prévu la possibilité pour le juge judiciaire d'imposer au breveté des licences autoritaires pour défaut d'exploitation (art. L. 613-11 du CPI), ou pour refus d'accorder une licence de dépendance au titulaire du brevet portant sur un perfectionnement de l'invention brevetée (art. L. 613-15 du CPI).

2266SIIRIAINEN F., *L'appropriation*, in Droit et marchandisation (sous-dir. É. Loquin et A. Martin), Litec, Paris, 16 avril 2010, p. 158

2267*Loc. cit.*

2268V. en ce sens : STROWEL A., et TRIAILLE J.-P., *op. cit.*, p. 25-38

2269Nous reprenons la distinction opérée par Madame Marie-Alice CHARDEAUX dans sa thèse sur les choses communes en fonction de l'intensité de la réservation (CHARDEAUX M.-A., *Les choses communes*, L.G.D.J., Paris, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 464, juin 2006, spéc. p. 155, n° 130).

320. **Une protection pouvant accueillir les données numériques** – La protection telle qu'envisagée par la proposition du député Jacques GODFRAIN aurait-elle pu accueillir les données numériques en son sein ? L'article 1^{er} est rédigé de telle sorte qu'il respecte le principe de neutralité technologique²²⁷⁰. Pour savoir si une donnée numérique aurait pu relever du champ d'application de la protection des créations réservées, il convient de vérifier si celle-ci répond aux conditions d'application. En d'autres termes, la donnée numérique devra résulter d'un travail intellectuel et être exploitable à des fins lucratives.

Tout d'abord, il faut être en présence d'une création. La formulation de l'article 1^{er} de la proposition de loi ne semble pas être adaptée aux données brutes issues de simples enregistrements par l'Internet des objets. Cela vise l'hypothèse, par exemple, des capteurs d'un véhicule qui enregistrent des faits, des données, tels que la vitesse, les conditions météorologiques, les trajets. Face à ces données brutes, nous pouvons nous demander si nous sommes réellement en présence d'une « création » au sens de l'article 1^{er} de la proposition de loi. Toutefois, un élément de réponse se trouve à l'article 3. Au regard de cette disposition, nous pouvons estimer que les rédacteurs de la proposition n'entendaient pas exclure les données numériques brutes. En effet, au sein de cette liste d'exemples, était visée la numérisation d'images ou de sons. Or, qu'est-ce qu'une numérisation d'une image ou de sons si ce n'est une donnée numérique ? Toujours est-il que la création doit être le résultat du travail intellectuel « *accompli avec ou sans l'aide d'un matériel ou d'un logiciel* ». Comme nous l'avons déjà signalé, la rédaction de l'article 1^{er} de la proposition de loi tendrait à exclure les données numériques créées par l'intelligence artificielle ou enregistrées automatiquement par des capteurs faute de résulter à proprement parler d'un travail intellectuel. Cette exclusion pourrait être évitée en considérant, de manière extensive, que le travail intellectuel s'apprécie non pas lors de la création des données numériques elles-mêmes, mais au moment de la création des capteurs ou de l'intelligence artificielle.

Ensuite, la condition tenant à l'exploitation à des fins lucratives semble ne pas poser de problème dans notre société de l'information, « *hyperconnectée* ». En effet, à ce jour, les données numériques présentent indéniablement une valeur patrimoniale importante. Depuis l'usage de l'intelligence artificielle et des données massives, les données numériques sont de plus en plus employées dans le cadre d'expérimentation, de prise de décisions stratégiques. Ainsi, par exemple, dans le secteur agricole, l'analyse de données permet de déterminer la

2270BLANDIN-OBERNESSER A.. *Le principe de neutralité technologique*, in *Le droit de l'Union européenne en principes – Liber amicorum en l'honneur de Jean RAUX*, Apogée, 1^{er} mars 2006, p. 243-259

fertilité des champs, la quantité d'engrais à utiliser voire la nécessité ou non d'employer des pesticides²²⁷¹. Les données agricoles peuvent somme toute être exploitées à des fins lucratives c'est-à-dire susceptibles de dégager un profit. Cependant, les données financières, internes à l'entreprise, semblent ne pas répondre à cette condition d'exploitation à des fins lucratives.

Enfin, quant à la formalité, il s'agit de l'apposition du « *signe distinctif* » de réservation. Cela pourrait passer par une technique connue en droit d'auteur, le tatouage numérique ou encore dénommé *digital watermark*. Le tatouage numérique sera visible afin d'informer les tiers de la réservation de la donnée ainsi tatouée.

Au total, les données numériques même brutes auraient pu prétendre au bénéfice de la protection envisagée par la proposition de loi du député Jacques GODFRAIN. Celle-ci aurait pu porter tant sur le plan syntaxique que sémantique. Reste que la détermination de titularité du droit exclusif d'exploitation aurait pu poser des difficultés dans certaines situations. Nous pensons, par exemple, à l'hypothèse de l'acquisition par une coopérative agricole d'un tracteur connecté afin de le mettre à disposition de ses membres. Lors de l'utilisation du tracteur par les agriculteurs, les capteurs produisent des données numériques. Dans cet exemple, qui aurait pu être qualifié de concepteur ou producteur ? Est-ce l'agriculteur qui, par l'usage du tracteur, permet d'enregistrer des éléments et cela, sans être rémunérée à cet effet ? Ou la coopérative agricole qui est propriétaire de tracteur et le met à la disposition de ces membres ? Ou, encore, la société ayant produit le tracteur connecté ? Ou serions-nous en présence d'un cas de pluralité de titulaires ?

Finalement, nous constatons que la proposition de loi relative aux créations réservées bien que datant de 1992, aurait pu être un mécanisme de réservation des données numériques même brutes et cela, contrairement aux droits de la propriété intellectuelle. Toutefois, l'inclusion des données numériques dans la sphère des créations réservées aurait posé des interrogations quant à la titularité des droits dans le cadre de l'Internet des objets²²⁷². Cette

2271LE DÉAUT J.-Y., LE DAIN A.-M., et SIDO B., *Rapport sur la place du traitement massif (Big Data) dans l'agriculture : situation et perspectives*, Assemblée nationale, n° 2969, Quatorzième législature, 9 juillet 2015

2272Il ne faut pas occulter le fait que l'Union européenne entend, avec le règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023 dit règlement sur les données, faciliter l'accès aux données générées par les produits connectés à l'internet. Pour ce faire, ledit règlement écarte expressément le bénéfice du droit *sui generis* des producteurs de base de données « *lorsque des données sont obtenues à partir d'un produit connecté ou d'un service connexe relevant du champ d'application du présent règlement ou générées par un tel produit ou service* ». Or, si la proposition de loi du député Jacques GODFRAIN avait été adoptée en l'état, le législateur français aurait-il modifié certaines dispositions afin de répondre à l'objectif européen de faciliter l'accès à de telles données générées par les produits connectés à l'internet ?

proposition du député Jacques GODFRAIN est restée lettre morte. Cet échec était, cependant, prévisible.

II. Un échec prévisible de la protection « *hybride* »²²⁷³ des créations réservées

321. La doctrine s'est largement montrée hostile à l'égard de la proposition de loi du député Jacques GODFRAIN. Les critiques portaient tant sur le domaine d'application extrêmement large que sur son incidence sur les droits de la propriété intellectuelle. Ainsi, par exemple, pour le Professeur Christian LE STANC, « *au plan de la technique juridique, les larges et approximatifs emprunts aux solutions du droit d'auteurs, mâtinées de quelque parasitisme du droit des brevets, débouchent sur un système de protection hybride, vague, mais violent* »²²⁷⁴. En sommes, deux reproches peuvent être formulées à l'égard de cette proposition de loi sur les créations réservées : d'une part, il s'agit d'une protection aux contours mal définis (A) et d'autre part, elle constituait un élément perturbateur au sein de la propriété intellectuelle (B).

A. Une protection aux contours mal définis

322. **Un domaine d'application extrêmement large** – L'une des premières critiques que nous pouvons émettre à l'égard de la proposition de loi porte sur son domaine d'application. Celui-ci est extrêmement vague et flou de par la généralité des termes employés. Toutes les créations non originales et non inventives semblent pouvoir relever de cette protection. Cette proposition de loi serait l'exemple du proverbe « *Qui trop embrasse mal étreint* ». Ainsi, une simple idée commerciale même non formulée ou une théorie mathématique ou encore une découverte scientifique auraient pu prétendre à cette protection. Une telle situation irait à l'encontre du principe irriguant le domaine de la propriété intellectuelle, la non appropriation des idées. Cela aurait, par conséquent, constitué un changement de paradigme.

Ce texte semblait, en somme, confondre deux catégories de choses, d'une part, les créations de formes non originales et non inventives et d'autre part, des prestations non formalisées²²⁷⁵. Bien que ces catégories soient toutes deux exclues de la sphère des droits de la

2273LE STANC C., *La propriété intellectuelle dans le lit de Procuste : observation sur la proposition de loi du 30 juin 1992 relative à la protection des créations réservées*, D., 1993, p. 4 et s.

2274Loc. cit.

2275En ce sens : TRIAILLE J.-P., *La protection juridique des bases de données*, Revue de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, 1994-1, vol. 9, p. 38 ; STROWEL A., et TRIAILLE J.-P., *op. cit.*, p. 31

propriété intellectuelle, celles-ci ne peuvent être confondues. En effet, dans un cas, la création prend une forme, cependant, elle ne répond pas aux conditions posées pour accéder à l'une des protections offertes par la propriété intellectuelle. À l'inverse, l'autre ne possède aucune forme. Faute de perception, la prestation non formalisée s'en trouve exclue des droits de la propriété intellectuelle. Une protection portant sur cette dernière catégorie se révélerait en pratique ardue voire impraticable. En effet, comment circonscrire une création n'ayant pas de forme concrète telle qu'une simple idée tout en préservant la sécurité juridique ? Un tel exercice s'avèrerait être une gageure.

Par ailleurs, quand bien même le signe distinctif de réservation serait apposé sur la création, celui-ci ne permet pas concrètement de délimiter de manière précise les éléments réservés. En effet, des éléments relevant du fonds commun, du domaine public, peuvent se retrouver dans la création réservée. Nous estimons que ces éléments ne devraient pas bénéficier d'une quelconque protection privative au risque d'un appauvrissement du domaine public. Ainsi, lors d'un différend portant sur une création réservée, le juge aurait dû déterminer si certains éléments de la création, qui auraient été repris, ne se situaient pas dans le domaine public.

323. L'absence de prise en compte de la création indépendante – La proposition de loi n'apporte aucune indication quant à l'hypothèse de la création indépendante. En effet, le droit d'exploitation exclusif tel qu'envisagé excluait-il la possibilité d'exploiter la création lorsque celle-ci avait été créée de manière indépendante ? En droit des brevets, dans une telle hypothèse, le breveté a le droit d'interdire l'exploitation de son invention quand bien même, celle-ci aurait été créée de manière indépendante²²⁷⁶. Néanmoins, une telle rigueur peut s'expliquer par l'obligation de publication. Ce système de publication permet aux tiers d'avoir une pleine connaissance de l'étendue des droits reconnus au breveté. À l'inverse, en matière de secret des affaires, l'obtention du secret est considérée comme licite lorsque ce secret est obtenu par une création indépendante²²⁷⁷. Cette possibilité a été justifiée par le Législateur européen par l'absence d'un droit privatif sur le secret des affaires mais également par l'intérêt de l'innovation et de la concurrence²²⁷⁸. Cette possibilité peut aussi s'expliquer par l'absence de publicité rendant, par conséquent, difficile pour les tiers d'appréhender l'objet

²²⁷⁶Nous écartons l'hypothèse de la possession personnelle antérieure de l'invention qui est régie à l'art. L. 613-7 du CPI.

²²⁷⁷Art. L. 151-3 du C. com.

²²⁷⁸V. cons. 16 de la directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites

même du secret des affaires. Quant à la proposition de loi, elle ne prévoyait aucun mécanisme de publicité afin d'informer les tiers de l'étendue de la réservation de la création. Seule l'apposition d'un marquage était imposée. Or, encore fallait-il que le tiers ait eu accès à la création marquée pour connaître de l'étendue de la réservation. De surcroît, comme nous l'avons indiqué, le signe distinctif de réservation en lui-même ne semble pas suffire à délimiter correctement et de manière précise les éléments réservés. Cela aurait surtout pu poser des difficultés en présence d'une création réservée reprenant des éléments du domaine public. Il est, en effet, parfois ardu de distinguer ce qui relève de la connaissance appartenant au domaine public et ce qui relève du savoir-faire²²⁷⁹. Nous comprenons, dès lors, qu'il aurait été excessif, mais aussi inique, de sanctionner – civilement et pénalement – une personne qui de manière indépendante et de bonne foi avait mis au point une création similaire voire identique à celle réservée par un tiers. Faute de publicité, cette personne aurait pu légitimement ignorer l'existence même de cette création réservée.

324. Une proposition de loi dangereuse pour la créativité et l'innovation – La proposition de loi du député Jacques GODFRAIN risquait de tarir la créativité et le progrès. Sur ce point, nous pouvons reprendre la formule attribuée au philosophe platonicien Bernard DE CHARTRES suivant laquelle « *Nanos gigantum umeris insidentes* »²²⁸⁰, nous sommes comme des nains juchés sur les épaules de géants. L'innovation s'appuie sur des éléments du fonds commun, du domaine public. Ainsi, par exemple, des découvertes scientifiques ou des théories mathématiques ont pu être utilisées pour créer de nouveaux produits et de nouvelles connaissances. Nous pouvons illustrer nos propos avec la célèbre formule d'Albert EINSTEIN, $E = mc^2$ datant de 1905. Celle-ci se révèle être le résultat de propositions et de recherches antérieures telles que celles du mathématicien Isaac NEWTON dans son fameux traité *Opticks* de 1704, de la proposition du physicien italien Olinto DE PRETTO, ou encore, du mémoire d'Henri POINCARÉ sur la théorie de Lorentz et le principe de l'action et de la réaction²²⁸¹. Or, suivant l'exemple de l'article 3 de la proposition de loi visant comme créations réservées notamment les résultats de calculs, n'aurions-nous pas pu nous réserver cette célèbre formule $E = mc^2$? Force est de constater que faire de toute création un objet de droit d'exploitation exclusif n'augmente donc pas l'innovation, mais, au contraire, pourrait la miner. Ainsi, nous retrouvons le constat selon lequel « *il serait vain et probablement*

2279V. en ce sens : STROWEL A., et TRIAILLE J.-P., *op. cit.*, p. 33

2280NECKAM A., *De naturis rerum*, I, 78

2281V. sur l'histoire de la formule d'Albert EINSTEIN, $E = mc^2$: BIZOUARD C., *E=mc2, l'équation de Poincaré, Einstein et Planck*, Sciences (AFAS), 2005, p.35-37

dangereux de déclarer dans un texte de loi que toutes les formes nouvelles feront l'objet d'un monopole »²²⁸². Cette proposition de loi n'était pas uniquement dangereuse pour la créativité et l'innovation mais également constituait un « trublion » au sein de la propriété intellectuelle.

B. Un élément perturbateur des droits de la propriété intellectuelle

325. **Une remise en cause des droits de la propriété intellectuelle** – La proposition de loi du député Jacques GODFRAIN fait fi de l'idée qu'il existe une liberté de copier, corollaire du principe de la liberté de concurrence. Cette liberté a même pu être considérée comme « *un droit véritable et naturel qui est essentiel à la vie et déterminant du progrès de l'humanité* »²²⁸³. Le fondement de cette liberté trouve sa source dans le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791. Suivant ce principe, les créations qui ne sont pas protégées par un droit de propriété intellectuelle, soit parce qu'elles ne répondent aux conditions d'élection, soit parce qu'elles en sont expressément exclues, sont dans le domaine public²²⁸⁴ et, ce faisant, peuvent être librement copiées par autrui. Ces créations avec celles tombées dans le domaine public²²⁸⁵ font partie des choses communes au sens de l'article 714 du Code civil²²⁸⁶. Aussi, elles n'appartiennent à personne et leur usage est commun à tous. Cependant, la seule limite posée au principe de liberté de copier se trouve dans la concurrence déloyale et parasitaire. Ainsi, la Cour d'appel de Paris, dans une décision en date du 11 janvier 2023 a rappelé qu'« *il résulte du principe essentiel de la liberté du commerce et de l'industrie que le fait de copier un produit concurrent qui n'est pas protégé par des droits de propriété intellectuelle ne constitue*

2282DESJEUX X., *Quelle protection pour le modèle « fonctionnel » ?*, Gaz. Pal., 1981, p. 298

2283Propos tenu par le Professeur belge Théodore SMOLDERS, cité par ULMER E., SCHRICKER G., FRANCO B. et WUNDERLICH D., *La répression de la concurrence déloyale dans les États membres de la Communauté économique européenne*, Dalloz, 1974, Tome II/1, p. 398

2284BINCTIN N., *Droit de la propriété intellectuelle : droit d'auteur, brevet, droits voisins, marque, dessins et modèles*, LGDJ-Lextenso, Issy-les-Monlinox, 2016, 4^e éd., spéc. p. 575, n° 934) pour qui le domaine public est le « *régime de libre et gratuite exploitation qui devient applicable aux œuvres littéraires et artistiques, inventions brevetées, dessins et modèles, et marques, à l'expiration du délai pendant lequel leur auteur jouissait du droit exclusif de les exploiter* » (.

2285Nous pensons, par exemple, aux œuvres de l'esprit. Les droits patrimoniaux cessent soixante-dix ans après le décès de l'auteur (art. L. 123-1, al. 2, du CPI). Une fois le terme arrivé, l'œuvre en cause tombe dans le domaine public. Le droit moral ne jouera alors « *en quelque sorte le rôle d'une « loi de police* » » (CHARDEAUX M.-A., *Les choses communes*, L.G.D.J., Paris, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 464, juin 2006, p. 231, n° 195). De même, le brevet octroie à son titulaire un monopole d'exploitation sur l'invention d'une durée maximale de 20 ans à compter du dépôt de la demande de brevet (art. L. 611-2, L. 613-1 du CPI).

2286V. en ce sens : CHARDEAUX M.-A., *op. cit.*, p. 230, n° 195 – Sans confondre les créations tombées dans le domaine public à la suite de l'extinction du droit exclusif d'exploitation avec les biens communs, des autres auteurs les rapprochent par leur ressemblance, v. en ce sens : LUCAS A., LUCAS H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A., *Traité de la propriété littéraire et artistiques*, Litec, Paris, 7 décembre 2017, 5^e éd., spéc. p. 550-551, n° 652 : pour ces auteurs, l'œuvre de l'esprit tombée dans le domaine public est comparable à une chose commune au sens de l'article 714 du Code civil ; BINCTIN N., *op. cit.*, spéc. p. 578, n° 937

pas en soi un acte de concurrence déloyale et que la recherche d'une économie au détriment d'un concurrent n'est pas en tant que telle fautive, sous réserve de respecter les usages honnêtes et loyaux du commerce »²²⁸⁷.

Les droits de propriété intellectuelle constituent une exception à la règle de la concurrence et de la liberté de copier. Ce faisant, ils sont souvent décrits comme des « *îlots d'exclusivité dans la mer de la libre concurrence* »²²⁸⁸. Or, l'instauration d'une protection pour les créations réservées telle qu'envisagée par la proposition de loi aurait eu pour conséquence de renverser ce principe de liberté de copier. Pour suivre cette métaphore maritime, la mer de la libre concurrence se serait asséchée face à ce risque d'appropriation large de divers types de créations.

Par ailleurs, la proposition de loi du 30 juin 1992 risquait d'affaiblir l'intérêt pour les droits de propriété intellectuelle, voire de conduire à « *la ruine des propriétés intellectuelles existantes* »²²⁸⁹. En d'autres termes, elle risquait de phagocyter les droits de propriété intellectuelle. En effet, ce texte tendait, en réalité, à être un « *sous-droit d'auteur* » voire un ersatz visant à dépasser les limites de ce droit. Aussi, le droit d'exploitation exclusif tel qu'envisagé par la proposition aurait été un élément subversif, un trublion, pour la propriété littéraire et artistique et, plus largement, pour la propriété intellectuelle. D'une part, les exigences tenant à la création étant quasi inexistantes, les entreprises se seraient prévaluées plus facilement de cette protection. Nous pensons, par exemple, à l'hypothèse où l'entreprise a des doutes sur le caractère de nouveauté ou sur l'activité inventive d'une création. C'est également le cas lorsque l'entreprise ne désire pas publier son invention. D'autre part, le texte ne prévoyait nullement le paiement de redevance annuelle pour maintenir ses droits sur la création réservée. À l'inverse, en matière de droits de propriété industrielle, les titulaires doivent payer des redevances annuelles pour le maintien en vigueur de leurs titres²²⁹⁰. Dès lors, pour des raisons purement économiques, des entreprises auraient pu être tentées d'écarter toutes demandes de brevet, de dessins et modèles, au profit de la protection des créations réservées. Néanmoins, nous devons nuancer ce constat. Il ne faut pas occulter le fait que, dans le cadre du brevet, il existe des mécanismes d'extension internationale de brevet. Ainsi, par

2287V. par ex. CA Paris, ch. 5-1, 11 janvier 2023, RG n° 20/11901 : dans cette affaire, les juges parisiens ont précisé qu'« *à cet égard, constitue un comportement illicite comme contraire à de tels usages le fait, pour une personne physique ou morale, à titre lucratif et de façon injustifiée, de copier une valeur économique d'autrui, individualisée et procurant un avantage concurrentiel, fruit d'un savoir-faire, d'un travail intellectuel et d'investissements. Un tel fait caractérise du parasitisme économique et engage la responsabilité civile de son auteur au fondement de l'article 1240 du code civil.* » ; V. ég. CA Paris, ch. 5-1, 20 septembre 2023, RG n° 21/19365

2288STROWEL A., et TRIAILLE J.-P., *op. cit.*, p. 28

2289LE STANC C., *op. cit.*, p. 4 et s.

2290Par ex. pour le brevet, v. art. R 613-46 du CPI

exemple, le Traité de coopération en matière de brevets (PCT) permet de solliciter une protection des inventions dans plusieurs États contractants. Une telle possibilité faisait défaut au mécanisme de protection des créations réservées. Cette protection se serait limitée aux frontières du territoire français.

À cela, il faut également ajouter le risque comme certains auteurs²²⁹¹ l'avaient soulevé d'une perpétuelle protection de la création réservée par l'effet d'appositions successives du signe de réservation. Une telle possibilité conduirait tant à un désintérêt pour les droits de propriété intellectuelle qui sont, eux, temporaires²²⁹² qu'à un risque de paralysie de l'innovation. De surcroît, aucune inflexion n'est envisagée par la proposition de loi en cas de non-usage de la création réservée. Or, en matière de propriété intellectuelle, le défaut d'exploitation peut être sanctionné. Ainsi, par exemple, le propriétaire d'une marque risque la déchéance de ses droits dès lors qu'il n'en fait pas usage depuis plus de cinq ans par référence aux produits et services visés dans son dépôt²²⁹³. De même, la sanction du défaut d'exploitation d'un brevet peut consister en l'octroi d'une licence obligatoire à toute autre personne qui en fait la demande²²⁹⁴.

Ce risque tenant à l'affaiblissement possible de la propriété intellectuelle était-il réellement pertinent ? Cette question nous amène à voir l'articulation entre le régime des créations réservées et ceux des droits de propriété intellectuelle. De prime abord, la proposition de loi abordait au sein de son article 2 cette question. En effet, il était indiqué que les créations réservées consistent en des « *créations qui ne sont pas protégées par un des droits de propriété incorporelle relevant des livres 1 [le droit d'auteur], 5 [le droit des dessins et modèles] et 6 [le droit sur les brevets]* » du Code de la propriété intellectuelle. Nous pourrions, aujourd'hui, ajouter la référence au livre III pour y inclure le droit des producteurs de bases de données. Ainsi, le cumul de protection semblait *a priori* exclu. Néanmoins, des interrogations persistent. *Quid*, par exemple, d'une invention dont le brevet a été annulé ? Le titulaire pourrait-il, par la suite, se fonder sur la protection offerte au titre des créations réservées ? De plus, une superposition risquait d'apparaître avec des conséquences fâcheuses. Il s'agit de l'exemple du droit d'auteur qui vient protéger la forme de l'expression et non l'idée, cette dernière aurait pu, toutefois, prétendre à la protection des créations réservées²²⁹⁵.

2291 STROWEL A., et TRIAILLE J.-P., *op. cit.*, p. 32

2292 Nous devons, toutefois, signaler la particularité de la marque qui peut être renouvelée indéfiniment ou encore, du droit *sui generis* du producteur de base de donnée en cas de nouvel investissement substantiel (art. L. 342-5 du CPI).

2293 Art. L. 714-5 du CPI

2294 Art. L. 613-11 du CPI

2295 Cela vise notamment les idées publicitaires. Le droit d'auteur ne protégera uniquement la forme, c'est-à-dire le slogan, le dessin dès lors que ces derniers présentent une originalité.

Pareillement, en matière de brevet, une personne aurait pu choisir de breveter une partie non substantielle de la création brevetable et protéger le reste au titre de la création réservée. Nous ne pouvons que constater que la proposition de loi était restée succincte sur son articulation avec les droits de propriété intellectuelle. Cette articulation aurait pu se fonder sur les finalités des différents droits en cause. Encore fallait-il arriver à circonscrire la finalité de la protection des créations réservées.

326. Un arbitrage entre les intérêts privés et les intérêts collectifs quasi absent – Tous les droits de propriété intellectuelle sont le fruit d'un arbitrage entre les intérêts privés et ceux de la collectivité. Cet arbitrage s'illustre tant dans les conditions d'élection au droit de propriété intellectuelle que dans leurs exceptions et leur finalité²²⁹⁶. Or, nous remarquons toute de suite que la proposition de loi sur la protection des créations réservées n'a pas procédé à cette conciliation, ou à tout le moins, n'a pas pris pleinement en compte les intérêts de la collectivité. Cela s'observe notamment par l'absence flagrante de limitations de la protection envisagée. Seule une limite était expressément prévue, celle consistant en une autorisation judiciaire d'exploitation. Or, *quid* de l'utilisation d'une création réservée dans la sphère uniquement privée ou dans le cadre purement expérimental ? Si nous nous reportons à l'article 7 de la proposition de loi, nous observons que les faits pouvant être sanctionnés sont larges. Cette disposition ne fait, effectivement, aucune distinction entre les exploitations à des fins lucratives et celles qui ne le sont pas. En cela, il y aurait eu un risque de sanctionner l'usage à titre privé d'une création réservée ou encore à titre de test.

De même, compte tenu des conditions pour bénéficier de la protection sur les créations réservées, une tension entre les autres droits et libertés des tiers aurait pu surgir. Ainsi, par exemple, de simples informations contenues dans un article de presse qui ne peuvent relever du droit d'auteur²²⁹⁷ auraient parfaitement pu prétendre à la protection des créations réservées. Ce faisant, la reprise de telles informations aurait caractérisé une exploitation non autorisée pouvant conduire aux sanctions prévues aux articles 7 et 15 de la proposition de loi sans qu'il y ait eu prise en compte de la liberté d'expression et d'information qui est, pourtant, une liberté fondamentale.

2296SIIRIAINEN F., *L'appropriation*, in Droit et marchandisation (sous-dir. É. Loquin et A. Martin), Litec, Paris, 16 avril 2010, p.151

2297LUCAS A., LUCAS H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A. et BERNAULT C., *Traité de la propriété littéraire et artistiques*, Litec, Paris, 7 décembre 2017, 5^e éd., p. 86, n° 65

327. **La proposition GODFRAIN, une tentative de protection riche d'enseignements** – Finalement, l'histoire de la proposition de loi relative à la protection des créations réservées se révèle éclairante. En effet, cette proposition de loi permet d'une part, d'attester de l'idée que les créations hors du champ de la propriété intellectuelle ne sont pas, par nature, inappropriables²²⁹⁸. Un auteur a même pu voir dans cette proposition, la preuve de « *l'insuffisance de la structure de la propriété intellectuelle, de son incapacité à faire face au flot montant des besoins* »²²⁹⁹. Et d'autre part, elle nous fournit un exemple de ce qu'il convient d'éviter de faire en la matière. Cette proposition de loi de l'ancien député Jacques GODFRAIN est l'exemple flagrant de la volonté de protéger la valeur de biens incorporels sans qu'il y ait une cohérence avec les droits de la propriété intellectuelle existants et un réel arbitrage entre les intérêts privés et collectifs.

La proposition de loi sur les créations réservées n'est pas le seul exemple de volonté d'appropriation d'élément incorporel uniquement en raison de sa valeur potentielle. Cette volonté s'est également observée lors du débat de l'appropriation des données à caractère personnel.

Sous-section 2. Le rejet de l'appropriation des données à caractère personnel

328. **L'importance économique des données à caractère personnel** – Il est devenu un truisme de dire que les données sont considérées comme de l'« *or noir du XXI^e siècle* »²³⁰⁰, de la « *matière première* ». Parmi elles, nous retrouvons une catégorie devenue essentielle pour l'économie numérique, les données à caractère personnel. Celles-ci sont de plus en plus présentes dans l'environnement numérique en raison de l'utilisation de nouvelles technologies

2298V. en ce sens : CHARDEAUX M.-A., *Les choses communes*, L.G.D.J., Paris, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 464, juin 2006, p. 153, n° 127

2299LIBCHABER R., *La recodification du droit des biens*, in *Le Code civil 1804 – 2004*, Livre du bicentenaire, Dalloz et Litec, Paris, 2004, p. 344, n° 42

2300THORP J., *Big Data Is Not the New Oil*, Harvard Business Review, 30 novembre 2012, disponible [en ligne] : <https://hbr.org/2012/11/data-humans-and-the-new-oil> (consulté le 31/08/2023) ; pour cet auteur, « *It must be a helpful metaphor to frame something that is not very well understood* » – V. ég. BROUSSEAU É., *Organiser la valorisation de l'or noir du XXI^e siècle*, Annales des Mines, juin 2022, n° 18, p. 15 et s. : cet auteur estime que cette comparaison avec les hydrocarbures permet de souligner « *à la fois l'immense gisement de valeur [que les données] constituent et les dangers de concentration du pouvoir économique entre les mains de quelques grandes entreprises prenant le contrôle de leur exploitation* ». V. ég. POULLET Y., *La « propriété » des données : Balade au « pays des merveilles » à l'heure du big data*, in *Penser le droit de la pensée : Mélanges en l'honneur de Michel Vivant*, Dalloz, Paris, 23 septembre 2020, spéc. p. 341 : l'auteur fait référence à l'expression « *Data as a new oil* ».

telles que l'Internet des objets²³⁰¹. Ces données se révèlent économiquement importantes pour les entreprises. Nous pouvons citer à titre d'exemple le fichier client qui, pour l'entreprise, est un bien informationnel²³⁰² précieux. Aussi, ce bien se trouve-t-il au carrefour de plusieurs droits concurrents, les droits de la personnalité, les droits de propriété intellectuelle²³⁰³ voire le droit de la responsabilité²³⁰⁴. Partant, le propriétaire de biens informationnels comprenant des données personnelles « *ne dispose pas d'une liberté de manœuvre aussi grande que celle dont dispose[sic] les propriétaires de biens mobiliers classiques* »²³⁰⁵.

Les données personnelles sont dignes de protection, mais elles sont aussi le « *substrat nécessaire* »²³⁰⁶ des activités des entreprises. En effet, les données personnelles contribuent à évaluer la part de marché détenue par l'entreprise permettant d'« attirer » des investisseurs. Comme l'avait souligné le Professeur ERIC A. DROTT « *as an asset, user data can contribute to a platform's market valuation, making it a more attractive vehicle for capital investment or acquisition* »²³⁰⁷. Par ailleurs, croiser des données personnelles d'une population d'individus présente un intérêt pour l'entreprise que ce soit pour déterminer l'âge moyen des personnes intéressées par le produit ou service, que pour déterminer l'efficacité d'un médicament selon une population, voire pour proposer des services personnalisés par le biais de recommandations algorithmiques²³⁰⁸. Cette dernière pratique repose sur la capacité à

2301 L'Union européenne avait estimé en 2013 à 1,8 milliard le nombre d'objets connectés (AGUZZI S., BRADSHAW D., CANNING M. et al., *Definition of a Research and Innovation Policy Leveraging Cloud Computing and IoT Combination*, European Commission, 2014, p. 10, disponible [en ligne] : http://publications.europa.eu/resource/ellar/35f3eccd-f7ce-11e5-b1f9-01aa75ed71a1.0001.01/DOC_1 (consulté le 11/08/2023)) et au niveau mondial, ce chiffre se situe à 9 milliards pour la même période (OECD, *OECD Digital Economy Outlook* 11 octobre 2017). Dans une étude de janvier 2022, le nombre d'objets connectés en France a été évalué à 244 millions par l'ADEME et l'Arcep (AIOUCH Y., CHANOINE A., CORBET L. et al., *Évaluation de l'impact environnemental du numérique en France et analyse prospective*, ADEME et Arcep)

2302 V. par ex. aux États-Unis d'Amérique l'affaire *Toysmart* dans laquelle le fichier client de la société *Toysmart* a été racheté par une filiale de *Walt Disney Co* pour 50 000 dollars, ce fichier comprenant plus de 250 000 données personnelles de clients.

2303 Une liste de clients ou fournisseurs peut être protégée par les droits des producteurs de bases de données, voire par le droit d'auteur.

2304 L'on pense ici à l'action en concurrence déloyale et parasitaire. En effet, le détournement du fichier clientèle d'un concurrent pour démarcher sa clientèle constitue un procédé déloyal. V. par ex. Cass. com., 12 mai 2021, n°19-17.714 ; RJDA, 1^{er} octobre 2021, n° 10, p. 948 ; Légipresse, 2021, 24 juillet 2021, n° 394, p. 262 – Cass. com., 7 décembre 2022, n° 21-19.860 ; D., 2022, Actu. 2220 ; Rev. sociétés, 2023, p. 429, note CORICON D., JCP E., 16 mars 2023, n° 11, p. 37, note BETTONI L.

2305 RANDRIANIRINA I., *Le fichier informatique de données personnelles, un bien singulier*, in Mélanges en l'honneur de Grégoire Forest, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, 23 avril 2014, p. 220

2306 DOCQUIR B., *Le droit de la vie privée*, Larcier, Bruxelles, 1^{er} janvier 2008, p. 86, n° 144

2307 A. DROTT E., *Music as a Technology of Surveillance*, Journal of the Society for American Music, août 2018, vol. 12, n° 3, p. 233-267

2308 Selon une étude menée par Messieurs Jean-Samuel BEUSCART Samuel COAVOUX et Madame Sisley MAILLARD, 41 % des musiques écoutées sur les plateformes de streaming résulteraient de recommandations algorithmiques (BEUSCART J.-S., COAVOUX S., et MAILLARD S., *Les algorithmes de recommandation musicale et l'autonomie de l'auditeur. Analyse des écoutes d'un panel d'utilisateurs de streaming*, Réseaux : communication, technologie, société, 2019, 213, p.17-47 spéc. 35). Quant à Netflix, plateforme mondialement connue de diffusion en continu de films et de séries, plus de 80 % de contenus

modéliser les préférences individuelles des utilisateurs à l'aide des données relatives à leur consommation passée. De telles pratiques sont de plus en plus présentes au sein des industries culturelles²³⁰⁹ avec l'usage de plateformes de vidéos en flux. Désormais, il est courant de parler de « *Big Personal Data* »²³¹⁰ qu'il est possible de traduire par « données personnelles volumineuses ». Une autre expression a émergé, celle de « *Digital Labor* »²³¹¹ afin de souligner la forme de participation des utilisateurs de services numériques à la création de richesse des acteurs économiques. Ainsi, par exemple, la société *Spotify* a déposé le 1^{er} mars 2022 un brevet intitulé « *system and method for breaking artist prediction in a media content environment* »²³¹². Il s'agit d'un algorithme de détection de talents. En d'autres termes, cette société a développé une technologie permettant de prédire quels artistes relativement inconnus sur sa plateforme seraient susceptibles de percer dans un avenir proche. Une autre illustration de l'utilisation des données personnelles par les entreprises vient d'outre-Rhin. Une entreprise allemande, *TraumaData* a développé des contenus immersifs augmentés dans le domaine médical. Il s'agit d'un jeu vidéo ludique destiné aux chirurgiens qui capte les données notamment les mouvements du jeu en temps réels et les retranscrit dans des interfaces tactiles et haptiques dans un environnement immersif fidèle aux situations professionnelles²³¹³. Ces exemples montrent que les sociétés axées sur les données sont « *avides* » de données

visionnés étaient à la suite de recommandations algorithmiques (ARIBAUD O., *Al(t)gorithmes (1) : Des recommandations toujours plus gourmandes en données*, LINC, 17 décembre 2022, disponible [en ligne] : <https://linc.cnil.fr/altalgorithmes-1-des-recommandations-toujours-plus-gourmandes-en-donnees-personnelles> (consulté le 29/07/2023)).

L'utilisation de recommandations algorithmiques se fait de plus en plus présente sur internet. L'une des raisons d'une telle intensification est que ce système de recommandations est un moyen pour se distinguer de ces concurrents (HRACS B. J. et WEBSTER J., *From selling songs to engineering experiences : exploring the competitive strategies of music streaming platforms*, *Journal of Cultural Economy*, 2021, 14:2, p. 240-257 – v. ég. MEHROTRA R., *Algorithmic Balancing of Familiarity, Similarity, & Discovery in Music Recommendations*, CIKM'21 : Proceedings of the 30th ACM International Conference on Information & Knowledge Management, october 2021, p. 3996–4005)

2309CNIL, *Spécificités des données personnelles culturelles : un essai de typologie*, Cahiers IP Innovation & Prospective, n° 3, p. 22 : proposant de reconnaître l'existence de « données personnelles culturelles » en raison de la spécificité des données du domaine.

2310ANCIAUX N. et ZOLYNSKI C., *Empowerment et Big Data sur les données personnelles ; De la portabilité à l'agentivité*, in *Le Big Data et le droit*, sous-dir. F. G'sell, Dalloz, éd. 1ère, coll. Thèmes et commentaires, Paris, février 2020, p. 229-230

2311Expression du Professeur Antonio CASILLI, citée dans : GUILLAUD, H., *Digital Labor : comment répondre à l'exploitation croissante du moindre de nos comportements*, *Internet Actu*, 20 décembre 2014, disponible [en ligne] : <https://www.lemonde.fr/blog/internetactu/2014/12/20/digital-labor-comment-repondre-a-l'exploitation-croissante-du-moindre-de-nos-comportements/> (consulté le 30/08/2023). V. ég. SCHOLZ, T. (sous-dir.), *Digital Labor : The Internet as Playground and Factory*, Routledge, Londres, octobre 2012, 258 p.

2312US Patent n° US 11,263,532 B2, Mar. 1, 2022, disponible [en ligne] : <https://www.musicbusinessworldwide.com/files/2022/03/Spotify-popularity-prediction-1.pdf> (consulté le 29/08/2022)

2313V. CNIL, *Demain, quelles créations et quels usages Data-driven*, Cahiers IP Innovation & Prospective, n° 3, p. 70

personnelles afin de bénéficier des économies de gamme générées²³¹⁴ par cet ensemble de données²³¹⁵.

Au regard de ce qui précède, les données à caractère personnel « *relèvent à la fois de l'être et de l'avoir* »²³¹⁶ ou plus précisément, elles sont à la frontière entre la personne et la chose. Nous retrouvons dans une certaine mesure le débat entourant les questions sur le corps humain qui « *est et n'est qu'une chose* »²³¹⁷. Partant, les données personnelles sont tiraillées entre une approche personnaliste fondée sur le concept de droits de la personnalité et propriétaire²³¹⁸ c'est-à-dire un droit de propriété. En somme, la donnée personnelle illustrerait la tension entre une conception extra-patrimoniale, droit de la personnalité et une conception patrimoniale, un droit de propriété. Cette opposition est perceptible sur le plan géographique entre la vision américaine de la protection des données personnelles et celle européenne. Cependant, droit de la personnalité et droit de propriété ont pour dénominateur commun d'être des droits subjectifs opposables *erga omnes*.

De nombreux États ont mis en place une législation spéciale et cela, en raison des risques liés à l'utilisation des données à caractère personnel pour l'individu²³¹⁹. Ainsi, actuellement, selon la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, environ soixante-et-onze pour cent des pays ont instauré une législation afin de protéger ce type de données²³²⁰. Il est indéniable que le règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 connu sous l'acronyme « RGPD » a exercé une influence dans l'élaboration d'un modèle de

2314 DUCH-BROWN N., MARTENS B. et MUELLER-LANGER F., *The economics of ownership, access and trade in digital data*, JRC Digital Economy Working Paper 2017-01, 2017, p. 10

2315 Relevons, toutefois, que les avantages attendus de l'économie de gamme peuvent se trouver être limités au regard du règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016. En effet, l'article 5.1.b) dudit règlement encadre la collecte des données, celle-ci devant poursuivre des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement d'une manière incompatible avec ces finalités. V. DUCH-BROWN N., MARTENS B. et MUELLER-LANGER F., *op. cit.*, p. 16

2316 MOURON P., *Pour ou contre la patrimonialité des données personnelles*, Revue européenne des médias et du numérique, printemps-été 2018, n° 47-48, p. 90 et s.

2317 REVET T., *Le corps humain est-il une chose appropriée ?*, RTD Civ., 2017, n° 3, p. 587

2318 Ou encore appelée « *approche réaliste* » (ROCHFELD J., *Contre l'hypothèse de la qualification des données personnelles comme des biens*, in Les biens numériques (sous-dir. Emmanuel Netter et Aurore Chaigneau), CEPRISSA, coll. Colloque, 2015, p. 221 et s.)

2319 En France, par exemple, bien avant l'adoption de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995, la question de la protection des données personnelles s'est posée dès le 21 mars 1974, à la suite de la révélation par le journal *Le Monde* d'un projet du Gouvernement de Pierre MESSMER intitulé « SAFARI » pour Système Automatisé pour les Fichiers Administratifs et le Répertoire des Individus (FOREST D., *La vie privée apostrophée*, Dalloz IP/IT, 20 juillet 2023, n° 7, p. 432 et s.). Il s'agissait concrètement de mettre en place une base de données centralisant les informations des Français. Ce scandale politique a entraîné la création par le Premier ministre de l'époque d'une commission nommée « Informatique et Libertés » qui avait pour mission de réfléchir sur une réglementation tenant à l'utilisation informatique des données. Cela aboutit à la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés plus connue sous l'intitulé « loi Libertés et Informatique ». La Commission nationale informatique et libertés, la CNIL, a été mise en place par cette loi. Cette autorité administrative indépendante est notamment chargée de contrôler et de veiller au respect des dispositions de la loi Libertés et Informatique.

2320 V. <https://unctad.org/page/data-protection-and-privacy-legislation-worldwide> (consulté le 27/07/2023)

protection des données personnelles dans l'environnement numérique et cela, de part, son champ d'application territorial²³²¹. Par ce règlement, le Législateur européen a entendu offrir un « *empowerment* »²³²² aux individus par la reconnaissance de nouvelles prérogatives telles que le droit de portabilité.

329. **La notion de « données à caractère personnel »** – Avant d'approfondir notre étude, il convient de circonscrire la notion de « donnée à caractère personnel ». Cela est important pour déterminer le champ matériel de la réglementation. Le RGPD a retenu une définition large de cette notion²³²³ comme « *toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable [...] ; est réputée être une « personne physique identifiable » une personne physique qui peut être identifiée, 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* »²³²⁴. Dès lors, nous serons en présence d'une donnée personnelle lorsque seront réunis les éléments suivants : une information objective²³²⁵ ou subjective²³²⁶ sur une personne

2321Le champ d'application territorial du règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 est déterminé par l'article 3. Il repose sur deux critères principaux qui sont d'une part, l'existence d'un établissement sur le territoire de l'Union européenne que le traitement ait lieu ou non dans l'Union, et d'autre part, le fait que le traitement est effectué à l'égard de résidents européens. V. NAFTALSKI F., *L'étendue d'application du RGPD*, Juris tourisme, 15 mai 2022, n° 252, p. 17 et s. – V. ég. European Data Protection Board, *Guidelines 05/2021 on the Interplay between the application of Article 3 and the provisions on international transfers as per Chapter V of the GDPR Version 2.0*, 14 février 2023, disponible [en ligne] : https://edpb.europa.eu/system/files/2023-02/edpb_guidelines_05-2021_interplay_between_the_application_of_art3-chapter_v_of_the_gdpr_v2_en_0.pdf (consulté le 15/08/2023).

2322ANCIAUX N. et ZOLYNSKI C., *op. cit.*, p. 219-237 – Cependant, il semble que cet « *empowerment* » doit somme tout être relativisé dans la mesure où, comme l'avait en 2014 relevé le Conseil d'État, « *les droits reconnus aux individus se limitent, pour l'essentiel, à leur permettre de rester à l'écart du traitement de leurs données (choix qui n'est presque jamais fait), sans leur donner de réel pouvoir sur le contenu du service et la manière dont leurs données sont traitées* » (Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La Documentation française, 2014, p. 25)

2323De même pour l'ancienne directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 – V. COM(92) 422 final, 28.10.1992, p. 10 (commentaire relatif à l'article 2) : il est indiqué que « *la proposition modifiée donne satisfaction à l'objectif du Parlement qui est d'adopter la définition la plus globale possible de la notion de « donnée à caractère personnel », afin de couvrir toutes les informations qui peuvent être reliées à une personne physique* » ; Position commune (CE) n° 1/95 arrêtée par le Conseil le 20 février 1995, JO C 93 du 13 avril 1995, p. 20

2324Article 4, Règlement (UE) 2016/679. Cette définition est similaire à celle retenue par l'Organisation de coopération et de développement économiques dans ses lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontalières de données de caractère personnel adoptées le 23 septembre 1980.

2325Par ex. une adresse de protocole Internet (adresse IP) statistique (CJUE, 3^e ch., 24 novembre 2011, *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, aff. C-70/10) et dynamique c'est-à-dire une adresse IP qui change à l'occasion de chaque nouvelle connexion à Internet (CJUE, 19 octobre 2016, *Patrick Breyer c. Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-582/14).

2326Par ex. des avis ou d'appréciations, à condition que celles-ci concernent la personne en cause (CJUE, 20 décembre 2017, *Peter Nowak c. Data Protection Commissioner*, aff. C-434/16, pt. 34 et 43)

physique identifiée²³²⁷ ou identifiable²³²⁸. Ainsi, comme l'a justement indiqué Madame Olivia TAMBOU une donnée est personnelle lorsqu'elle « *permet de révéler l'identité d'un individu [...] ou de le différencier au sein d'un groupe, de saisir sa personnalité, son comportement* »²³²⁹. En s'appuyant sur l'avis 4/2007 du Groupe de travail « Article 29 »²³³⁰ devenu le Comité européen de la protection des données, Monsieur Benjamin DOCQUIR estime que l'information concernera une personne lorsque celle-ci « *se réfère à cette personne soit en raison de son contenu, soit en raison du but poursuivi par celui qui l'utilise, soit encore en raison de l'impact que cette information peut avoir sur la personne* »²³³¹. Aussi, à titre d'illustration, relève de cette notion la liste des actionnaires individuels d'une société, dont aucun ne détient plus de 25 % du capital²³³².

La définition retenue de la notion de données personnelles par le Législateur européen est large²³³³. Cela s'explique avant tout par la volonté de renforcer la maîtrise de l'individu sur son « *image informationnelle* »²³³⁴. Nous constatons également qu'elle néglige la distinction entre les notions de donnée et d'information. En effet, le Législateur européen n'a pas pris égard à bien distinguer entre le niveau syntaxique de l'information c'est-à-dire la forme que prend l'information et la donnée qui est la source d'informations²³³⁵. L'objet de protection est

2327Nous pouvons définir la personne identifiée comme « *la personne dont on connaît l'identité* » (EYNARD J., *Une application systématique du RGPD ?*, Juris tourisme, 2018, n° 207, p. 19). Pour la Professeure Cécile DE TERWANGNE, « *le fait d'être identifié signifie que la personne est distinguée des autres membres du groupe auquel elle appartient* » (DE TERWANGNE C., *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR) ; analyse approfondie*, Larcier, Bruxelles, coll. Du Crids, 24 octobre 2018, p. 712 – définition à mettre en lien avec l'avis du groupe de l'Article 29, G29, *Avis 4/2007 du groupe de travail relatif au concept de données à caractère personnel*, WP136, 20 juin 2007, p. 13.). En somme, selon cette interprétation, l'information concernant une personne identifiée serait en réalité une information concernant une personne physique directement identifiante.

2328L'art. 4.1 du règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 prévoit qu'« *est réputée être une « personne physique identifiable » une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement* ». – DE TERWANGNE C., *op. cit.*, p. 712 pour qui « *le fait d'être identifiable signifie que la personne n'est pas encore identifiée mais qu'il est possible de le faire, que ce soit directement ou indirectement* ». Ainsi, ici, c'est le « *pouvoir identifiant de la donnée* » (VERGNOLLE, S., *L'effectivité de la protection des personnes par le droit des données à caractère personnel*, Bruylant, Bruxelles, 13 octobre 2022, coll. Droit de l'Union européenne, p. 111, n° 115) c'est-à-dire la capacité de distinguer une personne du groupe d'individus, qui justifie de l'inclure dans le régime des données personnelles. V. CJUE, 8^e ch., 26 avril 2023, *Conseil de résolution unique (CRU)*, c. *Contrôleur européen de la protection des données (CEPD)*, aff., T-557/20

2329TAMBOU, O., *Manuel de droit européen de la protection des données à caractère personnel*, Bruylant, Bruxelles, 22 janvier 2020, 1^{re} éd., p. 57-58

2330Groupe de travail « article 29 » sur la protection des données, *Avis 4/2007 sur le concept de données à caractère personnel*, 20 juin 2007, 01248/07/FR WP 136, disponible [en ligne] : https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_fr.pdf (consulté le 01/08/2023)

2331DOCQUIR B., *Le droit de la vie privée*, Larcier, Bruxelles, 1^{er} janvier 2008, p. 92, n° 160

2332CAA Douai 10 septembre 2019, n° 19DA01421

2333V. par ex. CJUE, 8^e ch., 26 avril 2023, *Conseil de résolution unique (CRU)*, c. *Contrôleur européen de la protection des données (CEPD)*, aff., T-557/20

2334DOCQUIR B., *op. cit.* p. 88, n° 148

2335STROWEL A., *Les données, un nouvel actif à l'intersection des propriétés intellectuelles*, in *La propriété intellectuelle*, (sous-dir. Jean-Michel Bruguière), Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, 6 octobre 2022, p. 111

avant tout, en réalité, les informations sémantiques tenant à la personne physique. En d'autres termes, la protection des données à caractère personnel intervenant au niveau sémantique, la forme syntaxique des données n'a pas d'incidence sur le champ de la protection. Partant, nous n'aurons pas égard à la représentation du contenu informationnel mais plutôt de la signification de l'information. Si cette dernière permet d'identifier ou de rendre identifiable la personne, celle-ci relèvera de la réglementation des données personnelles. Il s'agit d'une définition tellement accueillante que des auteurs soutiennent que tout est devenu donnée personnelle²³³⁶. Ainsi, par exemple, avec les nouvelles technologies, il est possible d'identifier une personne à partir de sa navigation dans un moteur de recherche²³³⁷.

En somme, pour qu'une donnée soit qualifiée de personnelle et être protégée, elle doit se rapporter à une personne physique identifiée ou identifiable. Aussi, les données ayant fait l'objet d'une « anonymisation », c'est-à-dire des données rendues anonymes de telle manière que la personne concernée ne soit pas ou plus identifiable, ne bénéficient plus de la protection au titre des données à caractère personnel²³³⁸. Ces données anonymisées relèvent de la catégorie de données non personnelles. L'utilisation de ce type de données présente, pour les sociétés, des avantages. Ainsi, par exemple, la société *Orange* a mis en place un service intitulé *Flux Vision*, utilisant des données anonymisées afin de mesurer l'attractivité d'une zone géographique. Ce service permet, entre autres, pour un commerçant de connaître avec précision les zones de chalandise ou encore, d'organiser les réseaux de transport en fonction du flux de voyageurs.

2336ROCHFELD J., *op. cit.*, p. 222 ; TAMBOU, O., *Manuel de droit européen de la protection des données à caractère personnel*, Bruylant, Bruxelles, 22 janvier 2020, 1^{re} éd., p. 58

2337À titre d'illustration, nous pouvons citer l'affaire *AOL*. En 2006, ce fournisseur d'accès internet avait mis en ligne 20 millions de données correspondant à des recherches effectuées sur son site par près de 650 000 utilisateurs. Ces données avaient été anonymisées selon un procédé de pseudonymisation. Certains utilisateurs ont toutefois été identifiés par recoupement (v. GORGE G. et PILLET F., *Rapport d'information sur l'open data et la protection de la vie privée*, Sénat, n° 469, session ordinaire, 16 avril 2014, p. 47). Comme l'indiquent Messieurs Gaëtan GORGE et François PILLET, « d'une manière générale, il suffit de peu de données – et des données anodines en apparence – pour que l'empreinte laissée par celles-ci permette d'identifier une personne parmi d'autres, ce qui permet de la retrouver dans la base en dépit de son anonymisation et donc d'avoir accès, ensuite, à tous son dossier » (*Ibid.*).

2338V. Cons. 26 du règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 – Il convient de bien distinguer l'anonymisation de la « pseudonymisation » qui correspond au « traitement de données à caractère personnel de telle façon que celles-ci ne puissent plus être attribuées à une personne concernée précise sans avoir recours à des informations supplémentaires » (art. 4.5) du Règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016). Les données issues de la procédure de pseudonymisation restent néanmoins soumises aux règles de protection des données personnelles.

330. **L'exclusion de la personne morale du champ de protection** – Au regard de la définition des données personnelles, il ressort que, paradoxalement²³³⁹, les personnes morales²³⁴⁰, groupements dotés de la personnalité juridique, sont exclues de cette protection. Cette exclusion crée une différence de traitement par rapport aux personnes physiques, une disparité qui n'est, toutefois, pas nouvelle entre personnes physiques et morales. Cette différence se retrouvait déjà en matière de protection de la vie privée. En effet, il ressort de la jurisprudence française et européenne que les personnes morales ne peuvent invoquer la protection que de certaines composantes de la vie privée telles que le droit à protection de leur réputation²³⁴¹ ou de leur domicile²³⁴², de leurs correspondances²³⁴³. En d'autres termes, les personnes morales ne jouissent pas des mêmes droits fondamentaux²³⁴⁴.

331. **Les données non personnelles** – L'existence de données personnelles implique celle de données non personnelles²³⁴⁵. Cette notion n'est pas définie par le Législateur. Ce type de données est essentiellement appréhendé au regard des données personnelles. En d'autres termes, les données non personnelles sont définies négativement par rapport aux données à caractère personnel²³⁴⁶. Ainsi, tout ce qui n'est pas une donnée personnelle relève de la notion de donnée à caractère non personnel. Bien que cette distinction semble *a priori* simple, force est de remarquer qu'en pratique, la frontière entre ces deux notions est somme toute difficile à établir. De fait, cette frontière est fluctuante dans la mesure où des données aujourd'hui considérées comme non personnelles pourront devenir des données personnelles et cela, par le progrès technologique²³⁴⁷.

2339ANCEL P., *La protection des données personnelles : aspects de droit privé français*, Revue internationale de droit comparé, 1987, vol. 39, n° 3, p. 622

2340QUIEVY J.-F., *Anthropologie juridique de la personne morale*, L.G.D.J. Paris, coll. Thèses, sous-coll. Bibliothèque de droit privé, 2 juin 2009, 432 p. ; MATHEY N., *Recherche sur la personnalité morale en droit privé*, Thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, 2001

2341Cass., crim., 12 octobre 1976, n° 75-90.239, Bull. crim., 1976, n° 287, p. 738 ; Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1977, p. 587, obs. LEVASSEUR G.

2342Cass., crim., 23 mai 1995, n° 94-81.141, Bull. crim., 1995, n° 193, p. 524 ; RTD Civ., 1996, 130, obs. HAUSER J. ; Rev. sociétés, 1996, 109, note BOULOC B.

2343CEDH, 28 juin 2007, *Association pour l'intégration européenne et les droits de l'homme et Ekimdjiev c. Bulgarie*, req. n°62540/00

2344Par ex. les personnes morales ne peuvent pas se prévaloir d'une atteinte à la vie privée au sens de l'article 9 du Code civil (Cass., civ. 1^{re}, 17 mars 2016, n° 15-14.072, Bull. civ., 2016, n° 846, I, n° 1060 ; D., 2016, p. 1116, note LOISEAU G. – Cass. civ. 1^{re}, 16 mai 2018, n° 17-11.210).

2345Cette déduction est confortée par le 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, JOUE, 28 novembre 2018, L 303/59

2346V. art. 2.1 du règlement (UE) 2018/1807 du 14 novembre 2018

2347ANEČEK V., *Ownership of personal data in the Internet of Things*, Computer Law & Security Review, 2018, vol. 34, n° 5 : pour qui « *the same piece of data can be interpreted as substantiating both personal and non-personal information depending on the context and purpose of its use, which leads to erosion of the line between personal and non-personal data* ».

I. Une protection extra-patrimoniale fondée sur les droits et libertés fondamentaux

332. **Du respect à la vie privée au droit à l'autodétermination** – Le fondement apparent de la législation de 1978 sur les données à caractère personnel est le respect de la vie privée²³⁴⁸. Il s'agit donc d'une approche que nous pourrions qualifier de personnaliste. Une telle perspective a pour mérite indéniable de mettre en exergue le fait que ce type de données est une composante de l'identité de la personne physique concernée, voire le prolongement de sa personnalité²³⁴⁹. Partant de là, s'est posée la question de savoir si cette protection des individus face au traitement de leurs données personnelles impliquait l'émergence de nouveaux droits fondamentaux spécifiquement liés à ces données. Cette création de nouveaux droits fondamentaux serait la traduction de la prise en compte des progrès technologiques et sociaux. Néanmoins, une telle reconnaissance est-elle véritablement nécessaire ? Nous pouvons légitimement en douter. En effet, même si la Convention européenne des droits de l'homme ne mentionne pas explicitement des droits liés aux données personnelles, la Cour de Strasbourg a tout de même protégé ces données en se basant sur son fameux article 8, disposition relative au droit au respect de la vie privée et familiale²³⁵⁰. Dès lors, le droit au respect de la vie privée a joué un « rôle matriciel dans l'apparition de nouveaux droits fondamentaux liés aux données personnelles »²³⁵¹. Dès lors, la reconnaissance textuelle ne serait, selon nous, que déclarative. Tel est le cas pour la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui a consacré de façon autonome le droit à toute personne à la protection des données à caractère personnel la concernant²³⁵². Cependant, le droit au respect de la vie

2348Ce fondement de la vie privée est également celui retenu par le Conseil de l'Europe (v. Conseil de l'Europe, *Manuel de droit européen en matière de protection des données*, Office des publications de l'Union européenne, Luxembourg, 2014, p. 39). – V. ég. BOURSIER D. et de FILIPPI P., *Vers un droit collectif sur les données de santé*, Revue de droit sanitaire et social, 2018, n° 3

2349MOURON P., *Pour ou contre la patrimonialité des données personnelles*, Revue européenne des médias et du numérique, printemps-été 2018, n° 47-48, p. 90 et s. – V. ég. ROCHFELD J., *op. cit.*, p. 221 et s., n° 11, spéc. p. 231 ; POULLET Y., *op. cit.*, p. 339-356

2350V. par ex. CEDH, 5^e sect., 18 avril 2013, aff. *M. K. c. France*, req. n° 19522/09 ; CEDH, 1^{er} sect., 16 mars 2017, aff. *MODESTOU c. Grèce*, req. n° 51693/13 ; CEDH, 2^e sect., 28 mars 2017 aff. *SAVOTCHKO c. République de Moldova*, req. n° 33074/04 ; CEDH, 1^{er} sect., 24 janvier 2019, aff. *CATT c. Royaume-Uni*, req. n° 43514/15 ; CEDH, 5^e sect., 8 septembre 2022, aff. *DRELON c. France*, req. n° 3153/16 et 27758/18

2351TINIÈRE R., *Les données personnelles, sources de nouveaux droits fondamentaux*, in L'émergence d'un droit des données, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, 7 décembre 2023, p. 61

2352Art. 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 18 décembre 2000, JOCE, C 364/01 – V. notamment CJUE, gr. ch. 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige AB c. Post – och telestyrelsen*, aff. Jointes C-203 et 698/15, spéc. p. 129 dans lequel la Cour de Luxembourg précise que « l'article 8 de la Charte concerne un droit fondamental distinct de celui consacré à l'article 7 de celle-ci et qui n'a pas d'équivalent dans la CEDH ».

privée et celui des données personnelles ne s'excluent pas mutuellement²³⁵³. Cela s'explique par le fait que l'article 8 de la Charte vise davantage à protéger les données en tant que telles qu'à protéger l'individu²³⁵⁴. À l'inverse, l'article 7, lui, entend préserver la personne humaine.

En outre, au lieu de voir simplement un prolongement du droit au respect à la vie privée, nous sommes d'avis que c'est en réalité le droit à l'autodétermination²³⁵⁵ qui constituerait le véritable fondement juridique de la législation sur les données à caractère personnel²³⁵⁶. En effet, le Conseil d'État avait proposé, comme alternative au droit de propriété, de consacrer un « *droit à l'autodétermination informationnelle* »²³⁵⁷ en s'inspirant de la position adoptée en 1983²³⁵⁸ par le *Bundesverfassungsgericht*, la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Ce concept d'autodétermination informationnelle implique la souveraineté sur ses propres informations, y compris le droit d'empêcher autrui de les

2353À titre d'illustration, nous pouvons citer l'invalidation de la disposition de la directive 2018/843 du 30 mai 2018 modifiant la directive (UE) 2015/849 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme ainsi que les directives 2009/138/CE et 2013/36/UE. L'article 30 de la directive (UE) 2015/849 tel que modifié par la directive 2018/843 prévoyait que les informations sur les bénéficiaires effectifs soient accessibles dans tous les cas à tout membre du grand public. Ces informations comprennent notamment les noms, mois et l'année de naissance, le pays de résidence et la nationalité du bénéficiaire effectif, ainsi que la nature et l'étendue de ses intérêts effectifs détenus. Saisie d'une question préjudicielle, la Cour de justice a déclaré invalide le dispositif au regard des articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CJUE, gr. ch., 22 novembre 2022, *WM, Sovim SA c. Luxembourg Business Registers*, aff. jointes C-37/20 et C-601/20, spéc. pt. 35-39, D., 2023, p. 939, note LASSALLE M. ; Rev. sociétés, 2023, p. 111, note LASSERRE CAPDEVILLE J. ; Defrénois, 16 mars 2023, n° 11, obs. NOURISSAT C., Gaz. Pal., 28 mars 2023, n° 11, obs. CATELAN N.).

2354V. en ce sens : TINIÈRE R., *Les données personnelles, sources de nouveaux droits fondamentaux*, in *L'émergence d'un droit des données*, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, 7 décembre 2023, p. 62-63

2355Relevons que cette notion d'« *autodétermination informationnelle* » a pu faire l'objet de critique notamment qu'elle serait une notion sans contour (SOLOVE D. J., *Introduction : Privacy Self-Management and the Consent Dilemma*, *Havard Law Review*, mai 2013, vol. 126, Issue 7, p. 1880 et s.). De même, ce concept serait trompeur dans la mesure où elle évoquerait à tort l'impression « *que son détenteur disposerait d'un véritable monopole sur ses données* » (FLUECKIGER, A., *L'autodétermination en matière de données personnelles : un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété ?*, *Pratique juridique actuelle*, 2013, vol. 22, n° 6, p. 855).

2356V. dans le même sens : LÉONARD T. et POULLET Y. *Les libertés comme fondement de la protection des données nominatives*, in *La vie privée : une liberté parmi les autres ?*, Larcier, Bruxelles, 1992. p. 231-277, spéc. 233, n° 3

2357Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La Documentation française, 2014, spéc. p. 267 et s.

2358BVerfGE 65, 1 – Volkszählung Urteil des Ersten Senats vom 15. Dezember 1983 auf die mündliche Verhandlung vom 18. und 19. Oktober 1983 – 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 in den Verfahren über die Verfassungsbeschwerden : la Cour constitutionnelle fédérale allemande avait déduit ce droit fondamental à l'autodétermination informationnelle, « *Informationnelles selbstbestimmung* » des articles 1^{er} (Dignité de l'être humaine, caractère obligatoire des droits fondamentaux pour la puissance publique) et 2.1 (Liberté d'agir, liberté de la personne) de la Loi fondamentale. L'autodétermination informationnelle est « *le pouvoir de l'individu de décider lui-même, sur base du concept d'autodétermination, quand et dans quelle mesure une information relevant de sa vie privée peut être communiquée à autrui* » (V. ROUVROY, A. et POULLET, Y. 2009, *Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel : une réévaluation de l'importance du droit à la protection de la vie privée pour la démocratie*, in *État de droit et virtualité* (sous-dir. K. Benyekhlef et P. Trudel) Thémis, Montréal, p. 157-222).

collecter, et de les traiter²³⁵⁹. À la suite du rapport du Conseil d'État, la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique est venue consacrer ce droit à l'autodétermination. Pour ce faire, elle a modifié l'article 1^{er} de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 afin d'y préciser que toute personne dispose du droit de décider et de contrôler les usages qui sont faits des données à caractère personnel la concernant. Selon l'étude d'impact du projet de loi pour une République numérique, cette modification visait « à renouveler le sens donné à la protection des données à caractère personnel »²³⁶⁰. Ainsi, d'une vision purement défensive, le Législateur français avait entendu rendre la protection des données personnelles plus offensive dans le cadre de leur maîtrise.

Cette approche fondée sur l'autodétermination informationnelle fait la distinction entre la vie privée et les données personnelles. Cette séparation se retrouve, comme nous l'avons déjà signalé, au sein de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui consacre à côté du respect de la vie privée et familiale une disposition spécifique à la protection des données à caractère personnel. Force est de constater, par conséquent, que la protection des données à caractère personnel constitue une réglementation autonome par rapport à la protection de la vie privée²³⁶¹. Ainsi, cette réglementation spécifique trouve à s'appliquer qu'il y ait ou non risque d'atteinte à la vie privée²³⁶². En d'autres termes, la

2359TINIÈRE R., *op. cit.* p. 62 : cet auteur voit dans le droit à l'autodétermination informationnelle, un droit à l'autonomie personnelle.

2360Étude d'impact du Projet de loi pour une République numérique, 9 décembre 2015, NOR : EINI1524250L/Bleue, p. 97

2361Cette distinction entre vie privée et protection des données à caractère personnel a été renforcée par le règlement (UE) 2016/679 dans la mesure où il ne fait référence à la notion de vie privée qu'une seule fois au considérant 4 contre quatorze fois pour la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 (v. dans le même sens : COSTA L. et POULLET Y., *Privacy and the Regulation of 2012*, Computer Law & Security Review, juin 2012, vol. 28, Issue 3, p. 254-262).

2362Pour un exemple de distinction entre atteinte à la vie privée et protection des données à caractère personnel, v. TPICE, 8 novembre 2007, T-194/04, aff. *Bavarian Lager c. Commission* : en l'espèce, une société avait été créée en vue d'importer de la bière allemande au Royaume-Uni. N'ayant pas pu accéder à ce marché au motif qu'elle n'entrait pas dans la catégorie des « bières conditionnées en baril » au sens de la disposition *Guest Beer Provision*, elle avait déposé une plainte auprès de la Commission européenne en estimant que la *Guest Beer Provision* constituait une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative aux importations et, partant, incompatible avec l'article 30 du traité des communautés européennes. Par la suite, la Commission européenne a décidé de classer la procédure d'infraction. La requérante a alors demandé, conformément au code de conduite, une copie de l'avis motivé jamais envoyé au Royaume-Uni. La Commission a refusé de délivrer une telle copie au motif qu'il s'agissait d'un document préparatoire à la phase d'enquête. La requérante a ensuite demandé accès à tous les documents du dossier par les onze sociétés et organisations désignées sur le fondement du règlement (CE) n° 1049/2001 du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission. De nouveau, la Commission a rejeté cette demande. Pour ce faire, elle soutenait que le consentement des personnes concernées étaient nécessaires pour communiquer leur nom afin de ne pas violer les règles sur la protection des données. Saisi, le tribunal n'a pas suivi la Commission européenne. Dans son arrêt en date du 8 novembre 2007, il a précisé que « l'accès aux documents contenant des données à caractère personnel relève de l'application du règlement n° 1049/2001, selon lequel, en principe, tous les documents des institutions devraient être accessibles au public. Il prévoit également que certains intérêts publics et privés doivent être protégés par le biais d'un régime d'exceptions » (pt. 100) et notamment les cas où la divulgation porterait atteinte à la protection de la vie privée et de l'intégrité de l'individu. Le tribunal a

personne concernée n'a pas à démontrer une atteinte à sa vie privée pour se fonder sur la protection des données personnelles. À l'inverse, au niveau de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour strasbourgeoise interprète le droit à la protection des données à caractère personnel comme une composante du droit à la vie privée protégée au titre de l'article 8 de la Convention EDH²³⁶³. Néanmoins, bien que l'approche de la Cour européenne des droits de l'homme soit différente de celles des législations française et européenne, il n'en reste pas moins qu'elles se recoupent.

333. **La maîtrise de son image informationnelle** – Le Législateur se concentre avant tout sur les traitements de données personnelles en imposant des obligations précises au responsable. L'objectif de cette réglementation « *est [avant tout] de permettre à l'individu de maîtriser au mieux son « image informationnelle »* »²³⁶⁴. Le droit des données à caractère personnel pourrait ainsi être analysé comme un droit de « *police administrative spéciale* » venant consacrer et aménager une liberté publique, la liberté de traitement des données personnelles²³⁶⁵. Concrètement, la personne source des données doit être informée des usages potentiels dont pourront faire l'objet ses données personnelles²³⁶⁶. Par conséquent, elle dispose de plusieurs droits dont le droit d'opposition²³⁶⁷, d'accès²³⁶⁸, de rectification²³⁶⁹ et de portabilité²³⁷⁰ ainsi que le droit à l'effacement des données²³⁷¹. Ces droits sont, certes, des « *palliatifs à la perte de contrôle sur les données personnelles* »²³⁷², néanmoins, ils ont un

ensuite considéré que « *le fait que la notion de « vie privée » soit large, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, et que le droit à la protection des données à caractère personnel puisse constituer l'un des aspects du droit au respect de la vie privée [...], ne signifie pas que toutes les données à caractère personnel entrent nécessairement dans la notion de « vie privée »* » (pt. 118). Et il a précisé qu'« *a fortiori, toutes les données à caractère personnel ne sont pas susceptibles par leur nature de porter atteinte à la vie privée de la personne concernée* » (pt. 119). En l'espèce, le tribunal a annulé la décision de la Commission en estimant que « *les personnes ayant participé à cette réunion n'ont pas pu considérer que les opinions exprimées au nom et pour le compte des entités qu'elles représentaient bénéficiaient d'un traitement confidentiel* » (pt. 137).

2363V. par ex. CEDH, 4^e sect., 1^{er} décembre 2015, *Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova c. Portugal*, req. n° 69436/10, pt. 42 et s.

2364DOCQUIR B., *op. cit.*, p. 86, n° 143

2365OCHON N., *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, thèse de doctorat, droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, décembre 2014

2366Art. 48, 69, 70, 82 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978

2367Art. 56 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978

2368Art. 49 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 – Toutefois, le législateur européen a pris en compte les intérêts des entreprises dans la mesure où ce droit d'accès pourrait être restreint lorsqu'il porterait atteinte aux secrets des affaires ou à la propriété intellectuelle (v. cons. 63 du règlement (UE) 2016/679).

2369Art. 50 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978

2370Art. 55 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 – Ce droit de portabilité est limité aux données personnelles que la personne a fournies à un responsable du traitement excluant *de facto* les données personnelles déduites par le responsable du traitement (par exemple, les données résultant d'un profilage descriptif à la suite de combinaison de données brutes).

2371Art. 51 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978

objet fonctionnel. En effet, ils permettent à la fois une protection efficace pour la personne concernée par le traitement et une circulation des données personnelles.

334. **L'absence de logique patrimoniale** – Force est de remarquer que la logique patrimoniale est absente tant dans la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 que dans la convention n° 108 du Conseil de l'Europe et de la directive n° 95/46/CE ainsi que du RGDP. Il s'agit plutôt d'une approche fondée sur une logique de droits attachés à la personne²³⁷³, d'une conception extra-patrimoniale. Cela favorise la circulation des données à caractère personnel tout en organisant un cadre de protection par la reconnaissance de droits au bénéfice de l'individu concerné. Cependant, sommes-nous réellement face à un droit de la personnalité ? L'insertion des données à caractère personnel dans le giron des droits de la personnalité n'illustrerait-elle pas cette tendance soulignée par le Professeur Philippe MALAURIE de faire entrer presque tout le droit civil dans les droits de la personnalité ?²³⁷⁴ La question peut légitimement se poser. En effet, outre le fait que la doctrine est partagée sur la théorie de « droits de la personnalité »²³⁷⁵, d'aucuns ont estimé que cette insertion risquerait d'en ruiner la cohérence²³⁷⁶. Il est prétendu que l'exploitation d'une donnée personnelle ne devrait pas être mise sur le même plan que celle d'un attribut de la personnalité. Ainsi, contrairement au modèle des droits de la personnalité, il n'est pas toujours nécessaire d'avoir le consentement de l'individu pour traiter de ses données personnelles notamment pour des motifs d'intérêt public²³⁷⁷. De même, dans l'hypothèse d'un traitement de données personnelles fondé sur le consentement de l'individu, le responsable ne dispose pas d'une liberté absolue dans la mesure où il reste soumis aux principes posés par l'article 5 du RGPD notamment sur la finalité du traitement. Cependant, nous n'adhérons pas à cette perspective et cela, au nom de la cohérence juridique²³⁷⁸. Les

2372 DESCHANEL C., *L'instauration d'un droit de propriété des données personnelles : vrai danger ou fausse utilité ?*, RLDI, 1^{er} février 2019, n° 156

2373 Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La Documentation française, 2014 – V. ég. BOURSIER D. et de FILIPPI P., *Vers un droit collectif sur les données de santé*, Revue de droit sanitaire et social, 2018, n° 3

2374 MALAURIE P., *Les personnes. Les incapacités*, Defrénois, Paris, coll. Droit civil, 28 août 2007, 356 p., spéc. n° 280

2375 Il n'existe pas, à proprement parler, de théorie unifiée des droits de la personnalité. Aussi, cette matière est-elle en crise d'identité (HASSLER T., *La crise d'identité des droits de la personnalité*, LPA, 7 décembre 2004, n° 244, p. 3). Plusieurs approches cohabitent telles que celles analytique et synthétique (v. en ce sens BEIGNIER B., *Le droit de la personnalité*, PUF, Paris, coll. Que sais-je ?, novembre 1992, spéc. p. 45-68). Pour le Professeur François GÉNY, tous les droits subjectifs tendent à assurer des avantages à la personne. Partant, cet illustre juriste conclut que « même les droits dont l'objet est de procurer le profit des choses extérieures, trouvent leurs racines profondes dans les prérogatives de la personne » (GÉNY F., *Science et technique en droit privé positif*, t. III, n° 225, p. 231 et s.).

2376 MASSON F., *Quel « modèle propriétaire » pour les données personnelles ?*, RTD Civ., 2022, p. 777

2377 V. art. 6, f) ; cons. 54, du règlement (UE) 2016/679

2378 En matière de droit à l'image, la nécessité de recueillir le consentement de la personne ne peut avoir une valeur absolue (v. en ce sens : LEPAGE A., *Droit de la personnalité – Droits de la personnalité et liberté*

nouvelles technologies impliqueraient de repenser la conception du droit au respect de la vie privée comme « *un droit de contrôle sur des informations personnelles* »²³⁷⁹. Or, qu'est-ce la réglementation sur les données personnelles si ce n'est finalement un moyen pour l'individu concerné de contrôler ses informations personnelles ? En effet, comme nous l'avons déjà signalé, la législation sur les données personnelles tend à l'autodétermination informationnelle. Par ailleurs, les droits de la personnalité créent une « *zone de protection exclusive de la concurrence d'autrui* »²³⁸⁰ pour tous les aspects de la personnalité. Or, les données personnelles en font indubitablement partie²³⁸¹ et participent, en outre, au respect de l'intégrité morale de l'individu. À titre d'illustration, l'image d'un individu qui relève indéniablement des droits de la personnalité²³⁸², celle-ci sera qualifiée de données à caractère personnel dans l'environnement numérique²³⁸³. Nous pourrions même reprendre l'image faustienne du Professeur Jean-Christophe SAINT-PAU²³⁸⁴, capter les données d'une personne équivaldrait en quelque sorte à voler son âme. En fin de compte, la protection des données personnelles n'est-elle qu'une facette du droit de la personnalité ?

Une telle « *position contre-patrimoniale* »²³⁸⁵ semble, cependant, faire fi de l'importance économique des données personnelles que nous avons précédemment relevée. Néanmoins, au regard des droits accordés à la personne concernée par la loi n° 78-17 du 6

d'expression, Répertoire de droit civil, Dalloz, juillet 2022 (mise à jour : avril 2023), n° 200) notamment dans le cadre de contentieux impliquant la liberté d'expression. Ainsi, la Cour de cassation a déjà estimé que « *la liberté de communication des informations autorise la publication d'images des personnes impliquées dans un événement, sous la seule réserve du respect de la dignité de la personne humaine* » (Cass. 1^{er} civ., 20 février 2001, n° 98-23.471). En somme, il s'agit de procéder à une balance des intérêts entre d'une part, le droit à l'image et d'autre part, la liberté d'expression.

2379 GUTMANN D., *Le sentiment d'identité, étude de droit des personnes et de la famille*, L.G.D.J., Paris, coll. Droit privé, t. 327, 1^{er} février 2000, p. 221, n° 247

2380 HASSIER T., *op. cit.* p. 3 et s.

2381 Ou, à tout le moins, les données à caractère personnel peuvent fournir des aspects personnels de l'individu concerné ce qui explique le droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé de données personnelles posée par l'article 22 du règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016.

2382 La doctrine inclut le droit à l'image au sein de la catégorie des droits de la personnalité. V. en ce sens : LEPAGE A., *Droits de la personnalité – De certains droits de la personnalité en particulier*, Répertoire de droit civil, Dalloz, juillet 2022 (mise à jour : avril 2023) ; DREYER E., *Image des personnes*, JCI. Communication, Fasc. n° 40, 1^{er} octobre 2021 (mise à jour : 30 septembre 2023)

2383 Néanmoins, cette réglementation des données personnelle ne concerne pas tous les traitements de données. En effet, ceux mis en œuvre par des personnes physiques pour l'exercice d'activités strictement personnelles ou domestiques ne sont pas soumis à cette réglementation (v. en ce sens : article 2 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 et cons. 18 du règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 ; v. ég. Groupe de travail « article 29 », *Avis 5/2009 sur les réseaux sociaux en ligne*, 01189/FR WP 163). Il s'agit de ce qui est couramment appelé l'« exemption domestique ». Toutefois, ces données personnelles continuent d'être protégées sur le fondement plus large du droit au respect de la vie privée. L'exemple type est la publication par l'utilisateur de services de réseautage social de photographies de famille ou d'amis. Dans ce cadre, le droit à l'image doit être respecté. L'utilisateur publiant la photographie devra, ainsi, par principe, obtenir le consentement des personnes identifiables avant toute publication.

2384 HASSIER T., *op. Cit.*, p. 3 et s.

2385 Expression empruntée du professeur Florent MASSON (MASSON F., *Quel « modèle propriétaire » pour les données personnelles ?*, RTD Civ., 2022, p. 777, spéc. n° 10)

janvier 1978 et par le RGPD, des auteurs ont pu estimer qu'ils reproduisaient la structure d'un droit réel objectif, la propriété²³⁸⁶. Nous serions donc en présence d'une propriété qui ne dit pas son nom, une « quasi-propriété ». Les auteurs du rapport de *Génération Libre* avaient ainsi conclu que le Législateur européen n'avait pas totalement écarté l'idée d'appropriation des données personnelles. Pour ce faire, ils s'appuyaient sur deux nouvelles dispositions prévues par le RGPD qui sont l'article 17 concernant le droit à l'effacement des données²³⁸⁷ et l'article 20 sur le droit à la portabilité des données. En conséquence, ils interprétaient la position du Législateur européen comme une reconnaissance implicite de la donnée personnelle en tant que bien meuble incorporel²³⁸⁸. Les droits qui y sont liés seraient d'ailleurs révélateurs des attributs du droit de propriété sur les données personnelles. Ainsi, le droit à l'effacement des données équivaldrait dans une certaine mesure à l'*abusus* qui correspond au droit de disposer juridiquement du bien mais également le droit de le mésuser ou de le détruire²³⁸⁹. Le *jus abutendi* est essentiel à la définition de la propriété²³⁹⁰. Le droit à la portabilité, quant à lui, caractériserait l'*usus* qui occupe une place centrale en matière de « propriétés incorporelles »²³⁹¹. Le *jus utendi* est la prérogative « la plus caractéristique [du] contact direct qu'établit la propriété entre le propriétaire et sa chose »²³⁹². En somme, il y aurait une reconnaissance implicite de la « commodification²³⁹³ des données personnelles, qui les transforme en biens échangeables et transférables sur le marché »²³⁹⁴. Une telle

2386V. GUTWIRTH S. et CONZALEZ F., *L'éternel retour de la propriété des données : de l'insistance d'un mot d'ordre*, in Law, norms and freedoms in cyberspace. Droit, normes et libertés dans le cybermonde. Liber amicorum Yves Poullet (sous-dir. DEGRAVE E., DETERWANGNE C., DUSOLIER S. et QUECK R.), Larcier, Bruxelles, coll. CRIDS, 2018, p. 126 : ces auteurs font référence notamment à la célèbre position du Professeur Pierre CATALA.

2387Ce droit à l'effacement des données prévu par l'article 17 du règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 consacre la position jurisprudentielle de la Cour de justice dans son arrêt *Google Spain* du 13 mai 2014, (CJUE, gr. ch., 13 mai 2014, *Google Spain SL et Google Inc. contre Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González*, aff. C-131/12 ; AJDA, 2014, 1147, chron. AUBERT M., BROUSSY E. et CASSAGNABÈRE H. ; D., 2014, 1476, note BENABOU V.-L. et ROCHFELD J. ; D., 2014, 2317, obs. LARRIEU J., LE STANC C. et TRÉFIGNY P. ; JCP G., 2014, 629, obs. PICOD F. ; Gaz. Pal., 2014, n° 183, note de MALAFOSSE G. ; Légipresse, 2014, n° 319, chron. MALLET-POUJOL N. ; RLDI 2014/106, n° 3535, comm. CASTETS-RENARD C.).

2388LANDREAU I., PELIKS G., BINCTIN N., et PEZ-PÉRARD V. *Rapport Mes data sont à moi ; Pour une patrimonialité des données personnelles*, janvier 2018, p. 78

2389XIFARAS M., *La propriété – Étude de philosophie du droit*, PUF, Paris, 2004, p. 116

2390STRICKLER Y., *Les biens*, PUF, Paris, septembre 2006, 1^{re} éd., p. 365, n°258 – V. ég. MALAURIE P. et AYNÈS L., *Les biens*, Lextenso, Paris, 1^{er} janvier 2013, 5^e éd., p. 124, n° 433 ; MÉMETEAU G., *Droit des biens*, Larcier, Bruxelles, coll. Paradigme, janvier 2013, 6^e éd., p. 89

2391MALAURIE P. et AYNÈS L., *op. cit.* p. 125, n° 434

2392*id.*

2393Ce terme de « commodification » employé par le Professeur Alain STROWEL est issu de la doctrine anglo-saxonne. Selon la définition donnée par le dictionnaire Cambridge, il s'agit de traiter ou de considérer une chose comme une marchandise. Aussi, pourrait-on utiliser comme synonyme la notion de marchandisation.

2394STROWEL A., *Les données : des ressources en quête de propriété*, in : Law, Norms and Freedoms in Cyberspace – Droit, normes et libertés dans le cybermonde. Liber amicorum Yves Poullet, Larcier, Bruxelles, 2018, p. 251-268, spéc. p. 263

observation pourrait également s'appuyer de l'article 3 de la directive (UE) 2019/770 du 20 mai 2019 qui assimile à un prix la fourniture par le consommateur de ses données personnelles en contrepartie d'un service numérique. Cependant, cette position doit être nuancée. Sommes-nous réellement face à un droit de propriété, voire d'une quasi-propriété ? Bien que ces droits reconnus par le RGPD présentent des similitudes avec des prérogatives du droit de propriété, ils ne se confondent pas. Ces droits poursuivent une autre logique. Ces derniers visent à renforcer l'autodétermination informationnelle²³⁹⁵ ainsi qu'à favoriser le jeu de la concurrence²³⁹⁶. Dès lors, à la différence du droit de propriété, la protection accordée au titre du droit à la portabilité et à l'effacement n'est pas affectée par le consentement de la personne à fournir les données personnelles²³⁹⁷, ce dernier pouvant, ultérieurement à la communication d'informations, demander au responsable de traitement la portabilité des données voire leur suppression.

Bien que le Législateur ait adopté pour les données à caractère personnel une approche fondée sur les droits de la personnalité, l'idée d'une appropriation reste toujours persistante.

II. L'idée persistante de l'appropriation des données à caractère personnel

335. Les arguments tenant à la reconnaissance d'un droit de propriété – Il est indéniable que les données à caractère personnel représentent une valeur économique pour les entreprises à tel point que l'idée d'instaurer une taxe spécifique sur l'exploitation de telles données avait été analysée en 2013 par le rapport de Pierre COLLIN et Nicolas COLIN²³⁹⁸.

²³⁹⁵V. en ce sens : cons. 68 du règlement européen (UE) 2016/679 du 27 avril 2016

²³⁹⁶METALLINOS N., *Lignes directrices du G29 sur le droit à la portabilité. La protection des données au service de l'émancipation du consommateur*, Comm. com. électr., février 2017, n° 2, comm. 17 ; PERRAY R., *Données à caractère personnel. – Droits des personnes concernées. Droit à la portabilité*, JurisClasseur Communication, Fasc. n° 940-60, 31 janvier 2022 ; TAMBOU, O., *Manuel de droit européen de la protection des données à caractère personnel*, Bruylant, Bruxelles, 22 janvier 2020, 1^{re} éd., p. 200 ; STROWEL A., *Les données, un nouvel actif à l'intersection des propriétés intellectuelles*, in *La propriété intellectuelle*, (sous-dir. Jean-Michel Bruguière), Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, 6 octobre 2022, p. 115 : cet auteur estime que le droit à la portabilité des données personnelles est avant tout une disposition « *pro-concurrentielle* » visant, en réalité, à empêcher tout verrouillage concurrentiel par la captation des usagers d'un service (v. ég. VEZZOSO, S., *Data Portability : Initial Reflections on an Ex Ante Approach*, 26 mars 2020). Partant, pour le Professeur Alain STROWEL, la protection des données tendrait à devenir « *un outil de régulation du marché des données* ».

²³⁹⁷D'autant plus que la personne concernée peut retirer son consentement ultérieurement à la communication d'information (v. art. 7.3. du règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016).

²³⁹⁸COLLIN P. et COLIN N., *Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique*, janvier 2013, p.130, disponible [en ligne] : https://www.economie.gouv.fr/files/rapport-fiscalite-du-numerique_2013.pdf (consulté le 08/08/2023) – V. ég. Conseil national du numérique, *Concertation sur la fiscalité du numérique*, Avis n° 2013-3, septembre 2013, p. 23, disponible [en ligne] : https://medias.vie-publique.fr/data_storage_s3/rapport/pdf/134000602.pdf (consulté le 08/08/2023) : qui

Par la suite, nous retrouvons cette logique dans l'article 1^{er} de 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. En effet, cette loi a instauré une taxe sur les services fournis par les grandes entreprises du secteur numérique notamment sur la fourniture de prestations de ciblage publicitaire en fonction des données des internautes, qu'il s'agisse ou non de données personnelles ou encore sur la vente de données collectées en ligne à des fins de ciblage publicitaire²³⁹⁹.

Lors de son discours le 8 octobre 2013, la Vice-Présidente de la Commission européenne à l'époque, Madame Viviane REDING, avait chiffré les données personnelles à une valeur allant à 315 milliards d'euros en 2011 et prédisait que cette valeur pouvait augmenter en 2020 à 1 trillions d'euros²⁴⁰⁰. Ces chiffres permettent de comprendre la volonté de certaines personnes à voir reconnaître un droit de propriété sur lesdites données. Il est donc incontestable que les données personnelles représentent une valeur. Cela explique une certaine volonté pour les utilisateurs de se « réapproprier » la valeur de leurs données²⁴⁰¹. L'apparition de nouveaux acteurs, comme les *dataminers*²⁴⁰² ou les courtiers en données, aussi appelés *data brokers*²⁴⁰³, en est la preuve. Nous pouvons citer, à titre d'illustration, la société *TaData* créée

avait donné un avis défavorable à ce texte

2399V. art. 299 *bis* du Code général des impôts

2400REDING V., *Vice-President Reding's intervention at the Justice Council on the data protection reform and the one-stop shop principle*, disponible [en ligne] : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_13_788 (consulté le 31/08/2023)

2401V. par ex. : BARTOW A., *Our Data, Ourselves : Privacy, Propertization, and Gender*, University of San Francisco Law Review 633-704, 2000, Vol. 34, Issue 4, spéc. 685 : cet auteur estimait que « *the rigid commodification of information is indeed inevitable, perhaps it is time for individuals to appropriate the intellectual property framework so eagerly constructed by corporate interests, and to seek control of the data we generate and a share of the proceeds this information produces. We must assert proprietary interests in ourselves and hoist consumer data merchants by their own cyber-petards. We must definitively establish that consumer information is intellectual property that belongs to the consumers themselves* ».

2402Le *Dataminer* est la personne ayant pour mission de trier les données afin de produit des analyses.

2403Selon l'autorité anglaise de protection des données personnelles, l'ICO, « *les services fournis par les courtiers en données à des fins de marketing direct comprennent : la vente de listes de coordonnées de contact ; (...) le profilage et l'enrichissement des données (par exemple, l'ajout de données au profil que vous détenez déjà sur les personnes) ; le rapprochement de données (par exemple, fournir des numéros de téléphone concernant des personnes dont vous ne détenez que l'adresse* » (traduction de MAISNIER-BOCHÉ L., *Surprenant recul du champ d'application territorial du RGPD – La CNIL écarte sa compétence concernant un courtier en données établi en dehors de l'Union européenne*, Comm. com. électr., février 2023, n° 2, comm. 12).

Ces activités de *data brokers* ne sont pas sans susciter des scandales. Nous pouvons citer à titre d'illustration l'affaire *Cambridge Analytica* concernant des détournements et l'exploitation de données personnelles de 87 millions d'utilisation du réseau social *Facebook* dans l'objectif d'organiser des campagnes d'influence lors de la période électorale aux États-Unis d'Amérique. Des journalistes des *Guardian*, *New York Times* et *The Observer* ont révélé le 17 mars 2018, cette collecte des données. À la suite de cette révélation, la société *Cambridge Analytica* a annoncé, le 2 mai 2018, « *sa mise en faillite* ». Du côté de la société *Facebook*, cette révélation a entraîné une chute de 7 % de ses actions à la Bourse de New York le 19 mars 2018 équivalant à une perte de 60 milliards de dollars de capitalisation boursière. – V. pour l'historique de l'affaire *Cambridge Analytica* : BARRAUD B., *Se souvenir de Cambridge Analytica*, La revue européenne des médias et du numérique, automne 2018, n° 48, disponible [en ligne] : <https://la-rem.eu/2018/12/se-souvenir-de-cambridge-analytica?action=genpdf&id=12816> (consulté le 08/08/2023). Le règlement (UE) 2016/679 a été

en 2019. En s'inscrivant sur cette plateforme, les utilisateurs consentent à l'exploitation commerciale de leurs données. Pour ce faire, ils remplissent une série de questionnaires. Une fois les réponses collectées, la société *TaData* transmet ces informations à ses partenaires, des annonceurs préalablement sélectionnés. En contrepartie de cette autorisation, les utilisateurs reçoivent une rémunération. Pour le co-fondateur de cette société, cela permet « *aux internautes de récupérer une partie de [la] valeur [de leurs données]* »²⁴⁰⁴. En février 2020, une association²⁴⁰⁵ a saisi la CNIL à propos de cette pratique notamment en raison du fait que les données à caractère personnel relevant d'un droit fondamental ne peuvent pas faire l'objet de transaction. Le 6 octobre 2020, la CNIL a clôturé la procédure d'enquête. Néanmoins, cette décision ne signifie pas pour autant que la société *TaData* est en conformité avec les exigences imposées par la réglementation sur les données à caractère personnel. En effet, lors du contrôle, la société n'avait pas encore débuté son activité. Aussi, les pratiques contractuelles n'ont pas pu concrètement être analysées par l'autorité administrative. Toujours est-il que des questions tenant à un tel contrat²⁴⁰⁶ qui fait de la donnée personnelle une contrepartie persistent. Nous pouvons nous interroger sur la conformité d'une telle pratique notamment au regard de l'article L. 34-5 du Code des postes et des communications électroniques, ou encore de la réglementation sur les données à caractère personnel. Ainsi, par exemple, si la transmission des données personnelles a pour finalité de permettre aux partenaires commerciaux la réalisation de prospection, alors le responsable du traitement devra utiliser une case à cocher pour recueillir tant le consentement à la transmission des données que le consentement à l'utilisation desdites données par les partenaires commerciaux. Cela est possible sous réserve, cependant, de fournir une information préalable complète, entre autres, sur l'identité des partenaires responsables de traitement qui utiliseraient les données personnelles à des fins de prospection²⁴⁰⁷. Or, concernant la pratique de la société

présenté « *comme la « réponse juridique » au scandale Cambridge Analytica* » (ZARKA J.-C., *La loi relative à la protection des données personnelles*, LPA, 8 juin 2018, n° 115, p. 6 et s.).

2404 GALLIC Y. *TaData, l'application qui permet aux jeunes de monnayer leurs données personnelles*, France inter, 2 octobre 2020, disponible [en ligne] : <https://www.radiofrance.fr/franceinter/tadata-l-application-qui-permet-aux-jeunes-de-monnayer-leurs-donnees-personnelles-6982038> (consulté le 03/08/2023)

2405 V. <https://www.isoc.fr/linternet-society-france-alerte-la-cnil-au-sujet-du-site-tadata-france-fr/> (consulté le 03/08/2023)

2406 ANCIAUX A. FARCHY J., et MÉADEL C., *L'instauration de droits de propriété sur les données personnelles : une légitimité économique contestable*, Revue d'économie industrielle, 2017, n°158, p. 15 : parlant de « *contrat faustien* » qui « *peut [...] être lu en termes économiques comme un jeu d'externalités croisées entre internautes et plateformes conduisant à des interprétations différentes sur la nature du gain de chacun* ».

2407 V. CNIL, *Référentiel relatif aux traitements des données à caractère personnel mis en œuvre aux fins de gestion des activités commerciales*, p. 9, disponible [en ligne] : https://www.cnil.fr/sites/cnil/files/atoms/files/referentiel_traitements-donnees-caractere-personnel_gestion-activites-commerciales.pdf (consulté le 03/08/2023). Dans les conditions générales d'utilisation de la société *TaData* (Disponible [en ligne] : <https://tadata-france.fr/docs/TADATA-conditions-generales-d-utilisation>

TaData, il ne semble qu'il y ait pas la moindre information quant à l'identité des partenaires commerciaux destinataires des données personnelles.

Ainsi, a émergé la question de la reconnaissance d'un droit de propriété sur les données à caractère personnel. Dès 2010, Maître Alain BENSOUSSAN faisait remarquer qu'« *en pratique, ces droits [reconnus par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978] sont très rarement exercés, malgré leur gratuité. [...] Pour sortir de cet écueil, il suffirait de mettre en perspective les risques avec le droit, en reconnaissant un droit de propriété des individus sur leurs données personnelles. À l'ère de l'Internet, les données sont des biens incorporels dont la propriété permettrait, par analogie aux biens « moléculaires », d'organiser la protection et les modalités de détention et d'échanges de toute nature, sous réserve du respect des règles d'ordre public* »²⁴⁰⁸. Les tenants de l'appropriation des données personnelles mettent en avant les faiblesses de la protection actuelle des données personnelles. Ils soutiennent qu'un système fondé sur les droits de propriété serait le mieux à même de satisfaire les intérêts des consommateurs et des sociétés²⁴⁰⁹. Pour ces tenants, le fondement économique de la propriété des données personnelles se trouverait dans les théories des marchés et des externalités.

(consulté le 03/08/2023)

2408BENSOUSSAN A., *Propriété des données et protection des fichiers*, Gaz. Pal., 23 octobre 2010, n° 296, p. 2 et s. – Par la suite, ce même auteur a estimé qu'il fallait « *d'abord reconnaître des droits, par la propriété des données, et dans un second temps accorder une protection par exception, si [c'était] nécessaire* » (CNIL, *Protéger qui, protéger quoi et comment ? in Vie privée à l'horizon 2020, Cahiers IP Innovation & Prospective*, n° 1, p. 47)

2409V. par ex. LAUDON, K., *Extensions to the theory of markets and privacy : Mechanics of pricing information*, New York University Stern School of Business Working Paper, janvier 1997, n° 2451/14166 ; LESSIG L., *Code is Law – On Liberty in Cyberspace*, Harvard Magazine, janvier 2000 ; BARTOW A., *Our Data, Ourselves : Privacy, Propertization, and Gender*, University of San Francisco Law Review 633-704, 2000, Vol. 34, Issue 4, p. 633-704 ; FLUECKIGER, A., *L'autodétermination en matière de données personnelles : un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété ?*, Pratique juridique actuelle, 2013, vol. 22, n° 6, p. 837-864 ; BADINET G., *L'ère numérique, un nouvel âge de l'humanité : Cinq mutations qui vont bouleverser notre vie*, éd. Le Passeur, 23 janvier 2014, 236 p. ; AARON GABISCH, J., MILNE, R. G., *The impact of compensation on information ownership and privacy control*, Journal of Consumer Marketing, 7 janvier 2014, vol. 31, n° 1, p. 13-26 ; BELLANGER P., *La souveraineté numérique*, éd. Stock, Paris, 15 janvier 2014, 264 p., spéc. p. 202 et s. ; DUCH-BROWN N., MARTENS B. et MUELLER-LANGER F., *The Economics of Ownership, Access and Trade in Digital Data*, JRC Digital Economy Working Paper 2017-01, European Commission, 2017, disponible [en ligne] : <https://joint-research-centre.ec.europa.eu/system/files/2017-03/jrc104756.pdf> (consulté le 11/08/2023) ; LANDREAU I., PELIKS G., BINCTIN N., et PEZ-PÉRARD V. *Rapport Mes data sont à moi ; Pour une patrimonialité des données personnelles*, janvier 2018, disponible [en ligne] : <https://www.generationlibre.eu/wp-content/uploads/2018/01/2018-01-generationlibre-patrimonialite-des-donnees.pdf> (consulté le 03/08/2023) – Cette réflexion se retrouve en dehors de l'Union européenne et des États-Unis d'Amérique, v. par ex. en Inde, Telecom Regulatory Authority of India, *Consultation Paper on Privacy, Security and Ownership of the Data in the Telecom Sector*, consultation n° 09/2017, 9 août 2017, disponible [en ligne] : https://trafai.gov.in/sites/default/files/Consultation_Paper%20on_Privacy_Security_ownership_of_data_09082017.pdf (11/08/2023) ; en Australie, Australian Government Productivity Commission, *Data Availability and Use*, Report n° 82, 31 mars 2017, disponible [en ligne] : <https://www.pc.gov.au/inquiries/completed/data-access/report/data-access-overview.pdf> (consulté le 11/08/2023)

Cette question a vu le jour aux États-Unis d'Amérique au cours des années soixante-dix²⁴¹⁰ avec notamment le mouvement *American Civil Liberties Union* et *the Electronic Frontier Federation*²⁴¹¹. Mais, c'est à partir de la fin du XX^e siècle, et du début XXI^e siècle que les réflexions se sont intensifiées et cela, en raison de nouvelles technologies de communication et de modèles économiques. Ainsi, dès 2014, a apparu la notion de « patrimonialisation »²⁴¹² des données personnelles, notion renforcée par la logique de « marchandisation des données »²⁴¹³ personnelles²⁴¹⁴. Cette idée de propriété des données à caractère personnel se retrouve dans le langage courant avec l'expression « *vol de données personnelles* »²⁴¹⁵. Cette vision propriétaire des données à caractère personnel comme mécanisme de protection est essentiellement fondée sur une approche économique du droit²⁴¹⁶. La propriété aurait « *pour effet et pour bienfait d'inciter à l'entretien des biens et à la création de valeur en garantissant au propriétaire une juste rémunération de ses efforts* »²⁴¹⁷.

2410L'un des premiers écrits sur la question date de 1967 (WESTIN A. F., *Privacy and Freedom*, Athenum, New York, 1967)

2411LITMAN J., *Information Privacy/Information Property*, Stanford Law Review, vol. 52, n° 5, Symposium : Cyberspace and Privacy : A New Legal Paradigm ?, mai 2000, p. 1283-1313 ; LESSIG L., *Privacy as Property*, Social Research, 2002, vol. 69, n° 1, p. 247-270, p. 255

2412LANIER J., *Who Owns the Future ?*, éd. Simon & Schuster, 4 mars 2014, 448 p.

2413STROWEL A., *Les données, un nouvel actif à l'intersection des propriétés intellectuelles*, in La propriété intellectuelle, (sous-dir. Jean-Michel Bruguière), Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, 6 octobre 2022, p. 110

2414V. *contra* : cons. 24 de la directive (UE) 2019/770 du 20 mai 2019 : Tout en faisant le constat de modèles commerciaux fondé sur la fourniture par le consommateur de leurs données personnelles en contrepartie de contenus ou de services numériques, le Législateur européen estime, cependant, que les données personnelles ne peuvent être considérées comme des marchandises. Néanmoins, paradoxalement, cette directive (UE) 2019/770 du 20 mai 2019 traite les données personnelles comme des biens.

2415À titre d'illustration quelques articles de presse usant de cette idée de vol de données personnelles : BERNARD O., *Cdiscount : un haut responsable mis en examen après un vol de données de clients*, Le Parisien, 6 février 2021, disponible [en ligne] : <https://www.leparisien.fr/faits-divers/cdiscount-un-haut-responsable-mis-en-examen-apres-un-vol-de-donnees-de-clients-06-02-2021-8423556.php> (consulté le 16/08/2023) ; ADAM L., *Des données personnelles de clients Orange Cyberdéfense diffusées en ligne*, Le Monde, 6 septembre 2022, disponible [en ligne] : https://www.lemonde.fr/pixels/article/2022/09/06/des-donnees-personnelles-de-clients-orange-cyberdefense-diffusees-en-ligne_6140399_4408996.html (consulté le 16/08/2023) ; Le Monde, *Deezer : les données de millions de comptes en vente sur le Web*, Le Monde, 15 décembre 2022, disponible [en ligne] : https://www.lemonde.fr/pixels/article/2022/12/15/deezer-les-donnees-de-250-millions-de-comptes-en-vente-sur-le-web_6154602_4408996.html (consulté le 16/08/2023) ; Le Figaro et AFP, *Credit Suisse avertit ses employés d'un vol de données personnelles sur les bonus*, 14 février 2023, disponible [en ligne] : <https://www.lefigaro.fr/societes/credit-suisse-avertit-ses-employes-d-un-vol-de-donnees-personnelles-sur-les-bonus-20230214> (consulté le 16/08/2023) ; FALCO É., *Lille : des données personnelles d'habitants volées après une cyberattaque de la mairie*, Le Journal du Dimanche, 8 avril 2023, disponible [en ligne] : <https://www.lejdd.fr/societe/lille-les-donnees-personnelles-des-habitants-volees-apres-une-cyberattaque-de-la-mairie-134548> (consulté le 16/08/2023)

2416V. par ex. LITMAN J. *Information Privacy/Information Property*, Stanford Law Review, mai 2000, vol. 52, n° 5, p. 1283-1313 ; SOLOVE D. J., *Introduction : Privacy self-management and the consent dilemma*, Harvard Law Review, mai 2013, vol. 126, n° 7, p. 1880-1903 ; SOLOVE D. J., *Conceptualizing Privacy*, California Law Review, juillet 2002, vol. 90, n° 4, p. 1087-1155 ; STIGLITZ J. E., *The Contributions of the Economics of Information to Twentieth Century Economics*, The Quarterly Journal of Economics, novembre 2000, vol. 115, n° 4, p. 1441-1478

2417PADOVA Y., *Entre patrimonialité et injonction de partage : la donnée écartelée ? (Partie I)*, RLDI, 1^{er} janvier 2019, n° 155

En d'autres termes, la propriété des données personnelles sous-tend la volonté de renforcer la gestion, le contrôle, et la sécurité de telles données. En ce sens, nous retrouvons l'approche philosophique de Robert NOZICK selon laquelle la propriété participe à la liberté individuelle²⁴¹⁸. Les défenseurs de cette idée considèrent donc la propriété comme le meilleur moyen de protection de la personne concernée.

336. **L'effet acquisitif de la possession des données à caractère personnel** – Les défenseurs de l'idée d'appropriation des données personnelles fondent l'acquisition du droit de propriété par l'effet de la possession. En effet, ces derniers soutiennent que « *l'emprise possessoire [est caractérisée] par le secret ou le maintien dans l'intimité de la personne* »²⁴¹⁹. En somme, leur raisonnement se compose en deux temps.

Dans un premier temps, les tenants de cette approche propriétaire se concentrent sur la caractérisation de la possession, « *figure de proue de la propriété* »²⁴²⁰. La possession, héritage du droit romain renvoie étymologiquement « *à la puissance (potis potestas) de tenir; d'être assis sur un bien (sedere)* »²⁴²¹. Il est courant de la définir par la conjonction de deux éléments qui sont d'une part, le *corpus* correspondant à une emprise matérielle de la chose et d'autre part, l'*animus*²⁴²² c'est-à-dire la volonté de la personne de se comporter comme le maître de la chose. Concernant le *corpus*, il consiste, selon l'article 2255 du Code civil, en « *la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit* ». Ce *corpus* se manifestera par le pouvoir²⁴²³, une maîtrise de fait²⁴²⁴, c'est-à-dire un contrôle de la personne sur la chose, la possibilité d'en tirer l'utilité économique par l'accomplissement d'acte de jouissance²⁴²⁵. Aussi, en ce qui concerne les données personnelles, ces actes sont essentiellement de deux

2418NOZICK R., *Anarchie, État et utopie*, PUF, Paris, coll. Quadrige, 6 janvier 2016 – v. ég pour une approche critique de la position de Robert NOZICK : ROUBAN L., *La philosophie formelle de l'État selon Robert Nozick : à propos de Anarchy, State and Utopia*, Revue Française de Science Politique, 1984, 34 (1), pp.103-126

2419LANDREAU I., PELIKS G., BINCTIN N., et PEZ-PÉRARD V. *Rapport Mes data sont à moi ; Pour une patrimonialité des données personnelles*, janvier 2018, p. 56 – Nous retrouvons la remarque des professeurs Frédéric. ZÉNATI-CASTAING et Thierry REVET affirmant qu'« *en matière mobilière, c'est par la possession que le propriétaire affirme pratiquement sa souveraineté sur la chose en la soustrayant de l'appréhension d'autrui* » (ZÉNATI-CASTAING F. et REVET T., *Les biens*, PUF, Paris, 16 janvier 2008, n° 194).

2420LOISEAU G., *L'article 2279 du Code civil ne s'applique pas à une licence de débit de boissons*, JCP G., 6 septembre 2006, n° 36, II 10143

2421DURAND H., *L'article 2276 du Code civil à l'épreuve de l'immatériel (première partie)*, Hedbo éd. privée, 8 janvier 2015, n° 596

2422L'élément psychologique est indispensable. V. par ex. Cass. 3^e civ., 6 mars 1974, n° 73-10.627, Bull. civ. III, n° 106, p. 82

2423MALAURIE P. et AYNÈS L., *op. cit.*, p. 147, n° 488

2424MÉMETEAU G., *Droit des biens*, Larcier, Bruxelles, coll. Paradigme, janvier 2013, 6^e éd., p. 122

2425Il s'agit de la vision économique de la possession (STRICKLER Y., *Les biens*, PUF, Paris, coll. Thémis droit, septembre 2006, 1^e éd., p. 271, n° 190).

ordres, le secret et le contrôle, actes caractérisant donc la détention du *corpus* de la donnée²⁴²⁶. L'approche ainsi adoptée participe à la dématérialisation de la possession en atténuant la conception traditionnelle qualifiée de matérialiste²⁴²⁷. Quant à l'élément intellectuel, celui-ci ne suscitera pas de problème selon les partisans de l'appropriation des données personnelles. L'*animus domini* ne s'exprimera qu'au travers du *corpus* par divers actes comme des actes d'exploitation²⁴²⁸.

Dans un second temps, les tenants de l'appropriation des données personnelles font appel à l'un des effets de la possession, à savoir l'acquisition instantanée pour le possesseur de bonne foi²⁴²⁹. L'alinéa 1^{er} de l'article 2276 du Code civil dispose, effectivement, qu'« *en fait de meubles, la possession vaut titre* ». Il ressort, par une interprétation littérale, que cette disposition peut aussi bien s'appliquer tant à l'égard des meubles corporels qu'incorporels. Par conséquent, il n'existe aucune entrave textuelle à étendre le célèbre adage « *en fait de meubles, la possession vaut titre* » aux meubles incorporels. Dès lors, les données personnelles ne faisant pas l'objet d'une appropriation par le droit spécial des biens comme en matière de propriété intellectuelle, seraient soumises au mécanisme d'appropriation de droit commun des biens. Il s'ensuit que la personne physique serait le possesseur de ses données personnelles en raison du maintien du secret ou du contrôle exercés sur lesdites données. Dès lors, sur le fondement de l'article 2276 du Code civil, il en serait propriétaire.

Une telle reconnaissance aurait des conséquences juridiques. En effet, la propriété sur les données personnelles, impliquerait non seulement d'accorder, sauf exception, un contrôle absolu, notamment sur l'autorisation de l'accès auxdites données, mais également un droit perpétuel sur celles-ci. En d'autres termes, le propriétaire des données personnelles pourrait décider quelles personnes auraient accédé à ses données, les modalités pour les stocker, les partager voire les vendre. Il pourrait également choisir de les détruire voire de les abandonner. Par ailleurs, le propriétaire serait investi d'un droit de rétention, « *forme la plus élémentaire de possession* »²⁴³⁰, lui permettant d'organiser au mieux l'exploitation ainsi que la circulation de ses données par le biais de contrats²⁴³¹. En outre, l'usage indu de la donnée personnelle, voire son appropriation par un tiers ouvrirait alors à la personne, source de la donnée, la

2426 LANDREAU I., PELIKS G., BINCTIN N., et PEZ-PÉRARD V. *op. cit.*, p. 59

2427 MÉMETEAU G., *op. cit.*, p. 122 : pour qui la possession ne peut que s'exercer sur toutes choses corporelles. À contrario, les choses incorporelles en sont exclues.

2428 Cass. 1^{re} civ., 24 mars 1993, n° 91-16.543, Bull. civ. 1993, I, n° 126, p. 84 ; JCP G 1993, II, 22085, note GREFFE F. – Cass. 1^{re} civ., 11 mai 1999, n° 97-10.963, Bull. civ. 1999, I, n° 157, p. 104

2429 Cass. req., 21 novembre 1927, DP 1928, I, p. 172 ; Cass. 1^{re} civ., 4 janvier 1972, n° 70-12.885, Bull. civ. I, n° 4, p. 4 – V. ég. DROSS W., *Le singulier destin de l'article 2279 du code civil*, RTD Civ., 2006, p. 27 et s.

2430 ZÉNATI F., *Les biens*, PUF, Paris, coll. Droit fondamental, septembre 1988, 1^{re} éd., p. 375, n° 371

2431 V. en ce sens : DUBUISSIN F., *Existe-t-il un principe général d'appropriation de l'information ?*, Thèse, Université Libre de Bruxelles, 26 janvier 2005, p. 6, n° 13

possibilité d'une action en réparation. Cette personne pourrait aussi engager une action en revendication mobilière²⁴³² dans l'hypothèse d'une appropriation illégitime de ses données. Néanmoins, suivant la logique du droit des biens, nous pourrions craindre que cette action en revendication de la personne source des données échoue au regard de l'effet acquisitif de l'alinéa 1^{er} de l'article 2276 du Code civil. Une telle possibilité semble, toutefois, être écartée lorsque le tiers s'est sciemment « accaparé » une donnée personnelle caractérisant par là même sa mauvaise foi. Ce dernier ne pourrait pas invoquer l'adage « *en fait de meubles, la possession vaut titre* ». Reste que la charge de la preuve de la mauvaise foi du tiers pèse sur le revendiquant, personne concernée par les données.

337. L'analyse critique de l'idée d'appropriation par la possession des données à caractère personnel – Une telle position que certains qualifient d'« *ultra-libérale* »²⁴³³, peut être critiquée sur plusieurs points. Tout d'abord, outre que la maxime « *en fait meubles, la possession vaut titre* » est traditionnellement cantonnée aux hypothèses de transfert *a non domino*²⁴³⁴, son application aux meubles incorporels n'est pas sans susciter un vif débat au sein de la doctrine. Les tenants à l'appropriation des données personnelles minimisent voire ne prennent pas en considération ces discussions. Certes, des auteurs se montrent favorables à l'application du mécanisme de l'article 2276 du Code civil aux meubles incorporels. Pour ce faire, ils soutiennent que la possession n'étant que l'exercice factuel d'un droit, elle peut porter sur des biens incorporels²⁴³⁵ et partant, produire son effet acquisitif. Autrement dit, dès lors que nous admettons qu'un meuble incorporel puisse faire l'objet d'une possession, nous devrions reconnaître l'application de la règle de l'article 2276 du Code civil. Une telle position s'inscrit dans une logique d'évolution du droit au regard de l'importance accrue de l'immatériel dans notre société actuelle²⁴³⁶. Cette évolution ne serait-elle pas déjà perceptible

2432BOUTTIER F., *Propriété – Action en revendication. – Reconnaissance du droit de propriété d'autrui*, JurisClasseur Notarial Formulaire, Fasc. 50, 1^{er} mars 2011 (mise à jour : 15 mars 2017), n° 14 : définissant l'action en revendication comme « *l'action par laquelle celui qui se prétend propriétaire d'une chose tend à faire reconnaître son droit de propriété et, en conséquence, à obtenir la restitution de la chose* ».

2433MAUREL L. et AUFRÈRE L., *Pour une protection sociale des données personnelles*, février 2018, p. 2, disponible [en ligne] : <https://hal.science/hal-01903526> (consulté le 08/08/2023)

2434DURAND H., *op. cit.* n° 596

2435V. en ce sens : DROSS W., *Droit des biens*, L.G.D.J., Paris, coll. Domat Droit privé, 19 août 2014, 2^e éd., n°473 ; – V. ég. PÉLISSIER A., *Possession et meubles incorporels*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèse, 2001, p. 236 et s., n° 443 et s. ; PARANCE B., *La possession des meubles incorporels*, L.G.D.J., Paris, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, tome 15, 29 avril 2008, 496 p.

2436V. en ce sens : CARON C., *Propos (un peu) hétérodoxes sur quelques idées reçues relatives à la possession des choses immatérielles*, Comm. com. électr., juillet 2002, n° 7-8, comm. 95 pour qui, « *à l'ère des grandes richesses immatérielles, il serait incohérent que la propriété, mode par excellence de l'organisation du pouvoir de la personne sur la chose, siège d'une valeur, rate le grand rendez-vous historique de l'appréhension de l'incorporel par la règle de droit. Il importe donc d'expérimenter les concepts fondamentaux et classiques du droit des biens à l'épreuve de l'immatériel* ».

au sein de l'article L. 211-16 du Code monétaire et financier dans la mesure où cette disposition reprend le mécanisme de l'article 2276 du Code civil en matière de valeurs mobilières, biens incorporels par excellence. Toujours est-il, d'une telle interprétation a « *encore du mal à se faire jour* »²⁴³⁷.

En effet, d'autres auteurs soutiennent que le domaine de l'article 2276 dudit Code ne devrait être cantonné qu'aux biens meubles corporels²⁴³⁸. L'article L. 211-16 précité ne serait que l'exception confirmant la règle. Il convient de ne pas négliger cette interprétation et cela, d'autant plus au regard de la proposition de réforme du Livre II du Code civil relatif aux biens du groupe de travail de l'Association Henri CAPITANT²⁴³⁹. Ce groupe de travail a proposé une réécriture de l'article 2276 du Code civil afin de le clarifier en distinguant la fonction probatoire de la fonction acquisitive de la possession des meubles corporels. Par ailleurs, tout en n'étant pas hostile, par principe, à la possession de biens incorporels, ce groupe de travail a souhaité qu'elle soit définie, au cas par cas, par des législations spéciales applicables à ces divers biens incorporels. Ainsi, l'article 558 de ladite proposition prévoit que « *la possession des meubles incorporels obéit aux lois spéciales qui les régissent* ». Au regard de la position du groupe de travail, nous pouvons interpréter une telle disposition comme rejetant tout régime général de possession des biens incorporels. Dès lors, à défaut de disposition spécifique prévoyant la possession du bien incorporel, nous ne pourrions appliquer le droit commun des biens.

De plus, le Professeur ATIAS estimait que l'effet acquisitif de la possession ne valait que pour « *les choses susceptibles d'appropriation privée et pour lesquelles aucune autre mode de désignation du propriétaire n'a été prévu* »²⁴⁴⁰. Or, les données à caractère personnel sont-elles réellement des choses susceptibles d'appropriation et cela, en raison du lien inextricable avec la personne physique, source des données ? Ainsi, à première vue, les notions de données à caractère personnel et de propriété semblent s'exclure mutuellement. En effet, les données personnelles, par leur nature de droit fondamental au regard de la Charte des

2437DURAND H., *op. Cit.*, n° 596

2438TROLONG M., *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code. De la prescription, Commentaire du Titre XX, Livre III du Code civil. Tome 3*, Charles Hingray, libraire-éditeur, Paris, 3^e éd., 1838, n° 1064 et s. ; AUBRY C. et RAU C., *Cours de droit civil français. Tome II*, Librairies Techniques, 7^e éd., 1961 ; RIPERT G., *Traité pratique de droit civil français. Tome III. Les biens*, L.G.D.J., Paris, 1952, 2^e éd. ; CARBONNIER J., *Droit civil. Tome III. Les biens*, PUF, Paris, 1998, 18^e éd. n° 227 et s. ; CORNU G., *Droit civil. Introduction. Les personnes ; les biens*, Montchrestien, 1999, 9^e éd. n° 1637 ; BERGEL J.-L., BRUSCHI M., et CIMAMONTI S., *Les Biens*, L.G.D.J., Paris, 2000, n° 220 s. ; LARROUMET C., *Les biens, Droits réels principaux. Tome 2*, Economica, Paris, 2004, 4^e éd., n° 923 ; ATIAS C., *Droit civil – Les biens*, LexisNexis, Paris, avril 2011, 11^e éd., p. 261, n° 346 ; MÉMETEAU G., *op. cit.*, p. 129

2439V. <https://www.henricapitant.org/wp-content/uploads/2023/02/avant-projet-de-reforme-du-droit-des-biens-version-finale.pdf> (consulté : 08/08/2023)

2440ATIAS C., *Droit civil – Les biens*, LexisNexis, Paris, avril 2011, 11^e éd., p. 261, n° 346 – Dans le même sens, v. MALAURIE P. et AYNÈS L., *op. cit.*, p. 169, n° 557

droits fondamentaux de l'Union européenne²⁴⁴¹, ne devraient pas être réduites à de simples biens économiques²⁴⁴². L'introduction de la propriété des données personnelles conduirait insidieusement à une acceptation de la logique de « marchandisation » de l'identité de la personne physique ouvrant, par là même, un débat éthique. En réalité, reconnaître la personne propriétaire de ses données personnelles « *reviendrait à faire entre ces données dans les droits patrimoniaux, et éventuellement à les rendre saisissables par des créanciers, [...]* »²⁴⁴³. Or, d'un point de vue éthique, permettre aux créanciers de saisir les données personnelles irait à l'encontre des considérations tenant à la dignité de la personne physique concernée²⁴⁴⁴.

Aussi, le fait que les données personnelles peuvent receler une valeur commerciale doit-il impliquer *de facto* un mécanisme de protection fondé uniquement sur une logique de marché alors que ces données relèvent des droits fondamentaux ? La propriété est-elle l'instrument le mieux adapté à la protection de la personne physique ? Si une propriété sur les données personnelles est reconnue, la vente de données aura pour conséquence le transfert des prérogatives tenant à la propriété de ces données. Partant, l'acquéreur aura le droit d'user ultérieurement ces données sans le consentement de la personne concernée, voire pourra l'empêcher de les utiliser²⁴⁴⁵. La situation serait, somme toute, paradoxale, pour ne pas dire ubuesque. En effet, la personne qui aurait, par exemple, vendu une donnée contenant ses noms et prénoms, risquerait de se voir interdire l'utilisation ultérieure de ses informations. De surcroît, une telle conception patrimoniale ne serait-elle pas en contradiction avec l'interdiction de commercialiser certaines parties du corps humain ? N'oublions pas que certaines données personnelles, comme les informations génétiques, proviennent directement du corps humain²⁴⁴⁶.

2441V. art. 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

2442V. en ce sens : ROBERT R., *Peut-on payer avec ses données personnelles ? La proposition de directive « contenu numérique » introduit le ver dans le fruit*, Journal de droit européen, 2021. p. 357

2443MATTATIA F. et YAÏCHE M., *Être propriétaire de ses données personnelles : peut-on recourir aux régimes traditionnels de propriété ?*, RLDI, 1^{er} avril 2015, n° 114

2444V. en ce sens : v. en ce sens : POULLET Y., *La « propriété » des données : Balade au « pays des merveilles » à l'heure du big data*, in *Penser le droit de la pensée : Mélanges en l'honneur de Michel Vivant*, Dalloz, Paris, 23 septembre 2020, p. 341

2445V. en ce sens : MATTATIA F. et YAÏCHE M., *op. cit.*

2446V. par ex. la position de la Cour EDH : CEDH, gr. ch., 4 décembre 2008, aff. *S. et Marper c. Royaume-Uni*, req. n° 30562/04 et 30566/04, pt. 68). Les données de santé sont définies selon le considérant 35 du règlement (UE) 2016/679 comme « *l'ensemble des données se rapportant à l'état de santé d'une personne concernée [...] un numéro, un symbole ou un élément spécifique attribué à une personne physique pour l'identifier de manière unique à des fins de santé ; des informations obtenues lors du test ou de l'examen d'une partie du corps ou d'une substance corporelle, y compris à partir de données génétiques et d'échantillons biologiques ; et toute information concernant, par exemple, une maladie, un handicap, un risque de maladie, les antécédents médicaux, un traitement clinique ou l'état physiologique ou biomédical de la personne concernée, indépendamment de sa source, qu'elle provienne par exemple d'un médecin ou d'un autre professionnel de la santé, d'un hôpital, d'un dispositif médical ou d'un test de diagnostic in vitro* ». – V. ég. : BOURCIER D., et DE FILIPPI P., *Vers un droit collectif sur les données de santé*, Revue de droit sanitaire et social, 2018, n° 3, p. 444 et s.

Afin d'écarter tout risque de « marchandisation », le Professeur Václav JANEČEK²⁴⁴⁷ opère une distinction entre les données intrinsèquement personnelles qui seraient exclues de la propriété des données telles que les données de santé, et les données qui ne sont personnelles qu'extrinsèquement, compatibles avec l'idée de propriété²⁴⁴⁸. Or, dans les faits, tracer la frontière entre ces deux types de données personnelles pourrait s'avérer complexe²⁴⁴⁹, d'autant plus que le Professeur Václav JANEČEK ne propose aucun critère clair pour distinguer les données intrinsèquement personnelles des données extrinsèquement personnelles. Il se contente de donner des exemples pour chaque catégorie, mais ces illustrations ne suffisent pas à établir des critères de distinction précis.

Du côté de la jurisprudence, les juges parisiens avaient estimé laconiquement dans une décision en date du 10 septembre 2001²⁴⁵⁰, que « *les dispositions de l'article [2276 du Code civil] ne permettent pas d'acquérir des droits incorporels* ». Une telle position s'inscrit dans la jurisprudence de la Cour de cassation. En effet, la Cour régulatrice écarte, par principe, l'application de ce mécanisme à l'égard de biens incorporels tels que le fonds de commerce²⁴⁵¹, les droits de propriété littéraire et artistique²⁴⁵², ou encore une licence de débit de boisson²⁴⁵³. Ainsi, dans une décision en date du 7 mars 2006, la Haute juridiction a considéré que « *l'article 2279 du Code civil [ancien devenu l'article 2276] ne s'applique qu'aux seuls meubles corporels individualisés ; que la licence d'exploitation d'un débit de boissons ayant la même nature de meuble incorporel que le fonds de commerce dont elle est l'un des éléments et ne se transmettant pas par simple tradition manuelle, c'est à bon droit que la cour d'appel a écarté pour la dite licence d'exploitation la présomption prévue par ce texte* »²⁴⁵⁴. Cet arrêt a pu être qualifié d'« *emblématique de la volonté de réserver les règles du droit commun des biens à la propriété corporelle* »²⁴⁵⁵.

2447JANEČEK V., *Ownership of personal data in the Internet of Things*, Computer Law & Security Review, 2018, vol. 34, n° 5

2448Par exemple, les données GPS, l'adresse IP et plus généralement les métadonnées sont, pour Monsieur Václav JANEČEK, des données pouvant faire l'objet d'une appropriation.

2449Le professeur Václav JANEČEK ne fournit aucun critère afin de discerner les données intrinsèquement personnelles de celles extrinsèquement personnelles. Il n'apporte que des exemples de chacune de ces catégories. Ces illustrations ne nous permettent pas d'établir des critères de distinction.

2450CA Paris, 1^{er} ch., sect. A, 10 septembre 2001 ; Juris-Data n° 2001-156056

2451Cass. civ. 1^{er}, 2 mars 1960, Bull. civ. I, n° 141

2452Cass. civ., 26 février 1919 ; DP 1923, I, p. 215

2453Cass. com., 7 mars 2006, n° 04-13.569, Bull. civ. IV, n° 62, p. 62 ; Juris-Data n° 2006-032577 ; D., 12 octobre 2006, Somm. 2363, obs. MALLET-BRICOUT B. et REBOUL-MAUPIN N. ; RTD Civ., 15 juin 2006, n° 2, p. 348, obs. Revet T. ; JCP G., 6 septembre 2006, n° 36, II, 10143, comm. LOISEAU G.

2454MALAURIE P. et AYNÈS L., *op. cit.* n° 574 pour qui, malgré ce rejet explicite de la jurisprudence, « *l'exclusion des meubles incorporels de l'article 2279 est aujourd'hui mise en défaut et disparaît peu à peu* ».

2455LOISEAU G., *L'article 2279 du Code civil ne s'applique pas à une licence de débit de boissons*, JCP G., 6 septembre 2006, n° 36, II, 10143

Force est de reconnaître que l'application du mécanisme de l'article 2276 du Code civil aux meubles incorporels n'est pas aussi évidente que le soutiennent les tenants de l'appropriation des données à caractère personnel. Cela est d'autant plus vrai que les meubles incorporels font fréquemment l'objet d'un système de publicité légal venant, par là même, rendre le mécanisme généralisé de la possession peu utile²⁴⁵⁶. Par surcroît, l'application de la règle de l'article 2276 du Code civil n'est pas sans risque. En effet, nous pouvons craindre qu'elle attribue instantanément la propriété d'une donnée personnelle à un usurpateur²⁴⁵⁷.

En outre, un conflit d'intérêts naîtra concernant la question de savoir qui possède quoi. Nous pouvons parfaitement imaginer qu'une entreprise ayant enregistré, stocké une donnée personnelle puisse en revendiquer la possession²⁴⁵⁸. En effet, *quid* de l'entreprise ayant acquis des données personnelles d'une personne auprès d'un courtier en donnée ? Il est possible de s'interroger sur l'application de l'adage « *en fait de meubles, la possession vaut titre* ». La bonne foi de l'entreprise pourrait être retenue par les juges selon les circonstances entourant la cession des données. Partant, la revendication intentée contre elle par la personne concernée par les données serait rejetée quand bien même cette personne arriverait à démontrer sa qualité de propriétaire²⁴⁵⁹. Cette situation se complexifie encore si cette entreprise utilise les données personnelles en cause pour créer de nouvelles données. Quelle solution apporter à une telle situation ? En matière de droit commun des biens, cette problématique est traitée sous l'angle du mécanisme de l'accession mobilière²⁴⁶⁰ et plus précisément, sous l'angle des

2456DROSS W., *Prescription et possession. – Prescription des choses mobilières*, JurisClasseur Civil Code Art. 2276 et 2277, 15 novembre 2018, n° 99

2457V. en ce sens : REYGROBELLET A., et DENIZOT C., *Fonds de commerce*, Dalloz, coll. Dalloz Action, octobre 2011, 2^e éd., spéc. p. 49, n° 07.52

2458V. en ce sens : POULLET Y., *op. cit.*, p. 348, n° 13

2459Cass. req., 21 novembre 1927, DP 1928, I, 172

2460MALAURIE P. et AYNÈS L., *op. cit.*, p. 128, n° 441 : pour qui les règles tenant à l'accession mobilière constituent un « *droit mort* », car elles sont quasiment plus appliquées.

théories de l'adjonction²⁴⁶¹, de la spécification²⁴⁶² du mélange²⁴⁶³. Cependant, cette approche se complique en matière de choses incorporelles. En effet, les règles de l'accession visent, en pratique, à résoudre les conflits nés à la suite de l'union matérielle de deux choses corporelles. Aussi, se pose la question de savoir s'il est envisageable d'étendre ce mécanisme aux choses incorporelles ? Les règles tenant à l'accession mobilière de droit commun ne semblent pouvoir trouver à s'appliquer aux objets numériques²⁴⁶⁴. Cela se justifie par le fait que de tels objets présentent un caractère ubiquitaire et ne disparaissent pas du fait de l'utilisation par l'entreprise. Concrètement, le conflit naîtra surtout sur le terrain de l'exploitation des données dérivées. Cela explique également la présence de règles spécifiques en matière de droit de propriété intellectuelle. Ainsi, par exemple, l'auteur d'une œuvre composite ou dérivée créée à partir d'une œuvre préexistante sans l'accord de son auteur pourra être poursuivi sur le fondement de la contrefaçon²⁴⁶⁵. Le Code de la propriété intellectuelle consacre une prééminence de l'auteur de l'œuvre première²⁴⁶⁶ dans la mesure où ce dernier pourra faire cesser toute atteinte à ses droits. Dès lors, l'auteur de l'œuvre première pourra demander la suppression de l'emprunt de son œuvre, ce qui revient, concrètement, à séparer l'œuvre

2461 COHET F., *Accession*, Répertoire de droit civil, Dalloz, avril 2016 (mise à jour : mars 2023), n° 13 : pour qui l'adjonction vise l'hypothèse de « *l'union de choses appartenant à des personnes distinctes, lesquelles choses n'en restent pas moins séparables* ». Son régime est fixé aux art. 566 à 569 C. civ. Le principe est posé à l'article 566 dudit Code disposant que « *lorsque deux choses appartenant à différents maîtres, qui ont été unies de manière à former un tout, sont néanmoins séparables, en sorte que l'une puisse subsister sans l'autre, le tout appartient au maître de la chose qui forme la partie principale, à la charge de payer à l'autre la valeur, estimée à la date du paiement, de la chose qui a été unie* ». En d'autres termes, la disposition écarte l'hypothèse de séparation, le propriétaire du bien principal demeure le propriétaire du meuble accessoire. Ce principe poursuit une logique économique commandant le maintien de l'union (BINCTIN N., *Propriété – Droit d'accession relativement aux choses mobilières*, JurisClasseur Notarial Répertoire, Fasc. 105, 4 mars 2021, n° 40). Néanmoins, ce principe est atténué par l'art. 568 C. civ. prévoit que « *quand la chose unie est beaucoup plus précieuse que la chose principale, et quand elle a été employée à l'insu du propriétaire, celui-ci peut demander que la chose unie soit séparée pour lui être rendue, même quand il pourrait en résulter quelque dégradation de la chose à laquelle elle a été jointe* ». Partant, la personne concernée par les données pourrait se fonder sur cette disposition afin de demander la restitution des données personnelles qui ont été utilisées par l'entreprise pour créer d'autres données, des métadonnées. Outre cette obligation de restitution, l'entreprise devrait, en pratique, être soumise à l'obligation de supprimer lesdites données ainsi que celle de ne pas les utiliser.

2462 Cette notion de « *spécification* » ne figure pas dans le Code civil, mais elle est employée par la doctrine. Il s'agit de l'hypothèse d'une fabrication d'une chose à partir d'une autre préexistante.

2463 COHET F., *Accession*, Répertoire de droit civil, Dalloz, avril 2016 (mise à jour : mars 2023) ; définissant le mélange comme « *consiste dans l'union de deux choses appartenant à des personnes distinctes, de telle façon qu'elles ne pourront en conséquence être individualisées* ». Son régime est organisé par les art. 573 et 574 C. civ.

2464 V. en jurisprudence : CA Paris, 4^e ch., sect. A, 13 janvier 1993, D., 8 avril 1993, n° 14, p. 90 ; V. en doctrine : TERRÉ F. et SIMLER P., *Les biens*, Dalloz, Paris, 2006, 7^e éd., p. 176, n° 233 ; BECQUET S., *Le bien industriel*, L.G.D.J., Paris, coll. Thèses, sous-coll. Bibliothèque de droit privé, 22 novembre 2005, p. 334 et s. – *Contra*, v. COHET F., *Accession*, Répertoire de droit civil, Dalloz, avril 2016 (mise à jour : mars 2023), n° 21

2465 V. art. L. 335-3, al. 1^{er} CPI – Cette disposition ne distingue pas selon qu'il s'agisse d'une reproduction totale ou partielle. Aussi, par l'application de la maxime « *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* », il faut considérer que l'emprunt même partiel d'une œuvre de l'esprit sans l'accord de son auteur est constitutif de faits de contrefaçon.

2466 V. pour les œuvres dérivées, art. L. 113-4 CPI

première de l'œuvre dérivée²⁴⁶⁷ ou composite. Force est de remarquer que les tenants de l'appropriation des données personnelles n'apportent nullement de réponse à ces interrogations qui, pourtant, se poseraient en pratique.

Ensuite, quand bien même l'appropriation par la possession des données personnelles serait reconnue, une telle possibilité ne pourrait pas trouver à s'appliquer à l'égard des personnes mineures ou protégées. En effet, le possesseur doit être conscient et capable d'exprimer sa volonté. Ainsi, le mineur ou la personne protégée ne peuvent posséder et cela, même s'ils détiennent la chose²⁴⁶⁸. Or, il nous semble qu'il s'agit de catégories de personnes les plus vulnérables qui nécessitent une protection renforcée ou, à tout le moins, une plus grande attention. Cette volonté de renforcer la protection des mineurs s'observe au sein du RGPD qui a établi « *un niveau de protection supplémentaire lorsque les données à caractère personnel de personnes vulnérables, notamment d'enfants, sont traitées* »²⁴⁶⁹. Aussi, la reconnaissance d'une propriété sur les données personnelles irait à l'encontre de l'objectif poursuivi par le règlement précité du 27 avril 2016 en affaiblissement la protection accordée aux personnes vulnérables.

338. Un droit de propriété sur les données à caractère personnel en raison de leur valeur – À côté de la reconnaissance d'un droit de propriété justifiée simplement par la possession, une autre approche existe. Cette dernière se fonde, cette fois-ci, sur la valeur, la richesse. Suivant cette perspective, le Législateur devrait reconnaître un droit de propriété sur les données personnelles et cela, en raison que la valeur qu'elles représentent. C'est le constat de Monsieur Alexandre FERRACCI. Selon cet auteur, il est aisé d'attribuer la qualification de biens lorsqu'on utilise uniquement le critère de la valeur²⁴⁷⁰. Une telle approche s'inscrirait dans une certaine mesure dans la continuité des travaux du Professeur Pierre CATALA²⁴⁷¹.

2467GAUTIER P.-Y., *L'accession mobilière en matière d'œuvres de l'esprit : vers une nouvelle querelle des Proculiens et des Sabinien*, D., 1988, chron., XXIII. : Se fondant sur le principe de l'équité, cet auteur invite les juges à s'inspirer du mécanisme de l'accession mobilière de droit commun fixé à l'article 565, alinéa 1^{er}, du Code civil lorsque l'auteur de l'œuvre première a autorisé l'adaptation de son œuvre pour une durée limitée. Par ailleurs, selon le Professeur Pierre-Yves GAUTIER, l'auteur de l'œuvre première ne souffrirait pas de cette situation en ce qu'il bénéficierait de sa rémunération et qu'il conserverait la jouissance de son œuvre.

2468V. en ce sens : MALAURIE P. et AYNÈS L., *op. cit.*, p. 149, n° 492

2469Comité européen de la protection des données, *Lignes directrices 5/2020 sur le consentement au sens du règlement (UE) 2016/679*, 4 mai 2020, p. 29, disponible [en ligne] : https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_fr.pdf (consulté le 06/08/2023)

2470FERRACCI A., *Réflexion autour de l'évolution récente des controverses quant à la nature du droit de propriété*, Les Cahiers Portalis, 2018/1, n° 5, p. 66

2471CATALA P., *La « propriété » de l'information*, in Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Dalloz-Sirey, Paris, 1985, p. 98 et s. : pour cet auteur, « à travers la valeur qui la révèle, l'information est un bien en soi, distinct à la fois de son support matériel et de la prestation qui la délivre ».

Néanmoins, il convient d'observer que cet argument se trouve, en réalité, limité pour les données à caractère personnel. En effet, comme l'avait justement relevé le Conseil d'État, « même si le prix des données de chaque individu est appelé à croître de manière considérable au cours des années à venir (jusqu'à quelques euros), la valeur de l'actif que la reconnaissance du droit de propriété conférerait à chaque individu restera dérisoire »²⁴⁷². Par surcroît, une « personne *lambda* » ne sera pas à même d'évaluer exactement la valeur de ses propres données personnelles²⁴⁷³. Dès lors, la détermination de la valeur des données personnelles sera, dans une large mesure, fixée unilatéralement par les entreprises. D'autant plus qu'en réalité, c'est l'exploitation d'un grand nombre de données personnelles qui permet de conférer de la valeur pour les exploitants²⁴⁷⁴.

Aussi, si nous nous arrêtons uniquement à cet argument de la valeur afin de reconnaître un droit de propriété²⁴⁷⁵, encore est-il nécessaire de déterminer qui en sera le propriétaire²⁴⁷⁶. Face à une telle interrogation, il est possible de considérer intuitivement que les droits de propriété relatifs aux données personnelles devraient revenir à la personne physique concernée. Cependant, en vérité, la réponse est tout sauf évidente²⁴⁷⁷. En effet, la question de l'attribution des droits de propriété nous conduit à s'interroger sur la personne à l'origine de cette valeur²⁴⁷⁸. Qui crée réellement la valeur des données : la personne dont elles sont issues, ou, à l'inverse, l'entreprise qui les collecte, les traite, les stocke et les valorise ? En effet, la donnée en tant que telle n'a très peu de signification. Il est nécessaire de la recueillir, de la codifier, de l'organiser afin qu'elle devienne un signifiant²⁴⁷⁹. Autrement dit, ce droit de propriétaire doit-il être fondé sur la source de l'information ou sur l'investissement de ressources dans la définition des paramètres et la collecte de cette information ? La

2472Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La Documentation française, 2014, spéc. p. 265)

2473Sur la question de l'estimation de la valeur et du prix en matière de contrat : LEHMAN C., *Essai sur le prix et la valeur en droit des contrats*, Thèse de doctorat, Droit privé, Université Paris-Saclay, 20 juin 2022

2474V. en ce sens LANDREAU I., PELIKS G., BINCTIN N., et PEZ-PÉRARD V. *op. cit.*, p. 96

2475La valeur est devenue un critère pour qualifier un bien et par là même, s'est « substitué[e] aux critères doctrinaux de l'utilité et de la rareté » (RANDRIANIRINA I., *Le fichier informatique de données personnelles, un bien singulier*, in Mélanges en l'honneur de Grégoire Forest, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, 23 avril 2014, p. 214)

2476V. en ce sens : PURTOVA N., *Illusion of Personal Data as No One's Property*, Law, Innovation, and Technology, 2015, vol. 7, Issue 1, p. 83-111).

2477En philosophie du droit, plusieurs approches existent pour expliquer l'attribution de la propriété à une personne. Parmi elle, l'on trouve une approche fondée sur les théories lockéennes, la personne ayant effectué une activité en relation avec une ressource est propriétaire du résultat. En ce qui nous concerne, l'on pourrait soutenir que les données à caractère personnel proviennent de l'activité de collecte. Une telle activité justifierait l'attribution des droits de propriété à la personne ayant collecté les données en cause. Cette approche a pour inconvénient majeur d'écarter la personne concernée par les données personnelles.

2478V. en ce sens : FRIEDMAN, D., *Privacy and Technology*, Social Philosophy and Policy, 2000, vol. 17, n° 2, pp. 186-212). V. ég. COASE, R. H., *The Problem of Social Cost*, Journal of Law and Economics, octobre 1960, vol. 3, pp. 1-44.

2479V. en ce sens : BROUSSEAU É., *Organiser la valorisation de l'or noir du XXI^e siècle*, Annales des Mines, juin 2022, n° 18, spéc. p. 18

question se complexifie lorsque la donnée ne concerne pas une seule et unique personne mais un groupe, telle que le nom patronymique²⁴⁸⁰. Une telle donnée doit-elle alors faire l'objet d'une propriété indivise ?

Mais, comme l'avait souligné le juriste Raymond Théodore TROPLONG « *quand l'homme emploie son industrie pour dompter la matière vacante et la faire tourner à la satisfaction de ses besoins, il sait qu'il la fait sienne, et que nul ne pourra la lui ravir* »²⁴⁸¹. Aussi, ne devrions-nous pas raisonner au regard de l'article 571 du Code civil où l'acquisition du bien coïncide avec le fait général, l'industrie²⁴⁸². Il ressort, en effet, de cette disposition civiliste que si l'apport de l'industrie dépasse celui de la matière première, la propriété doit revenir à celui qui a apporté son travail, sous réserve, toutefois, pour ce dernier de dédommager l'apporteur de ressource de la valeur de cette dernière. Dès lors, la propriété devrait revenir au responsable de traitement qui fournit par le traitement des données personnelles une plus-value. Nous pensons en particulier lors de la création d'une base de données regroupant les données personnelles de clients. Un tel traitement permettrait de justifier la propriété du responsable sur lesdites données. Et lors d'une atteinte aux données personnelles, ce dernier pourrait alors agir sur le fondement de la propriété. La personne source de données serait, quant à elle, dédommée de la valeur que représentent ses données, à savoir un montant, somme toute, minime voire dérisoire. Une telle solution irait, comme nous l'avons déjà signalé, à l'encontre de l'esprit de la protection des données personnelles et cela, afin uniquement de privilégier leur commercialisation.

339. Une donnée à caractère personnel analysée comme une « création » – D'autres partisans de l'idée de propriété des données personnelles soutiennent qu'il convient de considérer les données comme des créations de la personne physique qui en serait la source²⁴⁸³. Le rapprochement avec le droit d'auteur pourrait s'expliquer par une certaine similitude avec les droits accordés aux personnes concernées par les données. À titre d'exemple, nous pouvons faire référence, comme le fait le Professeur Alain STOWEL au droit

2480V. dans le même sens : POULLET Y., *op. cit.*, p. 350 : cet auteur fait référence les données génétiques. Pour notre part, les données génétiques nous semblent être une donnée personnelle appartenant à une seule personne. En effet, quand bien même 50 % des informations génétiques de la personne provienne de la mère biologique et 50 % du père biologique, il ne faut pas occulter le risque de nouvelles mutations lors de la fabrication de l'ADN des futurs ovule et spermatozoïde. Aussi, aucune personne n'est identique sur le plan génétique à l'exception des jumeaux monozygotes.

2481TROPLONG R.-T., *De la propriété d'après le Code civil*, Pagnerre éd., Paris, 1848, p. 37

2482BECQUET S., *Le bien industriel*, L.G.D.J., Paris, coll. Thèses, sous-coll. Bibliothèque de droit privé, p. 466, n° 188

2483V. par ex. CHEMLA L., *Nous sommes tous des ayants droit*, Médiapart, 23 octobre 2013, disponible [en ligne] : <https://blogs.mediapart.fr/laurent-chemla/blog/231013/nous-sommes-tous-des-ayants-droit> (consulté le 03/08/2023)

de s'opposer à la divulgation non autorisée de données personnelles qui serait proche du droit de divulgation connu en droit d'auteur. De même, cet auteur constate que « *les droits des personnes concernées, comme les droits moraux, sont avant tout des droits négatifs permettant à une personne de s'opposer à certaines pratiques relatives à l'objet protégé* »²⁴⁸⁴.

Ainsi, à la manière de l'auteur, la personne, source des données personnelles, aurait un droit sur lesdites données dès leur captation par le responsable de traitement. L'inconvénient d'une telle proposition est de déformer la notion même de « *création* ». En effet, la création est l'« *action par laquelle l'homme invente, forme, établit* »²⁴⁸⁵. Pour la philosophie, « *au sens strict ou absolu ce serait produire quelque chose à partir de rien, ou plutôt à partir de soi seul* »²⁴⁸⁶. Or, en pratique, une large majorité des données à caractère personnel ne peuvent être qualifiées de créations dans la mesure où elles sont soit issues de l'observation²⁴⁸⁷ c'est-à-dire résultent de recueil de traces laissées par la personne, soit soumises par l'utilisateur d'un site, d'une application, soit enfin, inférées, c'est-à-dire déduites de traitements d'autres données personnelles. En d'autres termes, les données à caractère personnel n'étant pas le fruit d'une activité humaine, d'efforts intellectuels de la personne concernée pour les créer, il ne peut, par conséquent, y avoir création. Nous pouvons à titre d'exemple, citer le prénom. Cette donnée personnelle ne résulte aucunement d'une création de l'individu ainsi prénommé mais plutôt d'une décision de ses parents. Si création, il devait y avoir, alors ce serait les parents les créateurs. Cet exemple, somme toute basique, illustre parfaitement l'incohérence de cette approche en termes de création.

340. Les inconvénients généraux de la patrimonialisation des données à caractère personnel – Suivant cette logique propriétaire, nous passerions d'un droit de s'opposer aux atteintes à un « *droit sur un bien informationnel concernant la personne* »²⁴⁸⁸. Une telle reconnaissance ne pourrait que passer, en France, par une intervention du Législateur dans la mesure où seraient en cause les principes fondamentaux du régime de la propriété au sens de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958. Comme indiqué, le principal argument avancé pour justifier l'instauration d'un droit de propriété est le renforcement de la position de l'utilisateur à l'égard des professionnels désirant utiliser ce genre de données. Cela viserait donc à « *susciter une implication plus active, les individus devenant financièrement intéressés*

2484STROWEL A., *Les données, un nouvel actif à l'intersection des propriétés intellectuelles*, in La propriété intellectuelle, (sous-dir. Jean-Michel Bruguière), Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, 6 octobre 2022, p. 114

2485Dictionnaire de l'Académie française, 9^e éd.,

2486COMPTE-SPONVILLE A., *Dictionnaire philosophique*, PUF, 18 août 2021, 2^e éd.

2487V. en ce sens : STROWEL A., *op. cit.*, p. 112

2488Ibid., p. 110

à une bonne gestion de leurs données »²⁴⁸⁹. Or, force est de relever que cette hypothèse ne présente pas que des avantages. Il convient, en effet, de ne pas occulter les inconvénients. D'une part, la reconnaissance d'un droit de propriété sur les données serait loin d'être anodine. Le droit de propriété peut effectivement être cédé alors qu'à l'inverse, un droit de la personnalité est inaliénable et permet un contrôle de l'usage. En d'autres termes, le droit de propriété implique un droit d'aliéner définitivement les données. Cela signifierait qu'une personne qui a cédé les données relatives à ses noms et prénoms, ne pourrait plus les utiliser²⁴⁹⁰. De même, comment une personne, après cession de ses données personnelles, pourrait-elle demander leur rectification pour erreurs ou leur modification ?²⁴⁹¹ Des questions sur les utilisations à la suite de la cession se posent également lorsque l'acquéreur initial des données personnelles les cède à une autre²⁴⁹² voire décider de les détruire²⁴⁹³. Ainsi, nous ne pouvons que constater à travers ces quelques interrogations qu'une telle position conduirait à une renonciation de tous les droits que garantit la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978²⁴⁹⁴. Ce constat est somme toute paradoxal au regard de la volonté affichée de renforcer le contrôle

2489Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La Documentation française, 2014, p. 264 – V. ég. LESSIG, L., *Privacy as property. Social Research : An International Quarterly*, Johns Hopkins University Press, vol. 69, n° 1, 2002, p. 247-269, spéc. 250

2490Il nous semble qu'il existe des données à caractère personnel qui sont réfractaires à l'idée de cession. Tel est le cas de la donnée tenant à la couleur des yeux. Comment pourrait imaginer la cession d'une telle donnée dans la mesure où elle conduirait à une impossibilité pour la personne source à l'utiliser. Or, cette information s'observe, caractérise la personne physique – V. dans ce sens : MATTATIA F. et YAÏCHE M., *Être propriétaire de ses données personnelles : peut-on recourir aux régimes traditionnels de propriété ?*, RLDI, 1^{er} avril 2015, n° 114. : pour qui « s'il y a vente des données d'identité, l'usurpation d'identité pourrait ainsi devenir légale ». Or, une telle reconnaissance serait incohérente au regard du droit pénal avec l'art. 434-23 C. pén. réprimant l'usurpation d'identité. Par ailleurs, le Législateur a instauré une infraction pénale d'usurpation d'identité par la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (LOPPSI 2) à l'art. 226-4-1 C. pén. dispose que « le fait d'usurper l'identité d'un tiers ou de faire usage d'une ou plusieurs données de toute nature permettant de l'identifier en vue de troubler sa tranquillité ou celle d'autrui, ou de porter atteinte à son honneur ou à sa considération, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende ».

2491D'autres interrogations naissent de cette proposition. En effet, la cession de données personnelles sera, sauf instauration d'une législation particulière, soumise au contrat de vente. Aussi, du côté de l'entreprise, pourrait-elle engager une action lorsque les données personnelles cédées se révèlent être erronées ?

2492Permettre l'acquéreur de céder les données personnelles à une tierce personne pour les utiliser pour une autre finalité irait à l'encontre du principe de finalités posé par le Législateur européen et cela depuis 1995 (v. art. 6 de la directive n° 95/46 CE du 24 octobre 1995 et 5 du règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016).

2493L'une des manifestations du droit de propriété réside notamment dans l'*abusus*, le *jus abutendi* c'est-à-dire le droit de disposer de la chose. Appliqué aux données à caractère personnel, cela signifierait que l'acquéreur pourrait détruire l'identité de la personne physique ayant cédé ses données (v. en ce sens : PADOVA Y., *Entre patrimonialité et injonction au partage : la donnée écartée ? (Partie I)*, RLDI, 1^{er} janvier 2019, n° 155). Une telle possibilité est contraire à la position adoptée par le Législateur européen. En effet, le règlement (UE) 2016/679 a instauré un droit d'opposition. Si la personne concernée s'oppose à un traitement de données à caractère personnel la concernant, l'entreprise, responsable du traitement, ne pourra plus traiter ces données, « à moins qu'il ne démontre qu'il existe des motifs légitimes et impérieux pour le traitement qui prévalent sur les intérêts et les droits et libertés de la personne concernée ». Une telle position n'est donc peu compatible avec le *jus abutendi*.

2494Il serait très difficile voire impossible ne pratique d'interdire une personne d'utiliser ses données personnelles. Actuellement, aucune technologie permet une « amnésie sélective » (v. FRIEDMAN, D., *Privacy and Technology*, Social Philosophy and Policy, 2000, vol. 17, n° 2, pp. 186-212).

des personnes sur leurs données personnelles. En effet, suivant le droit commun de la propriété et des contrats, les cessionnaires seraient alors entièrement libres d'utiliser les données ainsi cédées et cela, conformément au contrat de cession. Le cédant n'aurait, sauf clause contraire, aucun droit de regard sur l'utilisation de ses données à la suite de la vente.

Par ailleurs, actuellement le traitement de certaines données est encadré par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978²⁴⁹⁵ voire limité par celle-ci²⁴⁹⁶. La reconnaissance d'un droit de propriété impliquerait que le Législateur se justifie des limitations, des « atteintes » portées au droit de propriété des données et cela, afin de respecter la jurisprudence tant du Conseil constitutionnel²⁴⁹⁷ que de la Cour européenne des droits de l'homme²⁴⁹⁸. Ainsi, cela impliquerait que certaines limites prévues aujourd'hui par l'article 5 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 ne puissent être conservées telles quelles.

En outre, la reconnaissance d'une propriété des données à caractère personnel aurait une incidence notable en matière pénale qu'il convient de ne pas occulter. En effet, une telle reconnaissance pourrait conduire le juge pénal à étendre la qualification de vol aux données malgré l'autonomie du droit pénal. Autrement dit, la collecte à l'insu de la personne, propriétaire des données personnelles, serait jugée comme constitutive d'un vol réprimé au titre des articles 311-1 et suivant du Code pénal. Or, actuellement, une telle collecte est sanctionnée sur le fondement de l'article 226-18 dudit Code. Les sanctions de ces deux qualifications pénales ne sont pas identiques dans la mesure où elles ne protègent pas les mêmes valeurs sociales ou intérêts protégés²⁴⁹⁹. La valeur sociale protégée par l'article 311-1 du Code pénal est la propriété alors que l'article 226-18 entend protéger contre les atteintes aux droits de la personne. Par surcroît, les sanctions encourues au titre de l'article 226-18 sont plus sévères que celles retenues pour la qualification de vol. En sommes, les atteintes aux données à caractère personnel seront sanctionnées moins sévèrement dans le cadre du droit de propriété qu'actuellement, avec l'incrimination spéciale de l'article 226-18 précité. Il est donc

2495V. par ex. art. 5 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978

2496Art. 6 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978

2497Cons. const. 12 novembre 2010, no 2010-60 QPC, cons. 3 : le Conseil constitutionnel estime qu'« *il résulte de l'article 2 de la Déclaration de 1789 que les limites apportées à son exercice doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionné à l'objectif poursuivi* ».

2498Sur le fondement de l'art. 1^{er}, al. 2, du Protocole 1 de la Convention EDH, la Cour strasbourgeoise distingue selon que les mesures constituent une atteinte à la substance du droit de propriété (CEDH, 24 juin 1993, *Papamichalopoulos et a. c/ Grèce*, req. n° 14556/89 ; CEDH, 3 décembre 2020, *Papachela et Amazon S.A c/ Grèce*, n° req. n° 12929/18) ou simplement une réglementation de l'usage des biens (CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, req. n° 5493/72).

2499BEAUSSONIE G., *La notion de valeur sociale protégée*, in *L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal* (sous-dir. Camille Kurek, Salomé Papillon, Patrick Mistretta), Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, août 2020, p. 5

pertinent de se demander quel réel avantage pénal offre la reconnaissance d'un droit de propriété sur les données personnelles.

De surcroît, il nous semble que la reconnaissance d'un droit de propriété sur les données personnelles irait à l'encontre du mouvement d'harmonisation opérée par le RGPD. En effet, conformément à l'article 345 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne²⁵⁰⁰, le droit de propriété est explicitement exclu des compétences de l'Union européenne²⁵⁰¹. De plus, l'intervention de l'Union européenne pour la création de nouveaux droits exclusifs doit être justifiée par la satisfaction des objectifs européens²⁵⁰². Aussi, l'Union

2500 L'article 345 du Traité sur le fondement de l'Union européenne, ancien article 295 du Traité instituant la Communauté européenne dispose que « les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres ». Cette disposition consacre « le principe de la neutralité du traité vis-à-vis du régime de propriété » (MARTUCCI F., *L'ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 27 novembre 2015, p. 957, n° 535). Néanmoins, comme l'a rappelé la Cour de justice l'article 345 précité n'a pas « pour effet de faire échapper les régimes de propriété existant dans les États membres aux règles fondamentales du traité » (CJCE 4 juin 2002, *Commission des Communautés européennes c. République française*, aff. C-483/99, pt 44 ; CJUE, 22 octobre 2013, *Staat der Nederlanden c. Essent NV, Essent Nederland BV, Eneco Holding NV et Delta NV*, C-105/12, C-105/12, C-106/12, C-107/12, pt 37). Dans ses conclusions pour les affaires jointes C-367/98, C-483/99 et C-503/99, l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer a estimé que « l'expression « régime de la propriété » qui figure à l'article 295 CE [devenu l'article 345 du TFUE] ne renvoie pas à l'ordre civil des relations patrimoniales – aspect, par ailleurs, complètement étranger aux fins des traités –, mais bien à l'ensemble idéal de règles de toute nature, issues aussi bien du droit privé que du droit public, qui sont susceptibles de conférer le contrôle économique d'une entreprise, c'est-à-dire qui permettent à celui qui le possède d'exercer une influence décisive sur la définition et l'exécution de tous ses objectifs économiques ou de certains d'entre eux » (Avocat général COLOMER R.-J., *Commission des Communautés européennes c. République portugaise (C-367/98), République française (C-483/99), Royaume de Belgique (C-503/99)*, pt 54).

Pour l'historique de l'article 345 du TFUE, v. Avocat général JÄÄSKINEN N., concl. 16 avril 2013, *Affaires jointes C-105/12 à C-107/12 Staat der Nederlanden c. Essent NV et Essent Nederland BV (C-105/12), Eneco Holding NV (C-106/12), Delta NV (C-107/12)*, pt 41 : « Son objectif originel était d'assurer que l'établissement de la nouvelle communauté n'empiéterait pas sur une délicate question politique de l'époque tenant à la nature juridique et sociale de la propriété des mines allemandes et des entreprises actives dans le secteur de l'acier « décartellisées ». Ainsi, l'article 345 TFUE consacre le principe de neutralité à l'égard de la propriété, publique ou privée, des « moyens de production » et des entreprises ».

2501 V. en ce sens : JANEČEK V., *Ownership of personal data in the Internet of Things*, Computer Law & Security Review, 2018, vol. 34, n° 5)

2502 PERUZZETTO S. et JAZOTTES G., *Le point de vue du juriste en droit communautaire sur la propriété et l'appropriation*, in Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat, Presses de l'Université Toulouse Capitole, Toulouse, 2006 : pour qui, le législateur européen s'était fondé sur l'article 235 du Traité du 25 mars 1957 instituant la Communauté européenne pour instituer par le biais du règlement (CE) n° 40/94 du 20 décembre 1993, la marque communautaire. Partant, ils soutiennent que l'utilisation de l'article 235 « témoigne de ce que le traité ne prévoyait pas de pouvoirs d'action spécifique pour procéder à cette création alors que cette intervention était nécessaire pour réaliser les objets de la Communauté ».

Désormais, le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit à l'article 352 que « si une action de l'Union paraît nécessaire, dans le cadre des politiques définies par les traités, pour atteindre l'un des objectifs visés par les traités, sans que ceux-ci n'aient prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen, adopte les dispositions appropriées. Lorsque les dispositions en question sont adoptées par le Conseil conformément à une procédure législative spéciale, il statue également à l'unanimité, sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen ». Cette disposition marque dans une certaine mesure une possible extension des compétences de l'Union européenne (v. LESGUILLONS H., *L'extension des compétences de la Communauté économique européenne par l'article 235 du Traité de Rome*, Annuaire français de droit international, 1974, vol. 20, p. 886-904). Toutefois, cette compétence subsidiaire de l'Union européenne est soumise à plusieurs conditions strictes. Ainsi, il faut que l'action envisagée soit nécessaire pour atteindre un objectif de l'Union (cela pourra être, par exemple, d'assurer le bon

européenne ne peut-elle pas instaurer par un acte législatif un droit de propriété sur les données personnelles. Cette absence d'intervention du Législateur européenne entraînerait certainement des divergences entre les États membres selon qu'ils reconnaissent ou non un droit de propriété sur les données à caractère personnel. L'unique possibilité d'intervention de l'Union européenne réside dans la création d'un nouveau droit de propriété intellectuelle. L'article 118 du TFUE donne effectivement compétence au Parlement européen et au Conseil pour établir des mesures relatives à la création de titres européens pour assurer une protection uniforme des droits de propriété intellectuelle dans l'Union. Cependant, comme nous le soutenons, une large majorité des données personnelles ne sont pas issues d'un effort intellectuel, d'un travail ou d'un investissement²⁵⁰³. Ainsi, nous ne sommes donc pas en présence d'une création. De là, aucune raison valable ne vient au soutien de l'instauration d'un droit de propriété intellectuelle sur les données à caractère personnel.

341. L'équité face à la propriété des données : vers un modèle inspiré du droit d'auteur ? – À côté des risques purement juridiques, l'approche en termes de propriété heurte l'idée d'équité. Ainsi, le Professeur en sociologie Francis JAURÉGUIBERRY met en garde contre le risque de renforcer le clivage social. En effet, « *les plus pauvres pourraient être tentés de vendre leurs données, tandis que les données des plus riches seraient plus facilement préservées* »²⁵⁰⁴. Aussi, une telle solution doit-elle assurément être écartée. Afin de remédier à ce danger, une approche intermédiaire entre la vision purement personnaliste et celle propriétaire a été proposée. Suivant cette approche, il faudrait reconnaître sur les données personnelles un droit patrimonial cessible et un droit de la personnalité inaliénable et cela, sur le modèle du droit d'auteur²⁵⁰⁵. Partant, la personne ayant cédé ses droits sur ses données à

fonctionnement du marché intérieur – l'on retrouve l'idée soutenue par certains auteurs que les droits de propriété intellectuelle seraient une réponse aux imperfections du marché v. en ce sens : PRAIS T., *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*, PUF, Paris, coll. Sciences sociales et société, 1^{er} mai 2002, p. 103 faisant référence à MERGES P., *The economic impact of intellectual property rights : an overview and guide*, Journal of Cultural Economics, 1995, 19, p. 103), qu'aucune disposition du Traité ne prévoit d'action pour la réalisation de cet objectif et que cette action n'étende pas les compétences de l'Union européenne au-delà de ce qui est prévu par les traités.

2503 À l'exception des données prédictives qui sont, quant à elles, issues d'un travail intellectuel.

2504 CNIL, *Repenser le droit du numérique*, in Vie privée à l'horizon 2020, Cahiers IP Innovation & Prospective, n° 1, p. 56 – V. ég. Conseil national du numérique, Avis n° 2014-2 sur la neutralité des plateformes : réunir les conditions d'un environnement numérique ouvert et soutenable, p. 37 – Dans le même sens, v. POULLET Y., *La « propriété » des données : Balade au « pays des merveilles » à l'heure du big data*, in Penser le droit de la pensée : Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, Paris, 23 septembre 2020, p. 339-356, spéc. 343, n° 6

2505 BENSAMOUN A. et ZOLYNSKI C., *Big data et privacy : comment concilier nouveaux modèles d'affaires et droits des utilisateurs ?*, LPA, 18 août 2014, n° 164, p. 8 et s. – V. ég. ZITTRAIN, J., *What the Publisher Can Teach the Patient : Intellectual Property and Privacy in an Era of Trusted Privication*, Stanford Law Review, mai 2000, vol. 52, n° 5, pp. 1201-1250 ; FLUECKIGER, A., *L'autodétermination en matière de données personnelles : un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété ?*,

caractère personnel disposerait toujours de droits inaliénables comme le droit d'accès ou de rectification²⁵⁰⁶.

Pour conclure, nous pouvons faire référence à la remarque du Professeur François RIGAUX. Selon ce dernier, « *dans l'État social moderne, l'intangibilité de la dignité humaine ne saurait plus être garantie selon le modèle aujourd'hui dépassé de Locke : liberté et propriété. Ce serait trop dire que les droits nouveaux ont été conçus contre la propriété, mais ils exercent une fonction de complément ou de substitut. Pour que le droit de propriété reste tolérable, avec les considérables inégalités qu'il a entretenues, force a été d'instituer tantôt des droits subjectifs nouveaux, tantôt l'illusion de tels droits* »²⁵⁰⁷. Ce constat se retrouve parfaitement en matière de protection des données à caractère personnel. Aussi, le Législateur a-t-il rapidement écarté l'idée de patrimonialisation de telles données au profit d'un « droit d'accès », de « rectification ». La revendication d'un droit de propriété sur les données à caractère personnel apparaît dès lors comme « *mort-née* »²⁵⁰⁸ et cela, d'autant plus que le Conseil national du numérique²⁵⁰⁹, la CNIL²⁵¹⁰ ainsi que le Conseil d'État²⁵¹¹ se sont montrés hostiles à une telle approche. De surcroît, le RGPD a écarté toute idée d'appropriation des données personnelles. Pour preuve, le 1^{er} février 2018, Monsieur Bruno BONNELL et d'autres députés du groupe La République en Marche avaient déposé à l'Assemblée nationale un amendement au projet de loi sur la protection des données personnelles²⁵¹². Cet amendement avait pour but de reconnaître un nouveau droit sur les données personnelles au sein du Code de propriété intellectuelle afin de permettre aux personnes de monnayer l'utilisation de leurs données²⁵¹³. Il s'agissait d'ajouter un nouvel

Pratique juridique actuelle, 2013, vol. 22, n^o. 6, spéc. p. 861 : pour qui ce droit moral pourrait comprendre notamment le droit d'accès, de rectification, d'effacement des données.

2506Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La Documentation française, 2014, spéc. p. 265

2507RIGAUX F., *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruylant, Bruxelles, coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université Catholique de Louvain, 1990, 849 p., spéc. 753, n^o 679

2508ANCIAUX A., et FARCHY J., *Données personnelles et droit de propriété : quatre chantiers et un enterrement*, *Revue internationale de droit économique*, 2015/3, t. XXIX, p. 309

2509Conseil national du numérique, *Neutralité des plateformes*, mai 2014, p. 37, disponible [en ligne] https://cnnumerique.fr/files/2017-09/CNNum_Rapport_Neutralite_des_plateformes.pdf (consulté le 04/08/2023)

2510CNIL, *Rapport d'activité 2013*, 19 mai 2014, p. 6, disponible [en ligne] : https://medias.vie-publique.fr/data_storage_s3/rapport/pdf/144000275.pdf (consulté le 08/08/2024) : pour qui « *a priori séduisante, cette démarche impose en réalité une grande prudence car la privatisation de ses données, et donc leur possible cession ou vente, revêt un caractère d'irréversibilité préoccupant pour l'individu* ». En somme, il s'agit d'une fausse bonne idée.

2511Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La Documentation française, 2014, spéc. p. 264-266

2512Assemblée nationale, *Protection des données personnelles (n^o 592) – Amendement n^o 20*, 1^{er} février 2018

2513Selon l'exposé sommaire de l'amendement, « *« la propriété intellectuelle » n'est pas complète car il n'existe rien sur les données personnelles, qui sont de fait la quasi-propriété des gestionnaires* » (Assemblée nationale, *Protection des données personnelles (n^o 592) – Amendement n^o 20*, 1^{er} février 2018).

alinéa à l'article L. 341-1 tenant aux droits des producteurs de bases de données. Ce nouvel alinéa était rédigé comme suit « *le citoyen, entendu comme la personne humaine qui consent à faire exploiter ses données, jouit des droits moraux sur les données personnelles qu'il génère individuellement ou par l'intermédiaire des outils numériques qu'il utilise* ». Cet amendement a été rejeté par l'Assemblée nationale, preuve, s'il était nécessaire, du rejet de l'approche patrimoniale des données personnelles.

342. La taxonomie relationnelle des données : une clef pour repenser la propriété des données prédictives – Finalement, les notions de propriété et de données à caractère personnel se révèlent antinomiques. Cependant, ce constat doit être nuancé si nous adoptons l'approche fondée sur une « *taxonomie relationnelle* »²⁵¹⁴ des données proposée par le Professeur Gianclaudio MALGIERI. Suivant cette approche, il convient de distinguer trois catégories de données personnelles en fonction d'une part, de leur relation avec la personne concernée, d'autre part, de la réalité et de l'activité intellectuelle de l'entreprise dans l'acquisition et le traitement des données. La première catégorie concerne les données relationnelles fortes comprenant toutes les données, informations fournies par la personne concernée au responsable de traitement. La deuxième catégorie vise les données relationnelles dites intermédiaires. Il s'agit de données observées ou déduites en lien avec la vie actuelle de la personne concernée. Elles résultent essentiellement de l'agrégation de données brutes communiquées par la personne concernée. En d'autres termes, ce sont des données fournies indirectement par la personne concernée et directement dérivées de la réalité. Enfin, la troisième catégorie comprend les données relationnelles dites faibles c'est-à-dire les données personnelles indirectement dérivées de la réalité et « *créer* » par le travail intellectuel de l'entreprise dans le cadre d'une approche prospective. Cette approche a le mérite de nous éclairer sur l'hétérogénéité de la notion de données personnelles. Pour notre étude, nous nous concentrerons uniquement sur les données faiblement liées à la personne concernée, c'est-à-dire les informations personnelles qui ne sont qu'indirectement dérivées de la réalité. Rien ne semble empêcher l'instauration d'un droit de propriété pour ce type de données. Cela vise concrètement les données dites prédictives²⁵¹⁵ qui résultent d'un travail intellectuel des

2514MALGIERI G., *Property and (Intellectual) Ownership of Consumers' Information : A New Taxonomy for Personal Data*, Germany – PinG, 20 avril 2016, n°. 4, p. 133-150

2515Nous excluons de la notion de données prédictives, les données issues des activités de profilage dans la mesure où ce sont des informations relatives à la vie passée ou présente d'une personne par l'utilisation, par exemple, de *cookies*. Ce sont des données représentant des faits qui ne sont pas issues d'une activité intellectuelle. L'article 4.4) du règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 définit le profilage comme « *toute forme de traitement automatisé de données à caractère personnel consistant à utiliser ces données à caractère personnel pour évaluer certains aspects personnels relatifs à une personne physique, notamment* »

entreprises. En fait, les entreprises ont eu recours à des études scientifiques en probabilité, en sociologie voire en psychologie pour « créer », « générer » les données prédictives. Ces données prédictives sont issues d'études comportementales complexes et des suppositions probabilistes appliquées à des cas concrets²⁵¹⁶. Le RGPD fait référence à ce type de données en listant des exemples au niveau du considérant 75. Les données prédictives recèlent indubitablement une valeur dans la mesure où leurs utilisations peuvent servir, par exemple, à l'établissement de stratégies marketing. Ainsi, la société *Spotify* a mis au point un algorithme de détection de talents en utilisant les données prédictives. De même, ces dernières aident à prédire les valeurs boursières dans le cadre de stratégies d'investissement en raison du comportement de consommateurs par rapport à de nouveaux produits ou services²⁵¹⁷, à déterminer le prix « le plus attractif » pour ces offres²⁵¹⁸. Plus généralement, les données prédictives servent à l'établissement d'études de comportement à venir d'une population déterminée. Ces données prédictives sont nouvelles, produites par un travail intellectuel et n'ont pas un rapport direct avec la « réalité ». Elles ne sont ni vraies ni fausses, mais sont simplement des informations incertaines fondées sur des théories mathématiques. Ces données étant faiblement liées à la personne concernée, il est tentant d'en revendiquer un droit de propriété au profit de l'entreprise en raison de son activité intellectuelle et ses investissements. Une telle reconnaissance ne va pas à l'encontre des intérêts de la personne physique dans la mesure où le RGPD lui garantit des droits tels qu'un droit d'information²⁵¹⁹,

pour analyser ou prédire des éléments concernant le rendement au travail, la situation économique, la santé, les préférences personnelles, les intérêts, la fiabilité, le comportement, la localisation ou les déplacements de cette personne physique ». Cette définition diffère de celle retenue par le Conseil de l'Europe dans sa recommandation CM/Rec(2010)13 en ce que le profilage implique une part de prédictive (Council of Europe, *The protection of individuals with regard to automatic processing of personal data in the context of profiling. Recommendation CM/Rec (2010)13 and explanatory memorandum*. Council of Europe, 23 novembre 2010, spéc. p. 10). Le règlement (UE) 2016/679 fait bien la distinction entre le profilage et la prédiction (v. en ce sens cons. 75 du règlement (UE) 2016/679 – v. ég. sur la notion : MARTIAL-BRAZ N., *Le profilage*, Comm. com. électr., avril 2018, n° 4, dossier 15).

À l'inverse, les données prédictives, elles, ne sont pas la constatation de faits mais des prédictions de comportements d'un groupe d'individus, d'événement.

2516 Une telle possibilité a été rendue possible par les progrès récents dans l'intelligence artificielle et l'informatique. V. par ex. la proposition des services de renseignement américains de construire une « *Data Eye in the Sky* », MARKOFF J. *Government Aims to Build a 'Data Eye in the Sky'*, The New York Times, 10 octobre 2011, disponible [en ligne] : <https://www.nytimes.com/2011/10/11/science/11predict.html> (consulté le 13/08/2023).

2517 STRADER, T. J., ROZYCKI, J. J., ROOT, T. H.; et Huang, Y.-H. J., *Machine Learning Stock Market Prediction Studies : Review and Research Directions*, Journal of International Technology and Information Management, 2020, vol. 28, n° 4, p. 63-83

2518 A KAMAKURA W., DE ROSA F., MAZZON J. A., *Cross-Selling Through Database Marketing : A Mixed Data Factor Analyzer for Data Augmentation and Prediction*, International Journal of Research in Marketing, mars 2003 – Pour une étude sur l'usage de données prédictive pour la détermination du prix de l'énergie, v. LU H., MA X., MA M., et ZHU S., *Energy price prediction using data-driven models : A decade review*, Computer Science Review, février 2021, vol. 30

2519 Art. 14 du règlement (UE) 2016/679

un droit d'opposition²⁵²⁰, un droit d'accès²⁵²¹, mais également le droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé²⁵²².

343. **La propriété des données personnelles : une fausse bonne idée** – En définitive, hormis les données prédictives, force est de constater que l'instauration d'un droit de propriété sur les données à caractère personnel est une « *fausse bonne idée* »²⁵²³. En effet, au lieu de protéger la personne concernée, un droit de propriété conduit au risque d'être dépossédée de ses données personnelles dans le cadre d'une cession de données. Une telle reconnaissance est donc loin d'apporter un contrôle efficace des utilisations des données personnelles dès lors que ces dernières ont été cédées à un tiers. Or, en pratique ce que cherche avant la personne n'est pas tant d'avoir un droit exclusif sur ses données personnelles que d'en contrôler efficacement leurs utilisations par les tiers.

Par surcroît, les données personnelles soulèvent un paradoxe²⁵²⁴ au regard de la protection qui leur est conférée. Le responsable de traitement est, en fin de compte, un détenteur disposant de données qui ne peuvent être réutilisées qu'avec l'accord de la personne concernée. À l'inverse, cette dernière qui ne dispose pas matériellement de la donnée la concernant aura, toutefois, un « pouvoir » sur celle-ci lui permettant de l'utiliser notamment dans le cadre de la portabilité des données. Ainsi, nous remarquons que les données personnelles sont l'exemple type d'une protection efficace²⁵²⁵ en dehors de toute logique d'appropriation. En d'autres termes, une protection efficace n'implique pas nécessairement la

2520 Art. 21 du règlement (UE) 2016/679

2521 Relevons, toutefois, que le règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 reconnaît que le droit d'accès peut être restreint lorsqu'il porte « *atteinte aux droits ou liberté d'autrui, y compris au secret des affaires ou à la propriété intellectuelle* ». V. en ce sens : cons. 63 du règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 – Un auteur a pu déceler dans cette règle de non-prévalence une forme de schizophrénie (MALGIERI G., *Trade Secrets v Personal Data : a possible solution for balancing rights*, International Data Privacy Law, 1^{er} mai 2016, vol. 6, Issue 2, p. 102–116).

2522 V. Art. 22 et cons. 71 du règlement (UE) 2016/679 – Relevons que ce droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé connaît des limites. Ainsi, ce droit ne trouve pas à s'appliquer dans l'hypothèse où la décision « *est nécessaire à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat entre la personne concernée et un responsable du traitement* » (art. 22.2 a) dudit règlement). C'est l'hypothèse où les données prédictives sont générées pour décider de la conclusion ou non d'un contrat d'assurance et dans quelles conditions.

2523 CNIL, *Rapport d'activité 2013*, 19 mai 2014, p. 6, disponible [en ligne] : https://medias.vie-publique.fr/data_storage_s3/rapport/pdf/144000275.pdf (consulté le 08/08/2024)

2524 V. en ce sens : SAINT-AUBIN T., *Les nouveaux enjeux juridiques des données (big data, web sémantique et linked data) : les droits de l'opérateur de données sur son patrimoine numérique informationnel*, RLDI, 1^{er} mars 2014, n° 102, p. 94 et s.

2525 V. par ex. CJUE, gr. ch., 13 mai 2014, aff. C-131/12, *Google Spain SL et Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González*, spéc. pt. 53 ; D. 2014. 1476, note BENABOU V.-L. et ROCHFELD J. ; RTD eur. 2014, 879, étude HARDY B. ; RTD eur., 2016. 249, étude TAMBOU O. ; JCP 2014. 768, note MARINO L. – L'efficacité du mécanisme de protection s'observe notamment dans le cadre du transfert des données vers un pays tiers. Ce transfert n'est possible que si le pays tiers assure un niveau de protection adéquat des données personnelles (v. art. 45 du règlement (UE) 2016/679).

reconnaissance d'un droit de propriété. Cependant, cette dernière pourra s'en inspirer en partie.

La réglementation des données à caractère personnel n'aborde pas la question de la valeur ajoutée dans le cycle de vie des données. Il ne s'agit pas d'un instrument créant une justice distributive. Cette réglementation s'abstient de créer des droits de propriété et s'oppose explicitement à l'idée selon laquelle les données sont des actifs économiques. Il s'agit avant tout d'un instrument renforçant l'autonomie personnelle. Cette protection au titre des données à caractère personnel, certes efficace, ne concerne, néanmoins, qu'une partie des données numériques. Une large partie des données liées au fonctionnement interne des entreprises ne relèvent pas, par exemple, de la catégorie des données à caractère personnel soit parce qu'elles ne se rapportent pas à une personne physique identifiée ou identifiable²⁵²⁶ soit parce qu'elles ont fait l'objet d'une anonymisation. L'importance de ces données non personnelles n'est pas négligeable d'autant qu'elles seront davantage présentes qu'auparavant et cela, en raison de procédure d'anonymisation et de l'usage de l'intelligence artificielle. En effet, les données anonymisées générées par l'intelligence artificielle n'entrent pas dans la catégorie des données personnelles. Ces données non personnelles ne bénéficient pas de la protection offerte par la loi Informatique et Libertés. Or, elles ont une incidence sur l'économie de marché. De là, comme en matière de données personnelles, la tentation de s'approprier les données non personnelles s'est fait jour.

La propriété se révèle être « *le meilleur moyen d'éviter que l'on en vienne à voler* »²⁵²⁷. Ainsi, cette tentation d'appropriation de l'information et des données s'est retrouvée également au niveau pénal avec le débat de la qualification de vol d'informations²⁵²⁸.

Section 2. La qualification éristique de vol de données numériques

2526Il s'agira, par exemple, de données relatives aux chiffres de production, des mesures de performance des machines, à la gestion interne (telle que les données financières, comptables, des modèles de gestion des risques, des données de contrôle interne, d'inventaire et de système informatique) et des données relatives aux ventes de biens ou aux prestations de services fournis à des personnes morales.

2527BEIGNIER B., *Synthèse et clôture des travaux*, in Qu'en est-il de la propriété ? (sous-dir. Daniel Tomasin), Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2006, spéc. n° 11

2528PBEAUSSONIE G., *La notion de valeur sociale protégée*, in L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal (sous-dir. Patrick Mistratta, Salomé Papillon et Camille Kurek), Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, août 2020, p. 12 : pour qui, la qualification du vol a permis en droit romain de conceptualiser la propriété.

344. Le droit pénal se présente avant tout comme celui qui interdit, et non pas comme celui qui oblige²⁵²⁹. En d'autres termes, il assume comme fonction principale, la fonction punitive. Cependant, le droit pénal vise également à dissuader. Il « *est alors question de droit pénal de direction censé diriger les citoyens dans leurs comportements* »²⁵³⁰. Bien que nous constatons qu'en droit des affaires, les professionnels n'engagent que rarement des actions pénales²⁵³¹ privilégiant la voie civile voire arbitrale, le droit pénal conserve, toutefois, son importance en la matière. Le droit ne se limite pas à punir, il vise à protéger notamment contre les atteintes aux biens. Par ailleurs, la loi pénale permet d'« *exprimer et de hiérarchiser les valeurs d'une société* »²⁵³². En d'autres termes, le fait réprimer un comportement portant atteinte à une valeur sociale souligne l'importance de cette valeur pour la société.

Le droit pénal présente une certaine indépendance par rapport aux règles posées par les autres disciplines²⁵³³, à tel point que la doctrine parle d'« *autonomie du droit pénal* »²⁵³⁴. Cette autonomie permet « *à la matière pénale de forger ses propres définitions des concepts extrapénaux sans se considérer liée par les définitions existantes dans les autres disciplines juridiques* »²⁵³⁵. Néanmoins, cela ne signifie pas une indifférence totale pour les autres branches du Droit. En effet, le droit pénal peut être dans une certaine mesure influencé par ces derniers. Ainsi, par exemple, quand bien même la disposition de l'article 314-1 du Code pénal vise tous les « *biens quelconques* », la jurisprudence pénale considérerait que l'abus de confiance ne pouvait porter sur un immeuble²⁵³⁶. Cette position avait été justifiée par le fait

2529ROBERT J.-H., *L'obligation de faire pénalement sanctionnée*, Arch. phil. Droit., 2000, n° 44, p. 153

2530GAVALDA-MOULENAT C., *Le droit pénal de la consommation : un droit très spécial*, in Mélanges en l'honneur d'Yves Picod. La Loyauté en droit économique, Dalloz, Paris, 7 décembre 2023, p. 24

2531V. en ce sens : COHEN D., *Punitifs, exemplaires, confiscatoires ou dissuasifs : Les dommages-intérêts affranchis du préjudice subi par le demandeur*, in Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi, Dalloz, Paris, 11 septembre 2013, p. 260

2532DALLOZ M., *Biens, volonté et droit pénal*, in Volonté et biens. Regards croisés (sous-dir. Yves Strickler et Fabrice Siirainen), L'Harmattan, Paris, 27 juin 2013, coll. Droit privé et sciences criminelles, p. 264

2533GOUTAL J.-L., *L'autonomie du droit pénal : reflux et métamorphose*, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, octobre-décembre 1980, n° 4, p. 911 – v. ég. SAINT-PAU J.-C. (sous-dir.), *Droit pénal et autres branches du droit : Regards croisés*, Cujas, coll. Actes & Études, 16 novembre 2012, 488 p.

2534STÉFANI G., *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal : Études de droit criminel*, Dalloz, Paris, 1956, 425 p. ; ROYANT S., *L'autonomie du droit pénal en question*, Thèse de doctorat, Université de Montpellier 1, 2002 – ALT-MAES F., *L'autonomie du droit pénal, mythe ou réalité d'aujourd'hui ou de demain ?*, RSC 1987, p. 347 et s. ; BRENAUT M., *Sur la justification du principe d'autonomie du droit pénal*, Cah. dr. entr., 2021, n° 4, Dossier 22 : cet auteur détaille les quatre principales justifications qui sont avancées pour défendre ce principe de l'autonomie du droit pénal. Ce sont des justifications tenant à la normativité propre du droit pénal, à ses finalités, à une approche dite réaliste de la criminalité et enfin des arguments portant sur l'articulation du droit pénal avec les autres branches du droit.

Reste que le droit pénal peut dans une certaine mesure être tributaire des autres branches du droit. Ainsi, la détermination du transfert de propriété relève du droit civil (v. VEAUX D., *Vol et transfert de propriété*, in Mélanges en l'honneur du Doyen Pierre Bouzat, éd. A. Pedone, Paris, 1^{er} octobre 1980, p. 352)

2535DALLOZ M., *op. cit.*, p. 266

2536Cass. crim., 14 janvier 2009, n° 08-83.707 ; Cass. crim., 10 octobre 2001, n° 00-87.605

que « *le détournement d'un immeuble se conçoit difficilement* »²⁵³⁷. Pourtant, dans son arrêt du 13 mars 2024²⁵³⁸, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence en estimant que l'abus de confiance peut porter sur un bien quelconque en ce compris un immeuble.

Par ailleurs, force est de constater qu'une confusion entre responsabilité civile et pénale tend à s'établir. Cela a conduit la Professeure Geneviève VINEY à considérer que « *malgré leur caractère en principe bien distinct, les objectifs de la responsabilité civile et ceux de la responsabilité pénale tendant parfois à se rejoindre, ce qui témoigne, en définitive, de l'unité fondamentale du concept de responsabilité juridique et de son orientation de plus en plus utilitaire* »²⁵³⁹. Cette convergence se manifeste notamment par la volonté d'approprier les biens informationnels, allant jusqu'à qualifier le vol d'information.

345. L'adaptation du droit pénal à l'environnement numérique – Il serait faux de penser que le droit pénal est resté totalement indifférent à l'émergence du numérique et à la question de la protection des données. La loi pénale a dû évoluer avec la sphère numérique²⁵⁴⁰ et ses conséquences en termes de délinquances. Le législateur a pris en compte l'émergence de l'immatériel notamment par l'ajout de l'expression « *données informatiques* » au sein de dispositions du Code de procédure pénale²⁵⁴¹. De même, des modifications en matière de règles de procédure pénale ont vu le jour afin de prendre en considération ce contexte. Ainsi, en matière de compétence pénale, l'article 113-2-1 du Code pénal introduit par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 prévoit que « *tout crime ou tout délit réalisé au moyen d'un réseau de communication électronique, lorsqu'il est tenté ou commis au préjudice d'une personne physique résidant sur le territoire de la République ou d'une personne morale dont le siège se situe sur le territoire de la République, est réputé commis sur le territoire de la République* ». De ce fait, un auteur a pu estimer que dans l'appréhension des biens incorporels, le droit pénal avait de l'avance sur le droit civil. Les dispositions de ce dernier n'ont, en effet, pas été modifiées depuis l'adoption du Code Napoléon en 1804²⁵⁴².

2537SALOMON R., *La transformation du contenu du droit civil au regard du droit pénal*, in Les métamorphoses du droit civil (sous-dir. Laurent Leveneur, Claire-Marie Péglion-Zika et Antoine Touzain, éd. Panthéon-Assas, coll. Pensée contemporaine, 27 février 2024, spéc. p. 150 et s.

2538Cass. crim., 13 mars 2024, n° 22-83.689

2539VINEY, *La responsabilité*, Archives et philosophie du droit, 1990, p. 292 cité par MARINO L., *Responsabilité civile ; activité d'information et médias*, Presse Universitaire d'Aix-Marseille Economica, Paris, 1997, coll. Droit de l'audiovisuel, p. 16

2540V. ROBIN J.-N., *La matière pénale à l'épreuve du numérique*, Thèse de doctorat, Université de Rennes 1, 2017 – V. éga. LEPAGE A., *Droit pénal et internet : la part de la tradition, l'œuvre de l'innovation*, AJ Pénal, 2005, p. 217 et s.

2541Art. 41, 42 et 43 de la loi précitée du 21 juin 2004 ayant modifié l'art. 56 du Code de procédure pénale

2542TOUZAIN A., *L'autonomie du droit pénal et le droit des biens*, Cah. dr. ent., juillet-août 2021, n° 4, spéc. p.

Par ailleurs, en raison du développement de nouvelles technologies, ont émergé de nouvelles notions à la fin des années mille neuf cent quatre-vingts²⁵⁴³, dont la « cybercriminalité »²⁵⁴⁴. La « cybercriminalité » « s'entend des « infractions pénales commises à l'aide de réseaux de communications électroniques et de systèmes d'information ou contre ces réseaux et systèmes » »²⁵⁴⁵. Les autorités européennes distinguent trois catégories d'activités criminelles relevant de cette notion de « cybercriminalité » ; d'une part, les formes traditionnelles de criminalité mises en œuvre dans le cadre du cyberspace²⁵⁴⁶, d'autre part, les infractions propres aux réseaux électroniques, c'est-à-dire les attaques visant les systèmes d'information, le piratage et enfin, la publication de contenus illicites par voie électronique²⁵⁴⁷. Cette nouvelle forme de criminalité relève avant tout de la criminalité des affaires avec, entre autres, la captation illicite de données, d'informations, résultant de l'« espionnage économique »²⁵⁴⁸. Ce type de criminalité entraîne de lourdes conséquences

2543Recommandation n° R (89) 9 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur la criminalité en relation avec l'ordinateur, 13 septembre 1989 : le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe reconnaissait « l'importance d'une réponse adéquate et rapide au nouveau défi de la criminalité informatique » – V. ég. PRADEL J. (sous-dir.) *Informatique et droit pénal ; actes des journées d'études du 15 novembre 1980 de l'Institut des sciences criminelles de Poitiers*, éd. Cujas, vol. IV, 1983 – Délégation ministérielle aux Industries de Sécurité et à la Lutte contre les Cybermenaces, État de la menace liée au numérique en 2019, Rapport n° 3, mai 2019, disponible [en ligne] : https://medias.vie-publique.fr/data_storage_s3/rapport/pdf/194000673.pdf (consulté le 30/04/2023) – JOISSAINS S. et BIGOT J., *Rapport d'information sur la lutte contre la cybercriminalité*, Sénat, n° 613, session extraordinaire de 2019-2020, 9 juillet 2020.

2544La notion cybercriminalité a pu paraître comme une « nébuleuse » et cela, en raison de son caractère protéiforme (V. en ce sens : Groupe de travail interministériel sur la lutte contre la cybercriminalité, *Protéger les internautes : rapport sur la cybercriminalité*, Ministère de la Justice, février 2014, p. 12 : disponible en ligne : https://www.justice.gouv.fr/include_htm/pub/rap_cybercriminalite.pdf (consulté le 23/04/2023), p. 9).

2545Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité des régions – Vers une politique générale en matière de lutte contre la cybercriminalité, 22 mai 2007, {SEC(2007) 641} {SEC(2007) 642} – V. ég. Communication conjointe au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Stratégie de cybersécurité de l'Union européenne : un cyberspace ouvert, sûr et sécurisé » [JOIN(2013) 1 final du 7 février 2013] : définissant la cybercriminalité comme « un large éventail d'activités criminelles dont les ordinateurs et systèmes informatiques constituent soit l'arme soit la cible principale. La cybercriminalité recouvre les délits habituels (fraude, contrefaçon et usurpation d'identité p. ex.), les délits liés au contenu (distribution en ligne de matériel pédopornographique ou incitation à la haine raciale p. ex.) et les délits spécifiques aux ordinateurs et systèmes informatiques (attaque contre un système informatique, déni de service et logiciel malveillant p. ex.) » ; Groupe de travail interministériel sur la lutte contre la cybercriminalité, *Protéger les internautes : rapport sur la cybercriminalité*, Ministère de la Justice, février 2014, p. 12).

2546Ainsi, par exemple, le détournement de courriers électroniques est appréhendé sous la qualification de détournement de correspondance (v. T. corr. Paris, 17^e ch. 2 novembre 2000 ; JurisData n° 2000-139077 ; Comm. com. électr., janvier 2001, chron. 2)

2547Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité des régions – Vers une politique générale en matière de lutte contre la cybercriminalité, 22 mai 2007, {SEC(2007) 641} {SEC(2007) 642} – V. ég. Groupe de travail interministériel sur la lutte contre la cybercriminalité, *Protéger les internautes ; Rapport sur la cybercriminalité*, février 2014, disponible [en ligne] : http://www.justice.gouv.fr/include_htm/pub/rap_cybercriminalite.pdf (consulte le 23/05/2023), spéc. p. 152

2548DUPRÉ J., *Espionnage économique et droit : l'inutile création d'un bien informationnel*, Lex Electronica, 2001, vol. 7, Issue 1, disponible [en ligne] : <https://www.lex-electronica.org/s/1117> (consulté le 05/05/2023) pour qui l'espionnage économique est « le fait, pour une personne physique ou morale, de recherche dans un but économique, pour soi ou pour autrui, de manière illégitime – c'est-à-dire le plus souvent à l'insu et contre le gré de son détenteur – des informations techniques ou de toute nature lorsque ces informations

économiques. Le Conseil de l'Union européenne a estimé en 2020 à 5 500 milliards d'euros le coût mondial de la cybercriminalité²⁵⁴⁹. Outre le coût financier, la cybercriminalité peut avoir également des incidences dans l'organisation de l'entreprise. Ainsi, en 2014 des *hackers* dénommés *Guardians of Peace*, avaient dérobé à la filiale *Sony Pictures Entertainment (SPE)*, 100 téraoctets de données comprenant des informations confidentielles telles que le scénario d'un nouveau film, ou des échanges de mails internes, des mots de passe. Cette attaque informatique a coûté environ 15 millions de dollars à l'entreprise, entraînant le licenciement de 2 100 employés et le départ forcé du dirigeant de la filiale *Sony Pictures Entertainment*.

La répression de ces types d'infraction présente des difficultés notamment du point de vue de la détermination de la juridiction compétente, du droit applicable²⁵⁵⁰ et cela, en raison de la nature essentiellement transfrontalière²⁵⁵¹ de la cybercriminalité mais également en raison de l'accessibilité des systèmes informatiques et la vitesse de transmission des données.

346. **Les atteintes aux données numériques face au droit pénal** – « *Il n'y a pas de société qui ne sente, à quelque moment que ce soit de son existence, combien l'usurpation du bien d'autrui peut lui nuire : les nations primitives l'ont punie comme les nations civilisées* »²⁵⁵². Ce sont les méthodes d'usurpation qui ont évolué avec les nouvelles technologies mais également les biens avec l'apparition des biens informationnels. Pour les biens informationnels protégés par un droit de propriété intellectuelle, il existe une action spécifique, l'action en contrefaçon. Celle-ci semble la plus adaptée dans l'hypothèse d'utilisation de données sans autorisation du détenteur. Néanmoins, force est de reconnaître qu'une large partie des données numériques ne relèvent pas d'un droit de propriété intellectuelle. Tel est le cas, par exemple, des données brutes. Dans une démarche pragmatique, nous pouvons alors nous interroger, en dehors de la situation d'atteinte un droit de propriété intellectuelle, du traitement pénal des données numériques. Ce traitement rejoint-il les atteintes aux biens ?

présentent une valeur, même potentielle, dont la divulgation serait de nature à nuire aux intérêts essentiels de ce dernier ».

2549Conseil de l'Union européenne, *Infographie – Principales cybermenaces dans l'UE*, disponible [en ligne] : <https://www.consilium.europa.eu/fr/policies/cybersecurity/> (consulté le 06/05/2023)

2550CAZALBOU P., *La criminalité informatique, façonnée par le droit de l'Union européenne ?*, in *La transposition du droit de l'Union européenne dans la loi pénale française : l'intégration d'un corps étranger* (sous-dir. Sophie Corioland et Élise Letouzey), éd. CEPRISCA, coll. Colloque, 20 juin 2017, p. 122

2551Recommandation n° R (89) 9 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur la criminalité en relation avec l'ordinateur, 13 septembre 1989

2552DESJARDINS A., *Traité du vol dans les principales législations de l'antiquité et spécialement dans le droit romain*, éd. G. Pedone-Lauriel, Paris, 1881, p. 11

Le droit pénal vient protéger certaines valeurs dont la propriété. Or, dans notre société actuelle, les données numériques constituent désormais « l'essence de l'économie moderne »²⁵⁵³. Aussi, une prise en compte des données s'est-elle fait jour en cette matière²⁵⁵⁴. Concrètement, le droit pénal protège certaines données soit en raison de leur forme²⁵⁵⁵, soit en raison des personnes concernées par ceux-ci²⁵⁵⁶, soit, enfin, en raison des moyens de traitement et de transmission²⁵⁵⁷. La doctrine distingue, en outre, selon que l'information soit « objet de délits » ou « moyens de délits »²⁵⁵⁸.

La jurisprudence et la doctrine se sont questionnées sur la dématérialisation²⁵⁵⁹ des infractions avec notamment l'admission du vol d'information, et cela, à défaut d'infraction pénale spécifique à la violation du secret des affaires. Par cette qualification pénale, nous tendrions à reconnaître la propriété sur une information²⁵⁶⁰ ou, à tout le moins, un droit d'exclusivité. En effet, au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, il ressort que ce qui est protégé par la qualification de vol est avant tout un « droit d'exclusivité »²⁵⁶¹.

2553GOLDFINGER C., *op. cit.*, p. 9

2554MARCELLIN S. et DU MANOIR DE JUAYE T., *Le secret des affaires*, LexisNexis, Paris, avril 2016, 1^{re}, p. 89, n° 93 : pour qui le droit pénal protège cent pour cent ou presque le secret des affaires.

2555Cette hypothèse vise essentiellement le droit de la propriété intellectuelle. Ainsi, seront protégés par le droit pénal par le biais de l'action en contrefaçon les biens informationnels constituant une invention brevetée.

2556V. par ex. les données à caractère personnel (art. 226-16 à 226-24 C. pén.).

2557Il s'agit principalement de l'hypothèse d'atteintes au système de traitement informatisé de données.

2558GASSIN R., *Le droit pénal de l'informatique*, D., 1986, chron. p. 35

2559V. par ex. BEAUSSONIE G., *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal : Contribution de la protection pénale de la propriété*, L.G.D.J., Paris, coll. Thèse, sous-coll. Bibliothèque de droit privé, tome 532, 13 mars 2012, 444 p. ; R. OLLARD, *La dématérialisation des infractions contre le patrimoine*, in *Droit pénal et autres branches du droit : Regards croisés* (sous-dir. J.-Ch. Saint-Pau), Cujas, Coll. Actes & Études, 16 novembre 2012, p. 44 et s. ; DE LAMY B., *Abus de confiance et bien incorporel : dématérialisation ou défiguration du délit ?*, D., 2001, p. 1423 et s. ; MALABAT V., *Variations sur la dématérialisation de l'abus de confiance*, *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, mars 2005, n° 1, p. 239 ; LEPAGE A., *Droit pénal et internet : la part de la tradition, l'œuvre de l'innovation*, *AJ Pénal*, 2005, p. 217 et s. ; SAENKO L., *Enregistrement vidéo et droit pénal des biens : entre dématérialisation et appropriation*, D., 2016, p. 587 et s. ; BEAUSSONIE G., *La dématérialisation de l'abus de confiance*, *AJ Pénal*, 2017, p. 215 et s. ; OLLARD R., *Les mystères de la dématérialisation des infractions contre le patrimoine : quand l'abus de confiance porte, non sur la clientèle elle-même, mais sur les informations qui y sont relatives*, *RDC*, septembre 2017, n° 3, p. 496 et s. ; CATELAN N., *FinTech et droit pénal : une répression entre régulation et dématérialisation*, *Revue de Droit Bancaire et Financier*, 1^{er} janvier 2017, n° 1, p. 109 et s. ; CABON S.-M., *L'influence du cyber espace sur la criminalité économique et financière*, *Dr. pénal*, 2018, étude 5 ; MATSOPOULOU H., *Vol par téléchargement de données informatiques*, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1 octobre 2015, n° 4, p. 860 et s. ; DETRAZ S., OLLARD R. et SAINT-PAU J.-C., *Contre l'incrimination du vol d'information*, in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, *Opinio doctorum* (sous-dir. V. Malabat, B. de Lamy et M. Giacomelli), Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 97 et s.

2560VAN DEN BUSSCHE C., *La protection pénale contre l'espionnage des secrets d'affaires – 1ère Partie*, LPA, 10-13 novembre 1995, p. 22 – *Contra* DREYER E., *La subsidiarité du droit pénal*, in *Mélange J.H. Robert*, LexisNexis, Paris, 2012, bas de note n° 5, p. 248 pour qui le droit pénal n'entend pas protéger directement la propriété. Ce constat se fonde sur l'absence de sanctions pénales en cas d'imprudences ou de négligences ayant causé une atteinte juridique ou matérielle au bien d'autrui, de tels comportements relevant uniquement du droit civil.

2561PIN X., *L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal*, in *L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal* (sous-dir. Patrick Mistratta, Salomé Papillon et Camille Kurek), Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, août 2020, p. 122

Cette question de l'admission du vol d'information et de données illustre parfaitement les propos de la Professeure Michèle-Laure RASSAT selon lesquels « *la plus grande partie du raisonnement de Droit pénal, [...], a toujours été élaborée sur l'exemple du vol [...]* »²⁵⁶². Cependant, cette question a perdu une large part de son intérêt depuis la création d'infractions spéciales par la loi n° 88-19 du 5 janvier 1988 relative à la fraude informatique dite loi « *Godfrain* », à savoir les délits d'atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données (STAD) prévus aux articles 323-1 à 323-8 du Code pénal. Comme le relève le rapport d'information de juillet 2020, « *en dépit des évolutions technologiques considérables observées depuis plus de trente ans, ces incriminations pénales ont été rédigées en des termes suffisamment larges pour pouvoir s'appliquer aux formes contemporaines de la cybercriminalité* »²⁵⁶³.

Avant l'adoption de dispositions spécifiques aux infractions commises dans l'espace numérique, la question s'est posée en doctrine et en jurisprudence de savoir quelles étaient les qualifications pénales susceptibles de sanctionner les agissements relevant de cette cybercriminalité. La réflexion s'est naturellement orientée vers les incriminations concernant les atteintes contre les biens et tout particulièrement vers la qualification de vol.

I. L'émergence de la qualification de vol d'informations

347. Un débat doctrinal s'était engagé pour savoir si l'information pouvait relever de la qualification de vol. Cette question s'est intensifiée avec l'utilisation croissante des nouvelles technologiques et de l'importance accrue des données dans notre société. Aussi, à ce vol d'information a succédé le vol de données numériques. Sur ce point, la jurisprudence n'a pas adopté une position claire et précise. Toujours est-il que cette reconnaissance n'est pas sans poser de difficultés.

²⁵⁶²RASSAT M.-L., *Droit pénal spécial – Infractions du Code pénal*, Dalloz, Paris, coll. Précis, mai 2018, 8^e éd., p. 116, n° 92 – V. ég. CIOLINO-BERG D., *Vol d'informations sur l'Internet*, Comm. com. électr., 2003, chron n° 28, p. 22 : pour qui « à chaque évolution de la société correspond une notion précise de vol. La société industrielle luttait contre le vol d'objets corporels. Le développement de la société de service avait ensuite entraîné l'apparition de vols de services, réprimés sous la qualification de la qualification de filouterie. La société de l'information pourrait à son tour engendrer le développement du vol d'information » ; DETRAZ S., OLLARD R. et SAINT-PAU J.-C., *Contre l'incrimination du vol d'information*, in La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, *Opinio doctorum* (sous-dir. V. Malabat, B. de Lamy et M. Giacomelli), Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 101

²⁵⁶³JOISSAINS S. et BIGOT J., *Rapport d'information sur la lutte contre la cybercriminalité*, Sénat, n° 613, session extraordinaire de 2019-2020, 9 juillet 2020, p. 27

A. La reconnaissance controversée du vol d'informations

348. **Le débat sur la reconnaissance du vol d'informations et de fichiers numériques** – La qualification de vol est prévue à l'article 311-1 du Code pénal. Cette disposition précise que « *le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* ». Nonobstant l'apparence de simplicité dans la qualification même du vol²⁵⁶⁴, la doctrine a estimé que, malgré son ancienneté, « *l'importance et la qualité des travaux qui lui furent consacrés, [le vol] reste une infraction, à bien des égards, incomprise, voire mystérieuse* »²⁵⁶⁵. La difficulté de saisir cette infraction est d'autant plus accrue compte tenu de sa malléabilité²⁵⁶⁶. Face à ce constat, la question de la nécessité de repenser dans son intégralité l'incrimination de vol s'est posée²⁵⁶⁷. La plasticité de cette qualification a ouvert le débat sur l'intégration de nouveaux objets dans son giron et notamment l'information et la donnée. Cette réflexion est née du constat, d'une part, de l'utilisation de l'informatique qui croît d'une manière exponentielle et d'autre part, des risques d'atteintes à ces éléments. Une telle interrogation s'était déjà posée naguère avec le vol d'électricité²⁵⁶⁸ face à la multiplication des utilisations industrielles et domestiques de cette énergie conduisant à l'adoption d'une disposition spécifique prévue dans le Code pénal de 1994²⁵⁶⁹. Aussi, est apparu en doctrine le débat controversé sur la reconnaissance du vol

2564 LARGUIER J. et CONTE P., *Droit pénal des affaires*, Armand Colin, Paris, 10 juin 2004, 11^e éd., p. 85, n° 94 pour qui le vol constituerait une « *infraction banale s'il en est* ».

2565 REBUT D., *L'omission en droit pénal. Pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction*, Thèse Lyon III, 1993, n° 416

2566 DETRAZ S., *Déménageur d'un jour, voleur d'un instant*, Gaz. Pal., 15 octobre 2013, n° 288

2567 V. notamment GASSIN R., *La notion de vol dans la jurisprudence française contemporaine*, in Recueil d'études à la mémoire de Jean Lebreton, PUF, Paris, 1968, spéc. n° 50

2568 V. Pilon E., *Le problème juridique de l'électricité*, Librairie Larose, Paris, 1904, 30 p. ; GARRAUD R., *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 3^e éd., 1935, t. 6, p. 112

2569 Art. 311-2 C. pén. – V. SABLIERE P., *La nature juridique de l'électricité et les conséquences qui en résultent quant à sa fourniture*, LPA, 6 juin 2007, n° 113, p. 4 et s.

d'informations et cela, à la suite de décisions de juges du fond²⁵⁷⁰ et de la Cour de cassation²⁵⁷¹. Pour des auteurs, « *la notion de vol d'information est entrée tel un intrus dans le corpus des décisions de la Cour suprême, davantage par la fenêtre que par la porte* »²⁵⁷².

Nous pouvons mentionner à titre d'illustration deux arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation. Le premier du 20 mai 2015 concerne l'affaire *Bluetouff*²⁵⁷³. En l'espèce, la Haute juridiction avait rejeté le pourvoi formé par le prévenu condamné pour maintien frauduleux dans un système de traitement automatisé de données et pour vol. Dans son

2570T. corr. Montbéliard, 28 mai 1978, AJPI, p. 533 : les juges montbéliardais ont condamné un ancien salarié pour vol à la suite d'une copie de programmes informatiques. Ils ont considéré, en l'espèce, que « *l'inculpé s'est ainsi approprié et a détenu sans que la possession lui ait été remise, un enregistrement de données qui, quel que soit sa participation dans l'élaboration des informations qu'il contenait, appartenaient à la société des Automobiles Peugeot ; qu'il s'est donc rendu coupable de vol et que le délit de contrefaçon qui lui est reproché sera requalifié en ce sens* ». La reproduction de programme est ainsi assimilée par les juges à une soustraction au sens de l'article 311-1 Du Code pénal ; V. ég. DEBOVE F., *Information mal acquise ne profite jamais*, Droit pénal, chr. n° 24, octobre 1999 : cet auteur fait référence à une décision de la Cour d'appel de Limoges qui avait retenu le vol à l'encontre d'un salarié qui avait recopié à la main des passages de documents auxquels ce dernier avait eu accès dans le cadre de son activité professionnelle afin de les produire à une instance prud'homale. – CA Paris, ch. crim. 13, sect. B, 12 avril 2002 ; JurisData n° 2002-181519 : les juges parisiens ont estimé que le salarié s'était rendu coupable de vol « *en s'appropriant, après son départ de l'entreprise, des formules appartenant à [son employeur]*. – CA Montpellier, ch. corr. 3, 16 mars 2000 ; JurisData n° 2000-114615 : les juges montpelliérains ont considéré que le prévenu « *n'en avait que la détention matérielle [des documents de son employeur] et qu'en les appréhendant [afin de les photocopier à des fins personnelles, à savoir la production en justice], il les a frauduleusement soustraits pendant le temps nécessaire à leur reproduction ; qu'en effet le passage de la simple détention à la possession caractérise la soustraction frauduleuse ; qu'enfin le vol peut porter sur des biens matériels et qu'il est donc inopérant que par ce procédé de photocopie le document original n'ait été ni détourné, ni même déplacé* – CA Bordeaux, ch. crim. 4, 14 mai 2004 ; JurisData n° 2004-250993 : les juges d'appel rappellent que « *la photocopie d'un document sans autorisation de celui qui dispose sur ce document de toutes les prérogatives du droit de propriété, notamment du droit de disposition et donc de destruction, constitue un vol du document ou de son contenu* ». Reste que pour les deux dernières affaires, il convient de prendre en compte la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation sur le vol de documents dans le cadre de l'exercice par le salarié de ses droits de la défense. Il ressort que le salarié peut produire en justice des documents soustraits à son employeur et cela, à son insu. Cependant, cette solution est rigoureusement encadrée. En effet, il faut que le salarié ait eu accès aux documents dans le cadre de l'exercice de ses fonctions et que leur production soit strictement nécessaire à l'exercice de ses droits de défense dans le litige l'opposant à son employeur (Cass. crim., 11 mai 2004, n° 03-85.521 et 03-80.254, Bull. crim. n° 113 et 117 ; Cass. soc., 27 novembre 2019, n° 18-19.237). Par ailleurs, la position de la chambre criminelle de la Cour de cassation adoptée dans les affaires dites des décrocheurs de portrait du Président de la République, ne peut-elle être interprétée comme faisait obligation aux juges, lorsque cela leur est demandé, de rechercher si l'incrimination ne constituerait pas *in casu* une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression du prévenu (Cass. crim., 22 septembre 2021, n° 20-85.434 ; JurisData n° 2021-014502 ; JCP G., 2021, 1083, note BEAUSSONIE G. ; Comm. com. électr., 2021, comm. 82, note LEPAGE A.). Cette jurisprudence pourrait ainsi avoir une incidence sur la sanction au titre de vol des documents et de contenu.

2571Cass. crim., 8 janvier 1979, n° 77-93.038, Bull. crim., n° 13 ; D. 1979, p. 509, note CORLAY P. ; RSC, 1979, p. 571, note BOUZAT P. : Affaire *Logabax*, en l'espèce, le vol est constitué par le fait d'avoir appréhendé frauduleusement les documents pendant le temps nécessaire pour leur reproduction et cela à l'insu et contre le gré du propriétaire desdits documents – Cass. crim., 29 avril 1986, n° 84-93.281, Bull. crim. 1986, n° 148, p. 383 ; D. 1987, p. 131, LUCAS D de LEYSSAC M.-P. ; JCP, II, 1987, 20788, obs. CROZE H. : affaire *Herbretreau* : en l'espèce, un employé fut condamné pour vol et cela en raison de la reproduction de plans d'équipements spéciaux fabriqués par une société – Cass. crim., 12 janvier 1989, n° 87-82.265, Bull. crim. n° 14 ; RTD com. 1990. 143, obs. BOUZAT P. ; RSC, 1990. 346, obs. BOUZAT P. : Affaire *Bourquin*, en l'espèce, la Haute juridiction distingue le vol des disquettes, support matériel, et le contenu informationnel desdites disquettes durant le temps nécessaire à la reproduction des informations – Cass.

pourvoi, la personne poursuivie soutenait notamment que « *le seul téléchargement de fichiers informatiques même à l'insu et contre la volonté de leur propriétaire, n'est pas constitutif de vol sauf lorsqu'il est accompagné de l'appropriation frauduleuse d'une chose appartenant à autrui ; qu'en se bornant à affirmer, pour caractériser l'élément matériel du vol de fichiers informatiques prétendument commis [...], que celui-ci avait téléchargé les données litigieuses puis fixées celle-ci sur différents supports, la cour d'appel qui a statué par des motifs impropres à établir une dépossession quelconque de l'ANSES, n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles 111-4 et 311-1 du code pénal* ». Néanmoins, la position de la Haute juridiction est ambiguë en ce qu'elle se contente d'affirmer que l'infraction est constituée par le fait que le prévenu a soustrait des données qu'il a utilisées sans le consentement de leur propriétaire. En effet, elle ne répond pas directement au pourvoi du prévenu. Son pourvoi portait sur la pertinence de la qualification de vol en ce que les données n'étaient pas une chose, et l'ANSES ne se trouvait pas dépossédée des données. Cependant, la Cour de cassation utilise, à notre connaissance, pour la première fois le terme « *soustraire* » pour des données, éléments incorporels. En cela, la Haute juridiction a suivi l'avis de l'avocat général, Monsieur Frédéric DESPORTES. Selon ce dernier, « *la « soustraction » est*

crim., 1^{er} mars 1989, n° 88-82.815, Bull. crim. n° 100 ; D. 1990, p. 330, obs. HUET J., Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1990, p. 346, obs. BOUZAT P., Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1990, p. 507, obs. M.-P. LUCAS DE LEYSSAC M.-P. : Dans l'affaire dite *Antoniolli*, le pourvoi du prévenu soutenait que les juges du fond avaient violé notamment l'ancien article 379 du Code pénal en ne retenant, comme élément matériel du délit de vol, que le fait d'avoir communiqué des renseignements que [les juges d'appel qualifient eux-mêmes] de biens incorporels, sans caractériser la soustraction frauduleuse entraînant l'intervention de possession d'une chose matérielle, seule constitutive du délit. Rejetant le pourvoi, la chambre criminelle de la Cour de cassation a estimé que la cour d'appel avait caractérisé les éléments constitutifs tant matériels qu'intentionnel de l'infraction de vol à l'encontre une personne qui détenait, du fait de ses activités professionnelles au sein de l'entreprise, des documents comptables qu'il avait utilisés pour établir des tableaux graphiques et qu'il avait ensuite sciemment communiqués à un tiers, à l'insu de son employeur. – Cass. crim. 24 octobre 1990, n° 89-84.485, Bull. crim. 1990, n° 355, p. 898 – Cass. crim. 3 mars 1992, n° 90-82.964 ; D. 1994, somm. p. 157, obs. ROUJOU DE BOUBÉE G. : dans cette espèce, la Cour régulatrice casse et annule au visa des anciens articles 379 du Code pénal et 593 du Code de procédure pénale, un arrêt d'appel qui avait relaxé un délégué du personnel qui avait fait un tirage de la liste du personnel. Les Hauts magistrats ont considéré « *qu'en statuant ainsi alors qu'il résultait de leurs constatations que le prévenu, qui avait la simple détention matérielle du fichier informatique, l'avait utilisé à des fins personnelles, à l'insu et contre le gré de son employeur, et l'avait ainsi appréhendé frauduleusement* » – Cass. crim., 4 mars 2008, n° 07-84.002 ; D., 2008, p. 2213, note DETRAZ S. ; Dr. pénal 2008, chron. 10, n° 22, obs. LEPAGE A. ; RSC, 2009, p. 131, obs. FRANCILLON J. : en l'espèce, il s'agit d'une condamnation pour vol du contenu informationnel d'au moins neuf suspects se rapportant aux plans de base et aux plans de découpe. – Cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81.336, Bull. crim. n° 119 ; Cass. crim., 28 juin 2017, n° 16-81.113

2572 MARCELLIN S. et DU MANOIR DE JUAYE T., *op. cit.*, p. 101, n° 109 – Cependant, cette notion de « *vol d'information* » est également apparue dans d'autres pays comme en Belgique (v. par ex. SPREUTELS J.-P., *La responsabilité pénale découlant d'atteintes aux applications de l'informatique*, Informatique et droit en Europe, 1985, p. 277 et s.)

2573 Cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81.336, Bull. crim. n° 119 ; D., 2015, p. 1466, note SAENKO L. ; RTD com. 2015. 600, obs. BOULOC B. ; AJ pénal 2015. 413, note DREYER E. ; RSC 2015, p. 860, obs. MATSOPOULOU H. ; RSC 2015. 887, obs. FRANCILLON J. ; Gaz. Pal., 18 juin 2015, n° 169, p. 8, note DETRAZ S., RDC, 1^{er} décembre 2015, n° 4, p. 951, note BERLIOZ P. ; Comm. com. électr. 2015, comm. 74, obs. CAPRIOLI A. ; Propr. intell., 2016, n° 58, p. 97, obs. VIVANT M.

*caractérisée par le fait de se comporter sur la chose comme son propriétaire en se l'appropriant contre le gré de celui qui la possède. C'est très exactement ainsi que se comporte celui qui copie frauduleusement des données informatiques. Il n'importe que la victime soit pas dépossédée de ces données de même qu'il n'importe, en cas de photocopie frauduleuse d'un document, que l'original reste entre les mains de son propriétaire. L'« extraction » est en réalité une forme de « soustraction »*²⁵⁷⁴. En outre, la Cour de cassation ajoute une condition supplémentaire afin de retenir la qualification de vol. Pour que le vol soit constitué, il doit y avoir une utilisation des données téléchargées. En d'autres termes, le simple téléchargement de données est insuffisant afin de caractériser le vol, encore faut-il que le prévenu les ait utilisées sans le consentement de leur propriétaire. Une telle interprétation est peu respectueuse des dispositions légales. Le vol est, effectivement, consommé par la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui et cela, peu importe que le prévenu en ait fait usage ou non par la suite. Au regard de cette condition d'utilisation des données, nous pouvons nous demander si la chambre criminelle de la Cour de cassation n'avait pas confondu le vol avec les éléments constitutifs du « recel-profit » prévu à l'article 321-1, alinéa 2 du Code pénal²⁵⁷⁵. La position de la Haute juridiction se révèle donc largement critiquable sur le plan des principes d'interprétation de la loi pénale. De surcroît, cette nouvelle condition a pour conséquence « *de générer une incrimination de vol « à deux vitesses* »²⁵⁷⁶, selon que le vol porte sur une chose corporelle ou incorporelle.

La seconde décision illustrative est celle du 28 juin 2017²⁵⁷⁷ où un avocat associé avait été condamné pour vol. En l'espèce, ce dernier avait accès aux fichiers collectifs de la société d'avocats dans laquelle il était associé, à partir du serveur, sans avoir à entrer un quelconque code personnel. Il avait ainsi pu librement télécharger des documents d'une des associées. Afin de caractériser le vol, les juges du fond avaient retenu deux éléments. D'une part, si la société civile professionnelle détenait de ce fait des doubles de courriers rédigés par l'associée, destinés notamment à des banques et des organismes mutualistes, c'était cette dernière qui avait seule, en tant que propriétaire, le pouvoir d'en disposer, à raison du caractère personnel des documents. Et d'autre part, le mis en cause avait effectué et récupéré

²⁵⁷⁴Cass. crim., aud. Publ., 4^e sect., 20 mai 2015, Y 14-81.336, avis de l'avocat général F. DESPORTES, cité par MARCELLIN S. et DU MANOIR DE JUAYE T., *op. cit.*, p. 106, n° 119

²⁵⁷⁵En ce sens, v. MATSOPOULOU H., Note sous l'arrêt Cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81.336, RSC, 2015, p. 860

²⁵⁷⁶LE MOULEC E., *Pour un renouvellement du système répressif dit des atteintes juridiques aux biens*, Thèse, droit privé, Université de Rennes 1, 2019, p. 110 n° 167

²⁵⁷⁷Cass. crim., 28 juin 2017, n° 16-81.113 ; D. 2017, p. 1885, note BEAUSSONIE G., RTD Com., 2017, p. 713, note L. SAENKO L. ; Dr. pénal, octobre 2017, n° 10, comm. 141, comm. CONTE P. ; AJ pénal 2017. 448, obs. LASSERRE-CAPDEVILLE J.

des photographies de courriers de la Mutuelle de sa consœur et avait édité secrètement des doubles de courriers rédigés par elle contenus dans ses fichiers informatiques consultés officieusement et cela, à l'insu et contre le gré de celle-ci, et à des fins étrangères au fonctionnement de la SCP. Partant, il s'était alors approprié ces documents frauduleusement sans pouvoir arguer de sa bonne foi. Le prévenu s'était pourvu en cassation en estimant notamment qu'à défaut de soustraction intellectuelle des documents litigieux, les juges ne pouvaient caractériser le vol. Néanmoins, la Cour régulatrice a rejeté son pourvoi reconnaissant ainsi implicitement que des « *informations personnelles* » se trouvant sur un réseau informatique pouvait faire l'objet d'un vol. Nous relevons, toutefois, que contrairement à l'arrêt du 20 mai 2015, la Cour de cassation utilise cette fois-ci l'expression d'« *appropriation frauduleuse* » au lieu et place de la notion de soustraction. Faut-il en conclure que la Haute juridiction reconnaît implicitement l'impossibilité de soustraire des données ? Nous ne pouvons l'affirmer dans la mesure où ce changement terminologique semble s'expliquer avant tout par la reprise par la Cour de cassation des motifs des juges du fond.

De ces deux décisions, il ressort que c'est avant tout la donnée au plan sémantique qui est appréhendée. Autrement dit, le vol porte sur le contenu informationnel, cognitif tel que les informations personnelles de l'associée dans l'affaire de 2017, et non pas sur la suite de binaire des données ou son support.

Cependant, il ressort des diverses décisions de la Cour de cassation, une certaine ambiguë dans ses solutions sur le vol d'informations. En effet, d'une part, dans ses premiers arrêts, la Haute juridiction n'a pas posé explicitement comme principe la reconnaissance la qualification de vol d'informations²⁵⁷⁸. De même, nous ne pouvons déduire de sa jurisprudence la consécration d'un nouveau bien. Comme l'a précisé un auteur, « *la chambre criminelle ne bâtit pas le statut d'un bien nouveau : le bien informationnel ; elle reconnaît, simplement, au titulaire de l'information, une prérogative du droit de propriété en déclarant qu'il y a faute pénale, constitutive d'une soustraction, dans le fait de reproduire l'information sans droit* »²⁵⁷⁹. Enfin, la qualification de vol semble moins pertinente voire « *tend à l'obsolescence* »²⁵⁸⁰ depuis la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme. Les faits des arrêts des 20 mai 2015 et 28

2578V. *contra* BOUZAT P., Rev. sc. Crim., 1990, p. 347 ; BOUZAT P., Rev. sc. Crim., 1991, p. 350 : pour qui le vol de biens incorporels est reconnu depuis longtemps par la jurisprudence ainsi que par la doctrine.

2579LUCAS DE LEYSSAC M.-P., *L'arrêt Bourquin, une double révolution : un vol d'information seule, une soustraction permettant d'appréhender des reproductions qui ne constitueraient pas des contrefaçons*. RSC, 1990, p. 507

2580TOUZAIN A., *L'autonomie du droit pénal et le droit des biens*, Cah. dr. ent., juillet-août 2021, n° 4, p. 45

juin 2017 étaient commis avant l'adoption de la loi précitée du 13 novembre 2014 et ne pouvaient, par conséquent, être appréhendés par ces nouvelles dispositions en raison du principe de non-rétroactivité de la loi pénale posé à l'article 112-1 du Code pénal²⁵⁸¹.

B. La qualification critiquable de vol d'informations

349. Malgré cette apparente banalité de l'application de l'incrimination de vol de l'article 311-1 du Code pénal au domaine numérique, il existe incontestablement des difficultés tenant d'une part, à la définition même de la « chose » et d'autre part, à la notion de soustraction.

350. **La difficile qualification des données numériques en « chose » au sens de l'article 311-1 du Code pénal** – Afin que la qualification de vol soit retenue, il est nécessaire que l'objet en cause relève de la notion de « chose »²⁵⁸². Cette notion imprécise n'a pas été définie par le Législateur. Face à l'évolution des richesses, le professeur VITU estimait qu'« *en matière de vol, aucune entrave n'est mise à cette adaptation par le Code pénal français ; le mot « chose » n'est, dans l'[ancien] article 379, associé à aucun qualificatif tels que les mots « matériel » ou « corporel », qui en réduiraient la portée aux seules choses physiques tangibles. Il suit de là que le texte vise tout bien ou tout élément patrimonial (ce qui ne veut pas dire nécessairement pécuniaire) envisagé indépendamment de ses qualités physiques ou matérielles, par conséquent même si ce bien est impondérable ou immatériel, pourvu toutefois qu'il puisse donner lieu à une soustraction, c'est-à-dire au passage de la possession d'une personne en la possession d'une autre* »²⁵⁸³. En d'autres termes, l'incrimination du vol ne doit pas se limiter aux seules propriétés connues lors de l'adoption du Code pénal de 1810. La notion de chose doit s'adapter aux développements de la société et de l'émergence de

2581Cass. crim., 12 juin 1989, n° 88-87.389, Bull. crim. n° 251

2582Force est de remarquer qu'il existe une réelle difficulté de définir le concept de « chose » et cela, d'autant plus que dans le langage courant, il s'agit du « *terme le plus général par lequel on désigne tout ce qui existe, en parlant d'être concrets ou abstraits, réels ou apparents, connu ou inconnu* » (ROBERT P., *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, tome 1, Le Robert, Paris, p. 763). Le droit n'a pas pu échapper à cet usage protéiforme de la notion de « chose » puisqu'en raison de sa plasticité, la chose recouvre tout type de biens ou de situation. La chose a ainsi été qualifiée de « *mot fourre-tout* », qu'« *équivalent du mot « schtroumpfs » utilisé par Peyo dans ses bandes dessinées* » (MARCELLIN S. et DU MANOIR DE JUAYE T., *Le secret des affaires*, LexisNexis, Paris, avril 2016, 1^{re} éd., p. 91, n° 94). – V. ég. JACOPIN S., *Le début d'une évolution sur la nature de la chose susceptible d'appropriation frauduleuse*, Dr. pén., avril 2001, n° 4, chron. 16

2583VITU A., *Droit pénal spécial*, éd. Cujas, Paris, 1982, n° 2213 – V. dans le même sens : GOUTAL J.-L., *La protection pénale des logiciels*, in *Le droit criminel face aux technologies nouvelles de la communication*, Acte du VIII^e congrès de l'association française de droit pénal, organisé du 28 au 30 novembre 1985 à l'Université de Grenoble, p. 254, n° 29

nouveaux actifs patrimoniaux. Toutefois, sur le plan sémantique, la chose est une notion de fait renvoyant, selon la jurisprudence et la doctrine pénalistes majoritaire, à l'idée de corporalité²⁵⁸⁴. Ainsi, une « chose » ne peut qu'être matérielle et cela, peu importe sa valeur vénale.

Pour ce qui nous concerne, cela implique que la donnée soit reconnue comme une chose susceptible d'être volée. Les données, de nature diverse, peuvent certes être des actifs patrimoniaux de l'entreprise, mais elles sont avant tout des informations, voire de simples données factuelles. Autrement dit, ce sont des éléments incorporels. Ainsi, qualifier les données, indépendamment de leur support, de « chose » implique *de facto* de s'éloigner de l'interprétation classique de la notion « chose » en droit pénal. En outre, nous pouvons nous demander si les données sont toujours susceptibles d'une appropriation privée et cela, quel que soit leur support. En effet, il ne faut pas occulter que le vol suppose une atteinte à la propriété d'autrui²⁵⁸⁵.

Reste, toutefois, que rien n'interdit d'adopter une nouvelle interprétation de la notion de « chose » qui serait plus adaptée à une société dite de l'information. Ainsi, ne faudrait-il pas tenir compte, plutôt que de sa matérialité, de la valeur de la chose, objet du vol, valeur qui pourrait être tant économique que sociale, personnelle, voire purement subjective ?²⁵⁸⁶ Autrement dit, cela conduirait à considérer que c'est la valeur économique qui serait susceptible de faire l'objet d'un transfert de possession. Une telle interprétation ne fait que déplacer le problème au niveau de l'appréciation de la soustraction d'une donnée. En effet, est-il vraiment possible de soustraire un élément incorporel doté d'ubiquité ? Et *quid* des données qui n'ont pas, à proprement parler, de valeur économique ?

Par ailleurs, cette situation ne peut-elle pas être rapprochée de celle du vol d'électricité antérieurement au Code pénal de 1994 ? Les données tout comme l'électricité peuvent faire l'objet d'une soustraction dès lors qu'elles se retrouvent sous le pouvoir de celui qui les a

2584Cependant, la doctrine civiliste ne partage pas l'idée de corporalité de la chose : v. notamment : BERLIOZ P., *Droit des biens*, éd. Ellipses, coll. Cours magistral, 1^{re} éd., 29 juillet 2014, spéc. p. 53 et s. ; LIBCHABER R., *Biens*, Répertoire de droit civil, Dalloz, mai 2016 (mise à jour décembre 2019), n° 60 et s. ; ZÉNATI F., *Les biens*, PUF, coll. Droit fondamental, 1^{re} éd., 1988, n° 2) ; PÉRINET-MARQUET H. (sous-dir.), *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, LexisNexis, coll. Carré droit, 1^{re} éd., 17 juillet 2009 : l'article 520 de l'avant-projet de réforme du droit des biens prévoit que « *sont des biens, au sens de l'article précédent, les choses corporelles ou incorporelles faisant l'objet d'une appropriation [...]* ».

2585VEAUX D., *Vol et transfert de propriété*, in Mélanges en l'honneur du Doyen Pierre Bouzat, éd. A. Pedone, Paris, 1 octobre 1980, p. 382, n° 52 : pour qui la jurisprudence « *perd de vue* » la finalité de l'incrimination de vol, à savoir la protection de la propriété contre certaines atteintes à la possession du propriétaire pour tend à la protection de la possession « *sans se préoccuper de la propriété* ».

2586V. en ce sens : SPREUTELS J. P., *Le vol de données informatiques*, Revue de droit pénal et de criminologie, décembre 1991, p. 1039, n° 19 : pour qui l'extension de la notion de vol à l'énergie implique avant tout une prise en compte de sa valeur économique plutôt qu'en fonction de ses qualités physiques.

copiées²⁵⁸⁷. Cela rejoint la position du Groupe interministériel présidé par le Procureur général Marc ROBERT qui avait recommandé d'« *incriminer spécifiquement, au même titre que le vol d'électricité (cf. art. 311-2 du code pénal), le vol de biens immatériels* »²⁵⁸⁸. Sur cette question, nous pouvons faire référence à une décision belge du Tribunal correctionnel de Bruxelles du 31 mai 1988. Les juges bruxellois ont considéré que « *les données informatiques ne peuvent être réduites à de simples biens immatériels qui ne pourraient pas être soustraits [...]. En réalité, de telles données constituent une série d'instructions qui, après traitement par le programmeur, sont traduites en signaux magnétiques et impulsions électroniques qui sont portés dans la mémoire de l'ordinateur et grâce auxquels les instructions et informations peuvent être non seulement exploitées, mais aussi reproduites, soit sur une bande ou un disque magnétiques, soit sur un écran, soit sur un listing [...]. De telles données sont donc des choses aussi tangibles et matérielles que de l'électricité ou que des signaux radio-électriques, qui peuvent faire l'objet de la soustraction prévue à l'article 461 du Code pénal [belge]* »²⁵⁸⁹. Un tel raisonnement « matérialise » la donnée numérique en une série de « *signaux magnétiques et impulsions électroniques* ». Ce faisant, la donnée appartient, en réalité, au domaine physique comme l'électricité²⁵⁹⁰. Elles sont stockées sur certains supports les gardant en mémoire tels que des serveurs, les rendant, par là même, quantifiables²⁵⁹¹ par des « *bits* » ou « *octets* ». Bien que séduisante, cette approche n'est pas sans défaut. Il existe effectivement une difficulté de taille, à savoir l'absence actuelle de moyen technique pour constater, mesurer l'ampleur du vol²⁵⁹². De surcroît, cette approche vise uniquement les données au plan syntaxique et non sémantique.

2587V. en ce sens : VERSTRAETEN R., *Diefstal van computergegevens : revolutie in het strafrecht ?*, R.W., 1985-1986, col. 215 et s., n° 17, cité par VANBRABANT B., *La propriété intellectuelle. Tome 1. Nature juridique*, Bruxelles, Larcier, coll. Création Information Communication, mars 2016, p. 224

2588Groupe de travail interministériel sur la lutte contre la cybercriminalité, *Protéger les internautes ; Rapport sur la cybercriminalité*, février 2014, recommandation n° 18, p. 158 – V. ég. DESBORDES H., *Les entreprises face aux cyber-risques : état des lieux et perspectives – Compte rendu du colloque du 18 novembre 2014 organisé par l'ADIJ, le cercle Montesquieu et CA Technologies*, Lexbase Affaires, n° 408, 15 janvier 2015

2589T. corr. Bruxelles, 31 mai 1988, en c. B., inédit. cité en note de bas de page n° 97, p. 1047 par SPREUTELS J.P., *Le vol de données informatiques*, Revue de droit pénal et de criminologie, décembre 1991

2590Rappelons toutefois ce que le professeur Eustache PILON avait considéré concernant la question du vol d'électricité qu'il « *est inutile pour le jurisconsulte de chercher à découvrir le mystère de l'électricité et de vouloir se montrer plus physicien [l'on pourrait dire informaticien pour les données numériques] que les physiciens eux-mêmes* » (PILON E., *Le problème juridique de l'électricité*, Librairie Larose, Paris, 1904, 30 p., passage cité par KUBLER J. *Élaboration en France du droit de l'électricité 1890-1912 : la nature juridique de l'électricité au regard des théories scientifiques*, Bulletin d'histoire de l'électricité, n° 21, juin 1993, p. 134)

2591Contra v. MARCELLIN S. et DU MANOIR DE JUAYE T., *op. cit.*, p. 103, n° 113

2592CHAWKY M. *Le vol d'informations : quel cadre juridique aujourd'hui ?*, Droit-Tic, juillet 2006

Rappelons bien entendu qu'à la différence du droit civil, le droit pénal est soumis au principe de l'interprétation stricte²⁵⁹³ qui « *constitue, en tant que corollaire du principe nullum crimen, nulla poena sine lege, une véritable clé de voûte du système pénal français* »²⁵⁹⁴. Aussi, le juge pénal ne peut-il ni modifier le sens d'une disposition pénale ni en étendre le domaine. Néanmoins, l'interprétation stricte de la loi pénale n'est pas forcément incompatible avec l'interprétation dite « *déclarative* » « *permettant de définir les qualifications légales non définies par le législateur [...] et d'appliquer un texte à des hypothèses que le législateur n'a pas prévues ou pu prévoir* »²⁵⁹⁵. Ainsi, comme l'a souligné Jean Pierre SPREUTELS en reprenant l'expression d'ANCEL, « *le juge répressif n'est plus une sorte d'esclave enchaîné à son texte et la règle n'a pas une rigidité mécanique qui empêcherait tout développement de la jurisprudence* »²⁵⁹⁶. Le magistrat a su recouvrer ce squelette de chair²⁵⁹⁷. Cependant, le principe de l'interprétation stricte proscriit le raisonnement par analogie²⁵⁹⁸. Outre ce rejet de l'interprétation par analogie, force est de remarquer qu'il existe une différence majeure entre la donnée et plus largement l'information et l'électricité qui ne peut être occultée. Contrairement à l'énergie, à l'électricité, la donnée reste à la disposition de son détenteur initiale malgré la captation opérée par un tiers. Il s'agit en réalité d'un problème tenant à la soustraction des données.

351. La difficile question de la soustraction des données – Quand bien même nous serions en présence d'une chose au sens de l'article 311-1 du Code pénal, encore faut-il que celle-ci fasse l'objet d'une appropriation même momentanée. Aussi, est-il nécessaire qu'il y ait soustraction, c'est-à-dire un enlèvement. Cette notion de « soustraction » n'est pas définie par la loi pénale. Il est donc revenu à la jurisprudence et à la doctrine de la définir. Or, tant la

2593 Art. 111-4 C. pén. – V. PIWNICA E., *L'interprétation de la loi pénale par le juge*, in Bicentenaire du Code pénal 1810-2010, Les colloques du Sénat, 25/26 novembre 2010, p. 190 et s.

2594 VIGLINO M., LPA, 31 août 2021, n° 2-3, p. 57 – V. é.g. Circ. du 14 mai 1993, portant commentaire des dispositions législatives du code pénal, in Code pénal, Dalloz Expert : la Chancellerie précise que « *le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale est, pour le juge, l'une des conséquences majeures du principe de légalité, il est d'ailleurs régulièrement réaffirmé par la jurisprudence. L'article 111-4 lui donne pour la première fois un fondement légal* ».

2595 BORÉ L., *Pourvoi en cassation – Moyens de cassation ouverts aux parties*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, juin 2022, n° 217

2596 SPREUTELS J.P., *Le vol de données informatiques*, Revue de droit pénal et de criminologie, décembre 1991, p. 1032, n° 8

2597 ESCANDE P., *L'interprétation par le juge des règles écrites en matière pénale*, RSC 1978 p. 811

2598 Cass. crim., 17 mars 1854 ; D. 1854, 1, p. 165 ; Cass. crim. 24 novembre 1983, n° 82-90.672, Bull. crim., n° 315 ; Cass. crim. 1^{er} juin 1992, n° 91-82.141, Bull. crim. n° 214 ; Ass. plén., 29 juin 2001, Bull. crim. 2001, n° 99-85. 973, n° 165, p. 546 ; Cass. crim., 23 février 2010, n° 09-83.070 – CEDH, 2^e sect., 22 juin 2000, req. n°s 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, aff. *Coëme et a. c. Belgique*, spéc. point 145 ; CEDH, 29 mars 2006, req. n° 67335/01, aff. *Achour c/ France*, pt. 41

doctrine pénaliste²⁵⁹⁹ que la jurisprudence²⁶⁰⁰ considèrent que les droits et les biens incorporels ne relèvent pas du domaine du vol en ce qu'ils ne donnent pas lieu à une soustraction, à un enlèvement à l'insu ou contre le gré du propriétaire²⁶⁰¹. Il s'agit indubitablement d'une conception dite « matérielle » de la soustraction. Aussi, la chose doit-elle avoir été soumise à un déplacement, c'est-à-dire qu'elle « *passse de la possession du légitime détenteur dans celle de l'auteur du délit* »²⁶⁰². Toutefois, cette conception classique avait fait l'objet de critique notamment de la part du Professeur GARÇON. C'est pourquoi, en complément de cette approche matérielle, il faut considérer la conception dite « juridique » selon laquelle la soustraction consiste dans « *la prise de possession à l'insu et contre le gré du propriétaire* »²⁶⁰³.

Dans un arrêt en date du 26 mai 1978, le Tribunal correctionnel de Montbéliard avait condamné pour vol un ancien salarié qui avait copié sur des disquettes vierges lui appartenant des logiciels de son ancien employeur. Pour ce faire, les juges du fond avaient considéré la reproduction des logiciels comme une soustraction²⁶⁰⁴. Ce raisonnement se retrouve dans l'affaire *Logabax* du 8 janvier 1979²⁶⁰⁵ de la chambre criminelle de la Cour de cassation. Aussi, la soustraction était-elle envisagée de deux manières : d'une part, par la soustraction du support sur lequel se trouvent les informations, les données, dans les espèces, les fichiers et disquettes, et d'autre part, par la copie du support pendant un temps limité, à savoir le temps nécessaire pour copier les informations, les données se trouvant sur le support. Au regard de cette jurisprudence, il ressortait que la matérialité de l'infraction résultait selon la professeure Claude LUCAS DE LEYSSAC²⁶⁰⁶ de l'addition de deux constructions prétoriennes : le vol d'usage et la soustraction juridique. Le vol d'usage, ou encore dénommé dans certaines situations « *vol par photocopie* », vise la soustraction frauduleuse d'une chose d'autrui en vue d'un usage momentané. Il s'agit donc de sanctionner l'appréhension temporaire d'un document pendant le temps nécessaire à sa reproduction. Cette théorie a été principalement employée « *pour contourner les obstacles que l'exigence de la matérialité de la chose*

2599RASAT M.-L., *Droit pénal spécial*, Dalloz, Paris, coll. Précis, mai 2018, 8^e éd., spéc. p. 134 et s., n° 105 ; GARRAUD R., *Traité théorique et pratique de droit pénal*, Sirey, Paris, 1935, 3^e éd., n° 2375

2600Cass. crim., 18 novembre 1837, Bull. crim. n° 405 – CA Paris, 24 juin 1987 ; Gaz. Pal., 1987, note MARCHI J.-P. – Cass. crim., 12 décembre 1990, n° 88-81.215, Bull. crim. n° 430 ; D. 1991. 364, note MIRABAIL S. ; RSC 1992, p. 84, obs. BOUZAT P.

2601Cass. crim. 18 novembre 1837, Bull. crim. n° 405

2602Cass. crim., 18 novembre 1837, Bull. crim. n° 405 ; Cass. crim., 14 décembre 1839, Bull. crim. n° 380

2603GARÇON É., *Code pénal annoté*, tome II, 1^{re} éd., art. 379, n° 40 et s.

2604DARAGON E., *Étude sur le statut juridique de l'information*, D., 1998, p. 63 et s., spéc. p. 67, n° 28

2605Cass. crim., 8 janvier 1979, n° 77-93.038, Bull. crim., n° 13

2606LUCAS de LEYSSAC C., *Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ?*, D. 1985, p. 43 – v. ég. MIHMAN A., LUCAS DE LEYSSAC M.-P., *Vol*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, avril 2016 (mise à jour : avril 2023), n° 190

peuvent conduire à opposer à la reconnaissance du vol »²⁶⁰⁷. Néanmoins, il nous semble que le vol d'usage ne puisse trouver à s'appliquer à la situation des données et plus particulièrement au plan sémantique. En effet, dans une telle situation, il serait difficile voire impossible de restituer de tels objets après un usage momentané²⁶⁰⁸. Quant à la soustraction juridique, celle-ci est « caractérisée par le fait de se comporter sur la chose comme son propriétaire en se l'appropriant contre le gré de celui qui la possède »²⁶⁰⁹. Cette conception vise à dépasser une analyse purement matérielle de la soustraction en se fondant sur la théorie civiliste de la possession²⁶¹⁰, et plus précisément sur les deux éléments constitutifs à savoir le *corpus* et l'*animus*. En d'autres termes, la soustraction pourrait consister dans « la prise de possession à l'insu et contre le gré du propriétaire »²⁶¹¹. Le vol est donc caractérisé dès lors que le détenteur s'arroge l'*animus* possessoire novant par là même sa détention en possession²⁶¹². Cette conception permet de prendre en compte la dématérialisation de la soustraction dans la mesure où celle-ci est appréhendée davantage dans un rapport de volonté entre l'auteur de l'infraction et sa victime que dans une vision purement matérielle²⁶¹³. Nous décelons l'influence de cette conception dans la jurisprudence²⁶¹⁴. Néanmoins, la théorie de la soustraction juridique n'est pas sans conséquence. Elle « brouille » les frontières entre la qualification de vol et celle d'abus de confiance²⁶¹⁵. Commentant la décision *Bourquin*, Madame Marie-Paule LUCAS DE LEYSSAC souligne le risque d'extension incontrôlée de la

2607MIHMAN A., LUCAS DE LEYSSAC M.-P., *Vol*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, avril 2016 (mise à jour : avril 2023), n° 189

2608Face à cette difficulté, des auteurs ont proposé, à côté de la notion de « vol d'usage » d'appréhender la situation sous l'angle du « vol de temps-machine » (v. LINANT DE BELLEFONDS X. et HOLLANDE A., *Droit de l'informatique et de la télématique*, Delmas, coll. Encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, 1^{er} janvier 1990, 296 p.), ou encore du « vol de temps-ordinateur » (en ce sens, v. AUPECLE-GUICHENEY N., *Les infractions favorisées par l'informatique*, Thèse Montpellier 1, 1984 ; BERTRAND A., *La criminalité informatique, les délits relatifs au matériel*, Expertise, 1984, n° 154)

2609avis de l'avocat général F. DESPORTES, Cass. crim., aud. Publ., 4^e sect., 20 mai 2015, Y 14-81.336, cité par MARCELLIN S. et DU MANOIR DE JUAYE T., *op. cit.* p. 103, n° 112

2610VLEAUTE J., *Le rôle de la théorie civiliste de la possession dans la jurisprudence relative au vol, à l'escroquerie et à l'abus de confiance*, in *La Chambre criminelle et sa jurisprudence, Recueil d'études en hommage à la mémoire de M. Patin*, éd. Cujas, Paris, 1965, p. 233 et s. ; LE MOULEC É., *La conception pénale de la possession ou la revanche de la conception objective*, *Revue juridique de l'Ouest*, 2015, n° 2, p. 55-69

2611GARÇON É., *Code pénal annoté*, tome II, 1^{re} éd., art. 379, n°s 40 et s.

2612V. LE MOULEC É., *La conception pénale de la possession ou la revanche de la conception objective*, *Revue juridique de l'Ouest*, 2015, n° 2, pp. 55-69

2613VEAUX D., *Vol et transfert de propriété*, in *Mélanges en l'honneur du Doyen Pierre Bouzat*, éd. A. Pedone, Paris, 1 octobre 1980, p. 368, n° 30 – V. *Contra* BEAUSSONIE G., *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal ; Contribution de la protection pénale de la propriété*, Thèse, Droit privé, Université Toulouse I Capitole, p. 93, n° 169 : pour qui, il s'agit non pas une prise en compte de la dématérialisation mais plutôt un instrument de pénalisation.

2614V. notamment Crim., 11 janvier 1919, Bull. crim. n° 9 ; Cass. crim., 22 décembre 1926, Bull. crim., n° 317 ; Cass. crim., 11 juin 1990, n° 89-80.467, Bull. crim. n° 238 ; JurisData n° 1990-002376 ; Cass. crim., 24 avril 2001, n° 00-83.798 ; JurisData n° 2001-009660

2615V. notamment LASSERRE CAPDEVILLE J., *AJ Pénal*, 2011, p. 591

qualification de vol. Elle considère, en effet, que « *s'il suffit, pour commettre un vol, d'usurper une prérogative du droit de propriété, sans avoir à déplacer la chose, il suffira, pour devenir voleur d'un fauteuil ou d'une voiture, de s'y asseoir à l'insu et contre le gré du propriétaire* »²⁶¹⁶.

En pratique, la donnée numérique n'est pas soustraite dans la mesure où, concrètement, le détenteur n'en est nullement dépossédé²⁶¹⁷. En effet, elle est simplement recopiée sur un autre support. Cependant, nous pouvons considérer que constitue une soustraction la copie d'une donnée sans l'accord du « propriétaire ». Ce raisonnement se fonde sur la logique civiliste. En vertu de l'article 547 du Code civil, tout ce que produit la chose appartient à son propriétaire. La copie produite à partir d'une donnée appartient donc à son « propriétaire ». Aussi, l'appropriation de la copie revient-elle à une soustraction²⁶¹⁸. Toutefois, cette soustraction ne sera constituée que si le propriétaire a manifesté sa volonté de se réserver la donnée en y bloquant l'accès. Reconnaître la possibilité de soustraire une donnée numérique relève, néanmoins, d'une « *révolution [...] profonde parce qu'elle permet d'appréhender des reproductions qui ne pourraient l'être au titre de la contrefaçon* »²⁶¹⁹. Nous pointons du doigt la particularité des données qui sont dotées d'ubiquité et dont la jouissance est non rivale en raison de leur aptitude à la duplication. En d'autres termes, le détenteur ne perd nullement ses données mais simplement l'exclusivité sur celles-ci, voire de leur utilité en raison de l'utilisation concurrente qu'en fera le tiers²⁶²⁰. Par là même, le détenteur est privé de la possibilité de s'opposer à la divulgation ou à la reproduction de ses données numériques²⁶²¹. Cependant, la situation sera toute autre en cas d'appréhension des données suivie de leur effacement ou lorsque ces dernières ne sont plus accessibles pour le détenteur légitime. Dans une telle hypothèse, comme l'a relevé Madame Catherine BAUER-VIOLAS, « *la*

2616 LUCAS DE LEYSSAC M.-P., *L'arrêt Bourquin, une double révolution : un vol d'information seule, une soustraction permettant d'appréhender des reproductions qui ne constitueraient pas des contrefaçons*. RSC, 1990, p. 513

2617 V. en ce sens : DETRAZ S., OLLARD R. et SAINT-PAU J.-C., *Contre l'incrimination du vol d'information*, in La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, *Opinio doctorum* (sous-dir. V. Malabat, B. de Lamy et M. Giacomelli), Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 97 s., et spéc. p. 108 – *Contra* Cass. crim., aud. Publ., 4^e sect., 20 mai 2015, Y 14-81.336, avis de l'avocat général F. DESPORTES, cité par MARCELLIN S. et DU MANOIR DE JUAYE T., *op. cit.* p. 106, n° 119 : l'avocat général estime qu'il y a soustraction par le fait de copier frauduleusement des données informatiques et qu'« *il n'importe que la victime soit pas dépossédée de ces données de même qu'il n'importe, en cas de photocopie frauduleuse d'un document, que l'original reste entre les mains de son propriétaire* ».

2618 V. en ce sens : BERLIOZ P., *Consécration du vol de données informatiques. Peut-on encore douter de la propriété de l'information ?*, RDC, 1^{er} décembre 2015, n° 4, p. 951

2619 LUCAS DE LEYSSAC M.-P., *op. cit.* p. 507 et s.

2620 L'on peut citer ici l'exemple de Jean LARGUIER selon lequel « *apprendre par cœur chez un libraire le contenu d'un livre, que l'on ne veut pas acheter, n'est pas un vol* » (LARGUIER J. et CONTE P., *Droit pénal des affaires*, Sirey, Paris, juin 2004, p. 87).

2621 BAUER-VIOLAS C., *La propriété et le vol*, Justice&Cassation, Dalloz, 2 septembre 2015, p. 44

soustraction de l'élément informationnel notamment par voie dématérialisée semble devoir être admise »²⁶²².

Dans son rapport du 22 juillet 2014, Monsieur Sébastien PIETRASANTA résume la problématique du vol de données en indiquant que « *l'article 311-1 du code pénal, en définissant le vol comme la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui, pose deux conditions qui s'avèrent aujourd'hui inadaptées au vol de données : d'une part, une donnée n'est pas une chose, mais un élément immatériel distinct de tout support de stockage ; d'autre part, une donnée extraite d'un système de traitement automatisé de données à la suite d'un accès ou d'un maintien frauduleux n'est pas nécessairement soustraite de celui-ci, mais seulement extraite par sa reproduction sur un autre support* »²⁶²³. Par ailleurs, au regard de certaines décisions de la Cour de cassation en particulier celles du 1^{er} mars 1989²⁶²⁴, du 20 mai 2015²⁶²⁵ et du 28 juin 2017²⁶²⁶, il semble que la soustraction a été caractérisée non pas par la prise en connaissance des informations par le prévenu mais avant tout par le fait qu'il les a transmises à d'autres personnes²⁶²⁷. Dans l'avis de l'avocat général dans l'affaire « *Bluetouff* », une assimilation est faite entre les notions d'« *extraction* » et de « *soustraction* »²⁶²⁸. Par un rapprochement avec la terminologie employée en droit du producteur de bases de données, nous pouvons mentionner la Cour de justice qui a estimé dans l'affaire *The British Horseracing Board Ltd* que « *les notions d'extraction et de réutilisation au sens de l'article 7 de la directive 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* »²⁶²⁹. Aussi, dans une telle optique, est une soustraction, l'extraction de données numériques sans l'autorisation de son détenteur. Cependant, ne serions-nous pas face à des faits réprimés expressément au titre de l'article 323-3 du Code pénal ?

Cette difficulté d'appréhender la soustraction des données numériques nous amène à nous poser la question de savoir s'il ne conviendrait pas de consacrer en droit positif à côté

2622BAUER-VIOLAS C., *La propriété et le vol*, Justice&Cassation, Dalloz, 2 septembre 2015, p. 46 – v. ég. dans le même sens : LE MOULEC E., *Pour un renouvellement du système répressif dit des atteintes juridiques aux biens*, Thèse, droit privé, Université de Rennes 1, 2019, p. 202, n° 331

2623PIETRASANTA S., *Rapport au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 2110), renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*, n° 2173, 22 juillet 2014, p. 141

2624Cass. crim., 1^{er} mars 1989, n° 88-82.815, Bull. crim. n° 100

2625Cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81.336, Bull. crim. n° 119

2626Cass. crim., 28 juin 2017, n° 16-81.113

2627V. en ce sens, DETRAZ S., OLLARD R. et SAINT-PAU J.-C., *Contre l'incrimination du vol d'information, in La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, Opinio doctorum (sous-dir. V. Malabat, B. de Lamy et M. Giacomelli), Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 103

2628Cass. crim., aud. Publ., 4^e sect., 20 mai 2015, Y 14-81.336, avis de l'avocat général F. DESPORTES

2629CJCE, 9 novembre 2004, aff. C-203/02, *The British Horseracing Board Ltd et a. c/ William Hill Organization Ltd*, pt 67

des conceptions matérielle et juridique de la soustraction, une conception « économique »²⁶³⁰, une lecture renouvelée de cette notion. Dans une telle hypothèse, la soustraction serait caractérisée par le fait d'utiliser, sans dépossession, une donnée numérique d'autrui pour en tirer profit et partant, en portant atteinte à l'exclusivité économique de son légitime détenteur²⁶³¹. Une telle interprétation de la notion de soustraction peut se justifier au regard des infractions contre les biens. En effet, toutes ces infractions ont pour point commun d'entraîner une diminution de la valeur, de l'utilité du bien pour le véritable propriétaire²⁶³². Le vol n'en fait pas exception puisqu'il a pour finalité de réprimer toute appropriation frauduleuse de richesse²⁶³³. Une telle conception a le mérite d'apporter une solution au problème de la soustraction des données numériques. Néanmoins, force est de constater qu'une telle interprétation d'une part, n'a actuellement pas été consacrée en jurisprudence et d'autre part, peut prêter à critiques. Cette position aboutit effectivement à une dématérialisation des éléments matériels de l'incrimination du vol, voire à une « *déformation du concept de soustraction, bien éloignée de la philosophie originelle du vol, conçu comme un arrachement matériel* »²⁶³⁴. Il ne faut pas « sacrifier » cette incrimination « *aux évolutions du langage courant* »²⁶³⁵. Par ailleurs, bien que favorable pour la protection de nouveaux actifs immatériels, cette conception se heurtera à la question probatoire, c'est-à-dire à la preuve de la soustraction. En effet, la preuve de l'atteinte de la valeur d'une donnée numérique sera d'autant plus difficile en raison de son caractère intellectuel. En outre, le risque de la conception économique de la soustraction réside que le fait que le vol sera caractérisé dès la prise en connaissance de la donnée, dès l'accès à la donnée au plan sémantique. Une telle connaissance entraîne, en effet, une diminution de l'utilité et de la

2630 DETRAZ S., OLLARD R. et SAINT-PAU J.-C., *Contre l'incrimination du vol d'information*, in La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, *Opinio doctorum* (sous-dir. V. Malabat, B. de Lamy et M. Giacopelli), Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, 2009, spéc. p. 109

2631 LUCAS DE LEYSSAC M.-P., *L'arrêt Bourquin, une double révolution : un vol d'information seule, une soustraction permettant d'appréhender des reproductions qui ne constitueraient pas des contrefaçons*. RSC, 1990, p. 507 et s. : le « vol » d'une donnée gardée secret, a pour conséquence que « le contenu patrimonial est diminué parce que c'est le caractère privatif, confidentiel qui donne à une information la valeur qui permet de la considérer comme un bien ».

2632 V. GARRAUD R., *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Sirey, Paris, 3^e éd., 1935 : pour qui « un caractère commun de tous ces crimes et délits, c'est qu'ils diminuent quand ils sont consommés l'utilité que procurent à un individu les éléments actifs du patrimoine ». – V. ég. : VITU A., *Traité de droit criminel : droit pénal spécial*, éd. Cujas, 1982, n° 2201

2633 LUCAS DE LEYSSAC, M.-P., *Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ?*, D., 1985, chron., p. 43 et s.

2634 DETRAZ S., OLLARD R. et SAINT-PAU J.-C., *Contre l'incrimination du vol d'information*, in La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, *Opinio doctorum* (sous-dir. V. Malabat, B. de Lamy et M. Giacopelli), Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, 2009,

2635 JOUNIOT S., *Vol : avatars d'une infraction protéiforme*, AJ pénal, s 2019, p. 26 et s.

valeur de la donnée d'autant plus si cette dernière est conservée secrète par son détenteur²⁶³⁶. Cependant, un tel risque peut être atténué par la référence d'un dol spécial. Ainsi, le vol ne sera caractérisé qu'à partir du moment où le prévenu use d'une donnée comme le ferait le détenteur légitime²⁶³⁷.

De plus, outre l'élément matériel, il est nécessaire afin de retenir la qualification de vol de caractériser l'élément moral, à savoir l'intention frauduleuse du détenteur. Il s'agit d'un élément fondamental dans la mesure où le vol relève de la catégorie des délits intentionnels. L'intention frauduleuse est, par conséquent, une condition de recevabilité de l'action publique²⁶³⁸. Cet élément moral résulte de la volonté de s'approprier la chose d'autrui. Comme l'a rappelé la chambre criminelle de la Cour de cassation, « *si l'intention frauduleuse, abstraction faite de toutes idées d'appropriation personnelle, est suffisamment caractérisée par la volonté de dépouiller le propriétaire de sa chose, encore est-il nécessaire, pour qu'il en soit ainsi que le délinquant ait agi de mauvaise foi et su, à n'en pas douter, que la chose dont il s'emparait appartenait à autrui* »²⁶³⁹. Dès lors, le simple fait de recueillir une information, une donnée, sans intention coupable, ne constitue pas un vol. Par ailleurs, cela nous conduit à la question de savoir s'il y a fraude d'appréhender des données numériques qui ne font pas l'objet de protection. En d'autres termes, est-il possible de retenir l'intention frauduleuse en présence de données numériques librement accessibles ? Dans une telle hypothèse, des auteurs²⁶⁴⁰ distinguent en fonction du type de données en cause. Aussi, l'intention frauduleuse sera caractérisée en présence d'une information à caractère médical ou relevant du secret de fabrique. En d'autres termes, « *dès lors que le caractère secret de l'information est évident, l'appropriation sans le consentement du détenteur légitime ne pourra être que frauduleuse* »²⁶⁴¹. La chambre criminelle de la Cour de cassation n'a-t-elle pas estimé dans sa décision du 28 juin 2017 que le libre accès à des informations personnelles sur un réseau

2636V. en ce sens CONTE P., *Droit pénal spécial*, Litec, Paris, 2013, 4^e éd., p. 306, n° 527 ; LUCAS DE LEYSSAC M.-P., *L'arrêt Bourquin, une double révolution : un vol d'information seule, une soustraction permettant d'appréhender des reproductions qui ne constitueraient pas des contrefaçons*. RSC, 1990, p. 510 : pour qui, il y a un risque de contribuer « *à la répression des délits d'opinion ou de pensée, ce qui est évidemment inacceptable* ».

2637V. en ce sens : CASILE J.-F., *Le Code pénal à l'épreuve de la délinquance informatique*, Thèse, droit privé, Université Aix-Marseille, 2002, spéc. 382

2638Le défaut de caractérisation de l'élément moral a pour conséquence une décision de relaxe (par ex. Cass. crim., 22 décembre 1955, Bull. crim. n° 594 – CA Rouen, ch. corr., 30 mai 2002, RG n° 01/00647 ; JurisData n° 2002-196304 – Cass. 1^{re} civ., 13 janvier 2021, n° 19-16.024)

2639Cass. crim., 22 décembre 1926 cité BENSOUSSAN A., *Le vol des programmes et des fichiers, un grand malentendu*, Expertises, 1981, n° 27, p. 17

2640MARCELLIN S. et DU MANOIR DE JUAYE T., *Le secret des affaires*, LexisNexis, Paris, avril 2016, 1^{re} éd., p. 104, n° 114 ; VERGUICH P., *La répression des délits informatiques dans une perspective internationale*, Thèse, Université Montpellier I, 1996, p. 112

2641MARCELLIN S. et DU MANOIR DE JUAYE T., *op. cit.*

informatique d'une entreprise n'est pas exclusif de leur appropriation frauduleuse par tout moyen de reproduction²⁶⁴².

352. **L'abus de confiance, une réponse mieux adaptée aux détournements de données numériques** – Enfin, un dernier argument contre la qualification de vol pour les données relève des considérations de politique pénale. En effet, comme l'a justement souligné un auteur, « le vol [...] est, dans sa forme habituelle une infraction de réalisation violente, menaçant toujours les personnes même si elle ne les atteint que parfois [...]. Par opposition l'appréhension de biens intellectuels relève de la notion d'infraction astucieuse, qui l'apparente beaucoup plus à l'escroquerie ou à l'abus de confiance [...] »²⁶⁴³. Aussi, retrouvons-nous des hypothèses où la qualification d'abus de confiance a été retenue afin de sanctionner des comportements portant atteinte aux détenteurs des données. Tel a été le cas dans deux affaires fortement médiatisées, l'affaire *Valéo*²⁶⁴⁴ et l'affaire *Michelin*²⁶⁴⁵. De fait, l'incrimination de l'abus de confiance prévue à l'article 314-1 du Code pénal vise non pas une « chose » mais la notion de « bien quelconque », nœud gordien²⁶⁴⁶ de cette infraction. Or, un bien peut présenter une valeur sans pour cela qu'il soit nécessairement corporel. Peu importe donc la matérialité du bien, c'est la finalité utilitaire qui sera prise en compte pour qualifier de bien²⁶⁴⁷. Ainsi, par exemple, un numéro de carte bleue, un projet de réalisation ou encore un

2642Cass. crim., 28 juin 2017, n° 16-81.113 – JEANDIDIER W., *Vol*, JurisClasseur Pénal Code, Fasc. 20, 15 décembre 2020 (mise à jour : 23 février 2023), n° 27

2643RASAT M.-L., *Droit pénal spécial*, Dalloz, Paris, coll. Précis, mai 2018, 8^e éd., p. 135, n° 105 – Dans le même sens, v. DETRAZ S., OLLARD R. et SAINT-PAU J.-C., *Contre l'incrimination du vol d'information*, in La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, *Opinio doctorum* (sous-dir. V. Malabat, B. de Lamy et M. Giacomelli), Dalloz, Paris., coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 99

2644TGI Versailles, 6^e ch. corr., 18 décembre 2007, RG n° 0511965021, *L. c/ Valéo* : Comm. com. électr., avril 2008, n° 4, comm. 62, CAPRIOLI E. A. : En l'espèce, une stagiaire avait exporté plusieurs fichiers informatiques confidentiels de la société *Valéo* sur son disque dur personnel et cela, en dépit des règles de confidentialité. Elle fut condamnée à un an d'emprisonnement dont deux mois avec sursis pour abus de confiance. Elle fut toutefois relaxée du chef de suppression frauduleuse des données contenus dans un système de traitement automatisé de données prévu à l'alinéa 1^{er} de l'article 323-3 du Code pénal.

2645TGI Clermont-Ferrand, ch. corr., 21 juin 2010, Dr. pén. 2010, comm., 116, obs. VÉRON M. ; Comm. com. électr., mars 2011, n° 3, comm. 31, CAPRIOLI E. A. : dans cette affaire, un ancien salarié, ingénieur de recherche du leader international de fabrication de pneumatiques, avait collecté des données confidentielles qu'il avait, par la suite, recherché à les vendre à des entreprises concurrentes. L'une de ces entreprises, la société *Bridgestone*, avait alors averti *Michelin* du comportement de son ancien salarié. Le tribunal correctionnel avait relaxé le prévenu des faits d'atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation et de violation des secrets de fabrication. Toutefois, les juges clermontois l'ont condamné, non pas vol, mais pour abus de confiance à deux ans d'emprisonnement avec sursis et à une amende de 5 000 euros. – V. dans le même sens : TGI, Clermont-Ferrand, ch. corr., 26 septembre 2011, *Stés X. et Y. c/ Mme Rose* ; Comm. com. électr., 2012, comm. 36, CAPRIOLI É. A.

2646MARCELLIN S. et DU MANOIR DE JUAYE T., *op. cit.*, p. 97, n° 101

2647V. en ce sens : DE LAMY B., *Abus de confiance et biens immatériels : extension du domaine des possibles*, D., 2005, p. 411 et s., pour qui « le droit pénal protège les pouvoirs que le droit reconnaît à une personne sur un « bien » pour profiter de son utilité économique et punit celui qui s'arroge des prérogatives qui ne lui ont pas été conférées ».

fichier client relèvent de la notion de « bien »²⁶⁴⁸. Une telle perspective suit l'évolution des biens²⁶⁴⁹ qui deviennent de plus en plus dématérialisés. Cela entraîne une « *intellectualisation de l'ensemble des composantes de l'abus de confiance* »²⁶⁵⁰. Cette interprétation large de la notion de « bien » permet de réprimer facilement le détournement de données. Partant, « *petit à petit, l'incorporalité a envahi le délit d'abus de confiance* »²⁶⁵¹. Pour preuve, dans un arrêt en date du 22 septembre 2004, un ancien salarié qui avait mis au point, au cours de son contrat de travail, une borne informatique de gestion avait été condamné pour abus de confiance parce qu'il avait détourné au préjudice de son employeur ce « projet ». Pour rejeter le pourvoi du prévenu, la chambre criminelle de la Cour de cassation a estimé qu'il avait « *disposé au profit d'un tiers et comme d'un bien propre d'un projet qui, dès sa réalisation, était propriété de son employeur et dont il n'était devenu que détenteur* »²⁶⁵². Relevons qu'en l'espèce, il s'agit d'un détournement d'un « projet » sans faire référence au détournement de document²⁶⁵³. Aussi, est-ce bien le bien immatériel qui est l'objet du détournement. Par ailleurs, les juges n'ont pas hésité à user du terme de « *propriété* » à l'égard du projet sans que

2648Cass. crim., 14 novembre 2000, n° 99-84.522, Bull. crim. n° 338 ; JurisData n° 2000-007519 ; D., 2001, p. 1423, note DE LAMY B. ; RTD Civ., 2001, p. 912, obs. REVET T. ; RTD Com., 2001, p. 526, obs. BOULOC B. ; Dr. pén., 2001, comm. 28, obs. VÉRON M. ; Cass. crim., 22 septembre 2004, n° 04-80.285, Bull. crim. n° 218, p. 777 ; JurisData n° 2004-025176 ; D. 2005, p. 411, note DE LAMY B. ; Dr. pén. 2004, comm. 179, obs. VÉRON M. ; Cass. crim. 16 novembre 2011, n° 10-87.866, Bull. crim. 2011, n° 233 ; JurisData n° 2011-025156 ; D. 2012, p. 137, note BEAUSSONIE G. ; RSC 2012, p. 169, obs. FRANCILLON J. ; Dr. pén. 2012, comm. 1, obs. M. VÉRON V. ; JCP G 2012, 322, note S. DETRAZ S. ; Cass. crim., 22 mars 2017, n° 15-85.929, Bull. crim. 2017, n° 78 ; D., 2017, p. 1877, obs. MASCALA C. ; RTD Com., 2017, p. 447, obs. SAENKO L. ; AJ pénal 2017, p. 232, obs. BEAUSSONIE G. – Cass. crim., 5 mai 2021, n° 20-82.700 ; RTD Com., 1^{er} janvier 2022, n° 1, p. 180, obs. SAENKO L. ; Gaz. Pal., 19 octobre 2021, n° 36, p. 71, note MOREL-MAROGER J.

2649DE LAMY B., *Abus de confiance et bien incorporel : dématérialisation ou défiguration du délit ?*, D., 2001, p. 1423

2650BEAUSSONIE G., *La dématérialisation de l'abus de confiance*, AJ pénal, 2017, p. 215 et s.

2651GALLOIS J., *Abus de confiance par détournement du temps de travail : un revirement de jurisprudence vraiment prévisible ?*, JCP E., 27 janvier 2022, n° 4, 1039, p. 51

2652Cass. crim., 22 septembre 2004, n° 04-80.285 – Dans le même sens, v. Cass. crim., 22 mars 2017, n° 15-85.929, Bull. crim. 2017, n° 78 ; D., 2017, p. 1877, obs. MASCALA C. ; RTD Com., 2017, p. 447, obs. SAENKO L. ; AJ pénal 2017, p. 232, obs. BEAUSSONIE G. : dans cette affaire, un ancien directeur d'agence d'une société commerciale de télécommunications a été condamné pour abus de confiance pour détournement de clientèle. Les juges du fond avait estimé que l'absence de détournement préalable de fichiers électroniques ou de tout autre support écrit relatifs à la clientèle était indifférente. Ils ont également considéré d'une part, que la présence ou non d'une clause de non-concurrence valide était sans effet sur le caractère répréhensible de tels agissements de détournement d'informations relatives à la clientèle, et d'autre part qu'il n'était pas exigé que de tels agissements soient intervenus en cours d'exécution d'un contrat de travail. Saisie du pourvoi d'un prévenu, la chambre criminelle le rejette en considérant que « *constitue un abus de confiance le fait, pour une personne, qui a été destinataire, en tant que salariée d'une société, d'informations relatives à la clientèle de celle-ci, de les utiliser par des procédés déloyaux dans le but d'attirer une partie de cette clientèle vers une autre société* ».

2653V. pour une critique de cette solution : FOURNIER S., *Quel domaine pour l'abus de confiance*, in La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, *Opinio doctorum* (sous-dir. V. Malabat, B. de Lamy et M. Giacomelli), Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 120, n°14 : pour qui une telle position pourrait entraîner des dérives. En effet, « *accepter [...] que l'objet de l'abus de confiance puisse être incorporel, c'est oublier que cette infraction sanctionne une atteinte à la propriété et non n'importe quelle violation d'une obligation contractuelle* ».

celui-ci ne relève d'un quelconque droit de propriété intellectuelle. Une telle position profite indubitablement aux données numériques²⁶⁵⁴ et notamment dans les relations de travail. Aussi, suivant la jurisprudence de la Cour de cassation, est constitutif d'abus de confiance, le fait pour une personne de faire un usage personnel de données mises à sa disposition pour un usage professionnel²⁶⁵⁵. De même, relève de l'abus de confiance le fait pour un salarié, de télécharger des données appartenant à son employeur et cela, en violation à la charte informatique mise en place dans l'entreprise qui proscriit l'extraction de telles données²⁶⁵⁶.

Quoique la donnée numérique puisse relever de la notion de « *bien quelconque* » au sens de l'article 314-1 du Code pénal, encore faut-il caractériser une remise puis un détournement. La remise peut être vue comme le « *prélude* » à l'abus de confiance²⁶⁵⁷. Ainsi, un auteur a pu même estimer que ce caractère précaire conditionne littéralement la réalité de l'élément matériel²⁶⁵⁸. La remise est le plus souvent assimilée à la mise à disposition. Aussi, la jurisprudence se limite-t-elle à constater que « *le prévenu a eu un libre accès aux données au moyen par exemple de la communication d'un identifiant et d'un mot de passe* »²⁶⁵⁹ pour en déduire la remise. Quant au détournement, celui-ci est caractérisé dès lors que le propriétaire du bien confié est dans l'impossibilité d'exercer ses droits sur elle²⁶⁶⁰. Aussi, comme l'avait relevé le Professeur VOUIN, « *le détournement constitutif de l'abus de confiance, par opposition à l'acte de soustraction constitutif du vol, est plus une opération juridique qu'un acte physique ou matériel* »²⁶⁶¹. Cela a pour conséquence, d'un bien incorporel tel qu'une donnée numérique, peut tout à fait faire l'objet d'un détournement.

Néanmoins, à la différence du vol, l'abus de confiance tend à protéger principalement la confiance²⁶⁶² plus que la propriété. Par ailleurs, le détournement constitutif d'abus de confiance ne peut avoir lieu que dans le cadre contractuel voire quasi-contractuel²⁶⁶³, c'est-à-

2654V. en ce sens : BEAUSSONIE G., *La protection pénale de la propriété sur l'information*, Dr. pén., 2008, étude 19

2655Cette interprétation résulte de la solution retenue par la Cour de cassation dans son arrêt en date du 16 novembre 2011 (Cass. crim. 16 novembre 2011, n° 10-87.866, Bull. crim. 2011, n° 233).

2656Cass. crim., 22 octobre 2014, n° 13-82.630, D., 2015. p. 415, note MENDOZA-CAMINADE A. ; JCP G., 2015, act. 89, note BEAUSSONIE G. et BARGAIN G

2657JEANDIDIER W. *Abus de confiance*, JurisClasseur Pénal Code, Fasc. 20, 1^{er} juin 2022 (mise à jour : 23 novembre 2022), n° 30

2658SAENKO L. *Abus de confiance, remise précaire et dématérialisation*, RTD Com., 19 août 2017, n° 2, p. 447

2659MARCELLIN S. et DU MANOIR DE JUAYE T., *op. cit.* p. 99, n° 104

2660Cass. crim., 12 juin 1978, n° 76-91.932, Bull. crim., n° 188, p. 469

2661VOUIN R., *Droit pénal spécial*, Dalloz, Paris, coll. Précis, t. I, 1971, 3^e éd., n° 66

2662SAENKO L., *Abus de confiance par détournement de coordonnées bancaires par un ancien salarié*, RTD Com., 2022, p. 180 et s. : pour qui « *derrière l'atteinte patrimoniale qu'il cause à la victime, l'abus de confiance trahit également une méconnaissance de la parole donnée* ».

2663Cass. crim., 7 octobre 1981, n° 80-94.853, Bull. crim. n° 265 ; Cass. crim. 18 octobre 2000, n°00-82.132 : la chambre criminelle de la Cour de cassation rappelle en l'espèce que « *l'abus de confiance ne suppose pas nécessairement que la somme détournée ait été remise en vertu d'un contrat* » ; Cass. crim., 3 décembre

dire qu'il doit y avoir « *une obligation qui, dès la remise, s'impose à celui qui reçoit et rend son titre de détention essentiellement précaire* »²⁶⁶⁴. En outre, une limite existe à cette dématérialisation de l'objet de l'abus puisque le bien en cause doit, selon la jurisprudence, être susceptible d'appropriation²⁶⁶⁵. La doctrine, quant à elle, est partagée sur l'interprétation à donner à cette exigence prétorienne. En effet, cela peut signifier qu'il faille distinguer selon que le bien en cause puisse être approprié ou non²⁶⁶⁶. Une autre interprétation tout aussi probable est de considérer que « *la précision vise à exclure du champ d'application du délit des éléments qui, tout en présentant un certain intérêt, n'aurait pas une « physionomie » suffisante pour être appropriée, c'est-à-dire pour entrer distinctement dans l'actif patrimonial (en faisant l'objet d'une « réservation ») : renseignements de la vie privée, simples rumeurs, informations partagées par un trop grand nombre de personnes* »²⁶⁶⁷. Pour Monsieur Laurent SAENKO, cette formule peut être comprise « *soit un sens statique (serait susceptible d'appropriation le bien préalablement objet d'un droit de propriété – de la victime) ; soit un sens dynamique (serait susceptible d'appropriation le bien susceptible de l'action d'appropriation – de l'auteur)* » pour en conclure que « *le « bien susceptible d'appropriation » doit s'analyser en priorité comme le bien objet d'un droit de propriété* »²⁶⁶⁸. Cela nous conduit par là même à la fameuse question de l'appropriation des données numériques qui sera traitée dans une partie ultérieure.

2003, n° 02-80.041, Bull. crim., n° 232

2664FOURNIER S., *Quel domaine pour l'abus de confiance*, in La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum (sous-dir. V. Malabat, B. de Lamy et M. Giacomelli), Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 116, n° 7

2665V. par ex. Cass. crim., 1^{er} décembre 2010, n° 09-88478 – Cass. crim., 16 novembre 2011, n° 10-87866 ; D. 2012, p. 137, note BEAUSSONIE G. – Cass. crim. 16 décembre 2015, n° 14-83.140, Bull. crim. n° 304 ; D. 2016, p. 587, note SAENKO L. ; D. 2016. 1779, obs. NEYRET L. et REBOUL-MAUPIN N. ; RTD Com., 2016, p. 345, obs. BOULOC B. ; Dr. pén. 2016, comm. 40, obs. CONTE P. ; Dalloz IP/IT 2016. 140, obs. DALEAU J. ; JCP G 2016, p. 575, note DETRAZ S. : la chambre criminelle de la Cour de cassation précise au visa des articles 314-1 et 322-1 du Code pénal que « *peut faire l'objet d'un abus de confiance et du délit de destruction tout bien susceptible d'appropriation* ».

2666OLLARD R., *Détournement de contrat : seul le détournement portant sur l'instrumentum est constitutif d'un abus de confiance, non celui portant sur le negotium*, RDC, 1^{er} avril 2012, n° 2, p. 553

2667DETRAZ S., *L'abus de confiance*, in Le Lamy droit pénal des affaires MATSOPOULOU H., MASCALA C. (sous-dir.), novembre 2022, n° 490

2668SAENKO L., *Enregistrement vidéo et droit pénal des biens : entre dématérialisation et appropriation*, D., 2016, p. 587 et s.

II. La désaffectation de la qualification de vol d'informations

353. Outre les difficultés pratiques que nous avons relevées, l'incrimination de vol pour les données a perdu tout son intérêt depuis l'instauration d'infractions spéciales pour les systèmes de traitement automatisé de données.

354. **Le droit pénal spécial du numérique**²⁶⁶⁹ – Conscient des risques encourus et de l'inadéquation de certaines infractions de droit commun²⁶⁷⁰, le Législateur français a mis en place « *de manière précoce* »²⁶⁷¹ par rapport aux autres États européens, une législation spécifique à l'environnement numérique notamment avec l'adoption de la loi n° 88-19 du 5 janvier 1988 relative à la fraude informatique. Désormais, il existe dans le Code pénal, « *un véritable droit pénal spécial de l'informatique, traduisant l'appréhension du progrès par le droit pénal* »²⁶⁷².

355. **Les atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données** – Dans l'exposé des motifs de la proposition de loi sur la fraude informatique présentée par l'ancien député Jacques GODFRAIN, l'objectif était de combler un « *vide juridique* » et de « *trancher les hésitations jurisprudentielles et les querelles doctrinales* »²⁶⁷³. Toutefois, force est de constater que le Législateur n'a pas tranché ou s'est refusé de trancher le débat doctrinal du « *vol d'informations* »²⁶⁷⁴. Ont été créés l'infraction d'accès ou de maintien frauduleux dans un système de traitement automatisé de données (STAD), le délit d'introduction ou de suppression illicite et intentionnelle de données dans un STAD, mais également celui de falsification de documents informatisés de nature à causer un préjudice à autrui. Est aussi

2669 DEZEUEZ É., *Le Code pénal face aux progrès techniques et scientifiques*, in Bicentenaire du Code pénal 1810-2010, Les colloques du Sénat, 25/26 novembre 2010, p. 176 ; LUCAS A., et VIVANT M., JCP E., 10 novembre 1988, n° 45, 15308

2670 V. notamment BARON É., *Existe-t-il un droit pénal commun ?*, Dr. pén., septembre 2013, n° 9, dossier 2

2671 CAZALBOU P., *La criminalité informatique, façonnée par le droit de l'Union européenne ?*, in La transposition du droit de l'Union européenne dans la loi pénale française : l'intégration d'un corps étranger (sous-dir. Sophie Corioland et Élise Letouzey), éd. CEPRISCA, coll. Colloque, 20 juin 2017, p. 123. La loi n° 88-19 du 5 janvier 1988 a précédé la Convention de Budapest du 23 novembre 2001 sur la cybercriminalité (v. notamment les articles 4.1, 5 et 8.a de la Convention de Budapest du 23 novembre 2001).

2672 DEZEUEZ É., *op. cit.* p. 176 : pour qui, il s'agit de dispositions spécifiques à l'informatique. « *C'est, en effet, la technique informatique (et/ou télématique), qui est prise en considération, et non pas les éléments, information ou valeurs, qu'elle véhicule (comme cela aurait pu être), [...] c'est bien d'un « droit pénal de l'informatique qu'il s'agit ici* ».

2673 Exposé des motifs de la proposition de loi déposée par M. Godfrain, JO AN Déb. 1986-1987, n° 352, p. 3, cité par DEZEUEZ É., *op. cit.*, p. 176

2674 CROZE H., *L'apport du droit pénal à la théorie générale du droit de l'informatique (à propos de la loi n° 88-19 du 15 janvier 1988 relative à la fraude informatique)*, JCP G, 4 mai 1988, n° 18, doct. 3333

sanctionné le fait d'entraver ou de fausser intentionnellement au mépris des droits d'autrui le fonctionnement d'un STAD. Ces infractions ont été insérées dans le nouveau Code pénal de 1994 au sein du Livre III traitant des crimes et délits contre les biens au Titre II. Nous pouvons ainsi regrouper ces dispositions en deux catégories, à savoir des dispositions traitant des atteintes directes au système de traitement automatisé de données²⁶⁷⁵ et celles qui traitent des altérations de données²⁶⁷⁶.

Toutefois, toutes ces infractions présentent comme condition préalable l'existence d'un système de traitement automatisé de données. Lors des débats parlementaires, les sénateurs avaient entendu définir cette notion de « *système de traitement automatisé de données* » comme « *tout ensemble composé d'une ou plusieurs unités de traitement, de mémoires, de logiciels, de données, d'organes d'entrée-sorties et de liaisons, qui concourent à un résultat déterminé, cet ensemble étant protégé par des dispositifs de sécurité* »²⁶⁷⁷. Finalement, cette définition n'a pas été retenue dans la monture définitive de la loi, les députés ayant craint qu'elle ne restreigne l'interprétation du juge en l'empêchant par là même d'adapter les incriminations à l'évolution des techniques²⁶⁷⁸, autrement dit, afin d'échapper à toute « obsolescence » de la définition. Cette notion est interprétée largement par la doctrine et la jurisprudence. Elle comprend des ordinateurs disposant ou non d'une connexion à un réseau, des serveurs, voire tout appareil équipé d'une connectivité à un réseau et de communication dit objet connecté²⁶⁷⁹. Ainsi, au regard de la flexibilité de la notion de STAD, le professeur Emmanuel DREYER estime qu'un réseau comme celui d'Internet ou de l'intranet d'une entreprise peut relever de cette qualification²⁶⁸⁰. Néanmoins, le traitement de données doit être automatisé. Ainsi, les bases de données statiques, c'est-à-dire sans logiciel d'exploitation, ne peuvent pas être qualifiées de STAD²⁶⁸¹. Cette conception extensive a été voulue par le Législateur²⁶⁸². Cependant, la question du respect du principe de légalité des

2675Par ex. art. 323-1, 323-2 C. pénal

2676Par ex. art. 323-3 C. pénal

2677Assemblée nationale, proposition de loi, modifiée par le Sénat en première lecture, n°1009, 4 novembre 1987

2678BUFFELAN J.-P., *La répression de la fraude informatique*, Expertises, février 1988, p. 55 et s.

2679L'objet connecté est défini comme « *un objet physique dans lequel sont intégrés des moyens des données grâce à des technologies sans fil* » (BERNHEIM-DESSAUX S., *L'objet connecté sous l'angle du droit des contrats et de la consommation*, Contrats, conc., consom., 2017, étude n° 1)

2680DREYER E., *Les atteintes aux systèmes de traitement informatisé de données (fraude informatique)*, in Le Lamy droit pénal des affaires MATSOPOULOU H., MASCALA C. (sous-dir.), novembre 2022, n° 3176

2681V. en ce sens : LEFRANC D., *Droit des applications connectées Applications – Réseau – Interfaces*, Larcier, Bruxelles, 29 mars 2017, p. 452, n° 659, pour qui « *une simple feuille de tableur ne devrait pas constituer un STAD, sauf si elle a recours à des fonctions « macros » permettant d'automatiser le traitement de ses données* » – v. Contra MARCELLIN S. et DU MANOIR DE JUAYE T., *Le secret des affaires*, LexisNexis, Paris, avril 2016, 1^{re} éd., p. 116 : ces auteurs ne semblent pas faire la distinction selon que la base de données soit ou non statique.

délits et des peines s'est légitimement posée²⁶⁸³. Néanmoins, la Cour de cassation a estimé que « la question [...] ne présente pas, à l'évidence, un caractère sérieux dès lors que les termes de l'article 323-3 du code pénal sont suffisamment clairs et précis pour que son interprétation et sa sanction, qui entrent dans l'office du juge pénal, puissent se faire sans risque d'arbitraire »²⁶⁸⁴.

Le « système de traitement automatisé de données » peut être analysé comme une nouvelle universalité de fait²⁶⁸⁵ comprenant des données numériques. Dès lors, il est possible de se demander si cette protection pénale ne revient pas à protéger en soi la donnée. Une réponse est apportée par l'étude des débats parlementaires qui ont eu lieu sur la proposition de loi sur la fraude informatique. En effet, lors de ces débats, a été ajouté l'adjectif « *frauduleux* » au futur article 323-1 du Code pénal. Une telle modification invite à estimer qu'à l'origine, la donnée était l'objet même de la protection, mais qu'ensuite, cela a été abandonné au profit de la protection d'un ensemble plus vaste qu'est le système. Toutefois, cette protection qui vise initialement le contenant s'est, avec le temps, orientée vers le contenu, les données²⁶⁸⁶.

Un autre point soulevé était de déterminer si, pour pouvoir bénéficier de cette protection pénale, le STAD devait faire l'objet d'un accès protégé. Une telle exigence était mentionnée dans les travaux préparatoires de la loi du 5 janvier 1988 mais n'a pas été retenue. Au regard de la rédaction actuelle, ce qui est répréhensible est l'accès ou le maintien sans droit à un STAD sans qu'il n'y ait lieu d'apporter la preuve d'un forçage d'accès. En d'autres

2682V. notamment Sénat, *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur la proposition de loi adoptée avec modifications par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, relative à la fraude informatique*, n° 214, première session extraordinaire de 1987-1988, annexe au procès-verbal de la séance du 22 décembre 1987, p. 4

2683V. notamment GASSIN R., *La protection pénale d'une nouvelle « universalité de fait » en droit français : Les systèmes de traitement automatisé de données. Commentaire de la loi du 5 janvier 1988 relative à la fraude informatique*, D. 1989, p. 5-65.

2684Cass. crim., 10 avril 2013, QPC, n° 12-85.618 ; Juris-Data, n° 2013-023977 ; RLDI 2013/94, n° 3124, obs. COSTES L. ; Gaz. Pal., 9-11 février 2014, p. 27, obs. DREYER E. ; RSC, 2013, p. 559, obs. FRANCILLON J. : en l'espèce la question prioritaire de constitutionnalité était formulée à l'encontre de l'article 323-3 du Code pénal comme suit : « *Les dispositions de l'article 323-3 du code pénal qui sont rédigées en des termes généraux et imprécis quant au champ d'application de la loi pénale et à la définition du délit pénalement sanctionné, dans la mesure où ni le système protégé, ni les modalités de la fraude, ni la finalité de l'atteinte portée au système ne sont précisés, ni l'obligation qui s'impose aux usagers d'un système informatique clairement définie, portent-elles atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, eu égard à l'obligation pour le législateur de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en des termes suffisamment clairs et précis ?* »

2685V. en ce sens : CASSIN R., *La protection pénale d'une nouvelle « universalité de fait » en droit français*, ALD, 2 février 1989, n° 2, p. 5 et s.

2686V. en ce sens : DREYER E., *op. cit.* n° 3176 ; CHAUVIN É., *Quand la lutte antiterroriste fait évoluer la notion de vol : les modifications de l'article 323-3 du Code pénal introduites par l'article 16 de la loi du 13 novembre 2014*, Gaz. Pal., 16 avril 2015, n° 106, p. 6 et s.

termes, il n'est pas nécessaire qu'il y ait obligatoirement une restriction technique dans l'accès au STAD²⁶⁸⁷, seule la manifestation de la volonté du maître du STAD de restreindre l'accès à son système importe donc²⁶⁸⁸. Aussi, pourra être sanctionnée la personne qui, bien qu'ayant eu accès licitement au STAD s'y est maintenue alors qu'elle n'est plus habilitée²⁶⁸⁹.

356. **Vers une consécration implicite du vol de données numériques** – Par ailleurs, depuis la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014, le Législateur a élargi le champ des actes répréhensibles en modifiant l'article 323-3 du Code pénal afin de réprimer toute introduction, modification ou suppression frauduleuse de données d'un STAD et sanctionnant, par là même, tant l'appropriation que l'usage du contenu d'un STAD. Cette disposition permet ainsi d'appréhender « *les actes d'espionnage industriel par piratage informatique* »²⁶⁹⁰, sans qu'il soit nécessaire de « *déformer* » des concepts de droit pénal comme le vol. Des auteurs ont pu y voir une réelle consécration d'« *une infraction de vol de données informatiques* »²⁶⁹¹. Toujours est-il qu'il convient de prouver l'intention frauduleuse de la personne. Aussi, ne peut être sanctionnée la personne ayant eu accès à un STAD à la suite d'une erreur de manipulation sur les fichiers²⁶⁹².

2687En ce sens, LEFRANC D., *Droit des applications connectées Applications – Réseau – Interfaces*, Larcier, Bruxelles, 29 mars 2017, p. 453, n° 660

2688V. en ce sens : DREYER E., *Il n'y a pas délit à fournir l'instrument d'une fraude fiscale*, JCP G, 9 mars 2020, n° 10, p. 457 – V. par ex. en jurisprudence : CA Toulouse, 21 janvier 1999, Meykens, JurisData n° 1999-040054 ; CA Paris, 11^e ch., sect. A, 5 avril 1994, *X c. Groupement des éditeurs de services télématiques et al.* ; Juris-Data n° 1994-021093 : les juges parisiens ont considéré que « *pour être punissable, cet accès ou ce maintien doit être fait sans droit et en pleine connaissance de cause, étant précisé à cet égard qu'il n'est pas nécessaire pour que l'infraction existe, que l'accès soit limité par un dispositif de protection, mais qu'il suffit que le "maître du système" [...] ait manifesté l'intention d'en restreindre l'accès aux seules personnes autorisées* » ; CA Paris, 12^e ch., sect. A, 30 octobre 2002 ; JurisData n° 2002-212825 ; Cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81.336, Bull. crim. 2015, n° 119

2689CA Paris, 9^e ch., sect. A, 27 mars 2002, *Christophe P. / Ministère public, Agence France Presse* – TGI Paris, 12^e ch. corr., 1^{er} juin 2007, *Oddo et Cie c/ Trinh Nghia et Trung T.* – Cass. crim., 3 octobre 2007, n° 07-81.045, Bull. crim. 2007, n° 236 – CA Paris, pôle 4, ch. 10, 5 févr. 2014, RG n° 13/04833 : les juges d'appel ont relaxé le prévenu pour l'accès frauduleux au STAD mais l'ont condamné pour le maintien frauduleux. – Cass. crim., 10 mai 2017, n° 16-81.822 : la chambre criminelle de la Cour de cassation considère la décision d'appel justifiée lorsque, « *pour dire établi le délit de maintien frauduleux dans un système de traitement automatisé de données, l'arrêt retient que, si [le prévenu] avait qualité pour installer un logiciel dans l'exercice de son activité d'avocat et de ses fonctions spécifiques d'administrateur réseau, l'exploitation par ses soins de cet outil à des fins étrangères au contrôle du bon fonctionnement du cabinet, à l'insu de [son associée], caractérise le délit de maintien frauduleux dans partie du système de traitement automatisé de données* ».

2690DAURY-FAUVEAU M., *Le « vol » d'un bien numérique : vers la suppression des guillemets*, in *Les biens numériques* (sous-dir. E. Netter et A. Chaigneau), p. 145

2691Ibid., p. 142 ; CHAUVIN É., *Quand la lutte antiterroriste fait évoluer la notion de vol : les modifications de l'article 323-3 du Code pénal introduites par l'article 16 de la loi du 13 novembre 2014*, Gaz. Pal., 16 avril 2015, n° 106, p. 6 et s.

2692V. par ex. CA Paris, 12^e ch., sect. A, 30 octobre 2002, RG n° 02/04867, *Antoine C. c/ min. public, Sté Tati*, JurisData n° 2002-204096 : pour déclarer non coupable, les juges d'appel ont considéré que « *que, [...], il ne peut être reproché à un internaute d'accéder aux données, ou de se maintenir dans les parties des sites qui peuvent être atteintes par la simple utilisation d'un logiciel grand public de navigation, ces parties de site, qui ne font, par définition, l'objet d'aucune protection de la part de l'exploitant du site ou de son prestataire*

Ainsi, concrètement, pourra être sanctionnée sur le fondement de l'accès ou du maintien frauduleux dans un STAD, voire d'extraction frauduleuse de données contenues dans un tel système le fait d'« aspirer » des données d'un site Internet²⁶⁹³, l'intention de nuire pouvant se déduire de la volonté de se constituer un fichier à moindre coût dans le but d'alimenter un site concurrentiel. Nous pouvons illustrer nos propos par l'arrêt du 15 septembre 2017 de la Cour d'appel de Paris²⁶⁹⁴. En l'espèce, un président d'une société spécialisée dans la billetterie en ligne avait été poursuivi pour maintien et extraction frauduleuse de données et de collecte déloyale de données au préjudice de la société *Weezevent*. En effet, ce dernier avait récupéré une partie importante du fichier client du site de la société *Weezevent* au profit de son propre site. Le site de la société *Weezevent* n'avait aucune protection particulière, les données étaient donc accessibles au public. Aussi, les juges d'appel ont-ils confirmé la relaxe pour les infractions d'accès et de maintien frauduleux dans un STAD. Pour ce faire, ils ont estimé que « *c'est à bon escient que les premiers juges ont relaxé l'appelant de l'infraction d'accès frauduleux de données dans un système de traitement automatisé de données, en raison d'une part de l'accès ouvert au public du site Weezevent et d'autre part, de l'absence de mise en place d'une protection du site ou de la manifestation de la volonté du dirigeant du site de restreindre l'accès au système informatisé de données. Il n'y a pas eu utilisation d'un mode irrégulier de pénétration dans le système de traitement automatisé de données de Weezevent.* ». Le tribunal avait déjà relevé dans sa décision du 20 juin 2016 qu'« *il résulte de la lecture des conditions générales d'utilisation des services de Weezevent, [...], n'ont manifesté aucune intention d'en restreindre l'accès aux seules personnes autorisées* ». Cependant le prévenu est reconnu coupable des infractions d'extraction frauduleuse de données contenues dans un système de traitement automatisé au préjudice de la société *Weezevent*, et de collecte de données à caractère personnel par un moyen frauduleux, déloyal ou illicite. La cour d'appel a, en effet, estimé que « *les conditions d'utilisation du site internet Weezevent mentionnent que « le contenu de Weezevent ne saurait*

de services, devant être réputées non confidentielles à défaut de toute indication contraire et de tout obstacle à l'accès ; que même s'agissant de données nominatives, l'internaute y accédant dans de telles conditions ne peut inférer de leur nature qu'elles ne sont pas publiées avec l'accord des intéressés, et ne peut dès lors être considéré comme ayant accédé ou s'étant maintenu frauduleusement dans cette partie du système automatisé de traitement de données, la détermination du caractère confidentiel (en l'espèce non discuté mais qui n'a donné lieu à aucune utilisation en pratique préjudiciable) et des mesures nécessaires à l'indication et à la protection de cette confidentialité relevant de l'initiative de l'exploitant du site ou de son mandataire ; que dès lors les accès et le maintien d'Antoine C. dans des parties nominatives du site Tati ne peuvent être qualifiés de frauduleux, et qu'il convient de déclarer le prévenu non coupable des faits qui lui sont reprochés et de le renvoyer des fins de la poursuite ».

2693V. par ex. TGI Paris, 31^e ch., 18 septembre 2008, *Éditions Neressis c/ Arkadia, Stéphane V. C.* ; T. corr. Paris, 12^e ch. corr. 1, 20 juin 2016 ; TGI Paris, 16 décembre 1997 ; Gaz. Pal., 1998, somm. 433

2694CA Paris, Pôle 4, ch. 11, 15 septembre 2017, *M. X c/ Weezevent*, RG n° 17/00303

être utilisé et exploité que par Weezevent et/ou ses licenciés et toute exploitation de celui-ci est constitutive, sauf accord exprès de Weezevent d'un acte de contrefaçon prohibé. Le contenu de Weezevent ne doit en aucun cas être téléchargé, copié, altéré, modifié supprimé, distribué, transmis, diffusé, loué, vendu, concédé, exploité, en toute ou partie et de quelque manière que ce soit, sans l'accord exprès et écrit de Weezevent » ». Les juges parisiens ont remarqué que « les données copiées et tirées du site Weezevent étaient certes accessibles au public mais par la façon automatisée et sélective de procéder, cela a entraîné l'extraction importante de 44 380 fichiers dont 7 779 étaient retrouvés sur le site [du mis en cause] soit environ 16 % des données du site victime sachant que ces données ne pouvaient être extraites sans autorisation expresse de Weezevent. Or, [le mis en cause] a agi à l'insu du directeur du site Weezevent par des moyens techniques conçus à cet effet par l'appelant ». Par ailleurs, ils ont retenu l'intention de nuire du mis en cause par le fait « qu'il voulait se constituer un fichier à moindre coût dans le but d'alimenter un site concurrentiel qu'il exploitait ». Cette décision illustre, s'il était nécessaire, que la qualification de vol d'informations, de données perd tout intérêt d'autant plus que l'atteinte à un STAD est plus sévèrement sanctionnée qu'un simple vol²⁶⁹⁵.

Au total, au regard des infractions prévues pour les STAD, « il est ainsi reconnu qu'une personne peut « privatiser un ensemble d'informations et s'assurer un monopole absolu de consultation de ces dernières. On n'est guère éloigné alors d'une véritable appropriation de l'information »²⁶⁹⁶. Néanmoins, ces incriminations ne font pas directement référence à l'appropriation, il s'agit plutôt de la maîtrise du SATD, de la réservation de son utilité. Reste qu'une limite à cette protection doit être soulignée. En effet, il est nécessaire pour sanctionner de caractériser un système de traitement automatisé de données. Ainsi, si l'usurpation de donnée s'effectue en dehors de la sphère d'un STAD, les dispositions prévues aux articles 323-1 à 323-8 du Code pénal ne pourront pas s'appliquer.

Finalement, nous constatons que la propriété appréhende difficilement la donnée numérique en tant que telle à tel point qu'en droit pénal, l'infraction de vol d'informations, de données numériques a été substituée par une infraction spéciale à l'environnement numérique, l'atteinte à un système de traitement automatique de données. Nous avons relevé qu'il est

²⁶⁹⁵Art. 311-3 C. pén. dispose qu'« le vol est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ». Dans certaines circonstances listées à l'art. 311-4 dudit Code, la peine d'emprisonnement est de cinq ans et l'amende de 75 000 euros. Alors qu'en vertu de l'art. 323-3 dudit Code, le fait d'extraire, de reproduire, de transmettre, de supprimer frauduleusement des données dans un STAD est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende.

²⁶⁹⁶CROZE H., *L'apport du droit pénal à la théorie générale du droit de l'informatique (à propos de la loi n° 88-19 du 15 janvier 1988 relative à la fraude informatique*, JCP G, 4 mai 1988, n° 18, doct. 3333

possible par des montages contractuels de se réserver l'utilité de certaines données avec, toutefois, un effet limité aux parties. Une telle pratique ne préfigurerait-elle, à l'image de la protection des obtentions végétales²⁶⁹⁷, la possibilité de reconnaître ultérieurement un droit exclusif d'exploitation sur les données.

²⁶⁹⁷HERMITTE M.-A., *L'emprise des droits intellectuels sur le monde vivant*, Éditions Quæ, Paris, coll. Sciences en questions, mai 2016, p. 30-32 : pour qui, l'histoire de la protection des obtentions végétales illustre comment un milieu professionnel a pu parvenir à élaborer un droit exclusif en s'inspirant des droits de la propriété intellectuelle existants tout en prévoyant des spécificités. La création du droit d'obtentions végétales a été motivée par les besoins d'accès libre et gratuit des sélectionneurs aux informations génétiques contenues dans les variétés végétales protégées.

Conclusion du chapitre 1

357. Notre analyse a mis en évidence l'étendue des tentations d'appropriation des données. Ces tentations sont perceptibles dans le cadre du débat sur la qualification de vol d'informations et de données. Néanmoins, si ce débat a suscité de nombreuses interrogations, il ressort de notre étude que la modification de l'article 323-3 du Code pénal par la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 a relativisé l'intérêt d'une telle qualification. Ces tentations d'appropriation sont également apparues à propos des données à caractère personnel. Nous avons pu constater, à travers cette controverse, que les droits de la personnalité offrent une protection, non pas de la valeur des données, mais de la personne qui y est concernée. Il s'agit avant tout de préserver l'autodétermination informationnelle des personnes physiques. Cette autodétermination informationnelle confère aux personnes physiques le pouvoir de décider des utilisations qui sont faites de leurs données personnelles. Le droit de propriété n'aurait pas pu offrir un tel contrôle. En effet, la cession de données à caractère personnel souligne les limites du droit de propriété pour garantir une protection suffisante aux personnes concernées par ces données. Ainsi, notre analyse révèle que le droit de propriété est un outil insuffisant, voire contre-productif, pour assurer une protection adéquate des données personnelles. Autrement dit, le droit de propriété, bien qu'adapté à la protection des biens matériels, atteint ses limites lorsqu'il s'agit de protéger les données personnelles, dont la nature est intimement liée à la personne. Les droits de la personnalité offrent donc un équilibre entre les intérêts économiques liés aux données et les droits fondamentaux des individus. Reste que cette réglementation ne s'applique qu'aux personnes physiques, laissant de côté les données non-personnelles, y compris celles qui concernent exclusivement les personnes morales.

358. La question de l'appropriation de nouveaux actifs immatériels est un enjeu récurrent qui interroge sur les limites du droit de propriété. La proposition de loi sur les créations réservées est emblématique de cette problématique. Cet exemple atteste de l'idée que les créations hors du champ de la propriété intellectuelle ne sont pas, par nature, inappropriables. L'analyse de l'échec de cette proposition nous a permis de tirer de précieux enseignements. Il ressort que l'instauration d'une réservation privative de nouveaux actifs immatériels requiert une délimitation précise de son champ d'application. Un champ d'application trop vaste pourrait déstabiliser le système de la propriété intellectuelle. Il s'agit de l'une des critiques émises à l'égard de la proposition de loi de l'ancien député Jacques GODFRAIN. Par ailleurs,

le fait que cette proposition n'ait pas abouti met en lumière l'importance de trouver un juste équilibre entre les aspirations individuelles et les besoins de la communauté.

Nos observations nous ont fourni des éléments clés pour approfondir la question de la reconnaissance d'un droit de propriété sur les données numériques.

Chapitre 2°. La difficile consécration d'un droit de propriété sur les données numériques

359. **La propriété confrontée à la révolution numérique** – La dématérialisation progressive des activités économiques, couplée au développement exponentiel du *Big Data*, a conféré aux données une valeur économique. Face à cette réalité, l'Union européenne s'est fixée pour objectif de devenir un acteur de premier plan dans ce domaine²⁶⁹⁸. Il n'est donc pas étonnant que des voix se soient multipliées pour demander la création d'une « propriété » sur les données. Cela s'inscrit dans la théorie que MACPHERSON nomme « individualisme possessif » trouvant ses racines dans les réflexions de HOBBS et LOCKE

Le droit de propriété est, effectivement, utilisé de plus en plus comme un moyen de se réserver une valeur et pour permettre sa commercialisation. Il est le reflet d'un choix de société²⁶⁹⁹ et évolue avec l'extension de l'économie. Aussi, s'observe une diversification des biens, objet du droit de propriété. En effet, depuis quelques années, une extension de l'appropriation « *à des formes des plus inédites et des plus inattendues de biens* »²⁷⁰⁰ se relève. Ces nouveaux biens sont essentiellement incorporels et se caractérisent par une « *exclusivité appliquée à des valeurs économiques* »²⁷⁰¹. Nous pouvons citer à titre d'exemple, les valeurs mobilières ou encore, certaines universalités de fait telles que fonds de commerce, les portefeuilles de valeurs mobilières. L'analyse de ces exemples nous permet de souligner une particularité notable. Ces nouveaux biens « *ne résultent pas de la transformation de manières préexistantes mais procèdent du seul travail de l'homme* »²⁷⁰². Partant, nous percevons l'empreinte de la conception lockéenne sur la propriété suivant laquelle elle se révèle être une institution spontanée issue du travail²⁷⁰³.

360. **La propriété des données numériques, entre propositions et hésitations du législateur** – Il a été suggéré d'instaurer un nouveau droit exclusif sur les données

2698 Commission européenne, *Stratégie européenne pour les données*, [en ligne] : https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy_fr (consulté le 20/09/2024)

2699 NIORT J. F., *Le Code civil dans la mêlée politique et sociale*, RTD Civ., 2005, p. 257 et s.

2700 ZENATI-CASTAING F., *La propriété, mécanisme fondamental du droit*, RTD Civ., 2006, p. 445 et s.

2701 GORE M., *L'évolution et la diversification du droit de propriété*, Fondation pour le droit continental, 2014, p. 3

2702 MOUSSERON J.-M., RAYNARD J. et REVET T., *De la propriété comme modèle*, in Mélanges offerts à André Colomer, Paris (France), Litec, 1993, p. 282

2703 ROBÉ J.-P., *Dompter la propriété*, RED, 2022/1, n° 4, p. 189

numériques afin de promouvoir leur circulation et leur exploitation dans le cadre d'applications informatiques. Il s'agit de propositions qui ont émergé dans le cadre des réflexions *de iure condendo* liées au développement de l'industrie du futur appelée l'industrie 4.0²⁷⁰⁴ et de l'Internet des objets. Ainsi, par exemple, en Allemagne, le Ministre fédéral des Transports et des Réseaux numériques de l'époque, Monsieur Alexander DOBRINDT s'était engagé en faveur d'une loi sur la propriété des données pour le secteur de l'industrie automobile²⁷⁰⁵. Des propositions ont également été faites par la Commission européenne²⁷⁰⁶ et débattues par la doctrine²⁷⁰⁷. Cette tentative d'apporter une protection par le biais d'un droit de propriété n'est pas nouvelle. Nous l'avons observée notamment dans le projet de directive concernant la protection juridique des bases de données faisant initialement porter le droit exclusif sur tout élément informationnel de la base de données.

Néanmoins, jusqu'à présent, tant le Législateur européen que français n'ont pas succombé à cette tentation. Il reste à voir si cette réflexion parviendra à établir un cadre juridique permettant de reconnaître un droit exclusif sur les données numériques. En somme, la donnée numérique est-elle un « bien en puissance » ? S'interroger sur la place de la donnée numérique en droit des biens montre que cette discipline est loin d'être en léthargie bien qu'elle demeure à l'écart de « *toutes les entreprises de régénération* »²⁷⁰⁸.

361. Afin qu'un lien direct puisse être établi entre la personne et la chose, il est nécessaire de circonscrire cette chose. Autrement dit, il convient de s'entendre sur l'objet éventuel d'un droit réel. Le droit réel ne peut pas, en effet, porter sur une chose non individualisée²⁷⁰⁹. De

2704L'expression « *industrie 4.0* » fait référence à l'initiative allemande afin de faire face à l'irruption du numérique. Elle renvoie à la quatrième révolution industrielle. V. notamment KOHLER D., et WEISZ J.-D., *Industrie 4.0 : comment caractériser cette quatrième révolution industrielle et ses enjeux*, Réalités industrielles, novembre 2016, p. 51-56 ; *id.*, *Industrie 4.0. Les défis de la transformation numérique du modèle industriel allemand*, La documentation française, Paris, 3 septembre 2020, 176 p.

2705Süddeutsche Zeitung, *Dobrindt will Zugriff auf Daten erleichtern*, 17 novembre 2016, [en ligne] : <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/digitale-infrastruktur-dobrindt-will-zugriff-auf-daten-erleichtern-1.3252303> (consulté le 20/09/2024)

2706Commission européenne, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Stratégie pour un marché unique numérique en Europe*, {SWD(2015) 100 final}, Bruxelles, 6 mai 2015, COM(2015) 192 final ; *id.*, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Créer une économie européenne fondée sur les données*, {SWD(2017) 2 final}, Bruxelles, 10 janvier 2017, COM(2017) 9 final).

2707V. notamment KERBER, W., *Digital Markets, Data, and Privacy : Competition Law, Consumer Law, and Data Protection*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Internationaler Teil (GRUR Int) 26 avril 2016 ; DREXL J., *Designing Competitive Markets for Industrial Data – Between Propertisation and Access*. Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper, 31 octobre 2016, n°. 16-13

2708LIBCHABER R., *La recodification du droit des biens*, in *Le Code civil 1804 – 2004, Livre du bicentenaire*, Dalloz et Litec, Paris, 2004, p. 297

2709BERLIOZ P., *La notion de bien*, L.G.D.J., Paris, octobre 2007, Thèses, sous-coll. Bibliothèque de droit privé, t. 489, p. 29, n° 78

plus, suivant la réflexion du Professeur Rémy LIBCHABER, « *les biens incorporels ne peuvent émerger à la conscience du droit qu'à condition de faire l'objet de déterminations assez précises, de sorte que l'identification du droit soit certaine* »²⁷¹⁰. Avant d'aborder la question de la reconnaissance d'un droit de propriété sur la donnée numérique, il est donc impératif de circonscrire avec précision le concept même de donnée numérique. Nous avons vu que ce travail de délimitation est, somme toute, périlleux dans la mesure où la donnée est une bien curieuse « substance »²⁷¹¹, cela étant dû avant tout à sa polysémie.

362. Tout d'abord, dans le cadre de notre étude, nous n'abordons uniquement la question de l'appropriation des données non personnelles. En effet, le débat sur l'appropriation des données à caractère personnel a déjà eu lieu et a été écarté, comme nous l'avons vu, autant par le Législateur européen que français²⁷¹². Ensuite, concernant les données non personnelles, nous faisons appel à la taxonomie fondée sur une analyse sémiotique, telle que nous l'avons définie en introduction²⁷¹³. Les données sont « matérialisées » par leur stockage sur un support de données et peuvent être maîtrisées par l'homme. Mais, cette maîtrise implique-t-elle la reconnaissance d'un droit de propriété ? Notre Droit doit-il succomber aux revendications de certains professionnels en reconnaissant un droit de propriété sur les données numériques ? Cela n'aboutit-il pas à une simple reconnaissance de « *faux droits* », phénomène qui avait été étudié par l'économiste français Jacques RUEFF²⁷¹⁴. Ces faux droits se révèlent être « *des illusions de droit dérivant d'un abus de la notion de propriété immatérielle* »²⁷¹⁵. Ces questions nous invitent à étudier l'aptitude de la propriété à appréhender les données numériques (**Section 2**).

Mais avant de nous poser cette question de la réservation par le droit de propriété, nous devons nous intéresser aux conditions d'existence du « bien donnée numérique ». En effet, la reconnaissance d'un droit de propriété sur la donnée numérique suppose nécessairement que cette dernière puisse être qualifiée de bien. Si la donnée numérique ne pouvait être qualifiée comme telle, la question même de son appropriation ne se poserait

2710LIBCHABER R., *La propriété, droit fondamental*, in Liberté et droits fondamentaux, Dalloz, Paris, 5 mai 2021, 27^e éd., p. 839, n° 1007

2711Pour reprendre l'expression de Jean-Pierre CHAMOUX par rapport à l'information (CHAMOUX J.-P., *Conclusion. Droit naturel ou droit économique ?*, in L'appropriation de l'information (sous-dir. CHAMOUX J.-P.), Litec, Paris, février 1986, p. 165).

2712V. *supra* n° 332 et s.

2713V. *supra* n° 23

2714MINART G., SCHÄUBLE W., MINART G. et al., *Jacques Rueff : un libéral français*, Odile Jacob, Paris, 2016, spéc. p. 157-162

2715CARBONNIER J., *Flexible droit pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., Paris, 10 éd., 2001, p. 355

nullement dans la mesure où le bien serait réputé ne pas exister. Il est courant d'attribuer le caractère de *res communes* aux informations²⁷¹⁶ afin de s'opposer à leur appropriation. Or, nous avons vu qu'il existe un rapport étroit entre les notions d'information et de donnée, à tel point que ces notions sont parfois confondues. Aussi, est-il impératif de vérifier si la donnée numérique ne relève pas d'un régime de *res communes*, ce qui aurait pour conséquence d'exclure toute idée d'appropriation (**Section 1**).

Section 1. La donnée numérique entre chose commune et bien

363. **De la chose au bien : la distinction appliquée à la donnée numérique** – À l'instar de l'information²⁷¹⁷, la donnée numérique peut être qualifiée de chose. Cette notion, difficilement saisissable²⁷¹⁸, englobe tout ce qui a une existence et qui n'est pas une personne²⁷¹⁹. Elle n'implique pas une exigence de matérialité²⁷²⁰.

La chose présente un caractère *référentiel*²⁷²¹ par rapport au bien. Pour reprendre la formule du Doyen CARBONNIER, « *en principe, les biens sont le décalque des choses [...] mais toutes les choses ne sont pas des biens* »²⁷²². Autrement dit, il n'existe pas une parfaite coïncidence entre ces deux notions. En effet, seules les choses susceptibles d'appropriation constituent des biens. Or, toutes les choses ont-elles pour vocation d'être appropriées pour devenir des biens ? Cette question invite à délimiter le domaine de l'inappropriabilité. L'appropriation peut effectivement être écartée pour plusieurs raisons et notamment celle tenant à la nature ou à la qualité de la chose en cause. C'est, entre autres, l'hypothèse des *res communis*, « *antique figure d'un droit des choses qui n'est pas l'assistant de la propriété* »²⁷²³. Il est indéniable que les choses communes jouent un véritable « *rôle de contrepoids à la propriété* »²⁷²⁴. En d'autres termes, elles se révèlent être le bastion contre l'appétence propriétaire.

2716V. par ex. MALLET-POUJOL N., *L'appropriation de l'information l'éternelle chimère*, D., 1997, chr. p. 330 et s.

2717V. par ex. SIIRIAINEN F., *L'appropriation de l'information, grandeur ou décadence de la propriété ?*, in *Immatériel, nouveaux concepts*, Economica, 2001, p. 131

2718VULLIERME J.-L., *La chose, (le bien) et la métaphysique*, Arch. phil. dr., 1979, tome 24, p. 34

2719ROCHFELD J., *Les grandes notions du droit privé*, PUF, Paris, coll. Thémis, 1 décembre 2022, 3^e éd., p. 332, n° 4-30

2720SABATHIÉ E., *La chose en droit civil*, thèse Paris II, 2004

2721VULLIERME J.-L., *op. cit.*, p. 32

2722CARBONNIER J., *Droit civil. Tome 3. Les biens*, PUF, Paris, 1975, 8^e éd., § 16

2723LOISEAU G., *Pour un droit des choses*, D., 2006, p. 3015 et s.

2724CHARDEAUX M.-A., *Les choses communes*, L.G.D.J., Paris, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 464, juin 2006, p. 9, n° 6

Aussi, il convient de vérifier si, finalement, les données numériques n'appartiennent pas aux choses communes. Afin d'y répondre, il nous est nécessaire de procéder en deux temps. Dans un premier temps, nous devons définir ce qu'est un commun (I) pour, dans un second temps, voir si la donnée numérique remplit ou non les conditions de cette qualification (II).

I. Des choses communes aux communs numériques

364. Comme l'avait relevé le Professeur Frédéric ZENATI-CASTAING, « *les choses communes passionnent peu les juristes* »²⁷²⁵. Ce manque d'intérêt s'explique en partie historiquement. GAIÛS y voyait « *de simples variétés de choses publiques, qui n'étaient alors regardées « comme n'étant dans les biens de personnes* »²⁷²⁶. Cependant, les *res communis* se révèlent loin d'être une « *catégorie sclérosée* »²⁷²⁷. Un regain d'intérêt s'observe dans les nombreux travaux doctrinaux récents²⁷²⁸. Ainsi, la notion de « *commun* » employée dans les travaux de l'économiste américaine OSTROM²⁷²⁹ a été reprise dans les discours juridiques²⁷³⁰.

2725ZENATI F., *Les biens*, PUF, Paris, coll. Droit fondamental, septembre 1988, 1^{er} éd. p. 31, n° 19

2726SEBBAN G., *L'article 717 du Code civil, entre choses communes et biens*, in Quel(s) statut(s) pour les biens communs (Guillaume Drouot et Alexandre Zabalza sous-dir.), Dalloz, Paris, 5 septembre 2024, p. 11

2727CHARDEAUX M.-A., *op. cit.*, p. 1, n° 1

2728V. par GALLOUX J.-C., *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, thèse de l'Université de Bordeaux I, 1988, spéc. p. 170 et s. ; SÉRIAUX A., *La notion de choses communes, nouvelles considérations juridiques sur le verbe avoir*, in Droit et Environnement, Propos pluridisciplinaires sur un droit en construction, PUAM, 1995, p. 23 ; CHOISY S., *Le domaine public en droit d'auteur*, Litec, Paris, IRPI, tome 22, 2002, spéc. p. 57 ; CHARDEAUX M.-A., *op. cit.*, 504 p. ; DARDOT P., LAVAL C., *Commun : essai sur la révolution au XIX^e siècle*, Découverte, Paris, 20 août 2015, 760 p. ; GUTWIRTH S., STENGERS I., *Théorie du droit. Le droit à l'épreuve de la résurgence des communs*, Revue Juridique de l'environnement, 2016, n° 2, p. 306-343 ; CORNU M., ORSI F., ROCHFELD J., *Dictionnaire des biens communs*, Presses universitaires de France, Paris, coll. Dictionnaires Quadrige, 2107, 1^{er} éd., 1240 p. ; CAMPROUX DUFFRÈNE M.-P., *Repenser l'article 714 du Code civil français comme une porte d'entrée vers les communs*, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2018/2 vol. 81, p. 297-330 ; STROWEL, A., *Les communs numériques et les outils juridiques de la transition*, in Le droit en transition : Les clés juridiques d'une prospérité sans croissance (sous-dir. Bailleux, A.), Presses de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 2020, p. 285-330 ; DE CLIPPELE, M.-S., *La réception juridique diffuse des communs, au-delà du public et du privé*, in Distinction (droit) public / (droit) privé (sous-dir. Antoine Bailleux, Diane Bernard, et Jérémie Van Meerbeeck), Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles, 1^{er} juin 2022, p. 187-215 ; DROUOT G. et ZABALZA A. (sous-dir.), *Quel(s) statut(s) pour les biens communs*, Dalloz, Paris, 5 septembre 2024, 166 p.

2729OSTROM E., *Governing the Commons : The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, New York, 30 novembre 1990, 298 p.

2730V. par ex. Assemblée nationale, *Proposition de loi organique n° 4576 pour une protection des biens communs*, quinzième législature, 14 octobre 2021 ; Assemblée nationale, *Proposition de loi n° 4590 créant un statut juridique des biens communs*, quinzième législature, 19 octobre 2021 envisageant d'introduire dans le Code civil la notion de bien commun en insérant un nouveau alinéa à l'article 714 rédigé comme suit : « *Le statut de bien commun peut être attribué à des biens matériels ou immatériels, quel que soit leur régime de propriété, au regard de leur destination commune, de l'usage collectif qui en est ou pourrait en être fait, de leur caractère de ressource nécessaire à toutes et tous, des droits fondamentaux qui peuvent s'y rattacher, de l'histoire collective qui a permis leur constitution ou encore, de leur caractère de rareté et de leur*

Il convient de circonscrire cette notion de *res communis*. Pour ce faire, nous devons relever ses principales caractéristiques. La source des *res communis* se trouve au sein du Code Napoléon, à l'article 714. Cette disposition prévoit qu'« *il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous* ». Cependant, il s'agit d'une définition fonctionnelle. Celle-ci définit la chose commune uniquement par ses effets juridiques qui sont deux ordres : l'inappropriabilité et l'usage commun²⁷³¹.

A. La délimitation de la notion de choses communes

1. Le caractère inappropriable des choses communes

365. **Une chose « rebelle » à l'appropriation** – La chose commune n'est pas susceptible de faire l'objet d'une appropriation privative²⁷³². Nous pouvons dire que la catégorie des choses communes accueille « *ce qui est rebelle à l'appropriation* »²⁷³³. En cela, elle s'oppose à la notion de bien²⁷³⁴. Cette dernière regroupe toutes les choses appropriées, c'est-à-dire toutes les choses soustraites de l'usage collectif au profit d'une personne. La conséquence de l'inappropriabilité des choses communes est leur extra-commercialité²⁷³⁵. Elles se situent hors du patrimoine. Par conséquent, elles ne peuvent pas faire l'objet d'actes juridiques. Dès lors, le commerce des choses communes est empêché juridiquement. Autrement dit, il y a une

caractère patrimonial remarquable eu égard aux menaces qui pourraient les mettre en danger ». L'usage du terme « bien » met l'accent sur l'idée d'affectation collective de l'élément en cause (v. en ce sens : ROCHFELD J., *Les grandes notions du droit privé*, PUF, Paris, coll. Thémis, 1 décembre 2022, 3^e éd., p. 306, n° 16). – V. ég. la notion de « patrimoine commun » : par ex. cons. 4 Directive 2009/147/CE du 30 novembre 2009 concernant la conservation des oiseaux sauvages ; Sénat, *Proposition de loi n° 609 visant à élargir et préciser la définition de la notion de patrimoine commun de la Nation à l'eau et à la forêt*, session ordinaire 2022-2023, 16 mai 2013 ; Cons. const., décision n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020 se fondant sur la Charte de l'environnement, les Sages de la rue Montpensier ont considéré que la protection de l'environnement, patrimoine commun des êtres humains, constitue un objectif de valeur constitutionnelle

2731V. en ce sens : CHARDEAUX M.-A., *op. cit.*, p. 10, n° 10

2732V. *contra* BERLIOZ P., *op. cit.*, p. 300, n° 920 estimant que le mécanisme de l'appropriation n'est pas exclu pour les choses communes ; ZÉNATI F. et REVET T., *Les biens*, PUF, Paris, coll. Droit fondamental, 1997, 2^e éd., spéc. n° 19

2733ATIAS C., *Les biens en propre et au figuré. Destitution du propriétaire et disqualification de la propriété*, D., 2004, p. 1459

2734POTHIER R.-J., *Traité du droit de domaine de propriété*, in POTHIER R.-J., *Œuvre complètes*, vol IX, chez Chanson, Paris, 1821, p. 10 : pour qui : « *propre et commun sont deux choses contradictoires* ».

2735Cependant, il convient de ne pas confondre la notion d'extra-commercialité avec celle de l'inappropriabilité, ces notions intervenant dans des domaines différents. V. en ce sens : PAUL F., *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, L.G.D.J., Paris, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 377, 1^{er} octobre 2002, p. 2 ; CHARDEAUX M.-A., *op. cit.*, p. 76 n° 69 pour qui l'extra-commercialité est une « *notion plus large que celle d'inaliénabilité ou d'incessibilité* » en ce qu'elle consiste en une « *véritable indisponibilité* ».

indisponibilité juridique qui touche tous les *res communis*. Ainsi, par exemple, les contrats de cession portant sur des inventions tombées dans ce qu'est appelé improprement le domaine public²⁷³⁶ sont nuls²⁷³⁷.

366. **Les justifications du caractère inappropriable des choses communes** – Une triple justification est avancée pour expliquer l'exclusion de l'appropriation des choses communes. Tout d'abord, la « répudiation »²⁷³⁸ de l'appropriabilité s'explique par l'impossibilité de saisir dans sa globalité les *res communis*. Néanmoins, ce premier argument fondé sur le caractère insaisissable des choses communes s'avère critiquable dans la mesure où il s'agit essentiellement d'une conception matérialiste de la propriété. Ensuite, l'abondance justifie l'exclusion de la possibilité de s'approprier une chose commune²⁷³⁹. En d'autres termes, les *res communis* étant inépuisables, la tentation d'appropriation s'éclipse. L'« absence de rareté des choses communes annihile toute velléité d'appropriation »²⁷⁴⁰. Cependant, si la chose commune devenait rare, alors cette rareté supposerait de « réviser » son statut²⁷⁴¹. Mais une telle approche conduit à reconnaître que la qualification de choses communes puisse varier suivant la raréfaction de la chose. Enfin, sur un plan moral, les choses communes sont réfractaires à l'appropriation puisqu'elles sont indispensables à la vie humaine. Partant, le Professeur William DROSS en conclut qu'« admettre leur appropriation privée au profit de certains condamnerait les autres à une servitude totale vitale »²⁷⁴².

Finalement, toutes ces justifications se fondent essentiellement sur la nature même de la chose commune. Néanmoins, cette répudiation à l'appropriation est davantage normative que naturelle. En d'autres termes, cette inappropriabilité n'est pas naturelle mais « parfaitement artificielle »²⁷⁴³. En effet, celle-ci résulte avant tout d'une décision sociale²⁷⁴⁴.

2736Il est préférable d'employer la notion de domaine commun. Néanmoins, la majorité de la doctrine utilise couramment l'expression de domaine public.

2737V. par ex. Cass. com., 3 mai 1978, n° 76-14.543, D. 1979, jurispr. 247, note BURST J.-J.

2738Pour reprendre le terme du Professeur William DROSS (DROSS W., *Droit des biens*, L.G.D.J., Paris, coll. *Precis Domat ; Droit Prive*, 19 août 2014, 2^e éd., spéc. p. 261, n° 319).

2739V. en ce sens : MALAURIE P. et AYNÈS L., *Les biens*, Defrenois, Paris, coll. *Droit civil*, 5 février 2013, 5^e éd., spéc. p. 53, n° 164 ; ZÉNATI F., *Les biens*, PUF, Paris, coll. *Droit fondamental*, septembre 1988, 1^e éd. p. 27, n° 12

2740DROSS W., *Droit des biens*, L.G.D.J., Paris, coll. *Precis Domat ; Droit Prive*, 19 août 2014, 2^e éd., spéc. p. 261, n° 319

2741V. en ce sens : ZÉNATI F., *op. cit.*, p. 31, n° 19 – MACKAAY E., *La propriété est-elle en voie d'extinction ?*, in *Nouvelles technologies et propriété : actes du colloque tenu à la Faculté de droit de l'Université de Montréal*, les 9 et 10 novembre 1989, Thémis/Litec, Montréal/Paris 1991, p. 217-220

2742DROSS W., *op. cit.*, spéc. p. 261, n° 319

2743SEBBAN G., *L'article 717 du Code civil, entre choses communes et biens*, in *Quel(s) statut(s) pour les biens communs* (Guillaume Drouot et Alexandre Zabalza sous-dir.), Dalloz, Paris, 5 septembre 2024, p. 13, n° 3

2744V. en ce sens : CHARDEAUX M.-A., *op. cit.*, spéc. p. 132 et s. et n° 108 et s. ; ROCHFELD J., *Les grandes notions du droit privé*, PUF, Paris, coll. *Thémis*, 1 décembre 2022, 3^e éd., p. 306, n° 16

367. **Une appropriation partielle des choses communes** – Ce caractère d'inappropriabilité des choses communes n'est, toutefois, pas absolu. Une appropriation d'une fraction de la chose commune reste effectivement possible. Ainsi, l'inappropriabilité des *res communis* ne concerne uniquement que la chose commune prise dans sa globalité. Cependant, Madame Marie-Alice CHARDEUX estime que cette appropriation partielle s'avère être une « *spécificité contingente liée à la nature particulière* »²⁷⁴⁵ de certaines choses communes. Cette possibilité d'appropriation partielle s'explique par le caractère infime du prélèvement opéré qui ne remet pas, par là même, en cause le principe de l'inappropriabilité de la chose commune. Nous pouvons prendre l'exemple de la liquéfaction de l'air par un industriel pour, ensuite, la vendre. De même, les œuvres de l'esprit tombées dans le « domaine public » peuvent faire l'objet d'une réservation partielle. Il s'agit, en pratique, de l'exemple du dépôt de marque d'une œuvre tombée dans le domaine public²⁷⁴⁶. Malgré le dépôt de marque, l'œuvre de l'esprit demeure inappropriable dans son ensemble²⁷⁴⁷.

L'appropriation partielle s'opère par occupation de la portion de choses communes. Cette occupation implique une séparation de la fraction et sa transformation. L'air liquéfié n'est plus l'air libre. Ce mécanisme d'occupation touche tant les choses communes corporelles qu'incorporelles. La possession de la fraction de la chose commune incorporelle n'est possible, toutefois, que si nous retenons une conception non pas matérialiste du *corpus* possessoire mais intellectuel. Dans cette perspective, la possession se présente davantage comme un pouvoir de fait qu'une emprise matérielle sur la chose. Cette approche s'inscrit parfaitement dans la « *conception économique du rapport possessoire* »²⁷⁴⁸. La Professeure Anne PÉLISSIER définit ce pouvoir de fait comme « *un rapport de puissance conscient sur une chose dont l'existence se traduit naturellement par sa conscience chez les tiers* »²⁷⁴⁹. Ce pouvoir se manifestera par l'utilisation de la chose, c'est-à-dire pour les choses incorporelles, par leur exploitation. Nous rejoignons ainsi la conception du Professeur SALEILLES d'« *appropriation économique* », autrement dit, « *un rapport d'exploitation de la chose au*

2745CHARDEAUX M.-A., *op. cit.*, spéc. p. 102, n° 87

2746Cass. civ., 13 janvier 1904, Ann. Prop. Ind., 1904, p. 26 où a été admis qu'« *un dessin ou une photographie quelconques peuvent, en général, alors même qu'ils sont du point de vue artistique tombés dans le domaine public, constituer une marque de fabrique et devenir ainsi la propriété exclusive de celui qui en a opéré le dépôt* ».

2747CHARDEAUX M.-A., *op. cit.*, spéc. p. 97, n° 84

2748PÉLISSIER A., *Possession et meubles incorporels*, Dalloz, Paris, coll. Nouvelle bibliothèque de thèse, 2001, n° 179, spéc. p. 85 et s., n° 179

2749Ibid. p. 100 et s., n° 220

service de l'individu »²⁷⁵⁰. Une telle possibilité rapproche partiellement les *res communis* des *res nullius*, notions pourtant bien distinctes²⁷⁵¹.

Cette inappropriabilité vise, avant tout, à préserver l'usage commun des *res communis*, à une « *communalisation* »²⁷⁵² de la chose. En d'autres termes, le caractère inappropriable ne constitue pas en soi une spécificité des choses communes. Il existe, effectivement, d'autres choses qui, tout en étant inappropriable, ne sont pas des choses communes. Nous pouvons mentionner à titre d'illustration, les éléments du corps humain, ou encore les cadavres qui ne sont pas appropriables. Cette inappropriabilité marque dans ces exemples une forme de sacralisation renvoyant en quelque sorte aux *res divini juri* du droit romain. Ainsi, si l'inappropriabilité de la chose n'a pas pour but de la destiner à l'usage commun, cette chose ne relève pas de la catégorie des *res communis*.

2. Le caractère commun de l'usage des choses communes

368. **L'usage des choses communes : un régime de partage encadré** – À côté de ce principe de non-appropriation, les choses communes font l'objet d'un usage commun²⁷⁵³. Cela signifie un usage non rival, non excluable. En d'autres termes, l'assise du régime des choses communes repose sur le partage²⁷⁵⁴ et non pas sur l'exclusivité²⁷⁵⁵. Cet usage induit des prérogatives limitées à l'*usus* et au *fructus*²⁷⁵⁶, c'est-à-dire au droit de se servir de la chose

2750SALEILLES R., *Éléments constitutifs de la possession*, Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur, tome III, 1893, spéc. n° 67 – V. ég. *id.*, *Étude sur les éléments constitutifs de la possession*, Imprimerie de Darantière, Dijon, 1894, spéc. p. 71 et s.

2751Contrairement aux choses communes inappropriables, les *res nullius* sont appropriables. – V. toutefois RÈMOND-GOUILLOUD M., *Ressources naturelles et choses sans maître*, D., 1985, chron. 27 : pour qui la distinction entre *res nullius* et *res communes* serait devenue obsolète faute d'une prise en compte des relations entre l'homme et la nature.

2752Pour reprendre le terme utilisé par Monsieur Gabriel SEBBAN (SEBBAN G., *L'article 717 du Code civil, entre choses communes et biens*, in Quel(s) statut(s) pour les biens communs (Guillaume Drouot et Alexandre Zabalza sous-dir.), Dalloz, Paris, 5 septembre 2024, p. 18, n° 9)

2753Il existe en débat sur la nature du droit d'usage commun entre droit réel autonome (CAMPROUX DUFFRÈNE M.-P., *Repenser l'article 714 du Code civil français comme une porte d'entrée vers les communs*, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2018/2 vol. 81, p. 311) et une liberté (CHARDEAUX M.-A., *op. cit.*, n° 306), voire un privilège (CHARDEAUX M.-A., *Nommer la prérogative d'usage des choses communes*, D., 21 novembre 2019, p. 2195-2198)

2754V. en ce sens : CAMPROUX DUFFRÈNE M.-P., *op. cit.*, p. 306

2755V. en ce sens : SÉRIAUX A., *La notion de choses communes. Nouvelles considérations juridiques sur le verbe avoir*, in Droit et environnement. Propos pluridisciplinaires sur un droit en construction (Jean-Yves Chérot et al. sous-dir.), PUAM, 1995, p. 28, n° 5 pour qui « l'exigence d'un « usage commun à tous » ne peut être correctement remplie que si nul ne peut avoir un accès prioritaire, voire exclusif, à l'usage des choses dites communes ».

2756V. en ce sens : CAMPROUX DUFFRÈNE M.-P., *op. cit.*, p. 297-330 pour qui l'usager de la chose commune dispose d'un pouvoir limité sur la chose, il ne dispose pas, contrairement au propriétaire, de l'*abusus* c'est-à-dire le droit de disposer du bien.

selon sa destination et au droit de bénéficier des fruits de la chose. Cependant, cette faculté d'usage de la chose commun ne confère pas l'*abusus*.

Les *res communis* restent, par conséquent, à la disposition de tout un chacun et peuvent être exploitées. Néanmoins, cela ne signifie pas que l'usage des *res communis* soit anarchique. L'usage dépendra de la destination donnée à la chose commune. Et il sera encadré par « *des lois de police* »²⁷⁵⁷. Par ailleurs, dans le cadre du « règlement judiciaire d'usage »²⁷⁵⁸, le juge prendra en compte tant les intérêts individuels que l'intérêt général.

L'usage des choses communes est gouverné par trois principes : la liberté, la gratuité et l'égalité²⁷⁵⁹.

369. Exploitation des choses communes et création de nouveaux biens : entre opportunités et défis du numérique – L'exploitation des choses communes peut conduire à la création de nouveaux biens. Ainsi, par exemple, les connaissances scientifiques appartenant au domaine public peuvent être utilisées pour créer de nouvelles choses, choses pouvant, elles, être appropriées. De même, l'œuvre de l'esprit tombée dans le domaine public devient une chose commune²⁷⁶⁰. Elle est inappropriable et, dès lors, ne peut plus faire l'objet d'un nouveau droit de propriété intellectuelle. Cela vient garantir l'usage commun d'une telle œuvre. Celle-ci pourra alors devenir en quelque sorte un matériau de base pour créer d'autres biens informationnels. Cette garantie d'usage commun participe ainsi à la liberté de création, fille de la liberté d'expression. Néanmoins, dans le cadre d'œuvres numérisées, il faut relever que les mesures techniques de protection risquent en pratique d'empêcher les tiers d'accéder aux œuvres tombées dans le domaine public. Une telle pratique conduit, de manière contestable, à la création d'un monopole de fait sur ces œuvres. Cependant, nous pouvons légitimement nous demander si ces mesures techniques peuvent encore prétendre à la protection octroyée par le Législateur lorsque l'œuvre en cause est tombée dans le domaine public. Il est possible d'en douter au regard de l'article 6.3 de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information et de l'article L. 331-5 du Code la propriété intellectuelle.

2757Al. 2 de l'art. 714 C. civ. – CHARDEAUX M.-A., *Les choses communes*, L.G.D.J., Paris, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 464, juin 2006, spéc. n° 310 : pour qui la notion de « *lois de police* » renvoie aux « *lois qui relèvent de la « police administrative », à savoir de « l'activité de service public qui tend à assurer le maintien de l'ordre public » : la sécurité, la tranquillité et la salubrité publiques* ».

2758DROSS W., *op. cit.*, p. 262, n° 321

2759Des aménagements peuvent toutefois être prévus tels qu'un contrôle de l'usage (v. par ex. l'article L. 214-1 du Code de l'environnement), ou une taxation.

2760Le droit moral *post mortem* sur l'œuvre de l'esprit agirait comme loi de police au sens de l'alinéa 2 de l'article 714 du Code civil (v. en ce sens : CHARDEAUX M.-A., *op. cit.*, p. 245, n° 211)

370. **Les choses communes : une notion évolutive façonnée par la société** – Finalement, l'approche de la notion de choses communes a évolué avec la société. De sa formule générale et abstraite, l'article 714 du Code civil a acquis une réelle valeur normative. Il ne s'agit donc plus d'une simple description d'un état des choses. En d'autres termes, « *c'est parce qu'il y a une réelle volonté de laisser à l'usage commun certaines choses qu'elles sont qualifiées de choses communes et non en raison de leur nature* »²⁷⁶¹. Les choses communes ne sont pas *per se* communes. C'est avant tout un choix de la société. Cette affirmation s'observe dans la question de la brevetabilité des gènes qui « *dévoile l'artificialité du domaine de l'inappropriabilité en droit des brevets, comme du reste en toute matière* »²⁷⁶². Cette position est également celle du sociologue DURKHEIM lorsqu'il estimait que la démarcation entre les choses appropriables et celles qui ne le sont pas résulte de la société²⁷⁶³. Nous pouvons considérer que pour les choses communes, l'inappropriabilité se justifierait par la volonté de garantir l'usage commun de la chose. Cela vise ainsi, à préserver les libertés et les principes tels que la liberté d'expression, la liberté du commerce et de l'industrie, ou encore, le principe de libre parcours des idées²⁷⁶⁴.

L'avènement du numérique a induit un élargissement significatif de la catégorie des choses communes en réponse à la « *vague de « propertisation* » »²⁷⁶⁵ et cela, afin d'assurer des espaces de partage de connaissances.

2761 CLÉMENT-FONTAINE M., *Un renouveau des biens communs : des biens matériels aux biens immatériels*, in Les modèles propriétaires – Actes du colloque international organisé par le CECOJI – En hommage au professeur Henri-Jacques LUCAS, Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, L.G.D.J., p. 51, 21 août 2012, p. 55

2762 CHARDEAUX M.-A., *op. cit.*, p. 162, n° 135

2763 DURKHEIM É., *Leçons de sociologie physique des mœurs et du droit*, Publications de l'Université d'Istanbul, 1950, p. 162-163 : pour qui « *le cercle des objets appropriables n'est pas nécessairement déterminé par leur constitution naturelle, mais par le droit de chaque peuple. C'est l'opinion de chaque société qui fait que tels objets sont considérés comme susceptibles d'appropriation, tels autres non. 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 du public. Telle chose qui, hier, ne pouvait être appropriée, l'est aujourd'hui et inversement. D'où il suit que la nature de l'être approprié ne peut pas entrer dans notre définition* »

2764 CHARDEAUX M.-A., *op. cit.*, p. 165 et s., n° 138 et s.

2765 STROWEL A., *Omnia sunt Communia : des opera au Big Data*, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2018/2, vol. 81, p. 180

B. L'émergence des communs informationnels

371. **Des choses communes « naturelles » aux « communs informationnels » : un concept en quête de définition** – Traditionnellement, l'air, la lumière et l'eau de pluie sont considérés comme des choses communes. Cette liste non exhaustive énumère simplement les *res communis* naturelles. S'y ajoutent également les inventions et les œuvres de l'esprit tombées dans le domaine public²⁷⁶⁶. Avec l'émergence du numérique, est apparue une nouvelle notion, celle de « *commun numérique* »²⁷⁶⁷ ou encore « *commun informationnel* ». Cette notion n'est pas encore mûre et bien délimitée. En effet, comme le relève à juste titre la Professeure Mélanie CLÉMENT-FONTAINE, « *aucun des éléments entrant dans la catégorie des communs numériques ne profite d'un cadre juridique qui lui est propre : qu'il s'agisse du domaine public au sens du droit d'auteur, des œuvres libres, de l'information brute ou des textes officiels, il règne un climat d'imprécision. Or, ce qui ne se définit pas se conçoit mal. C'est en cela que réside la tragédie des communs numériques* »²⁷⁶⁸.

372. **Une proposition de définition positive du domaine commun informationnel lacunaire** – Cependant, une définition positive du domaine commun informationnel avait été proposée dans le cadre du projet de loi pour une République numérique. Ce domaine commun informationnel était défini par son contenu, à savoir « *1° Les informations, faits, idées, principes, méthodes, découvertes, dès lors qu'ils ont fait l'objet d'une divulgation publique licite, notamment dans le respect du secret industriel et commercial et du droit à la protection de la vie privée, et qu'ils ne sont pas protégés par un droit spécifique, tel qu'un droit de propriété ou une obligation contractuelle ou extracontractuelle ; 2° 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 ; 3° Les*

2766V. par ex. CA Besançon, 5 juin 1970, Ann. Prop. Ind., 1972, p. 20, note DUSOLIER S. : les juges Bisontins ont refusé « *l'appropriation par un particulier, pour un temps illimité par suite de la possibilité de renouvellement du dépôt, ne serait-ce que pour un usage déterminé, d'une forme qui appartient au domaine public ou a vocation à y tomber, comme conséquence du caractère temporaire de la protection des œuvres d'architecture* ».

2767CLÉMENT-FONTAINE M., *op. cit.*, p. 51 et s. ; *id.*, *Les communs numériques*, in Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas, LexisNexis, Paris, 2014, p. 163-171 ; *id.*, *La gouvernance des communs*, in La propriété intellectuelle en partage, sous-dir. Agnès Robin, Dalloz, Paris, 2020, p. 33-37 ; TROWEL A., *op. cit.*, p. 177-209 ; *id.* *Les communs numériques et les outils juridiques de la transition*, in Le droit en transition : Les clés juridiques d'une prospérité sans croissance (sous-dir. Bailleux, A.), Presses de l'Université Saint-Louis, 2020

2768CLÉMENT-FONTAINE M., *Les communs numériques*, in Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, LexisNexis, Paris, 2014, p. 167

informations issues des documents administratifs diffusés publiquement par les personnes mentionnées à l'article 1 de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 et dans les conditions précisées à l'article 7 de la même loi, sans préjudice des dispositions des articles 9, 10, 14 et 15 de ladite loi ». Il était précisé que « *les choses qui composent le domaine commun informationnel sont des choses communes au sens de l'article 714 du Code civil* »²⁷⁶⁹.

Sans s'interroger sur la légitimité de la définition proposée du domaine commun informationnel, celle-ci est loin d'être une définition réelle. Elle n'énonce nullement les attributs spécifiques caractérisant l'objet défini²⁷⁷⁰. Elle ne procède uniquement par accumulation d'éléments la composant. Cet inventaire réunit plusieurs éléments dissemblables. Néanmoins, de cette définition, il ressort qu'une donnée brute qui n'est que la transcription d'un fait, d'une information en une suite de zéros et de uns ne relève du domaine commun informationnel qu'à condition qu'avoir fait l'objet d'une divulgation publique licite et de ne pas être protégée par un droit spécifique. Bien que contre-intuitif, la définition du domaine commun informationnel nous conduit à estimer que la donnée brute n'est pas *de facto* un élément relevant de ce domaine. Ce constat nous invite à élargir notre analyse à toutes les données non personnelles, celles-ci ne se limitant pas aux seules données brutes. Ne serait-il pas pertinent de les soumettre au régime des choses communes ? Ces dernières n'appartiendraient-elles pas finalement au domaine des « communs informationnels » ?

II. La donnée numérique, un « *res digitalis* » difficilement saisissable

373. La donnée numérique se révèle difficilement saisissable. Celle-ci présente des spécificités en fonction des situations (A). Elle peut, en effet, présenter un caractère de rivalité ou non, et relever, selon les circonstances, de la matière première, du produit de base et ou encore du produit fini. Aussi, la donnée numérique oscille-t-elle entre les qualifications de *res communis*, de *res nullius*. Mais la donnée ne serait-elle pas finalement un bien en raison de sa valeur ? C'est ce que nous entendons vérifier (B).

²⁷⁶⁹Article 8 – Définition positive du domaine commun informationnel, disponible [en ligne] : <https://www.republique-numerique.fr/projects/projet-de-loi-numerique/consultation/consultation/opinions/section-1-les-communs/article-8-definition-du-domaine-commun-informationnel> (consulté le 01/09/2024)

²⁷⁷⁰CORNU G., *Les définitions dans la loi*, in Mélanges dédiés au Doyen Jean Vincent, Dalloz, Paris, 1^{er} janvier 1981, p. 81 et s.

A. Les spécificités de la donnée numérique

1. La donnée numérique entre rivalité et non-rivalité

374. **Le concept de non-rivalité** – La non-rivalité est un concept économique apparu dans les années 1950²⁷⁷¹ qui n'a pas été repris en Droit. Néanmoins, ce concept est de plus en plus employé par la doctrine²⁷⁷². En économie, la non-rivalité se caractérise par le fait que le bien peut être utilisé par plusieurs personnes, simultanément ou non, sans risque de se raréfier et sans compromettre l'usage des autres. De surcroît, « *ce n'est pas le caractère rare d'un bien qui en fait un bien non rival mais bien les modes d'accès ou d'usage de ce bien* »²⁷⁷³. Le concept de non-rivalité est associé à un autre, celui de non-excluabilité renvoyant à l'« *incapacité technique d'empêcher l'accès par des personnes à un bien* »²⁷⁷⁴.

375. **La classification économique des biens en fonction du caractère rival et excluable** – Cette classification économique comprend quatre types de biens : le bien dit privé qui est rival et excluable²⁷⁷⁵, le bien commun qui est rival et non excluable²⁷⁷⁶, le bien de club qui est non rival et excluable²⁷⁷⁷ et enfin, le bien public qui est non rival et non excluable²⁷⁷⁸. Cette classification économique n'a pas été consacrée en Droit. En effet, le Droit distingue simplement les choses appropriées et les choses non appropriées. Parmi cette dernière catégorie, nous trouvons les *res nullius* c'est-à-dire les choses sans maître et *res communis*. Cependant, une concordance peut être établie entre les concepts économiques et la

2771SAMUELSON P. A., *The pure theory of public expenditure*, The Review of Economics and Statistics, 4 novembre 1954, vol. 36, n° 4, p. 387-389 ; R.A. MUSGRAVE, *The Theory of Public Finance : A Study in Public Economy*, McGraw-Hill, New York, 1 janvier 1959, 628 p.

2772V. par ex. LESSIG L., *L'avenir des idées : le sort des biens communs à l'heure des réseaux numériques*, Presses universitaires de Lyon, 1^{er} septembre 2005, 414 p. ; DORNBIERER C., *Les choses non rivales : essai sur le régime juridique de l'information*, thèse de doctorat de droit privé, Université d'Aix-Marseille, soutenu le 6 décembre 2022, 494 p.

2773STROWEL A., *Les outils d'appropriation au service des communs numériques*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, Paris, coll. Étude, Mélanges, septembre 2020, p. 430

2774DORNBIERER C., *Les choses non rivales : essai sur le régime juridique de l'information*, thèse de doctorat de droit privé, Université d'Aix-Marseille, soutenu le 6 décembre 2022, p. 16, n° 2.1.

2775Il s'agit, par exemple, de biens de consommation comme la voiture. Le bien privé est caractérisé par sa rivalité c'est-à-dire la consommation d'une personne réduire la possibilité de consommation des autres, et par son excluabilité.

2776Par exemple, les ressources halieutiques sont des biens communs.

2777Nous pouvons citer à titre d'illustration, les services de *streaming* ou en continu, les autoroutes à péage, ou encore les clubs de sport.

2778Par exemple, les programmes de radio, l'éclairage public, la défense nationale.

classification juridique. En effet, les concepts économiques de biens communs et de biens publics se rapprochent de la notion de *res communis*²⁷⁷⁹.

Les choses matérielles sont, par nature, des biens rivaux. Si une personne utilise une chose matérielle, l'autre ne peut pas l'utiliser en même temps. Par exemple, un CD ou un DVD ne peut pas être lu sur deux lecteurs en même temps. Cette rivalité facilite la revendication de droits de propriété exclusifs sur les biens matériels. Ainsi, par principe, les choses rivales n'entrent pas dans la catégorie des choses communes²⁷⁸⁰. Ce principe connaît, cependant, des exceptions. Nous pouvons citer, à titre d'exemple, les ressources naturelles qui sont, certes matérielles mais qualifiées de « *choses communes par détermination de la loi* »²⁷⁸¹.

Quant aux biens immatériels, il serait erroné de croire qu'ils sont *de facto* non rivaux. Il convient effectivement de distinguer au sein des biens immatériels ceux qui sont dotés d'ubiquité²⁷⁸² et ceux qui ne le sont pas. Pour Monsieur Florent BERTHILLON, l'ubiquité « *démontre que certaines choses n'ont pas vocation à être appropriées* »²⁷⁸³. Une chose est dite ubiquiste si elle peut potentiellement être en plusieurs lieux en même temps. Ce caractère implique également que la chose soit « *reproductible à l'infini sans jamais perdre sa nature initiale* »²⁷⁸⁴. L'ubiquité induit la non-rivalité. Ainsi, par exemple, le fonds de commerce, universalité de fait, est un bien incorporel qui, toutefois, n'est ubiquiste dans la mesure où il est fictivement localisé en un lieu unique, « *le lieu de principale exploitation de l'activité commerciale* »²⁷⁸⁵. Ce bien, certes incorporel, est rival.

376. Caractère non-rival des données numériques au niveau sémantique et syntaxique

– Le numérique a conduit à une augmentation des biens non-rivaux. Concernant, plus précisément, les données au niveau sémantique c'est-à-dire le contenu informationnel, elles ne sont pas rivales. Plusieurs personnes peuvent les utiliser, simultanément ou non, sans qu'il y ait de perte de contenu informationnel pour les autres. Cette observation est partagée par

2779ETRILLARD C., *Du bien public aux biens d'utilité collective. Quelle qualification pour les biens environnementaux ?*, LPA, 28 octobre 2016, n° 216, p. 7 et s.

2780V. en ce sens : DORNBIERER C., *op. cit.*, p. 330, n° 293

2781Pour reprendre l'expression employée par Madame Chloé DORNBIERER (*Ibid.*, p. 330, n° 293).

2782V. sur l'ubiquité : BERTHILLON F., *L'ubiquité des biens*, L.G.D.J., Paris, coll. Thèses, sous-coll. Bibliothèque de droit privé, tome 623, 4 avril 2023, spéc. p. 26, n° 5 : l'auteur utilise le terme « topique » pour désigner les choses non ubiquistes.

2783*Ibid.*, spéc. p. 23, n° 2

2784BINCTIN N., *Droit de la propriété intellectuelle : droit d'auteur, brevet, droits voisins, marque, dessins et modèles*, LGDJ-Lextenso, Issy-les-Monlinox, 2018, p. 42, n° 17

2785D'AVOUT L., *Sur les solutions du conflit de loi en droit des biens*, Economica, Paris, coll. Recherches Juridiques, tome 12, 17 juin 2006, spéc. p. 383, n° 274

l'Autorité de la concurrence. Dans son rapport du 10 mai 2016, cette autorité considère, en effet, que « *les données sont, par définition, « non rivales »* »²⁷⁸⁶.

Par ailleurs, la réduction spectaculaire des coûts de conversion, de copie et de transmission du contenu numérique entre les supports réduit considérablement les barrières naturelles d'exclusion conférées à la donnée sur le plan syntaxique par son support matériel. Cette diminution de l'excluabilité est à l'origine de nombreux problèmes dans l'environnement numérique, notamment la contrefaçon d'œuvres protégées par le droit d'auteur.

Ainsi, la donnée numérique tant au plan sémantique que syntaxique présente comme particulier d'être non-rival et d'avoir une faible excluabilité. Toutefois, l'absence d'excluabilité n'implique pas *de facto* l'absence d'appropriation. La propriété intellectuelle en est l'exemple topique.

Au regard de ces éléments, nous pouvons *a priori* en conclure que les données numériques, sur le plan sémantique et syntaxique, relèvent de la catégorie économique des biens publics²⁷⁸⁷ et, partant, des choses communes en Droit. Ainsi, cela signifie que l'appropriation des données, contrairement aux choses corporelles, n'est pas justifiée en soi, et nécessite une justification. Toutefois, une réservation de fait de ces données numériques peut se produire par le jeu de techniques imitant la propriété telles que le contrat, ou encore le secret. Une telle possibilité de réservation justifie pour Madame Marie-Alice CHARDEUX, l'exclusion de ces choses de la catégorie des *res communis*²⁷⁸⁸. Autrement dit, la coïncidence que nous avons relevée entre les biens publics et la catégorie juridique des *res communis* n'est pas parfaite et présente des limites. Ne serions-nous pas en présence de « *semi-commun* » ? Ce concept développé par le Professeur Robert A. HEVERLY correspond à un modèle « hybride » qui reconnaît explicitement la relation dynamique et l'interdépendance des utilisations privées et communes²⁷⁸⁹.

377. Caractère rival des fichiers de données – La donnée doit se distinguer de son support, le fichier de données. Ce dernier est, certes, incorporel²⁷⁹⁰ mais est dépourvu

²⁷⁸⁶Autorité de la concurrence et Bundeskartellamt, *Droit de la concurrence et données*, 10 mai 2016, p. 41

²⁷⁸⁷SCHWARTZ P., *Property, Privacy, and Personal Data*, Harvard Law Review, 2003-2004, n° 117, p. 2056 et s. ; POSNER R. A., *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer Law & Business, New York, 8 janvier 2014, 9^e éd., spéc. p. 402 ;

²⁷⁸⁸CHARDEUX M.-A., *Les choses communes*, L.G.D.J., Paris, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 464, juin 2006, p. 69, n° 67

²⁷⁸⁹HEVERLY R. A., *The Information Semicommons*, Berkeley Technology Law Journal, automne 2003, vol. 18, n° 4, p. 1127-1189

²⁷⁹⁰V. GAUDRAT P., *Forme numérique & propriété intellectuelle*, RTD Com., 2001, p. 96 : pour qui les fichiers présentent tant un aspect incorporel que corporel. Cette composante physique se traduit par des

d'ubiquité et rival. Pour Monsieur Florent BERTHILLON, le « *souci de régler la localisation des données témoigne de leur défaut d'ubiquité* »²⁷⁹¹. Néanmoins, ici, Monsieur BERTHILLON ne distingue pas la donnée de son support. Or, la réglementation vise, en réalité, le support de la donnée, c'est-à-dire la donnée sur le plan structurel.

Toutefois, en pratique le degré de rivalité variera en fonction du mode stockage et de son accessibilité. Ainsi, Madame Chloé DORNBIERER estime que « *si un fichier est stocké sur un ordinateur, la rivalité sera forte, en revanche, s'il est stocké dans un data center et accessible en cloud, sa rivalité sera très faible* »²⁷⁹². Le support de la donnée, le fichier numérique ne relève donc pas de la catégorie de biens publics et s'éloigne, par conséquent, des choses communes.

2. La donnée numérique entre matière première, produit de base et produit fini

378. **La classification opérée par le Professeur CATALA pour l'information** – Le Professeur CATALA considérerait que l'information pouvait être, selon les cas : une matière première, un produit de base et un produit fini²⁷⁹³. L'information, matière première, renvoie aux données, aux faits bruts sans enrichissement. Pour cet illustre Professeur, il s'agit alors des *res nullius* c'est-à-dire une chose sans maître appropriable. Nous ne partageons, toutefois, pas une telle analyse. Nous estimons, au contraire, que l'information en tant que « *données du monde réel, certes reflétées dans une certaine forme* »²⁷⁹⁴ est une chose commune et cela, pour deux raisons principales. D'une part, nous avons vu qu'une des raisons avancées pour justifier l'inappropriabilité des choses communes est leur caractère insaisissable. Or, en pratique, en raison de leur ubiquité potentielle, l'information se dérobe « *au caractère exclusif de l'appropriation* »²⁷⁹⁵. De plus, la communication de l'information « *peut se faire sans altérer, ni diminuer la jouissance et la possession qu'en a son auteur* »²⁷⁹⁶. De surcroît, l'information en tant matière première ne peut relever, comme nous l'avons démontré, d'un droit de

charges électromagnétiques.

2791 BERTHILLON F., *op. cit.*, p. 29, n° 5

2792 DORNBIERER C., *op. cit.*, note de bas de page n° 50, p. 24

2793 CATALA P., *Reconnaître des droits privatifs sur l'information*, in *L'appropriation de l'information* (sous-dir. CHAMOUX J.-P.), Litec, Paris, février 1986, p. 112-113

2794 LIBCHABER R., *La recodification du droit des biens*, in *Le Code civil 1804 – 2004, Livre du bicentenaire*, Dalloz et Litec, Paris, 2004, p. 297

2795 GUTMANN D., *Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique*, Arch. phil. droit, 1999, n° 43, p. 75

2796 PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil français. Principes généraux. Les personnes, la famille, les incapables, les biens*, tome 1, L.G.D.J., Paris, 1928, 11^e éd., spéc. p. 808, n° 2545

propriété intellectuelle faute notamment d'originalité²⁷⁹⁷. D'autre part, l'information, matière première, reste à la disponibilité des tiers qui pourront eux-mêmes l'utiliser à leur guise. Ainsi, par exemple, Monsieur Noël-Jean MAZEN a qualifié de *res communes* certaines données issues du séquençage du génome humain²⁷⁹⁸.

Quant à la catégorie des informations comme produits de base, celle-ci englobe « *toute une série d'informations qui ont déjà été façonnées à partir d'une matière première, mais qui sont offertes pour la consommation sur le marché sans avoir été appropriées* »²⁷⁹⁹. Le Professeur CATALA inclut dans cette catégorie les informations gratuitement délivrées par l'État telles que le Journal Officiel de la République française, les informations publiées par l'Institut National de la Statistique et Études Économiques. Nous pouvons également y ajouter la cote des Bourses²⁸⁰⁰. Ces informations sont à l'usage de tous et accessibles gratuitement. Aussi, elles correspondent à la catégorie des *res communis*.

Enfin, l'information en tant que produit fini est celle susceptible d'appropriation notamment par le droit d'auteur. C'est l'élaboration intellectuelle, équivalant « *d'une sorte d'occupation* » qui permettrait de reconnaître une appropriation²⁸⁰¹.

379. Transposition de la classification aux données numériques – Le raisonnement adopté par le Professeur CATALA peut être transposé aux données numériques et cela, en raison du lien étroit entre les notions d'information et de donnée. Ainsi, les données brutes qui sont issues d'observations du monde réel relèvent de la catégorie des matières premières. Ce faisant, elles appartiennent au domaine des choses communes. Cela se justifie par la nécessaire de préserver la liberté d'expression et son corollaire la liberté de création. Quant aux données du secteur public, elles renvoient à l'idée de produits de base et donc de *res communis*. Cela vise notamment les données produites ou reçues dans le cadre de recherche publique²⁸⁰². En principe, de telles données ne sont, par conséquent, pas appropriables. Pour

2797V. dans le même sens : MOINE I., *Les choses hors commerce : une approche de la personne humaine juridique*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, tome 271, 1997, spéc. p. 352 pour qui les informations d'ordre général relèvent des choses communes ; CHARDEAUX M.-A., *op. cit.*, p. 156, n° 131 ; LIBCHABER R., *op. cit.*, p. 348, n° 46

2798MAZEN J.-N., *Problème juridiques liés aux applications médico-industrielles de la carte générique humaine*, RRJ, 1990, p. 365 et s. : cet auteur fait la distinction entre les données individuelles, les données qui sont à la charnière de l'individuel et du collectif et les données caractérisant l'appartenance à l'espèce humaine. C'est cette dernière catégorie de données qui relève des choses communes.

2799CATALA P., *op. cit.*, p. 113

2800TGI Compiègne, 2 juin 1989, DIT, 1984, n°4, p. 60, note POUJOL N. : refusant l'argument fondé sur le parasitisme les juges ont estimé que « *la cote des bourses est un document officiel destiné à l'information du public : que les cotations des valeurs ou titres ne sont pas comme tout prix de production susceptibles d'appropriation ; que les cotations et les négociations boursières sont des informations brutes et sont des biens communs à tous dès leur publication* ».

2801V. en sens : LIBCHABER R., *op. cit.*, p. 348, n° 46

2802V. par ex. art. L. 533-4, II, du Code de la recherche

les autres données, non publiques, telles que celles déduites ou encore enrichies à partir de données brutes ou publiques, appartiennent à la catégorie de « produit fini » et partant, leur appropriation ne semble pas exclue. Cette solution se justifie au regard de l'idée de force de travail qui est un mode de création de la valeur. En effet, la force de travail a pu être considérée comme faisant l'objet d'une quasi-propriété par le Professeur Thierry REVET²⁸⁰³. Le travailleur doit, en principe, obtenir la propriété de la valeur qu'il a créée par son travail. La force de travail s'est incarnée dans les données déduites et enrichies. Ces dernières résultent, en effet, d'un travail transformant les données brutes ou publiques et conduisant à augmenter leur valeur. Cependant, cette valeur créée par le travail ne revient pas toujours au travailleur mais le plus souvent à son employeur. Cela se comprend au regard de l'état de subordination du salarié. L'employeur s'approprie les fruits du travail de ses préposés en vertu du contrat de travail.

Finalement, de notre analyse, il ressort que les données sont loin d'être toutes des *res communis*. Certes, les données brutes, reflets du monde réel, relèvent des choses communes. Ces dernières doivent être laissées au libre usage de tous et ne pas être appropriées au profit d'une seule personne. En effet, une telle appropriation va à l'encontre de l'intérêt de la collectivité. Par ailleurs, l'enregistrement de faits bruts du monde réel ne nécessite nullement une force de travail qui justifierait une appropriation. À côté de ces données, il y a celles qui n'appartiennent pas au domaine des choses communes. Ce sont les données enrichies et déduites.

Soutenant la nécessité d'une rénovation de la théorie de la propriété, le Professeur Frédéric ZENATI avait souligné que « *la propriété jaillit de la communauté... la conquête de l'exclusivité est permanente* »²⁸⁰⁴. Cette réflexion se retrouve au sein de la pensée du sociologue DURKHEIM, pour qui « *le droit de propriété consiste essentiellement dans le droit de retirer une chose de l'usage commun* »²⁸⁰⁵. Les objets sur lesquels porte le droit de propriété présentent une hétérogénéité importante. Néanmoins, ils sont tous regroupés au sein de la catégorie juridique nommée « *bien* ». La chose participe donc à la définition du bien. Pour reprendre l'idée du Professeur DEMOLOMBE, la chose est le genre et le bien

2803REVET T., *La force de travail, étude juridique*, Litec, Paris, coll. Bibliothèque du droit de l'entreprise, 1992

2804ZENATI F., *Pour une rénovation de la théorie de la propriété*, RTD Civ., 1993, spéc. p. 316-317

2805DURKHEIM É., *Leçons de sociologie*, PUF, Paris, coll. Quadrige, 1995, 2^e éd., spéc. p. 171-172

l'espèce²⁸⁰⁶. Par une transmutation²⁸⁰⁷, la chose devient un bien. La notion juridique de bien, comme toutes les autres, consiste en des « *épuration*[s] structurante[s] *des rapports économiques et sociaux* »²⁸⁰⁸. La question qui surgit est alors de savoir si la donnée numérique, qui n'est une chose commune, peut être qualifiée de bien. En effet, Pour que les données numériques puissent être soumises au droit de la propriété, il est nécessaire de déterminer si elles peuvent être relever de la qualification de bien.

B. L'épineuse question de la qualification de la donnée numérique en bien

380. **La marchandisation des données numériques** – Comme l'estime Maître Samuel BECQUET, l'industrie joue un rôle acquisitif²⁸⁰⁹. De nos jours, celle-ci crée et exploite de plus en plus de données numériques. Dès lors, il est devenu courant de parler de marchandisation²⁸¹⁰ des données faisant de la donnée numérique une marchandise²⁸¹¹. Or, la marchandisation est un phénomène complexe impliquant quatre conditions qui sont : une réification, une appropriation privée, une évaluation en argent, et, enfin, la création d'un marché²⁸¹². Ainsi, nous remarquons avec le Professeur ZENATI que « *la transformation d'une entité quelconque en bien est la condition de son entrée dans le marché, la propriété étant la condition préalable de l'échange* »²⁸¹³. En d'autres termes, le processus de marchandisation suppose l'existence d'un bien disponible, approprié²⁸¹⁴. Néanmoins, cette extension de la

2806DEMOLOMBE C., *Cours de Code Napoléon, tome 9*, L. Hachette et C^{ie}, Paris, 1854, 4^e éd., spéc. n° 9

2807Pour reprendre le terme employé par le Professeur Rémy LIBCHABER (LIBCHABER R., *La recodification du droit des biens*, in *Le Code civil 1804 – 2004, Livre du bicentenaire*, Dalloz et Litec, Paris, 2004, p. 324).

2808BOY L., *Les nouvelles propriétés collectives : voulues, subies ?*, in *Volonté et biens. Regards croisés* (sous-dir. Yves Strickler et Fabrice Siirainen), L'Harmattan, Paris, 27 juin 2013, coll. Droit privé et sciences criminelles, p. 113

2809BECQUET S., *Le bien industriel*, L.G.D.J., Paris, coll. Thèses, sous-coll. Bibliothèque de droit privé, 22 novembre 2005, 544 p.

2810La notion de marchandisation est extra-juridique. Seul le terme fonctionnel de marchandise est employé, entre autres, en droit commercial avec la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises – V. LOQUIN É., *L'approche juridique de la marchandisation*, in *Droit et marchandisation* (sous-dir. É. Loquin et A. Martin), Litec, Paris, 16 avril 2010, p. 79 et s. : pour qui la marchandisation consiste en « *l'accès au marché de chose ou de services* » (p. 80)

2811Ce phénomène était déjà observable pour les informations au niveau des autorités européennes notamment dans l'affaire *Magill* où l'information est traitée en termes de marché (v. en ce sens : GOUDET G., *Statut juridique de l'information et économie de marché*, in *Immatériel, nouveaux concepts* (sous-dir. DE BANDT J. et GOURDET G.), Economica, Paris, 18 janvier 2001, spéc. 54).

2812KESSEDJIAN C., *Entre acceptation servile et refus catégorique – Un droit réglementaire ?*, in *Droit et marchandisation* (sous-dir. É. Loquin et A. Martin), Litec, Paris, 16 avril 2010, p. 443 et s.

2813ZENATI F., *L'immatériel et les choses*, Arch. phil. droit, 1999, n° 43, p. 81

2814V. *contra* : SIIRIAINEN F., *L'appropriation*, in *Droit et marchandisation* (sous-dir. É. Loquin et A. Martin), Litec, Paris, 16 avril 2010, spéc. p. 141 et s. : pour qui la marchandisation pourrait exister sans l'appropriation. L'auteur cite à titre d'exemple les unités de biodiversité ou encore des données publiques qui peuvent faire l'objet d'une marchandisation sans pour autant qu'il y ait une appropriation.

marchéisation et de la marchandisation n'est pas anodine et risque de conduire à une « *prolifération des droits subjectifs au détriment parfois des libertés qui le sous-tendent* »²⁸¹⁵.

Les expressions de marchandisation, de marché des données présupposent que les données numériques puissent être qualifiées de bien. Nous entendons vérifier cette assertion.

381. **L'effacement de la conception matérialiste du bien** – Le droit « *a recouvert le monde bariolé des choses d'un uniforme capuchon gris, la notion de bien* »²⁸¹⁶. Mais, encore faut-il s'entendre sur cette notion clef qu'est le bien. Or, paradoxalement, cette notion essentielle n'est pas définie par le Législateur²⁸¹⁷. Ce dernier s'est contenté d'établir une *summa divisio* des biens entre les meubles et les immeubles²⁸¹⁸. Le législateur s'était-il alors montré pusillanime ? Ou, à l'inverse, avait-il fait application de la maxime du *Digeste* de Justinien selon laquelle « *omnis definitio in jure civili periculosa est : parum est enim ut non subverti posset* »²⁸¹⁹ ? Ne pouvons-nous pas, d'ailleurs, expliquer cette absence de définition par le simple fait que le bien ne serait finalement qu'un donné, et non pas un construit ? Mais une telle affirmation est erronée puisqu'elle oublie que l'« *objet juridique est toujours un construit* »²⁸²⁰. Les biens ne sont donc pas des donnés de la nature, mais des constructions juridiques du monde.

Reste alors la question de la définition du bien. Qu'est-ce qu'en réalité, un bien ? Une chose est sûre ; les biens ne sont pas des personnes. En philosophe, le bien se définit comme « *ce qui est utile à une fin donnée, à un être* »²⁸²¹. Nous retrouvons cette idée lorsque le Doyen CORNU part du présupposé que « *les biens, c'est bon* »²⁸²². En droit, le Professeur Rémy LIBCHABER a défini les biens comme « *tous les objets dont [les personnes] peuvent*

2815BOY L., RACINE J.-B., SIIRIAINEN F., *L'ordre concurrentiel. Essai d'un concept*, in *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, éd. Frison-Roche, Paris, 18 novembre 2003, p. 31

2816CARBONNIER J., *Droit civil. Tome 3. Les biens*, PUF, Paris, coll. Thémis, 1969, 6^e éd., 1969, p. 52, n° 16

2817Certains auteurs ont défendu la thèse de « *l'inanité* » selon laquelle « *les définitions sont inutiles puisqu'elles ne sont pas des dispositions dans la loi* » (FENET P.-A., *Recueil complet des travaux préparatoire du Code civil*, tome XII Videcocq, 1836, p. 261-262, intervention de Regnaud).

2818Art. 516 C. civ.

2819*Digeste*, 50, 17, 202 : traduction : « *toute définition en droit civil est dangereuse, parce qu'elle peut être facilement subvertie* » (EPRON Q., *Introduction aux lectures de Interprétation et signification à la Renaissance. Le cas du droit de Ian Maclean*, Revue d'histoire des Facultés de droit, 2022, p. 60)

2820VERN, F., *Les objets juridiques, recherches en droit des biens*, Dalloz, Paris, coll. Nouvelle bibliothèque de thèse, vol. 200, juillet 2020, p. 761, n° 517 – V. ég. CHAZAL, J.-P., *La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel*, RTD Civ., 2014, p. 763 : pour qui « *les choses, qui sont l'objet de la propriété, ne sont pas des donnés de la nature* » ; GRZEGORCZYK C., *Le concept de bien juridique, l'impossible définition*, Arch. phil. dr., 1979, tome 24, p. 259 ; GOYARD-FABRE S., *La chose juridique dans l'idéalisme moderne*, Arch. phil. dr., 1979, tome 24, p. 152 et s.

2821LALANDE, A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Presses Universitaires de France, Paris, 1996, 18^e éd., p. 112

2822CORNU G., *Introduction, Les personnes, les Biens*, Montchrestien, Paris, 2005, 12^e éd., p. 373, n° 829

licitement avoir le désir »²⁸²³. Entre les perceptions philosophique et juridique de cette notion, il ressort l'importance de l'utilité de la chose.

Lors de la « *renaissance du droit romain* »²⁸²⁴, BARTOLE affirmait que la propriété pouvait seulement porter sur une chose, par hypothèse corporelle. Ainsi, cela excluait de l'emprise de la propriété toutes les choses incorporelles. Cette approche bartolienne ne fut, toutefois, pas reprise par le Code Napoléon²⁸²⁵. Le Code civil n'appréhende, en effet, le bien que dans son lien avec la propriété²⁸²⁶ sans distinguer si celui-ci est corporel ou incorporel. Les rédacteurs ont, certes, forgé le droit des biens sur une conception essentiellement matérialiste, c'est-à-dire sur le modèle de la propriété portant sur des choses tangibles et corporelles²⁸²⁷. Cela s'explique avant tout par la configuration de la société de 1804 ; essentiellement une société agraire où la terre était la principale source de richesse. Néanmoins, ils n'ont pas textuellement exclu du droit de propriété les choses de nature incorporelle. Bien au contraire, au sein de la dichotomie principale du Code civil entre meubles et immeubles, il en existe de nature incorporelle tels que l'usufruit des choses immobilières, les servitudes ou services fonciers²⁸²⁸ ou encore les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie²⁸²⁹. Aussi, le droit des biens connaissait dès 1804 certaines réalités immatérielles. Malgré tout, une perspective matérialiste s'est développée suivant laquelle seules les choses corporelles étaient incluses dans la catégorie des biens²⁸³⁰. Cette approche matérialiste des biens était souvent justifiée par un argument historique inexact selon lequel le droit romain excluait de la sphère du droit de propriété les biens immatériels²⁸³¹. Cette vision matérialiste s'observe dans la définition donnée par le *Vocabulaire juridique* CAPITANT. Ainsi, constitue un bien « *toute chose matérielle*

2823LIBCHABER R., *La recodification du droit des biens*, in *Le Code civil 1804 – 2004*, Livre du bicentenaire, Dalloz et Litec, Paris, 2004, p. 324

2824POUMARÈDE J., *Le point de vue de l'histoire*, in *Qu'en est-il de la propriété ?* (sous-dir. Daniel Tomasin), Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2006, spéc. n° 12

2825ZENATI F., *Pour une rénovation de la théorie de la propriété*, RTD Civ., 1993, p. 305 et s.

2826ROCHFELD J., *Les grandes notions du droit privé*, PUF, Paris, coll. Thémis, 1 décembre 2022, 3^e éd., p.p. 281, n° 4-1

2827Une partie de la doctrine estimait que le droit de propriété tel que défini à l'article 544 du Code civil était pensé uniquement pour les choses corporelles. Il s'agissait d'une interprétation des dispositions qui pourtant, ne faisaient pas référence directement à une quelconque matérialité du bien. V. par ex. DEMOLOMBE C. *Cours de Code Napoléon. Tome 9*, Imprimerie générale, Paris, 1878, p. 458-460, n°s 538-540.

2828Art. 526 C. civ.

2829Art. 529 C. civ.

2830V. par ex. BATIFFOL H., *Problèmes contemporains de la notion de bien*, Arch. phil. droit, tome 24, 1979, p. 10 : pour qui la distinction entre meuble et immeuble posé à l'article 516 du Code civil implique que les biens soient des choses corporelles.

2831GAUDEMET J., *Droit privé romain*, Montchrestien, Paris, 24 août 2000, 2^e éd., spéc. p. 353, n° 73

susceptible d'appropriation »²⁸³². Cette définition semble exclure les choses immatérielles de la notion de bien alors que certaines d'entre elles peuvent être appropriées.

Au vu de ce qui précèdent, faire de la nature corporelle des choses une condition de leur appropriation résulte d'une dénaturation de la loi. C'est pourquoi, cette vision matérialiste des biens a été remise en cause par un mouvement doctrinal d'ouverture aux biens incorporels²⁸³³. De nos jours, une « nouvelle modernité »²⁸³⁴ a soufflé sur le droit des biens. En effet, « dans sa quête insatiable de nouvelles richesses, l'homme ne pouvait se contenter de saisir les choses corporelles qui l'entourent »²⁸³⁵. Aussi, s'est-il logiquement tourné vers les choses incorporelles. L'effacement progressif de la conception matérialiste des biens a favorisé l'émergence de nouveaux biens essentiellement incorporels²⁸³⁶. Ce phénomène s'est intensifié avec les nouvelles technologies et la dématérialisation. Nous pensons, en particulier, aux œuvres de l'esprit, aux inventions, aux fonds de commerce, aux fonds libéraux, aux logiciels, aux bases de données.

De nos jours, l'intégration des biens incorporels au sein de la propriété ne fait plus de doute. Elle a été notamment reconnue par le Conseil constitutionnel en 1991²⁸³⁷ et en 2006²⁸³⁸. Ces biens incorporels sont rangés au moyen de la fiction par le Code civil dans la catégorie des meubles par détermination de la loi²⁸³⁹. Par ailleurs, les meubles, considérés hier comme *res vilis*, sont devenus une ressource importante dans notre économie essentiellement fondée sur l'immatériel. En outre, afin de consacrer l'entrée des biens incorporels dans le Code civil et d'écarter toute réticence²⁸⁴⁰, l'avant-projet de réforme du droit des biens de l'Association Henri CAPITANT avait proposé d'inclure dans le Code civil l'article 520 rédigé comme suit : « Sont des biens, [...], les choses corporelles ou incorporelles faisant l'objet d'une appropriation, [...] »²⁸⁴¹.

2832 CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, août 2011, 9^e éd., p. 127

2833 V. par ex. ZENATI F., *L'immatériel et les choses*, Arch. phil. dr., t. 43, 1999, p. 87 pour qui : « il n'est plus sérieux, au XX^e siècle, de soutenir que les personnes n'ont de relations juridiques directes ou médiate, qu'avec des choses corporelles » ; VILLEY M., *Préface historique*, Arch. phil. dr., t. 24, 1979, p. 2

2834 CARBONNIER J., *Droit civil. Tome 3. Les biens*, PUF, Paris, 2000, 19^e éd., n° 57

2835 PARANCE B., *La possession des biens incorporels*, L.G.D.J., Bibliothèque de l'Institut André Tunc, Paris, tome 15, 29 avril 2008, spéc. n° 4

2836 CARBONNIER J., *Flexible droit pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., Paris, 10 éd., 2001, p. 353

2837 Cons. const., Décision n° 90-283 DC du 8 janvier 1991, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*

2838 Cons. const., Décision n° 2010-607 DC du 10 juin 2010, *Loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*

2839 GUTMANN D., *op. cit.*, p. 69

2840 SIIRIAIMEN F., *Les « réalités immatérielles » et le Droit*, in *Immatériel, nouveaux concepts* (sous-dir. DE BANDT J. et GOURDET G.), Economica, Paris, 18 janvier 2001, spéc. 35

2841 PÉRINET-MARQUET H. (sous-dir.), *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, LexisNexis, coll. Carré droit, 1^{re} éd., 17 juillet 2009. Dans le même sens, le Professeur Jean-Michel BRUGUIÈRE avait proposé de restaurer l'article 1^{er} d'un projet de réforme antérieur disposant que

L'une des particularités de ces nouveaux biens incorporels est qu'ils ont une diversité de sources : il peut s'agir du Code civil, de lois spéciales telles qu'en propriété intellectuelle, mais également, de la jurisprudence « *avec parfois la perspective d'une consécration législative* »²⁸⁴².

Finalement, nous nous éloignons de la conception classique du Code civil axée sur des biens corporels pour rendre compte de l'évolution de notre société. Cela n'est pas étonnant. Le bien étant un concept « dessiné par le droit »²⁸⁴³ ne reflète pas obligatoirement des réalités physiques, mais s'inscrit dans les besoins de la société. L'acception de la notion bien est, donc, aujourd'hui, plus étendue qu'hier. Il n'existe pas de liste exhaustive de choses incorporelles protégeables. Aussi, c'est au fur et à mesure de l'évolution des besoins de la société qu'« *il peut apparaître juste et opportun de protéger de nouveaux biens ou, plus exactement, les personnes à l'origine de ces nouvelles créations* »²⁸⁴⁴. L'environnement numérique permet d'ouvrir une nouvelle perspective dans les rapports de l'Homme aux biens. La question se pose alors de savoir si la notion de bien peut accueillir la donnée numérique. À notre connaissance, aucun texte légal français ne vient qualifier directement la donnée numérique de bien. Au niveau de l'Union européenne, selon la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, le contenu numérique qui s'analyse en des « *données qui sont produites et fournies sous une forme numérique* »²⁸⁴⁵, ne « *devrait être considéré comme un bien* » que s'il « *est fourni sur un support matériel tel qu'un CD ou un DVD* ». Ce faisant, l'approche de la directive 2011/83/UE ne conduit-elle à une réminiscence au niveau de l'Union européenne de la corporéité pour appréhender les données en tant que bien ? La donnée numérique doit-elle nécessairement être matérialisée sur un support matériel pour être appréhendée ? L'incapacité de notre société à saisir la donnée numérique en soi est-elle « *la traduction de l'insuffisance du degré de raffinement de son système juridique* »²⁸⁴⁶ ?

Afin de déterminer si une donnée numérique peut être considérée comme un bien, il est essentiel d'analyser la manière dont cette notion est interprétée par la jurisprudence et la

tous les biens sont corporels ou incorporels (BRUGUIÈRE J.-M., *L'immatériel à la trappe ?*, D., 2006, p. 2804 et s.).

2842 MALLET-BRICOUT B., *Bien et immatériel en France*, in *L'immatériel*, Journées espagnoles, Tome LXIV, Travaux de l'Association Henri Capitant, éd. Bruylant/LV2B, Bruxelles, 11 décembre 2015, p. 160, n° 9

2843 Pour reprendre l'expression employée par les Professeurs Christophe CARON et Hervé LECUYER (CARON C. et LECUYER H., *Droit des biens*, Dalloz, Paris, coll. Connaissance du droit, 20 août 2002, p. 18)

2844 FABRE-MAGNAN M., *Propriété, patrimoine et lien social*, RTD Civ., 1997, p. 583 et s.

2845 Cons. 19 de la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, JOUE L 304, 22 novembre 2011, p. 64-88

2846 ZENATI F., *op. cit.*, p. 310

doctrine. Cette démarche nous permettra d'identifier les caractéristiques propres à un bien et de vérifier si la donnée numérique présente de telles caractéristiques.

382. **La Cour européenne des droits de l'homme et la notion de bien** – Au niveau européen, la notion de bien a une signification autonome à la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour de Strasbourg en adopte une conception large et pragmatique²⁸⁴⁷. Celle-ci a, effectivement, estimé que la notion de bien ne se limite ni aux biens corporels²⁸⁴⁸, ni « *non plus aux « biens actuels » et peut également recouvrir des valeurs patrimoniales, y compris des créances, en vertu desquelles le requérant peut prétendre avoir au moins une « espérance légitime » et raisonnable d'obtenir la jouissance effective d'un droit de propriété* »²⁸⁴⁹. Ainsi, une espérance légitime d'obtenir la jouissance effective d'un droit de propriété ou encore un simple intérêt patrimonial à jouir d'un immeuble²⁸⁵⁰ constitue un bien et, dès lors, est protégé au titre du respect du droit de propriété.

Il est, toutefois, difficile de synthétiser la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme²⁸⁵¹. Néanmoins, pour qu'un intérêt puisse prétendre au statut de bien, des conditions doivent être réunies. L'intérêt en cause doit être « *patrimonial* » et être « *suffisamment reconnu et important* » par l'État concerné. Nous pouvons rapprocher la référence faite à l'intérêt de la définition du droit subjectif donnée par le Professeur JHERING. Pour ce juriste prussien, le droit subjectif est « *un intérêt juridiquement protégé* »²⁸⁵². Aussi, dès lors qu'il y a un droit subjectif patrimonial, nous serons en présence d'un bien au sens de la Cour de Strasbourg.

Néanmoins, si cet intérêt patrimonial n'est pas directement protégé par l'État, il faudra caractériser une « *espérance légitime* » telle que dégagée par la Cour européenne des droits de

2847CEDH, gr. ch., 25 mars 1999, req. n° 31107/96, aff. *Iatridis c. Grèce*, pt. 54 ; CEDH, gr. ch., 12 juillet 2001, req. n° 42527/98, aff. *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne*, pt. 83 ; CEDH, gr. ch., 30 novembre 2004, req. n° 48939/99, aff. *Öneryıldız c. Turquie*, pt. 124 ; CEDH, gr. ch., 29 mars 2010, req. n° 34044/02, aff. *Depalle c. France*, pt 68 ; CEDH, gr. ch., 29 mars 2010, req. n° 34078/02, aff. *Brosset-Triboulet et autres c. France*, pt 71 – V. ég. LIBCHABER R., *La propriété, droit fondamental*, in Liberté et droits fondamentaux, Dalloz, Paris, 5 mai 2021, 27^e éd., p. 829, n° 994

2848CEDH, gr. ch., 25 mars 1999, req. n° 31107/96, aff. *Iatridis c. Grèce*, pt 54 : la clientèle d'un cinéma peut relever du champ de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel.

2849CEDH, gr. ch., 30 novembre 2004, n° req. 48939/99, aff. *Öneryıldız c. Turquie*, pt. 124 ; CEDH, gr. ch., 12 juillet 2001, req. n° 42527/98, aff. *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne*, pt. 83

2850CEDH, gr. ch., 29 mars 2010, req. n° 34044/02, aff. *Depalle c. France*, pt 68 ; CEDH, gr. ch., 29 mars 2010, req. n° 34078/02, aff. *Brosset-Triboulet et autres c. France*, pt 71

2851V. en ce sens : DROSS W., *L'extension de la notion de bien à l'intérêt économique substantiel*, in Les « nouveaux biens » ; Nouvelles qualifications ou nouveaux régimes ?, sous-dir. L. Leveneur, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, janvier 2020, p.15-29 : pour qui toute tentative de systématisation de la jurisprudence de la Cour EDH semble vouée à l'échec.

2852JHERING R. V., *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, tome IV, Forni Editori Bologna, Bologne, 1969, 3^e éd., p 328

l'homme pour que nous puissions considérer être en présence d'un bien. Le célèbre poète SHAKESPEARE n'avait-il pas estimé que « l'espérance d'une joie est presque égale à la joie ». Néanmoins, les juges strasbourgeois n'ont pas défini cette notion d'« *espérance légitime* ». Monsieur Walter JEAN-BAPTISTE la définit comme « *un lien de rattachement entre un sujet de droit et un intérêt économique qui permet à ce dernier d'être hissé au rang de bien sous la forme d'une valeur patrimoniale* »²⁸⁵³. La Cour européenne a, toutefois, précisé qu'« *il y a une différence entre un simple espoir [...] et une espérance légitime, qui doit être de nature plus concrète et se baser sur une disposition légale ou un acte juridique, telle une décision judiciaire* »²⁸⁵⁴. En somme, le caractère légitime de l'espérance découle de la reconnaissance officielle de l'intérêt par l'ordre juridique de l'État en cause²⁸⁵⁵.

L'absence d'espérance légitime n'écarte, cependant, pas toute possibilité de caractériser l'existence d'un bien. En effet, celui-ci peut également provenir d'un intérêt économique lorsque cet intérêt acquiert un caractère substantiel. Ce caractère substantiel peut, entre autres, résulter de l'écoulement du temps comme l'illustre la décision du 30 novembre 2004²⁸⁵⁶. En l'espèce, des abris édifiés illégalement sur un terrain appartenant au Trésor public avaient été détruits par une explosion de gaz de méthane. L'un des habitants de ces abris avait alors demandé à l'État réparation de son préjudice tant matériel que moral. Cette demande avait été rejetée en raison de sa situation illégale. Saisie, la Cour européenne a affirmé que l'occupation du terrain pendant cinq ans ne pouvait rendre le requérant titulaire d'un droit susceptible de s'analyser en un bien. Cette position s'explique justement par l'absence d'espérance légitime basée sur une disposition légale ou sur un acte juridique de l'État concerné. Toutefois, elle a estimé que « *l'habitation construite par le requérant et le fait pour lui d'y demeurer avec ses proches représentaient un intérêt économique substantiel, et que pareil intérêt, dont le maintien dans le temps avait été toléré par les autorités, constituait un « bien » au sens de la norme exprimée dans la première phrase de l'article 1 du Protocole n° 1* »²⁸⁵⁷. Ici, la particularité de la décision tient à la consécration d'un intérêt économique en l'absence de toute reconnaissance juridique étatique²⁸⁵⁸. La solution est loin d'être isolée. La

2853 JEAN-BAPTISTE W., *L'espérance légitime*, Institut Universitaire Varenne, coll. Thèse, 20 décembre 2011, spéc. n° 72

2854 CEDH, gr. ch., 10 juillet 2002, req. n° 39794/98, aff. *Gratzinger et Gratzingerova c. République tchèque*, pt 73

2855 V. par ex. CEDH, gr. ch., 28 septembre 2004, n° req. 44912/98, aff. *Kopecký c. Slovaquie*, pt. 52 : les juges strasbourgeois estiment que « *lorsque l'intérêt patrimonial concerné est de l'ordre de la créance, il ne peut être considéré comme une « valeur patrimoniale » que lorsqu'il a une base suffisante en droit interne, par exemple lorsqu'il est confirmé par une jurisprudence bien établie des tribunaux* ». V. ég. en ce sens : DROSS W., *op. cit.*, p. 26

2856 CEDH, gr. ch., 30 novembre 2004, req. n° 48939/99, aff. *Öneryıldız c. Turquie*

2857 *Ibid.*, pt. 121

2858 DROSS W., *op. cit.*, p. 28

Cour de Strasbourg l'a effectivement réitérée à plusieurs reprises notamment dans l'affaire *Depalle contre France* du 29 mars 2010²⁸⁵⁹.

Il serait possible de considérer de prime abord que cette extension de la notion de bien par les juges strasbourgeois n'a pas d'incidences directes sur l'approche adoptée par les États membres. Une telle interprétation serait, néanmoins, erronée. En effet, faute de mesures positives de protection des biens²⁸⁶⁰, les États membres peuvent se voir sanctionnés par les juges strasbourgeois. Cela a conduit, à juste titre, le Professeur William DROSS à conclure que la Cour européenne des droits de l'homme se sert de la responsabilité de l'État pour consacrer une propriété²⁸⁶¹.

En ce qui concerne la donnée numérique, il est clair qu'elle constitue un actif incorporel essentiel. En effet, pour son détenteur, ces données peuvent être d'une importance capitale, générant des intérêts financiers significatifs et possédant dès lors une valeur économique²⁸⁶². Cette caractéristique fondamentale nous amène à les considérer comme des biens au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Par ailleurs, la jurisprudence française ne semble pas être restée totalement insensible à cette conception européenne du bien²⁸⁶³. Cependant, elle impose que le bien en cause soit de nature directement patrimoniale²⁸⁶⁴. Nous retrouvons par là même l'idée de valeur.

383. La valeur, critère d'identification du bien – La notion de bien est difficile à cerner et semble échapper à toute définition générale. Elle serait dite insaisissable²⁸⁶⁵. Néanmoins, des différentes définitions doctrinales de la notion de bien, le Professeur Alexandre ZABALZA relève une juxtaposition de critères : la *choséité*, l'utilité ou la valeur, et la propriété. Ainsi, selon cet auteur, le bien est « *une chose ayant une ou plusieurs formes d'utilité ou de la valeur*

2859CEDH, gr. ch., 29 mars 2010, réq. n° 34044/02, aff. *Depalle c. France* ; v. ég. CEDH, gr. ch., 29 mars 2010, réq. n° 34078/02, aff. *Brosset-Triboulet et autres c. France*

2860V. CEDH, gr. ch., 30 novembre 2004, réq. n° 48939/99, aff. *Öneryıldız c. Turquie*, pt. 130 : « *La chambre, après avoir souligné l'importance cruciale du droit consacré par l'article 1 du Protocole no 1, a estimé que l'exercice réel et efficace de ce droit ne saurait dépendre uniquement du devoir de l'État de s'abstenir de toute ingérence et pourrait exiger des mesures positives de protection* ».

2861DROSS W., *op. cit.*, p. 29

2862V. en ce sens : pour le nom de domaine sur Internet : CEDH, 5^e sect., 18 septembre 2007, réq. n°s 25379/04, 21688/05, 21722/05 et 21770/05, aff. *Paeffgen GmbH v. Germany* ; CEDH, 5^e sect., 8 octobre 2018, réq. n° 44460/16, aff. *O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd v. Ireland* ;

2863V. par ex. pour la jurisprudence administrative : CE, Ass., 5 mars 1999, n° 194658 et 196116 ; CE, Ass., 30 novembre 2001, n° 212179, *Diop* ; CE, 9^e et 10^e sous-sect. Réunion, 7 janvier 2004, n° 232465, *Colombani* – V. par ex. pour la jurisprudence judiciaire : Cass. soc., 14 janvier 1999, n° 97-14.757 et 97-15.177 ; Cass. 3^e civ., 18 mai 2005, n° 04-11.349, Bull. 2005, III, n° 109, p. 100 ; Cass. 1^e civ., 24 janvier 2006, n° 02-13.775, Bull. 2006, I, n° 31, p. 29 ; Cass. 1^e civ., 17 février 2016, n° 15-12.805, Bull. civ. I, n° 845, I, n° 984 ;

2864SÉRIAUX A., *Propriété*, Répertoire de droit civil, Dalloz, juillet 2022 (mise à jour : mars 2024), n° 25

2865GRZEGORCZYK C., *Le concept de bien juridique, l'impossible définition*, Arch. phil. dr., 1979, tome 24, p. 259

et susceptible d'appropriation »²⁸⁶⁶. Nous remarquons que nous sommes passés d'une conception objective du bien à une conception subjective ou intellectuelle. Cette dernière se concentre sur l'intérêt des personnes et non pas sur la corporéité de la chose. Par ailleurs, dans son étude sur la notion de bien, le Professeur Pierre BERLIOZ considère qu'un bien est une chose, certes, appropriable mais également saisissable²⁸⁶⁷. En cela, il rappelle l'importance de la fonction de garantie des biens au regard du droit de gage général dont bénéficient les créanciers. De ce raisonnement, il ressort que les choses insaisissables ne pourraient être qualifiées de biens. Une telle analyse n'est, toutefois, pas partagée par le Professeur Frédéric ZENATI, pour qui « *ce qui compte pour qu'une chose soit un bien est donc un objet de propriété, [...], ce n'est pas qu'il soit aliénable ou saisissable, mais simplement que l'on envisage l'utilité de l'appréhender exclusivement afin de pouvoir en tirer profit* »²⁸⁶⁸.

Nous ne pouvons que constater, actuellement, que le critère de l'utilité juridique a cédé la place à celui de valeur économique²⁸⁶⁹. En d'autres termes, la valeur équivaut à la « *représentation économique de la chose* »²⁸⁷⁰. En cela, nous retrouvons la prescription de Doyen SAVATIER suivant laquelle « *le « bien » des juristes doit rejoindre aussi exactement que possible, la « richesse » des économistes* »²⁸⁷¹. Cette conception économique de la valeur prend à la fois en compte l'utilité et la rareté du bien²⁸⁷². Ainsi, pour le Professeur Jean-Marc MOUSSERON, un élément acquiert une valeur à partir du moment où il présente un intérêt

2866 ZABALZA A., *La tragédie du droit des biens*, in Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Marc Trigeaud : les personnes et les choses du droit civil à la philosophie du droit et de l'État, sous-dir. Zabalza A. et Grard C., Bordeaux, Éditions Bière, p. 761 – V. ég. AYNÈS L., *Préface*, in BERLIOZ P., *La notion de bien*, L.G.D.J., Paris, octobre 2007, Thèses, sous-coll. Bibliothèque de droit privé, t. 489, 596 p. : selon le Professeur Laurent AYNÈS « *sous réserve de nuances, on peut dire qu'elle s'applique à des choses corporelles ou incorporelles, utiles à l'homme, donc désirables et dotées d'une valeur, et appropriables* » ; DEMOLOBE C., *Cours de Code Napoléon*, tome 9, L. Hachette et C^{ie}, Paris, 1854, 4^e éd., spéc. p.6, n° 8 ; BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU M., *Traité théorique et pratique du droit civil. Des biens*, Librairie de la société du recueil général des lois et arrêts, Paris, 1896, p. 11, n° 10 : pour qui les biens regroupent « *toutes les choses qui, pouvant procurer à l'homme une certaine utilité, sont susceptibles d'appropriation privée* » ; ZENATI F., et REVET T., *Les biens*, PUF, Paris, coll. Droit fondamental, 1997, 2^e éd., p. 13, n° 1 : pour qui les biens sont des « *choses qu'il est utile et possible de s'approprier* ».

2867 BERLIOZ P., *op. cit.*, p. 203, n° 624

2868 ZENATI F., *Essai sur la nature de la propriété*, thèse de doct., Lyon III, 1981, p. 788

2869 SIMLER P., *Les biens*, PUG, Grenoble, 14 septembre 2006, 3^e éd., spéc. n° 1 : pour qui « *le concept juridique de biens n'est pas autre chose que ce que la science économique appelle richesses* ». ; – V. ég. MIGNOT M., *La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie*, Revue de la Recherche Juridique – Droit prospectif, 2006-4, pp.1807-1857, spéc. n° 8 : pour qui le bien se définit comme « *une valeur économique, située dans une prérogative juridique quelconque, et consacrée comme telle par le droit objectif* ».

2870 VERBAERE C., *Essai d'une théorie générale de la notion de valeur, application au droit de rétention*, R.R.J., 1999, n° 3, p. 685 et s. spéc. p. 692

2871 SAVATIER R., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 3^e série, Dalloz, Paris, 1959, p. 171, n° 497

2872 LAURENT J., *La propriété des droits*, L.G.D.J., Paris, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 537, 3 juillet 2012, spéc. p. 203, n° 253

pour l'Homme vivant en société²⁸⁷³. En cela, biens corporels et incorporels se rejoignent dans un unique critère, celui de valeur²⁸⁷⁴. Cette approche se fonde essentiellement sur le postulat de la dématérialisation de l'objet du droit de propriété²⁸⁷⁵. Nous pouvons ainsi dire que le caractère corporel de la chose a été phagocyté par l'exigence d'une valeur²⁸⁷⁶.

Dire que la valeur est au cœur de la notion de bien²⁸⁷⁷ est devenu une réelle « *antienne dans la doctrine actuelle* »²⁸⁷⁸. Elle joue véritablement le « *rôle ontologique* »²⁸⁷⁹ dans le droit des biens. La valeur serait, en réalité, l'« *objet naturel du droit de propriété* »²⁸⁸⁰. Toujours est-il qu'il est ardu de saisir l'essence même de la notion de valeur²⁸⁸¹. Cette difficulté ne se rencontre pas uniquement en Droit. Elle touche également l'économie, la philosophie. Ainsi, par exemple, plusieurs courants philosophiques ont essayé de définir ce qu'est la valeur. Suivant une approche objective, la valeur est immanente aux choses. Celle-ci existe indépendamment de notre perception. Autrement dit, la valeur est une caractéristique objective de la chose. À l'opposé, les subjectivistes soutiennent que la valeur n'est pas une

2873 MOUSSERON J.-C., *Valeurs, biens, droits*, in Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida, Dalloz, 1991, p. 277-283 : pour qui, le bien est « *tout élément, matériel, ou non, suscitant un double souci de réservation et de commercialisation chez son maître du moment qui appelle et obtient la sollicitude de l'organisation sociale* » (p. 279)

2874 V. en ce sens : DROSS W., *op. cit.*, p. 16 : pour qui « *l'enveloppe corporelle des choses n'a jamais été qu'un miroir aux alouettes dissimulant le véritable objet du droit de propriété, lequel n'atteint pas des objets mais leur valeur* » ; V. ég. MOUSSERON J.-M., RAYNARD J. et REVET T., *De la propriété comme modèle*, in Mélanges offerts à André Colomer, Paris (France), Litec, 1993, p. 286

2875 ATIAS C., *Droit civil. Les biens*, LexisNexis, Paris, 1 avril 2011, 11^e éd., spéc. p. 93, n° 108 ; BERGEL J. L., *Rapport général sur les nouveaux biens*, in La propriété, Journées vietnamiennes, t. LIII, éd. Société de législation comparée, septembre 2006, coll. Travaux de l'Association Henri Capitant, p. 216

2876 V. en ce sens : ZENATI F., *L'immatériel et les choses*, Arch. phil. droit, 1999, n° 43, p. 95 pour qui « *la chose en perd sa substance physique* ».

2877 V. en ce sens : DROSS W., *Droit des biens*, L.G.D.J., Paris, coll. Précis Domat ; Droit Privé, 19 août 2014, 2^e éd., spéc. p. 21, n° 9 ; ATIAS C., *Droit civil. Les biens*, LexisNexis, Paris, 1 avril 2011, 11^e éd., spéc. p. 93 et s., n°s 107 et 108 ; MERCIER V., *L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens*, PUAM, 2005, n° 188 ; PIÉDELIÈVRE A., *Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien*, in Aspects du droit privé en fin du 20^e siècle, études réunies en l'honneur de Michel de Juglart, L.G.D.J., Paris, 1986, p. 57

2878 DROSS W., *La valeur, moteur des nouveaux biens de l'entreprise*, quatrième séance du cycle Le patrimoine de l'entreprise : d'une réalité économique à un concept juridique ?, organisé par l'Équipe de Recherches Appliquées au Droit Privé du Centre de recherches Droits et perspectives du droit (EA n° 4487) avec le soutien de la MESHS.

2879 SIIRIAIMEN F., *op. cit.* p. 37

2880 VERBAERE C., *Essai d'une théorie générale de la notion de valeur, application au droit de rétention*, R.R.J., 1999, n° 3, p. 685 et s. spéc. p. 692

2881 *Ibid.*, p. 685 et s. – V. en économie : ORLÉAN A., *L'empire de la valeur. Refonder l'économie*, Seuil, Paris, coll. La couleur des idées, 20 octobre 2011, 352 p. ; en droit : KRIEF-SEMITKO C., *La valeur en droit civil français : essai sur les biens, la propriété et la possession*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 20 octobre 2009, 334 p. ; GRZEGORCZYK C., *La théorie générale des valeurs et le droit. Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, L.G.D.J., Paris, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, vol. 25, 1982, 282 p. ; RENOUF M., *Contribution à l'analyse juridique de la notion de valeur. Essai sur les biens à valeur négative*, Thèse de doctorat, Droit privé, Université de Caen, 2012

caractéristique de la chose. Mais bien au contraire, la valeur découle de notre perception du monde extérieur²⁸⁸². Nous nous inscrivons dans ce dernier courant de pensée.

La difficulté de saisir la valeur résiste, selon nous, dans le fait que la valeur est toujours déterminée par les rapports intersubjectifs. La valeur n'existe pas en soi mais uniquement dans le cadre d'un rapport à l'Homme. Elle est donc subjective et varie selon la personne concernée et l'époque. De plus, la valeur n'est pas uniquement pécuniaire ou économique. Elle peut effectivement « *consister en un apport d'ordre scientifique, culturel, voire en un attachement sentimental, psychologique* »²⁸⁸³. De surcroît, l'appréciation de la valeur variera selon que nous soyons en présence d'une chose corporelle ou incorporelle. Ainsi, « *tandis que la valeur des biens matériels est liée à leur accessibilité et augmente avec leur rareté, c'est exactement l'inverse qui se produit pour les biens immatériels, qui sont inévaluables sous le rapport de leur disponibilité puisqu'ils sont infiniment abondants, mais dont la valeur réside dans la multiplicité d'usages intellectuels qu'ils sont susceptibles d'engendrer* »²⁸⁸⁴. Nous pouvons ici faire référence à la vision utilitariste du philosophe anglais BENTHAM selon laquelle « *la valeur des biens n'est pas déterminée par leurs propriétés internes, mais par leur propension à satisfaire les désirs et les tendances de chacune* »²⁸⁸⁵.

Afin de nous aider à circonscrire davantage cette notion, nous pouvons faire appel à la pensée du philosophe de Stagire. Pour ARISTOTE, la valeur recouvre deux dimensions. Elle peut renvoyer à la valeur d'usage de la chose ou à la valeur d'échange de celle-ci. Une traduction en Droit de cette conception philosophique de la valeur, est possible. Au regard de l'article 544 du Code civil, la valeur d'usage correspond à la jouissance alors que la valeur d'échange, quant à elle, vise la disposition de la chose. Le bien doit ainsi être utile, ce qui correspond à la valeur d'usage et pouvoir circuler ce qui renvoie à la valeur d'échange.

De ces deux valeurs, c'est la valeur d'usage qui, pour le maître d'Alexandre le Grand, est essentielle²⁸⁸⁶. Celle-ci est liée à la substance de la chose et traduit ses qualités intrinsèques et particulières. Partant, cette valeur présente un assujettissement important aux

2882V. pour l'approche philosophie entre les subjectivistes et les objectivistes : GRZEGORCZYK C., *Le concept de bien juridique, l'impossible définition*, Arch. phil. dr., 1979, tome 24, p. 265-266

2883SIIRIAINEN F., *L'appropriation de l'information : grandeur ou décadence de la propriété ?*, in Immatériel, nouveaux concepts (sous-dir. DE BANDT J. et GOURDET G.), Economica, Paris, 18 janvier 2001, p.133

2884XIFARAS M. *La propriété : Étude de philosophie du droit*, Paris, PUF, 1^{ère} éd., 2004, spéc. p. 359

2885ZWARTHOED D., *Volonté et biens : la perspective des théories de la justice distributive*, in Volonté et biens. Regards croisés (sous-dir. Yves Strickler et Fabrice Siirainen), L'Harmattan, Paris, 27 juin 2013, coll. Droit privé et sciences criminelles, p 76

2886ROMEYER-DHERBEY G., *Chose, cause et œuvre chez Aristote*, Arch. phil. dr., t. 24, 1979, p. 127-136 ; *id.*, *Les choses memes. La pensée du réel chez Aristote*, éd. L'Age d'Homme, Lausanne1983, 400 p.

caractéristiques physiques de la chose. À l'inverse, en Droit, par l'influence des courants de pensées économiques, la valeur d'échange est devenue le critère principal de représentation du bien²⁸⁸⁷. Un auteur a même pu estimer que la valeur doit avoir l'aptitude à circuler, c'est-à-dire faire l'objet d'échange²⁸⁸⁸ afin d'être qualifiée de bien. Ainsi, le Professeur MOUSSERON considère que « *le concept de valeur n'acquiert [...] tout son sens que lorsque le souci de réservation se prolonge par celui de commercialisation* »²⁸⁸⁹. La valeur d'échange « *permet [...] de ramener tous les biens au dénominateur commun que constitue la monnaie* »²⁸⁹⁰. En d'autres termes, la possibilité de quantifier monétairement la chose lui ouvre les portes du domaine des biens. Mais cela conduit à confondre valeur vénale et valeur juridique²⁸⁹¹. Concrètement, la valeur vénale correspond au « *prix tiré de la valeur d'échange, ou de la capacité à disposer du bien sur le marché* »²⁸⁹². La commercialisation semble ainsi entretenir un rapport étroit avec la reconnaissance d'un bien. Celle-ci permet de révéler la « *valeur en même temps que le pouvoir dont elle est l'objet* »²⁸⁹³. Toutefois, nous pouvons arguer du fait que certains biens sont pris en considération par le système juridique alors même que leur valeur vénale est négative²⁸⁹⁴. En d'autres termes, au sens d'utilité, ce bien représente plus d'inconvénients que d'avantages. Tel est le cas, par exemple, d'un terrain contaminé²⁸⁹⁵ dont sa dépollution a un coût supérieur à sa valeur vénale ou encore de titres de société dans laquelle le passif est supérieur à l'actif²⁸⁹⁶. Il ne saurait, donc, y avoir de « *corrélation parfaite entre les valeurs économiques et les biens qui en sont la traduction juridique* »²⁸⁹⁷.

L'importance accordée à la valeur d'échange n'est pas partagée par la Cour européenne des droits de l'homme qui reste indifférente à la vocation du bien à circuler²⁸⁹⁸. De

2887ZABALZA A., *op. cit.*, p. 765

2888SÉRIAUX A., *La notion juridique de patrimoine*, RTD Civ., 1994, spéc. 805

2889MOUSSERON J.-M., *Valeurs, biens, droits*, in *Inventer*, Centre du Droit de l'entreprise, Montpellier, 2001, p. 133

2890DROSS W., *La valeur, moteur des nouveaux biens de l'entreprise*, quatrième séance du cycle Le patrimoine de l'entreprise : d'une réalité économique à un concept juridique ?, organisé par l'Équipe de Recherches Appliquées au Droit Privé du Centre de recherches Droits et perspectives du droit (EA n° 4487) avec le soutien de la MESHS, p. 5 ; V. ég. BERLIOZ P., *op. cit.*, spéc. p. 174, n° 537 pour qui « *peuvent être qualifiés de biens des droits qui ne sont pas cessibles, pourvu seulement qu'ils puissent être évalués en argent* »

2891V. en ce sens : MERCIER V., *L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens*, PUAM, Aix-Marseille, 4 octobre 2015, spéc. p. 132, n° 277 ; ZABALZA A., *op. cit.*, p. 765-766 : pour qui, il a une forme de « *défondation* » du droit des biens lorsqu'on associe le bien et le prix.

2892ZABALZA A., *op. cit.*, p. 765-766

2893BERLIOZ P., *op. cit.*, p. 177, n° 543

2894CHILSTEIN D., *Les biens à valeur vénale négative*, RTD Civ., 2006, p. 663

2895Art. L. 556-3 et s. Code de l'environnement

2896GRIMALDI, C., *Droit des biens*, L.G.D.J., Paris, 2021, 3^e éd., n° 18

2897LUCAS A., DEVEZE J., FRAYSSINET J., *Droit de l'informatique et de l'internet*, PUF, Paris, coll. Thémis droit privé, 13 novembre 2001, spéc. p. 272, n° 471

2898V. par ex. CEDH, gr. ch., 30 novembre 2004, réq. n° 48939/99, aff. *Öneryıldız c. Turquie*

plus, à l'heure actuelle, cette valeur d'échange perdrait de sa portée au profit de la valeur d'usage. Ce changement de perspective s'explique par l'entrée dans l'âge de l'accès²⁸⁹⁹. L'économiste américain Jeremy RIFKIN avait effectivement estimé que, plutôt que d'échanger des biens, les entreprises ont dans l'idée d'en contrôler et d'en réguler l'accès. Ainsi, « *la propriété des biens ne circul[er]ait plus entre les acteurs du commerce* »²⁹⁰⁰. Ces derniers préfèrent davantage offrir un accès aux biens qu'ils détiennent. Cependant, la thèse avancée par l'économiste Jeremy RIFKIN ne doit pas faire oublier que ce sont les titulaires de droits de propriété qui organisent l'offre d'accès. La logique d'accès ne peut donc se substituer à celle dite traditionnelle de la propriété²⁹⁰¹.

384. La conception subjective de la notion de bien adoptée par la jurisprudence – La jurisprudence fait sienne cette approche du bien en termes de valeur. L'exemple le plus emblématique est l'évolution concernant la clientèle civile des professionnels libéraux. En reconnaissant sa cession, la jurisprudence a implicitement admis la clientèle civile comme un bien. Par ailleurs, pour la Professeure Judith ROCHFELD, « *l'approche actuelle du bien permet [...] d'adapter la qualification au caractère prospectif des sociétés modernes hautement intellectualisées* »²⁹⁰². En effet, la conception intellectuelle du bien se révèle parfaitement adaptée au phénomène de dématérialisation que connaît actuellement notre société.

Le Droit ne crée pas la valeur. Celle-ci résulte de la maîtrise de fait. La protection juridique renforce uniquement cette valeur²⁹⁰³. Mais, la présence d'une valeur économique implique-t-elle nécessairement l'existence corrélative d'un bien ? Toute valeur est-elle digne d'accéder au rang de bien ? En réalité, « *admettre un élément de valeur au rang de bien juridique traduit [...] l'état des conceptions politiques à un moment donné* »²⁹⁰⁴. Pour pouvoir devenir un bien, un lien juridique entre la valeur et la personne doit ainsi être reconnu. En somme, « *le droit doit accepter de donner à un titulaire le pouvoir de réserver cette*

2899RIFKIN J., *L'âge de l'accès. La révolution de la nouvelle économie*, La Découverte éd., Paris, 31 août 2000, 380 p.

2900DROSS W., *op. cit.*, p. 5

2901V. en ce sens : VIVANT M. et MAFFRE-BAUGÉ A., *Internet et la propriété intellectuelle : droit, l'information et les réseaux*, IFRI, coll. Les notes de l'IFRI, 15 juin 2002, p. 73

2902ROCHFELD J., *Les grandes notions du droit privé*, PUF, Paris, coll. Thémis, 1 décembre 2022, 3^e éd., p. 298, n° 4-12

2903V. en ce sens : BERLIOZ P., *op. cit.*, p. 181, n° 560 ; – MOUSSERON J.-M., RAYNARD J. et REVET T., *op. cit.*, note de bas de page n° 16 : ces auteurs semblent avoir une position plus nuancée. Ces derniers estiment que la réservation juridique contribue à la raréfaction du bien. Ainsi, la valeur est pour partie au moins, générée par le Droit.

2904ROCHFELD J., *op. cit.*, p. 282, n°4-1

valeur »²⁹⁰⁵. Ainsi, il y a des choses qui, malgré leur utilité, leur valeur, ne sont pas des biens. Nous pouvons citer à titre d'exemple, l'air ou encore l'eau qui sont des *res communes* et cela, malgré leur utilité pour l'Homme. De même, il y a des choses « hors du commerce ». Aussi, pour certains auteurs, il semble difficile de définir le bien uniquement au travers du concept de valeur²⁹⁰⁶. Ils estiment que la valeur n'est pas suffisante pour accéder au statut de bien. Ce serait lorsque « *le droit accorde une protection juridique à la valeur économique produite qu'un bien nouveau [viendrait] au jour* »²⁹⁰⁷. En d'autres termes, c'est à la condition que le Droit reconnaisse la réservation possible d'une nouvelle valeur que naît un nouveau bien. Cette réservation peut passer par le biais soit du droit de propriété soit de la responsabilité civile ou pénale. En effet, pour le Professeur William DROSS, « *la responsabilité est le cheval de Troie de la propriété* »²⁹⁰⁸. Cet auteur part du constat que désormais, la valeur constitue le fondement de la qualification de bien. Les dommages et intérêts qui sont prononcés en l'application de la responsabilité civile révèlent l'existence d'une valeur, une « valeur d'échange »²⁹⁰⁹, et par conséquent, d'un bien. Cette analyse s'appuie essentiellement sur la jurisprudence en matière de parasitisme. Cette action conduit comme nous l'avons souligné²⁹¹⁰, à une réservation *ex post* de la valeur économique individualisée. Le parasitisme se révèle donc être « *le moteur d'apparition [de] nouveau[x] bien[s] de l'entreprise* »²⁹¹¹. Cette action vise effectivement à sanctionner l'usurpation d'une valeur économique, individualisée pouvant notamment relever d'un travail intellectuel²⁹¹² et procurant un avantage concurrentiel. Cette valeur peut notamment être le fruit d'un travail intellectuel. Ainsi, a été sanctionnée au titre du parasitisme, la reprise d'études statistiques²⁹¹³. Ce raisonnement trouve-t-il à s'appliquer aux données numériques ?

2905 *Ibid.*, p. 302, n° 4-14 – Dans le même sens, v. MOUSSERON J.-M., RAYNARD J. et REVET T., *op. cit.*, p. 285 pour ces auteurs, « *utile et rare, une valeur, au sens économique du terme, devient un bien, au sens juridique du mot, lorsque la Société répond, par le Droit, aux soucis complémentaires de réservation et de commercialisation de son maître du moment* »

2906 V. en ce sens : GRZEGORCZYK C., *op. cit.*, p. 267 ; MOUSSERON J.-M., RAYNARD J. et REVET T., *op. cit.*, p. 293

2907 CATALA P., *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne*, RTD Civ., 1964, p. 202 ; V. ég. MOUSSERON J.-M., RAYNARD J. et REVET T., *op. cit.*, p. 285 ; MOUSSERON J.-M., *op. cit.*, p. 279

2908 DROSS W., *op. cit.*, p. 12

2909 *Loc. cit.*

2910 V. *supra* n° 225 et s.

2911 DROSS W., *op. cit.*, p. 20 : l'auteur fait référence à l'image de l'entreprise.

2912 V. dans ce sens : FRISON-ROCHE M.-A. et RODA J.-C., *Droit de la concurrence*, Dalloz, Paris., 2^e éd., 2022, p. 761, n° 956 : pour ces auteurs, « *c'est la notoriété ou la valeur économique du produit qui justifie que l'on puisse agir en parasitisme* ».

2913 CA Paris, 22 mai 1990, D. 1990, p. 175 : les juges ont estimé que « *des études statistiques sont le fruit d'un savoir-faire dans la conception des méthodes de sondages, d'importantes prestations de services pour l'exécution de ceux-ci et d'un travail intellectuel pour leur exploitation. En publiant de telles données sans la moindre contrepartie, un organe de presse s'approprie ce qui n'a pu être obtenu que par l'œuvre d'autrui et commet un acte de concurrence déloyale dont il doit réparation* ».

385. **La donnée numérique, une valeur** – Concrètement, la question est de savoir dans quelle mesure les données numériques peuvent être « réifiées » ? La réification se fonde principalement sur la notion de « valeur ». Comme l'avait estimé le Professeur Fabrice SIIRIAINEN, « *toute chose ayant une valeur, même non pécuniaire, présentant un intérêt quelconque, donc susceptible d'être échangée, gérée, voire évaluée, « valorisée » peut potentiellement devenir un bien* »²⁹¹⁴. Reste que, pour qu'il y ait un bien, encore faut-il que la chose soit détachable de la personne du propriétaire²⁹¹⁵. Ainsi, nos propos ne concerneront uniquement les données non personnelles. Les données à caractère personnel, quant à elles, présentent un lien fort avec la personne physique auxquelles elles se rattachent.

Les données numériques font actuellement l'objet d'une marchandisation. Elles sont « *au cœur de l'économie numérique* »²⁹¹⁶. Ainsi, par exemple, en 2015, dans le domaine agricole, le marché de services issus du *Big Data* agricole visé par *Monsanto* sur une base de 400 millions d'hectares était évolué entre 20 et 25 milliards de dollars²⁹¹⁷. Et de manière générale, le marché des données a été estimé à 60 milliards d'euros en 2016, et à plus de 100 milliards d'euros en 2020. Au vu de l'importance économique des données, l'Union européenne entend mettre en place un véritable marché unique des données²⁹¹⁸. Ce phénomène de marchandisation conduit « *à donner à des choses, qui n'avaient qu'une valeur d'usage, une valeur marchande* ».²⁹¹⁹

Au niveau syntaxique, la donnée est l'incarnation numérique de l'information. Elle est susceptible d'être contrôlée par une personne et recèle une valeur d'usage évidente. Par exemple, du côté du détenteur, il pourra disposer des données dont il détient afin d'en tirer un avantage. Les contrats de prestation, ou encore les contrats de transfert de données

2914SIIRIAINEN F., *L'appropriation*, in Droit et marchandisation (sous-dir. É. Loquin et A. Martin), Litec, Paris, 16 avril 2010, p. 139

2915FABRE-MAGNAN M., *Propriété, patrimoine et lien social*, RTD Civ., 1997, p. 583 et s. : pour qui « *l'exclusivité accordée par le droit de propriété n'aurait pas de sens si la chose ainsi réservée ne pouvait pas toutes les façons être transférée à autrui* ».

2916Sénat, *Proposition de résolution européenne au nom de la commission des affaires européennes, en application de l'article 73 octies du Règlement, portant avis motivé sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de règlement concernant un cadre applicable à la libre circulation des données à caractère non personnel dans l' Union européenne – COM(2017) 495 final, présentée par M. Simon Sutour*, 9 novembre 2017, session ordinaire de 2017-2018

2917BOURNIGAL J.-M., HOULLIER F., LECOUEY P. et PRINGUET P., *30 projets pour une agriculture compétitive & respectueuse de l'environnement*, octobre 2015, p. 38, disponible [en ligne] : <https://agriculture.gouv.fr/sites/default/files/rapport-agriculture-innovation2025.pdf> (consulté le 01/09/2024)

2918V. par ex. Commission européenne, *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, 19 février 2020, COM(2020) 66 final

2919LOQUIN É., *L'approche juridique de la marchandisation*, in Droit et marchandisation (sous-dir. É. Loquin et A. Martin), Litec, Paris, 16 avril 2010, p. 81

matérialisent la valeur des données. De surcroît, la valeur ne requiert pas nécessairement l'exclusivité des données. Cependant, la valeur marchande, elle, l'exige habituellement, car la cession de données présuppose généralement un certain degré d'exclusivité. Il ne fait donc plus de douter que, dans notre société de l'information, les données numériques possèdent une valeur marchande. Reste que les méthodes d'évaluation de la valeur des données font actuellement l'objet de nombreux débats. La valeur dépendra essentiellement de la manière dont les données sont utilisées, de la personne qui en a accès et de leur caractère brut ou élaboré.

À côté de cette marchandisation, il existe d'autres preuves de la valeur des données. Il s'agit des actions en responsabilité civile et plus précisément, de l'action en parasitisme. En effet, cette action ne conduit-elle pas à une réservation d'une valeur économique individualisée et identifiée. Or, nous avons relevé que les juges sanctionnent sur ce fondement le détournement de données telles que les fichiers clients²⁹²⁰. Ainsi, cela prouve, encore une fois s'il était nécessaire, l'existence d'une valeur et donc d'un bien.

Reste à savoir si cette valeur est intrinsèque à la donnée numérique en tant que telle, ou si elle résulte de l'agglomération des données numériques ou encore, si elle s'attache, en réalité, à un service impliquant l'usage des données. Nous estimons, au regard de certaines pratiques comme celles des courtiers en données ou *data broker* en anglais que la donnée numérique recèle une valeur qui varie en fonction de son utilité, de sa richesse informationnelle. À travers cette valeur, la donnée devient un bien, distinct de son support ainsi que de la prestation qui la délivre²⁹²¹.

Par ailleurs, nous avons vu que le Droit privilégiait initialement la valeur d'échange. Le bien a, par principe, vocation à circuler, c'est-à-dire faire l'objet de commerce. Or, certaines données numériques non personnelles n'ont, en somme, pas vocation à circuler, l'entreprise voulant les garder par-devers elle. C'est l'exemple type des données confidentielles. Mais, cela constitue-t-il un obstacle à la qualification de bien ? Une telle position néglige le fait qu'il existe des choses qui « *ne sont utiles et n'accèdent [...] au rang de biens au sens juridique qu'à travers une activité économique à laquelle ils se rattachent* »²⁹²². Nous pouvons citer à titre d'exemple les licences et autorisations administratives qui n'acquièrent une valeur d'usage que dans le cadre de l'activité professionnelle. Ainsi, certaines données numériques peuvent ne pas présenter de valeur

2920V. par ex. CA Paris, Pôle 5, ch. 5, 1^{er} avril 2021, réq. n° 18/22373

2921En ce sens, v. la réflexion du Professeur Pierre CATALA par rapport à l'information : CATALA P., *La propriété de l'information*, in Mélanges Raynaud, Dalloz-Sirey, Paris, 1985, p.97-112, spéc. p. 98

2922TRAVELY B., *Bien*, in Dictionnaire de droit des biens (sous-dir. Bonnet V.) Bruylant, Bruxelles, 2024, p.

d'échange, mais restent utiles pour le détenteur lorsqu'elles sont utilisées dans le cadre de son activité professionnelle.

386. Au terme de notre analyse, il ressort que les données numériques brutes ainsi que les données publiques ne peuvent relever de la catégorie des biens. Ces dernières appartiennent toutes les deux à la catégorie des choses communes. En cela, nous pouvons estimer que leurs valeurs sont non appropriées. Cette qualification de chose commune permet aux tiers d'utiliser ces données dans le cadre de nouvelles créations pouvant aboutir à des données structurées, enrichies ou encore élaborées. À l'inverse, les données structurées, enrichies et élaborées n'appartiennent pas au domaine des choses communes. Elles recèlent une valeur justifiant ainsi leur qualification de biens. À notre connaissance, la Cour de cassation ne s'est jamais prononcée dans ce sens. Est-ce à dire que la donnée numérique est une valeur « *dont le Droit ne se préoccupe pas et qui ne sont pas (encore ?) des biens* »²⁹²³ ? Ces données numériques font, ainsi, partie des « *biens les plus atypiques [qui] ne souhaitent absolument pas ressembler aux biens les plus traditionnels* »²⁹²⁴. Nous voyons ici que le marché a fait l'office de révélateur d'une nouvelle valeur et cela, « *à défaut de toute reconnaissance propriis sensibus* »²⁹²⁵. Cependant, comme l'avait fait remarquer à juste raison le Professeur MOUSSERON, « *la reconnaissance d'une valeur comme bien n'implique pas son « appropriabilité »* »²⁹²⁶. Aussi, il reste à savoir ce qui justifierait l'appropriation des données numériques.

Section 2. L'aptitude de la propriété à appréhender la donnée numérique

387. Il ressort de notre première section que la catégorie des biens communs ne saurait englober toutes les données numériques. Certaines d'entre elles remplissent, en effet, les conditions pour relever de la qualification de bien. C'est notamment le cas des données élaborées ou encore déduites. Par l'intermédiaire de la notion de bien, c'est en réalité le droit de propriété que nous cherchons à invoquer. En cela, nous retrouvons le constat du Professeur Laurent BOY qui estimait que « *les faits observés ne reçoivent [...] pas le nom qui convient à*

2923 MOUSSERON J.-M., *op. cit.*, p. 279

2924 PÉRINET-MARQUET H., *Regards sur les nouveaux biens*, JCP G., 1^{er} novembre 2010, n° 44, étude n° 1100, p. 2078

2925 LIBCHABER R., *La recodification du droit des biens*, in *Le Code civil 1804 – 2004*, Livre du bicentenaire, Dalloz et Litec, Paris, 2004, p. 341, n° 39 précisant, toutefois que « *le commerce de fait appelle une reconnaissance du droit, qui n'a néanmoins rien d'obligatoire* »

2926 MOUSSERON J.-M., *op. cit.*, p. 280

*leur nature mais plutôt au traitement (juridique) qu'on veut leur faire subir à l'intérieur de ce système »*²⁹²⁷.

La propriété constitue « *l'épine dorsale du régime des biens puisque l'appropriation est la condition de leur insertion dans le juridique, et la garantie de leur circulation ou de celle de leurs utilités* »²⁹²⁸. Elle conduit, effectivement, à une reconnaissance de la valeur économique d'une chose et assure la réservation de ses utilités. Ainsi, là où il y a une valeur, il y a un droit de propriété. La propriété se révèle également être « *le mode privilégié d'organisation du pouvoir de l'homme sur la chose* »²⁹²⁹. Cependant, la conception même de la propriété évolue avec la société. Ainsi, comme l'avait relevé le Professeur Mikhaïl XIFARAS, il n'existe pas un seul modèle propriétaires, mais plusieurs²⁹³⁰. La propriété serait « *malade de sa doctrine* »²⁹³¹.

Notre étude nous invite donc à approfondir la notion de propriété afin de la confronter aux données numériques. Aussi, est-il nécessaire de définir la propriété ou à défaut, de relever ses caractéristiques inhérentes (I). Ce travail préliminaire nous permettra de vérifier si la propriété est à même de saisir la donnée numérique (II).

I. La recherche d'une définition de la propriété

388. **La propriété, un droit symbolique** – Force est de remarquer qu'il existe une forme d'« *impérialisme du droit de propriété* »²⁹³². Cela s'explique par la symbolique. Le droit de propriété est le « *symbole de la protection juridique absolue* »²⁹³³.

2927BOY L., *Les nouvelles propriétés collectives : voulues, subies ?*, in Volonté et biens. Regards croisés (sous-dir. Yves Strickler et Fabrice Siirainen), L'Harmattan, Paris, 27 juin 2013, coll. Droit privé et sciences criminelles, p. 107

2928LIBCHABER R., *La propriété, droit fondamental*, in Liberté et droits fondamentaux, Dalloz, Paris, 5 mai 2021, 27^e éd., p. 825, n° 989

2929BERGEL J. L., *Rapport général sur les nouveaux biens*, in La propriété, Journées vietnamiennes, t. LIII, éd. Société de législation comparée, septembre 2006, coll. Travaux de l'Association Henri Capitant, p. 219

2930XIFARAS M., *La propriété : Étude de philosophie du droit*, Paris, PUF, 1^{ère} éd., 2004, p. 502

2931DROSS W., *Une approche structurale de la propriété*, RTD civ., 2012, p. 419

2932GUTMANN D., *Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique*, Arch. phil. droit, 1999, n° 43, p. 75.

2933ATIAS C., *Destins du droit de propriété*, Droits, I, 1985, p. 9

Bien que la propriété soit issue du droit romain²⁹³⁴, le terme propriété est relativement récent²⁹³⁵. Ce terme a pour origine le mot *proprietas* apparu avec le droit romano-byzantin²⁹³⁶. La racine même de ce terme suggère l'idée d'exclusivité comme caractère essentiel entre la chose et la personne. Nous pouvons voir dans le droit de propriété que nous connaissons aujourd'hui la rencontre entre la propriété romaine et le domaine utile. Cette rencontre donna la notion de *dominium in plean potestas*²⁹³⁷.

La propriété joue un rôle central dans de nombreux pays sur le plan économique²⁹³⁸, social²⁹³⁹, politique²⁹⁴⁰ ainsi que philosophique²⁹⁴¹. Preuve de son importance, des siècles se sont succédé sans que l'existence même du concept de propriété soit menacée de disparition²⁹⁴². En France, par exemple, le Code Napoléon a consacré de nombreux principes issus de la Révolution française et a réservé une place importante à la propriété pleine et absolue²⁹⁴³. Cette importance s'observe dès le discours d'ouverture du juriconsulte PORTALIS présentant le projet de Code civil au Conseil d'État. Ce dernier déclare que

2934L'on a coutume de parler de propriété romaine pour la *propriété quiritaire* qui a des caractéristiques voisines à la propriété du Code civil.

2935LEPAGE H., *Pourquoi la propriété*, Hachette, Paris, coll. Pluriel, 1985, p. 13

2936V. sur l'évolution des notions de propriété et de domaine en droit français : PFISTER L., *Domaine, propriété, droit de propriété. Notes sur l'évolution du vocabulaire du droit français des biens*, Revue générale de droit, 2008, vol. 38, n° 2, p. 303-338

2937V. en ce sens : XIFARAS M., *L'individualisme possessif, spéculatif (et néanmoins romain) de Hegel, quelques remarques sur la théorie hégélienne de la propriété*, in Hegel, penseur du droit (sous-dir. Marmasse G., Kervégan J.-F.), CNRS Éditions, 5 février 2004, spéc. p. 77

2938Les économistes néoclassiques considèrent la propriété privée comme une catégorie institutionnelle de référence. Cependant, il a fallu attendre le XX^e siècle pour observer un regain d'intérêt dans l'analyse économique du droit de propriété. Il s'agit désormais d'un « *objet prisé de l'analyse économique* » (ROCHFELD J., *Les grandes notions du droit privé*, PUF, Paris, coll. Thémis, 1 décembre 2022, 3^e éd., p. 415, n° 32) surtout aux États-Unis d'Amérique. Ce faisant, beaucoup d'études économiques portent sur le droit de propriété. Parmi les auteurs, nous pouvons citer Ronald COASE qui a reçu en 1991 le Prix Nobel pour l'ensemble de son œuvre et notamment pour son fameux théorème sur les coûts de transactions (COASE R. H., *The Problem of Social Cost*, Journal of Law and Economics, octobre 1960, vol. 3, p. 1-44) ou encore Douglass NORTH. V. par ex. BARZEL Y., *Economic Analysis of Property Rights (Political Economy of Institutions and Decisions)*, Cambridge University Press, 13 avril 1997, 2^e éd., 176 ; KIRZNER I. M., *Producer, Entrepreneur, and the Right to Property*, Reason Papers, Fall 1974, n° 1, p. 1-17.

2939RIGAUX F., *Introduction à la science du droit*, éd. Vie Ouvrière, Bruxelles, 1974, p. 257 : pour qui « *l'État de droit peut être comparé à un temple construit autour d'un tabernacle où repose le principe de la propriété privée* ».

2940Nous pouvons faire référence à la célèbre déclaration du père de l'anarchisme, Pierre-Joseph PROUDHON, « *la propriété, c'est le vol* ». Malgré sa position à l'encontre de la propriété, ce penseur politique n'a pas trôné son abolition. Il estime, au contraire, que la propriété est le « *pivot et le grand ressort de tout le système social* » (PROUDHON P.-J., *Théorie de la propriété : suivie d'un nouveau plan d'exposition perpétuelle*, A. Lacroix, Verboeckhoven et Cie éd., Paris, 1871, 310 p., spéc. p. 208). – V. sur la théorie proudhonienne de la propriété : XIFARAS M., *Y a-t-il une théorie de la propriété chez Proudhon ?*, Corpus, 2004, p. 229-282.

2941V. par ex. LOCKE J. *Traité du gouvernement civil*, éd. Chez Royez, Paris, 1794, spéc. chap. IV. *De la Propriété des choses*, p. 67 et s. : ce philosophe anglais fondait la légitimité de la propriété privée sur la nécessité et sur le travail que l'homme a appliqué sur la chose.

2942GOSEWINKEL D., *Introduction. Histoire et fonctions de la propriété* (trad. Laurent Cantagrel), Revue d'histoire moderne & contemporaine, 2014/1, n° 6-1, p. 7-25

2943ZENATI-CASTAING F., *La propriété, mécanisme fondamental du droit*, RTD Civ., 2006, p. 445 et s.

« toutes les lois concernent soit des personnes soit la propriété, et la propriété pour l'utilité des personnes »²⁹⁴⁴. Ce faisant, le Code civil « baigne dans l'exaltation idéologique de la propriété »²⁹⁴⁵, à tel point que celle-ci est devenue la clef de voûte²⁹⁴⁶ de tout l'édifice du Droit voire « l'âme universelle de toute législation »²⁹⁴⁷.

389. **La propriété, un droit fondamental** – La propriété est un véritable « bastion de la liberté »²⁹⁴⁸. Il s'impose, encore actuellement, comme un droit individuel fondamental. De ce fait, il a été consacré au niveau national par la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789. Le droit de propriété fait partie « des droits naturels et imprescriptibles de l'homme »²⁹⁴⁹. Il est « un droit inviolable et sacré »²⁹⁵⁰. La valeur constitutionnelle de ce droit a été consacrée par le Conseil constitutionnel lors de la décision 16 janvier 1982 relative à une loi de nationalisation²⁹⁵¹. Puis en 1995, la Cour de cassation a reconnu le caractère fondamental de ce droit²⁹⁵². Au niveau européen, le droit de propriété n'était pas initialement protégé par la Convention européenne des droits de l'Homme du 14 novembre 1950 et cela, en raison de désaccords. Il a fallu attendre le premier Protocole additionnel du 20 mars 1952 pour consacrer le « droit au respect de ses biens » à l'article 1^{er}. Néanmoins, par le biais de cette disposition, c'est en réalité la propriété qui est protégée²⁹⁵³. Par la suite, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 protège le « droit de jouir de la propriété des biens [...] acquis légalement »²⁹⁵⁴. Si ces deux instruments internationaux garantissent le droit de jouir de ses biens, ils ne reconnaissent en revanche aucun droit à l'acquisition de la propriété.

2944EWALD F. (sous-dir.), *Naissance du Code civil. An VIII-an XII-1800-1804*, Flammarion, Paris, 1989, spéc. p. 48.

2945OPPÉTIT B., *Philosophie du droit*, Dalloz, Paris, janvier 1999, 1^{er} éd., p. 128, n° 116 – V. ég. Rapport de PORTALIS au Corps législatif in FENET P. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Tome XI*, éd. Videcoq, Paris, 1836, p. 133 pour qui « le corps entier du Code civil est consacré à définir tout ce qui peut tenir à l'exercice du droit de propriété ».

2946ZENATI-CASTAING F., *op. cit.*, p. 445 et s.

2947Rapport de PORTALIS au Corps législatif in FENET P. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Tome XI*, éd. Videcoq, Paris, 1836, p. 133

2948Pour reprendre l'expression employée par le Professeur Michel VILLEY (VILLEY M., *Critique de la pensée juridique moderne ; Douze autres essais*, Dalloz, novembre 2009, p. 187-200). Le modèle du droit de propriété sur lequel le Code civil a été fondé a été, tout comme le modèle classique de droit des contrats, une expression des idéaux révolutionnaires de liberté et d'égalité. Cependant, l'on peut des traces de cette assimilation de la propriété et la liberté entre le XIV^e siècle et le XV^e siècle et notamment avec les travaux du théologien Jean DE GERSON (v. LEPAGE H., *Pourquoi la propriété*, Hachette, coll. Pluriel, 1^{er} janvier 1985, spéc. bas de page n°28, p. 83).

2949Article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789

2950Article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789

2951Cons. const. décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, cons. 16

2952Cass. civ. 1, 4 janvier 1995, pourvoi n° 92-20.013, Bull. 1995 I, n° 4, p. 2

2953V. en ce sens : LIBCHABER R., *La propriété, droit fondamental*, in Liberté et droits fondamentaux, Dalloz, Paris, 5 mai 2021, 27^e éd., p. 829, n° 994

2954Article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

Le droit de propriété marque une « *domination des choses par l'humain* »²⁹⁵⁵. Cela se traduit par la relation juridique liant le propriétaire et son bien²⁹⁵⁶. Pour le Professeur Hanoch DAGAN, la propriété consiste une institution promouvant l'autonomie des personnes²⁹⁵⁷ puisqu'elle confère à ces dernières un « pouvoir normatif » pour déterminer, par principe, les usages possibles de la chose appropriée. En d'autres termes, la propriété assure la « *liberté-autonomie* »²⁹⁵⁸. Cependant, il ne faut pas occulter les relations que le propriétaire entretient avec les tiers²⁹⁵⁹ par rapport à son bien. Ainsi comprise, la propriété implique le pouvoir d'exclure les tiers des usages du bien²⁹⁶⁰, garantissant ainsi « *juridiquement l'efficacité de sa propriété* »²⁹⁶¹. Le droit de propriété protège effectivement contre toute forme de dépossession²⁹⁶². En cela, il permet une réservation juridique de l'ensemble des utilités que le bien, objet du droit de propriété, est à même d'offrir.

Par ailleurs, le droit de propriété est inhérent à d'autres libertés telles que la liberté de vendre, d'acheter, de produire ou d'échanger. En somme, la propriété constitue « *la clé des rapports de droit privé* »²⁹⁶³. Ce faisant, elle se révèle être l'un des piliers de l'économie de marché²⁹⁶⁴ et participe, par conséquent, à notre système d'économie libérale fondé sur le capitalisme²⁹⁶⁵. Il permet effectivement de disposer des choses, de les céder, de les échanger volontairement. En somme, la propriété assure la circulation des biens grâce à leur

2955ROCHFELD J., *Les grandes notions du droit privé*, PUF, Paris, coll. Thémis, 1 décembre 2022, 3^e éd., p. 358 – Il s'agit de la conception blackstonienne de la propriété impliquant « *une domination unique et despotique* » (DAGAN H., *Propriété libérale et justice du marché*, RED, 2022/1, n° 4, p. 183 citant le jurisconsulte britannique William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England* *2, University of Chicago, ed. 1979, (1765-69))

2956FABRE-MAGNAN M., *Propriété, patrimoine et lien social*, RTD Civ., 1997, p. 583 et s. : pour qui l'idée d'un lien juridique direct entre une personne et une chose est « *absurde* » puisqu'un lien juridique ne peut unir que deux ou plusieurs personnes.

2957DAGAN H., *Propriété libérale et justice du marché*, RED, 2022/1, n° 4, p. 183 ; V. ég. ROBÉ J.-P., *Dompter la propriété*, RED, 2022/1, n° 4, p. 194 : pour qui la propriété est un des moyens d'assurer l'autonomie individuelle, « *la capacité de se gouverner soi-même, de faire ses choix personnels et de les mettre en œuvre* ».

2958ROCHFELD J., *op. cit.*, p. 360, n° 4

2959EMERICH, Y., *Propriété, relation et exclusivité : étude de droit comparé (Ownership, Relations and Exclusivity : A Study in Comparative Law)*, Revue de la Recherche Juridique, 1^{er} novembre 2009, n° 4, spéc. 1853 : considérant tant pour le droit civil que la *Common law* que le noyau dur de la propriété consiste « *avant tout en un tissu de relations entre individus* ». – V. ég. STRICKLER Y., *Les biens*, PUF, Paris, coll. Thémis, septembre 2006, n° 219

2960GINOSSAR S., *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, L.G.D.J., Paris, 1960, spéc. p. 31, n° 11

2961LIBCHABER R., *op. cit.*, n° 988

2962CARBONNIER J., *Flexible droit pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., Paris, 10 éd., 2001, p. 347 pour qui la propriété recouvre « *l'énergie latente contre toute dépossession* ».

2963ZENATI-CASTAING F., *op. cit.*, p. 445 et s.

2964DAGAN H., *op. cit.*, p. 183 – V. ég. pour la propriété intellectuelle : ABELLO A., *La propriété intellectuelle, une « propriété de marché »*, in Droit et économie de la propriété intellectuelle (sous-dir. M.-A. FRISON-ROCHE et A. ABELLO), LGDJ, Paris, coll. « Droit et Économie », 2005, p. 341 et s.

2965ROBÉ J.-P., *Property, Power and Politics. Why We Need to Rethink the World Power System*, Bristol, Bristol University Press, 5 octobre 2020, 416 p.

disponibilité²⁹⁶⁶. Ainsi, pour l'économiste Hernando DE SOTO, la propriété constitue une source de développement et de prospérité²⁹⁶⁷.

Aussi essentielle soit-elle, la notion de propriété est étonnamment ardue à cerner. Ainsi, elle a fait l'objet de plusieurs théories : théorie classique, moderne et structurelle²⁹⁶⁸. Malgré ces diverses conceptions (A), la propriété offre au titulaire une maîtrise exclusive sur les utilités de la chose (B).

A. L'évolution des conceptions de la propriété

390. **De la conception propriété-matière à la propriété des biens incorporels** – Pendant le XIX^e siècle et le début du XX^e siècle, la propriété du Code civil était marquée par une conception matérielle du bien issue de la théorie médiévale de la propriété²⁹⁶⁹. Il s'agissait d'une maîtrise absolue et matérielle des choses par l'Homme, une conception purement physique, d'une propriété-matière. Une telle conception n'envisageait pas l'objet du droit de la propriété sous l'angle de ses utilités. Ce faisant, cette conception corporéiste restreint la propriété aux seules choses corporelles. La doctrine classique se montre donc réticente à reconnaître l'appropriation de biens incorporels par le droit de propriété. Cette réticence était due principalement à une confusion entre le droit de propriété et son objet²⁹⁷⁰. Cette « *vision corporéiste des biens léguée par les romanistes et perpétuée par une partie importante de la doctrine [...] a conduit à énoncer en axiome le caractère exceptionnel de l'appropriation des choses dépourvues de consistance corporelle* »²⁹⁷¹. L'une des critiques majeures que nous pouvons faire de cette conception est qu'elle risquerait de « *laisser la propriété à l'âge de pierre* »²⁹⁷².

2966FRISON-ROCHE M.-A., *L'interférence entre les propriétés intellectuelles et les droits des marchés, perspective de régulation*, in Droit et économie de la propriété intellectuelle (sous-dir. Marie-Anne Frison-Roche et Alexandra Abello) L.G.D.J., Paris, coll. Droit & économie, spéc. p. 16

2967DE SOTO H., *Le mystère du capital. Pourquoi le capitalisme triomphe en Occident et échoue partout ailleurs ?*, Flammarion, Paris, 26 novembre 2010, 304 p. – Néanmoins, la notion juridique de propriété diffère de celle des économistes. En effet, les grandes écoles de pensées économiques tendent à confondre la propriété et la possession. De plus, l'approche économique ne fait aucune différence entre la possession *de facto* c'est-à-dire la détention, de la possession juridique de la chose (ROBÉ J.-P., *Dompter la propriété*, RED, 2022/1, n° 4, p. 189)

2968V. par ex. DROSS W., *Une approche structurale de la propriété*, RTD civ., 2012, p. 419

2969ZÉNATI F., *Les biens*, PUF, coll. Droit fondamental, septembre 1988, 1^è éd., p. 125, n° 113

2970SIIRIAINEN F., *L'appropriation de l'information : grandeur ou décadence de la propriété ?*, in Immatériel, nouveaux concepts (sous-dir. DE BANDT J. et GOURDET G.), Economica, Paris, 18 janvier 2001, spéc. p.134 et s.

2971ZENATI-CASTAING F. et REVET T., *Les biens*, PUF, Paris, coll. Droit fondamental, 2005, 3^e éd., n° 66

2972DROSS W., *op. cit.*, p. 419

Or, la société d'aujourd'hui ne correspond plus à celle de l'an XII du calendrier républicain. Depuis 1804, notre société a connu des changements économiques et sociaux. D'une société rurale, nous sommes passés à une société industrielle puis à une société de service pour, enfin, arriver à une société de l'information dans lequel l'immatériel tient une place prépondérante. Le droit de propriété ne peut rester indifférent à ces modifications sociétales. En effet, « à l'ère des grandes richesses immatérielles, il serait incohérent que la propriété [...] rate le grand rendez-vous historique de l'appréhension de l'incorporel par la règle de droit »²⁹⁷³. Face à ces évolutions et à la léthargie législative dans lequel se trouve le droit des biens, l'Association Henri CAPITANT avait défini, dans le cadre d'une proposition de réforme, les biens comme « toutes les choses corporelles ou incorporelles faisant l'objet d'une appropriation, ainsi que les droits réels et personnels »²⁹⁷⁴. Ce faisant, les rédacteurs de cette proposition reconnaissaient sans équivoque la possibilité de s'approprier des choses incorporelles.

Désormais, il ne fait plus de doute que peuvent faire l'objet d'un droit de propriété, autant les *res corporeales* que les *res incorporales*. Il s'agit, en somme, de toutes choses corporelles ou incorporelles qui se trouvent dans le commerce juridique. Avant leur appropriation, les biens n'étaient que des choses au libre usage des tous. La propriété extrait ces choses de l'usage de tous pour la réserver au propriétaire. Nous pouvons faire référence à la formule concise du Professeur Rémy LIBCHABER selon laquelle l'appropriation consiste en une « soustraction à un usage collectif pour une affectation exclusive »²⁹⁷⁵. L'appropriation est donc le mécanisme permettant de faire nôtre une chose.

Néanmoins, il n'existe pas de notion universelle de la propriété²⁹⁷⁶. Tandis que dans le système de la *Common law*, la propriété s'analyse en un faisceau de droits²⁹⁷⁷, pour le droit

2973CARON C., *Propos (un peu) hétérodoxes sur quelques reçues relatives à la possession des choses immatérielles*, Comm. com. électr., juillet 2002, n°7-8, comm. 95

2974Association Henri CAPITANT, *Avant-projet de réforme du droit des biens*, 15 mai 2009, spéc. art. 520

2975LIBCHABER R., *La recodification du droit des biens*, in *Le Code civil 1804 – 2004, Livre du bicentenaire*, Dalloz et Litec, Paris, 2004, p. 306

2976V. pour une approche historique : PATAULT A.-M., *Introduction historique au droit des biens*, PUF, Paris, 1989 : pour qui, il n'y a pas un mais deux modèles de propriété dans l'histoire juridique française : le modèle romain de l'exclusivité et le modèle de la propriété simultanée fondé sur le droit coutumier.

2977Dans la théorie du *bundle of rights*, la propriété n'est pas analysée comme une puissance unique n'appartenant qu'à un seul titulaire, mais plutôt comme une somme de prérogatives dont leur intensité, leur contenu et leur titularité varient. Cette définition du droit de la propriété en *bundle of rights* a été reprise dans l'approche économique des communs dans la thèse d'Elinor OSTROM (OSTROM E. (1990), *Governing the Commons : The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, New York, 30 novembre 1990, 298 p.). Cette dernière distingue effectivement le propriétaire (*owner*), le possesseur (*proprietor*), le détenteur de droits d'usage et de gestion (*claimant*) et l'utilisateur autorisé (*authorized user*) (WEINSTEIN O., *Comment comprendre les « communs » : Elinor Ostrom, la propriété et la nouvelle économie institutionnelle*, Revue de la régulation, 14 | 2^e semestre / Autumn 2013)

français, et plus largement les systèmes romano-germaniques²⁹⁷⁸, elle est caractérisée par la triade *usus, fructus, abusus*. Se réconciliant avec la conception romaine du *Plena in re potestas*²⁹⁷⁹, l'article 544 « l'un des plus célèbres du Code »²⁹⁸⁰ civil dispose que « la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue »²⁹⁸¹. De cette formule légale, il manque, toutefois, l'un des caractères du droit de propriété, si ce n'est le plus essentiel, le caractère exclusif. L'exclusivisme traduit la « notion « métaphysique » de l'absolutisme »²⁹⁸² et s'oppose à toutes situations de concurrence.

Le droit de propriété s'analyse donc comme un droit absolu, exclusif et perpétuel. En somme, le propriétaire est vu comme le souverain sur sa chose²⁹⁸³. Il s'agit du modèle du « propriétaire-souverain » né dans les années 1830. Bien que le droit français ait retenu une conception « absolutiste » de la propriété²⁹⁸⁴, ce droit connaissait, dès 1804, une limite inscrite au sein de l'article 544 : « pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». Il s'agit de la conception classique qui voit en la propriété le droit de disposer complètement de la chose sans autre contrainte que ce que prohibe de faire la loi. En somme, selon cette conception classique, la propriété équivaut à l'équation « propriété = *usus* + *fructus* + *abusus* »²⁹⁸⁵.

Cependant, cette conception a connu à partir de la fin du XIX^e siècle et début du XX^e siècle des inflexions en raison de la prise en compte des interférences du droit de propriété avec les droits des tiers ou de la puissance publique²⁹⁸⁶. Ces inflexions se caractérisent par une

2978V. par ex. § 903 du *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB)

2979DALLOZ M., *Biens, volonté et droit pénal*, in *Volonté et biens. Regards croisés* (sous-dir. Yves Strickler et Fabrice Siirainen), L'Harmattan, Paris, 27 juin 2013, coll. Droit privé et sciences criminelles, p. 277

2980ROCHFELD J., *op. cit.*, p. 355 – L'article 544 du Code civil reprend les caractéristiques de la propriété qu'avait relevé BARTOLE au XIV^e siècle (ATIAS C., *L'influence des doctrines dans l'élaboration du Code civil*, *Revue Histoire de la justice*, 2009/1, n° 19, p. 107-120).

2981L'article 544 du Code civil ne fournit pas en soi de définition du droit de propriété mais plutôt un exposé des prérogatives qui y sont attachées. V. en ce sens : DROSS W., *Que l'article 544 du code civil nous dit-il de la propriété ?*, *RTD Civ.*, 2015, p. 27 et s.

2982POUMARÈDE J., *Le point de vue de l'histoire*, in *Qu'en est-il de la propriété ?* (sous-dir. Daniel Tomasin), Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2006, spéc. n° 15

2983AUBRY M. C. et RAU M. C., *Cours de droit civil français. Tome premier*, éd. F. Lagier, Strasbourg, 1839, 1^{re} éd. 1839, spéc. p.391, §.193 ; MARCADÉ V.-N., *Éléments du droit civil français, ou Explication méthodique et raisonnée du Code civil. Tome 2*, éd. Cotillon, Paris, 1844, p. 438 ; XIFARAS M., *La propriété : Étude de philosophie du droit*, Paris, PUF, 1^{ère} éd., 2004, spéc. p. 19, n° 7

2984RUELLE A. et FABRI É., *Le plus absolu des droits, entre désir idéal et idéal d'autonomie. L'invention de la propriété des anciens comparée à celle des modernes*, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2018/2, vol. 81, p. 109-176

2985DROSS W., *op. cit.*, p. 419 ; *Id.*, *Droit des biens*, L.G.D.J., Paris, coll. Domat Droit privé, août 2014, 2^e éd., p. 19, n° 6

2986BOUCHET-LE MAPPIAN É., *Propriété intellectuelle et droit de propriété ; Droit comparé anglais, allemand et français*, Presses Universitaires de Rennes – P.U.R., Rennes, coll. L'univers des normes, 13 juin 2013, p. 20 ; ROCHFELD J., *op. cit.*, p. 357 ; XIFARAS, M., *La question sociale, le jusnaturaliste et la propriété*, *Cités*, 2000, n°1, *Sociétés sans droits ?*, p. 39-62 ;

diversification des atteintes au droit de propriété²⁹⁸⁷. Le Conseil constitutionnel a ainsi reconnu que, depuis 1789, le droit de propriété a subi une évolution quant à ses finalités²⁹⁸⁸ et conditions d'exercice²⁹⁸⁹, à tel point que certains auteurs ont parlé à partir de la fin du XX^e et du début du XXI^e siècle de « *crise du droit de propriété* »²⁹⁹⁰, voire se sont demandé si la propriété n'était pas en voie d'extinction²⁹⁹¹. Mais loin d'être en déclin, ce droit a simplement connu une mutation. En effet, le caractère absolu de la propriété s'étant affaibli, nous pouvons nous demander si elle ne correspond pas, désormais, à une réservation privative des utilités du bien, c'est-à-dire une garantie légale d'une exclusivité. Il s'agit ici des conceptions « moderne » et « structurale »²⁹⁹² de la propriété qui est davantage centrée sur les utilités économiques du bien.

Par ailleurs, malgré l'émergence de nouvelles limites à son exercice, le droit de propriété a connu une extension de son champ d'application afin d'y inclure des biens incorporels. Ce faisant, le Professeur François TERRÉ s'était posé la question de savoir si la propriété n'avait finalement pas gagné dans l'extension de champ d'application ce qu'elle avait perdu en intensité²⁹⁹³.

391. Une fragmentation des régimes de propriété – Un phénomène de fragmentation des régimes de propriété a pu être relevé par la doctrine²⁹⁹⁴. L'absence de définition dogmatique

2987Parmi ces atteintes, nous pouvons citer l'expropriation d'utilité publique moyennant une juste et préalable indemnité, ou encore, les règles d'urbanisme.

2988Une socialisation du droit de propriété s'est fait jour. Celle-ci conduit à considérer que la propriété « *devrait être conçue comme un droit octroyé pour servir une fonction sociale* » (ROCHFELD J., *op. cit.*, p. 372, n° 13). V. en ce sens : DUGUIT L., *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, éd. Librairie Félix Alcan, Paris, 1912, spéc. p. 147 et s. : cet auteur utilise le concept de « *propriété-fonction* » suivant lequel le propriétaire « *est obligé d'employer la richesse qu'il détient conformément à sa destination sociale* » ; DROSS W., *Droit des biens*, L.G.D.J., Paris, coll. *Precis Domat ; Droit Privé*, 19 août 2014, 2^e éd., spéc. p. 43, n° 37 : l'auteur décrit la théorie de Léon DUGUIT comme suit : « *le propriétaire ne serait pas légitime à utiliser sa chose dans un intérêt purement égoïste, mais devrait s'en servir conformément au bien de la collectivité* ». ; V. ég. JOSSERAND L., *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, Paris, 1939, 2^e éd., 454 p.

La définition de la propriété comme droit individuel doté d'une fonction sociale est tout d'abord apparue dans la législation allemande pour ensuite se répandre dans les autres droits européens (CHAIGNEAU A., *La fonction des communs en droit contemporain ; une introduction*, in *Fonctions de la propriété et commun ; regards comparatistes* (sous-dir. Aurore Chaigneau), Paris, Société de législation comparée, coll. *Droit comparé et européen*, 2017, p. 8). Cependant, cette idée de fonction sociale du droit de propriété se trouvait déjà dans la synthèse théologique de l'institution de la propriété par Thomas D'AQUIN.

2989PAULIAT H. *Le droit de propriété devant le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme*, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1995, n° 4, p. 1445

2990CARBONNIER J., *Flexible droit pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., Paris, 10^e éd., 2001, p. 352

2991MACKAAY E., *La propriété est-elle en voie d'extinction ?*, in *Nouvelles technologies et propriété : actes du colloque tenu à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, les 9 et 10 novembre 1989.*, Montréal Paris, Éd. Thémis Litec, 1991, p. 217-247

2992DROSS W., *Une approche structurale de la propriété*, *RTD civ.*, 2012, p. 419

2993TERRÉ F., *L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil*, *Droits*, 1985, n° 1, p. 33-50, spéc. 44

2994HALPÉRIN J.-L., *Propriétés et droit subjectif : deux destins liés?*, 2010, hal-00460386

des droits de propriété a favorisé ce phénomène. Nous connaissons une propriété particulière touchant aux créations intellectuelles. Il s'agit de la propriété intellectuelle qui n'est loin d'être une légende urbaine²⁹⁹⁵.

Le modèle classique du droit de la propriété se concentrait sur les choses corporelles, et non sur les choses incorporelles. Aussi, la doctrine a longuement débattu de la qualification juridique des droits portant sur les choses immatérielles telles que les créations. Ces droits n'ont pas toujours été associés de manière spontanée à la notion de propriété. Avant les premiers textes modernes sur la propriété intellectuelle, les droits sur les créations consistaient en des privilèges individuels²⁹⁹⁶. À partir du XVIII^e siècle avec les premiers textes modernes sur la propriété intellectuelle, un rapprochement entre les droits sur les créations et l'idée de propriété s'observe²⁹⁹⁷. Ainsi, pour la première fois, des dispositions du décret de 1791 et de 1793 font explicitement référence à la propriété²⁹⁹⁸. Par la suite, le débat doctrinal concernant la qualification et la nature des droits de propriété intellectuelle s'est tari. De nos jours, il est unanimement admis que ces droits relèvent tous de la propriété.

Il reste néanmoins à déterminer si tous les biens incorporels pouvant faire l'objet d'une appropriation sont obligatoirement inclus dans le Code de la propriété intellectuelle²⁹⁹⁹. En d'autres termes, la conception traditionnelle de la propriété, telle que définie par le Code civil, peut-elle englober de nouvelles valeurs immatérielles qui ne relèvent pas du Code de la propriété intellectuelle ? Faut-il alors solliciter l'appui d'une règle spéciale afin d'assurer une réservation de ces nouvelles valeurs ? Cependant, subordonner la reconnaissance d'un bien incorporel à l'existence d'un droit ne risque-t-il pas de reproduire des schémas médiévaux³⁰⁰⁰ ?

2995XIFARAS M., et VIVANT M., *La propriété intellectuelle, une légende urbaine ?*, Propr. intellect., octobre 2021, n° 81, p. 139 et s.

2996V. par ex. l'arrêt réglementaire du 30 août 1777 portant règlement sur la durée des privilèges en librairie

2997V. par ex. *Le Moniteur universel*, 21 juillet 1793, cité par DOCK M.-C., *Étude sur le droit d'auteur*, L.G.D.J., Paris, 1963, spéc. p. 155 : « *De toutes les propriétés, la moins susceptible de contestation, celle dont l'accroissement ne peut blesser ni l'égalité républicaine, ni donner d'ombrage à la liberté, c'est sans contredit celle des productions du génie et si quelque chose doit étonner, c'est qu'il ait fallu reconnaître cette propriété, assurer son libre exercice par une loi positive* ».

2998Avant ces textes, la notion de propriété était évoquée uniquement dans le préambule de l'arrêt réglementaire du 30 août 1777 du roi Louis XIV sur la durée des privilèges. En effet, dans le préambule, il était reconnu à l'auteur une « *propriété de droit* ». Néanmoins, dans le corps de l'arrêt réglementaire, et notamment l'article V, était visée non pas la propriété, mais le privilège de l'auteur. Finalement, l'idée de propriété était déjà présente sous l'Ancien Régime mais n'était pas consacré textuellement. Par ailleurs, il s'agissait de la première fois que l'on reconnaissait le droit pour l'auteur de vendre ses ouvrages.

2999La particularité du droit de la propriété intellectuelle réside dans sa structure discontinue. Partant, pour des auteurs, nous serions face à un système du tout ou rien. Soit le bien incorporel est pris en compte par le Législateur auquel cas, il sera protégé, soit, à l'inverse, il échappe aux prévisions légales et ne bénéficie d'aucune garantie (V. en ce sens : LIBCHABER R., *La recodification du droit des biens*, in *Le Code civil 1804 – 2004*, Livre du bicentenaire, Dalloz et Litec, Paris, 2004, p. 344, n° 42).

3000LAURENT J., *Biens incorporels*, in *Dictionnaire de droit des biens* (sous-dir. Bonnet V.) Bruylant, Bruxelles, 2024, p. 130 : pour qui une telle approche conduit à faire croire que les biens se réduisent à des

Quoi qu'il en soit, la propriété intellectuelle se révèle être une forme de propriété bien inhabituelle, voire une « *sorte de contre-modèle* »³⁰⁰¹ de la propriété du Code civil. En effet, tout en présentant certains traits communs avec la propriété classique comme son caractère exclusif, la propriété intellectuelle s'en distingue sur certains points tels que son caractère temporaire³⁰⁰², sa finalité³⁰⁰³, ou encore, la nécessité d'une reconnaissance publique³⁰⁰⁴. Ces particularités s'expliquent par la nature incorporelle de la chose, objet du droit.

De part sa singularité, nous pourrions penser que la propriété intellectuelle serait en vérité une « *propriété diminuée* »³⁰⁰⁵. Mais, c'est oublier qu'il serait incongru de calquer le modèle de la propriété des biens corporels sur celui des biens incorporels et cela, en raison de leur nature particulière. Par ailleurs, il est même possible de concevoir la propriété intellectuelle comme « *le bastion avancé d'une nouvelle conception de la propriété* »³⁰⁰⁶. De fait, elle illustre l'émergence de la conception économique de la propriété. Ainsi, la propriété constitue une réservation exclusive de l'utilité du bien plutôt qu'une maîtrise physique de celui-ci³⁰⁰⁷. En d'autres termes, la propriété sur le bien immatériel consiste en une forme de prérogative pour « *tirer profit de son utilisation par les tiers* »³⁰⁰⁸.

392. Les différentes conceptions de la propriété – Il existe plusieurs conceptualisations de la propriété. Suivant une approche philosophie du droit de propriété, le Professeur Mikhaïl XIFARAS en avait relevé trois³⁰⁰⁹. La première dite propriété maîtrise souveraine, est classique. Il s'agit, en somme, de l'appartenance-maîtrise de Jean DABIN, « *c'est-à-dire la*

droits.

3001LIBCHABER R., *op. cit.*, p. 301

3002Ibid., p. 333 pour qui dire que la propriété intellectuelle est temporaire se révèle être un diagnostic trop hâtif. La « *propriété intellectuelle est perpétuelle ; mais les biens ne sont reconnus que pour une durée limitée* ».

3003A émergé de la confrontation des droits de la propriété intellectuelle avec le droit de la concurrence l'idée de fonction essentielle de chaque droit de propriété intellectuelle. Cela permet de dépasser les seuls intérêts égoïstes du propriétaire pour y inclure également l'intérêt général (v. en sens : SIIRIAINEN F., *op. cit.*, p.151)

3004Couramment, nous disons que la propriété ne doit rien à l'État (TERRÉ-FORNACCIARI D. et FRISON-ROCHE M.-A., *Quelques remarques sur la propriété intellectuelle*, in Vocabulaire fondamental du droit, Arch. Phil. Dr., t. 35, 1990, p. 223-244, spéc. 237). Le Droit se contente de garantir dans certaines limites la propriété. Or, la propriété intellectuelle a besoin de l'intervention de l'État. Celle-ci prend la forme d'une reconnaissance du droit sur la création. Ainsi, par exemple, en matière de droit des brevets, la publicité équivaut à l'acte de naissance des droits privatifs sur l'invention. Cela diffère du système de registre de la publicité foncière dans lequel les droits sur l'immeuble préexistent à la publicité. Le rôle de la publicité foncière est simplement celui de résoudre les conflits de droits réels sur les immeubles et d'informer les tiers.

3005ABELLO A., *op. cit.*, p. 342

3006Ibid., p. 348

3007V. en ce sens : XIFARAS M., *Le copyleft et la théorie de la propriété*, Multitudes, 2010/2, n° 41, p. 50-64

3008FRISON-ROCHE M.-A., *L'interférence entre les propriétés intellectuelles et les droits des marchés, perspective de régulation*, in Droit et économie de la propriété intellectuelle (sous-dir. Marie-Anne Frison-Roche et Alexandra Abello) L.G.D.J., Paris, coll. Droit & économie, spéc. p. 19

3009XIFARAS M., *La propriété : Étude de philosophie du droit*, Paris, PUF, 1^{ère} éd., 2004

*faculté d'agir en maître sur la chose qui fait l'objet du droit »*³⁰¹⁰. Cette conception se retrouve dans la pensée du philosophe HEGEL.

La deuxième forme est celle de l'appartenance patrimoniale apparue dans le célèbre manuel d'AUBRY et RAU³⁰¹¹. Il s'agit d'une approche originale de la propriété en ce qu'elle entremêle des aspects personnels et réels. Dans cette configuration, la propriété représente « *un ensemble de droits de jouissance et d'administration qui ne sont ni des « droits à », ni des « droits de »,*³⁰¹² *mais des « droits pour », inscrits dans la finalité constitutive du patrimoine* ». Dans cette perspective, la figure du propriétaire s'éclipse au profit du but, de la finalité de l'universalité de droit.

Enfin, la dernière conception de la propriété est celle dite de la réservation de jouissance. Ce modèle est apparu en France dans le domaine du droit d'auteur. Il revient en partie au grand juriste RENOUARD. Il s'agit d'une réservation exclusive de la jouissance économique des utilités du bien, qui prend la forme d'un « monopole » temporaire. C'est cette conception de la propriété qui convient le mieux aux biens informationnels.

À ces trois conceptions de la propriété, le Professeur Fabrice SIIRIAINEN y ajoute une quatrième, la propriété économique dans laquelle une distinction se ferait entre l'appartenance et la maîtrise. « *Dans ce « modèle », la responsabilité afférente aux prérogatives du propriétaire reviendrait à celui qui a la maîtrise économique de la chose* »³⁰¹³. Cette propriété économique a été définie par le Professeur Gauthier BLANLUET comme « *le droit de disposer activement et passivement de la totalité de la substance économique d'un bien dont la propriété appartient à droit* »³⁰¹⁴.

Nous constatons que l'« *arrivée de l'immatériel bouleverse les conceptions champêtres de la propriété* »³⁰¹⁵. À cela, il faut ajouter une « *extension quasi indéfinie de la propriété* »³⁰¹⁶ notamment en raison de la reconnaissance de nouveaux biens incorporels. Ce phénomène d'extension s'explique, entre autres, par les avantages que le droit de propriété procure à son titulaire.

3010 DABIN J., *Le droit subjectif*, Dalloz, Paris, 1952, p. 90

3011 XIFARAS M., *Le code hors du code. LE cas de la « transposition » de la propriété au droit administratif*, Droits, 2005, n° 42, p. 65

3012 *Id.*, *La propriété : Étude de philosophie du droit*, Paris, PUF, 1^{ère} éd., 2004, p. 481

3013 SIIRIAINEN F., *op. cit.*, p. 141

3014 BLANLUET G., *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français. Recherche au confluent du droit fiscal et du droit civil*, L.G.D.J., Paris, 6 mai 1999, p. 333, n° 545

3015 FARJAT G., *Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts. Prolégomènes pour une recherche*, RTD Civ., 14 juin 2002, n°2, p. 232

3016 BOY L., *Les nouvelles propriétés collectives : voulues, subies ?*, in Volonté et biens. Regards croisés (sous-dir. Yves Strickler et Fabrice Siirainen), L'Harmattan, Paris, 27 juin 2013, coll. Droit privé et sciences criminelles, p. 111

B. La propriété comme maîtrise des utilisés du bien

393. **L'exclusivité, le cœur de la propriété** – Nous pouvons voir la propriété comme une « *captation exclusive* »³⁰¹⁷ des utilités du bien. L'exclusivité a toujours été considérée comme la fin et le moyen de la propriété, tant dans la pensée juridique que dans l'analyse économique³⁰¹⁸. Se fondant sur une redécouverte de la conception romaine de la propriété, le Professeur Frédéric ZÉNATI considère qu'« *il ne faut pas définir la propriété par les usages qu'elle procure mais par le mécanisme qui permet ces usages : l'exclusivité* »³⁰¹⁹. Autrement, le droit d'exclure est perçu comme un élément essentiel du droit de propriété. Il est le cœur de la propriété.

L'exclusivité s'entend de deux manières. D'une part, l'exclusivité renvoie au droit d'exclure les tiers de l'utilisation du bien. Il s'agit, plus précisément, d'un pouvoir permettant au titulaire d'exclure les tiers des utilités de son bien. Et d'autre part, l'exclusivité correspond à un pouvoir n'appartenant qu'à une seule personne opposable *erga omnes*. Ce faisant, le propriétaire dispose de son bien, à son gré dans les limites légales et réglementaires. Lui seul peut faire de son bien ce que bon lui semble sans que les tiers s'immiscent. Il peut choisir de se réserver les utilités de son bien ou, au contraire, décider d'en partager la jouissance avec autrui. C'est l'exemple connu, en droit de la propriété intellectuelle de la licence. Il dispose également de la faculté d'affecter son bien au paiement préférentiel ou exclusif de l'un de ses créanciers³⁰²⁰.

De surcroît, l'exclusivité octroyée par le droit de propriété s'incarne dans l'action en revendication³⁰²¹, *rei vindicatio*. Ainsi, concrètement, le propriétaire a le droit de réclamer son bien à quiconque lui refuse de la restituer. Il peut également repousser toute atteinte injustifiée portée à l'encontre de son bien³⁰²². Cela s'incarne en droit de la propriété intellectuelle par une action spéciale, l'action en contrefaçon.

3017XIFARAS M., et VIVANT M., *La propriété intellectuelle, une légende urbaine ?*, Propr. intellect., octobre 2021, n° 81, p. 145

3018DUSOLLIER S., *Inclusivity in intellectual property*, in Intellectual Property and General Legal Principles – Is IP a Lex Specialis, éd. Edward Elgar, 2015, ATRIP Intellectual Property series, p. 101

3019ZÉNATI F., *Pour une rénovation de la théorie de la propriété*, RTD Civ., 1993, p. 305 et s.

3020Art. 2323 C. civ. pour la notion de sûreté réelle, disposition introduite par l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés

3021DROSS W., *Droit des biens*, L.G.D.J., Paris, coll. Précis Domat ; Droit Prive, 19 août 2014, 2^e éd., spéc. p. 47, n° 43

3022Nous pouvons citer à titre d'exemple l'action négatoire, *actio negatoria*, en matière de servitude visant à contester l'existence d'une servitude.

394. **Le monopole d'exploitation** – Dans le cadre de la propriété intellectuelle, il est courant d'évoquer pour les droits intellectuels la notion de « monopole ». Or ce terme renvoie au droit de la concurrence et est trompeur. La propriété confère uniquement un « monopole de droit » sur les utilités d'un seul bien informationnel. Par ailleurs, cette réservation privative ne conduit pas obligatoirement à une position monopolistique de fait sur un marché donné. Aussi, préférons-nous employer l'expression de droit exclusif d'exploitation.

395. **La propriété intellectuelle et la propriété inclusive** – Une particularité des droits de propriété intellectuelle doit être relevée, celle de la dialectique réservation-partage³⁰²³. Dans ce contexte, la Professeure Séverine DUSOLLIER a proposé une nouvelle lecture de la propriété intellectuelle par l'« incluvisité » et non exclusivité³⁰²⁴. Selon cette auteure, l'incluvisité se caractérise d'une part, par l'absence d'un pouvoir d'exclure les tiers de la chose et d'autre part, par son utilisation collective. Elle estime que cette inclusivité se trouve au sein de la propriété intellectuelle. Le domaine public, les « licences libres » ou *copyleft*, les licences FRAND dans le cadre de brevets essentiels, et les exceptions des droits exclusifs, sont autant de manifestations du caractère inclusif de la propriété intellectuelle. Bien qu'elle paraisse convaincante, cette analyse prête le flanc à la critique. Nous pouvons, en effet, souligner que ces mécanismes relevés par la Professeure Séverine DUSOLLIER n'effacent nullement le caractère exclusif de la propriété intellectuelle. Il ne faut pas oublier que, par l'exclusivité, le propriétaire a le pouvoir de décider qui sera inclus ou exclu des utilités de son bien. Dans le cadre de la licence libre, l'inclusivité prend sa source dans la décision du titulaire des droits intellectuels. C'est lui seul qui peut décider d'inclure tous les tiers. Ce faisant, il use de son pouvoir accordé par l'exclusivité. De même, les exceptions au droit d'auteur ne conduisent nullement à une utilisation collective de l'œuvre. Dès lors, nous pouvons douter de l'inclusivité de ces exceptions au regard de la définition retenue par la Professeure DUSOLLIER.

396. **Le caractère incorporel des données numérique et la question de leur appropriabilité** – Les données sont des choses incorporelles *quae tangi non possunt*. Cependant, leur caractère incorporel ne les exclut pas *de facto* du domaine de la propriété. L'appropriation existe « dès l'instant que la chose est l'objet d'un droit réservant à son

3023XIFARAS M., et VIVANT M., *op. cit.*, n° 81, p. 144

3024DUSOLLIER S., *Inclusivity in intellectual property, in Intellectual Property and General Legal Principles – Is IP a Lex Specialis*, éd. Edward Elgar, 2015, ATRIP Intellectual Property series, p.101-118 ; *Id.*, *The commons as a reverse intellectual property: from exclusivity to inclusivity, in Concepts of Property in Intellectual Property Law*, Cambridge University Press, p.258-281

titulaire son usage »³⁰²⁵. Aussi, par l'appropriation de la donnée numérique, ce n'est pas tant la donnée en elle-même que la valeur qu'elle génère par son usage que l'on cherche à se réserver. En d'autres termes, nous désirons bénéficier de l'essence du droit de propriété, à savoir l'exclusivité. Mais ne s'agit-il pas d'une des manifestations de l'« *appétit pour la propriété* » qui « *pousse à la transformation des simples intérêts économiques – celui de pouvoir intervenir sans perturbations indues sur un marché donné – en biens appropriés* »³⁰²⁶ ?

Notre réflexion nous invite à nous demander si les données numériques ne sont pas finalement à la limite de l'appropriable. Mais qu'est-ce que l'appropriable si ce n'est ce qui n'est pas inappropriable ? Il existe des éléments inappropriables dans différentes branches du Droit, qui se situent en dehors du champ d'application de l'article 544 du Code civil. Tel est le cas, par exemple, du corps humain, de l'espace extra-atmosphérique³⁰²⁷ ou encore d'éléments visés par certaines dispositions du Code de la propriété intellectuelle³⁰²⁸. De manière générale, le Professeur Mikhaïl XIFARAS estime, dans son étude philosophique de la propriété, que « *sont inappropriables les objets dont la nature ne saurait être transformée ou détruite par l'homme, quels que soient les progrès de ses Lumières, ou encore les êtres qu'il ne lui appartient pas de créer, dont il n'est pas et dont il ne peut être pas le créateur, ce qui lui est donné* »³⁰²⁹. Le statut de l'inappropriable ne se réduit donc pas à celui des choses communes. L'inappropriabilité n'est pas assise sur un critère unique et exclusif. Elle peut, certes, se justifier au nom des intérêts communs mais aussi par la prise en compte de la destination des choses, ou encore, de l'accomplissement des besoins humains fondamentaux³⁰³⁰. Ainsi, par exemple, nous pouvons, à juste titre, considérer que les données à caractère personnel relèvent du domaine de l'inappropriabilité et cela, en raison de leur lien étroit avec la personne physique en cause. Les prérogatives reconnues sur les données personnelles sont classiquement classées dans les droits de la personnalité. Or, « *les droits de la personnalité sont nés de l'impossibilité d'analyser les rapports de la personne avec les attributs qui lui*

3025 LOQUIN É., *L'approche juridique de la marchandisation*, in Droit et marchandisation (sous-dir. É. Loquin et A. Martin), Litec, Paris, 16 avril 2010, p. 84

3026 DROSS W., *L'extension de la notion de bien à l'intérêt économique substantiel*, in Les « nouveaux biens » ; Nouvelles qualifications ou nouveaux régimes ?, sous-dir. L. Leveneur, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, janvier 2020, p. 22

3027 V. art. 2 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 du 27 janvier 1967

3028 Par ex. art. L. 611-17, L. 611-18, L. 611-19 du CPI

3029 XIFARAS M., *La propriété : Étude de philosophie du droit*, Paris, PUF, 1^{ère} éd., 2004, p. 502

3030 GUIBET LAFAYE C., *L'inappropriable, un impensé*, in Dictionnaire des biens communs (sous-dir. Rochfeld J., Cornu M. et Orsi F.), PUF, 2017, coll. Dictionnaire Quadrige, p. 650-656.

sont propres en termes de propriété »³⁰³¹. Quant aux données non personnelles, aucun texte ne les déclare inappropriables et aucune justification ne semble être avancée pour défendre ce caractère. Néanmoins, pour les données publiques ainsi que les données brutes, nous estimons qu'elles relèvent du domaine de l'inappropriable en raison des intérêts collectifs, tels que la garantie de leur usage commun, ou encore la préservation de la liberté de création.

II. La saisie de la donnée numérique par la propriété

397. La qualification des données numériques en bien conduit à relancer le débat de savoir pourquoi la propriété privée existe là où une mise en commun serait plus profitable. À cette question, le Professeur Rémy LIBCHABER répond que « *ce que la propriété retire à la collectivité, elle l'ajoute à l'individu en lui permettant de résister aux agressions que la société fait subir* »³⁰³². Il s'agit alors de la question fondamentale de la légitimité du droit de propriété sur les données qu'il convient d'étudier (A).

Par ailleurs, comme nous l'avons relevé, initialement, le droit de propriété a été construit au regard des choses corporelles³⁰³³ ce qui explique une certaine difficulté d'appréhender l'immatérialité. Cependant, cela implique-t-il, pour le droit de propriété, une impossibilité réelle d'être utilisé comme moyen de réservation de nouvelles valeurs immatérielles que sont les données numériques ? Le Professeur MOUSSERON, estime que « *le système de l'appropriation [...] n'a pas vocation à commander la réservation et la commercialisation de tous les biens* »³⁰³⁴. Cette observation est particulièrement pertinente pour les nouveaux biens incorporels ubiquitaires, qui ne peuvent être régis par l'article 544 du Code civil. La raison principale en est la complexité à appréhender les biens ubiquitaires et à définir clairement l'étendue des droits de propriété qui leur sont associés. Partant, « *les nouveaux biens ne pourraient se développer qu'en dehors du droit commun, selon des régimes dérogatoires* »³⁰³⁵. Une telle perspective s'explique par le caractère exceptionnel de

3031CADIET L., *La notion d'information génétique en droit français*, in *La génétique humaine*, de l'information à l'informatisation (sous-dir. B.-M. Knoppers, L. Cadiet, C.-M. Laberge), Ed. Thémis/Litec, 1^{er} octobre 1992, p. 60.

3032LIBCHABER R., *La propriété, droit fondamental*, in *Liberté et droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 5 mai 2021, 27^e éd., p. 842-843, n° 1010

3033V. *supra* n° 390

3034MOUSSERON J.-C., *Valeurs, biens, droits*, in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, n° 9

3035BERGEL J. L., *Rapport général sur les nouveaux biens*, in *La propriété*, Journées vietnamiennes, t. LIII, éd. Société de législation comparée, septembre 2006, coll. Travaux de l'Association Henri Capitant, p. 214

l'appropriation des créations immatérielles³⁰³⁶. Par conséquent, l'intervention du Législateur reste nécessaire pour consacrer une réservation privative des données numériques. Cela explique la proposition envisagée par la Commission européenne³⁰³⁷ d'instaurer un droit *sui generis* au profit des producteurs de données (B).

A. La question de la légitimité de l'appropriation des données numériques

398. L'origine et la légitimité de la propriété se sont toujours posées. Il existe autant de justifications normatives de la propriété que de théoriciens. Dans le cadre de notre étude, nous limiterons aux quatre principales conceptions sur lesquelles la propriété notamment intellectuelle a pu se fonder. Ces théories divergent de manière significative et aboutissent souvent à des conclusions différentes sur la question de savoir si les données numériques peuvent, de façon opportune, faire l'objet d'un droit de propriété.

1. Les fondements philosophes de l'appropriation

399. Le philosophe anglais LOCKE voyait dans le travail une source d'appropriation (a). De son côté, BENTHAM, considéré comme le fondateur des sciences humaines³⁰³⁸, justifie l'appropriation par l'utilité qu'elle procure (b).

a. Le travail comme fondement de l'appropriation

400. Il convient de faire référence à la réflexion du philosophe anglais John LOCKE. Celle-ci a été développée dans le chapitre V de son *Second traité du gouvernement*³⁰³⁹. La théorie lockéenne de la propriété privée a été comprise comme dépendant de l'idée selon laquelle

3036REVET T., *Rapport français. Les nouveaux biens*, in *La propriété*, Journées vietnamiennes, t. LIII, éd. Société de législation comparée, septembre 2006, coll. Travaux de l'Association Henri Capitant, p. 275, n° 8

3037Commission européenne, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Stratégie pour un marché unique numérique en Europe*, {SWD(2015) 100 final}, Bruxelles, 6 mai 2015, COM(2015) 192 final ; *id.*, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Créer une économie européenne fondée sur les données*, {SWD(2017) 2 final}, Bruxelles, 10 janvier 2017, COM(2017) 9 final

3038MARIS B., *Des économistes au-dessus de tout soupçon ou la grande mascarade des prédictions*, Albin Michel, Paris, 1990, p. 75

3039LOCKE J., *Second traité du gouvernement*, PUF, Paris, coll. Épipiméthée, 1^{er} mars 1993, 384 p.

l'homme a un droit de propriété sur les fruits de son travail. LOCKE démontre que le travail est le fondement de la propriété dans la société pré-politique³⁰⁴⁰. Cette théorie part du principe que chaque individu est propriétaire de sa propre personne ; partant, le travail de son corps et l'œuvre de ses mains sont les siens. Cette idée était, cependant, déjà avancée par le philosophe Jean-Jacques ROUSSEAU qui lie travail et possession pour décrire le processus d'appropriation. En d'autres termes, en prenant une ressource naturelle inexploitée, en la transformant et en y mêlant son labour personnel, se crée alors une nouvelle valeur qui appartiendra à la personne ayant fourni ce travail. Nous retrouvons en quelque sorte l'interprétation des *Proculiens* sur la spécification³⁰⁴¹. Nous pouvons prendre l'exemple d'un sculpteur qui a réalisé à partir d'un tas de glaise une sculpture. Nous reconnâtrons volontiers que celui-ci pourra revendiquer un droit de propriété sur sa création, fruit de son travail. Néanmoins, comme l'avait souligné le Professeur Israël M. KIRZNER, « *ce qui fait la propriété n'est pas [...] le travail courant, le travail physique de l'homme, son effort mais l'idée, l'acte créateur qui l'accompagne et en sont indissociables* »³⁰⁴². Autrement dit, « *la propriété de la chose n'est plus une conséquence directe de la propriété de l'outil qui la produit, mais bien la compensation d'une dépense* »³⁰⁴³. En somme, l'acte créatif instaure et justifie la relation de propriété entre le créateur et sa création.

À côté de la pensée lockéenne, une seconde théorie s'est développée reposant en partie sur les principes du théologien CALVIN. Un point essentiel rapproche ces deux théories : le travail est perçu comme le fondement de la propriété. Néanmoins, cette seconde théorie avance l'idée que « *la propriété n'est rien d'autre que l'indemnité de l'effort engendré par l'homme, la compensation de la souffrance endurée* »³⁰⁴⁴.

L'idée, initialement philosophique de la « propriété-travail », c'est-à-dire le travail est à l'origine de la propriété, a reprise par le Droit³⁰⁴⁵. C'est ainsi que la réflexion de LOCKE a

3040STATHOULIAS A., *De l'équilibre : contribution à l'étude du droit d'auteur*, Thèse pour le doctorat en droit, Lille : Université de Lille 2 – Droit et Santé, 2015, p. 1153

3041BUYDENS M., *La propriété intellectuelle. Évolution historique et philosophique*, Bruxelles, Bruylant, 23 mai 2012, p. 259

3042LEPAGE H., *Pourquoi la propriété*, Hachette, Paris, coll. Pluriel, 1985, p. 399 : cet auteur synthétise la pensée du Professeur Israël M. KIRZNER développée dans son article *Entrepreneurship, Entitlement, and Economic Justice*, *Eastern Economic Journal*, janvier 1978, vol. 4, n° 1, p. 9-25

3043BUYDENS M., *op. cit.*, p. 259

3044DI PALMA S., *L'émergence de la propriété intellectuelle*, éd. Société des écrivains, Saint-Denis, 8 janvier 2018, p.151-152

3045PORTALIS au Corps législatif in FENET P. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Tome XI*, éd. Videcoq, Paris, 1836, p. 112 : Le jurisconsulte PORTALIS s'inscrit dans la continuité de la pensée lockéenne. En effet, lors de son discours sur le titre du Code civil consacré à la propriété, il avait déclaré que « *l'homme [...] a un droit naturel aux choses nécessaires à sa substance et à son entretien. Il exerce ce droit par l'occupation, par le travail, par l'application raisonnable et juste de ses facultés et de ses forces. Ainsi, le besoin et l'industrie sont les deux principes créateurs de la propriété* ».

marqué les lois sur la propriété intellectuelle, en particulier les lois révolutionnaires³⁰⁴⁶. De même, dans son étude sur la force de travail, le Professeur Thierry REVET estime que la liberté de l'industrie et du commerce permet de légitimité « *l'existence de droits privatifs minimaux sur les valeurs nées du seul travail ne faisant l'objet d'aucun dispositif légal spécial* »³⁰⁴⁷. Une telle logique permet donc de justifier l'appropriation de données enrichies créées par une entreprise à partir, par exemple, de données brutes ou données publiques. Néanmoins, cette théorie est susceptible de soulever des difficultés lorsque les données sont créées par le biais de capteurs, d'objets connectés. La théorie lockéenne n'accorde la propriété que lorsque le travail constitue la plus grande partie de la valeur du bien. La question délicate qui surgit alors est de savoir qui, du concepteur de l'objet connecté ou de son utilisateur, assume la plus grande part de travail et d'investissement pour être reconnu comme propriétaire des données qui y sont issues. Faut-il que l'utilisateur de l'objet connecté justifie d'un travail supérieur à celui du concepteur de l'objet afin d'obtenir un droit de propriété initiale sur les données enregistrées ? À première vue, face à une telle situation, la théorie de LOCKE suggérerait logiquement d'attribuer la propriété des données numériques enregistrées au concepteur de l'objet. Ce dernier a, en effet, fourni les moyens nécessaires à l'utilisateur pour la création des données mais également a déployé des efforts dans la conception de l'objet afin de « traduire » des faits en données exploitables. Il est toutefois crucial de nuancer cette première approche selon que l'utilisateur de l'objet connecté a, lui aussi, fourni un travail de création. Lorsque le travail de création de l'utilisateur s'ajoute à celui du concepteur de l'objet connecté, la détermination du véritable propriétaire des données ainsi créées peut se révéler complexe. La solution variera selon l'effort procuré dans la création. Dès lors, ne faudrait-il pas reconnaître une copropriété sur les données créées au profit du concepteur de l'objet connecté et de l'utilisateur ? Cependant, la reconnaissance d'une copropriété pourra, en pratique, poser des difficultés quant à la gestion desdites données.

L'on peut également citer à titre d'exemple, Charles DEMOLOMBE et Augustin-Charles RENOARD (CHAZAL J.-P., *La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel*, RTD Civ., 19 décembre 2014, n° 4, p.763-763) ou encore Robert BEUDANT et Paul LEREBOURS-PIGEONNIERE qui estiment que « *l'homme développe son activité, exerçant son industrie en un mot travaillant, produit. Ce qu'il produit est sien. Lui contester cette acquisition, se serait en lui retirant le libre usage de ses facultés, lui en nier le libre usage, ce serait supprimer sa liberté* » (BEUDANT R. et LEREBOURS-PIGEONNIERE P., *Cours de droit civil français. Les biens. Tome IV*, Librairie A. Rousseau et C^{ie}, Paris, 1938, 2^e éd., p. 691, n° 636),

3046V. en ce sens : STATHOULIAS A., *De l'équilibre : contribution à l'étude du droit d'auteur*, Thèse pour le doctorat en droit, Lille : Université de Lille 2 – Droit et Santé, 2015, p. 1155

3047REJET T., *La force du travail. Étude juridique*, Litec, Paris, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, tome 28, 1992, n° 504

Par ailleurs, au sein de la théorie lockéenne, il y a le *privo* de John LOCKE³⁰⁴⁸. Il s'agit de la clause suivant laquelle le droit de propriété ne peut être exercé sur les ressources naturelles que dans la mesure où il en reste suffisamment et en qualité aussi bonne en commun pour les autres. Cependant, contrairement aux ressources physiques telles que la mer, il semble peu probable que la clause lockéenne trouve à s'appliquer dans l'environnement numérique où les données au sens syntaxique sont illimitées. À l'inverse, il nous semble que reconnaître un droit de propriété sur une donnée au sens sémantique irait à l'encontre de la clause lockéenne dans la mesure où les tiers ne pourraient plus utiliser le contenu informationnel codé sous une forme différente.

La pensée lockéenne n'est pas totalement indifférente à l'utilité de la chose appropriée. En effet, LOCKE considérerait que « *l'excès d'une propriété ne consistait point dans l'étendue d'une possession, mais dans la pourriture et l'inutilité des fruits qui en proviennent* »³⁰⁴⁹.

b. L'utilité comme fondement de l'appropriation

401. La deuxième théorie à laquelle nous pouvons faire appel est celle dite utilitariste. Cette philosophie hédoniste est représentée par le célèbre philosophe moral anglais Jeremy BENTHAM. Ce dernier méprisait l'idée de droits naturels qu'il rebaptisait « *non-sens perchés sur des échasses* »³⁰⁵⁰. La doctrine utilitariste repose sur la quête du bonheur maximal pour le plus grand nombre³⁰⁵¹, concept illustré par le calcul félicifique³⁰⁵². En somme, « *tout le projet benthamien est fondé sur la recherche des instruments qui permettront de modifier les comportements de sorte à maximiser le bonheur collectif* »³⁰⁵³.

3048 MACKAAY E. et ROUSSEAU S., *Analyse économique du droit*, Dalloz, Paris, 2008, 2^e éd., coll. Méthodes du droit, p. 72-73, n° 270

3049 LOCKE J., *Traité du gouvernement civil*, GF Flammarion, Paris, 2 février 1984, p. 211

3050 SANDEL M. J., *Justice*, Albin Michel, coll. Espaces libres, 27 mars 2024, p. 59

3051 BENTHAM J., *Manual of Political Economy* : « *According to the principle of utility in every branch of the art of legislation, the object or end in view should be the production of the maximum of happiness in a given time in the community in question. In the instance of this branch of the art, the object or end in view should be the production of that maximum of happiness, in so far as this more general end is promoted by the production of the maximum of wealth and the maximum of population* ».

3052 LAVAL C., *Jeremy Bentham et le gouvernement des intérêts*, Revue du MAUSS, 2006/1, n° 27, p. 289-306

3053 SIGOT N., *Richesse et bonheur dans l'utilitarisme de Bentham*, L'Économie politique, 2016/3 n° 71, p. 27-

L'utilitarisme est parfois avancé comme fondement de la propriété. Suivant cette théorie, le but du droit de propriété est la maximisation du bien-être commun³⁰⁵⁴. La théorie utilitariste postule que l'attribution d'un droit de propriété sur un bien en stimule la production³⁰⁵⁵. Si cette production est socialement souhaitable, alors son augmentation l'est tout autant pour maximiser le bonheur collectif. En somme, des droits de propriété devraient être reconnus dès lors qu'ils contribuent à augmenter l'utilité générale, c'est-à-dire le bien-être social. La propriété intellectuelle n'est pas indifférente à cette approche³⁰⁵⁶. En effet, que ce soit le droit d'auteur³⁰⁵⁷ ou le des brevets³⁰⁵⁸, tous ces droits visent à promouvoir le progrès et l'innovation³⁰⁵⁹.

Cette théorie utilitariste peut-elle être invoquée au soutien d'une reconnaissance d'un droit de propriété sur les données numériques ? Cela nécessiterait de trouver un équilibre entre le droit d'exploitation exclusif, censé encourager la production de données, et le droit d'accès des tiers à ces mêmes données, et à la connaissance qu'elles renferment. Cet équilibre, dont le but est de maximiser le bonheur collectif, s'avère cependant ardu à trouver.

Mais encore faut-il qu'il y ait vraiment une maximisation du bien-être commun par la reconnaissance d'un droit privatif sur la donnée numérique. Or, pour la plupart des données non personnelles telles que celles enregistrées par le biais d'objets connectés, leur création n'a vraisemblablement que peu d'importance pour le bien-être commun, contrairement, par exemple, aux œuvres de l'esprit en droit d'auteur ou aux inventions en droit des brevets. Cependant, d'aucuns pourraient arguer que la création de ces données numériques possède une valeur intrinsèque. Cet intérêt peut se déduire de l'investissement consenti par la personne pour les générer. Nous pouvons citer l'exemple des capteurs installés sur les autoroutes. Les sociétés concessionnaires d'autoroutes ont investi des moyens financiers et humains pour

3054V. DE CHAMPS E., *Propriété et statut personnel chez Jeremy Bentham*, in *Le libéralisme au miroir du droit* (sous-dir. Blaise Bachofen), ENS Éditions, 2008, p. 117-143

3055BENTHAM J., *Traité des peines et récompenses*, éd. B. Dulau, Londres, 1811, 368 p.

3056V. notamment en littérature anglo-saxonne : LANDES W. et POSNER R., *Trademark Law : An Economic Perspective*, *The Journal of Law and Economics*, octobre 1987, vol.30, n° 2, p. 265-309 ; LANDES W. et POSNER R., *An Economic Analysis of Copyright Law*, *The Journal of Legal Studies*, juin 1989, vol. 18, n° 2, p. 325-363

3057V. par ex. cons. 2 de la directive (UE) 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE

3058V. par ex. cons. 10 de la directive 98/44/CE du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques

3059Nous pouvons observer au niveau des États-Unis d'Amérique une prise en compte de la philosophie utilitariste au sein de la jurisprudence de la Cour suprême. En effet, la Cour suprême a invoqué cette théorie pour statuer sur différentes affaires tenant à la propriété intellectuelle, comme dans l'affaire *Precision Instrument Mfg. Co. v. Automotive Maintenance Mach. Co.* du 21 mai 1945 (U.S. Supreme Court, *Precision Instrument Mfg. Co. v. Automotive Maintenance Mach. Co.*, 324 U.S. 806, 814 (1945)) ou encore dans l'affaire *New York Times Co. v. Tasini* du 25 juin 2001 (U.S. Supreme Court, *New York Times Co. v. Tasini*, 533 U.S. 483, 495(2001)).

créer des données portant sur l'utilisation des infrastructures routières. Ces données permettront d'améliorer la fluidité du trafic routier tout en le sécurisant davantage. Il n'en demeure pas moins que l'octroi de droits de propriété sur les données non personnelles risque de réduire le bien-être des tiers et, par conséquent, l'utilité pour la société. Ainsi, par exemple, les données agricoles peuvent autant intéresser l'agriculteur que le fabricant d'engins agricoles que l'État. Jusqu'à présent, il est compliqué de définir un équilibre approprié entre les intérêts individuels, notamment ceux des producteurs de données non personnelles, et les intérêts collectifs. Cet équilibre pourrait se trouver dans l'idée d'une période limitée de protection comme en matière de propriété intellectuelle³⁰⁶⁰.

À côté de ces fondements philosophiques, il existe des fondements juridiques et économiques que nous devons étudier.

2. Les fondements juridique et économique de l'appropriation

402. En droit, l'occupation est analysée comme un mécanisme d'acquisition originaire (a). À côté de ce fondement purement juridique, nous devons également évoquer l'analyse économique du droit de propriété et sa justification (b).

a. L'occupation comme fondement de l'appropriation

403. Bien que non explicitement prévue par la loi³⁰⁶¹, l'occupation est considérée comme le « *prototype de l'acquisition originaire* ». Cette théorie remonte à l'Antiquité, et nous en retrouvons des traces dans le droit romain³⁰⁶² notamment dans les *Institutes* de GAIUS³⁰⁶³. Ainsi, sur le fondement du Droit naturel, GROTIUS faisait de l'occupation le premier mode d'acquisition³⁰⁶⁴. Le jurisconsulte POTHIER définit l'occupation comme « *le titre par lequel* »

3060V. en ce sens : STATHOULIAS A., *op. cit.*, p. 776

3061Les articles 711 et 712 du Code civil qui énumèrent les modes d'acquisition ne font pas référence à l'occupation. Par ailleurs, lors de la codification, les rédacteurs du Code civil avait envisagé d'écarter le mécanisme de l'occupation. L'article 713 était libellé comme suit : « *la loi civile ne reconnaît pas le droit de simple occupation* ».

3062Cependant, pour Madame Mireille BUYDENS, l'occupation n'est pas, à proprement parler, une institution romaine. Il s'agit, en réalité, d'une construction des jurisconsultes du XVI^e siècle (BUYDENS M., *op. cit.*, p. 341).

3063GAIUS, *Institutes*, traduit par M. L. DOMENGET, A. Marescq Ainé, Paris, 1866, p. 162-163, § 66-67

3064GROTIUS, *Droit de la guerre et de la paix. Tome 1*, éd. P. de Coup, Amsterdam, 1724, spéc. Livre II, ch. VIII, p. 363 et s. – V. ég. ARNAUD A.-J., *Réflexions sur l'occupation du droit romain classique au droit moderne*, Revue historique de droit français et étranger, 1968, p. 183

on acquiert le domaine de la propriété d'une chose qui n'appartient à personne en s'en emparant dans le dessein de l'acquérir »³⁰⁶⁵. Comme dans la théorie lockéenne, la propriété prend sa source dans un fait individuel. Cependant, si le fait individuel crée effectivement la propriété, c'est moins en raison du travail déployé par l'occupant que du caractère non approprié de la chose, objet de l'occupation.

Deux conditions sont nécessaires pour que naisse de l'occupation la propriété. La première est le caractère non approprié de la chose. C'est l'idée des *res nullius* ou encore des *res derelictæ*. Toutefois, afin d'éviter toute réappropriation du domaine public, seules les choses incorporelles qui n'ont jamais appartenu à une personne peuvent être appropriées par occupation³⁰⁶⁶. La seconde condition tient au fait de s'emparer de la chose sans maître afin de la garder pour soi. Autrement dit, il faut que l'*occupans* ait l'intention de s'approprier la chose. Il est donc nécessaire de caractériser l'*animus dominandi*.

L'occupation a été interprétée comme le mode commun pour acquérir des biens incorporels³⁰⁶⁷. Nous retrouvons cette idée au sein de la propriété intellectuelle³⁰⁶⁸ mais également au niveau du nom commercial, de l'enseigne, voire du nom de domaine³⁰⁶⁹. Ainsi, cette théorie fut invoquée dès 1774 dans le cadre de la reconnaissance de droit de propriété sur les créations intellectuelles³⁰⁷⁰. Le philosophe DIDEROT se fondait, en effet, sur le droit du « *premier occupant et d'une possession légitime* »³⁰⁷¹. Cet argument sera, par la suite, repris par l'abbé PLUQUET lors de la querelle des libraires parisiens³⁰⁷².

Il ressort que l'occupation apparaît « *comme la fondation cachée de la justification lockéenne* »³⁰⁷³. L'occupation vient justifier l'appropriation des fruits du travailleur. Nous pouvons reprendre l'exemple du sculpteur qui a réalisé à partir d'un tas de glaise une

3065POTHIER R.-J., *Traité du domaine de propriété*, éd. Debure père/Veuve Rouzeau-Montaut, Paris/Orléans, 1772, p. 22, n° 20

3066BUYDENS M., *op. cit.*, p. 350

3067V. en ce sens : PÉLISSIER A., *Possession et meubles incorporels*, Dalloz, Paris, coll. Nouvelle bibliothèque de thèse, 2001, p. 225 et s., n° 428 et s.

3068V. par ex. le droit exclusif reconnu pour les œuvres posthumes (art. L. 123-4 du CPI).

3069V. en ce sens : LOISEAU G., *L'appropriation des espaces virtuels par les noms de domaine*, Dr. & Patr., mars 2001, n° 91, p. 59 et s.

3070ENFIELD W., *Observations on literary property*, éd. Joseph Johnson, London, 1774

3071DIDEROT R., *Lettre sur le commerce de la librairie*, Hachette et c^{ie}, Paris, 1861, p. 12

3072PLUQUET Troisième lettre à un ami concernant les affaires de la librairie, 1778 : « la première occupation fait un titre, la loi la convertit en propriété, et les fruits qui en naissent m'appartiennent à toujours. Or, quand j'ai composé un livre, je suis dans le cas de la première occupation, sinon pour la matière, au moins par la manière de la traiter ; c'est un champ que j'ai le premier semencé, auquel j'ai fait porter les fruits : le débit, si je puis parler ainsi, m'en appartient donc. Si un autre se les approprie et prétend les débiter à son profit, il me vole, il attaque ma propriété, et la loi qui me l'a sanctionné à toujours est obligée de me la conserver ».

3073BUYDENS M., *op. cit.*, p. 344

sculpture. Cette sculpture est une chose sans maître³⁰⁷⁴. L'artiste s'en est emparé. De là, suivant la théorie de l'occupation, un droit de propriété naît. Bien que la réponse paraisse évidente dans le cas du sculpteur, la situation se complique, toutefois, lorsque plusieurs personnes ont contribué directement ou indirectement à la création. Faut-il alors appliquer la règle du premier occupant ?

L'avantage de la théorie de l'occupation par rapport à celle de la « propriété-travail » est de tarir les questions tenant au propriétaire. Il n'y a pas lieu de « peser » la quantité de travail qu'il a fallu fournir pour accorder la qualité de propriétaire. Le propriétaire sera l'*occupans*. Ainsi, dans le cas de données produites par des objets connectés, l'*occupans* sera la personne qui recueillera ces données, les stockera.

Maître Samuel BECQUET soutient, quant à lui, que l'acquisition des biens informationnels est avant tout fondée sur l'idée de production et non d'occupation. Pour cet auteur, les conditions de naissance notamment des droits de brevet et de marque font « *référence à la cause décisive de la naissance de la chose, l'industrie* »³⁰⁷⁵. Ce phénomène s'observe, également, lors de compilation, de classement d'informations. Le bien qui est en résulte est appropriable non en raison de son occupation mais du fait de l'investissement productif qu'il a nécessité. La jurisprudence témoigne en partie de cette approche. En effet, avant l'instauration d'un droit *sui generis* par la loi du 1^{er} juillet 1998, la Cour d'appel de Paris avait considéré en 1924 que « *le fait de classer des informations en un ensemble ordonné et complet et de les classer en diverses nomenclatures est un travail important qui donne lieu à un droit privatif, véritable droit de propriété couvert des garanties de la loi* »³⁰⁷⁶. Cet exemple, bien qu'ancien, montre que l'appropriation n'est pas toujours le résultat d'une activité créatrice mais également « *d'un investissement productif, donc d'une industrie* »³⁰⁷⁷. En cela, nous nous rapprochons de l'analyse économique du droit de propriété.

b. L'approche économique de l'appropriation

404. Enfin, la quatrième théorie est celle de l'analyse économique du droit née aux États-Unis au cours des années 1960³⁰⁷⁸. Dans cette optique, nous plaçons le problème à l'intérieur du discours économique. L'analyse économique du droit consiste, en effet, à « *analyser à*

3074 Nous écartons ici la question du droit d'auteur, ce dernier naissant du seul fait de la création de l'œuvre de l'esprit (art. L. 111-1 du CPI)

3075 BECQUET S., *Le bien industriel*, L.G.D.J., Paris, coll. Thèses, sous-coll. Bibliothèque de droit privé, 22 novembre 2005, spéc. p. 258, n° 109

3076 CA Paris, 18 décembre 1924, *Didot-Bottin*, DH, 1925, 30, note DESBOIS H.

3077 BECQUET S., *op. cit.*, p. 256, n° 108

l'aide des outils de la micro-économie la création et les conditions d'efficacité des règles de droit »³⁰⁷⁹. Cette approche entend expliciter la logique des décideurs et « *aider le juriste à retrouver une cohérence perdue* »³⁰⁸⁰.

La propriété est le premier pilier de l'analyse économique selon l'économiste Jean-Pierre CENTI³⁰⁸¹. Adam SMITH, le père de l'économie moderne, prônait, en effet, le respect de la propriété³⁰⁸². Quant à l'économiste péruvien Hernando DE SOTO, celui-ci a souligné le rôle important joué par le droit de propriété pour le développement des sociétés et de leur prospérité³⁰⁸³. La propriété est vue comme l'un des fondements de l'économie de marché. Cette économie de marché repose effectivement sur un système d'échanges volontaires, ce qui implique l'existence de droits de disposition sur les biens échangés. Par ailleurs, dans le cadre de cette économie de marché, pour qu'une propriété soit viable, il faut une certaine exclusivité³⁰⁸⁴, c'est-à-dire le pouvoir d'exclure autrui. Cette « *faculté d'exclusion doit [...] pouvoir s'exercer à un coût n'excédant pas les fruits de l'exploitation de la ressource. La propriété ne présente d'intérêt que si les fruits, déduction faite des coûts d'exclusion, sont positifs* »³⁰⁸⁵. Il ressort, en outre, que « *plus les revendications d'une catégorie d'intérêts sont conformes aux objectifs de marché, et plus la légitimité de l'octroi d'un droit exclusif est solide* »³⁰⁸⁶.

Pour l'économiste britannique COASE, le droit a pour fonction principal d'établir une configuration des droits de propriété et des créances qui vise à réduire au maximum les coûts

3078 Nous pouvons situer la naissance de ce courant de pensée à l'apparition de deux articles de l'économiste britannique Ronald COASE et du juriste américain Guido CALABRESI (COASE R., *The Problem of Social Cost*, Journal of Law and Economics, 1960, vol 3, p. 1-44 ; CALABRESI G., *Some Thoughts on the Risk Distribution and the Law of Torts*, Yale Law Journal, 1961, vol. 70, n° 4, p. 499-553). Mais, le Professeur Ejan MACKAAY situe cette approche à la date de la création de la revue *Journal of Law and Economics* de l'université de Chicago (MACKAAY E., *La règle juridique observée par le prisme de l'économiste : une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit*, Revue Internationale de Droit Économique, 1986, p. 43)

3079 BARRAUD B., *L'analyse économique du droit*, in La recherche juridique (les branches de la recherche juridique), L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2016, p. 141 et s. V. ég. LEPAGE H., *L'analyse économique et la théorie du droit de propriété*, Droits, 1985, n° 1, p. 91

3080 ATIAS C., *La distinction du patrimonial et de l'extra-patrimonial et l'analyse économique du droit : un utile face-à-face*, Revue de recherche juridique, 1987, n° 2, p. 477

3081 STROWEL A., *L'analyse économique du droit*, Revue de la recherche juridique, Droit prospectif, 1987-2, p. 409-785

3082 SMITH A., *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, éd. Buisson, Paris, 1790

3083 KERÉKES C., et WILLIAMSON C. *Unveiling de Soto's mystery : property rights, capital formation, and development*. Journal of Institutional Economics. 2008, vol. 4, Issue 3, p. 299-325

3084 V. en ce sens : MACKAAY E. et ROUSSEAU S., *Analyse économique du droit*, Dalloz, Paris, 2008, 2^e éd., coll. Méthodes du droit, p. 70, n° 260

3085 MACKAAY E., *Les biens informationnels. Le droit de suite dans les idées ?* in L'appropriation de l'information (sous-dir. Jean-Pierre Chamoux), Litec, Paris, février 1986, p. 30

3086 SIIRIAINEN F., *L'appropriation de l'information : grandeur ou décadence de la propriété ?*, in Immatériel, nouveaux concepts (sous-dir. DE BANDT J. et GOURDET G.), Economica, Paris, 18 janvier 2001, p. 159

de transaction et à optimiser le bien-être collectif³⁰⁸⁷. Les économistes tendent donc à considérer le droit de propriété comme indispensable à une allocation efficace des ressources. La propriété représente ainsi un moyen de réguler l'utilisation des ressources rares³⁰⁸⁸. Pour reprendre l'image des Professeurs Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU, « *la rareté appelle la propriété* »³⁰⁸⁹. Cependant, la rareté n'est pas un caractère intrinsèque à la chose. Celle-ci présente en réalité un caractère subjectif en ce qu'elle varie en fonction de l'époque, des personnes et des usages³⁰⁹⁰.

Il n'en demeure pas moins que la rareté affecte principalement les biens corporels. Les biens incorporels, dotés d'ubiquité, ne souffrent pas de cette condition. Ainsi, quant à l'information, dans notre système capitaliste, le principe est sa libre circulation : « *mieux les acteurs sont informés, mieux ils font leurs décisions et mieux fonctionnera l'économie du marché* »³⁰⁹¹. Par ailleurs, nombreuses sont les informations qui sont spontanément créées sans qu'il y ait eu à l'encourager. Ce faisant, l'abondance de l'information irait à l'encontre de l'idée d'analyser l'information comme un bien privé³⁰⁹². Toutefois, il existe une branche de l'économie qui traite l'information comme si elle était un bien ordinaire. Il s'agit de l'« économie de l'information ». Le Professeur Ejan MACKAAY estime que « *cette approche est soutenable, surtout lorsqu'il s'agit de secteurs restreints du domaine de l'information, comme celui des biens informationnels* »³⁰⁹³. Dans ces secteurs, l'information est rare en ce

3087JANDA R., *État des réflexions sur l'analyse économique du droit, à travers deux ouvrages américains*, Arch. phil. dr., 1992, tome 37, p. 175

3088V. en ce sens : MACKAAY E., *La propriété est-elle en voie d'extinction ?*, in Nouvelles technologies et propriété : actes du colloque tenu à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, les 9 et 10 novembre 1989., Montréal Paris, Éd. Thémis Litec, 1991, p. 219 pour qui : « *les droits privés constituent une réponse à la rareté. Ils ne s'avèrent utiles que dans les cas où, pour une ressource donnée, différentes personnes envisagent différents usage et qu'un choix s'impose.* »

3089MACKAAY E. et ROUSSEAU S., *op. cit.*, p. 271, n° 1000

3090MACKAAY E., *op. cit.*, p. 220

3091Id., *Les biens informationnels. Le droit de suite dans les idées ?* in L'appropriation de l'information (sous-dir. Jean-Pierre Chamoux), Litec, Paris, février 1986, p. 38

3092En somme, les informations ainsi que les données échappent en quelque sorte à la logique économique du bien privé. Elles peuvent, selon le contexte, avoir les caractéristiques de biens à péage ou de biens publics (V. sur ces notions économiques : BOBE B., *Bien commun, biens privés et biens collectifs*, Humanisme, 2017/2, n° 315, p. 59-62 ; GIBERT P., *Biens publics ou collectifs, biens privés, biens communs*, in Encyclopédie du management public (sous-dir. Manel Benzerafa-Alilat, Danièle Lamarque, Gérald Orange), Institut de la gestion publique et du développement économique, Paris, 27 septembre 2022, coll. Gestion publique, spéc. p. 103-105). Dans le cas des biens privés, il est possible de décider souverainement de leur utilisation, de leur exploitation et de leur destruction. En revanche, dans le cas des biens à péage ou club, des tiers peuvent être exclus de l'utilisation, en raison de mesures juridiques, organisationnelles ou techniques. Ce sera, par exemple, le cas des agences d'évaluation du crédit qui mettent en œuvre le principe du groupe d'utilisateurs fermé. L'exclusion de tiers n'est toutefois jamais parfaite, comme le montrent, entre autres, les attaques informatiques ou autres fuites de données. Dans l'hypothèse des biens collectifs, la consommation par un individu ne réduit pas la quantité de ressource disponible pour les autres acteurs du marché. C'est le phénomène de la non-rivalité. De plus, il n'est pas possible d'empêcher un individu ou un groupe d'individus de bénéficier du bien. C'est le phénomène de la non-exclusion.

3093MACKAAY E., *op. cit.*, p. 39 : l'auteur prend l'exemple de la constitution d'annuaires comme les pages jaunes – Nous pouvons citer également l'exemple des découvertes scientifiques, des tests ou encore les

que sa création implique des ressources et un marché de l'information peut se constituer. Néanmoins, l'une des particularités de l'information est que, contrairement aux choses matérielles, elle ne s'épuise pas à l'usage et « *peut [donc] être utilisée indéfiniment, sous réserve de sa désuétude (obsolescence)* »³⁰⁹⁴.

Mais pourquoi le Droit devrait-il créer une raréfaction artificielle pour certains biens informationnels ? La justification majeure réside dans la volonté de stimuler l'innovation, ce qui bénéficie à la collectivité. En effet, s'il existe un risque de parasitisme, c'est-à-dire que des individus exploitent un bien informationnel sans en payer le coût, la création de tels biens sera fortement découragée, ou ils resteront principalement secrets. Cela conduit donc à une défaillance du marché. Ainsi, si la société entend encourager la création de biens informationnels, alors l'une des solutions est d'instaurer un droit privatif et de l'attribuer à la personne ayant assuré le rôle prépondérant dans sa création³⁰⁹⁵. Dans la même logique, et vu le rôle de l'offre et de la demande sur les prix, les « créateurs » de nouveaux biens informationnels ne peuvent créer de la valeur qu'à travers une raréfaction juridique de ces biens. Cela signifie qu'ils doivent avoir la capacité d'exclure des tiers de leur utilisation. Pour récompenser la création et la diffusion de biens informationnels, les créateurs peuvent amortir leurs coûts d'investissement et générer des bénéfices en permettant à des tiers d'utiliser leur bien informationnel et en faisant dépendre cette utilisation d'une contrepartie. Cette logique d'un retour sur investissement se retrouve, par exemple, dans le cadre du droit spécifique sur les topographies de produits semi-conducteurs. En outre, la possibilité d'exclure des tiers de l'utilisation d'un bien crée des incitations à utiliser ce bien en maximisant sa valeur. Cette logique est au cœur des droits de propriétés intellectuelles. La propriété intellectuelle crée effectivement une rareté « *circonscrite mais artificielle* »³⁰⁹⁶.

Cependant, il faut également garder à l'esprit que ce droit sur le bien informationnel constitue une exception au principe de libre circulation des idées. Partant, ce droit doit être limité dans le temps afin d'éviter que la société ne soit « *prisonnière d'innombrables « poches de monopolisation »* »³⁰⁹⁷. En effet, pour les économistes, des droits exclusifs trop étendus sur des biens informationnels sont nuisibles pour l'innovation. Nous pourrions ainsi dire que la

savoir-faire.

3094Id., *La propriété est-elle en voie d'extinction ?*, in Nouvelles technologies et propriété : actes du colloque tenu à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, les 9 et 10 novembre 1989., Montréal Paris, Éd. Thémis Litec, 1991, p. 234

3095V. en ce sens : Id., *Les biens informationnels. Le droit de suite dans les idées ?* in L'appropriation de l'information (sous-dir. Jean-Pierre Chamoux), Litec, Paris, février 1986, p. 42

3096MACKAAY E. et ROUSSEAU S., *op. cit.*, p. 302, n° 1094

3097MACKAAY E., *La propriété est-elle en voie d'extinction ?*, in Nouvelles technologies et propriété : actes du colloque tenu à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, les 9 et 10 novembre 1989., Montréal Paris, Éd. Thémis Litec, 1991, p. 235

destinée de l'information et plus largement de tous les biens informationnels est de tomber dans le domaine public.

De surcroît, le Prix Nobel d'économie, Ronald COASE, avait démontré, dans le cadre de l'organisation des attributions de fréquences radio, que « *la spécification des droits de propriété pouvait faire apparaître des biens nouveaux* »³⁰⁹⁸. Cette discussion est relancée dans le contexte de l'économie numérique. Étant donné que les données sont l'élément central de l'environnement numérique, ne serait-il pas, en fin de compte, essentiel de reconnaître les données numériques comme un bien à part entière, et d'en encadrer l'appropriation, pour optimiser l'allocation des ressources ?

Par ailleurs, pour un auteur anglo-saxon, Joshua FAIRFIELD traitant de la question de la propriété virtuelle, l'absence de reconnaissance de propriété entraîne de manière générale une augmentation des coûts de négociation, de transactions³⁰⁹⁹. Cela a une incidence sur l'efficacité dans la production des biens en cause. Une telle réflexion a été reprise par les partisans de la reconnaissance d'un droit de propriété sur les données numériques. Selon ces derniers, la propriété des données est indispensable à l'émergence d'un marché des données efficace, où l'interaction libre de l'offre et de la demande assure la disponibilité d'une quantité optimale de données. Néanmoins, bien qu'intéressante, cette approche ne permet pas de déterminer clairement le propriétaire des données numériques. En outre, ceux qui prônent un droit de propriété sur les données numériques avancent que cela permettrait de sécuriser les investissements et d'encourager l'innovation découlant de la production de ces données³¹⁰⁰. À cet égard, il est concevable d'estimer, à l'instar des bases de données³¹⁰¹, que le

3098ALCOUFFE A., *Approches économiques de l'appropriation*, in Qu'en est-il de la propriété ? (sous-dir. Daniel Tomasin), Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2006, spéc. n° 58

3099FAIRFIELD J., *Virtual Property*, 85 Boston University Law Review, vol. 85 :1047, 2005, p. 1090 : pour qui « *failure to recognize virtual property raises both negotiation and search costs for third parties* »

3100ZECH, H., *Data as a tradeable commodity*, in New Features of European Contract Law : Towards a Digital Single Market (sous-dir. De Franceschi, A.), Intersentia, Cambridge, 25 août 2016, p. 51–79 : pour qui la fonction d'incitation peut être moins importante dans les hypothèses où les données peuvent être produites à un coût marginal pratiquement nul. Cependant, l'auteur reconnaît que dans d'autres situations, d'énormes investissements *ex ante* dans la production de données et les appareils de mesure sont nécessaires. Partant, il estime que cela pourrait entraîner une défaillance du marché et rendre nécessaire une protection juridique au stade de la production des données. – V. *contra* Kerber W., *A new (intellectual) property right for non-personal data ? An economic analysis*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil, 11/2016, p. 989–998 : pour qui il n'existe aucune preuve empirique d'un problème d'incitation concernant la production et l'analyse de données non personnelles. En particulier, il affirme que si les données ne sont pas rivales dans leur utilisation, elles sont caractérisées par l'excluabilité, car il est technologiquement possible de les garder secrètes et de les protéger contre la copie et la divulgation au public. Il estime également que les contrats ainsi que les mesures techniques sont des solutions directes aux risques liés aux échanges de données numériques ou à leur accès. Contrats et mesures techniques garantissent, ainsi, une réservation des données numériques.

3101Art. L. 341-1 CPI

droit exclusif revienne à celui qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants à la création des données.

Toutefois, nous sommes d'avis que l'économie ne doit pas prendre le dessus sur le Droit. Des critiques ont même souligné le risque de dissimuler, avec l'usage de l'analyse économique du droit, « *un déplacement de la fonction normative : elle passe du Droit à l'Économie* »³¹⁰². Il convient néanmoins de relativiser ce danger. L'analyse économique du droit ne prétend pas déterminer ce que le Droit doit être, elle propose plutôt une analyse critique de la norme et des institutions.

405. Les incidences des justifications de la propriété sur la reconnaissance d'un droit sur la donnée numérique – Finalement, nous estimons avec le jurisconsulte PLANIOL que la raison d'être de la propriété individuelle réside dans les services qu'elle rend à l'humanité³¹⁰³. Ce faisant, il n'est pas nécessaire d'avoir recours à l'idée de propriété-travail, de premier occupant. Ainsi, des auteurs ont pu estimer que « *le seul constat de l'existence d'une nouvelle catégorie de chose incorporelle suffit à la reconnaissance de son appropriation chaque fois qu'elle est porteuse d'utilité et objet de convoitise* »³¹⁰⁴. L'utilité et la rareté inciteraient donc à reconnaître un droit privatif sur toutes les choses utiles et rares, même celles incorporelles. D'autres considèrent qu'en Droit, la propriété est une institution et partant qu'il n'y a pas lieu de discuter du fondement et de la légitimité de celle-ci³¹⁰⁵.

Au regard de ce qui précède, il semble que, tant du point de vue économique que philosophique et juridique, l'appropriation de la donnée numérique se justifie. Deux arguments majeurs peuvent être avancés au soutien de cette idée. D'une part, les données recèlent indéniablement une valeur ce qui explique la convoitise des tiers à leur égard. Et d'autre part, elles sont le fruit d'un travail ou, à tout le moins, elles résultent d'un investissement. Ce dernier argument a semble-t-il emporté l'adhésion du Législateur européen quant à la nécessité d'établir un droit de propriété. Preuve en est l'adoption de la directive 96/9/CE relative à la protection juridique des bases de données et de la directive (UE)

3102 GAUDRAT P. et SARDAIN F., *Traité de droit civil du numérique. Tome 1. Droit des biens*, Larcier, Bruxelles, 2015, p. 95, n° 133 : pour qui, « *Taxer la valeur de la règle à l'aune du coût engendré par le comportement supposé de l'homo œconomicus fait d'un égoïsme individuel érigé en système le seul vrai législateur* »

3103 PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil. Tome 1*, L.G.D.J., Paris, 1928, 11^e éd., p. 768, n° 2323 ; CHAZAL J.-P., *La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel*, RTD Civ., 19 décembre 2014, n° 4, p. 763-763

3104 ZENATI-CASTAING F. et REVET T., *Les biens*, PUF, Paris, 16 janvier 2008, 3^e éd., p. 20, n° 3

3105 PLANIOL M., RIPERT G., *Traité élémentaire de droit civil. Tome 1*, L.G.D.J., Paris, 1948, 4^e éd., spéc. n° 2703, cité par CHAZAL J.-P., *op. cit.*, p. 763 et s.

2016/943 sur la protection des secrets d'affaires³¹⁰⁶. Mais, ce faisant, ne tombons-nous pas dans le vice relevé par le Professeur Daniel GUTMANN ? Il avait, à juste titre, souligné le vice dans le raisonnement tenant à l'appréhension des réalités immatérielles qui sont « *autoritairement encadrées par l'a priori du bien de la propriété* »³¹⁰⁷. En effet, selon cet auteur, « *puisque les réalités immatérielles ont de la valeur, il est inévitable qu'elles soient appréhendées par le droit ; il faut donc qu'elles soient des biens, puisqu'à l'exception des personnes morales, ces réalités immatérielles ne sont pas des personnes ; et puisqu'il faut qu'elles soient des biens, il faut nécessairement qu'elle soit appropriable. Voici le vice fondamental de l'enchaînement* »³¹⁰⁸.

Cependant, la question de savoir si le Législateur doit consacrer un nouveau droit privatif sur la donnée numérique est avant tout une question de politique législative. Cette consécration législative, voie « *royale* »³¹⁰⁹, pourrait consister en un droit *sui generis* sur les données numériques, droit qui avait été envisagé par la Commission européenne³¹¹⁰. Une telle démarche s'inscrirait dans le mouvement d'expansion de la propriété intellectuelle.

B. L'instauration difficile d'un droit *sui generis* sur les données numériques

406. **L'instauration d'un droit exclusif sur les données par le biais d'un droit *sui generis*** – De plus en plus, le besoin se fait sentir de développer des régimes spéciaux de protection concernant certains biens informationnels qu'il est difficile de faire rentrer dans l'un des domaines de la propriété intellectuelle. Ainsi, le Professeur Pierre CATALA avait estimé que « *de nouvelles formes de propriété intellectuelle [apparaissent] tôt ou tard pour apporter une consécration patrimoniale aux conquêtes de l'esprit* »³¹¹¹. Tel a été le cas pour

3106 Cons. 10, 12, 39, 40, 41, 42 de la directive 96/9/CE du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données ; Cons. 1, 3, 4 et 8 de la directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection secrets d'affaires

3107 GUTMANN D., *op. cit.*, p. 65

3108 *Loc. cit.*

3109 MACKAAY E., *Problématique*, in *Nouvelles technologies et propriété : actes du colloque tenu à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, les 9 et 10 novembre 1989...*, Montréal Paris, Éd. Thémis Litec, 1991, p. 1

3110 Commission européenne, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Stratégie pour un marché unique numérique en Europe*, {SWD(2015) 100 final}, Bruxelles, 6 mai 2015, COM(2015) 192 final ; *id.*, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Créer une économie européenne fondée sur les données*, {SWD(2017) 2 final}, Bruxelles, 10 janvier 2017, COM(2017) 9 final

3111 CATALA P., *La propriété de l'information*, in *Mélanges Raynaud*, Dalloz-Sirey, Paris, 1985, p. 107

certaines bases de données qui, faute d'originalité, ne pouvaient se voir protéger par le droit d'auteur. Afin de protéger les producteurs de telles bases contre les risques de « pillage », le Législateur européen est donc intervenu pour consacrer un droit *sui generis* à leur profit. Ce besoin s'est fait sentir pour les données numériques. Dès 1992, l'idée d'instaurer un « *droit voisin économique sur le fichier numérique* »³¹¹² a été proposée à la DG XII de la Commission européenne lors d'une étude diligentée sur la protection des données de télé-détections. La Commission n'a toutefois pas retenu cette proposition, privilégiant la directive sur les bases de données. Par la suite, en 2017, la Commission européenne a, cette fois-ci, émis l'idée d'instaurer un droit du producteur de données³¹¹³. Concrètement, il était proposé d'« *accorder au « producteur de données », c'est-à-dire le propriétaire ou l'utilisateur à long terme du dispositif (le locataire), un droit d'utiliser et d'autoriser l'utilisation de données à caractère non personnel* »³¹¹⁴. L'objectif poursuivi par cette proposition était de libérer les données produites par des machines. Entre-temps, la doctrine a élaboré de nouvelles propositions en réponse à l'évolution des données. Ainsi, un auteur a proposé, en 2015, de modifier le droit *sui generis* des producteurs de bases de données pour en faire un « *droit des producteurs et des exploitants de données et de bases de données* »³¹¹⁵. Un autre auteur a même suggéré d'instituer un « *droit spécifique sur les fichiers numériques dans leur état électronique* »³¹¹⁶, droit qui aurait été purement économique. Toutefois, toutes ces propositions sont restées lettre morte. Aussi, se pose la question de savoir s'il était toujours pertinent d'instaurer un droit *sui generis* sur les données numériques et plus précisément sur les données non personnelles.

Les données numériques relèvent, certes, de la qualification de bien. Cependant, suivant la réflexion du Professeur Jean-Louis BERGEL³¹¹⁷, ces nouveaux biens purement « numériques » ne sauraient, relever de l'article 544 du Code civil. Autrement dit, l'intervention du Législateur reste nécessaire pour consacrer ce nouveau bien. Dans le développement qui suit, nous emploierons l'expression de droit *sui generis*. Le terme « *sui generis* » souligne la singularité du droit en cause, son « originalité ». Comme l'avait relevé le Doyen ROUBIER, « *les efforts que les juristes se croient obligés de faire, en face d'un fait ou*

3112 GAUDRAT P. et SARDAIN F., *op. cit.*, p. 112, n° 161

3113 V. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Créer une économie européenne fondée sur les données*, {SWD(2017) 2 final}, COM(2017) 9 final, 10 janvier 2017

3114 *Ibid.*, p. 15

3115 COURTIER N., *La nécessaire évolution du droit des producteurs de bases de données pour permettre son adaptation à l'émergence du Big Data*, in *La propriété intellectuelle & la transformation numérique de l'économie*. Regards d'experts, INPI, 5 octobre 2015, p. 23-39

3116 GAUDRAT P., *Forme numérique & propriété intellectuelle*, RTD Com., 2001, p. 96 et s.

3117 V. en ce sens : BERGEL J. L., *Rapport général sur les nouveaux biens*, in *La propriété*, Journées vietnamiennes, t. LIII, éd. Société de législation comparée, septembre 2006, coll. Travaux de l'Association Henri Capitant, p. 214

acte original, pour le faire rentrer dans les catégories existantes, n'aboutissent souvent qu'à violenter inutilement la réalité, et doivent être en pareil cas abandonnés si l'on veut répondre aux besoins véritables de la vie économique : il faut alors sortir bon gré mal gré des cadres connus et éprouvés, et convenir qu'on est en face d'une situation « sui generis » »³¹¹⁸. Cette observation s'applique parfaitement à la situation des données numériques.

407. **La nature du droit *sui generis* sur les données numériques** – La réflexion tenant à la reconnaissance d'un droit *sui generis* sur les données numériques nous invite à nous interroger sur sa place dans l'ordonnement juridique et, en particulier, sur son rattachement à la propriété intellectuelle. L'expression « propriété intellectuelle » est récente et n'est sans susciter des difficultés pour la définir³¹¹⁹. L'étendue de la propriété intellectuelle varie selon l'approche adoptée. Ainsi, selon l'approche restrictive, la propriété intellectuelle se limite à la propriété littéraire et artistique et la propriété industrielle. À l'inverse, suivant l'approche large retenue au niveau international et européen, la propriété intellectuelle comprend également la concurrence déloyale, la protection des renseignements non divulgués³¹²⁰. Ce faisant, le Professeur Jean-Christophe GALLOUX fait la distinction entre les droits de propriété intellectuelle complets et incomplets selon que leur régime juridique soit achevé ou non³¹²¹. Néanmoins, tous ces droits ont pour point commun de porter sur un objet incorporel issu de l'intelligence humaine.

En matière de données numériques, une part significative n'est pas le fruit de l'intelligence humaine. En effet, la grande majorité est actuellement produite automatiquement par des capteurs connectés ou par l'intervention de l'intelligence artificielle.

Cependant, à partir du XX^e siècle, une nouvelle logique basée sur l'investissement a émergé au sein de la propriété intellectuelle³¹²². En d'autres termes, un droit intellectuel est reconnu sur le bien informationnel dès lors que ce dernier a nécessité un investissement. Le droit *sui generis* du producteur de bases de données en est une parfaite illustration, puisqu'il est octroyé uniquement sur la base de l'investissement financier, matériel et humain. Le droit *sui generis* sur les données numériques se rapprocherait, dans sa logique, du droit *sui generis*

3118 ROUBIER P., *Théorie générale du droit : Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Sirey, Paris, 1951, 2^e éd., p. 17, n° 3

3119 V. en ce sens : GALLOUX J.-C., *Qu'est-ce que la propriété intellectuelle*, in *Droits de propriété Libera amicorum* George Bonet, Paris, LexisNexis, coll. IRPI, juillet 2010, p. 199-215

3120 V. en ce sens art. 1, 2°, des Accords sur les ADPIC.

3121 GALLOUX J.-C., *op. cit.*, p. 215

3122 V. DÉPINOY A., *Investissement et propriété intellectuelle*, Thèse de doctorat, Lille, Droit, Université de Lille, 2021, 660 p. ; TILLOY C., *Investissement et droit des propriétés intellectuelles. Panorama du droit positif français*, in *Le concept d'investissement* (sous-dir. Causse, H.), Bruylant, Bruxelles 2011, p. 131-168)

du producteur de bases de données en ce qu'il viserait en particulier à assurer la protection d'un investissement économique dans la « création », la « production » des données.

408. **Les justifications possibles de l'instauration d'un droit *sui generis* sur les données numériques** – L'introduction d'un nouveau droit se justifie généralement par l'analyse de la situation juridique existante, qui mène à la conclusion que le Législateur doit intervenir. Aussi, avant d'aborder l'analyse du droit *sui generis* sur les données numériques, nous nous intéresserons sur les justifications de la nécessité pour le Législateur d'agir dans ce domaine. Cela s'explique notamment par le fait qu'un tel droit viendrait limiter la liberté de la concurrence³¹²³. En somme, trois principaux arguments peuvent être avancés au soutien de la reconnaissance d'un droit *sui generis* sur les données numériques.

Le premier tient à l'existence d'une défaillance du marché. Cet argument a été invoqué régulièrement au cours des dernières décennies pour justifier l'action du Législateur notamment au niveau européen³¹²⁴. Cette idée s'applique quand le marché ne parvient pas à produire suffisamment de biens ou de services concernés. Par exemple, il y a défaillance du marché si la création ou l'utilisation des données n'est pas optimale, c'est-à-dire qu'elle ne correspond pas aux attentes de la société. C'est le cas, par exemple, lorsqu'il n'y a pas assez d'incitations pour encourager la création et l'utilisation des données. En pratique, ce n'est pourtant pas ce que nous observons. L'augmentation exponentielle du volume de données et leur utilisation toujours plus intensive démontrent, bien au contraire, qu'il existe de fortes incitations à leur collecte, à leur utilisation et à leur échange. Partant, il ne semble pas y avoir de défaillance du marché qui justifierait d'introduire un nouveau droit *sui generis* sur les données numériques.

Le deuxième argument concerne l'existence de problèmes concrets pour lesquels la réglementation actuelle n'offre aucune solution adéquate, ce qui mène à une insécurité juridique. Parmi les problèmes pratiques, nous pouvons citer l'exemple d'une entreprise qui stocke ses données auprès d'un fournisseur de services d'informatique en nuage. Lorsque ce dernier est mis en liquidation judiciaire, se pose indéniablement la question des modalités de restitutions possibles des données ainsi stockées. L'entreprise peut-elle revendiquer les

3123 HUBERT P., et CASTAN A., *Droit constitutionnel et liberté de la concurrence*, Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, octobre 2015, n° 49 (dossier : l'entreprise), p. 15-27

3124 V. par ex. cons. 2, 3, 9, et 47 de la directive 96/9/CE du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données ; cons. 1, 2, 3, et 5 de la directive (UE) 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE ; cons. 1, 2 et 3 de la directive (UE) 2019/770 du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques.

données lors de la procédure collective du fournisseur ?³¹²⁵ L'action en revendication permet, effectivement, de soustraire de l'effet réel de la procédure collective les meubles qui n'appartiennent pas au débiteur³¹²⁶. Mais, dans le cadre du stockage de données, l'entreprise s'est-elle réellement dépossédée de ses données numériques ? Sans dépossession des données, il n'y a pas la place pour la revendication³¹²⁷. Faut-il alors admettre une « faculté de distraction »³¹²⁸ au sein de la procédure collective lorsque les données ont été transférées dans le cadre d'un contrat de dépôt ? Actuellement, à notre connaissance, la Cour de cassation n'a pas pris position sur une telle question. Or, au regard de l'importance croissante des données numériques ainsi que l'usage de plus en plus fréquent de services d'informatique en nuage, il semble impératif qu'une solution adéquate à ce problème soit prise. La reconnaissance d'un droit *sui generis* sur les données numériques pourra ainsi constituer une première réponse.

À côté des problèmes liés au devenir des données numériques dans le cadre d'une procédure collective, il y a également la pratique de *web-scraping*, ou encore appelée « moissonnage ». Ce procédé consiste à récupérer des données en les extrayant de manière ciblée d'un site Internet. La question centrale est de savoir si l'exploitant d'un site Internet doit accepter cette pratique en tant que telle et l'exploitation ultérieure des données ainsi collectées par des tiers. Ces deux aspects pourront être appréhendés par l'introduction d'un droit *sui generis* sur les données numériques. Cependant, un tel droit ne semble pas nécessaire, du moins pour sanctionner la pratique de *web-scraping*. En effet, l'action en parasitisme constitue un moyen pour sanctionner une telle pratique. En outre, l'exploitant d'un site Internet peut parfaitement interdire la pratique de *web-scraping* et cela, par le biais des conditions générales d'utilisation de son site. Si, malgré cette interdiction, un tiers utilise cette pratique, il engagera alors sa responsabilité contractuelle. Cependant, l'instauration d'un droit *sui generis* pourra jouer une fonction de dissuasion.

Une troisième justification avancée au soutien de l'instauration d'un droit *sui generis* sur les données numériques est qu'il serait un moyen pour améliorer l'accès aux données. Un tel argument peut sembler, en apparence, contre-intuitif. Cependant, le droit exclusif peut également être utilisé comme un moyen d'améliorer la libre circulation des données. Cela est, en particulier, perceptible lors de l'affaire *UsedSoft* de la Cour de justice³¹²⁹. Dans cette

3125V. concernant les données à caractère personnel : HOUSSIN M., *La protection des données dans la procédure collective*, RLDA, 1^{er} juillet 2020, n° 161

3126Art. L. 624-9 et s. du C. com.

3127Par analogie avec la situation des œuvres de l'esprit, v. LUCAS F.-X., *La revendication des biens immatériels à l'occasion d'une procédure collective. Contribution à l'étude de la distribution de saisie collective*, in Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, LexisNexis, Paris, 2014, spéc. p. 538-540

3128Expression employée par le Professeur François-Xavier LUCAS (*Ibid.*, p. 552).

3129CJUE, 3 juillet 2012, aff. C-128/11, *UsedSoft GmbH c/ Oracle International Corp*

décision, une limitation de la protection des droits d'auteur concernant les téléchargements numériques a été utilisée comme moyen de renforcer la libre circulation des copies numériques de programmes informatiques. En outre, le régime de droit de propriété peut comporter des exceptions et des limitations obligatoires qui ne peuvent être écartées par une clause. Cela se trouve, par exemple, en matière de droit d'exploitation des manifestations ou compétitions sportives des fédérations et des organisateurs sportifs³¹³⁰. L'alinéa 3 de l'article L. 333-7 du Code du sport prévoit effectivement la possibilité de diffuser gratuitement des extraits des manifestations ou compétitions sportives au cours d'émissions d'information³¹³¹. Ainsi, un tel système de propriété permet d'offrir de meilleures garanties d'accès aux données numériques que le recours au droit des contrats fondé sur le principe de la liberté contractuelle. Cependant, le droit de propriété n'est pas la seule voie pour garantir l'accès aux données. Une législation spéciale peut aussi y parvenir en neutralisant certaines clauses contractuelles qui en restreignent l'accès.

En vérité, outre des justifications fragiles, l'instauration d'un droit *sui generis* sur les données numériques s'avère extrêmement complexe. Cela n'est effectivement pas sans poser de réelles difficultés tant dans la conception même de ce droit (1) que dans sa mise en œuvre (2).

1. Les difficultés liées à la conception d'un droit *sui generis* sur les données numériques

409. Pour instaurer un nouveau droit sur les données numériques, il faut définir différents « paramètres », tels que l'objet du droit, son titulaire initial, le contenu du droit ainsi que les éventuelles exceptions ou limitations de la protection.

Ce droit *sui generis* sur les données numériques pourra s'inspirer des « droits-modèles de la propriété intellectuelle »³¹³². Monsieur Sylvain CHATRY en relève trois : le droit d'auteur, le droit des brevets et le droit des marques. En somme, il s'agit des droits de

3130 Ces droits reconnus aux fédérations et organisations sportifs (art. L. 333-1 du Code du sport) sont analysés par des auteurs comme un droit de propriété intellectuelle *sui generis* (V. en ce sens : VIVANT M., BRUGUIÈRE J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Paris, coll. Précis, janvier 2019, 4^e éd., spéc. p. 1329, n° 1394).

3131 V. ég. Conseil supérieur de l'audiovisuel, Délibération n° 2013-2 du 15 janvier 2013 relative aux conditions de diffusion de brefs extraits de compétitions sportives et d'événements autres que sportifs d'un grand intérêt pour le public, JO du 30 janvier 2013.

3132 CHATRY S., *Les droits-modèles de la propriété intellectuelle*, in Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas, LexisNexis, Paris, 27 mai 2014, p. 139-149

propriété intellectuelle complets selon l'approche développée par le Professeur Jean-Christophe GALLOUX³¹³³. Ces modèles peuvent être utilisés « *pour compléter les lacunes d'un régime ou harmoniser les règles entre droits poursuivant une fonction identique* »³¹³⁴. Il s'agit de la fonction au sens de l'analyse téléologique de JOSSERAND³¹³⁵. La fonction du droit d'auteur est traditionnellement la protection du lien entre la création et son auteur. Cependant, celle-ci a évolué sous l'influence européenne vers une fonction d'encouragement à la création. Quant au droit des brevets, il correspond à une fonction de récompense de l'effort de l'inventeur. La marque, elle, a une fonction « *d'instrument de régulation de la concurrence* »³¹³⁶ et de garantie d'identité d'origine. Le droit *sui generis* sur les données numériques suit davantage une fonction économique. Il s'agit certes d'inciter à la « création » de données, mais surtout d'en permettre la maîtrise et le contrôle. En cela, ce droit s'oriente vers le droit d'auteur dont sa finalité s'avère de plus en plus économique³¹³⁷.

a. La détermination de l'objet et du titulaire du droit *sui generis*

410. Accepter d'instaurer un droit *sui generis* sur les données numériques implique indéniablement de discuter des modalités juridiques pratiques dont l'objet et la titularité. En effet, comme l'avait souligné à juste titre le Professeur CATALA, lors de son étude sur la propriété de l'information, « *la genèse de tout droit portant sur une chose, fût-elle immatérielle, suppose l'existence de son objet [...] et la désignation du maître de la chose [...]* »³¹³⁸. Dans notre domaine, nous constaterons l'existence de difficultés concernant à la fois l'objet du droit (i) et la désignation des titulaires (ii).

i. L'objet du droit *sui generis*

411. Alors que la délimitation du droit de propriété est aisée pour les biens corporels, celle des biens incorporels, dénués de matérialité, exige de les circonscrire autant que faire se peut. Ainsi, dans le cadre du droit *sui generis* sur les données numériques, le Législateur doit

3133GALLOUX J.-C., *op. cit.*, p. 215

3134CHATRY S., *op. cit.*, p. 139-149

3135JOSSERAND L., *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, Paris, 1939, 2^e éd., 484 p.

3136POLLAUD-DULIAN F., *La propriété industrielle*, Economica, coll. Corpus, 2010, n° 10

3137V. en ce sens : LUCAS A., LUCAS H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A. et BERNAULT C., *op. cit.*, p. 51 et s. n° 38 ; CHATRY S., *op. cit.*, p. 139-149

3138CATALA P., *La propriété de l'information*, in Mélanges Raynaud, Dalloz-Sirey, Paris, 1985, p. 100

préciser ce qu'il entend réellement protéger. Nous sommes face à l'une des premières difficultés liées à la reconnaissance d'un tel droit. En effet, l'objet de ce droit est extrêmement difficile à délimiter. Cette difficulté s'explique par la polysémie de la notion de donnée³¹³⁹. Comme nous l'avons vu, cette dernière est loin d'être évidente, non seulement en Droit, mais également dans le domaine informatique. Nous relevons, toutefois, trois façons de délimiter l'objet du droit *sui generis* sur les données numériques qui peuvent se cumuler.

412. Une délimitation en fonction du type de données – Une première délimitation s'effectue sur la base du type de données en cause. Cela vise, en particulier, l'hypothèse d'une distinction entre les données à caractère personnel et les données non personnelles. Sur le fondement de cette distinction, le droit *sui generis* sur les données numériques ne vise que les données non personnelles. En effet, les Législateurs européens et français ont tous deux écarté l'idée même d'une propriété sur les données à caractère personnel.

Toutefois, une telle distinction est loin de résoudre tous les problèmes. La démarcation entre données personnelles et non personnelles suscite, en pratique, des difficultés. Cette complication réside essentiellement dans la définition large de la donnée à caractère personnel que le Législateur a retenue. Autrement dit, l'absence de délimitation nette de la notion de donnée personnelle conduit à rendre la distinction complexe voire subtile.

413. Une délimitation fondée sur une approche sémiotique – Une seconde délimitation procède sur la base de la classification sémiotique des données. Suivant l'approche sémiotique que nous avons adoptée, la question est notamment de savoir si un droit *sui generis* doit se référer au niveau syntaxique ou sémantique des données. Ainsi, si la protection se situe au niveau sémantique, c'est le contenu informationnel de la donnée numérique qui sera protégé. Dans un tel cas, nous nous rapprocherions de la logique appliquée aux données à caractère personnel, puisque leur protection est également délimitée au niveau sémantique. En effet, les personnes physiques sont protégées contre le traitement non autorisé des informations les concernant, que ces informations soient contenues dans un texte, des photographies ou des enregistrements audiovisuels. À l'inverse, si le droit *sui generis* s'applique au niveau syntaxique, seule la structure binaire de l'information sera alors protégée. Par conséquent, les tiers ne pourront se voir interdire que l'utilisation du code identique, et non la création et l'utilisation indépendantes d'un contenu informationnel similaire. Dans cette dernière hypothèse, nous nous rapprocherions d'une protection semblable à celle offerte par le droit

3139V. *supra* n° 22 et s.

d'auteur. Le droit d'auteur protège effectivement le bien informationnel au niveau syntaxique, c'est-à-dire la forme de l'œuvre et non son contenu³¹⁴⁰.

La question de savoir si la loi doit protéger la donnée numérique sur le plan sémantique ou syntaxique, ou même seulement l'intégrité du fichier numérique, sera avant tout un choix politique. En théorie, il n'y a pas d'argument général contre la protection des données non personnelles au niveau sémantique. Cependant, en pratique, un tel niveau de protection pourra conduire à une « monopolisation » de certaines informations qui ne sera pas justifiée. Par exemple, est-il pertinent de réserver sur le plan sémantique les données concernant les fondrières sur les routes enregistrées par les capteurs de voitures connectées ? Une telle approche entraînera le risque de réduire excessivement le domaine public et d'augmenter potentiellement les atteintes à la concurrence. De plus, le choix de réserver les données non personnelles sur le plan sémantique aura une incidence sur les analyses effectuées dans le cadre du *Big Data*, données volumineuses. Ces analyses consistent à lire de grands ensembles de données pour en découvrir de nouvelles significations, de nouvelles informations sur le plan sémantique, qui n'ont pas encore été observées. C'est pourquoi il serait problématique de reconnaître une protection à toutes les données sur le plan sémantique. Cela risquerait, en effet, de freiner les innovations produites par le *Big Data*. Nous estimons alors que l'appropriation des données non personnelles au niveau sémantique n'est pas raisonnable et doit être écartée. En effet, nous pensons que, tout comme le droit d'auteur, le droit *sui generis* sur les données doit présenter un équilibre entre les intérêts privés et collectifs³¹⁴¹.

Finalement, dans le cadre du raisonnable, nous considérons que l'objet du droit *sui generis* doit être une information non personnelle codée lisible par une machine et définie uniquement par ses caractères représentatifs, les *bits*, indépendamment de son contenu. Autrement dit, le droit *sui generis* ne porte qu'au niveau syntaxique en tant que séquence finie de signes. Toutefois, un tel droit ne protège que contre l'utilisation par des tiers d'une reprise complète de la séquence finie de signes de la donnée. Néanmoins, la difficulté ici réside dans le fait que les données numériques sont généralement codées et interprétées selon des règles et des protocoles standardisés. En d'autres termes, il y aura généralement une correspondance biunivoque entre le substrat de données, c'est-à-dire sur le plan syntaxique et la couche de

3140 Cela explique que deux peintres peuvent représenter le même paysage sans qu'il y ait contrefaçon. Nous pensons, par exemple, aux vues de Venise d'Antonio CANAL, dit CANALETTO et Francesco GUARDI.

3141 STATHOULIAS A., *De l'équilibre : contribution à l'étude du droit d'auteur*, Thèse pour le doctorat en droit, Lille : Université de Lille 2 – Droit et Santé, 2015, 1310 p.

contenu, c'est-à-dire le niveau sémantique. Ainsi, en pratique, la protection du substrat de la donnée conduit indirectement à celle du contenu informationnel.

Il reste, par ailleurs, à examiner la question de la détermination du fait générateur du droit *sui generis* sur les données numériques.

ii. Le fait générateur et la titularité du droit *sui generis*

414. Des difficultés surgissent également quant à la détermination du fait générateur du droit *sui generis*. Il s'agit, pourtant, d'une question extrêmement importante. Le Professeur Philippe GAUDRAT estime, à juste titre, que le fait générateur est riche de signification puisqu'il « *détermine à la fois une possible discrimination entre les objets ainsi que la désignation potentielle du titulaire initial du droit* »³¹⁴². Il est, effectivement, nécessaire de disposer d'un système approprié pour déterminer qui est le titulaire du droit *sui generis* sur les données numériques. Pour bien comprendre cette nécessité, nous pouvons prendre l'exemple d'une voiture connectée. Qui, du constructeur automobile, du propriétaire du véhicule ou de son conducteur serait le titulaire du droit *sui generis* pour les données ainsi collectées ? La solution peut varier selon le fait générateur pris en compte par le droit *sui generis*. À ce sujet, la proposition du Forum économique mondial du 17 février 2011³¹⁴³ est pertinente. Bien que conçue initialement pour les données personnelles, elle s'applique parfaitement à toutes les données numériques, comme le confirme le *Data Act*. Cette proposition distingue trois catégories de données : les données fournies volontairement, celles issues de l'observation, et enfin, les données déduites. Cependant, comme le montre l'exemple de la voiture connectée, il est parfois ardu de déterminer en pratique si une donnée a été fournie ou si elle résulte simplement d'une observation.

Il existe plusieurs faits générateurs envisageables. Dans un premier temps, il semble approprié que la personne qui enregistre les données, ou la personne pour le compte de laquelle cela est fait, soit le titulaire du droit *sui generis*.

415. **La production comme fait générateur** – Le fait générateur peut consister en l'acte de production des données numériques. Nous observons, en effet, que notre droit des affaires

3142GAUDRAT P., *Forme numérique & propriété intellectuelle*, RTD Com., 2001, p. 96 et s.

3143V. *supra* n° 24

moderne fait de plus en plus référence à la notion de produit³¹⁴⁴ et cela, en raison d'une logique économique³¹⁴⁵. Nous parlons désormais de produits financiers³¹⁴⁶, de produits industriels³¹⁴⁷, et même, de produits culturels³¹⁴⁸. Cette notion de produit reste, néanmoins, fuyante. Il existe, effectivement, autant de définitions que d'usages différents de ce terme³¹⁴⁹. L'une des définitions du produit que nous pouvons relever est celle de chose dont sa production, sa fabrication, sa création résulte d'une activité humaine³¹⁵⁰. Toutefois, dans le cadre du *Big Data* et de l'Internet des objets, l'acte de production ne se limite plus aux seules activités humaines et aux actes de numérisation. Elle inclut également les processus de mesure automatisés voire la simple puissance de calcul.

Selon ce prisme, la donnée numérique ne constitue finalement qu'un produit informatique. Le titulaire sera la personne qui l'a produite. Néanmoins, une telle perspective,

3144Le droit civil n'est pas épargné. Nous pensons notamment aux dispositions portant sur la responsabilité du fait des produits défectueux. Ainsi, cet usage récurrent de la notion de produit conduit des auteurs à se poser la question de savoir si elle ne substitue pas à celle de bien (BRUGUIÈRE J.-M., *Le rapprochement des notions de bien et de produit culturel*, LEGICOM, 2006/2, n° 36, p. 9-17). Pour le Professeur Daniel MAINGUY, « la notion de produit, en droit des affaires, ne connaît finalement aucune originalité au regard de celle de bien, en droit civil » (MAINGUY D., *Réflexions sur la notion de produit en droit des affaires*, RTD Com., 1999, p. 47). Il s'agirait donc d'une dérive lexicale. La notion de produit ne se différencierait pas de celle de bien. Il est possible de se demander si le produit est soit un meuble ou soit un immeuble, suivant la *summa divisio* posée par le Code civil à l'article 516. Par la généralité des termes de la disposition, aucun bien ne peut échapper à cette classification. Afin de déterminer la nature mobilière ou immobilière du produit, nous pouvons nous référer aux dispositions portant sur la responsabilité du fait des produits défectueux. L'article 1245-2 du Code civil proclame qu'« est un produit tout bien meuble, même s'il est incorporé dans un immeuble ». Ainsi, le produit est un bien meuble. Néanmoins pour le Professeur Jean-Michel BRUGUIÈRE, circonscrire les produits au domaine mobilier n'est pas souhaitable dans le cadre des produits culturels qui regroupent, quant à eux, tant des meubles que des immeubles (V. BRUGUIÈRE J.-M., *op. cit.*, n° 36, p. 14). – V. ég. ANDRE C., *La cohérence de la notion de produit*, Revue de Recherche juridique, Droit prospectif, 2003 - 2 (1), p. 751 et s. ; DEMONTE K., *La spécialisation du droit des biens*, thèse en droit, Académie d'Aix-Marseille, Université d'Avignons et des Pays de Vaucluse, 25 janvier 2011, spéc. p. 411 et s.

3145L'usage de la notion de produit s'inscrit dans la logique de marché. Cette notion implique, en effet, la commercialité du bien. V. MAINGUY D., *op. cit.*, p. 47. ; BRUGUIÈRE J.-M., *op. cit.*, n° 36, p. 9-17

3146V. par ex. Arrêté du 30 décembre 2003 portant réintégration des produits financiers du fonds d'intervention pour les services, l'artisanat et le commerce sur le compte de la taxe d'aide au commerce et à l'artisanat géré par l'Organisation autonome nationale de l'industrie et du commerce, JORF n°14 du 17 janvier 2004 Texte n° 19 ; Décret n° 2022-125 du 4 février 2022 portant dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine des obligations d'information, de la gouvernance des produits financiers et des limites de position des investisseurs destinées à faciliter le financement des entreprises, JORF n°0031 du 6 février 2022 ; art. L. 331-4 du Code de la recherche.

3147V. par ex. Arrêté du 16 août 2004 modifiant l'arrêté du 7 avril 2003 abrogeant l'arrêté du 7 septembre 1949 portant liste des produits industriels simples non soumis à l'homologation, JORF n°245 du 20 octobre 2004 Texte n° 29 ; Avis de publication de la liste des référentiels validés relative à l'article R. 115-11 du code de la consommation sur la certification des produits industriels et des services, JORF n°0013 du 16 janvier 2009 Texte n° 108 ; Règlement (UE) 2023/2411 du Parlement européen et du Conseil du 18 octobre 2023 relatif à la protection des indications géographiques pour les produits artisanaux et industriels et modifiant les règlements (UE) 2017/1001 et (UE) 2019/1753 (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JOUE L, 2023/2411, 27 octobre 2023

3148BRUGUIÈRE J.-M., *op. cit.*, n° 36, p. 9-17

3149En ce sens : MAINGUY D., *op. cit.*, p. 47 et s.

3150V. la définition du Professeur Jean CALAIS-AULOY : CALAIS-AULOY J., *Vers un nouveau droit de la consommation. Rapport intermédiaire de la Commission de refonde du Droit de la consommation*, LA documentation française, Paris, juin 1985, 221 p.

bien que facilitant la détermination du titulaire, présente un inconvénient. En effet, tout deviendra produit dans l'environnement numérique. Une œuvre numérisée se réduira donc à un produit informatique. Cela entraînera indéniablement des interrogations quant à l'articulation avec les autres droits de propriété intellectuelle et, en particulier, le droit d'auteur.

416. **L'acte de fixation comme fait générateur** – La fixation peut également constituer le fait générateur du droit *sui generis*. Mais que recouvre cette notion ? Elle vise tant à l'action de fixer que le résultat de cette fixation. Ce terme de fixation n'est pas inconnu en droit de la propriété intellectuelle. Nous le retrouvons dans le cadre de la protection des producteurs de phonogrammes³¹⁵¹. Un tel critère présente comme avantage de faciliter la détermination du titulaire des droits. Ainsi, suivant ce critère, le droit *sui generis* sur la donnée numérique reviendra à la personne, physique ou morale, qui a l'initiative et la responsabilité de la première fixation de la donnée.

Cependant, le Professeur Philippe GAUDRAT se montre réticent à admettre comme fait générateur la condition de la fixation. Il considère, effectivement, que « *si l'on admet que chaque fixation conduit à un droit indépendant, il n'y a plus de protection, puisque le contrefacteur est titulaire au même titre que le producteur !* »³¹⁵². Autrement dit, la fixation ne permet pas de discriminer suffisamment pour constituer un critère pertinent. Aussi, nous pourrions exiger une condition supplémentaire, la nouveauté. En somme, il s'agira d'un droit portant sur le premier codage³¹⁵³. Deux exigences seront ainsi posées ; d'une part, la nouveauté, condition de fond et d'autre part, la fixation, l'enregistrement, c'est-à-dire une condition de forme³¹⁵⁴. En cela, nous retrouvons la réflexion du Professeur allemand Andreas WIEBE qui avait estimé qu'un le droit exclusif sur les données numériques ne pouvait porter que sur le premier stockage ou le premier enregistrement de données³¹⁵⁵.

3151 Art. L. 213-1, al. 1^{er} du CPI ; Art. 2. d) du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes

3152 GAUDRAT P., *op. cit.*, p. 96 et s.

3153 V. en ce sens : WIEBE, A., *Who owns non-personal data ? Legal aspects and challenges related to the creation of new 'industrial data rights'*, Slides presented at the GRUR conference on data ownership, 2016, Brussels, disponible [en ligne] : https://www.grur.org/uploads/tx_meeting/01-Wiebe_Presentation_Brussels.pdf (consulté le 01/09/2024)

3154 Nous estimons que retenir uniquement la condition de nouveauté n'est pas satisfaisant. En effet, reconnaître un droit exclusif sur toutes formes nouvelles sans aucune autre considération conduirait à une extension incontrôlée du droit de propriété (v. en ce sens : X. DESJEUX, *Quelle protection juridique pour le modèle fonctionnel*, Gaz. Pal., 1981, 1, D, 298).

3155 V. dans le même sens : ECKERT, M., *Digitale Daten als Wirtschaftsgut. digitale Daten als Sachen*, Schweizerische Juristen-Zeitung, 112 (2016), n° 10, p. 245 et s. : pour qui la propriété originelle des données doit être attribuée à la personne à qui nous pouvons attribuer techniquement et économiquement le premier enregistrement des données, c'est-à-dire le producteur de données.

417. **Une formalité de dépôt comme fait générateur** – Dans le cadre de l’instauration de droit *sui generis* sur les données numériques se posera indéniablement la question du dépôt. Le dépôt peut-il être constitutif du droit *sui generis* sur les données numériques ? Dans cette perspective, le titulaire d’un tel droit serait la première personne à avoir effectué la formalité de dépôt, à moins qu’elle n’ait pas eu le droit au titre. Dans ce dernier cas, une action en revendication, similaire à celle qui existe en matière de brevet, pourrait être mise en place. L’article L. 611-8, 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle dispose, en effet, que « *si un titre de propriété industrielle a été demandé soit pour une invention soustraite à l’inventeur ou à ses ayants cause, soit en violation d’une obligation légale ou conventionnelle, la personne lésée peut revendiquer la propriété de la demande ou du titre délivré* ». Nous retrouvons cette logique en matière de droit des marques³¹⁵⁶ et de droit des dessins et modèles³¹⁵⁷.

Certes, en matière de biens informationnels, des droits exclusifs peuvent être reconnus sans qu’il y ait lieu à dépôt ou à publicité. Nous pensons, en particulier, au droit d’auteur qui naît sur l’œuvre, du seul fait de sa création, ou encore du droit *sui generis* des producteurs de bases de données. À l’inverse, il existe des droits intellectuels qui nécessitent un dépôt et une publicité comme en matière de droit des brevets, de marques, de dessins et modèles.

L’utilisation d’un registre permet d’assurer soit une protection des biens comme pour les biens immobiliers avec le service de la publicité foncière, soit la détermination de leur *corpus*, comme dans le cadre des brevets, des marques. Cette dernière alternative conduit à « *renforcer les titres et d’éviter le défaut d’opposabilité d’un certain nombre de prérogatives constituées sur les biens* »³¹⁵⁸. Autrement dit, le dépôt conduit à renforcer la sécurité juridique à l’égard du titulaire de droits mais également des tiers.

Toutefois, dans le cadre des données numériques, il apparaît qu’un registre regroupant les données faisant l’objet du droit *sui generis*, semblable au registre foncier, ne soit pas une solution viable. L’idée d’un dépôt constitutif de droit sur les œuvres informatiques n’est pas nouvelle. Elle fut envisagée dans le cadre du projet de la future loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 dite loi Lang. Toutefois, cette idée en fut écartée notamment en raison d’une « *volonté forte de secret* »³¹⁵⁹. En effet, dans le cadre d’un dépôt et d’une publicité, une partie des entreprises se montreront réticentes à dévoiler certaines données non personnelles et préféreront s’orienter

3156 Art. L. 712-6 du CPI

3157 Art. L. 511-10 du CPI

3158 LIBCHABER R., *La recodification du droit des biens*, in *Le Code civil 1804 – 2004*, Livre du bicentenaire, Dalloz et Litec, Paris, 2004, p. 336, n° 33

3159 GAUDRAT P., *op. cit.*, p. 96 et s.

vers la protection au titre du secret des affaires. Néanmoins, nous pouvons tempérer cette crainte. En effet, le dépôt n'implique pas forcément un accès public à la chose déposée.

La technologie de chaîne de blocs dite *Blockchain* pourrait servir comme infrastructure de dépôt. Les blockchains constituent, effectivement, des « *technologies de stockage et de transmission d'informations, permettant la constitution de registres répliqués et distribués, sans organe central de contrôle, sécurisées grâce à la cryptographie, et structurées par des blocs liés les uns aux autres, à intervalles de temps réguliers* »³¹⁶⁰. Toutefois, en l'état actuel, cette technologie de chaîne de blocs reste sous le contrôle de personnes privées. L'État n'est, en principe, pas impliqué dans cette infrastructure. De surcroît, les créations de données numériques se succèdent à une cadence accélérée. Aussi, nous pouvons craindre que la lenteur et les coûts liés à ce système ne découragent les entreprises à recourir au droit *sui generis* sur les données numériques.

Finalement, le principe même de dépôt et publicité pour le droit *sui generis* sur les données numériques semble difficile à envisager et doit donc être écarté.

418. **L'investissement comme fait générateur** – Nous pouvons en partie rechercher un lien avec le droit *sui generis* des producteurs de bases de données pour qui le fait générateur se concentre sur les investissements nécessaires à la constitution, la vérification ou la présentation de la base de données. Ainsi, le fait générateur pourra être les investissements consentis dans la création d'une donnée numérique. Comme l'avait estimé Maître Samuel BECQUET, « *prendre en compte l'investissement productif en le distinguant de l'activité créatrice permet de saisir l'ensemble des richesses produites par l'homme* »³¹⁶¹.

Le *Vocabulaire juridique Cornu*, définit l'investissement essentiellement d'un point de vue financier comme « *placement, emploi de fonds, plus précisément, action d'engager des capitaux dans une entreprise en vue d'un profit à long terme et résultat de cette action* »³¹⁶². À l'instar du droit *sui generis* des producteurs de bases de données, l'investissement pourra être de nature financière, matérielle ou humaine. Par exemple, l'investissement portera sur la création, le stockage de données numériques. Comme en matière de base de données, il conviendra d'établir un seuil à partir duquel la protection sera accordée. En cela, nous retrouvons la logique *de minimis non curat prætor*. Ainsi, l'investissement consenti à la

3160Assemblée nationale, *Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la Mission d'information commune sur les chaînes de blocs (blockchains)*, présenté par LAURE DE LA RAUDIERE L., et MIS J.-M., Quinzième législature, 12 décembre 2018, n° 1501, p. 15

3161BECQUET S., *op. cit.*, p. 200, n° 86

3162CORNU G., *Travaux de l'Association H. CAPITANT, Vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, Paris, 2014, 10^e éd., p. 570

création de données numériques devra être substantiel. Le titulaire du droit *sui generis* sera alors la personne qui, par son investissement, a permis la création de la donnée. Dans le cadre de contrat de travail ou de contrat de commande, la titularité reviendra à l'employeur ou au maître de l'ouvrage. Cependant, en dehors de tout cadre contractuel, il sera parfois difficile d'identifier la personne qui investit dans la création des données numériques. Si nous reprenons l'exemple de la voiture connectée, plusieurs acteurs pourront être considérés comme ayant investi dans la création des données qu'elle collecte. Tout d'abord, le constructeur automobile a procédé à des investissements financiers, matériels ou humains dans la conception du véhicule connecté. Toutefois, il est essentiel de distinguer ces investissements initiaux dans le véhicule de ceux spécifiquement dédiés à la création des données elles-mêmes. Une telle répartition semble ardue en pratique. Ensuite, le propriétaire a investi dans l'acquisition du véhicule connecté. Néanmoins, il est peu probable que cette acquisition ait été motivée uniquement par le but de générer et de stocker des données numériques. Enfin, le conducteur du véhicule a employé son temps à conduire ce qui a entraîné la création de données numériques. Mais, le conducteur avait-il réellement conscience de l'investissement personnel qu'il avait fait dans la création des données ? Les données générées ne sont donc que des sous-produits de l'usage du véhicule. Cet investissement est-il réellement productif ? C'est-à-dire avait-il eu un rôle causal décisif dans la production de données ? Force est de remarquer qu'il est difficile d'évaluer qui de l'utilisateur, du propriétaire ou du fabricant de l'objet connecté a fourni un investissement substantiel à la création des données et, partant, sera le titulaire du droit *sui generis*. Dans une telle situation, le juge devra apprécier au cas par cas l'investissement consenti dans la création des données numériques. Cela entraînera des solutions casuistiques avec une insécurité juridique.

Afin d'écarter ce risque, il est possible de prendre uniquement en compte les investissements dans les infrastructures nécessaires à la création des données numériques. Dans un tel cas, seul le fabricant ayant développé l'équipement de mesure sera considéré comme titulaire du droit *sui generis*. Cependant, cette solution est loin d'être la plus adaptée. Ainsi, par exemple, dans le cas d'un ordinateur, il est évident que le fabricant ne devrait pas être le titulaire des données numériques que l'utilisateur y crée. Ce dernier a acquis l'ordinateur dans le but exprès de produire et de gérer ces données.

Le Professeur Herbert ZECH avait proposé que les droits de propriété sur les données non personnelles soient attribués au « *the economically responsible operator* », que nous pourrions traduire par « l'opérateur économiquement responsable », de l'équipement de

mesure. Il justifiait sa proposition essentiellement par des arguments économiques liés aux incitations à l'investissement dans les données et à la réduction des coûts de transaction dans les contrats *ex ante* et les risques *ex post*³¹⁶³. Cette notion d'« opérateur économiquement responsable » se réfère au § 950 du *Bürgerliches Gesetzbuch*, Code civil allemand. Cette disposition crée un titre de propriété de plein droit sur les résultats d'un processus de transformation d'un ou de plusieurs objets physiques en un nouvel objet distinct, à condition que la valeur ajoutée par la transformation ne soit pas sensiblement inférieure à la valeur de l'objet soumis au processus de transformation. En France, le Code civil a établi des règles de l'accession mobilière aux articles 565 à 577. Doctrine et jurisprudence s'accordent, toutefois, à considérer que ce mécanisme est inapplicable à l'égard des choses incorporelles³¹⁶⁴. L'application de cette logique aux données numériques ne risque-t-elle de ressusciter la fameuse querelle des Sabinien et des Proculien³¹⁶⁵. Le postulat des Sabinien était *Sine materia nulla species effici possit*, que nous pouvons traduire : sans matière, aucune forme ne peut être produite. Ce faisant, celui qui était le propriétaire de la matière est le propriétaire également de ce qui a été produit avec cette même matière. À l'inverse, les Proculien estimaient que la propriété devait revenir au travailleur lorsque la valeur du travail dépasse celle de la matière. Ainsi, du côté des Sabinien, l'objet connecté étant la matière, les données qui résultent de son utilisation appartiendraient au propriétaire de l'objet. À l'inverse, du côté des Proculien, le travail fourni par le fabricant de l'objet connecté comme la mise en place de logiciels pour enregistrer les données, leur mise à jour, conduirait à reconnaître à ce fabricant la propriété des données. Nous pouvons soutenir une solution intermédiaire selon laquelle la valeur des données non personnelles doit être attribuée équitablement aux personnes ayant participé à leur production. En cela, nous retrouvons l'idée basée sur la théorie du travail du philosophe anglais John LOCKE.

La proposition du Professeur Herbert ZECH n'efface, cependant, pas toutes les difficultés quant à l'attribution du droit de propriété. En effet, dans le cadre d'objet connecté, « l'opérateur économiquement responsable » de l'équipement de mesure est-il le propriétaire de l'objet ? Ou le créateur de l'objet connecté ? Ou encore l'opérateur de télécommunications qui transmet les données ? Qui contribue le plus à la valeur des données générées par l'objet connecté ? Il s'agit avant tout d'une question empirique pouvant dépendre du coût de

3163 ZECH, H., *Data as a tradeable commodity*, in *New Features of European Contract Law : Towards a Digital Single Market* (sous-dir. De Franceschi, A.), Intersentia, Cambridge, 25 août 2016, p. 51–79

3164 V. en ce sens : TERRÉ F. et SIMLER P., *Les biens*, Dalloz, Paris, coll. Précis, 19 octobre 2006, 7^e éd. p. 176, n° 233 ; CA Paris, 4^e ch. 1, 13 janvier 1993, D. 1993. IR 90 ; TGI Paris, 28 février 2006, CT0087

3165 GAUTIER P.-Y., *L'accession mobilière en matière d'œuvres de l'esprit : vers une nouvelle querelle des Proculien et des Sabinien*, D., 1988. Chron. 152

production des données ainsi que des différents types de données en cause. Il ne semble donc pas possible d'y répondre uniquement par un raisonnement théorique.

419. Finalement, il reviendra au Législateur de choisir entre ses différents faits générateurs. Ce choix est avant tout lié à la personne qu'il entend désigner comme titulaire des droits³¹⁶⁶. Par ailleurs, contrairement à la réglementation sur les données à caractère personnel, le critère d'identifiabilité envisagé à l'article 4.1) du RGPD ne peut pas être utilisé comme modèle d'attribution pour le droit *sui generis* sur les données non personnelles. En d'autres termes, nous estimons que la possibilité d'identification n'est pas un critère d'attribution pertinent dans ce domaine. En effet, les données relatives à une personne physique identifiable sont protégées en ce que l'identité est un élément fondamental de l'existence d'un être humain. Dans un contexte d'entreprise, les données ne sont pas un élément d'identité, mais permettent plutôt de créer de la valeur. Compte tenu du fait que les données sont considérées comme des marchandises commercialisables, et que les entreprises peuvent les acheter à d'autres, l'identifiabilité ne devrait même pas être utilisée comme critère minimum.

Force est de remarquer que l'introduction du droit *sui generis* présente une complexité insoluble. Cela conduit à se poser de nombreuses questions quant à son objet et sa titularité, questions qui ne peuvent être résolues de façon satisfaisante. Mais, qu'en est-il de l'étendue de ce droit *sui generis* ?

b. La détermination de l'étendue du droit *sui generis*

420. Dans le cadre de l'instauration d'un droit *sui generis* sur les données numériques, il est nécessaire d'en déterminer son étendue, c'est-à-dire son contenu, les « pouvoirs » conférés. Le droit de propriété est vu comme un pouvoir absolu du propriétaire sur son bien. Aussi, le contenu du droit de propriété du Code civil est défini de manière synthétique. Le législateur s'est limité à poser un principe général à l'article 544 du Code civil. Cette méthode synthétique se justifierait par le fait que « *la recherche du contenu de la propriété est délicate, voire contre-nature, car ce droit est essentiellement illimité* »³¹⁶⁷.

3166CHATRY S., et ROBIN A., *Introduction à la propriété intellectuelle. Unité et diversité*, Bruylant, Bruxelles, coll. Paradigme – Manuels, 30 octobre 2019, 1^{er} éd., 352p. 155, n° 256

3167ZENATI-CASTAING F., et REVET T., *Les biens*, PUF, Paris, coll. Droit fondamental, 16 janvier 2008, 3^e éd., p. 313

Cependant, une telle approche ne peut être transposée aux biens incorporels. Avec l'exemple du blé, le juriconsulte POTHIER avait déjà remarqué que les prérogatives du propriétaire pouvaient varier en fonction des biens, objets du droit de propriété et des situations³¹⁶⁸. Ainsi, dans certaines situations, le Droit peut limiter les prérogatives du propriétaire dans l'intérêt général, voire d'imposer d'utiliser le bien. En cela, nous retrouvons l'observation du Professeur Daniel GUTMANN, selon laquelle « *il est [...] naturel que la fonction unitaire de la propriété se décline en autant de régimes différents qu'il y a de biens de nature dissemblable* »³¹⁶⁹. Cela le conduit à considérer d'une propriété peut prendre la forme d'un faisceau de prérogatives qui ne serait pas celui prévu à l'article 544 du Code civil.

En matière de propriété intellectuelle, « *il est autant question des limites [que le droit de propriété intellectuelle] doit souffrir que des pouvoirs qu'il donne* »³¹⁷⁰. Ce faisant, l'exclusivité des droits de la propriété intellectuelle est finalisée ce qui traduit la volonté de concilier *ab initio* la protection de l'intérêt privé du propriétaire avec d'autres impératifs³¹⁷¹. Cette conciliation s'observe également dans la structure même des droits intellectuels. En effet, l'exclusivité est définie en faisceau de prérogatives accordées au titulaire du droit. Aussi, la logique à l'œuvre « *est inverse de celle qui résulte de la définition contenue à l'article 544 du Code civil* »³¹⁷². De manière générale, à la suite de la délimitation du domaine réservé par le droit de propriété intellectuelle, nous trouvons une énumération des exceptions apportées à ces prérogatives. Ainsi, il est tout autant important de définir les prérogatives du titulaire que les exceptions, limitations du droit en ce qu'elles participent à la détermination du domaine réservé.

Notons qu'il s'agit ici d'esquisser les grandes lignes d'un possible droit *sui generis* sur les données numériques. Ce faisant, nous ne rentrerons pas dans le détail des prérogatives accordées au titulaire ou des exceptions, limitations à son droit.

3168 CHAZAL J.-P., *La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel*, RTD Civ., 19 décembre 2014, n° 4, p. 763-763

3169 GUTMANN D., *op. cit.*, p. 72.

3170 BOUCHET-LE MAPPIAN É., *Propriété intellectuelle et droit de propriété ; Droit comparé anglais, allemand et français*, Presses Universitaires de Rennes – P.U.R., Rennes, coll. L'univers des normes, 13 juin 2013, p. 255, n° 475

3171 VANBRABANT B., *La propriété intellectuelle. Tome 1. Nature juridique*, Larcier, Bruxelles, coll. Création Information Communication, mars 2016, p. 169

3172 *Ibid.*, p. 176

i. Les prérogatives envisageables du droit *sui generis*

421. Comme l'estime la Professeure Muriel FABRE-MAGNAN, « *lorsque le bien est incorporel, le législateur peut définir bien plus librement la contenance du pouvoir de la personne sur la chose, [...], car il est précisément moins lié par la nature des choses* »³¹⁷³. Les données numériques, biens incorporels par excellence, présentent indéniablement des particularités qui sont susceptibles de limiter l'exercice de certaines prérogatives. Dans une telle situation, le « *titulaire bénéficie souvent de prérogatives réduites, voire très réduites* »³¹⁷⁴.

422. **Des prérogatives patrimoniales réduites** – Il s'agit de conférer au titulaire un droit d'exploitation exclusif sur la donnée numérique. En somme, par le droit *sui generis*, nous recherchons à obtenir l'exclusivité des données et plus précisément, de la valeur résultant de leur utilisation.

Nous pouvons distinguer au moins trois catégories de prérogatives. La première concerne l'accès aux données. En substance, le titulaire du droit *sui generis* sur les données numériques aura le pouvoir d'interdire à des tiers l'accès à ses données non personnelles. Cela signifie concrètement qu'il pourra la possibilité de soustraire ses données à la libre circulation, une capacité qui incarne parfaitement le caractère exclusif du droit accordé au titulaire sur ses données.

La deuxième prérogative porte sur l'utilisation de la donnée numérique. Puisque la donnée numérique peut être utilisée par de nombreuses personnes en raison de l'absence de rivalité, l'utilisation exclusive est, contrairement à la propriété d'un bien corporel, uniquement organisée par le Droit. Dans le cas des données au plan syntaxique, l'utilisation prend généralement la forme d'une reproduction et d'une transmission ultérieure. Le pouvoir de décider de la transmission des données numériques coïncide avec le pouvoir de décider qui doit y avoir accès. La diffusion conduit à créer un accès pour les tiers. Le titulaire pourra donc faire interdiction aux tiers non autorisés d'avoir des copies de données numériques en cause, ou, à défaut de demander leur suppression. Cette utilisation des données intègre également

3173 FABRE-MAGNAN M., *Propriété, patrimoine et lien social*, RTD Civ., 1997, p. 583 et s.

3174 PÉRINET-MARQUET H., *Regards sur les nouveaux biens*, JCP G., 1^{er} novembre 2010, n° 44, étude n° 1100, p. 2078. Nous pouvons nous poser la question de savoir si nous ne sommes pas en présence de « *demi-biens* » ou de « *mini-biens à moins qu'il ne s'agisse, tout simplement, de faux biens* » – V. ég. REVET T., *Les nouveaux biens, rapport français*, in *La propriété*, Journées vietnamiennes, t. LIII, éd. Société de législation comparée, septembre 2006, coll. Travaux de l'Association Henri Capitant, spéc. n° 12 pour qui « *le régime des nouveaux biens assure fréquemment à leur titulaire une moindre latitude en matière de disposition* »

leur analyse dans le cadre notamment du *Big Data*. Ainsi, l'extraction de données non personnelles ne pourra se faire qu'avec l'accord de leur titulaire.

Enfin, une autre prérogative sera envisageable, celle tenant à l'atteinte à l'intégrité de la donnée. Cela vise le cas où l'intégrité de la donnée est compromise par altération ou destruction totale. Contrairement aux biens corporels, pour lesquels le fait de les posséder implique un degré de protection plus élevé de leur intégrité, l'intégrité des données numériques ne peut être protégée que difficilement. En effet, les données sur le plan syntaxique peuvent être modifiées voire effacées par des tiers. En raison de ce risque, le titulaire devra disposer d'un droit à l'exactitude des données numériques. Certes, le droit pénal protège le propriétaire du système de traitement automatisé de données (STAD) contre la suppression ou la modification frauduleuse des données contenues dans le STAD³¹⁷⁵. Cependant, cette infraction n'est utile que si un système de traitement automatisé de données a été caractérisé. Autrement dit, en dehors d'un STAD, l'infraction ne peut être constituée. De surcroît, la voie civile pourra être privilégiée par le titulaire du droit *sui generis* et cela, par pragmatisme.

En outre, en raison de la valeur économique, il est essentiel que ce droit *sui generis* soit cessible. Cette cessibilité participera à la création de marchés des données. En d'autres termes, tout comme le droit *sui generis* des producteurs de bases de données³¹⁷⁶, le droit *sui generis* pourra être transmis ou cédé ou faire l'objet d'une licence.

Par ailleurs, à ce jour, en cas de fusion ou d'acquisition de société, la loi reste muette quant au devenir des données non personnelles. Aussi, faute de clause contractuelle, un doute surgit sur la transmission ou non de ce type de données. Ainsi, par exemple, la société absorbante peut-elle revendiquer les données non personnelles qui appartenaient à la société absorbée, données détenues par des tiers et qu'aucune cession de contrat n'a été conclue ? La reconnaissance d'un droit *sui generis* sur les données numériques aura donc pour conséquence de renforcer la sécurité juridique sur ce point. La société absorbante sera le nouveau titulaire du droit *sui generis* sur les données non personnelles de la société absorbée. Elle pourra dès lors revendiquer ses données auprès de tiers détenteurs.

423. Les actions reconnues en cas d'atteinte aux prérogatives du titulaire – Il faut donner au titulaire du droit *sui generis* les outils nécessaires pour faire cesser et sanctionner toute atteinte à ses droits.

3175 Art. 323-3 du C. pén.

3176 V. art. L. 342-1 du CPI et art. 7.3 de la directive 96/9/CE du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données

Tout d'abord, nous pouvons citer à cet égard l'action en cessation. Ainsi, en matière de droit d'auteur, l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle permet au Président du tribunal judiciaire d'ordonner à la demande notamment des titulaires de droits sur les œuvres et objets protégés, toutes mesures propres à prévenir ou à faire cesser une atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin occasionnée par le contenu d'un service de communication au public en ligne. Cette disposition pourra utilement être reprise dans le cadre du droit *sui generis* sur les données numériques. Il est également possible de s'inspirer de l'article L. 615-3 du Code de la propriété intellectuelle pour instaurer une procédure permettant d'obtenir du juge, saisi en référé ou sur requête, des mesures provisoires pour interdire les actes portant atteinte aux prérogatives reconnues au titulaire.

Il sera également nécessaire de fournir au titulaire des outils lui permettant de recueillir les informations nécessaires à l'évaluation des dommages et intérêts. Nous pensons, en particulier, en matière de propriété intellectuelle, à la fameuse saisie-contrefaçon et au droit d'information. À cet effet, il est possible de prendre comme modèle l'article L. 615-5 du Code de la propriété intellectuelle.

Outre la possibilité de demander la cessation de l'atteinte et la suppression des données en cause, il convient de prévoir un mécanisme de réparation similaire à celui prévu en matière de contrefaçon. L'évaluation des dommages et intérêts pourra ainsi suivre l'exemple de l'article L. 615-7 du Code de la propriété intellectuelle. La réparation devra au moins conduire à une compensation pour l'atteinte portée à la valeur des données en cause. Reste qu'en pratique, il est souvent difficile d'évaluer précisément les conséquences économiques négatives qu'entraînent des dommages ou des copies illicites de données. Il s'avère particulièrement complexe de chiffrer la perte de valeur des données dans de telles situations. Cela rend ainsi délicate la détermination des préjudices subis par le titulaire du droit. Cette difficulté tient à la nature intangible et ubiquitaire des données et à l'absence de méthodes standardisées pour évaluer concrètement l'incidence financière de leur dégradation ou de leur duplication non autorisée.

424. **La reconnaissance d'une action en revendication** – Le droit *sui generis* sur les données numériques devra inclure une action en revendication. Ainsi, concrètement, le titulaire du droit *sui generis* pourra réclamer ses données non personnelles à toute personne lui refusant de les restituer ou à toute personne les ayant soustraites au titulaire. Cela s'appliquera dans le cadre de l'informatique dans les nuages. Concrètement, cette action en revendication permettra au titulaire du droit *sui generis* de demander la restitution de ses

données non personnelles à son prestataire. Il faudra également envisager d'inclure dans le livre VI du Code de commerce la possibilité de revendiquer ses données non personnelles dans le cadre d'une procédure collective.

425. **L'absence de prérogatives extra-patrimoniales sur la donnée numérique** – La question se pose de savoir s'il faut reconnaître un droit moral sur la donnée numérique. En droit d'auteur, les droits moraux visent à protéger la personne de l'auteur dans son rapport à l'œuvre. En matière de droits voisins, « *le droit moral est l'exception plutôt que la règle* »³¹⁷⁷. Ainsi, à l'instar du droit *sui generis* des producteurs de bases de données, le droit *sui generis* sur les données numériques semble peu enclin à accueillir des prérogatives extra-patrimoniales. En effet, il s'agit avant tout non pas de protéger le créateur dans son rapport avec la donnée numérique, mais d'un retour sur investissement. De surcroît, l'absence de reconnaissance d'un droit moral sur les données numériques permet d'éluder les difficultés connues en matière de droit d'auteur dans le cadre de créations salariales.

426. **La fonction de garantie** – À ce jour, faute de réel statut des données non personnelles, ces dernières ne peuvent pas être mises en nantissement ou saisies. Par conséquent, les données numériques sont hors de portée des créanciers. Autrement dit, ces derniers ne peuvent les saisir et les vendre en cas de défaillance de leur débiteur. Dans le même temps, cela empêche les entreprises, « propriétaires » de données non personnelles d'en tirer avantage, car elles ne peuvent pas les utiliser comme garantie pour un prêt.

Toutefois, il est possible d'accéder aux données numériques indirectement, en mettant en gage, ou en saisissant le support de données. Quoique la mise en gage ou la saisie du support de données englobe également les données numériques qui y sont stockées, il ne s'agit pas à proprement parler d'une véritable saisie des données numériques en tant que telle³¹⁷⁸. En outre, de nos jours, une quantité considérable de données numériques est stockée dans le *cloud*, le nuage informatique. Cela signifie que ces données sont stockées sur un ou plusieurs serveurs appartenant au prestataire de service de *cloud*. Par conséquent, il n'est pas possible pour les créanciers de se saisir des serveurs dans lesquels les données de leur débiteur sont stockées, ces serveurs appartenant à des tiers, les prestataires de *cloud*³¹⁷⁹.

3177BUYDENS M., *La protection de la quasi-crétation*, Larcier, Bruxelles, 1993, p. 796

3178Bien que la saisie du support de données semble être une alternative à la saisie des données numériques en elles-mêmes, cette option est loin d'être idéale. En effet, le support de données est susceptible de contenir toute une série de données numériques. Certaines d'entre elles peuvent être protégées soit par un droit de propriété intellectuelle soit par la loi l'informatique et libertés pour les données à caractère personnel.

3179Art. L. 221-1, al. 1^{er}, du Code des procédures civiles d'exécution

Aussi, il n'est pas souhaitable que des entreprises dont les principaux actifs sont constitués de données numériques ne puissent pas obtenir de financements parce qu'elles ne disposent pas de garanties suffisantes, ni que ses principaux actifs ne fassent pas l'objet d'un recouvrement auprès des créanciers. La valeur des données est devenue trop importante pour être tenue à l'écart du droit des sûretés. La reconnaissance de la cessibilité du droit *sui generis* sur les données numériques implique qu'il peut également faire l'objet d'un nantissement ou être saisi et donc servir de garantie. Nous retrouvons ainsi la fonction de garantie des biens. En effet, les biens « *servent également à désintéresser [l]es créanciers en permettant à ceux-ci, en dernier recours, d'exécuter sur eux leur créance, plutôt que d'exercer sur la personne même une contrainte jugée incompatible avec la protection qui doit lui être assurée.* »³¹⁸⁰.

427. **Un dispositif relevant exclusivement du droit civil** – En ce qui concerne la répression pénale, nous avons constaté qu'il existe actuellement des infractions prévues pour les systèmes de traitement automatisé de données. L'article 323-3 du Code pénal sanctionne notamment le fait d'extraire, de détenir, de reproduire, de transmettre, de supprimer ou de modifier frauduleusement les données d'un système de traitement automatisé. Faut-il aller plus loin et reconnaître une infraction ne visant uniquement l'atteinte à une donnée numérique en dehors d'un système de traitement automatisé ? Le principal problème tient à la notion même de donnée qui est polysémie. Le droit civil s'accommode de notions larges et parfois floues, car le juge est là pour les interpréter et leur donner un sens concret. À l'inverse, le droit pénal est strictement encadré par le principe de légalité des peines et des délits. Cela signifie que les infractions doivent être définies en termes suffisamment clairs et précis pour éviter toute ambiguïté³¹⁸¹. Aussi, une infraction qui chercherait à réprimer les atteintes aux données risquerait fort d'être censurée par le Conseil constitutionnel. En effet, l'utilisation d'un terme aussi obscur et ambigu que « donnée » dans la formulation de l'infraction ne respecterait probablement pas les exigences de clarté et de précision imposées par le principe de légalité des délits et des peines. Le Conseil pourrait donc considérer que la définition manque de la rigueur nécessaire pour garantir la sécurité juridique et la prévisibilité de la loi.

3180V. BERLIOZ P., *La notion de bien*, L.G.D.J, Paris, octobre 2007, Thèses, sous-coll. Bibliothèque de droit privé, t. 489, p. 206, n° 629

3181Cons. const., décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, cons. n°s 13 et 14.

ii. Les exceptions et limitations envisageables du droit *sui*

generis

428. Comme l'avait souligné le Professeur Jean-Christophe MERLE, « *si l'homme cicéronien qui possède une propriété se soumet à l'utilité collective [...] dès qu'il connaît sa compatibilité avec son bien propre, nous, Modernes, devons poser en hypothèse que le propriétaire est susceptible de refus, à chaque moment de se plier à l'utilité collective, quoiqu'il sache ce qu'elle exige* »³¹⁸². Un tel constat conduit indubitablement à une tension entre d'une part, la propriété privée et d'autre part, l'intérêt collectif. Partant, des mécanismes de conciliation doivent être prévus notamment en matière de propriété intellectuelle. Ces derniers prennent la forme d'exceptions et de limitations.

429. **La limitation temporaire du droit *sui generis* sur les données numériques** – Il faut avoir égard à la durée de ce droit *sui generis*. Les droits de propriété intellectuelle ont pour caractéristique importante d'être temporaires. Seuls le droit des marques voire le droit *sui generis* du producteur de bases de données dans le cas de nouveaux investissements substantiels font une exception à cette règle. La marque est protégée pour une période de dix ans à compter de la date de dépôt et est indéfiniment renouvelable. Cette particularité s'explique par le souci de protection du consommateur³¹⁸³.

Comme nous l'avons vu dans le cadre de la justification de l'appropriation, il est nécessaire que ce droit *sui generis* soit limité dans le temps puisqu'en économie, la donnée relève de la catégorie des biens publics. En outre, l'absence de formalité de dépôt peut avoir une incidence sur la durée de protection³¹⁸⁴. En effet, nous pouvons concilier cette absence de formalité du droit *sui generis* avec la sécurité juridique par l'octroi d'une protection d'une durée brève. Le Professeur allemand Andreas WIEBE estimait que cette protection ne devait que durer au maximum de 5 ans³¹⁸⁵. Cependant, la détermination de la durée de protection s'avère extrêmement périlleuse. Il existe effectivement une diversité importante de données

3182MERLE J.-C., *Justice et progrès*, PUF, Paris, 1997, p. 39

3183V. en ce sens : BRUGUIÈRE J.-M., *Droit des propriétés intellectuelles*, Ellipses, Paris, 2011, 2^e éd. p.107, n° 132

3184Nous retrouvons cette logique dans le cadre du dessin et modèles européens. La durée de protection des dessins et modèles non enregistrés est plus courte (à savoir, 3 ans à compter de la date à laquelle le dessin ou modèle a été divulgué au public pour la première fois au sein de la Communauté) que celle des dessins et modèles enregistrés (5 ans à compter de la date de dépôt de la demande d'enregistrement). V. art. 11 et 12 du règlement (CE) n° 6/2002 du Conseil du 12 décembre 2001 sur les dessins ou modèles communautaires)

3185WIEBE, A., *Who owns non-personal data ? Legal aspects and challenges related to the creation of new 'industrial data rights'*, Slides presented at the GRUR conference on data ownership, 2016, Brussels, disponible [en ligne] : https://www.grur.org/uploads/tx_meeting/01-Wiebe_Presentation_Brussels.pdf (consulté le 01/09/2024)

numériques qui ne représentent pas toutes les mêmes utilités pour son titulaire. Par exemple, les données enregistrées par un capteur représentent une utilité moindre que les données relatives au fonctionnement interne de l'entreprise ou à sa comptabilité. Toujours est-il qu'à l'extinction du droit *sui generis*, les données numériques tomberont dans le domaine public pour devenir des choses communes³¹⁸⁶.

La conciliation entre l'intérêt privé et l'intérêt collectif ne se limite pas uniquement à la détermination de la durée de protection. Celle-ci s'observe également au sein des exceptions du droit.

430. L'approche à adopter pour les exceptions au droit *sui generis* sur les données numériques – Nous pouvons relever deux approches principales pour les exceptions au droit *sui generis* sur les données.

La première approche consiste en une logique dite d'exception ouverte. Il s'agit d'une clause générale d'exception comme celle du *fair use* du *Copyright Act* américain. La section 107 du *Copyright Act* américain fournit le cadre légal permettant de déterminer s'il s'agit d'une utilisation équitable, *fair use*. Elle identifie certains types d'utilisation tels que la critique, le commentaire, ou encore la recherche comme des exemples d'activités pouvant être qualifiées d'utilisation équitable. Cette approche, très éloignée de notre culture juridique³¹⁸⁷, présente indéniablement l'avantage de la souplesse et de l'adaptabilité dans son application générale. Toujours est-il qu'elle présente comme inconvénient majeur un manque de précision. Partant, cette logique est susceptible d'induire à une insécurité juridique. Par ailleurs, en ce qui concerne le droit *sui generis* sur les données numériques, cette logique présente un désavantage supplémentaire : elle doit être formulée de manière extrêmement générale. C'est essentiel pour qu'elle puisse s'adapter à la fois à la grande diversité des types de données et aux secteurs très différents de l'économie des données. Ainsi, une clause de *fair use* pour le droit *sui generis* sur les données numériques se révèle, en pratique, complexe.

La seconde approche suit une logique d'exception fermée c'est-à-dire un *numerus clausus* d'exceptions. Il s'agit de formuler une énumération exhaustive et précisément définie d'exceptions et de limitations. Dans le cadre du droit *sui generis* sur les données numériques, le droit d'auteur, le droit des brevets mais également le droit *sui generis* des producteurs de

3186LIBCHABER R., *La recodification du droit des biens*, in *Le Code civil 1804 – 2004*, Livre du bicentenaire, Dalloz et Litec, Paris, 2004, p. 325

3187BRUGUIÈRE J.-M., *Petite proposition de refonte de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle*, in *Le Code de la Propriété intellectuelle en 10 articles* (sous-dir. Amélie Favreau), Dalloz, Paris, 29 décembre 2021, p. 62

bases de données³¹⁸⁸ pourront servir de modèle pour les exceptions telles que celles tenant à la recherche scientifique, à la santé et à la défense nationale. Cependant, cette approche présente un inconvénient majeur. Cela requiert, en effet, du Législateur d'anticiper de manière exhaustive les intérêts potentiels de nombreuses parties prenantes provenant de secteurs très variés dans une économie des données qui ne fait actuellement qu'émerger. Il existe donc un risque évident que les exceptions et les limitations deviennent rapidement « obsolètes » par rapport aux pratiques des secteurs en cause et aux technologies de l'information et de la communication.

Une approche intermédiaire entre ces deux logiques reste possible. Elle recourt au *triple test* connu en droit d'auteur depuis la loi *DADVISI*³¹⁸⁹. Ce dernier pourra constituer la base d'une exception unique. Le triple test peut donc être vu comme « *le prolongement de la logique d'exception fermée, et fait paradoxalement d'elle une norme semi-ouverte, mais uniquement dans le sens in favorem auctoris* »³¹⁹⁰.

Indépendamment de l'approche retenue, il demeure essentiel que l'usage de données à des fins privées ne soit pas couvert par cette protection. Une telle exclusion est légitimée par le fait que cette activité est étrangère à la vie des affaires.

431. L'exclusion des actes étrangers à la vie des affaires – Le Professeur Herbert ZECH soutenait la thèse d'une protection des données numériques strictement circonscrite aux seuls actes commerciaux. De ce fait, et par analogie avec le droit des brevets³¹⁹¹, l'usage privé et à des fins non commerciales de données non personnelles resterait licite et ne pourrait être entravé par le titulaire des droits. Nous pensons qu'il est pertinent de recourir à la notion de « vie des affaires » dans le cadre du droit *sui generis* sur les données numériques. Cette terminologie n'est pas étrangère au droit de la propriété intellectuelle, étant donné que nous la retrouvons spécifiquement en droit des marques. Aussi, nous pouvons transposer l'interprétation prétorienne qui s'est développée en cette matière. La vie des affaires implique que les droits exclusifs conférés ne peuvent, en principe, être invoqués par le titulaire que vis-à-vis des opérateurs économiques et, en conséquence, que dans le contexte d'une activité commerciale³¹⁹². Par conséquent, les actes accomplis dans le cadre d'une activité privée ne relèvent pas du droit exclusif. Néanmoins, si ces actes privés dépassent, en raison de leur

3188V. art. 9 de directive 96/9/CE du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données

3189Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information

3190PIĄTEK D., *Pour une exception unique ? Les avantages et les inconvénients du test en trois étapes*, in Le Code de la Propriété intellectuelle en 10 articles (sous-dir. Amélie Favreau), Dalloz, Paris, 29 décembre 2021, p. 78

3191Art. L. 613-5 CPI

volume, de leur fréquence ou d'autres caractéristiques, la sphère d'une activité privée, celui qui les accomplit se place dans le cadre de la vie des affaires³¹⁹³.

432. **L'exception de création indépendante** – Il faut que la protection accordée aux données numériques n'entrave pas la possibilité de créer indépendamment des données identiques. Comme nous l'avons indiqué, l'objet du droit *sui generis* devra non pas porter sur la donnée au plan sémantique, c'est-à-dire le contenu informationnel, mais plutôt sur le plan syntaxique. De ce fait, le titulaire du droit *sui generis* ne pourra pas s'opposer à la création de données présentant un codage différent tout en véhiculant le même contenu informationnel. Ainsi, concrètement, le titulaire de données sur le nombre de fondrières présentes sur une route déterminée ne pourra pas interdire à un tiers de recueillir cette même information par des mesures indépendantes. En cela, il s'agit d'une limite imposée afin de préserver la liberté de création.

433. **La question de l'épuisement du droit *sui generis* des données numériques** – L'arrivée de l'Internet a radicalement transformé le paysage commercial, en favorisant l'émergence et le développement rapide de plateformes dédiées à l'achat et à la revente de biens d'occasion³¹⁹⁴. Ce phénomène a naturellement conduit les ayants droit à chercher à maîtriser l'utilisation de leurs biens intellectuels mis sur le marché numérique. Cela explique l'importance de la question de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle³¹⁹⁵. Dès lors, il est pertinent de se demander si ce principe de l'épuisement des droits doit être étendu au droit *sui generis* applicable aux données numériques, en particulier concernant la commercialisation de fichiers numériques qui en découlent.

L'épuisement du droit tend à « concilier deux exigences apparemment opposées : d'une part, la nécessité de protéger l'effort créateur (invention d'un brevet, création d'une œuvre artistique) et, d'autre part, les impératifs du libéralisme économique qui demande qu'il

3192CJUE, gr. ch., 12 juillet 2011, aff. C-324/09, *L'Oréal e.a.*, pt 54 ; CJUE, 10^e ch., 30 avril 2020, aff. C-772/18, *A c/ B*, pt. 23

3193CJUE, gr. ch., 12 juillet 2011, aff. C-324/09, *L'Oréal e.a.*, pt 55 ; CJUE, 10^e ch., 30 avril 2020, aff. C-772/18, *A c/ B*, pt. 23

3194V. art. L. 321-1, al 2, C. com. pour une définition du bien d'occasion

3195CASTELL B., *L'épuisement des droits intellectuels en droits allemand, français et communautaire*, PUF, Paris, 1^{er} décembre 1989, 288 p. ; BONET G., *L'épuisement des droits de propriété intellectuelle*, in *L'avenir des droits de propriété intellectuelle*, colloque de l'IRPI, 1993, Litec, Paris, p. 89 et s. – Nous retrouvons le principe de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle dans plusieurs instruments juridiques de l'Union européenne tels que la directive 98/71/CE du 13 octobre 1998 sur la protection juridique des dessins ou modèles (art. 15), du règlement (UE) 2017/1001 du 14 juin 2017 sur la marque de l'Union européenne (cons. 22, art. 15), ou encore le règlement (UE) 1257/2012 du 17 décembre 2012 mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet (cons. 12, art. 6).

existe le moins possible d'entraves aux échanges »³¹⁹⁶. Ce principe, établi essentiellement sur des justifications économiques³¹⁹⁷, est vu comme un « *outil clé de la construction de l'UE* »³¹⁹⁸. Il résulte historiquement du constat d'« *une contradiction première entre la vocation du droit communautaire de contribuer à la réalisation d'un marché unique et la nature nationale des droits de propriété industrielle* »³¹⁹⁹. Afin de concilier le principe de territorialité des droits de propriété intellectuelle avec le celui de la libre circulation, la Cour de justice a fondé depuis les années 1970³²⁰⁰ ce principe sur les dispositions régissant la libre circulation des marchandises, et en particulier sur l'article 30 du Traité de Rome devenu depuis l'article 36 du TFUE.

Le principe de l'épuisement du droit est un « *mécanisme en vertu duquel le droit de propriété s'éteint après que son titulaire l'a exercé : la marchandise cesse d'être le « support » d'un droit de propriété intellectuelle* »³²⁰¹. Autrement dit, à la suite de la première mise en circulation, le titulaire des droits de propriété intellectuelle n'a plus d'emprise sur les commercialisations subséquentes des produits incorporant le bien informationnel. Il « *perd tout droit de regard sur le circuit économique du produit* »³²⁰². Cette théorie de l'épuisement a

3196MARTIN S. et PICCIO C., *L'épuisement du droit de distribution et la protection des supports matériels d'une œuvre (1^{re} partie)*, Gaz. Pal., 25 septembre 2003, p. 22 et s. – V. ég. LUCAS A., LUCAS-SCHLOTTER A., et BERNAULT C., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, Paris, coll. Traités, 7 décembre 2017, 5^e éd., spéc. p. 284, n° 274

3197CASTELL B., *op. cit.*, p. 131 ; POLLAUD-DULIAN F., *Le droit de destination, le sort des exemplaires en droit d'auteur*, L.G.D.J., Paris, tome 205, coll. Thèse, sous-coll. Bibliothèque de droit privée, 552 p. ; LAMBONI C. L. et SÉNÉCHAL C., *Naviguer sur Internet jusqu'à l'épuisement*, Revue du droit de l'Université de Sherbrooke, 2012, n° 42, p. 635 : pour qui le principe de l'épuisement des droits découle de la théorie de l'*Immaterialgüterrechte* du juriste allemand Josef KÖHLER s'expliquant « *par la nécessité de préserver à la fois le monopole d'exploitation des titulaires du droit et les impératifs inévitables, du libéralisme économique dans les limites territoriales de protection juridique que trace le législateur* ».

3198BINCTIN N., *Droit de la propriété intellectuelle ; Droit d'auteur, brevet, droits voisins, marques, dessins et modèles*, Paris, L.G.D.J., sous-coll. Droit privé, 4^e éd., septembre 2016, p. 780, n° 1262

3199KOVAR R., *La liberté des échanges, droit de brevet et savoir-faire*, J-Cl. Brevets, fasc. 4810, 5 mai 2015, n°1

3200CJCE, 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH c. Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG.*, aff. 78-70, Rec. 1971, p. 487. Il s'agit, à notre connaissance, du premier arrêt de la Cour de justice reconnaissant le principe de l'épuisement d'un droit intellectuel, ici les droits des producteurs de programmes. De même, la Cour de justice a reconnu ce principe en matière de droit des marques, des brevets (CJCE 31 octobre 1974, *Centrafarm*, aff. 16/74, Rec. 1974, p. 1183), de droit d'auteur (v. notamment CJCE 20 janvier 1981, *Musik-Vertrieb membran GmbH*, aff. jointes 55/80 et 57/80, Rec. 1981, p. 147)

3201BRUGUIÈRE J.-M., *Droit des propriétés intellectuelles*, Ellipses, Paris, 2011, 2^e éd. p.129, n° 165

3202GAUDRAT P. et SARDAIN F., *Top. cit.*, p. 372, n° 573 ; V. ég. ARHEL P. *Propriété intellectuelle : OMC*, Répertoire de droit international, Dalloz, janvier 2019, n° 23 ; BENABOU V.-L., *Épuisement des droits, épuisements des droits : une approche globale de la théorie de l'épuisement est-elle possible ?*, LÉGICOM, 2001, n° 2, vol. 25, p. 118 comparant les droits de propriété industrielle à des « *pistolets à un coup dont le titulaire doit choisir avec discernement l'angle de tir* ».

pu être qualifiée d'« *expropriation partielle* »³²⁰³ ou, à tout le moins de limite du droit de mise sur le marché³²⁰⁴.

Néanmoins, ce principe est circonscrit tant quant à sa portée géographique que son objet³²⁰⁵. Tout d'abord, ce principe ne saurait avoir une dimension internationale³²⁰⁶. Celui-ci est, en effet, uniquement cantonné à la première mise sur le marché de l'Union européenne, voire à l'Espace économique européen. Ensuite, il est limité aux actes de distribution physique. Ainsi, il s'agit d'une vision matérialiste du principe puisqu'il ne s'applique qu'aux supports physiques³²⁰⁷. Par ailleurs, en droit d'auteur, le principe de l'épuisement n'est pas d'application générale. En effet, que ce soient les droits de reproduction³²⁰⁸, de représentation, de location³²⁰⁹ ou du encore du droit moral, ils ne sont pas épuisés par la première commercialisation des supports de l'œuvre ; seul le droit de distribution est épuisé. Cela s'explique par le fait que le droit de distribution est le « *seul droit d'exploitation qui porte,*

3203 KAMINA P., *Le droit du public à l'information peut-il justifier une exception au droit d'auteur ?*, D., 4 novembre 1999, n° 38, p. 580 et s. ; GAUBIAC Y., *L'épuisement des droits dans l'environnement analogique et numérique*, UNESCO, Bulletin du droit d'auteur, 2002, vol. XXXVI, n° 4, p. 9, n° 21

3204 GSTALTER, J., *Le principe : des droits exclusifs soumis à des exceptions*, in *Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 197, n° 345. Dans le même sens, v. BENABOU V.-L., *op. cit.*, p. 115-127, spéc. 115

3205 V. en ce sens : GSTALTER, J., *op. cit.*, p. 192

3206 V. Art. 6 de l'Accord ADPIC, 6.2 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WTC) du 20 décembre 1996 et 8.2 du Traité de Beijing sur les interprétations et exécutions audiovisuelles du 24 juin 2012 – V. également : CJCE, 16 juillet 1998, aff. C-355/96, *Silhouette International Schmied GmbH et Co. KG c/ Hartlauer Handelsgesellschaft GmbH*, Rec. p. 676 ; D. 1999. p. 128, obs. SCHMIDT-SZALEWSKI J. ; ; RTD Eur., 2000, chron., p. 99, BONET G., Europe, octobre 1998. 21, obs. IDOT L. ; CJCE, 12 septembre 2006, aff. C-479/04, *Laserdisken c/ Kulturministeriet*, Rec. I. 8089 ; JOUE, n° C 281, 18 novembre 2006 ; Propr. intell. 2007, n° 23, p. 211, obs. LUCAS ; JCP E 2008, n° 5, p. 23, obs. ZOLLINGER

3207 En ce sens, v. BINCTIN N., *op. cit.*, p. 780, n° 1262 ; POLLAUD-DULIAN F., *Droit de distribution. Épuisement. Programmes d'ordinateur. Copie*, RTD Com., 2012, p. 542 ; STROWEL A. et TRIAILLE J.-P., *Le droit d'auteur, du logiciel au média : droit belge, droit européen, droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, coll. Cahiers du Centre de recherches Informatique et droit, 1997, spéc. p. 173 ; VILMART C., *Parfums de luxe et grands whiskies : les droits de propriété intellectuelle contre les importations parallèles – Précisions sur la portée des exceptions à la règles d'épuisement du droit des marques et du droit d'auteur, en droit français et communautaire*, JCP E., 19 novembre 1998, n° 47, p. 1821 – v. ég. CJUE, 22 janvier 2015, aff. C-419/13, *Art & Allposters International BV c/ Stichting Pictoright* Art & Allposters International BV c/ Stichting Pictoright, D. 2015. 776, note MARÉCHAL C. ; RTD com. 2015. 283, obs. POLLAUD-DULIAN F. ; Légipresse 2015. 284 ; Europe 2015, n° 123, obs. IDOT ; Comm. com. électr. 2015, comm. 18, obs. CARON C. ; Propr. intell. 2015, n° 15, p. 199, note LUCAS A.,

3208 CJCE, 4 novembre 1997, aff. C-337/95, *Parfums Christian Dior SA et Parfums Christian Dior BV contre Evora BV* ; TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 21 mars 2003, RG n° 01/08714, *SA Moulinsart et Madame Vlamincx c/ SCP Jacques Tajan et François Tajan*, JurisData : 2003-206848, Légipresse, 2003, n° 203, p. 121 ; Comm. com. électr., mai 2003, n° 5, comm. 45, note CARON C.

3209 CJCE, 17 mai 1988, aff. 158/86, *Warner Brothers Inc. et Metronome Video ApS c/ Erik Viuff Christiansen*, Rec. 2605 ; JCP 1988 II 21173 note EDELMAN B. ; pt 19 – V. sur la notion de location : CJUE, 3^e ch., 10 novembre 2016, aff. C-174/15, *Vereniging Openbare Bibliotheken c/ Stichting Leenrecht* : D. 2017, p. 747, obs. ALLEAUME C. ; RTD civ. 2017, p. 173, obs. GAUTIER P.-Y. ; RTD Com., 2017, p. 79, note POLLAUD-DULIAN F. ; Comm. com. électr. 2017, comm. 3 obs. LOISEAU G. ; Dalloz IP/IT 2017, p. 42, obs. DORMONT S. ; Propr. Intel. 2017. 19, obs. LUCAS A.

non sur l'œuvre immatérielle, mais sur l'exemplaire »³²¹⁰. De surcroît, ce principe de l'épuisement des droits ne trouve pas à s'appliquer pour les services³²¹¹.

En matière de droit d'auteur sur les logiciels, la directive 2009/24/CE a prévu une exception au droit de distribution détenu par le titulaire du droit d'auteur. En effet, l'article 4, § 2 de ladite directive énonce que « *la première vente d'une copie d'un programme d'ordinateur dans la Communauté par le titulaire du droit ou avec son consentement épuise le droit de distribution de cette copie dans la Communauté, à l'exception du droit de contrôler des locations ultérieures du programme d'ordinateur ou d'une copie de celui-ci* ». Cette disposition a été transposée en droit interne à l'article L. 122-6, 3° du Code de propriété intellectuelle. L'une des difficultés était de savoir si le principe de l'épuisement des droits était ou non pleinement applicable à ce type de biens informationnels et cela, en raison de la nature immatérielle de leur support, à savoir le support numérique. Cette interrogation est fondamentale puisqu'elle affecte directement le contrôle que le titulaire du droit d'auteur peut exercer sur la manière dont les exemplaires de son logiciel sont utilisés. Comme l'avait fait remarquer le Professeur André LUCAS, « *à quoi bon imposer la libre circulation des exemplaires si c'est pour interdire ensuite leur utilisation ?* »³²¹² Une réponse a été apportée par la Cour de justice dans sa célèbre décision *UsedSoft*³²¹³ en date du 3 juillet 2012 qui a pu être comparée à « *un véritable tsunami dans le monde du droit d'auteur* »³²¹⁴. Avant cette décision, l'application du principe de l'épuisement était en France, limitée aux droits de distribution des logiciels sur support matériel³²¹⁵. Dans cette affaire, la Cour de justice a étendu l'application du principe de l'épuisement du droit de distribution aux copies

3210 LUCAS A., LUCAS-SCHLOTTER A., et BERNAULT C., *op. cit.*, p. 284, n° 274

3211 V. CJCE, 18 mars 1980, aff. 62/79, *Coditel I c/ Ciné Vog Films*, Rec. CJCE 833 – V. ég. cons.. n° 29 de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001

3212 Note sous CA Montpellier, 1^{er} ch., 5 juillet 2000, LUCAS A., propr. intell., octobre 2002, n° 5, p. 51

3213 CJUE, 3 juillet 2012, aff. C-128/11, *UsedSoft GmbH c/ Oracle International Corp* ; D. 2012. 2142, obs. DALEAU J. ; D. 2012, p. 2101, note HUET J. ; D. 2012, p. 2142, note MENDOZA-CAMINADE A. ; RTD Com. 2012. p. 542, obs. POLLAUD-DULIAN F. ; RTD Com. 2012, p. 790, chron. GAUDRAT P. ; Comm. com. électr. 2012, comm. 106, note CARON C. ; RIDA juill. 2012. 231, obs. SIRINELLI P. ; Propr. intell. 2012, n° 44, p. 333, obs. LUCAS A. ; RLDI 2012/87, n° 2904, note CASTETS-RENNARD C. ; NETTER E., *Le logiciel dématérialisé*, in Les biens numériques (sous-dir. E. Netter et A. Chaigneau), p. 149 et s. – Cette solution de la décision *UsedSoft* a été par la suite réitérée par la Cour de justice : v. par exemple, CJUE, 12 octobre 2016, aff. C-166/15, *Ranks et a. c/ Microsoft corp. et a.* : Comm. com. électr. 2016, comm. 99, note CARON C. ; Propr. intell. 2017, n° 62, p. 17, note BERNAULT C. ; JCP E 2016, act. 838 ; JCP E 2017. 1189, note GUILLEBON T. ; Europe 2016, comm. 464, obs. DANIEL E. ; RLDI 2016/132, n° 4092, note CASANOVA A. ; Gaz. Pal. 2017, n° 6, p. 23, obs. MARINO L.

3214 HEINZMANN L., *L'influence de l'environnement numérique sur les droits d'exploitation en droit d'auteur français, allemand et européen*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Paris Saclay ; Albert-Ludwigs – Universität (Freiburg im Breisgau, Allemagne), 2016, p. 273

3215 V. par ex. CA Paris, ch. 1 sect. 1, 23 septembre 1997, n°s 93/491, 93/636, 93/13.558, 93/2.562 ; JurisData n° 1997-024755 ; Expertises 1997, p. 398, note WEBER A. ; LPA, 25 janvier 2001, n° 18, p. 12 note FOUGERAT G. ; CA Montpellier, ch. 1, sect. B, 5 juillet 2000, n° 98/0002642, JurisData n° 2000-147637 ; Propr. intell. 2002, n° 5, obs. LUCAS A.

immatérielles de logiciels qui ont été, avec autorisation du titulaire, commercialisés par téléchargement sur Internet. De prime abord, la solution ne s'imposait pas. Comme l'avait notamment soutenu la Commission, l'épuisement du droit de distribution ne pouvait concerner que des biens tangibles³²¹⁶, interprétation qui se justifie au regard de textes internationaux tels que le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996³²¹⁷. Néanmoins, la Cour de justice écarte une telle interprétation en considérant que l'article 4, § 2 de la directive 2009/24/CE ne distinguant pas en fonction de la forme matérielle ou immatérielle de la copie en cause, le principe de l'épuisement du droit de distribution trouve par conséquent à s'appliquer à une copie immatérielle³²¹⁸. Reste pour déterminer si le droit de distribution est épuisé ou non, à analyser la relation contractuelle entre le titulaire et son client ayant téléchargé une copie du logiciel. En d'autres termes, il convenait de savoir si le contrat en cause était un contrat de vente ou un contrat de service pour lequel l'épuisement du droit ne s'applique pas. En effet, en l'espèce, le contrat entre le titulaire des droits et le client était qualifié par les parties de « *contrat de licence d'utilisation* ». La Cour de justice adopte alors une vision économique de la notion de vente³²¹⁹ en interprétant largement la notion de transfert de propriété. Dans cette affaire, elle écarte la qualification de licence au profit de celle de vente. Pour ce faire, les juges luxembourgeois estiment que la mise à la disposition par le titulaire des droits d'une copie de son logiciel et la conclusion d'un contrat de licence d'utilisation y afférente visent à rendre ladite copie utilisable par ses clients, pour une durée illimitée³²²⁰, moyennant le paiement d'un prix³²²¹ ce qui implique le transfert du droit de propriété de la copie de logiciel. Ainsi, dans sa décision *UsedSoft*, la Cour de justice considère que « *d'un point de vue économique, la vente d'un programme d'ordinateur sur CD-ROM ou DVD et la vente d'un programme d'ordinateur par téléchargement au moyen d'Internet sont similaires* »³²²². Cette interprétation purement économique de la notion de vente a pu être critiquée par une partie de la doctrine³²²³. De surcroît, il aurait été tout à fait possible, voire

3216CJUE, 3 juillet 2012, aff. C-128/11, *UsedSoft GmbH c/ Oracle International Corp*, pt 53

3217Art. 6 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur

3218CJUE, 3 juillet 2012, aff. C-128/11, *UsedSoft GmbH c/ Oracle International Corp*, pts 55, 61 et 63

3219GAUDRAT P., *Licences de programmes d'occasion téléchargés à partir d'Internet – Épuisement du droit de distribution et notion « d'acquéreur légitime »*, RTD Com., 2012, p. 790 et s, spéc. n° 31

3220La durée illimitée semble avoir été élément déterminant pour caractériser, en l'espèce, le transfert de propriété et conduire à la qualification de vente. Ce critère a été réutilisé notamment par la Cour d'appel de Versailles dans son arrêt date du 23 juin 2022 (CA Versailles, 23 juin 2022, n° RG 20/05907, RTD Com., 2022, p. 529 obs. POLLAUD-DULIAN F.)

3221CJUE, 3 juillet 2012, aff. C-128/11, *UsedSoft GmbH c/ Oracle International Corp.*, pt 45

3222CJUE, 3 juillet 2012, aff. C-128/11, *UsedSoft GmbH c/ Oracle International Corp.*, pt 61 – La Cour de justice adopte un raisonnement similaire à celle de l'avocat général Yves BOT : v. concl. avocat général BOT Y. du 24 avril 2012 dans l'affaire C-128/11, *Axel W. Bierbach, curateur à la faillite de UsedSoft GmbH contre Oracle International Corp.*, pt 59

3223V. POLLAUD-DULIAN F., note de la décision CJUE, 3 juillet 2012, aff. C-128/11, *UsedSoft GmbH c/ Oracle International Corp.*, RTD Com., 2017, p. 83 pour qui « *cet arrêt [...] opérait délibérément de graves*

préférable sur le plan juridique et de la cohérence, de retenir dans l'affaire *UsedSoft*, la qualification de prestation de service d'autant plus que le titulaire des droits soutenait qu'il ne vendait pas la copie de son logiciel, mais la mettait gratuitement à la disposition de ses clients, sur son site Internet, ces derniers pouvant procéder au téléchargement de cette copie. Ainsi, pour le titulaire des droits, ni la mise à la disposition gratuite de la copie ni la conclusion du contrat de licence d'utilisation n'impliquaient *de facto* un transfert du droit de propriété de cette copie³²²⁴. Adopter une telle solution aurait eu pour effet d'exclure d'emblée la problématique de l'épuisement du droit, puisque ce concept est inopérant dans le cadre d'une prestation de service. Cependant, il semble que la Cour de justice a préféré et cela, par opportunité, qualifier l'acte juridique en cause de « vente » afin d'atteindre le résultat escompté.

Par ailleurs, dans l'arrêt *UsedSoft*, la Cour de justice adopte une interprétation large du texte européen en ce qu'elle considère que le principe de l'épuisement du droit de distribution « concerne à la fois les copies matérielles et immatérielles d'un programme d'ordinateur, et partant également les copies de programmes d'ordinateur qui, à l'occasion de leur première vente, ont été téléchargées au moyen d'Internet, sur l'ordinateur du premier acquéreur »³²²⁵. En d'autres termes, pour la Cour de justice, la transmission en ligne équivaudrait fonctionnellement à la remise d'un support matériel. Or, l'assimilation des copies matérielles aux copies immatérielles est critiquable dans la mesure où ces dernières équivalent, en réalité, aux fichiers eux-mêmes³²²⁶, aux codes objet sous format numérique. Il ne faut donc pas confondre la copie et le logiciel. En effet, la théorie de l'épuisement du droit de distribution ne s'applique qu'à l'encontre de la copie et non pas à l'égard du logiciel, bien informationnel.

Le résultat d'une telle qualification est que l'épuisement du droit de distribution permet de revendre la copie avec la licence d'utilisation à des tiers. Toutefois, les juges luxembourgeois ont estimé que, pour ne pas violer le droit exclusif de reproduction de l'auteur, lequel ne s'épuise pas, l'acquéreur initial ne peut revendre la copie qu'à la condition de rendre en même temps inutilisable sa propre copie³²²⁷.

confusions entre licence et transfert de propriété, support corporel et logiciel téléchargé et entre les diverses prérogatives des auteurs afin d'appliquer la règle de l'épuisement du droit en dehors de son champ » – V. ég. VIVANT M., Nouvelles frontières, nouvelles technologies : nouveau droit ?, Revue des juristes de sciences Po, juin 2019, n° 17, p.53, n° 9 ; GAUDRAT P. et SARDAIN F., Traité de droit civil du numérique – Tome 1 – Droit des biens, Bruxelles, Larcier, septembre 2015, p. 375, n° 576 ; Id., Licences de programmes d'occasion téléchargés à partir d'Internet – Épuisement du droit de distribution et notion « d'acquéreur légitime », RTD Com., 2012, p. 790 et s, spéc. n° 25

3224CJUE, 3 juillet 2012, aff. C-128/11, *UsedSoft GmbH c/ Oracle International Corp.*, pt 43

3225CJUE, 3 juillet 2012, aff. C-128/11, *UsedSoft GmbH c/ Oracle International Corp.*, pt 59

3226GAUDRAT P. et SARDAIN F., *op. cit.*, p. 375, n° 577 ; GAUDRAT P., *op. cit.*, p. 790 et s, spéc. n° 30

3227CJUE, 3 juillet 2012, aff. C-128/11, *UsedSoft GmbH c/ Oracle International Corp.*, pt 70 :

Toutefois, Messieurs Philippe GAUDRAT et Frédéric SARDIEN estimaient à juste titre que si nous poursuivons cette assimilation entre le support matériel et immatériel, il serait envisageable pour le titulaire de droits de limiter contractuellement les effets de l'épuisement du droit de distribution. En effet, « *même si la jurisprudence n'y est guère favorable, tout propriétaire d'un bien corporel peut assortir sa vente de conditions restreignant son aliénabilité future* »³²²⁸ ; une telle logique pourrait ainsi se trouver à s'appliquer, en adoptant l'assimilation opérée par la Cour de justice, à situation du support immatériel.

Bien que la solution retenue par la Cour de justice dans sa décision *UsedSoft* ait été fondée sur le caractère de *lex specialia* de la directive 2009/24/CE³²²⁹, sur le plan économique, aucun élément ne permet de justifier une distinction entre la situation des logiciels et celle des autres biens informationnels numériques³²³⁰. Cela justifie la question de savoir si la position de la Cour de Luxembourg assimilant le fichier numérique au support matériel peut être étendue au-delà du cas des logiciels. En d'autres termes, existe-t-il un épuisement numérique incluant les cas qui relèvent des directives 2001/29/CE, (UE) 2019/790, ou de la directive 96/9/CE ? Cette question en suspens est d'autant plus importante que rien ne vient cantonner la position de la Cour de justice à l'unique hypothèse des logiciels³²³¹. Cependant, il existe des éléments de réponse issus tant des dispositions européennes que de la jurisprudence. Tout d'abord, il est à noter que les dispositions européennes doivent être interprétées à la lumière du droit international et cela, dans la mesure du possible³²³². Il ressort du considérant 15 de la directive 2001/29/CE, la volonté de mettre en œuvre certaines des nouvelles obligations internationales résultant du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur adopté le 20 décembre 1996. Aussi, les dispositions de ladite directive doivent-elles être interprétées, dans la mesure

3228GAUDRAT P. et SARDAIN F., *op. cit.*, p. 379, n° 584

3229CJUE, 3 juillet 2012, aff. C-128/11, *UsedSoft GmbH c/ Oracle International Corp.*, pt 51, 56. V. ég. CJUE, gr. ch., 19 décembre 2019, aff. C-263/18, *Nederlands Uitgeversverbond*, pt. 55

3230Contra, v. LUCAS-SCHLOETTER A., *La revente d'occasion de fichiers numériques contenant des œuvres protégées par le droit d'auteur*, in Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, Paris, LexisNexis, 2014, p. 573-585, spéc. p. 576 : pour qui la méthode utilisée par la Cour de justice ne pourrait être étendue aux autres biens informationnels que les logiciels.

3231Ainsi, comme le souligne Monsieur le professeur André LUCAS, « *l'argumentation développée à partir du concept de vente de copie immatérielle pourrait fort bien être transposée à la fourniture en ligne de toutes les œuvres* » (passage cité par VIVANT M., *Le Lamy droit du numérique* (sous la responsabilité de Michel Vivant, mis à jour : 04/2022, n° 54). Du même avis, VIVANT M., *Arrêts n°s 24-26 – Propriété intellectuelle et libre circulation : à propos de l'épuisement du droit*, in Les grands arrêts de la propriété intellectuelle, Dalloz, Paris, 11 décembre 2019, 3^e éd., p. 149, n° 29

3232V. CJCE, 10 septembre 1996, aff. C-61/94, *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne*, Rec. p. I-3989, pt 52 ; CJCE, 14 juillet 1998, aff. C-341/95, *Gianni Bettati c. Safety Hi-Tech Srl*, p. 20 ; CJUE, 3^e ch., 7 décembre 2006, aff. C-306/05, *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) c. Rafael Hoteles SA*, pt 35 ; CJUE, 4^e ch., 13 mai 2015, aff. C-516/13, *Dimensione Direct Sales srl et Michele Labianca c. Knoll International Spa*, pt 23 ; CJUE, 19 décembre 2018, aff. C-572/17, *Procédure pénale c. Imran Syed*, pt 20 ; CJUE, gr. ch., 19 décembre 2019, aff. C-263/18, *Nederlands Uitgeversverbond, Groep Algemene Uitgevers c/ Tom Kabinet Internet BV, Tom Kabinet Holding BV, Tom Kabinet Uitgeverij BV* : JurisData n° 2019-023778, pt 38

du possible, de manière conforme aux dispositions du Traité de l'OMPI précité. Or, il est indiqué en note de bas de page à l'article 6 dudit Traité que « *les expressions “exemplaires” et “original et exemplaires”, dans le contexte du droit de distribution [...] désignent exclusivement les exemplaires fixés qui peuvent être mis en circulation en tant qu'objets tangibles* ». Une telle position tendrait à exclure la possibilité d'étendre la solution de l'arrêt *UsedSoft* aux autres œuvres que celles relevant de la qualification de logiciel. Par ailleurs, le 29^e considérant de la directive 2001/29/CE précise que « *la question de l'épuisement du droit ne se pose pas dans le cas des services, en particulier lorsqu'il s'agit de services en ligne. Cette considération vaut également pour la copie physique d'une œuvre ou d'un autre objet réalisée par l'utilisateur d'un tel service avec le consentement du titulaire du droit* ». Ce considérant conduit à distinguer entre la distribution d'un support matériel et les services en ligne pour lesquels le principe de l'épuisement ne trouve pas à s'appliquer.

De même, en matière de base de données, la directive 96/9/CE énonce en son article 5, c) relatif au droit d'auteur que « *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* ». Cependant, à la différence des logiciels, la directive 96/9/CE exclut de l'épuisement du droit de distribution, « *le cas de bases de données en ligne, qui relèvent du domaine des prestations de services* »³²³³. Cette disposition se retrouve en droit français à l'article L. 342-4 du Code de propriété intellectuelle. Ainsi, il n'y a pas d'épuisement des droits dans l'hypothèse de l'exploitation en ligne d'une base, écartant la solution retenue par la Cour de justice dans l'affaire *UsedSoft*.

Ensuite, en ce qui concerne la jurisprudence, nous pouvons citer la décision *Art & Allposter*³²³⁴ de 2015 dans laquelle Cour de justice a estimé que « *l'épuisement du droit de distribution s'applique à l'objet tangible dans lequel une œuvre protégée ou sa copie est incorporée si celui-ci a été mis sur le marché avec le consentement du titulaire du droit d'auteur* »³²³⁵. Dans cette affaire, les juges luxembourgeois ont considéré que le principe de l'épuisement prévu dans la directive 2001/29/CE ne s'appliquait pas lorsque l'exemplaire de l'œuvre avait subi un remplacement de son support matériel. Pour des auteurs, cette précision apportée en 2015 « *plaide assurément contre la possibilité (et l'opportunité) d'étendre la*

³²³³Cons. 33 de la directive 96/9/CE du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données

³²³⁴CJUE, 22 janvier 2015, aff. C-419/13, *Art & Allposters International BV contre Stichting Pictoright* ; D. 2015. 776, obs. MARÉCHAL C. ; RTD Com., 2015, 283, obs. POLLAUD-DULIAN F., Comm. com. électr. 2015, comm. 18, note CARON C. ; JCP 2015, act. 133, obs. PICOD F. ; Propr. intell. 2015, n° 55, p. 199, obs. LUCAS A. ; RLDI 2015, mars, 3688, obs. COSTES L.

³²³⁵CJUE, 22 janvier 2015, aff. C-419/13, *Art & Allposters International BV contre Stichting Pictoright*, pt. 40

jurisprudence UsedSoft au-delà du cas particulier des programmes d'ordinateur »³²³⁶. Cette analyse est confortée par la décision en date du 19 décembre 2019³²³⁷. Dans cette affaire, la Cour de Luxembourg a estimé que la fourniture au public d'un livre électronique par téléchargement et cela, pour un usage permanent, constitue une mise à disposition sur demande, au sens de l'article 3.1 de la directive 2001/29/CE, et n'est pas tributaire du droit de distribution, sujet à l'épuisement, visé par l'article 4 de la même directive³²³⁸. Comme l'a souligné le Professeur Michel VIVANT, « *certes, elle ne dit pas expressément qu'il n'y a pas lieu à épuisement mais, en choisissant de se situer sur un autre terrain que celui qu'elle avait précédemment adopté, elle manifeste clairement (du moins peut-on le penser...) son désir de rompre avec la « solution UsedSoft* »³²³⁹ ». De même, au niveau national, la Cour de cassation a écarté le principe de l'épuisement du droit de distribution dans le cadre de jeux vidéo revendus sous forme dématérialisée³²⁴⁰. La Haute juridiction opère une distinction entre le jeu vidéo, œuvre complexe, et le logiciel. Elle précise qu'« *à la différence d'un programme d'ordinateur destiné à être utilisé jusqu'à son obsolescence, le jeu vidéo se retrouve rapidement sur le marché une fois la partie terminée et peut, contrairement au logiciel, être encore utilisé par de nouveaux joueurs plusieurs années après sa création* ». Il semble que le critère d'obsolescence des logiciels justifie pour les Hauts magistrats cette différence de traitement.

Face au constat de l'absence d'épuisement des droits pour les œuvres numériques autres que les logiciels, une proposition a été formulée afin de concilier cette absence avec l'application restreinte du principe. Il s'agissait de reconnaître un « *épuisement en ligne*

3236 LUCAS A., LUCAS-SCHLOTTER A., et BERNAULT C., *op. cit.*, p. 287, n° 280 – V. ég. PUTTEMANS A., *La règle de l'épuisement du droit d'auteur au secours de la liberté artistique ; Retour sur l'affaire Art & Allposters de la CJUE*, in *Droit de la propriété intellectuelle* (sous-dir. N. Berthold), Larcier, Bruxelles, 26 avril 2019, p. 344

3237 CJUE, gr. ch., 19 décembre 2019, aff. C-263/18, *Nederlands Uitgeversverbond, Groep Algemene Uitgevers c/ Tom Kabinet Internet BV, Tom Kabinet Holding BV, Tom Kabinet Uitgeverij BV* : JurisData n° 2019-023778 ; D. 2020, p. 2262, obs. LE STANC C. ; D. 2020, p. 471, obs. MARÉCHAL POLLAUD-DULIAN C. ; RTD com. 2020, p. 62, obs. POLLAUD-DULIAN F. ; Dalloz IP/IT 2020, p. 250, obs. LAPOUSTERLE J. ; Dalloz IP/IT 2020, p. 184, obs. LAPOUSTERLE J. ; JCP E 2021, 1067, n° 9, obs. LAPORTE-LEGEAIS M.-E. ; Comm. com. électr. 2020, comm. 31, obs. CARON C. ; Europe 2020, comm. 71, obs. ABENHAÏM M. ; LEPI févr. 2020, p. 1, obs. LUCAS A. ; RDC, 11 juin 2006, n° 2, p. 48, note HUET J. ; Propr. intell. 2020, n° 74, p. 46, obs. LUCAS A. ; Légipresse 2020, p. 166, obs. ALLEAUME C. ;

3238 CJUE, gr. ch., 19 décembre 2019, aff. C-263/18, *Nederlands Uitgeversverbond* : v. spéc. pts. 55 et 56, 58

3239 VIVANT M., *Le Lamy droit du numérique* (sous la responsabilité de Michel Vivant, mis à jour : 04/2022, n° 2274

3240 Cass. civ. 1^{re}, 23 octobre 2024, n° 23-13.738 ; CA Paris, Pôle 5, ch. 2, 21 octobre 2022, RG n° 20/15768 – V. ég. la jurisprudence allemande : Landgericht Bielefeld, 5 March 2013, Az. 4 O 191/11 ; OLG Hamm, Urteil vom 15 Mai 2014, Az. 22 U 60/13

limité » recourant à une limite quantitative au nombre possible de reventes »³²⁴¹. Cependant, cette approche n'a été ni consacrée par la jurisprudence, ni adoptée par le Législateur.

Ainsi, dans le cadre du droit *sui generis* sur les données, le Législateur devra choisir entre la solution retenue en matière de logiciel avec l'arrêt *UsedSoft* ou celle du droit *sui generis* du producteur de bases de données. Si nous reprenons la logique de la Cour de cassation dans son arrêt du 23 octobre 2024, l'obsolescence rapide des données pourrait justifier à l'égard du droit *sui generis* l'application du principe de l'épuisement du droit.

Finalement, nous ne pouvons que constater les nombreuses questions liées à la conception même d'un droit *sui generis* sur les données numériques. Il est, par ailleurs, à craindre que lors du déploiement d'un tel droit, des complications se révèlent au grand jour.

2. Les difficultés liées au déploiement du droit *sui generis* sur les données numériques

434. L'introduction d'un droit *sui generis* sur les données numériques dans notre ordre juridique soulève de multiples questions relatives aux interactions avec les droits existants, en particulier, avec la loi Informatique et Libertés, qui doivent être clarifiées. Avant d'aborder ces interrogations, il est impératif de mettre en exergue une lacune significative inhérente à l'efficacité de la protection conférée par le droit *sui generis* sur les données numériques. En effet, la mise en œuvre de ce droit se heurtera inévitablement à des difficultés considérables en matière de contrôle et d'administration de la preuve des atteintes, des actes de « contrefaçon ». Cette problématique n'est, toutefois, pas nouvelle ; elle est déjà notoirement présente dans le cadre de la protection des bases de données. Néanmoins, son acuité sera sensiblement amplifiée lorsque cette exclusivité visera la protection de simples données numériques isolées. En pratique, la détection d'une atteinte au droit *sui generis* sur les données numériques au sein des produits et services commercialisés sur le marché représentera, en effet, un défi particulièrement ardu. La nature même des données numériques, souvent intégrées de manière diffuse et peu visible dans les offres commerciales, rendra complexe l'identification formelle d'une telle atteinte³²⁴².

³²⁴¹CABAY J., *L'épuisement en ligne du droit d'auteur ; Pérégrinations le long des frontières américaine et européennes du droit de distribution*, Auteurs & Media, n° 5, 2013, p. 317-318

³²⁴²Toutefois, cette preuve pourra être rapportée dans certaines hypothèses. Tel sera le cas, par exemple, du prestataire de services de mobilité électrique qui utilise sans le consentement du propriétaire, les données relatives aux bornes de recharge réparties sur un territoire donné. Dans ce cas, compte tenu de l'impossibilité d'utiliser les données sans accéder à la base de données, la violation du droit sera aisée à rapporter à

435. **L’articulation complexe du droit *sui generis* sur les données numériques avec la protection des données personnelles** – La frontière entre les données personnelles et non personnelles reste floue. Cette délimitation est effectivement rendue difficile par la définition retenue de la donnée à caractère personnel. Cette définition est extrêmement large. Il suffit que l’information en cause permette d’identifier ou de rendre identifiable la personne physique pour que celle-ci relève de la réglementation des données personnelles. Ce faisant, des auteurs considèrent que tout est potentiellement des données à caractère personnel³²⁴³. Cependant, l’anonymisation de la donnée rend impossible l’identification d’une personne physique. Dès lors, les principes relatifs à la protection des données à caractère personnel ne trouvent pas à s’appliquer à l’égard de ces informations anonymes³²⁴⁴. Toutefois, par le jeu de recoupement d’informations, il y a un risque de réidentification. Ce risque s’accroît avec l’usage de plus en plus important de l’Internet et du *Big Data*. Ainsi, par exemple, dès 2015, il a été démontré, grâce à une étude sur un jeu de données de cartes de crédit, que seuls quatre points « spatio-temporels » (coordonnées géographiques, date et heure) suffisaient à identifier de manière unique 90 % des individus³²⁴⁵. Des données considérées comme non personnelles aujourd’hui pourront devenir demain des données personnelles en raison de nouvelles technologies de recoupement facilitées par le *Big Data*. Aussi, la question de savoir si des données numériques permettent d’identifier ou de rendre identifiable une personne physique ne peut pas être résolue de manière satisfaisante en ce que cette appréciation évolue en fonction des nouvelles technologies. Il y a donc un risque d’impasse. Or, il s’agit d’une question essentielle dans la mesure où elle a une incidence directe sur le champ d’application du droit *sui generis*. En tout état de cause, il nous semble que, dans l’hypothèse d’une réidentification de la donnée, le droit *sui generis* sur les données numériques devra être écarté au profit de la protection de la personne physique concernée.

436. **Le droit *sui generis* sur les données numériques, élément perturbateur des droits de la propriété intellectuelle** – La question se pose légitimement de savoir si le droit *sui*

l’encontre de ce prestataire de services.

3243ROCHFELD J., *Contre l’hypothèse de la qualification des données personnelles comme des biens*, in Les biens numériques (sous-dir. Emmanuel Netter et Aurore Chaigneau), CEPRISCA, coll.colloque, 2015, p. 222

3244Règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l’égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), cons. 26

3245MIRAS C., *Geo Trouve-Tous – La réidentification des données : de la théorie au cas pratique*, LINC, 13 juillet 2022, disponible [en ligne] : <https://linc.cnil.fr/geo-trouve-tous-la-reidentification-des-donnees-de-la-theorie-au-cas-pratique> (consulté le 01/09/2024)

generis sur les données ne risquerait pas, en définitive, de se muer en un véritable « *super droit de propriété intellectuelle* ». Cette interrogation est d'autant plus pertinente que son champ d'application potentiel semble recouper largement celui des autres droits de propriété intellectuelle existants. Il est alors impératif de souligner un risque de chevauchement significatif entre ce nouveau droit *sui generis* et les droits de propriété intellectuelle déjà établis. Prenons l'exemple emblématique d'un film ou d'une photographie numérisés. Toute copie numérique de ces œuvres, c'est-à-dire les données syntaxiques qui les composent, reproduit nécessairement et simultanément l'œuvre protégée par le droit d'auteur. Dans ce contexte, le droit *sui generis* sur les données pourrait être invoqué non seulement contre toute copie numérique, mais potentiellement aussi contre le simple *streaming* de l'œuvre numérisée pourtant déjà sous la protection du droit d'auteur. De manière similaire, le risque de juxtaposition entre ce nouveau droit et le droit *sui generis* des producteurs de bases de données ne saurait être occulté. Cette superposition pourrait entraîner des complexités juridiques et des incertitudes quant à l'articulation des différentes protections, rendant potentiellement plus ardue la détermination des droits et des responsabilités des parties prenantes. Ces considérations appellent alors à une analyse approfondie de la délimitation précise des périmètres de ces droits afin d'éviter toute confusion et de garantir une cohérence du système juridique.

Par ailleurs, nous retrouvons, ici, la même critique qui avait été avancée à l'encontre de la proposition de loi du 30 juin 1992. Il s'agit du danger d'affaiblir l'intérêt pour les autres droits de propriété intellectuelle, voire de conduire à « *la ruine des propriétés intellectuelles existantes* »³²⁴⁶. Ce danger est d'autant plus accru lorsque la réunion des conditions d'obtention de la protection du droit *sui generis* est facile. Afin d'écarter tout risque de phagocytage des droits de la propriété intellectuelle par ce nouveau droit, il sera nécessaire d'exclure de son domaine toutes les données qui représentent un objet protégé par les régimes traditionnels de propriété intellectuelle, c'est-à-dire le droit d'auteur, le droit *sui generis* des producteurs de bases de données et les droits voisins, mais également le droit sur les dessins et modèles voire le droit des marques et le droit des brevets.

Enfin, il est impératif de souligner que l'instauration d'un tel droit *sui generis* sur les données numériques divergerait fondamentalement de la philosophie sous-jacente à la propriété intellectuelle. Cette dernière, en effet, repose sur un principe cardinal : la protection juridique doit être exclusivement réservée à la création, à l'innovation ou à tout autre

3246LE STANC C., *La propriété intellectuelle dans le lit de Procuste : observation sur la proposition de loi du 30 juin 1992 relative à la protection des créations réservées*, D., 1993, p. 4 et s.

investissement jugé méritant, c'est-à-dire qui résulte d'un effort intellectuel ou financier significatif. Or, un droit étendu à toutes les données brutes produites par des machines, sans distinction de leur origine ou du travail intellectuel qu'elles nécessitent, risquerait de conférer une protection à des biens pouvant certes revêtir une valeur économique considérable, mais dépourvus de tout caractère méritoire au sens traditionnel de la propriété intellectuelle. Cette extension sans critère qualitatif précis diluerait la notion même de mérite qui fonde la légitimité des droits intellectuels. Par surcroît, dans le contexte actuel d'une hostilité grandissante et de plus en plus prononcée à l'égard de la propriété intellectuelle, la reconnaissance d'un tel droit serait particulièrement malvenue. Un tel développement risquerait en effet de raviver et d'intensifier les débats houleux concernant la légitimité des droits de propriété intellectuelle dans leur ensemble³²⁴⁷, en offrant des arguments supplémentaires à ceux qui critiquent leur étendue et leur incidence sur l'accès à l'information et à l'innovation. Une prudence particulière est donc de mise pour éviter de déstabiliser un système juridique déjà sous tension.

437. L'exigence d'une cohérence avec les autres droits et libertés fondamentaux – Un des arguments à l'encontre du droit *sui generis* sur les données numériques est l'atteinte possible à la liberté d'information. Il convient, toutefois, de nuancer cette préoccupation. En effet, ce droit *sui generis* ne viserait pas le contenu informationnel en tant que tel, mais s'appliquerait à la donnée au plan syntaxique, c'est-à-dire à sa structure, son codage. Cette distinction est cruciale, car elle suggère que l'accès à l'information brute ne serait pas directement entravé. Néanmoins, le risque de conflit subsiste dans des situations spécifiques, notamment lorsque les données sont obtenues illégalement dans le but de révéler une faute, un acte répréhensible ou une activité illégale directement pertinente. C'est précisément l'hypothèse des lanceurs d'alerte, dont l'action repose sur la divulgation d'informations d'intérêt public. Dans ces cas, l'application stricte du droit *sui generis* pourrait entraver une mission d'intérêt général.

Plus largement, une conciliation délicate avec la liberté d'expression devra être opérée. L'exigence de libre accès à l'information peut être déduite de l'article 10 de la Convention

3247 SIIRIAINEN F., *L'appropriation de l'information : grandeur ou décadence de la propriété ?*, in *Immatériel, nouveaux concepts* (sous-dir. DE BANDT J. et GOURDET G.), Economica, Paris, 18 janvier 2001, spéc. p.149 qui observait qu'« avec le développement des techniques et des marchés, le paradigme de la légitimité de la propriété de l'immatériel évolue. La propriété perd de son caractère « sacré », et vient protéger essentiellement une « personnalité économique » à travers l'activité d'une entreprise sur des marchés ».

européenne des droits de l'Homme, mais aussi des principes du droit de la libre concurrence³²⁴⁸. Cette exigence a d'ailleurs justifié la fixation d'un seuil en matière de droit *sui generis* des producteurs de bases de données afin de ne pas restreindre indûment l'accès à des faits ou à des informations non protégées par ailleurs. Dès lors, il est envisageable que l'étendue du droit *sui generis* sur les données numériques soit restreinte par le juge, en considération des impératifs liés à l'article 10 de la Convention précitée. En somme, la protection des données numériques illustre parfaitement que « *la nécessaire protection des investissements effectués dans la recherche intellectuelle doit [...] le plus souvent céder le pas devant des intérêts plus importants comme la liberté des idées ou la dignité humaine* »³²⁴⁹. Ce principe fondamental met, finalement, en lumière la tension inhérente entre la protection des investissements et des considérations sociétales et démocratiques plus larges.

438. **Le droit *sui generis* sur les données numériques face au droit de la concurrence –**

Toute élaboration d'une nouvelle législation concernant la propriété des données numériques doit impérativement intégrer et préserver l'intérêt public au maintien d'une concurrence saine et loyale. La concurrence, en tant que moteur fondamental, participe en effet de manière significative à la dynamique d'innovation. À cet égard, le droit de la concurrence et les droits de propriété intellectuelle convergent vers un objectif commun : celui de stimuler et de renforcer l'innovation au sein de l'économie³²⁵⁰.

Cependant, l'instauration d'un droit *sui generis* conférant au titulaire une exclusivité sur l'utilisation des données en cause soulève un risque accru de « monopolisation » des données. Ce danger n'est pas purement hypothétique ; il est corroboré par les procédures déjà engagées par la Commission européenne à l'encontre de géants technologiques tels

3248STROWEL A. et DERCLAYE E., *Droit d'auteur et numérique : logiciels, bases de données, multimédia.*

Droit belge, européen et comparé, Bruylant, Bruxelles, 4 décembre 2001, p. 327, n° 371

3249FABRE-MAGNAN M., *Propriété, patrimoine et lien social*, RTD Civ., 1997, p. 583 et s.

3250V. Commission européenne, Communication de la Commission – Lignes directrices concernant l'application de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie (2014/C 89/03), 28 mai 2014, spéc. pt 7 « *Le fait que la législation sur la propriété intellectuelle accorde des droits d'exploitation exclusifs ne signifie pas que les droits de propriété intellectuelle sont exclus de l'application du droit de la concurrence. L'article 101 du traité est notamment applicable aux accords par lesquels le donneur concède à une autre entreprise une licence d'exploitation de ses droits de propriété intellectuelle. Cela ne signifie pas non plus qu'il y ait un conflit intrinsèque entre les droits de propriété intellectuelle et les règles de concurrence de l'Union. En effet, ces deux corpus législatifs ont le même objectif fondamental, qui est de promouvoir le bien-être des consommateurs ainsi qu'une répartition efficace des ressources. L'innovation constitue une composante essentielle et dynamique d'une économie de marché ouverte et concurrentielle. Les droits de propriété intellectuelle favorisent une concurrence dynamique, en encourageant les entreprises à investir dans le développement de produits et de processus nouveaux ou améliorés. C'est aussi ce que fait la concurrence en poussant les entreprises à innover. C'est pourquoi tant les droits de propriété intellectuelle que la concurrence sont nécessaires pour promouvoir l'innovation et assurer qu'elle soit exploitée dans des conditions concurrentielles* » – V. ég. BRUGUIÈRE J.-M., *Droit des propriétés intellectuelles*, Ellipses, Paris, 2011, 2^e éd. p.108 et s., n° 134

qu'Alphabet³²⁵¹, Apple et Meta, illustrant la propension des acteurs dominants à verrouiller l'accès aux données. Par ailleurs, si les données proviennent d'une source unique, une telle situation est susceptible d'engendrer de graves distorsions sur le marché des données. Le titulaire d'un droit exclusif aurait alors la capacité discrétionnaire de refuser la cession de ses données, bloquant ainsi l'accès à des utilisateurs potentiels en aval. Alternativement, il pourrait imposer des conditions tarifaires exorbitantes, exigeant une rente élevée de ces mêmes utilisateurs. De telles pratiques auraient une incidence directe et préjudiciable sur le progrès technologique et l'innovation, en limitant la circulation des données, pourtant essentielles à la création de nouveaux services et produits.

La réflexion sur ce nouveau cadre juridique doit donc impérativement trouver un équilibre entre la reconnaissance de l'investissement dans la production de données et la nécessité vitale d'éviter la création de rentes de situation ou de monopoles qui entraveraient le dynamisme concurrentiel et, *in fine*, le processus d'innovation.

439. Une consécration nationale du droit *sui generis* sur les données numériques problématique – En l'absence d'une consécration européenne, il est légitime de s'interroger sur la possibilité d'instaurer, au niveau national, un droit *sui generis* protégeant les producteurs de données numériques. Cette question en soulève une autre, tout aussi cruciale : une telle reconnaissance nationale serait-elle conforme au droit de l'Union européenne ? Il est en effet impératif de ne pas occulter les contraintes inhérentes à la législation européenne, notamment en matière de libre circulation. Une législation nationale de cette nature ne constituerait-elle pas, de manière indirecte, une restriction à la libre circulation des marchandises ? Certes, l'article 36 du TFUE prévoit la possibilité d'interdictions ou de restrictions à l'importation, à l'exportation ou au transit, justifiées notamment par des raisons de protection de la propriété industrielle et commerciale. Cependant, la Cour de justice examine si les mesures prises sont réellement nécessaires, « *c'est-à-dire s'il existe un rapport*

3251 Le 14 juin 2023, Margrethe Vestager, vice-présidente exécutive chargée de la politique de concurrence a estimé que la société « Google occupe une position très forte sur le marché des technologies publicitaires en ligne. L'entreprise collecte des données d'utilisateurs, vend de l'espace publicitaire et agit en tant qu'intermédiaire publicitaire en ligne. Elle est ainsi présente à presque tous les niveaux de la chaîne de fourniture dite « adtech ». Notre crainte, à titre préliminaire, est que Google ait utilisé sa position sur le marché pour favoriser ses propres services d'intermédiation, ce qui a pu non seulement nuire à ses concurrents, mais aussi porter atteinte aux intérêts des éditeurs, tout en augmentant les coûts des annonceurs » (disponible [en ligne] : https://france.representation.ec.europa.eu/informations/la-commission-adresse-une-communication-des-griefs-google-concernant-des-pratiques-abusives-en-2023-06-14_fr (consulté le 01/01/2024))

*raisonnable entre les moyens utilisés et le but visé, et si celui-ci ne peut être atteint par des mesures moins restrictives »*³²⁵².

Par ailleurs, une telle protection ne devrait en aucun cas entraîner une discrimination fondée sur l'origine nationale du producteur des données. À défaut, ce dispositif contreviendrait au principe de non-discrimination énoncé en particulier à l'article 18 du TFUE. En outre, la reconnaissance nationale d'un droit *sui generis* sur les données irait à l'encontre de l'harmonisation européenne des droits de propriété intellectuelle, et constituerait une « singularité » française. Cette fragmentation juridique pourrait alors complexifier le paysage des droits numériques au sein de l'Union européenne.

Outre les difficultés liées à la compatibilité avec le droit européen, nous pouvons légitimement douter de l'efficacité même d'un tel droit *sui generis* en l'absence de convention internationale. Celui-ci ne pourrait effectivement être reconnu et appliqué à l'étranger, et les décisions des juges français ne sauraient s'imposer aux juridictions étrangères. Or, il est impossible de nier le caractère intrinsèquement international d'Internet et, plus largement, du numérique. Des données numériques créées par une entreprise française peuvent très bien être stockées sur des serveurs situés dans des pays hors de l'Union européenne, comme les États-Unis d'Amérique, rendant une protection strictement nationale inopérante au-delà des frontières.

3252STROWEL A., et TRIAILLE J.-P., *De l'équilibre entre le droit de la concurrence et la propriété intellectuelle ; À propos de la proposition de la loi Godfrain sur les « créations réservées »*, Droit de l'information & des télécoms, 1993, n° 2, p. 34

Conclusion du chapitre 2

440. Nous avons mené une analyse critique de la pertinence du droit de propriété sur les données numériques. Pour ce faire, il était nécessaire de vérifier si le concept de propriété était adapté pour appréhender les données numériques. La question de la propriété des données ne se pose, toutefois, qu'à la condition de les considérer comme des biens susceptibles d'appropriation, et non comme des choses communes. Ainsi, pour mener notre étude, nous avons commencé par relever les caractéristiques des choses communes, pour, ensuite, les confronter aux données numériques. Néanmoins, les spécificités des données numériques ont complexifié notre analyse. En effet, la nature des données est fluide et peut varier selon les circonstances, allant d'un bien rival à un bien non-rival, et pouvant relever de la matière première, du produit de base et, ou encore, du produit fini.

Il ressort de notre analyse qu'il est erroné de généraliser la notion de *res communis* à l'ensemble des données numériques. Une approche plus nuancée se révèle nécessaire. Le premier constat est que les données brutes, miroir de notre réalité, sont par essence des choses communes. En tant que telles, elles doivent rester accessibles à tous et ne peuvent faire l'objet d'une appropriation exclusive. Si les données brutes relèvent du domaine public, les données qui ont fait l'objet d'un traitement, d'une analyse ou d'une interprétation, les transformant en données enrichies ou déduites peuvent, elles, relever de la notion de biens. Cette approche repose sur l'idée que la valeur économique des données leur confère un statut juridique spécifique, celui de bien.

441. Nos recherches montrent, toutefois, que les données numériques échappent au cadre traditionnel de la propriété défini à l'article 544 du Code civil. Leur appropriation exige alors des dispositions législatives spéciales. Cette situation met en évidence la spécificité des biens immatériels, dont l'appropriation requiert des mécanismes juridiques particuliers³²⁵³. Fort de cette observation, nous avons exploré la possibilité d'un droit *sui generis* sur les données numériques, tout en étant conscients des enjeux et des défis que cela implique.

Notre approche conjecturale a mis en lumière les obstacles auxquels se heurtera le Législateur s'il souhaite octroyer un droit exclusif sur les données. En particulier, la définition précise de l'objet de ce droit s'avère ardue. La portée du droit *sui generis*, qu'elle soit limitée à la structure de la donnée, c'est-à-dire au plan syntaxique, ou étendue à son sens, c'est-à-dire

3253REVET T., *Rapport français. Les nouveaux biens*, in *La propriété*, Journées vietnamiennes, t. LIII, éd. Société de législation comparée, septembre 2006, coll. Travaux de l'Association Henri Capitant, p. 275, n° 8

au plan sémantique, aura des conséquences complexes sur l'équilibre entre les intérêts privés et l'intérêt collectif. Dans une perspective résolument pragmatique, nous estimons que l'objet de ce nouveau droit *sui generis* devrait être strictement circonscrit à la donnée numérique dans sa seule dimension syntaxique, en faisant abstraction de son contenu sémantique. Cette approche vise à protéger la structure, le codage de la donnée, sans pour autant conférer un droit exclusif sur le contenu informationnel qu'elle véhicule. Cependant, la mise en œuvre de cette distinction se heurte à une difficulté majeure inhérente au caractère standardisé des données numériques. Bien que cette standardisation soit essentielle pour assurer leur interopérabilité et leur échange fluide entre différents systèmes, elle rend particulièrement ardu de définir un droit exclusif qui porterait uniquement sur le plan syntaxique. En effet, il existe généralement un lien direct et unique entre la structure de la donnée, à savoir le niveau syntaxique, et son contenu, le niveau sémantique. Cette correspondance biunivoque signifie que la forme et le fond sont souvent indissociables. Par conséquent, la protection du substrat de la donnée, c'est-à-dire sa dimension syntaxique, conduirait indirectement mais inévitablement à celle de son contenu informationnel. Cela crée une tension fondamentale, car l'intention de protéger uniquement la structure risquerait de se transformer en une protection de facto du contenu informationnel lui-même, ce qui pourrait avoir des implications considérables en termes de liberté d'accès et d'utilisation des données.

Il a été mis en évidence la nécessité impérieuse d'articuler ce nouveau droit *sui generis* sur les données numériques avec les droits de propriété intellectuelle déjà en vigueur. Cette articulation est d'une importance capitale, car le numérique possède la capacité intrinsèque de transformer tout élément, y compris les œuvres de l'esprit, en données. Autrement dit, le processus de numérisation a pour effet de rendre toute création, qu'elle soit artistique, littéraire ou scientifique, convertible en données. La donnée est ainsi devenue un format universel, servant de substrat à une multitude de créations. Dès lors, la coexistence de ce droit *sui generis* avec les droits de propriété intellectuelle établis pose de nombreuses questions complexes et pourrait potentiellement générer des incertitudes juridiques significatives. Ce droit nouveau constituerait un élément perturbateur au sein du système de propriété intellectuelle existant. En effet, face à des conditions d'acquisition potentiellement moins strictes que celles requises pour d'autres droits de propriété intellectuelle, le droit *sui generis* sur les données risquerait d'entrer en concurrence directe avec le droit d'auteur, notamment. Cette situation pourrait inciter les opérateurs économiques à privilégier ce nouveau régime, jugé plus « facile » ou moins contraignant. Une telle dynamique n'est pas sans précédent ; elle rappelle les critiques déjà formulées à l'encontre de la proposition de loi sur les créations

réservées, qui avait suscité des inquiétudes quant à une possible dilution des critères de protection.

La clarté et la cohérence de l'encadrement juridique sont donc essentielles pour éviter toute fragmentation du système et pour garantir que l'innovation continue d'être stimulée sans pour autant compromettre les fondements des droits de propriété intellectuelle.

Finalement, l'introduction d'un droit *sui generis* sur les données numériques semble, de notre point de vue, davantage contribuer à la complexification du paysage juridique actuel qu'à sa simplification. Plutôt que d'apporter une clarté bienvenue dans un domaine en pleine évolution, ce nouveau droit risque d'engendrer des zones d'ombre et des incertitudes, en particulier en raison de ses interactions potentielles avec les droits existants et des difficultés inhérentes à sa mise en œuvre pratique. Cette observation suggère que l'objectif initial de créer un cadre juridique plus lisible et efficace pour la protection des données pourrait, paradoxalement, être compromis par l'introduction de ce droit spécifique.

CONCLUSION DU TITRE 1

442. Les mises en garde du Professeur Michel VIVANT sur la volonté de tout protéger se sont révélées fondées. « *À vouloir tout protéger, [disait-il] on passe d'une logique de l'innovation à une logique de rente* »³²⁵⁴. La reconnaissance d'un droit de propriété sur les données numériques met à l'épreuve le cadre législatif existant. En effet, attribuer un droit d'exploitation exclusif sur une donnée numérique, en raison de sa valeur intrinsèque, pose des questions inédites en matière de propriété intellectuelle. Un tel changement marque une rupture fondamentale avec les concepts traditionnels de cette matière. Cela renforce l'idée selon laquelle la « *propriété intellectuelle est de moins en moins intellectuelle dans sa légitimité et de plus en plus économique dans sa finalité* »³²⁵⁵. Or, l'économie ne doit pas prendre le pas sur le Droit, ni l'inverse³²⁵⁶.

Par ailleurs, il ne faut pas occulter le fait que toute discipline juridique est soumise au principe du raisonnable³²⁵⁷. Le Professeur Pierre SIRINELLI avait, effectivement, relevé que « *certes, la transformation de notre économie fait que les services et les valeurs immatérielles représentent des enjeux fondamentaux dont la régulation ou la réservation apparaissent comme étant des revendications légitimes. Mais légitime est-il toujours synonyme de raisonnable* »³²⁵⁸. Si la question de la réservation des données numériques est, en soi, tout à fait légitime et mérite une attention particulière dans le paysage juridique contemporain, l'attribution d'un véritable droit de propriété sur ces données, lorsqu'elle repose sur des arguments purement économiques, nous apparaît comme une solution excessive. En effet, cette approche, qui privilégie la valorisation économique et la protection des investissements sans considération suffisante pour d'autres principes fondamentaux, risque de conduire à une privatisation excessive de l'information.

3254 VIVANT M., *L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles*, in Mélanges Christian Mouly, Litec, Paris, 1^{er} avril 1998, p. 455

3255 SIIRIAIMEN F., *Les « réalités immatérielles » et le Droit*, in Immatériel, nouveaux concepts (sous-dir. DE BANDT J. et GOURDET G.), Economica, Paris, 18 janvier 2001, spéc. 39

3256 FRISON-ROCHE M.-A., *L'interférence entre les propriétés intellectuelles et les droits des marchés, perspective de régulation*, in Droit et économie de la propriété intellectuelle (sous-dir. Marie-Anne Frison-Roche et Alexandra Abello) L.G.D.J., Paris, coll. Droit & économie, spéc. p. 16

3257 Le raisonnable se définit comme ce « *qui répond plus encore qu'aux exigences de la rationalité (de la logique) à celle d'autres inspirations (usage, bon sens) sans exclure la considération des contingences (l'opportunité, le possible)* » (CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, août 2011, 9^e éd., p. 837)

3258 SIRINELLI P., *Brèves observations sur le « raisonnable » en droit d'auteur*, in Propriétés intellectuelles ; Mélanges en l'honneur d'André FRANÇON, Dalloz, Paris, 3 décembre 1997, p. 397-413, spéc. p. 399

Notre étude nous amène à la conclusion que l'instauration d'un droit *sui generis* sur les données numériques ne représente pas l'approche la plus judicieuse. Cette proposition s'inscrit, en effet, dans une logique d'expansion potentiellement démesurée du concept de propriété, ce qui pourrait engendrer des rigidités incompatibles avec la fluidité intrinsèque des environnements numériques. De surcroît, une telle orientation se trouve en profonde contradiction avec l'évolution de l'économie des données, désormais majoritairement façonnée par l'exploitation des données volumineuses, du *Big Data*. L'économie des données ne se cantonne plus à la gestion de corpus de données statiques ; elle est fondamentalement axée sur l'analyse et l'utilisation de flux de données en temps réel. La vitesse, caractéristique fondamentale du *Big Data*, confère aux données une nature intrinsèquement éphémère. Cette éphémérité les rend structurellement inadaptées à un traitement juridique statique, comparable à celui appliqué à une marchandise tangible susceptible d'être échangée. L'économie moderne des données repose, effectivement, sur la capacité à opérer avec des données actualisées instantanément. Ces données ne sont, dans la plupart des cas, pas stockées de manière durable, mais plutôt générées ou collectées en vue d'une exploitation immédiate. En d'autres termes, les données en temps réel se distinguent par leur volatilité extrême et par une valeur intrinsèquement éphémère³²⁵⁹. Ce caractère transitoire des données en temps réel est fondamentalement incompatible avec l'architecture d'un régime de propriété statique, conçu pour des biens dont la matérialité et la durabilité sont avérées. Dès lors, le concept même de propriété des données, tel qu'il est traditionnellement appréhendé, ne parvient pas à répondre aux impératifs opérationnels des entreprises dont l'activité repose sur l'exploitation intensive de ces données. Le véritable enjeu économique et stratégique réside par conséquent dans la capacité à exploiter rapidement et efficacement les données, et non dans leur possession exclusive. La valeur émerge de l'accès, de l'analyse et de la transformation des flux de données en informations actionnables, et non de leur simple détention.

En définitive, l'élaboration d'un cadre juridique qui ne prendrait pas pleinement en compte la complexité et la dynamique des données numériques est vouée à l'échec. Un tel cadre serait incomplet, ce qui se traduirait par des difficultés majeures en matière de mise en œuvre, d'interprétation et d'harmonisation des normes. L'incomplétude d'un tel dispositif légal compromettrait directement la sécurité juridique, un facteur essentiel pour la confiance

3259La valeur exprime l'utilité de la chose pour l'Homme. Aussi, la perte de l'utilité ou du terme d'exploitation correspond à la « *mort patrimoniale* » (CATALA P., *Rapport de synthèse, in L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3^e journées René Savatier (Poitiers, 4 et 5 octobre 1990), PUF, Paris, 1990, p. 189). La donnée en temps réel n'ayant plus de valeur, plus d'utilité pour l'Homme, doit donc rejoindre « *le cimetière des valeurs* » (*id.*)

des acteurs économiques. Cette incertitude juridique aurait pour effet de freiner le développement de nouvelles pratiques et l'émergence de modèles économiques innovants qui reposent sur l'exploitation des données. Il est crucial de souligner que le rythme d'évolution des technologies et des applications de données est extraordinairement rapide et constant. Dans ce contexte, un droit spécifiquement conçu aujourd'hui pour réguler des types particuliers de données numériques ou des applications de données risquerait fort d'être obsolète dès demain. En d'autres termes, la nature fluide et évolutive des données numériques et de leurs applications rend tout cadre juridique statique fondamentalement inadéquat. L'histoire récente du droit de la propriété intellectuelle offre une illustration éloquent de cette inadéquation. Le droit *sui generis* du producteur de bases de données, introduit par la directive 96/9/CE du 11 mars 1996, en est un exemple probant. Ce droit, conçu à partir d'une vision statique du traitement des données, n'est plus en adéquation avec les usages et les défis posés par l'émergence de l'Internet des objets et de l'industrie 4.0³²⁶⁰. Ces paradigmes technologiques se caractérisent par des flux massifs et en temps réel de données, où la valeur ne réside plus dans la possession d'une collection figée, mais dans l'agilité à capter, analyser et réagir à ces flux.

Cette obsolescence précoce du droit *sui generis* du producteur de bases de données remet directement en question la pertinence même d'une approche fondée sur la propriété pour réguler l'économie des données dans son ensemble. Elle suggère la nécessité d'explorer des paradigmes juridiques plus flexibles et adaptatifs, capables de prendre en compte la nature dynamique et interconnectée des données à l'ère numérique.

443. L'analyse perspicace du Professeur Pierre SIRINELLI concernant l'exclusion des idées du champ de protection du droit d'auteur offre un éclairage précieux pour notre discussion actuelle. Sa proposition ne se limite pas à affirmer la supériorité intrinsèque de l'exclusion comme solution juridique. Elle suggère, avec une nuance fondamentale, que cette exclusion est peut-être moins le fruit d'une quête d'idéal que la reconnaissance pragmatique de l'impraticabilité, et par conséquent de la déraisonnabilité, de l'approche inverse, à savoir la réservation exclusive des idées³²⁶¹. Par analogie, nous pouvons étendre cette réflexion à la question de la réservation privative des utilités d'une donnée numérique. Appliquer le raisonnement du Professeur SIRINELLI signifierait que tenter d'établir un droit de

3260COURTIER N., *La nécessaire évolution du droit des producteurs de bases de données pour permettre son adaptation à l'émergence du Big Data*, in *La propriété intellectuelle & la transformation numérique de l'économie*. Regards d'experts, INPI, 5 octobre 2015, p. 29

3261SIRINELLI P., *op. cit.*, p. 399

réserve exclusif sur les utilités des données numériques, c'est-à-dire le droit d'être le seul à pouvoir exploiter certains aspects ou bénéfices d'une donnée, pourrait s'avérer tout aussi irréalisable et déraisonnable que d'octroyer un droit de propriété sur les idées. La nature même des données numériques, leur capacité à être copiées, transformées, agrégées et réutilisées de multiples façons, rendrait une telle exclusivité difficile à définir, à contrôler et à faire respecter.

Par ailleurs, notre analyse approfondie des justifications potentielles à l'introduction d'un droit *sui generis* sur les données numériques révèle, en l'état actuel des connaissances empiriques et théoriques, qu'il n'existe pas de défaillance de marché au sens strict qui justifierait une telle intervention normative. Plus spécifiquement, nous n'avons pas identifié de preuves substantielles suggérant que l'absence d'un tel droit *sui generis* entrave actuellement l'exploitation optimale du potentiel économique et social des données. Contrairement à ce que nous pourrions intuitivement supposer, cette absence ne semble pas non plus exercer d'effets négatifs discernables sur les dynamiques d'investissement dans les infrastructures de données ou sur le rythme de l'innovation dans les services et produits basés sur les données. Cette observation est en partie explicable par le fait que les acteurs du marché disposent déjà de mécanismes efficaces pour exercer un contrôle factuel sur les données. Il s'agit notamment de l'usage de mesures de protection technique sophistiquées. Ces dispositifs technologiques permettent aux détenteurs de données d'exclure concrètement les tiers non autorisés de l'accès à leurs ensembles de données, ou du moins de négocier les conditions d'accès avec les parties intéressées. En conséquence, la justification d'une intervention législative par la création d'un nouveau droit de propriété *sui generis* sur les données numériques apparaît moins impérative en l'absence de preuves manifestes d'une défaillance du marché non résolue par les mécanismes existants, y compris les mesures techniques et contractuelles. Cela suggère qu'une approche plus nuancée et potentiellement moins intrusive serait plus appropriée pour réguler l'économie des données.

444. L'étude des problèmes concrets a montré que l'absence d'un droit *sui generis* sur les données dans notre ordre juridique entraîne, certes, des lacunes dans la réglementation notamment dans le cadre des procédures collectives. Cependant, il est impératif de nuancer l'idée qu'un droit *sui generis* sur les données numériques constituerait une panacée. Bien qu'il puisse potentiellement résoudre certains problèmes spécifiques identifiés, son instauration est susceptible de générer de nouvelles et complexes difficultés. Un risque majeur réside dans la

« monopolisation » des données, c'est-à-dire la concentration d'un pouvoir excessif sur des ensembles massifs de données entre les mains de quelques acteurs. Cela pourrait non seulement étouffer la concurrence, mais aussi conduire à des abus de position dominante³²⁶², freinant l'innovation et limitant l'accès équitable à une ressource essentielle de l'économie numérique³²⁶³. En outre, force est de constater que l'introduction d'un tel droit *sui generis* n'apporterait pas nécessairement une sécurité juridique accrue. Paradoxalement, elle pourrait, dans certains cas, même la compromettre. L'une des difficultés majeures réside dans la distinction, de plus en plus ténue et poreuse, entre les données personnelles et les données non personnelles. Cette frontière conceptuelle, essentielle pour l'application des régimes juridiques existants comme le RGPD, se révèle particulièrement floue dans la pratique.

445. Afin de garantir une sécurité juridique pérenne dans un environnement numérique en constante évolution, l'approche la plus judicieuse consiste à adapter les cadres réglementaires existants aux spécificités inhérentes aux données numériques, plutôt que d'envisager l'instauration d'un nouveau droit *sui generis*. Cette stratégie présente un avantage déterminant : elle permet d'éviter les incertitudes et les défis conceptuels intrinsèquement liés à l'introduction d'un nouveau droit, dont les contours et les implications pratiques seraient nécessairement sujets à interprétation et à contentieux initiaux. En effet, l'adoption d'un tel droit *sui generis*, bien qu'apparemment novatrice, risquerait en effet de fragmenter davantage le paysage juridique et de générer des chevauchements ou des lacunes avec les corpus législatifs préexistants. L'adaptation, en revanche, favorise une intégration harmonieuse des nouvelles réalités numériques au sein des structures juridiques établies, garantissant ainsi une cohérence normative et une prévisibilité essentielles pour les acteurs économiques et les citoyens. Pour étayer cette argumentation, il est pertinent d'examiner le traitement des données numériques dans le cadre d'une procédure collective, en prenant pour référence le droit suisse. La Confédération helvétique a en effet démontré une approche pragmatique et réfléchie face à ces défis. En effet, dans le pays des Helvètes, le Conseil fédéral avait soumis,

3262 Voir *infra* Titre II, chap. 1, sect. 2

3263 V. par ex. Aff. AT.39740 – Google Search (Shopping) : le 27 juin 2017, la Commission européenne a infligé à *Google* une amende de 2,42 milliards d'euros pour abus de position dominante. Cette décision a été confirmée en appel par le Tribunal de l'Union européenne le 10 novembre 2021 (TFUE, 9^e ch., 10 novembre 2021, aff. T-612/17). La société avait favorisé son propre service de comparaison de prix. L'abus de position dominante de *Google* dans ce cas est directement lié à son contrôle des données de recherche et à son algorithme. En ayant accès à une quantité massive de données sur les requêtes des utilisateurs et les comportements de navigation, *Google* a pu concevoir son algorithme de manière à donner une visibilité préférentielle à son propre service, même si des services concurrents auraient pu être plus pertinents pour l'utilisateur. Le contrôle des données et de l'infrastructure de recherche a ainsi permis à *Google* de manipuler le marché et d'« étouffer » la concurrence.

fin 2019, au Parlement une proposition dans le cadre du projet d'adaptation du droit fédéral aux développements de la technologie des registres électroniques distribués. Cette proposition visait à réglementer l'accès aux données et leur remise dans le cadre d'une procédure collective. Ce projet a été adopté le 25 septembre 2020. Désormais, la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite prévoit, depuis le 1^{er} août 2021, des dispositions qui concernent les données. L'article 242b de ladite loi prévoit en son premier alinéa qu'« *un tiers qui atteste un droit légal ou contractuel à des données dont la masse a le pouvoir de disposer peut exiger, selon le type de droit dont il dispose, d'accéder à ces données ou de les faire restituer par la masse qui a le pouvoir d'en disposer* ». La loi utilise la notion de données sans la définir. Aussi, cela soulève des questions fondamentales quant à la définition et à la portée de la notion de données. En appliquant l'adage herméneutique classique, *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, il est raisonnable de postuler que cette disposition s'applique indistinctement aux données à caractère personnel et aux données à caractère non personnel. Par ailleurs, une lecture attentive de l'aliéna 1^{er} de l'article 242b permet également d'inférer que la notion de donnée y est appréhendée tant sur un plan syntaxique que sur un plan structurel. Sur le plan syntaxique, la mention du « droit légal ou contractuel » aux données suggère que le texte vise les informations en tant que contenu, c'est-à-dire la signification ou la valeur informationnelle des données. Le droit d'accéder à ces données implique une transmission du contenu informationnel. Sur le plan structurel, l'exigence de « restitution » des données par la masse renforce l'idée d'une matérialisation ou d'une représentation physique de ces données. La restitution, dans son acception juridique, implique généralement le retour d'un bien ou d'un actif sous sa forme tangible ou son équivalent. Dans le contexte des données numériques, cela implique non seulement l'accès au contenu, mais aussi la délivrance du support ou du fichier de données, ce qui permettrait au tiers de les réintégrer dans ses propres systèmes d'information. Cette dualité, entre le contenu informationnel, donnée syntaxique et la forme matérielle ou le support technique, donnée structurelle, est cruciale. Elle indique que l'article 242b ne se limite pas à la simple communication d'informations, mais englobe la transmission de l'actif numérique lui-même, dans une forme exploitable, par l'entité en procédure collective. Cette interprétation souligne l'importance croissante des données en tant qu'actifs économiques distincts, nécessitant des règles spécifiques pour leur gestion dans des situations de difficulté financière ou de réorganisation. Au-delà du premier alinéa, l'article 242b développe des précisions essentielles

quant aux modalités procédurales, à la répartition des coûts et à l'articulation avec les dispositions relatives à la protection des données³²⁶⁴.

L'aménagement juridique des données numériques dans le cadre des procédures collectives ne se limite pas à la seule législation suisse. D'autres États européens ont également développé des dispositions spécifiques pour traiter cette problématique, témoignant d'une reconnaissance croissante de la valeur des données numériques. Par une loi de 2013³²⁶⁵, le Luxembourg a instauré un droit de revendication en faveur de la personne ayant confié des biens meubles incorporels non fongibles à une entreprise soumise à une procédure collective. Cette approche se distingue par sa terminologie et sa portée. Le deuxième alinéa de l'article 567 du Code de commerce luxembourgeois dispose, en effet, que « *les biens meubles incorporels non fongibles en possession du failli ou détenus par lui peuvent être revendiqués par celui qui les a confiés au failli ou par leur propriétaire, à condition qu'ils soient séparables de tous autres biens meubles incorporels non fongibles au moment de l'ouverture de la procédure, les frais afférents étant à charge du revendiquant* ». L'emploi de la terminologie « biens meubles incorporels non fongibles » est d'une importance capitale. Elle permet d'englober un large éventail d'actifs immatériels, et spécifiquement les données numériques qui sont stockées dans un *cloud computing*³²⁶⁶. Cette qualification permet de surmonter la difficulté inhérente à la nature immatérielle des données, en les assimilant à des « biens » qui peuvent faire l'objet d'un droit de revendication. La condition de « non-fongibilité » est également cruciale puisqu'elle garantit que les données revendiquées sont

3264 Le deuxième alinéa de l'article 242b de loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite précise que « *l'administration impartit à celui dont elle conteste le droit un délai de 20 jours pour intenter son action au for de la faillite. Les données ne doivent pas être détruites ni réalisées tant que la décision du juge n'est pas définitive* ». Le troisième alinéa ajoute que « *les frais d'accès aux données ou de leur restitution sont à la charge du requérant. L'administration de la faillite peut exiger qu'il en fasse l'avance* ». Enfin, le dernier alinéa dispose que « *le droit d'accès prévu par les dispositions fédérales ou cantonales en matière de protection des données est réservé* ». Cela vise, concrètement, la loi sur la protection des données, l'équivalent helvétique de notre loi n° 78-17 du 6 janvier 1978.

3265 Loi du 9 juillet 2013 portant modification de l'article 567 du Code de commerce, Mémorial A124, n° doc. Parl. 6485, sess. ord. 2011-2012 et 2012-2013

3266 V. l'exposé des motifs du projet de loi n° 6485 portant modification de l'article 567 du Code de commerce, p. 2 : « *Il existe en effet aujourd'hui des hypothèses auxquelles le législateur n'a pas pensé il y a 10 ans et qui sont plus que de simples cas d'école. Ceci est le cas notamment dans le cadre des prestations offertes de façon de plus en plus large, à la fois au public en général et aux professionnels en particulier, en matière d'outsourcing ou d'informatique dématérialisée, appelée communément informatique dans le nuage (Cloud-computing). Pour continuer avec l'exemple du Cloud, l'une des applications du Cloud computing consiste par exemple pour une entreprise, une association ou une personne privée à ne plus conserver ses données et fichiers voire logiciels sur son propre système informatique, mais de les faire stocker sur des infrastructures informatiques externes accessibles via Internet. Or, il faut faire en sorte que celui qui a recours à de tels services puisse en cas de faillite du prestataire récupérer les données et fichiers afférents, en ce inclus les traitements qui auront été effectués par le failli ainsi que les résultats de ces mêmes traitements* » ; V. ég. Conseil d'État du Grand-Duché de Luxembourg, Avis 49.937 du 12 mars 2013 sur le projet de loi n° 6485, Considérations générales, p. 2 : « *c'est bien dans cette catégorie juridique [des biens mobiliers incorporels] que rentrent les données informatiques ou informatisées* »,

identifiables et distinctes d'autres données similaires, évitant ainsi les confusions. Concrètement, cette disposition offre une protection significative aux entreprises utilisatrices de services d'informatique dans les nuages. En cas de faillite du gestionnaire du service *cloud*, l'entreprise cliente peut légitimement réclamer ses données sans être contrainte d'engager un contentieux long et coûteux. Ce droit de revendication direct simplifie considérablement le processus de récupération des actifs numériques essentiels à la continuité de l'activité de l'entreprise cliente, réduisant par là même les risques liés à l'externalisation du stockage et du traitement des données. Il assure une plus grande sécurité juridique et opérationnelle pour les utilisateurs de services *cloud*, en reconnaissant la valeur patrimoniale de leurs données même en l'absence d'un droit de propriété *sui generis* sur les données elles-mêmes.

Ces deux exemples législatifs illustrent une stratégie juridique pragmatique visant à protéger les intérêts des utilisateurs de données dans un contexte de dépendance croissante vis-à-vis des infrastructures numériques tierces.

Nonobstant les aménagements juridiques observés dans divers ordres nationaux, il est impératif d'adopter une position de réserve critique face à la tentation d'une réglementation excessivement spécifique en matière de données numériques. Une telle approche, bien que séduisante par sa promesse de clarté, est susceptible d'engendrer des effets contre-productifs majeurs sur l'innovation. En effet, la mise en place d'une réglementation excessivement détaillée et spécifique risque de se révéler trop rigide face à l'évolution exponentielle et souvent imprévisible des technologies numériques. Le Droit, par sa nature statique et sa procédure d'élaboration relativement lente, peine à suivre le rythme effréné des mutations technologiques. Une norme juridique conçue pour un état donné de la technologie pourrait rapidement devenir obsolète, voire inefficace, dès l'apparition de nouvelles applications, de nouveaux usages ou de nouvelles architectures de données. Cette rigidité normative pourrait paradoxalement freiner l'innovation. Dans cette perspective, il est pertinent de maintenir une approche fondamentalement phénoménologique dans l'analyse et l'élaboration du droit applicable au numérique. L'approche phénoménologique, en se concentrant sur l'expérience vécue et les phénomènes tels qu'ils se manifestent, permettrait de saisir la complexité inhérente aux interactions entre le Droit et le numérique. Une telle approche permettrait ainsi d'éviter l'écueil d'une obsolescence législative rapide et de favoriser un cadre juridique qui, tout en assurant une sécurité et une protection adéquates, ne bride pas le potentiel d'innovation du numérique. Il s'agit de privilégier la compréhension des dynamiques sous-jacentes plutôt que la cristallisation de situations ponctuelles.

446. Dans le paysage juridique et économique contemporain, la préoccupation centrale concernant les données numériques s'est significativement déplacée de la simple possession vers la capacité d'accès et d'utilisation. Cette évolution souligne une reconnaissance accrue de la valeur intrinsèque de la donnée non pas en tant que bien statique, mais en tant que ressource dynamique dont l'utilité dépend fondamentalement de sa disponibilité. Cette primauté de l'accès se manifeste à travers la question des droits d'accès à nos propres données, ainsi qu'à celles détenues par des tiers.

TITRE II. LA RÉSERVATION PRIVATIVE FACE À L'IMPÉRATIF DE L'ACCÈS AUX DONNÉES

447. L'ère numérique contemporaine est marquée par une production exponentielle de données non personnelles, générées quotidiennement par une multitude d'acteurs privés. À titre d'illustration, des estimations suggèrent que le secteur agricole mondial produit à lui seul environ 2,5 milliards de milliards d'octets de données chaque jour³²⁶⁷. Cette massification des données a inévitablement soulevé des questions fondamentales concernant la réservation de leurs utilités, c'est-à-dire la capacité à contrôler et à bénéficier des applications et des analyses dérivées de ces ensembles de données. Consciente de ces enjeux, la Commission européenne a, un temps, envisagé l'instauration d'un droit *sui generis* sur les données numériques³²⁶⁸, une option que nous avons analysée en profondeur dans le titre précédent, en mettant en évidence les difficultés inhérentes à une telle reconnaissance juridique au sein de notre ordre juridique. Cependant, parallèlement à ce débat sur la propriété des données, a émergé avec une acuité particulière la question de l'accès des tiers aux données non personnelles détenues par des entités privées³²⁶⁹. Cette problématique est née d'un constat frappant : malgré le volume considérable de données collectées et produites, une part significative d'entre elles n'est pas suffisamment exploitée pour stimuler pleinement l'innovation et la concurrence. En dépit du potentiel économique et social indéniable des données, leur accès et leur partage restent en deçà de ce qu'ils pourraient être, y compris au sein des entreprises pourtant fortement dépendantes des données. Une enquête menée en 2017 auprès de près de 1 300 entreprises spécialisées dans la donnée et l'analyse a révélé que seulement un tiers des répondants commercialisaient activement leurs données³²⁷⁰. À cela s'ajoute une pénurie manifeste de

3267PICARDAT S., *Les conditions de la libre circulation des données agricoles*, Annales des Mines, Enjeux numériques, juin 2022, n° 18, p. 57

3268Cette suggestion d'introduire un droit exclusif sur les données s'observe dans les deux communications de la Commission européenne du 6 mai 2015 et du 10 janvier 2017 (Commission européenne, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Stratégie pour un marché unique numérique en Europe*, {SWD(2015) 100 final}, Bruxelles, 6 mai 2015, COM(2015) 192 final ; *id.*, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Créer une économie européenne fondée sur les données*, {SWD(2017) 2 final}, Bruxelles, 10 janvier 2017, COM(2017) 9 final).

3269D'un point de vue général, les approches possibles de l'accès aux données peuvent être placées sur une échelle entre deux philosophies fondamentalement différentes. À l'une des extrémités de cette échelle, les données restent sous contrôle privé. L'accès est accordé, le cas échéant, sur la base de contrats librement négociés. À l'autre extrémité de cette échelle, les données sont considérées comme un bien commun et l'accès est garanti sur la base d'obligations légales d'accès étendus.

3270BELISSENT J., *Top Performers Commercialize Data Through Insights Services*, 2017, Forrester, disponible [en ligne] : <https://www.forrester.com/report/top-performers-commercialize-data-through-insights-services/RES127501> (consulté le 01/09/2024). La principale raison de refus d'accès aux données concerne les risques

données de haute qualité et réutilisables à des fins innovantes. Pourtant, dès 2015, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), dans son étude intitulée *Data-Driven Innovation*³²⁷¹, avait déjà mis en exergue la nécessité impérieuse de promouvoir l'accès aux grandes masses de données afin de maximiser les avantages sociaux qui en découlent. Ces avantages se manifestent notamment dans le développement du *Big Data* et de l'intelligence artificielle, deux technologies qui requièrent un accès à une vaste variété de données pour leur entraînement, leur validation et leur déploiement. Partant de ce constat, l'OCDE avait formulé une recommandation clef : celle de développer et d'améliorer le cadre de gouvernance des données pour faciliter un accès optimisé. Cette approche met l'accent sur la création d'un environnement propice au partage et à la réutilisation des données, reconnaissant que la valeur collective des données croît avec leur accessibilité et leur capacité à être combinées et analysées par un large éventail d'acteurs. L'enjeu n'est alors plus uniquement de définir qui possède la donnée, mais comment organiser son accès et son partage pour libérer pleinement son potentiel socio-économique.

448. **Les philosophies de l'accès aux données : un spectre conceptuel** – D'un point de vue général, les approches envisageables concernant l'accès aux données peuvent être situées sur un spectre conceptuel, délimité par deux philosophies sous-jacentes fondamentalement distinctes. Ces deux pôles représentent des visions divergentes de la nature des données et de la manière dont leur accès devrait être réglementé.

À l'une des extrémités de cette échelle se trouve la philosophie qui postule que les données restent sous contrôle privé. Selon cette approche, les données sont principalement considérées comme des actifs appartenant à l'entité qui les génère, les collecte ou les détient. En conséquence, l'accès à ces données n'est accordé, le cas échéant, que sur la base de contrats librement négociés entre les parties. Dans ce paradigme, le cadre juridique prédominant repose sur le droit des contrats. Les détenteurs de données exercent un droit discrétionnaire sur l'accès et l'utilisation de leurs données, les traitant comme des ressources exclusives qu'ils peuvent monétiser, licencier ou refuser de partager à leur gré. Les incitations à l'investissement dans la collecte et l'analyse des données sont fortes, car les entreprises peuvent capitaliser sur leur contrôle exclusif. Cependant, cette approche peut potentiellement conduire à des situations de monopole de données, à des asymétries d'information et à un

associés à cet accès tels que la révélation de secrets des affaires.

3271OECD, *Data-Driven Innovation : Big Data for Growth and Well-Being*, 2015, spéc. p. 195-198

frein à l'innovation collaborative, en limitant la réutilisation et la combinaison des données par des tiers. La valeur collective des données pourrait ainsi rester sous-exploitée.

À l'autre extrémité de cette échelle se situe la philosophie qui considère les données comme un bien commun. Cette perspective s'éloigne de la notion traditionnelle de propriété exclusive pour envisager les données comme une ressource d'intérêt général, dont l'accès et l'utilisation devraient bénéficier à l'ensemble de la société. Dans ce cadre, l'accès aux données est garanti sur la base d'obligations légales d'accès étendues. Cette approche justifie l'intervention du Législateur pour imposer des droits d'accès obligatoires, au-delà de la simple volonté contractuelle des détenteurs de données. Les arguments en faveur de cette philosophie incluent la promotion de la concurrence, la stimulation de l'innovation ouverte, la facilitation de la recherche scientifique et la satisfaction d'objectifs d'intérêt public. Bien que cette approche puisse favoriser une allocation plus efficiente et une exploitation plus large des données, elle soulève des questions complexes concernant l'incitation à la production des données si les investissements initiaux ne sont pas suffisamment protégés.

449. **L'émergence de la question de l'accès aux données** – En conséquence directe de la situation précédemment décrite – marquée par une production massive de données non personnelles et un potentiel d'innovation inexploité –, un débat substantiel s'est instauré au sein de l'Union européenne concernant l'élargissement de l'accès aux données et la promotion de leur partage³²⁷². Ce dialogue reflète une prise de conscience stratégique de la nécessité de libérer la valeur latente des données pour stimuler la compétitivité économique et l'innovation sur le Vieux continent.

L'accès aux données est ainsi devenu un nouvel impératif politique et économique pour l'Union européenne. La Commission européenne a d'ailleurs annoncé une approche globale visant à accroître de manière significative la disponibilité, l'utilisation et la demande de données, ainsi que des produits et services qui en découlent³²⁷³. Cette ambition s'inscrit

3272V. par ex. Commission européenne, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions Stratégie pour un marché unique numérique en Europe*, {SWD(2015) 100 final}, 6 mai 2015, COM(2015) 192 final ; *id.*, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Vers un espace européen commun des données »*, 10 janvier 2017, COM(2017) 9 final ; *id.*, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Vers un espace européen commun des données »*, 25 avril 2018, COM(2018) 232 final ; *id.*, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Vers un espace européen commun des données »*, 19 février 2020, COM(2020) 66 final

3273Commission européenne, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Vers un espace européen commun des données »*, 19 février 2020, COM(2020) 66 final

dans une stratégie plus large visant à faire de l'Union européenne un *leader* dans l'économie de la donnée. Cependant, il est important de noter qu'actuellement, le cadre juridique de l'Union européenne ne prévoit l'accès aux données que de manière sporadique et fragmentée. Bien que des avancées significatives aient été réalisées, il manque encore une approche horizontale et unifiée. Le droit à la portabilité des données à caractère personnel prévu par le RGPD³²⁷⁴ en est un exemple. À côté des données personnelles, un système d'accès aux informations du secteur public a été mis en place au niveau de l'Union européenne³²⁷⁵ avec la directive 2003/98/CE du 17 novembre 2003 remplacée par la directive (UE) 2019/1024 du 20 juin 2019 connue sous l'appellation PSI III (*Public Sector Information*). D'autres législations sectorielles ont suivi telles que celle sur l'accès aux informations sur la réparation et l'entretien des véhicules³²⁷⁶ ou encore, celle dans le domaine des services de paiement³²⁷⁷. Le développement le plus récent et le plus remarqué est celui issu du règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023, connu sous le nom de *Data Act*.

450. Le principe de libre circulation des données – Plus généralement, la problématique de l'accès aux données s'inscrit dans le cadre conceptuel et stratégique plus vaste de la libre circulation des informations. Ce principe, fondamental pour l'intégration européenne, a été érigé au rang de cinquième liberté du marché unique³²⁷⁸. Malgré son importance déclarée³²⁷⁹, la signification précise et la portée exhaustive de ce principe de libre circulation des données n'ont été jusqu'à présent qu'esquissées. Sa mise en œuvre effective et son interprétation demeurent un chantier juridique et politique en cours, exigeant une clarification des droits et obligations qu'il engendre pour les acteurs publics et privés.

3274 Art. 20 du règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données

3275 Un accès aux informations du secteur public avait été déjà mis en place en France par 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.

3276 Art. 6 du règlement (CE) n° 715/2007 du 20 juin 2007 relatif à la réception des véhicules à moteur au regard des émissions des véhicules particuliers et utilitaires légers (Euro 5 et Euro 6) et aux informations sur la réparation et l'entretien des véhicules

3277 Art. 35 de la directive (UE) 2015/2366 du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur

3278 HENROTTE J.-P., *La libre circulation des données électroniques consacrée comme cinquième liberté du marché unique*, Pin Code, 2019/2, n° 2, p. 11-17 ; BENABOU V.-L., *Une cinquième liberté de circulation numérique ? Est-ce possible ? Est-ce utile ?*, RTD Eur., 2021, p. 279 et s.

3279 V. par ex. Commission européenne, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions Stratégie pour un marché unique numérique en Europe*, {SWD(2015) 100 final}, 6 mai 2015, COM(2015) 192 final : p. 17 qui a exprimé l'objectif, entre autres, d'encourager la libre circulation des données et de lever les restrictions à la circulation des données entre les États membres

Ce principe de libre circulation des données poursuit plusieurs finalités essentielles, répondant à des impératifs économiques, sociaux. Il vise en premier lieu, à supprimer les barrières injustifiées qui entravent la circulation transfrontalière des données au sein de l'Union européenne. Ces restrictions peuvent prendre diverses formes telles que des exigences de localisation des données, des frais excessifs pour leur transfert. L'objectif est de garantir aux consommateurs la capacité d'utiliser un même service numérique indistinctement sur l'ensemble des territoires de l'Union. Plus encore, il s'agit de leur permettre de changer aisément de fournisseurs de services en conservant leurs données³²⁸⁰. Ce principe entend également favoriser un accès élargi aux données afin de promouvoir la production de nouveaux produits et services axés sur les données, ainsi que l'usage du *Big Data*. C'est précisément ce dernier aspect qui revêt un intérêt particulier dans le cadre de notre analyse. La libre circulation des données est perçue comme un catalyseur pour l'émergence de nouvelles applications et de modèles économiques innovants. En permettant aux entreprises, notamment les PME et les jeunes pousses, d'accéder à des ensembles de données plus vastes et diversifiés, ce principe nourrit l'innovation fondée sur les données, la création de valeur et le développement de l'intelligence artificielle, qui sont intrinsèquement dépendants de la disponibilité de grandes quantités de données de qualité.

451. Les raisons justifiant l'amélioration de l'accès aux données – D'un point de vue économique, plusieurs arguments justifient l'impératif de faciliter l'accès aux données de tiers, transcendant les considérations de ressources traditionnelles et s'inscrivant dans une dynamique de croissance et d'innovation contemporaine.

Premièrement, à la différence des ressources naturelles dont la consommation engendre l'épuisement³²⁸¹, les données se caractérisent intrinsèquement comme des biens informationnels non rivaux et inépuisables. Cette propriété fondamentale implique que la même donnée peut être exploitée simultanément par une multiplicité d'acteurs économiques sans déperdition ni diminution de sa valeur ou de sa disponibilité pour d'autres utilisateurs. Cette caractéristique unique ouvre des perspectives considérables en matière de partage et de réutilisation, maximisant ainsi le rendement économique potentiel des ensembles de données.

3280V. par ex. règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 ; règlement (UE) 2018/1807 du 14 novembre 2018 – Il s'agit notamment des initiatives visant à faciliter l'accès transfrontalier aux contenus en ligne et services numériques, des données. V. règlement (UE) 2017/1128 du 14 juin 2017 ; directive (UE) 2019/789 du 17 avril 2019 (transposée en droit français par l'ordonnance n° 2021-798 du 23 juin 2021) ; directive (UE) 2018/1808 du 14 novembre 2018 (transposée par l'ordonnance n° 2020-1642 du 21 décembre 2020)

3281La métaphore courante des données comme « pétrole du XXI^e siècle » se révèle finalement être critiquable en raison de la différence de nature entre le pétrole, matière naturelle épuisable et les données, immatérielles et inépuisables.

Deuxièmement, les données sont désormais un catalyseur majeur de la croissance économique et de l'innovation. Des analyses approfondies, telles que celles menées par le *McKinsey Global Institute*, estiment que les données ouvertes, englobant à la fois les informations publiques et les données partagées issues de sources privées, pourraient générer une valeur additionnelle de 3 000 milliards de dollars annuellement dans sept secteurs clés de l'économie mondiale³²⁸². Plus globalement, un accès et un partage non discriminatoires des données sont susceptibles de produire des bénéfices socio-économiques substantiels, évalués entre 0,1 % et 1,5 % du produit intérieur brut (PIB) pour les données du secteur public, et entre 1 % et 2,5 % du PIB lorsque les données du secteur privé sont incluses³²⁸³. L'avènement du *Big Data*, en particulier en synergie avec l'intelligence artificielle, accentue cette dynamique en stimulant la productivité et en favorisant l'émergence de nouveaux produits, processus et méthodes organisationnelles³²⁸⁴.

Il ressort de ces observations que l'accès aux données est devenu un facteur déterminant pour la compétitivité et la productivité des entreprises³²⁸⁵. Une restriction de cet accès est susceptible d'engendrer des distorsions négatives en matière de concurrence, d'innovation et de consommation. Au-delà des retombées économiques directes sur la croissance de la productivité, l'importance de l'accès aux données s'étend au « bien-être » des citoyens. Le partage et la réutilisation des données peuvent substantiellement améliorer la prestation des services publics et renforcer la capacité de réponse aux besoins et aux urgences sociétales. L'exemple de la pandémie de la COVID-19 illustre parfaitement ce point, où les données ont joué un rôle capital dans l'efficacité des interventions sanitaires et la gestion de crise³²⁸⁶.

452. **Droit *sui generis* sur les données numériques : la conciliation nécessaire entre propriété et accès** – La reconnaissance d'un droit *sui generis* sur les données numériques est

3282McKinsey Global Institute, *Open data : Unlocking innovation and performance with liquid information*, 1^{er} octobre 2013, disponible [en ligne] : <https://www.mckinsey.com/capabilities/mckinsey-digital/our-insights/open-data-unlocking-innovation-and-performance-with-liquid-information> (consulté le 01/09/2024)

3283OCDE, *Enhancing Access to and Sharing of Data Reconciling Risks and Benefits for Data Re-use across Societies*, 26 novembre 2019, spéc. p. 59–64.

3284OCDE, *Artificial Intelligence in Society*, 11 juin 2019, spéc. p. 19–34.

3285Des études menées au niveau des entreprises suggèrent que les sociétés qui utilisent les données ont une croissance de la productivité plus rapide de l'ordre de 5 à 10 % par rapport à celles qui ne les utilisent pas (OCDE, *Data-Driven Innovation : Big Data for Growth and Well-Being*, 6 octobre 2015, p. 239)

3286OCDE, *Ensuring Data Privacy as We Battle COVID-19*, 14 avril 2020, disponible [en ligne] : https://www.oecd.org/en/publications/ensuring-data-privacy-as-we-battle-covid-19_36c2f31e-en.html (consulté le 01/09/2024) ; Orange, *Pourquoi les données téléphoniques sont-elles précieuses pour lutter contre l'épidémie de Covid-19 ?*, 3 novembre 2020 disponible [en ligne] : <https://www.orange.com/fr/magazines/ensemble-meme-eloignes/pourquoi-les-donnees-telephoniques-sont-elles-precieuses-pour> (consulté le 01/09/2024)

envisagée principalement pour garantir la préservation et l'exploitation des utilités potentielles inhérentes à ces données. L'octroi d'un droit de propriété sur des biens incorporels est une solution fréquemment proposée pour résoudre les défis incitatifs liés au parasitisme et au risque de perte de contrôle qui découle de la non-exclusivité de ces biens. Cette forme de propriété impliquerait donc un droit à l'utilisation exclusive de la donnée par son titulaire. Cependant, cette approche soulève immédiatement la question de l'existence d'un droit des tiers à accéder aux données numériques ainsi réservées. Comme le souligne la Professeure Marie-Anne FRISON-ROCHE, « *ce n'est que parce que les tiers pourront accéder à l'information que celui qui a forgé celle-ci peut en être propriétaire* »³²⁸⁷. Cette perspective marque une rupture fondamentale avec la logique classique du droit de propriété, traditionnellement fondée sur le principe d'exclusivité. Dans ce nouveau paradigme, le propriétaire ne jouit plus d'un droit d'exclusion absolu à l'égard des tiers. Son droit se transforme plutôt en une capacité à exiger une compensation financière pour l'accès et l'utilisation des données. Cette évolution marque le passage d'une définition politique de la propriété à une définition financière³²⁸⁸.

En somme, le droit de propriété sur les données et le droit d'accès des tiers apparaissent comme des concepts corrélatifs et indissociables³²⁸⁹. Le droit d'accès du tiers à la donnée fonde, paradoxalement, le droit du titulaire de la donnée d'utiliser celle-ci pour agir et contraindre les autres. Une conciliation est donc impérative entre le droit du titulaire sur ses données numériques et le droit des tiers d'y accéder, afin d'établir un cadre juridique équilibré et fonctionnel dans l'économie numérique.

453. **Plan** – Ainsi, en sus de la question de la reconnaissance d'un droit *sui generis* sur les données numériques, il convient d'examiner la cohérence de ce droit avec le principe fondamental de la libre circulation des données. Toutefois, dans notre perspective, nous nous concentrerons uniquement sur la question de l'accès aux données face à ce droit *sui generis* que nous avons exposé dans le titre précédent. En effet, ce droit *sui generis* aura une incidence importante sur l'accès pour les tiers aux données non personnelles.

Une tension entre le droit *sui generis* sur les données numériques et le droit d'accès reste palpable (**Chapitre 1**). Des mécanismes de conciliation peuvent, cependant, être

3287FRISON-ROCHE M.-A., *Le droit d'accès à l'information, ou le nouvel équilibre de la propriété*, in Mélanges Pierre Catala, Litec, Paris, 2001, p. 761

3288Ibid., p. 763

3289Ibid., p. 763 : pour qui « *le droit d'accès du tiers à l'information fonde le droit du titulaire de l'information d'utiliser celle-ci pour agir et contraindre les autres* ».

envisagés entre cette volonté de « privatisation » de la donnée et celle de son accès aux tiers
(Chapitre 2).

Chapitre 1^{er}. Les risques de conflits entre la propriété des données et leur accès

Chapitre 2. La conciliation impérative entre la réservation des données et leur accès

Chapitre 1^{er}. Les risques de conflits entre la propriété des données et leur accès

454. *De lege lata*, il n'existe actuellement aucun droit d'accès général aux données. Cela s'explique avant tout par la complexité de la question. Celle-ci intéresse effectivement plusieurs domaines du Droit, notamment le droit des contrats, le droit de la concurrence, le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la protection des données à caractère personnel. De surcroît, la recherche sur les droits d'accès doit dépasser la séparation traditionnelle entre le droit privé et le droit public. L'État est, effectivement, un détenteur de données qui, dans le cadre de ses missions, peut être intéressé par les données non personnelles détenues par des acteurs privés³²⁹⁰.

Au regard des avantages attendus, les autorités européennes et françaises entendent favoriser l'accès aux données tant publiques que privées (**Section 1**). Toutefois, cette idéologie de l'accès aux données n'est pas sans limite. Il ne faut pas occulter le fait que l'investissement dans la collecte et la production de données, ainsi que leur contrôle, sont des moteurs importants de la concurrence. Aussi, est-il indéniable que les données recèlent une valeur concurrentielle et monétaire considérable. Par conséquent, d'un point de vue économique, l'accès aux données ne doit, en principe, être ordonné que lorsque cet accès permet de remédier à une défaillance spécifique du marché, de résoudre un problème de concurrence, tel que l'éviction du marché, ou de permettre l'innovation par des tiers grâce à l'accès aux données. Inversement, le Législateur doit s'abstenir d'adopter des régimes d'accès aux données qui permettent de profiter indûment des investissements des concurrents et réduisent ainsi les incitations à l'innovation.

L'adage latin *Scientia potentia est*³²⁹¹ – le savoir, c'est le pouvoir – prend tout son sens à l'ère numérique. Grâce à ses données numériques, le détenteur peut bénéficier d'un savoir qui lui confère une position privilégiée sur le marché. Ce dernier pourra être tenté d'abuser de sa position aux dépens de ses concurrents. Le droit *sui generis* sur les données numériques renforcera un tel risque de « monopolisation » des données et d'atteinte à la concurrence (**Section 2**).

3290La pandémie de la COVID-19 a permis de souligner l'importance pour l'État d'accéder à certaines données détenues par les acteurs privés tels que les opérateurs téléphoniques et cela, afin de mettre en œuvre une politique sanitaire adéquate.

3291Expression attribuée au philosophe anglais Francis BACON (*Meditationes Sacrae*, 1597)

Section 1. L'émergence de l'idéologie du droit d'accès aux données

455. Depuis une décennie, une prolifération de réglementations a émergé, visant à instaurer, à encadrer des droits d'accès aux données. Cependant, en France, cette logique d'accès n'est pas une innovation récente. Elle trouve ses racines dans la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978³²⁹² qui a consacré la liberté d'accès des citoyens aux documents administratifs. En vertu de ce texte, toute personne est en droit d'obtenir la communication de documents administratifs, y compris ceux sous format de données³²⁹³. Néanmoins, il est crucial de distinguer la transparence du droit d'accès. En effet, tandis que la transparence « *offre au tiers le luxe de la passivité* »³²⁹⁴, le droit d'accès, en revanche, requiert une démarche active de la part du demandeur, qui doit solliciter formellement l'accès auprès du détenteur de la donnée.

Le secteur public constitue le bastion du droit d'accès aux données. Depuis 2003³²⁹⁵, une accélération notable du phénomène d'ouverture des données publiques est observée. Cette dynamique a culminé avec l'adoption, au niveau de l'Union européenne, de la directive (UE) 2019/1024 du 20 juin 2019, dite directive PSI III³²⁹⁶ (I). Bien que moins marqué, le mouvement d'accès aux données s'étend également au secteur privé. Toutefois, dans ce domaine, les réglementations sont de nature sectorielle et poursuivent des finalités variées. Aussi, elles ne s'inscrivent pas dans une logique de droit général d'accès, mais plutôt dans des cadres spécifiques visant à répondre à des besoins particuliers, tels que la concurrence, l'innovation ou la protection des consommateurs (II).

I. De l'ouverture des données publiques au partage des données dans le cadre du B2G

456. Dans les années 2003, un mouvement d'ouverture des données s'est fait jour au sein du secteur public et a été favorisé par les autorités européennes (A). Ces dernières estiment que l'ouverture des données favorise la croissance économique et la création d'emplois.

3292Loi 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

3293Afin de veiller au respect de cette liberté d'accès aux documents administratifs, une autorité administrative indépendante, la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA), a été créée (Art. L. 340-1 et s. du Code des relations entre le public et l'administration).

3294FRISON-ROCHE M.-A., *op. cit.*, p. 768

3295Cette date correspond à la date d'adoption la directive 2003/98/CE du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur, JOUE, n° L 345 du 31 décembre 2003 p. 90-96

3296Directive (UE) 2019/1024 du 20 juin 2019 concernant les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public (refonte), JOUE L 172 du 26 juin 2019, p. 56-83

Suivant cette approche, les données publiques doivent être accessibles à tous et être réutilisables le plus largement possible. Nous pourrions dire que l'idée de réservation de l'utilité des données publiques est antinomique à celle d'ouverture des données. Par ailleurs, à partir des années 2019, l'accent a été mis davantage sur la qualité des données que sur la quantité. La directive PSI III reflète ce changement de perspective en définissant des ensembles de données de grande valeur et en abordant en détail les données en temps réel et d'autres caractéristiques de qualité.

À côté de ce mouvement d'accès aux données publiques, la question sur l'accès aux données du secteur privé par les autorités publiques est devenue de plus en plus prégnante. En effet, actuellement, les grandes plates-formes privées collectent et conservent plus de données que de nombreux gouvernements³²⁹⁷ (B).

A. Le mouvement d'ouverture des données publiques

457. Il existe une conviction politique claire au niveau de l'Union européenne, celle de favoriser le partage des données entre les différents acteurs afin de réaliser pleinement la valeur socio-économique des données³²⁹⁸. Ainsi, dans le secteur public, l'accès aux données publiques et leur réutilisation sont devenus une des préoccupations du Législateur européen. Cette préoccupation s'observe dès l'article 1^{er} de la directive PSI III. L'objectif indiqué est « *de favoriser l'utilisation des données ouvertes et de stimuler l'innovation dans les produits et les services, [et fixer] un ensemble de règles minimales concernant la réutilisation et les modalités pratiques destinées à faciliter la réutilisation* ».

L'ouverture des données est antagoniste à la réservation des utilités des données numériques. Initialement, lors de l'adoption de directive 2003/98/CE du 17 novembre 2003³²⁹⁹ dite PSI I, l'Union européenne se montrait timide³³⁰⁰ à imposer aux États membres une

3297SHKABATUR J., *The Global Commons of Data*, Stanford Technology Law Review, 2019, vol. 22:2, spéc. p. 357, disponible [en ligne] : https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/2019/09/Shkabatur_Global-Commons_20190830-1.pdf (consulté le 01/09/2024)

3298V. en ce sens : cons. 5 de la directive 2003/98/CE du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public ; cons. 16 de la directive (UE) 2019/1024 du 20 juin 2019 concernant les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public (refonte) ; Commission européenne, *Impact Assessment study on the list of High Value Datasets to be made available by the Member States under the Open Data Directive*, Deloitte, Bruxelles, 2020, 437 p. ; *id.*, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Vers un espace européen commun des données »*, 19 février 2020, COM(2020) 66 final

3299Directive 2003/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public, JO n° L 345 du 31 décembre 2003 p. 90-96

3300KNOCKAERT M. et MICHEL A., *La Directive (UE) 2019/1024 et la réutilisation des informations du secteur public : un pas de plus vers un espace européen commun des données*, RTD Eur., janvier-mars 2023,

obligation de permettre la réutilisation des données publiques. Partant, la mise à disposition des données publiques aux fins de leur réutilisation était simplement encouragée. Il s'agissait dès lors d'une approche volontaire des États membres. Ce cadre législatif s'est, toutefois, avéré insuffisant en raison notamment du libre choix laissé aux États membres d'accorder ou non un droit de réutilisation des données publiques. Certains d'entre eux ont eu tendance à se réserver exclusivement les utilités de leurs données. Aussi, face à une exploitation insuffisante des données publiques, un véritable droit à la réutilisation opposable aux États membres a été créé avec l'adoption de la directive 2013/37/UE du 26 juin 2013³³⁰¹, dite PSI II.

La directive PSI III s'inscrit dans la continuité des efforts visant à promouvoir l'ouverture des données publiques. Cette législation représente une étape significative dans l'élargissement des obligations de mise à disposition des informations détenues par le secteur public. Son champ d'application est notablement large. Elle concerne non seulement les documents existants détenus par les organismes du secteur public, mais elle inclut également les documents des entreprises publiques³³⁰² ainsi que des données de la recherche³³⁰³. Bien que le Législateur européen use, tout au long de la directive PSI III du terme de « *document* », celui-ci jouit d'une acception suffisamment large pour inclure les données³³⁰⁴. L'inclusion des données dans le champ d'application de la directive PSI III se vérifie au regard des données de recherche³³⁰⁵, des ensembles de données de forte valeur³³⁰⁶ ainsi que des données dynamiques³³⁰⁷.

Dans le but de renforcer l'accès et la réutilisation, les organismes du secteur public et les entreprises publiques doivent mettre à disposition leur document notamment dans des formats qui sont ouverts, lisibles, par machine, accessibles, traçables, et réutilisables en les

p. 73

3301 Directive 2013/37/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 modifiant la directive 2003/98/CE concernant la réutilisation des informations du secteur public, JOUE L 175 du 27 juin 2013, p. 1–8

3302 Le considérant 19 de la directive (UE) 2019/1024 du 20 juin 2019 offre la possibilité aux États membres d'étendre la réglementation aux entreprises privées, notamment celles qui fournissent des services d'intérêt général.

3303 Art. 1.1 de la directive (UE) 2019/1024 du 20 juin 2019 concernant les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public (refonte)

3304 V. en ce sens : cons. 30 de la directive (UE) 2019/1024 du 20 juin 2019 concernant les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public (refonte) : « *la définition du terme « document » [...] devrait couvrir toute représentation d'actes, de faits ou d'informations – et toute compilation de ces actes, faits ou informations – quel que soit leur support (sur papier ou sous forme électronique ou comme enregistrement sonore, visuel ou audiovisuel). La définition du terme « document » n'est pas destinée à couvrir les programmes informatiques* ».

3305 Art. 1.1, c) et 10 de la directive (UE) 2019/1024 du 20 juin 2019 concernant les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public (refonte)

3306 Art. 13 de la directive (UE) 2019/1024 du 20 juin 2019

3307 Art. 2.8 de la directive (UE) 2019/1024 du 20 juin 2019

accompagnant de leurs métadonnées³³⁰⁸. Ces derniers sont donc soumis à une obligation générale d'autoriser la réutilisation de leurs informations tant à des fins commerciales que non commerciales³³⁰⁹. Avec la directive PSI III, le Législateur entend aller plus loin que le simple droit d'accès aux données publiques puisqu'il y a la possibilité de donner une « *seconde vie* »³³¹⁰ à ces données en les utilisant pour un autre objectif que ceux visés à l'origine par l'organisme public.

En somme, le Législateur européen tend à consacrer un véritable principe d'ouverture par défaut des données publiques dès leur conception³³¹¹ et à écarter toute idée de réservation de leurs utilités. Ainsi, par exemple, les données de recherche qui ont été financées par des fonds publics ou co-financées public-privé sont libres d'accès³³¹² alors qu'auparavant, la plupart des États membres les considéraient comme étant la « propriété » de l'institution publique. Outre le régime spécifique aux données de la recherche³³¹³, des règles spéciales sont applicables pour les ensembles de données de forte valeur³³¹⁴. Il s'agit de « *documents dont la réutilisation est associée à d'importantes retombées positives au niveau de la société, de l'environnement et de l'économie, en particulier parce qu'ils se prêtent à la création de services possédant une valeur ajoutée, d'applications et de nouveaux emplois décents et de grande qualité, ainsi qu'en raison du nombre de bénéficiaires potentiels des services et applications à valeur ajoutée fondés sur ces ensembles de données* »³³¹⁵. Cela vise notamment les données géospatiales, d'observation de la terre et de l'environnement, météorologiques, de statistiques³³¹⁶. La mise à disposition de ces ensembles de données de forte valeur est, par

3308 Art. 5 de la directive (UE) 2019/1024 du 20 juin 2019

3309 Art. 3.1 de la directive (UE) 2019/1024 du 20 juin 2019. Un tempérament est toutefois prévu au paragraphe 2 pour les documents à l'égard desquels des bibliothèques, des musées et des archives sont titulaires de droits de propriété intellectuelle et pour les documents détenus par des entreprises publiques.

3310 KNOCKAERT M. et MICHEL A., *op. cit.*, p. 78

3311 V. en ce sens : Art. 5.2 de la directive (UE) 2019/1024 du 20 juin 2019

3312 Art. 10 de la directive (UE) 2019/1024 du 20 juin 2019

3313 Les données de la recherche correspondent aux « *documents se présentant sous forme numérique, autres que des publications scientifiques, qui sont recueillis ou produits au cours d'activités de recherche scientifique et utilisés comme éléments probants dans le processus de recherche, ou dont la communauté scientifique admet communément qu'ils sont nécessaires pour valider des conclusions et résultats de la recherche* » (art. 2.9 de la directive (UE) 2019/1024 du 20 juin 2019 concernant les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public (refonte)). Il s'agit concrètement de statistiques, de mesures, d'observations de terrain, de résultats d'expériences, d'enquêtes ou encore de métadonnées « *et d'autres objets numériques* » (cons. 27 de la directive (UE) 2019/1024). Parmi ces données, seules sont, toutefois, concernées celles qui ont été financées par des fonds public ou cofinancées par les secteurs public et privé (con. 27, 28 et art. 10 de la directive (UE) 2019/1024 du 20 juin 2019). Le Législateur a prévu un régime spécial à l'article 10 pour ces données.

3314 V. é.g. Règlement d'exécution (UE) 2023/138 de la Commission du 21 décembre 2022 établissant une liste d'ensembles de données de forte valeur spécifiques et les modalités de leur publication et de leur réutilisation

3315 Art. 2.10 de la directive (UE) 2019/1024 du 20 juin 2019

3316 V. con. 60, et Annexe 1 de la directive (UE) 2019/1024 du 20 juin 2019

principe, gratuite³³¹⁷. Par ailleurs, elles doivent être mises à disposition aux fins de réutilisation avec un minimum de restrictions légales³³¹⁸.

Le considérant 61 de la directive PSI III précise que « *lorsque les organismes du secteur public jouissent du droit prévu à l'article 7, paragraphe 1, de la directive 96/9/CE, ils ne devraient pas exercer ce droit dans le but de prévenir la réutilisation ou de restreindre la réutilisation de documents existants au-delà des limites prévues par la présente directive* ». Cette disposition révèle une intention claire du Législateur européen : celle de renverser la jurisprudence antérieure de la Cour de justice illustrée par les affaires *Compass-Datenbank*³³¹⁹ et *Freistaat Bayern*³³²⁰. Dans ces arrêts, la Cour avait en effet reconnu la possibilité pour les organismes publics de restreindre la réutilisation de données publiques en invoquant les droits *sui generis* sur les bases de données qu'ils détenaient. Ce faisant, la réglementation de 2019 établit une priorité nette en faveur de la réutilisation des informations du secteur public sur les droits de propriété intellectuelle détenus par ces mêmes organismes. Cette logique implique que, même si un droit *sui generis* sur les données numériques venait à être instauré de manière plus générale, il ne pourrait en aucun cas être invoqué par les organismes publics pour faire obstacle au droit d'accès et de réutilisation des données publiques, tel que défini par la directive PSI III.

Cependant, à la différence de l'*Open Data*, une tarification peut éventuellement, dans des particuliers cas, être prévue³³²¹. De même, des conditions particulières de réutilisation de données publiques peuvent être imposées à condition, toutefois, qu'elles soient objectives, proportionnées, non discriminatoires et justifiées sur la base d'un objectif d'intérêt général³³²². De surcroît, ces « licences » ne doivent pas limiter indûment les possibilités de réutilisation et être utilisés pour restreindre la concurrence.

3317Art. 6.6, a) et 14.1, a) de la directive (UE) 2019/1024 du 20 juin 2019

3318Cons. 69 de la directive (UE) 2019/1024 du 20 juin 2019

3319CJUE, 3^e ch., 12 juillet 2012, aff. C-138/11, *Compass-Datenbank GmbH c. Republik Österreich* : en l'espèce, une société exploitant une base de données économiques en vue de fournir des services d'information avait demandé l'accès au registre des sociétés créé et tenu par la République d'Autriche sur la base de l'article 102 TFUE. Outre la question de l'application de cette disposition, la Cour de justice avait estimé que la République autrichienne pouvait invoquer son droit sur sa base de données pour faire échec à la demande de communication des informations tenant aux entreprises immatriculées au registre.

3320CJUE, 2^e ch., 29 octobre 2015, aff. C-490/14, *Freistaat Bayern c. Verlag Esterbauer GmbH* : en l'espèce, le Land de Bavière publie, par l'intermédiaire de l'Office régional du cadastre et des informations géographiques, des cartes topographiques. Un éditeur, Verlag Esterbauer avait réutilisé les cartes topographiques pour constituer, entre autres, des atlas, des carnets de course et des cartes géographiques pour les cyclistes, les vététistes et les pratiquants du roller en ligne. Le Land de Bavière estimait que cette réutilisation portait atteinte à son droit de propriété intellectuelle portant sur sa base de données constituée de données géographiques.

3321Art. 6 de la directive (UE) 2019/1024 du 20 juin 2019

3322Art. 8 de la directive (UE) 2019/1024 du 20 juin 2019

Au-delà de la directive PSI III, l'Union européenne a renforcé son cadre législatif en adoptant le règlement (UE) 2022/868 du 30 mai 2022, plus communément appelé *Data Governance Act* (DGA)³³²³. Ce règlement vient compléter le dispositif existant en matière d'ouverture des données. Le DGA s'inscrit dans la même logique de facilitation de la réutilisation des informations, mais il s'attaque spécifiquement aux données détenues par les organismes du secteur public qui n'entrent pas dans le champ d'application de la directive PSI III³³²⁴. Cela signifie que le DGA a vocation à couvrir des catégories de données publiques qui n'étaient pas explicitement visées par la précédente directive, élargissant ainsi significativement le spectre des informations susceptibles d'être réutilisées. Cette réglementation illustre la volonté de l'Union européenne d'étendre et d'approfondir le champ de la réutilisation des informations du secteur public. L'objectif est de s'assurer qu'un maximum de données publiques, qu'elles soient ou non couvertes par la directive PSI III, puissent être mises à disposition et réutilisées, afin de stimuler l'innovation, la création de services et de produits, et la transparence. Le DGA constitue ainsi une pièce maîtresse dans la stratégie européenne visant à libérer le potentiel économique et social des données publiques.

Comme l'avait relevé le Professeur Jean-Bernard AUBY, « *les données tendent à devenir le carburant essentiel de toute action sociale, qu'elle soit économique ou non* »³³²⁵. Aussi, il n'est pas étonnant qu'à côté de la volonté d'accroître le partage de données entre Gouvernement et entreprises (*G2B, Government to Business*), est apparue la nécessité pour le Gouvernement d'accéder à des informations du secteur privé. Cet accès vise à répondre à des préoccupations fondamentales d'intérêt public et à des défis modernes pour l'humanité, tels que la santé publique ou encore la préservation de l'environnement.

B. L'émergence timide de l'idée de partage des données des entreprises privées aux pouvoirs publics

458. La question de la création de droits d'accès pour l'État aux données détenues par le secteur privé a connu une intensité croissante dans les débats récents. Cette préoccupation est légitime, car les données générées et conservées par les entreprises privées recèlent un intérêt

³³²³Règlement (UE) 2022/868 du 30 mai 2022 portant sur la gouvernance européenne des données et modifiant le règlement (UE) 2018/1724 (règlement sur la gouvernance des données), JOUE L 152 du 3 juin 2022, p. 1–44

³³²⁴V. art. 3.1 du règlement (UE) 2022/868 du 30 mai 2022

³³²⁵AUBY J.-B., *Le droit administratif face aux défis du numérique*, AJDA, 2018, p. 835

public substantiel. Des exemples patents incluent les données d'occupation des logements collectées par des plateformes comme *Airbnb*, ou les informations sur les déplacements agrégées par des services de mobilité tels qu'*Uber*. Ces ensembles de données, bien que d'origine privée, peuvent fournir des aperçus critiques pour l'élaboration et l'évaluation de politiques publiques. Toutefois, le partage des données d'entreprises privées avec les pouvoirs publics demeure un domaine particulièrement ardu pour la gouvernance des données contemporaine.

L'accès de l'État aux données du secteur privé poursuit plusieurs finalités distinctes, que nous pouvons regrouper en trois catégories principales³³²⁶. La première finalité vise à optimiser l'efficacité des politiques publiques *ex ante* et *ex post*. Les données du secteur privé peuvent servir de fondement empirique pour guider la prise de décision, éclairer la conception de nouvelles politiques et affiner l'évaluation des incidences des politiques existantes. En disposant d'informations plus précises et en temps réel sur les dynamiques socio-économiques, les pouvoirs publics peuvent élaborer des interventions plus ciblées et plus performantes. Une deuxième finalité concerne l'amélioration des services publics eux-mêmes. L'intégration de données privées peut permettre aux administrations d'offrir des services plus adaptés aux besoins des citoyens, d'optimiser l'allocation des ressources et d'accroître l'efficacité opérationnelle des organismes publics. Enfin, la troisième finalité est la promotion du développement économique et de la concurrence. L'accès à certaines données privées peut s'avérer crucial pour identifier des lacunes du marché, stimuler l'innovation et garantir des conditions de concurrence équitables. Cependant, comme le souligne Heiko RICHTER, cette finalité soulève une question éminemment débattue : celle de la réutilisation de ces données par des tiers³³²⁷. Lorsque l'État utilise des données privées pour favoriser la concurrence, il est impératif d'évaluer la manière dont ces informations pourraient être partagées avec d'autres acteurs économiques. Il faut veiller à ne pas nuire aux investissements des entreprises privées d'origine ou générer de nouvelles inégalités.

459. L'exemple allemand du partage des données du secteur privé aux organismes publics – Tandis que l'OCDE s'est concentrée sur la promotion de la coopération volontaire public-privé³³²⁸, des États ont mis en place des systèmes d'accès aux données du secteur privé.

3326RICHTER H., *The Law and Policy of Government Access to Private Sector Data ('B2G Data Sharing')*, German Federal Ministry of Justice and Consumer Protection, Max Planck Institute for Innovation and Competition (eds), « Data Access, Consumer Interests and Public Welfare », Baden-Baden, Nomos, 2021, pp. 529-572

3327*Loc. cit.*

3328V. notamment VAN OOIJEN, C., UBALDI b. et WELBY B., *A data-driven public sector : Enabling the strategic use of data for productive, inclusive and trustworthy governance*, OCDE éd., 2019, OECD

Ainsi, en Allemagne, un droit d'accès aux données tarifaires des stations-service a créé au profit de l'Office de transparence du marché des carburants allemand, le *Markttransparenzstelle für Kraftstoffe* (MTS-K) en lien avec l'autorité allemande de la concurrence, le *Bundeskartellamt* (BKartA). L'objectif initial du MTS-K était de surveiller la formation des prix du carburant et de faciliter ainsi la détection d'ententes illicites. Cet objectif s'inscrit dans la finalité de préserver une saine concurrence. Concrètement, les stations-service d'Allemagne sont obligées de signaler en temps réel les changements de prix pour trois types de carburant à la BKartA³³²⁹. En outre, la BKartA est autorisée à transmettre les données en temps réel aux services d'information des consommateurs à des fins d'information. Il existe, cependant, une limitation stricte de la finalité de la réutilisation des données. La loi n'autorise la divulgation des données qu'à la Commission des monopoles et au ministère de l'Économie. Jusqu'à présent, les tiers n'ont pas le droit d'accéder à ces données, même s'ils en font la demande. Il est, actuellement, débattu de la question de savoir si, au moins, les offices statistiques pourraient avoir accès sur demande à ces données collectées afin de leur réutilisation.

460. **L'exemple français avec la catégorie des « données d'intérêt général »** – En France, dès 2015 s'est posée la question de l'ouverture des données de transport³³³⁰. Par la suite, le Législateur, après une vaste consultation des parties prenantes, a créé, par la loi *Lemaire*³³³¹ une nouvelle catégorie de données appelée « *données d'intérêt général* »³³³². Il s'agit de « *données qui sont de nature privée mais dont la publication peut se justifier en raison de leur intérêt pour améliorer les politiques publiques* »³³³³. Ainsi, cet accès aux données du secteur privé poursuit deux finalités, la première est celle d'améliorer les politiques *ex ante* et *ex post*, et la seconde est de promouvoir le développement économique et la concurrence.

Working Papers on Public Governance n° 33, 17 mai 2019, 59 p.

3329§ 47 K *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB)

3330JUTAND F., *Rapport remis au secrétaire d'État chargé des Transports, de la Mer, et de la Pêche ; Ouverture des données de transports*, mars 2015, disponible [en ligne] : https://trafic-routier.data.cerema.fr/IMG/pdf/vf_rapport_jutand.pdf (consulté le 01/09/2024)

3331Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique

3332Art. 17 à 24 de la loi n° 2016-1321 du 07 octobre 2016 pour une République numérique – Cette nouvelle catégorie fait suite au rapport relatif aux données d'intérêt général de septembre 2015 dans lequel était préconisait l'insertion de clauses *open data* dans les contrats de concessions et de subventions (Inspection générale des finances, Conseil général de l'économie, membres du Conseil d'État, *Rapport relatif aux données d'intérêt général*, septembre 2015, disponible [en ligne] : <https://www.economie.gouv.fr/files/files/DIG-Rapport-final2015-09.pdf> (consulté le 01/09/2024))

3333DREYFUS J.-D., *L'obligation du concessionnaire quant aux données et bases de données collectées ou produites à l'occasion de l'exploitation du service public. Open data et gestion des services publics*, AJCT, 2017, p. 187.

Cette notion de « *donnée d'intérêt général* » comprend un ensemble hétérogène de données qui présentent un lien étroit avec les services publics. Ce sont essentiellement les données produites ou collectées par des concessionnaires ou entités subventionnées par la puissance publique. Ainsi, l'article 17 de loi *Lemaire* a modifié l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession en y ajoutant un article 53-1. Cette disposition prévoit que « *lorsque la gestion d'un service public est déléguée, le concessionnaire fournit à l'autorité concédante, sous format électronique, dans un standard ouvert librement réutilisable et exploitable par un système de traitement automatisé, les données et les bases de données collectées ou produites à l'occasion de l'exploitation du service public faisant l'objet du contrat et qui sont indispensables à son exécution. L'autorité concédante ou un tiers désigné par celle-ci peut extraire et exploiter librement tout ou partie de ces données et bases de données, notamment en vue de leur mise à disposition à titre gratuit à des fins de réutilisation à titre gratuit ou onéreux* ». Ce faisant, l'autorité concédante pourra avoir connaissance des données recueillies par le concessionnaire et, par la suite, les exploiter. Ces données pourront notamment être réutilisées par les tiers à titre gratuit. Des auteurs³³³⁴ ont vu dans l'article 17 de la loi *Lemaire* la simple application de la théorie des biens de retour³³³⁵ consacrée dans la décision du Conseil d'État *Commune de Douai*³³³⁶. Par ailleurs, la loi *Lemaire*, en insérant un nouvel article 3 *bis* dans la loi n° 51-711 du 7 juin 1951³³³⁷, a permis d'organiser l'ouverture de données privées des entreprises à la statique publique. Ainsi, l'instauration d'un droit *sui generis* sur les données numériques devra nécessairement prendre en compte ce mouvement d'accès aux données, et notamment l'article 53-1 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016.

461. L'émergence au niveau de l'Union européenne de l'idée de partage des données du secteur privé aux organismes publics – Suivant l'exemple de ces deux pays, la DG CONNECT, dans son projet de rapport du 26 juin 2017 sur l'accès aux données privées pour les organismes publics faisait référence au concept de « *reverse PSI* ». Ce concept renvoie explicitement à la directive PSI III. « *Reversing the concept of the PSI Directive would entail*

3334BASSI T., *Les données collectées par le concessionnaire de service public*. AJDA, 2019, p. 496 et s. ; DREYFUS J.-D., *L'obligation du concessionnaire quant aux données et bases de données collectées ou produites à l'occasion de l'exploitation du service public. Open data et gestion des services publics*, AJCT, 2017, p. 185.

3335Les biens de retour sont des biens cédés à titre gratuit à la personne publique à l'expiration du contrat quand bien même ces biens auraient été financés par l'exploitant.

3336CE, Ass., 21 décembre 2012, n° 342788 ; AJDA, 2013, p. 457

3337Loi n° 51-711 du 7 juin 1951 sur l'obligation, la coordination et le secret en matière de statistiques

access for public sector bodies to re-use privately-held data »³³³⁸. Après avoir remis son « paquet de données » de 2018³³³⁹, la Commission européenne avait nommé un groupe d'experts sur la question du partage de données *B2G (Business-to-Government)*³³⁴⁰. Par la suite, dans sa communication de 2020, la Commission reprenait les recommandations faites par ce groupe d'experts. Ce dernier encourageait le partage volontaire des données et envisageait la possibilité d'instaurer un cadre réglementaire européen, afin d'encadrer la réutilisation par le secteur public de données détenues par le secteur privé à des fins d'utilité publique³³⁴¹. En tout état de cause, ces initiatives soulignent l'importance croissante dans l'Union européenne du droit d'accès des pouvoirs publics aux données détenues par le secteur privé. Cependant, cela pourrait conduire à une multiplication de droits sectoriels d'accès aux données au profit des autorités publiques. Récemment, le Législateur européen a consacré, par le *Data Act*, un droit de partage des données privées au profit des organismes publics strictement délimité.

II. Les raisons de la reconnaissance de droits d'accès aux données

462. Jusqu'à présent, la Commission européenne a manifesté une certaine réticence à adopter une approche généralisée de libre accès aux données d'entreprise, qu'il s'agisse de relations interentreprises (*Business to Business – B2B*) ou entre entreprises et consommateurs (*Business to Consumer – B2C*). Cette prudence est perceptible dans sa communication de 2020, où la Commission a indiqué qu'elle examinerait « *la meilleure manière de traiter les problèmes systémiques liés aux plateformes et aux données, y compris au besoin par une*

3338DG CONNECT, Draft report : 26 June 2017 workshop on access to privately-held data for public bodies, disponible [en ligne] : https://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2017-28/final_-_report_from_reverse_psi_workshop_B7FA94EE-FA15-1929-8BBA2754D0D2FBE9_45916.pdf (consulté le 01/09/2024). Traduction personnelle : « *En inversant le concept de la directive ISP, les organismes du secteur public auraient accès à la réutilisation des données détenues par le secteur privé* ».

3339Commission européenne, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Vers un espace européen commun des données*, {SWD(2018) 125 final}, 25 avril 2018, COM(2018) 232 final

3340Commission européenne, *Towards a European strategy on business-to-government data sharing for the public interest – Final report prepared by the High-Level Expert Group on Business-to-Government Data Sharing*, Publications Office, 2020, 116 p. spéc. p. 28 « *the European Commission should explore the creation of a regulatory framework enabling the development of fast, responsible and sustainable B2G data sharing for public-interest purposes* »

3341Commission européenne, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Vers un espace européen commun des données »*, 19 février 2020, COM(2020) 66 final, spéc. p. 9 : La Commission se réfère aux recommandations de son Groupe d'experts, consistant à « *créer des structures nationales pour le partage de données B2G, [à] développer des incitations appropriées favorisant l'acquisition d'une culture du partage des données et [à] étudier la possibilité d'un cadre réglementaire de l'UE régissant la réutilisation par le secteur public de données détenues par le secteur privé, pour des motifs d'utilité publique* ».

réglementation ex ante afin de garantir que les marchés restent ouverts et équitables »³³⁴². Cette déclaration souligne une préférence pour une intervention ciblée et mesurée plutôt qu'une ouverture *ad nauseam* des données. En conséquence, l'Union européenne a privilégié une approche limitée et sectorielle dans la réglementation de l'économie des données. Dans la communication de 2020 intitulée « *Une stratégie européenne pour les données* », la Commission se concentrait, entre autres, sur les mesures visant à améliorer l'accès et l'utilisation grâce à un cadre intersectoriel de gouvernance des données, des infrastructures pour l'hébergement, le traitement et l'utilisation des données, et en particulier l'interopérabilité des systèmes de données.

Ces projets politiques européens ont conduit à instaurer des droits sectoriels d'accès aux données. La reconnaissance de ces droits d'accès se justifie pour plusieurs raisons. Ces droits peuvent servir à garantir l'autodétermination informationnelle (A) mais également être un garant de l'innovation et d'une concurrence saine (B).

A. Le droit d'accès comme garant de l'autodétermination informationnelle

463. **Un droit d'accès au profit des personnes physiques sur leurs données** – Au-delà du droit d'accès « exclusif » traditionnellement reconnu aux personnes physiques concernant leurs données à caractère personnel³³⁴³, le RGPD a introduit une innovation majeure avec le droit à la portabilité des données, tel qu'énoncé à l'article 20. Ce droit confère aux individus la possibilité de récupérer les données personnelles qu'ils ont fournies à un responsable de traitement, et de les transmettre à un autre responsable de traitement sans entrave. Ainsi, le responsable du traitement est tenu de transmettre ces données à la personne concernée dans un format structuré, couramment utilisé et lisible par machine, agissant sans retard injustifié et généralement au plus tard dans un délai d'un mois³³⁴⁴. Ce droit de portabilité peut être exercé à tout moment et est en principe gratuit³³⁴⁵.

Ce droit à la portabilité des données est largement considéré comme une solution potentiellement très prometteuse pour résoudre les problèmes d'accès aux données, en particulier dans un contexte où les données sont de plus en plus centralisées et contrôlées par

3342Commission européenne, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Vers un espace européen commun des données »*, 19 février 2020, COM(2020) 66 final, spéc. p. 18

3343Art. 15 du règlement général sur la protection des données

3344Art. 12.3 du règlement général sur la protection des données

3345Art. 12.5 du règlement général sur la protection des données. Cette disposition ne s'applique pas aux demandes manifestement infondées ou excessives en raison, notamment, de leur caractère répétitif.

de grandes plateformes numériques. La personne concernée a, effectivement, le droit de recevoir les données à caractère personnel la concernant qu'elle a fournies à un responsable du traitement.

L'article 20 du RGPD se distingue comme une disposition singulière au sein de l'ensemble des droits accordés aux personnes concernées. Alors que la majorité des règles du RGPD visent à protéger l'individu contre l'utilisation indésirable de ses données par des tiers, l'article 20 octroie explicitement à la personne concernée le droit d'utiliser et de contrôler ses propres données personnelles. Ce régime de portabilité des données présente un caractère de *Janus*, symbolisant sa double facette et sa position à la croisée du droit de la concurrence et du droit de la protection des données. L'objectif poursuivi par ce droit à la portabilité est, en effet, double. D'une part, il s'agit de préserver l'autodétermination informationnelle de la personne concernée. Cela signifie que l'individu est mis en capacité de reprendre le contrôle de ses informations personnelles, de décider de leur destination et de leur utilisation, et de ne plus être un simple sujet passif de leur traitement. Ce droit renforce l'autonomie de l'utilisateur dans l'environnement numérique. D'autre part, le droit à la portabilité vise à favoriser la concurrence entre les responsables du traitement des données³³⁴⁶ et à empêcher les effets de verrouillage³³⁴⁷. Ces effets de verrouillage surviennent lorsque les coûts ou les difficultés liés au changement de fournisseur de services sont si élevés qu'ils dissuadent les consommateurs de migrer, même s'ils souhaitent le faire. En facilitant le transfert des données d'un fournisseur à l'autre, l'article 20 réduit ces frictions et stimule une compétition plus saine.

Ainsi, concrètement, le consommateur, personne physique, peut exercer son droit à la portabilité de ses données personnelles pour donner accès à ces données détenues par une entreprise telle qu'une plateforme de médias sociaux, à d'autres entreprises, soit pour faciliter le changement de services, soit pour permettre l'offre de services complémentaires nécessitant l'accès à ces données personnelles.

464. Un droit d'accès extrêmement limité – Malgré l'ambition sous-jacente à l'article 20 du RGPD, force est de constater que son application effective n'a pas encore pleinement

³³⁴⁶En effet, du point de vue du droit de la concurrence, le droit de portabilité abaisse les barrières à l'entrée sur le marché des services primaires et accroît la contestabilité de la position sur le marché de tous fournisseurs de services donnés.

³³⁴⁷Ce droit vise à faciliter le changement de services dont la fourniture peut être influencée de manière significative par les données personnelles historiques. – V. Commission européenne, *Commission staff working document on the free flow of data and emerging issues of the European data economy Accompanying the document Communication Building a European data economy* {COM(2017) 9 final}, 10 janvier 2017, SWD (2017) 2 final, spéc.p. 11

concrétisé son potentiel, notamment en raison d'une portée parfois ambiguë et circonscrite. Cette limitation découle d'une part, de l'existence d'exceptions spécifiques et d'autre part, d'un champ d'application étroit.

Le droit de recevoir et de transmettre des données est soumis à trois principales exceptions qui peuvent en restreindre l'exercice. Premièrement, il n'est pas possible d'exiger la transmission de données qui ont déjà été légalement supprimées ou rendues irréversiblement anonymes³³⁴⁸. Cette exception est logique, car l'objet même de la portabilité, c'est-à-dire la donnée personnelle identifiable, n'existe plus. Deuxièmement, le droit à la portabilité ne peut interférer avec l'exécution d'une tâche effectuée dans l'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement³³⁴⁹. Cette exception vise, concrètement, à protéger les missions d'intérêt général des organismes publics ou des entités privées agissant pour leur compte. Troisièmement, la portabilité ne doit pas porter atteinte aux droits et libertés de tiers³³⁵⁰. Cette dernière exception se révèle excessivement imprécise et soulève des questions d'interprétation significatives. La disposition ne précise nullement quels droits et libertés pourraient faire obstacle à la portabilité. Il est généralement admis que cela concerne principalement les données personnelles d'autres personnes concernées et les secrets des affaires du responsable du traitement³³⁵¹ ou d'autres parties ou encore la propriété intellectuelle³³⁵². L'imprécision de cette exception conduit à s'interroger sur la prise en compte des intérêts économiques du responsable du traitement lors d'une demande de portabilité. Un responsable pourrait être tenté d'arguer qu'une atteinte à ses intérêts économiques équivaldrait à une atteinte à sa liberté d'entreprendre. Cependant, deux dispositions majeures du RGPD réfutent cet argument. D'une part, l'article 12.5 du RGPD prévoit que la demande de portabilité doit généralement être satisfaite gratuitement. Implicitement, cela signifie que le Législateur a écarté les intérêts économiques du responsable, intérêts qui auraient pu conduire à une

3348Cons. 26 du règlement général sur la protection des données

3349Art. 20 (3) et cons. 73 du règlement général sur la protection des données

3350Art. 20 (4) du règlement général sur la protection des données

3351L'article 4 de la directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 sur les secrets d'affaires ne protège le détenteur du secret des affaires que contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites d'un secret des affaires. Aussi, la demande de portabilité ne relève-t-elle pas du champ d'application de la directive sur les secrets d'affaires. Néanmoins, l'intérêt du responsable du traitement à protéger un secret des affaires existant peut être pris en compte au titre de l'article 20.4, du RGPD. Ces secrets peuvent inclure la quantité de données traitées, la structure des données traitées et éventuellement, les métadonnées qui l'accompagnent. Cependant, il est difficile de voir comment l'intérêt de garder ces informations secrètes pourrait l'emporter sur le droit à la portabilité de la personne concernée. Le RGPD ne reconnaît certainement pas au responsable du traitement le droit de garder secrète la quantité de données à caractère personnel traitées. L'article 15 du RGPD prévoit plutôt le contraire. Finalement, au regard des possibilités de mise en œuvre que l'article 20 du RGPD accorde au responsable du traitement, il incombe à ce dernier d'organiser la portabilité de manière à ne pas révéler d'informations structurelles et de métadonnées relevant du secret des affaires.

3352Cons. 63 du règlement général sur la protection des données

tarification de l'accès aux données. D'autre part, l'objectif de l'article 20 du RGPD est précisément de permettre à la personne concernée de changer de prestataire de services, ce qui, par nature, peut entraîner des effets économiques défavorables pour le responsable de traitement initial. Permettre que ces intérêts économiques fassent obstacle à la portabilité reviendrait à priver ce droit de toute portée.

Outre ces exceptions, le champ d'application du droit à la portabilité est, somme toute, restreint et cela, pour deux raisons. Tout d'abord, ce droit ne s'applique que lorsque le traitement est effectué par des moyens automatisés et qu'il est basé sur le consentement de la personne concernée ou sur un contrat³³⁵³. Les traitements fondés sur d'autres bases légales sont donc exclus. Ensuite, seules sont concernées par ce droit les données à caractère personnel fournies par la personne concernée au responsable du traitement³³⁵⁴. Cette formulation restrictive pose des problèmes d'interprétation majeurs. De toute évidence, le libellé de l'article 20 du RGPD couvre les données personnelles explicitement fournies par la personne concernée, telles que les coordonnées, les commentaires. Il n'est pas non plus contesté que les données déduites ne sont pas considérées comme fournies par la personne concernée. Par conséquent, ces données dérivées qu'elles proviennent notamment d'une agrégation, d'une analyse, telles que les dossiers des utilisateurs et les scores de crédit, ne sont pas soumises à cette exigence de portabilité prévue par l'article 20 du RGPD. D'autres données à caractère personnel semblent être exclues du champ d'application de cette disposition. Il s'agit des données qu'un tiers a fournies au responsable du traitement sur la base d'une relation avec la personne concernée, en particulier, toutes les communications envoyées à la personne concernée telles que les courriels, les commentaires sur les publications. La question la plus débattue concerne les données observées à partir de l'activité de la personne concernée, notamment celles issues des appareils connectés. D'un côté, nous pourrions estimer que ces données sont enregistrées et collectées par le responsable, non directement fournies par la personne. D'un autre côté, le fait que l'article 20 du RGPD présuppose un traitement licite fondé sur le consentement ou le contrat suggère que la personne a volontairement autorisé le responsable du traitement à enregistrer, à collecter ces données et lui a ainsi donné accès. Le considérant 60 du RGPD, qui considère la collecte comme une forme de fourniture de données, appuie cette interprétation. Suivant cette réflexion, les données devraient alors être considérées comme fournies dès lors que la

3353 Art. 6.1, a) et b) et art. 9.2 a) du règlement général sur la protection des données

3354 Il est à noter que le groupe « Article 29 », remplacé par le Comité européen de la protection des données, considérerait que les données personnelles étaient couvertes par l'article 20 du RGPD et cela, sans distinguer si elles étaient ou non fournies par la personne concernée (Article 29 Data Protection Working Party, *Guidelines on the right to data portability*, WP 242 rev.01, 5 avril 2017, spéc. p. 11).

personne a volontairement contribué à leur acquisition et que le responsable n'a pas ajouté de valeur substantielle au-delà du stockage. Cette question concernant les données enregistrées par les objets connectés perdra en partie son intérêt lors de l'entrée en application du *Data Act* le 12 septembre 2025. Ce dernier prévoit un régime d'accès spécifique pour les utilisateurs de données d'utilisation générées par les objets connectés. Cependant, l'incertitude persiste pour d'autres catégories de données fournies par des tiers, notamment celles que des tiers fournissent au responsable de traitement en raison d'une relation avec la personne concernée. Se pose la question de savoir si la personne concernée n'a pas, dans ce cas, contribué volontairement à l'acquisition de ces données par le responsable du traitement. Si une telle contribution est avérée, ces données devraient être considérées comme fournies par la personne concernée. Cependant, à notre connaissance, aucune décision n'a, à ce jour, tranché cette question.

Par ailleurs, il semble que l'article 20 du RGPD n'inclue pas la portabilité des données en temps réel³³⁵⁵. La règle envisage un transfert unique de données, bien que des demandes multiples à des intervalles raisonnables puissent être acceptées. Toutefois, des demandes excessivement répétitives pourraient être considérées comme abusives et soumises à des frais en vertu de l'article 12.5 du RGPD. Ainsi, ce droit garantit principalement la possibilité de changer de prestataire de services, et peut faciliter un hébergement multiple initial, mais il ne permet pas une utilisation croisée constante et dynamique entre différents services. Par conséquent, l'article 20 du RGPD ne s'attaque pas efficacement au problème du verrouillage de potentiels marchés secondaires³³⁵⁶ où un accès en temps réel ou quasi-réel est indispensable pour l'innovation et la concurrence. Pour remédier à cette blocage, un droit d'accès en temps réel et un droit garantissant l'interopérabilité des données avec les fournisseurs de services tiers apparaissent comme des compléments nécessaires.

Face à ces limitations, il n'est pas surprenant que des réflexions aient émergé sur la manière de rendre ce droit à la portabilité des données plus efficace. En définitive, l'article 20 du RGPD est conçu avant tout pour « *permettre le changement de fournisseur plutôt que la réutilisation des données dans les écosystèmes numériques* »³³⁵⁷. Reste que son objectif principal est de garantir l'autodétermination informationnelle des personnes concernées.

3355V. le délai d'action prévu à l'article 12.3, du règlement général sur la protection des données

3356Nous estimons que l'article 20 du RGPD poursuit avant tout comme finalité la garantie de l'autodétermination informationnelle.

3357Commission européenne, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Vers un espace européen commun des données »*, 19 février 2020, COM(2020) 66 final, p. 12

B. Le droit d'accès comme garant d'innovation et d'une saine concurrence

465. Les avantages économiques et sociaux escomptés de l'accès et du partage des données sont substantiels. Les innovations axées sur les données ont déjà profondément transformé de nombreux secteurs de l'économie, s'affirmant comme une source disruptive de croissance de la productivité. Plus spécifiquement, l'exploitation avancée de l'analyse des données et des applications de l'intelligence artificielle permet aux entreprises d'optimiser leurs opérations et de développer de nouveaux modèles d'affaires à des coûts considérablement réduits par rapport à l'ère analogique. Au-delà de la seule croissance de la productivité, une disponibilité accrue des données est un moteur essentiel de l'innovation (1) et un garant indispensable d'une concurrence saine (2).

1. Le maintien de l'innovation par l'accès aux données dans le cadre des services de paiement

466. Depuis l'adoption de la directive 2007/64/CE³³⁵⁸, le paysage des services de paiement a connu une diversification significative, marquée en particulier par l'apparition des services d'initiation de paiement (SIP) dans l'écosystème du commerce électronique. Ces services se matérialisent par une interconnexion logicielle entre la plate-forme marchande et la banque en ligne du payeur, facilitant l'initiation de paiements par virement bancaire par le biais d'Internet. Cette innovation s'est avérée mutuellement bénéfique pour les acteurs économiques et les consommateurs, en optimisant les processus de transaction.

Le fonctionnement des SIP repose essentiellement, voire exclusivement, sur l'accès aux données. Les prestataires de services d'initiation de paiement (PSIP) requièrent des informations précises sur l'exécution des opérations de paiement. Pour garantir la célérité caractéristique de ces services innovants, cette transmission d'informations doit s'opérer en temps réel. Le traitement instantané des services de paiement est effectivement l'une des caractéristiques innovants de ce type de service. En réalité, les SIP constituent une innovation plutôt axée sur la technologie qui ne nécessite qu'une quantité très limitée de données, ces

3358 Directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE ainsi que 2006/48/CE et abrogeant la directive 97/5/CE, JOUE L 319 du 5 décembre 2007, p. 1–36

dernières sont néanmoins cruciales. L'absence d'une confirmation immédiate du virement bloquerait en effet la finalisation rapide de la transaction de vente en ligne.

Aussi, afin de stimuler l'émergence de services financiers novateurs, notamment portés par les entreprises de la *Fintech*³³⁵⁹, l'idée d'un droit d'accès aux données du secteur bancaire s'est imposée. En effet, ces entreprises se heurtaient initialement à des difficultés pour proposer leurs services innovants aux consommateurs, les banques étant en mesure de leur refuser l'accès aux données de leurs clients. Pour pallier cette entrave, la directive (UE) 2015/2366 du 25 novembre 2015, dite DSP2, a instauré un régime sectoriel d'accès³³⁶⁰. Ce cadre réglementaire contraint les prestataires de services de paiement à octroyer aux PSIP et aux prestataires de services d'information sur les comptes un accès, sous réserve de l'autorisation des titulaires de comptes bancaires, à certaines données des comptes, et à leur permettre d'initier directement des paiements depuis ces comptes³³⁶¹. Cela implique alors que les banques n'ont plus le droit de refuser à ces prestataires un tel accès à ces données.

Par ailleurs, il est important de noter que l'Union européenne est allée au-delà d'un simple droit d'accès aux données. Les modalités d'accès prévues par la DSP2 impliquent un accès technique direct aux comptes bancaires des clients. Aussi, les prestataires de services de paiement sont tenus de fournir des interfaces interopérables et ouvertes à ces prestataires. Cette exigence conduit alors à une certaine forme de standardisation, notamment des interfaces de programmation d'application.

Finalement, l'ensemble de ces mesures représente un modèle de gouvernance des données dont l'objectif est de catalyser l'innovation axée sur les données, en favorisant une ouverture stratégique de ces dernières.

2. Le maintien par l'accès aux données d'une concurrence saine

467. Des droits accès ont été instaurés tant dans le cadre des contrats de consommation **(a)** que dans le cadre des secteurs en situation monopolistique **(b)** et cela, dans le but de préserver une concurrence saine.

3359VILLEROY DE GALHAU F., *Les Fintechs, aux avant-postes des « nouvelles frontières »*, Banques de France, 16 octobre 2023, disponible [en ligne] : <https://www.banque-france.fr/fr/governors-interventions/les-fintechs-aux-avant-postes-des-nouvelles-frontieres> (consulté le 01/09/2024)

3360Les idées de base de la DSP2 ont été fortement influencées par l'initiative d'*Open Banking* de l'Autorité de concurrence britannique, *The Competition and Markets Authority (CMA) (The Competition and Markets Authority, Retail banking market investigation. Provisional decision on remedies*, 17 mai 2016, disponible [en ligne] : https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a7f920be5274a2e87db6a65/retail_banking_market_pdr.pdf (consulté le 01/09/2024)).

3361Art. 66, 67 de la directive (UE) 2015/2366 du 25 novembre 2015

a. Dans le cadre des contrats de consommation

468. La question de l'obligation pour une partie contractante d'accorder à son cocontractant un accès aux données collectées, en l'absence de précision contractuelle, soulève d'emblée une interrogation fondamentale. La réponse initiale tendrait vers la négation d'une telle obligation. Cependant, cette position dépendra fortement de l'impact des politiques de protection, en particulier celles relatives à la protection des personnes physiques, des consommateurs.

Au-delà de la protection des données à caractère personnel, l'Union européenne s'est penchée sur la légitimité d'un droit d'accès des consommateurs aux données générées dans le cadre de leurs relations contractuelles. Au sein de « législation » de l'Union européenne sur les contrats de consommation³³⁶², nous nous concentrerons principalement sur la directive (UE) 2019/770 du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques. Cette directive, d'une portée substantielle, régit une multitude de contrats numériques, y compris de nombreux services Internet et de médias sociaux, qu'ils soient onéreux ou basés sur la fourniture de données personnelles en lieu et place d'une contrepartie financière³³⁶³. Aussi, les règles de la directive (UE) 2019/770 trouvent-elles à s'appliquer à un grand nombre de ces contrats de consommation. C'est dans ce cadre que l'article 16.4 de ladite directive a introduit un droit d'accès aux données. En vertu de cette disposition, le professionnel est tenu de mettre à la disposition du consommateur, sur demande et en cas de résolution du contrat, tout contenu autre que des données à caractère personnel, qui a été fourni ou créé par ce dernier lors de l'utilisation du contenu ou service numérique³³⁶⁴. Cette disposition s'apparente moins à un simple droit d'accès qu'à un droit de portabilité étendu, présentant une certaine similitude avec l'article 20 du RGPD.

3362Forme la « législation » européenne sur les contrats de consommation : Directive (UE) 2019/770 du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques, JOUE L 136 du 22 mai 2019, p. 1–27 ; Directive (UE) 2019/771 du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens, modifiant le règlement (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE et abrogeant la directive 1999/44/CE, JOUE L 136 du 22 mai 2019, p. 28–50 ; Directive (UE) 2019/2161 du 27 novembre 2019 modifiant la directive 93/13/CEE et les directives 98/6/CE, 2005/29/CE et 2011/83/UE en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs, JO L 328 du 18 décembre 2019, p. 7–28

3363Art. 3.2 de la directive (UE) 2019/770 du 20 mai 2019

3364L'article 16(4) est de nature impérative, v. l'article 22.1 de la directive (UE) 2019/770 du 20 mai 2019

Toutefois, ce droit d'accès prévu à l'article 16.4 est soumis à un certain nombre de conditions qui, prises dans leur ensemble, peuvent significativement réduire son champ d'application. Premièrement, l'accès n'est autorisé qu'à un moment précis : la fin du contrat. Son application est limitée aux cas de résolution contractuelle motivée par un défaut de fourniture par le professionnel, un défaut de conformité, ou une modification du contenu ou du service. Tous les autres motifs de « fin de contrat », en particulier la résiliation de contrats à long terme après une certaine période, sont exclus du champ d'application de la directive³³⁶⁵. Cette restriction empêche, par conséquent, les consommateurs de s'appuyer sur cette disposition pour utiliser leurs contenus sur différents services de manière simultanée.

Deuxièmement, le droit d'accès ne concerne que le « *contenu autre que les données à caractère personnel, fourni ou créé par le consommateur* ». Pour les données à caractère personnel, les dispositions du RGPD priment sur celles de la directive (UE) 2019/ 770 du 20 mai 2019³³⁶⁶. Compte tenu de la définition extensive des données à caractère personnel et de l'interprétation large qu'en fait la jurisprudence, l'article 16.4 de la directive (UE) 2019/770 présente une valeur pratique limitée dans les circonstances actuelles. Les données enregistrées par les objets connectés, par exemple, échappent à son champ d'application. Sa pertinence se manifeste principalement dans les cas d'anonymisation des données ou contenus.

Enfin, le professionnel dispose de la faculté de refuser l'accès au contenu fourni ou créé par le consommateur dans des situations spécifiques énumérées à l'article 16.3, points a) à c). Un tel refus est admissible si le contenu « *n'est d'aucune utilité en dehors du contexte du contenu numérique ou du service numérique fourni* » par le professionnel, ou s'il « *n'a trait qu'à l'activité du consommateur lorsqu'il utilise le contenu numérique ou le service numérique fourni par le professionnel* ». Cette dernière exception, si elle est interprétée de manière extensive, pourrait considérablement affaiblir le droit d'accès du consommateur, étant donné que tout contenu stocké sur le produit ou service professionnel est, par nature, plus ou moins lié à l'activité du consommateur. Le professionnel peut également refuser l'accès si le contenu « *a été agrégé avec d'autres données par le professionnel et ne peut être désagrégé, ou ne peut l'être que moyennant des efforts disproportionnés* ».

3365 Toutefois, les États membres sont libres d'étendre le droit à la portabilité à l'hypothèse, par exemple, de la résiliation.

3366 V. en ce sens : art. 3.8, et art. 16. 2 de la directive (UE) 2019/770 du 20 mai 2019

Relevons, pour finir, que la directive (UE) 2019/771 du 20 mai 2019 n’instaure pas de règles comparables pour le contenu numérique intégré dans un produit physique, en particulier les logiciels. Par conséquent, les consommateurs n’auront pas de droits d’accès aux données pour les dispositifs utilisés dans l’Internet des objets ni sur le fondement de la directive (UE) 2019/771, ni sur celui de la directive (UE) 2019/ 770.

b. Dans les secteurs en situation monopolistique

469. L’instauration de régimes spécifiques d’accès aux données se justifie pleinement par la nécessité de corriger des défaillances de marché, fréquemment engendrées par les positions quasi monopolistiques détenues par des opérateurs historiques. L’exemple des données relatives à la consommation d’énergie en est une illustration éloquente. Dans le secteur de l’énergie, des obligations d’accès aux données ont été mises en œuvre³³⁶⁷. Le Législateur européen, en particulier dans le secteur de l’électricité, a imposé aux États membres l’implémentation de droits d’accès obligatoires dans leur législation nationale. Ainsi, les consommateurs sont expressément autorisés à accéder aux données concernant l’électricité qu’ils injectent dans le réseau ainsi qu’à leurs données de consommation. Cet accès doit s’effectuer par le biais d’une interface de communication normalisée ou un accès à distance, sous une forme aisément compréhensible, leur permettant de comparer les offres disponibles sur une base équivalente³³⁶⁸. En exigeant l’interopérabilité des données, le Législateur européen a adopté une approche obligatoire de « portabilité » qui excède significativement la portée de l’article 20 du RGPD. L’objectif principal de cet accès facilité aux données de consommation d’énergie est de fluidifier le changement de fournisseur d’énergie, permettant aux prestataires de proposer des tarifs ajustés et compétitifs, fondés sur des historiques de consommation précis.

Outre les secteurs de l’énergie, l’exemple des informations sur la réparation des véhicules est également pertinent. Le règlement (CE) n° 715/2007 du 20 juin 2007 a instauré

3367V. par ex. dans le secteur du gaz naturel : art. 3.6, b), et l’annexe I, paragraphe 1, h), de la directive 2009/73/CE du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE, JO L 211 du 14 août 2009, p. 94–136 ; art. 23 de la directive (UE) 2024/1788 du 13 juin 2024 concernant des règles communes pour les marchés intérieurs du gaz renouvelable, du gaz naturel et de l’hydrogène, modifiant la directive (UE) 2023/1791 et abrogeant la directive 2009/73/CE (refonte), JOUE L, 2024/1788, 15 juin 2024 ; dans le secteur de l’électricité : directive (UE) 2019/944 du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l’électricité et modifiant la directive 2012/27/UE (refonte), JOUE L 158 du 14 juin 2019, p. 125–199

3368Art. 20, e) de la directive (UE) 2019/944 du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l’électricité et modifiant la directive 2012/27/UE (refonte)

un droit d'accès à ces informations dans le but de garantir une concurrence effective sur le marché des services de réparation et d'entretien des véhicules³³⁶⁹. Historiquement, les constructeurs automobiles tendaient à retenir ces informations, s'arrogeant ainsi le marché secondaire de la réparation et de l'entretien, au détriment des prestataires de services indépendants et non agréés. Pour remédier à cette pratique restrictive et ouvrir ce marché, notamment aux petites et moyennes entreprises, les constructeurs sont désormais contraints de fournir un accès illimité et dans un format standardisé aux informations relatives à la réparation et à l'entretien des véhicules. Cet accès est assuré aux opérateurs indépendants par le biais de sites Internet, de manière aisément accessible, rapide et non discriminatoire par rapport au contenu et à l'accès accordés aux concessionnaires et aux réparateurs officiels. Bien que cet accès puisse être payant, les frais doivent demeurer raisonnables et proportionnés, afin de ne pas dissuader l'opérateur indépendant d'accéder aux informations essentielles³³⁷⁰.

Finalement, ces exemples mettent en lumière la complexité inhérente à la réglementation économique des données, un domaine où se croisent des préoccupations diverses, souvent teintées à la fois d'intérêts privés et d'intérêts publics. Les droits d'accès aux données visent généralement à corriger des défaillances de marché spécifiques sur le plan économique ou à servir un intérêt individuel ou collectif particulier. Toutefois, en raison des implications politiques et sociétales plus larges, les régimes d'accès aux données doivent également s'inscrire dans le respect des valeurs et des droits fondamentaux d'une société démocratique. Ils doivent permettre un équilibre approprié entre les intérêts conflictuels, potentiellement très divers, afin de garantir une régulation à la fois efficace et éthique du partage des données.

Section 2. Les dangers accrus liés à la monopolisation de données numériques

470. La consécration d'un droit *sui generis* sur les données numériques pourra conduire à des effets négatifs au niveau de la concurrence. Il s'agit avant tout d'un risque de « monopolisation » des données au détriment de leur accès. Aussi, nous entendons, dans cette

3369Cons. 8 du règlement (CE) n° 715/2007 du 20 juin 2007 relatif à la réception des véhicules à moteur au regard des émissions des véhicules particuliers et utilitaires légers (Euro 5 et Euro 6) et aux informations sur la réparation et l'entretien des véhicules

3370Art. 7 du règlement (CE) n° 715/2007 du 20 juin 2007

partie, démontrer les effets négatifs qu'un droit *sui generis* sur les données pourra produire sur la concurrence (I) et ainsi, mettre en exergue le conflit entre ce droit et le phénomène d'accès aux données (2).

I. Une monopolisation renforcée par le droit *sui generis* sur les données numériques

471. **Concentration des données par l'acquisition de jeunes pousses à forte intensité de données** – Dans le cadre des relations entre entreprises, dites *Business to Business* (B2B), le principe régissant le partage des données repose actuellement sur la volonté des acteurs. Or, cette approche présente des limites significatives dans de nombreux contextes. Il est fréquent que les ressources de données pertinentes soient sous le contrôle exclusif d'une entité qui n'est pas disposée à en octroyer l'accès. Cette situation est particulièrement prégnante pour les vastes ensembles de données, les *datasets*, gérés par les grandes plateformes numériques. Néanmoins, cette problématique s'étend également aux données générées par l'écosystème en constante expansion de l'Internet des objets.

À cette rétention volontaire s'ajoute une pratique stratégique d'acquisition : les fusions et acquisitions de petites et jeunes entreprises à forte intensité de données par de plus grandes entités. Une étude de l'OCDE publiée en 2019 a révélé qu'entre 2013 et 2017, le nombre annuel d'acquisitions d'entreprises fortement dépendantes des données a quadruplé, passant d'une centaine à plus de 400 transactions. Parallèlement, le prix moyen de ces acquisitions a, lors de certains trimestres, dépassé le milliard de dollars³³⁷¹. Des exemples emblématiques incluent l'acquisition de *Climate Corporation*, une société d'analyse agricole, par *Monsanto* pour plus d'un milliard de dollars en 2013³³⁷², l'acquisition de *WhatsApp* par *Facebook* pour 14 milliards de dollars en 2014, ou encore l'acquisition d'*Urban Engines*, une *start-up* spécialisée dans l'analyse de données cartographiques, par *Google* en 2016. Une telle stratégie est avant tout motivée par des considérations visant à sécuriser et à monopoliser l'accès aux données. Il s'agit, en substance, d'une stratégie d'élimination précoce des rivaux potentiels par l'acquisition de *start-ups* à forte intensité de données. Une telle pratique ne consolide pas seulement la forte position des opérateurs historiques sur le marché, mais peut

3371OCDE, *Enhancing Access to and Sharing of Data : Reconciling Risks and Benefits for Data Re-Use across Societies*, 2019, spéc. p. 16.

3372DE MEYER K., *Monsanto s'offre un leader des données climatiques*, Les Échos, 2 octobre 2013 ; SPECTER M., *Why the climate corporation sold itself to Monsanto*, The New Yorker, 3 novembre 2013,

également accroître les barrières à l'entrée pour les concurrents sur les mêmes marchés et sur des marchés adjacents.

Par ailleurs, les marchés de l'économie numérique se caractérisent déjà par de fortes tendances de concentration. En pratique, les entreprises dominantes ne détiennent pas seulement une position prépondérante sur leur marché individuel des plates-formes ou des réseaux sociaux, etc., mais disposent également des ressources et du positionnement stratégique qui leur confèrent une influence significative sur les activités commerciales de tiers. Elles peuvent même étendre leurs propres activités commerciales à de nouveaux marchés et secteurs. L'émergence d'un droit *sui generis* sur les données numériques est susceptible d'amplifier ces effets de « monopoles de données » et de « silos de données » sur les marchés, particulièrement au niveau des plateformes numériques.

472. Le risque de « monopolisation » des données générées par les machines connectées par le droit *sui generis* sur les données numériques – Pour illustrer le danger inhérent à la « monopolisation » des données qui pourrait découler de la consécration d'un droit *sui generis*, nous nous concentrerons sur une situation particulière, celle de l'usage de machines connectées. Il convient de noter, cependant, que cette situation évoluera significativement à partir du 12 septembre 2025, en raison de l'application du *Data Act*³³⁷³.

Si un droit *sui generis* sur les données numériques était octroyé au fabricant de machines connectées, celui-ci détiendrait un droit exclusif d'exploitation sur l'ensemble des données d'utilisation enregistrées par ses équipements. Ce cas de figure est particulièrement pertinent dans le contexte des nouvelles exploitations agricoles dites « *AgriTech* », avec des exemples concrets tels que les tracteurs connectés ou les robots de traite³³⁷⁴. Lorsque les données d'utilisation de la machine connectée sont transmises et stockées automatiquement par le fabricant, ce dernier aura main mise sur ces données d'utilisation. Il serait alors en mesure d'en exclure l'utilisateur de la machine ainsi que les tiers. Au-delà du contrôle factuel, cette exclusion serait légitimée et renforcée par la reconnaissance d'un droit *sui generis* sur les données numériques. Cette situation engendrerait alors un risque accru de monopolisation des données d'utilisation au profit du fabricant, au détriment non seulement de l'utilisateur final mais également des concurrents. En effet, dans certains marchés, les tendances à la monopolisation, parfois délibérément stratégiques, peuvent s'étendre jusqu'au marché primaire des services ou des produits. Une telle concentration du marché primaire

3373V. *infra* chap. 2 sect. 2

3374PICARDAT S., *Les conditions de la libre circulation des données agricoles*, Annales des Mines, Enjeux numériques, juin 2022, n° 18, p

s'accompagnerait alors d'un contrôle privé sur des données d'utilisation particulièrement importantes et précieuses. Un tel contrôle, à son tour, élèverait davantage les barrières à l'entrée sur ce marché primaire, consolidant ainsi la position de puissance de marché préexistante du fabricant.

Or, l'accès à ces données d'utilisation peut s'avérer essentiel tant pour l'utilisateur que pour des tiers. Du côté de l'utilisateur de la machine connectée, cet accès peut être justifié par la nécessité d'optimiser son utilisation ou de faciliter un changement de produit ou de service. Par exemple, un agriculteur aurait besoin des données d'utilisation de son tracteur connecté pour recevoir des conseils avisés sur les meilleures pratiques d'épandage. Du côté des tiers, leur intérêt pour l'accès aux données enregistrées par le fabricant est motivé par la possibilité d'offrir des services ou produits complémentaires. Il existe des situations où la capacité d'une entreprise à proposer de tels produits ou services dépend de l'accès à des données d'utilisation qui ne se limitent pas au niveau individuel. Dans ces cas, l'utilisateur ne peut être l'unique point d'accès aux données nécessaires. En d'autres termes, ces tiers devraient s'adresser directement au fabricant, c'est-à-dire à l'entreprise active sur le marché primaire, pour accéder aux données d'utilisation d'un ensemble agrégé de données d'utilisateurs. Par exemple, une entreprise pourrait nécessiter l'accès à de vastes ensembles de données d'utilisation agrégées pour fournir des produits ou des services complémentaires compétitifs. Cela inclut notamment un service de maintenance prédictive nécessitant l'accès à des données agrégées sur l'usure d'un équipement, ou encore un service d'entretien routier qui requiert l'accès aux données agrégées des capteurs embarqués sur les voitures connectées.

Par ailleurs, l'utilisateur risque d'être enfermé dans les services complémentaires du fabricant de produits ou de services basés sur les données, les tiers pouvant difficilement rivaliser efficacement sans accès aux données d'utilisation. Autrement dit, cette monopolisation des données pourrait conduire à une économie numérique où la structure du marché tend à interdire l'accès aux marchés primaires ou secondaires aux nouveaux entrants. Ces derniers, même s'ils sont très innovants, pourraient manquer des connaissances suffisantes sur les produits en question et les préférences des clients, qui sont des prérequis essentiels à la réussite sur le marché.

En somme, le scénario des objets connectés illustre parfaitement le risque d'effet de verrouillage par les données, ayant une incidence à la fois sur le marché primaire et sur les marchés complémentaires. Cet effet serait considérablement amplifié par la reconnaissance d'un droit *sui generis* sur les données, qui fournirait une base légale aux monopoles de

données. Cette situation pourrait alors ressembler à celle qu'ont connue les secteurs de l'énergie avant les réglementations d'accès aux données.

Outre cet effet de verrouillage, l'établissement d'un droit *sui generis* sur les données pourrait potentiellement entraver gravement la création et l'innovation indépendantes ultérieures fondées sur les données. Le droit exclusif d'exploitation du titulaire s'opposerait, en effet, à une réutilisation des données, notamment dans le cadre d'innovations basées sur l'apprentissage automatique³³⁷⁵. De plus, par cette « monopolisation » des données, les entreprises en situation de monopole bénéficieraient d'un pouvoir de marché considérable. En conséquence, même si de nouvelles entreprises envisagent d'entrer sur le marché concerné, une partie d'entre elles ne se développeront pas à long terme, car elles ne pourront tout simplement pas rivaliser avec le pouvoir de marché de ces entreprises monopolistiques. Dès lors, ces nouvelles entreprises seraient dissuadées d'investir davantage dans la recherche et le développement, ce qui réduirait également les incitations à l'innovation pour les entreprises en situation de monopole. Ces risques seraient encore renforcés par le fait qu'en l'absence de réglementation spéciale, l'accès aux données s'opère par le biais d'accords contractuels entre l'entreprise en position de monopole et les tiers intéressés par l'accès aux données, cristallisant ainsi la domination des acteurs établis.

II. L'accès aux données laissé à l'arbitraire du titulaire du droit *sui generis*

473. ***L'obligation contractuelle de l'accès aux données*** – Comme nous l'avons souligné, il n'existe pas, à l'heure actuelle, de droit général d'accès aux données. Cette lacune juridique confère au détenteur de données une latitude considérable, lui permettant soit de refuser l'accès à ses données³³⁷⁶, soit de le conditionner au versement d'une rémunération. Dans cette perspective, et en adéquation avec la philosophie du libéralisme économique, l'organisation de l'accès aux données repose avant tout sur les mécanismes contractuels. L'accès est ainsi accordé de manière sélective, sur la base d'accords individuels. La liberté contractuelle offre aux parties la flexibilité nécessaire pour élaborer des conventions adaptées à des situations spécifiques. De ce fait, le détenteur des données peut contractuellement circonscrire les utilisations possibles de ses données, voire interdire toute réutilisation.

³³⁷⁵L'intelligence artificielle nécessite, en effet, l'accès à de grands ensembles de données. Et la qualité du modèle d'apprentissage automatique dépend fortement de cet accès (V. cons. 68, 165 du règlement (UE) 2024/1689 du 13 juin 2024 établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle, JOUE L, 2024/1689, 12 juillet 2024).

³³⁷⁶Cependant, le détenteur ne pourra refuser l'accès lorsque celui-ci est fondé notamment sur l'article 16.4 de la directive (UE) 2019/770 du 20 mai 2019.

Cependant, une question fondamentale demeure : à défaut de clause sur l'accès aux données dans un contrat, est-il possible de déduire des principes fondamentaux du droit des contrats une obligation implicite d'accorder cet accès ? Cette interrogation est cruciale.

474. **L'accès aux données et les principes de bonne foi et de loyauté** – Le droit des contrats, dans sa configuration actuelle, ne consacre pas de droit général d'accès aux données dans le cadre des relations entre entreprises. En droit français, le Code civil, notamment depuis la réforme du droit des obligations de 2016, ne prévoit qu'un devoir d'information précontractuelle à l'article 1112-1. Néanmoins, l'information dont il est question ici est plus « *liée à la relation entre les parties qu'à l'échange économique sous-jacent, [et] aux prestations dont il réalise l'échange* »³³⁷⁷. Cette obligation d'information est circonscrite au processus de conclusion du contrat et ne se prolonge pas durant son exécution. Par conséquent, il est impossible d'inférer de cette disposition un quelconque droit général d'accès aux données au bénéfice de l'une des parties.

De même, il est légitime de se demander si un droit d'accès aux données pourrait être déduit des principes de bonne foi et de loyauté. Ces principes se retrouvent au niveau européen au sein des Principes du droit européen des contrats, des Principes d'Unidroit ou encore du Projet de Cadre commun de référence (le *Draft Common Frame of Reference*, DCFR)³³⁷⁸. Le principe de bonne foi se retrouve également en droit français à l'article 1104 du Code civil depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. En somme, la bonne foi pourrait-elle servir de support à une obligation d'accorder l'accès aux données d'un des cocontractants ? La question se pose par exemple dans l'hypothèse où le propriétaire d'une machine industrielle connectée nécessite des données spécifiques pour assurer son entretien. Un cas similaire est d'ailleurs évoqué à titre illustratif dans les Commentaires à l'article 5.1.2 des Principes d'Unidroit³³⁷⁹. Cependant, nous estimons qu'il serait hasardeux de déduire du principe de la bonne foi une obligation implicite d'accorder l'accès aux données au profit de l'une des parties. En effet, il apparaît que le Législateur français a intentionnellement

3377CHANTEPIE G. et LATINA M., *Le nouveau droit des obligations ; commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, Paris, 28 mars 2024, 3^e éd., p.187, n°182

3378En effet, il est communément admis, du moins selon les Principes du droit européen des contrats, les Principes d'Unidroit ou le Projet de Cadre commun de référence, que les parties à un contrat doivent agir conformément à la bonne foi et de loyauté. V. Art. 1:201 et 6:102 des Principes du droit européen du contrat ; Arts 1.7. and 5.1.2. des Principes d'Unidroit 2016 ; Art. I-1:103, II-9:101 du Projet de Cadre commun de référence. V. ég. art 2 et 68 de la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, COM/2011/0635 final, 2011/0284 (COD)

3379V. Commentaires à l'article 5.1.2 des Principes d'Unidroit, disponible [en ligne] <https://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce/principes-dunidroit-2010/chapitre-5-section-1/> (consulté le 01/09/2023). Il s'agit de l'exemple concernant un réseau informatique complet.

circonscriit la bonne foi à une simple exigence comportementale³³⁸⁰. En d'autres termes, la bonne foi s'oppose à la mauvaise foi, au dol, à la tromperie ou à la fraude³³⁸¹, et ne saurait en aucun cas servir de fondement à des devoirs d'altruisme ou de fraternité³³⁸².

Par ailleurs, l'exemple discuté dans les Commentaires à l'article 5.1.2 des Principes d'Unidroit vise l'hypothèse d'une transmission d'informations de base relatives au fonctionnement d'un système. Or, les données en tant que telles ne participent pas au fonctionnement d'un objet connecté, par exemple, mais représentent plutôt les « fruits » ou les *outputs* générés par son utilisation. Dès lors, l'exemple issu des Commentaires à l'article 5.1.2 des Principes d'Unidroit ne peut être étendu à l'hypothèse des données d'utilisation des objets connectés.

475. **L'accès aux données et *ALI-ELI Principles for a Data Economy*** – Dès 2016, l'*American Law Institute* (ALI) et l'*European Law Institute* (ELI) ont entrepris une collaboration ambitieuse visant à élaborer un ensemble commun de principes pour l'économie des données, connu sous le nom de « *ALI-ELI Principles for a Data Economy: Data Transactions and Data Rights* », c'est-à-dire les Principes ALI-ELI pour une économie des données – Droits sur les données et transactions. Ce projet, finalement adopté en 2021³³⁸³, propose des règles non contraignantes pour divers types de contrats relatifs aux données, détaillées dans les principes 7 à 15. Ces principes contractuels partent du postulat que le responsable du traitement des données a consenti au transfert, à l'accès ou à l'exploitation des données.

Cependant, les Principes ALI-ELI ne traitent pas explicitement la question fondamentale de savoir si l'une des parties peut exiger l'accès aux données en l'absence de clause contractuelle le prévoyant³³⁸⁴. Néanmoins, la partie III de ces Principes, consacrée aux règles et principes régissant les droits sur les données, suggère d'inclure un droit d'accès aux données co-générées. La notion de données co-générées n'est pas définie par une règle absolue mais dépend d'un ensemble de facteurs, notamment si la partie intéressée par les données est le sujet des données, si les données ont été générées par l'activité de la partie ou

3380CHANTEPIE G. et LATINA M., *op. cit.*, p.112, n°105

3381BÉLANGER, A. et TABI TABI, G., *Vers un repli de l'individualisme contractuel ? L'exemple du cautionnement*, Les Cahiers de droit, 2006, vol. 47, n° 3, 445.

3382MAZEAUD D., *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, in *L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, Paris, 24 juin 1999, spéc. p. 603-609

3383V. <https://europeanlawinstitute.eu/projects-publications/publications/ali-eli-principles-for-a-data-economy-data-transactions-and-data-rights/> (consulté le 01/09/2024)

3384Cependant, au niveau du principe 12 traitant des contrats de services en matière de données, une discussion sur l'accès aux données mais uniquement dans le cas d'une sous-traitance

par l'utilisation d'un produit ou d'un service, ou encore si les données ont été générées avec un logiciel ou un produit fourni par cette partie³³⁸⁵. Cette approche, comme nous le verrons, influencera de manière significative le Législateur européen en 2023³³⁸⁶.

476. Les limites de l'approche contractuelle et l'émergence d'initiatives réglementaires

– En somme, faute d'obligation implicite d'accès aux données, il est impératif que les parties prévoient explicitement cet accès dans leurs accords contractuels. Toutefois, cette exigence soulève une difficulté majeure : les contractants ne se trouvent pas toujours sur un pied d'égalité. La partie en position de faiblesse risque ainsi de se voir imposer des conditions potentiellement inéquitables et de ne pas être en mesure de négocier un droit d'accès aux données.

Face à ce constat, la Commission européenne a pris une initiative importante et utile en formulant de bonnes pratiques pour l'attribution contractuelle des données au sein des réseaux de coopération liés aux données³³⁸⁷. Parallèlement, des acteurs du secteur privé proposent des orientations, voire des clauses types, pour les accords de partage de données³³⁸⁸. Ces lignes directrices et contrats types représentent des moyens prometteurs pour garantir des conditions équitables en matière d'accès et de réutilisation des données, particulièrement lorsque des asymétries de pouvoir et d'information importantes existent entre les contractants. Cependant, même si ces modèles peuvent contribuer à réduire les incertitudes juridiques encadrant l'accès aux données et, dans une certaine mesure, atténuer les asymétries de pouvoir et d'information entre les parties, ils restent dépourvus de force obligatoire. Si cette initiative constitue un outil de gouvernance des données visant à faciliter l'accès, elle ne peut

3385V Principe 18(1) des Principes ALI-ELI

3386V. *infra* chap. 2 sect. 2

3387Commission européenne, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Vers un espace européen commun des données »*, {SWD(2018) 125 final}, 25 avril 2018, COM(2018) 232 final ; Document de travail des services de la Commission, Orientations concernant le partage des données du secteur privé dans l'économie européenne des données accompagnant le document : Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Vers un espace européen commun des données », {COM(2018) 232 final}, 25 avril 2018 SWD(2018) 125 final

3388La société *Microsoft* a publié en 2021 quatre modèles de clauses de partage de données : *Open Use of Data Agreement (O-UDA)* c'est-à-dire accord d'utilisation libre des données, *Computational Use of Data Agreement (C-UDA)* ou accord sur l'utilisation des données à des fins de calcul, *Data Use Agreement for Open AI Model Development (DUA-OAI)* ou accord d'utilisation des données pour le développement de modèles d'IA ouverts (DUA-OAI) et enfin, *Data Use Agreement for Data Commons (DUA-DC)* c'est-à-dire accord d'utilisation des données pour Data Commons. Ce dernier type de clause vise l'hypothèse où plusieurs parties en possession de grands ensembles de données relatives à un sujet particulier souhaitent les partager par l'intermédiaire d'une base de données commune dotée d'une interface de programmation d'applications. V. *Microsoft, Removing barriers to data innovation Empowering people and organizations to share and use data more effectively*, disponible [en ligne] : https://news.microsoft.com/wp-content/uploads/prod/sites/560/2021/03/Backgrounder-FAQ-Sheet_FINAL.pdf (consulté le 01/09/2024)

résoudre toutes les difficultés. Elle présuppose en effet l'accord préalable du détenteur sur l'accès des tiers à ses données, ce dernier demeurant libre d'utiliser ces modèles ou de les écarter. Toutefois, comme nous le verrons, le Législateur européen a manifesté sa volonté de faciliter l'accès et la réutilisation des données dans le cadre des produits connectés à l'internet. À cette fin, le *Data Act*, entré en vigueur le 11 janvier 2024 et applicable à compter du 12 septembre 2025, a été adopté. Ses dispositions, notamment celles de l'article 13, viennent encadrer précisément les contrats liés aux objets connectés.

Conclusion du chapitre 1

477. Ce chapitre a permis de retracer la genèse et l'expansion de l'idéologie du droit d'accès aux données. Initialement enracinée dans le secteur public, notamment avec l'ouverture des données publiques, cette problématique de l'accès ne s'est pas limitée à cette sphère. Elle a rapidement investi le secteur privé, soulevant des enjeux complexes et multifacettes. Notre étude a mis en lumière les diverses finalités sous-jacentes à l'instauration d'un droit d'accès aux données, parmi lesquelles la préservation d'une concurrence saine et l'incitation à l'innovation figurent en bonne place.

L'éventuelle consécration d'un droit *sui generis* sur les données numériques interroge la nécessité d'établir un droit d'accès spécifique. En effet, notre analyse a souligné le risque inhérent de monopolisation des données résultant de leur appropriation. Une telle monopolisation, en érigeant des barrières à l'entrée sur les marchés primaire et secondaire, est susceptible de provoquer une défaillance de marché. Cette défaillance se caractériserait par une réduction de la concurrence effective et une altération du processus optimal d'allocation des ressources, nuisant ainsi à l'efficacité économique et à l'innovation.

Par ailleurs, si le contrat représente un mécanisme pertinent pour réguler l'accès aux données, son application demeure subordonnée à la volonté discrétionnaire de leurs détenteurs. Ces derniers jouissent alors d'un pouvoir leur permettant de refuser l'accès aux tiers ou d'en définir unilatéralement les conditions. La Commission européenne a d'ailleurs pertinemment souligné que « *lorsqu'une partie se trouve dans une position de négociation plus forte, il existe un risque que cette partie puisse exploiter cette position au détriment de l'autre partie contractante lors de la négociation de l'accès aux données de sorte que l'accès aux données est commercialement moins viable, et parfois prohibitif, sur le plan économique* »³³⁸⁹. Cette asymétrie de pouvoir confère un avantage significatif aux acteurs dominants, potentiellement au détriment des plus faibles.

Cependant, si l'exclusivité des données peut être contournée en réglementant leur accès, se pose alors la question délicate de l'équilibre à trouver. D'un côté, il s'agit d'assurer la réservation des utilités des données pour leurs détenteurs légitimes. De l'autre, il est impératif de promouvoir leur réutilisation dans l'intérêt général, afin de stimuler l'innovation, la concurrence et le bien-être collectif. Trouver ce juste milieu constitue l'un des défis majeurs de la gouvernance des données dans l'économie numérique.

³³⁸⁹Cons. 58 du règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023 concernant des règles harmonisées portant sur l'équité de l'accès aux données et de l'utilisation des données

Chapitre 2. La conciliation impérative entre la réservation des données et leur accès

478. D'un point de vue général, les modalités d'accès aux données peuvent être conceptualisées sur un continuum. À une extrémité se situe un modèle de propriété privée absolue, où l'accès est strictement encadré par des contrats individuels, conférant au détenteur un contrôle quasi-total. À l'autre extrémité se trouve un modèle de libre accès, où les données sont perçues comme un bien commun, autorisant leur réutilisation sans restriction.

Nous avons observé que dans le secteur public, la tendance s'oriente vers un accès aux données publiques aussi large que possible, offrant la liberté de les réutiliser à des fins tant commerciales que non commerciales. En revanche, compte tenu des investissements substantiels réalisés par les entreprises pour la « création » et la valorisation de leurs données, il apparaît fondamental de préserver leur liberté de disposer de ces actifs et de décider souverainement des modalités de leur partage. Les autorités publiques devraient, en principe, se limiter à encourager le partage de données entre entreprises, *Business to business* (B2B). Pour ce faire, elles peuvent s'appuyer sur les outils du droit mou, la *soft law*³³⁹⁰, tels que les recommandations, afin de faciliter l'accès aux données. À titre d'exemple, le « *plan glissant pour la normalisation des TIC* » vise à promouvoir l'application de formats et de protocoles favorisant l'interopérabilité des données³³⁹¹. De même, au niveau de l'Union européenne, l'accès aux données peut être favorisé par des instruments comme les « *guidance letters*, « *no infringement decisions* » au titre de l'article 10 du règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002, ou encore par l'adoption de règlements d'exemption par catégorie relatifs au partage et à la mise en commun des données³³⁹².

3390 GUINARD D., *À propos du soft law en droit de l'Union européenne : analyses théorique et pratique*, Rev. UE, 2 décembre 2013, n° 573, p. 609 ; RASSAFI-GUIBAL H., *De quelques aspects des usages des instruments de soft law comme vecteurs de normativité économique*, Rev. UE, 3 avril 2014, n° 575, p. 85 ; MEYO M. E., *La force normative « invisible » de la Soft law para-législative de l'Union européenne en droit privé des contrats*, Rev. UE, 3 avril 2014, n° 575, p. 94 ; ALBERTI J., *L'utilisation d'actes de soft law par les agences de l'Union européenne*, Rev. UE, 3 avril 2014, n° 575, p. 161 ; ARMAIGNAC M.-C., *Le droit souple dans la mondialisation : un élément de Soft Power*, L'ENA hors les murs, 2021/2, n° 503, p. 24-25 ; LAPRÉVOTE F.-C., *La Soft Law dans l'Union européenne, l'exemple de la politique de concurrence*, L'ENA hors les murs, 2021/2, n° 503, p. 37-40 ; LABAYLE H., *Droit souple et droits européens, de la nécessité à l'instrumentalisation ?*, Justice et Cassation 28 septembre 2023, n° 1, p. 155

3391 Commission européenne, Decision of 28 November 2011 setting up the European multi-stakeholder platform on ICT standardisation (2011/C 349/04), JOUE, 30 novembre 2011 ; *id.*, *Rolling plan for ICT standardisation*, 24 octobre 2024, disponible [en ligne] ; <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/rolling-plan-ict-standardisation> (consulté le 30 octobre 2024))

3392 CRÉMER J., DE MONTJOYE Y.-A., SCHWEITZER H., *Competition policy for the digital era. Final report*, Office of the European Union, Luxembourg, 2019, p. 9 – La question se pose de savoir si les

Il est essentiel de privilégier les mécanismes de régulation du marché en matière d'accès aux données, la réglementation publique ne devant intervenir qu'à titre subsidiaire, en cas de défaillance manifeste du marché. Cependant, un équilibre délicat doit être trouvé entre la réservation des utilités des données et leur accès. Cela implique de concilier l'inspiration à l'exclusivité des données et à l'innovation qui en découle avec les effets positifs générés par l'accès aux données. Cette recherche d'équilibre nécessite, bien évidemment, de prendre en compte des disciplines extralégales telles que l'économie. En effet, il est impératif de s'appuyer sur les connaissances économiques pour identifier précisément les défaillances du marché que les droits d'accès aux données sont censés corriger, et pour prédire les effets des mesures réglementaires envisageables.

Par ailleurs, des régimes d'accès aux données excessivement étendus pourraient également distordre la concurrence et, paradoxalement, avoir des effets néfastes sur l'innovation à long terme. La concurrence est, en effet, « *tout à la fois un monde de transparence et de secret* »³³⁹³. Un accès trop large aux données peut engendrer une transparence excessive sur le marché, risquant de permettre aux concurrents « *de s'affranchir des incertitudes du marché au point de ruiner toute rivalité concurrentielle* »³³⁹⁴, voire de conduire à des pratiques d'ententes anticoncurrentielles³³⁹⁵.

échanges de données peuvent bénéficier de l'exemption par catégorie de l'application de l'art. 101, § 1, du TFUE prévue par le règlement (UE) n° 316/2014 de la Commission du 21 mars 2014 relatif à l'application de l'art. 101, § 3, du TFUE à des catégories d'accords de transfert de technologie. Pour ce faire, il est nécessaire de se demander si les données peuvent entrer dans le champ d'application de l'exemption. Les droits couverts par l'exemption sont identifiés comme « *droits sur technologie* » (art. 1 du règlement (UE) n° 316/2014), regroupant le savoir-faire, les brevets, les modèles d'utilité, les droits des dessins et modèles, les topographies de produits semi-conducteurs, les certificats complémentaires de protection, les certificats d'obtention végétale, et les droits d'auteur sur les logiciels. Cette liste peut également inclure d'autres types de propriété intellectuelle lorsqu'ils sont directement liés à la production ou à la vente des produits (art. 2.3 du règlement (UE) n° 316/2014). À première vue, les données en tant que telle ne sont pas incluses dans la liste de l'art. 1 du règlement (UE) n° 316/2014. Cependant, cela n'empêche pas qu'insérer les données dans le champ de l'exemption lorsqu'elles renvoient à un savoir-faire, ou à une base de données. Par ailleurs, l'insertion des données dans le champ d'application de l'exemption sera renforcée dans l'hypothèse de l'instauration d'un droit *sui generis* sur les données numériques.

3393RIEM F., *Les difficultés du traitement des systèmes d'échanges d'informations par les autorités concurrentielles*, in Immatériel, nouveaux concepts (sous-dir. Jacques DE BANDT et Geneviève GOURDET), Economica, Paris, 18 janvier 2001, p.84

3394Ibid., p.85

3395L'échange d'informations de nature à permettre de connaître les positions sur le marché, la stratégie commerciale des concurrents constitue une entente au sens de l'article 101 du TFUE. V. par ex. CJUE, 4^e ch., 26 septembre 2018, aff. C-99/17 P, *Infineon Technologies AG contre Commission européenne* : en l'espèce, il s'agit d'échange d'informations sensibles portant, notamment, sur la fixation de prix entre concurrents ; V. ég. Commission européenne, *Communication de la Commission – Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale*, (2023/C 259/01), JOUE C 259 du 21 juin 2023, p. 1–125 – De même, en France, v. Conseil de la concurrence, Décision 06-D-08 du 24 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés publics de construction de trois collèges dans le département de l'Hérault : l'Autorité de la concurrence, anciennement le Conseil de la concurrence, estime que « *de simples échanges d'informations portant sur l'existence de compétiteurs, leur nom, leur importance, leur disponibilité en personnel ou en matériel, leur intérêt ou leur absence d'intérêt pour le marché considéré, ou les prix qu'ils envisagent de*

Toutefois, l'accès à l'information ou à la donnée ne mène pas nécessairement à une pratique anticoncurrentielle. L'effet anticoncurrentiel des régimes d'accès aux données dépend de nombreux facteurs contextuels³³⁹⁶. Ainsi, par exemple, sur des marchés caractérisés par une grande hétérogénéité des produits et des services, où la concurrence ne se limite pas à une simple compétition sur les prix, les comportements collusifs sont moins susceptibles d'émerger³³⁹⁷. Aussi, est-il impératif de procéder à une évaluation approfondie au cas par cas, prenant en considération les spécificités d'un marché donné, la nature des données concernées, et les effets négatifs potentiels d'un droit d'accès et cela, afin d'éviter des conséquences non désirées sur la dynamique concurrentielle et l'innovation.

479. **Les différentes formes d'accès aux données** – L'octroi de droits d'accès aux données, bien que fondamental, soulève des questions complexes et multiformes quant à ses conditions et modalités d'application. La notion même d'« accès aux données » n'est pas univoque ; elle recouvre en réalité une pluralité de régimes juridiques et techniques, dont la nature précise dépend intrinsèquement du secteur d'activité concerné et des finalités poursuivies. Ainsi, plusieurs formes d'accès peuvent être distinguées. Il peut s'agir d'une simple obligation de fournir le contenu informationnel³³⁹⁸ ou de transférer des données codées numériquement à un moment donné³³⁹⁹, ou encore, de partager de manière permanente les données en cause³⁴⁰⁰, incluant potentiellement la transmission de données en temps réel, ce qui suppose une interopérabilité et une synchronisation continues. Par ailleurs, l'obligation d'accorder l'accès aux données peut être envisagée comme un système de licence obligatoire, contraignant le détenteur des données à conclure un contrat spécifiant les conditions d'utilisation desdites données par une tierce partie.

Au-delà des seules dispositions législatives encadrant les relations juridiques entre les acteurs de l'économie des données, l'amélioration de l'accès aux données requiert une approche holistique. L'effectivité de l'accessibilité est en effet intrinsèquement subordonnée à la mise en place d'un écosystème technologique et institutionnel propice à leur circulation

proposer, altèrent également le libre jeu de la concurrence en limitant l'indépendance des offres », décision confirmé en appel : CA, 1^{er} ch., sec. H, 23 octobre 2007, n° RG 2006/07494

3396 Des auteurs soulignent que l'accès doit se référer à des contextes dans lesquels l'information est essentielle au bon fondement du marché cible. V. en ce sens : WIJCKMANS F. et TUYTSCHAEVER F., *Horizontal agreements and cartels in EU competition law*, Oxford University Press, Oxford, 26 mai 2015, p. 433.

3397 V. en ce sens : Commission européenne, Décision du 24 avril 1996 déclarant une concentration incompatible avec le marché commun et le fonctionnement de l'accord sur l'Espace économique européen (Affaire n° IV/M.619 – Gencor/Lonrho), JO L 11 du 14 janvier 1997, p. 30–72, pt 141 et s.

3398 Par ex. l'art. 20 du règlement général sur la protection des données

3399 Par ex. l'art. 16.4 de la directive (UE) 2019/770

3400 Art. 20, e) de la directive (UE) 2019/944 du 5 juin 2019 ; art. 6 du règlement (CE) n° 715/2007 du 20 juin 2007

fluide. Cela englobe notamment l'établissement de procédures de normalisation robustes, le développement de plateformes de partage sécurisées et interopérables, ainsi qu'une gouvernance des données claire et cohérente. Ces éléments sont cruciaux pour garantir que les données, une fois rendues accessibles juridiquement, soient également utilisables et exploitables techniquement.

Il existe un large consensus doctrinal et politique sur la nécessité, en complément du partage volontaire des données entre entreprises et de l'ouverture des données du secteur public, de considérer des solutions obligatoires pour l'accès ou le partage d'ensembles de données détenus par des entités privées. Les discussions les plus pertinentes à cet égard se concentrent sur la facilitation de l'accès aux données, soit directement par le biais du droit de la concurrence, soit indirectement par l'amélioration des mécanismes de portabilité des données³⁴⁰¹. Ces approches visent à contrecarrer les risques de concentration des données et les potentielles défaillances de marché qui pourraient en découler.

Au préalable à toute réflexion sur une réglementation spécifique de l'accès aux données protégées par le droit *sui generis* (**Section 2**), il convient de procéder à une analyse approfondie de l'efficacité des instruments du droit de la concurrence pour prévenir les risques de comportements anticoncurrentiels liés à la concentration des données et aux éventuelles défaillances de marché (**Section 1**).

Section 1. Un accès assuré par le droit de la concurrence incertain

480. **Le rôle du droit de la concurrence** – Le droit de la concurrence ne se contente pas d'être un simple gardien de la compétition ; il en est également un architecte fondamental. Comme le souligne le Professeur Fabrice SIIRIAINEN, il « *construit la concurrence autant qu'il la maintient* »³⁴⁰². Cette dualité s'incarne dans l'application de concepts juridiques d'une remarquable plasticité, tels que l'abus de position dominante et les ententes. Ces outils sont forgés pour appréhender et sanctionner les comportements qui entravent la libre concurrence et les abus de pouvoir de marché. Une caractéristique essentielle de cette branche du droit est son indépendance vis-à-vis des cadres juridiques traditionnels. En effet, il opère sans

3401V. CRÉMER J., DE MONTJOYE Y.-A., SCHWEITZER H., *op. cit.*, p. 91–107

3402SIIRIAINEN F., *Propriété intellectuelle et concurrence ; Problématique de la convergence*, in La propriété intellectuelle entre autres droits, sous-dir. J.-M. Bruguière, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 32

considération particulière pour des institutions comme le contrat ou la propriété, ni même pour les droits subjectifs individuels. Son objectif primordial est la protection de la concurrence elle-même, et non la sauvegarde des intérêts des concurrents pris isolément³⁴⁰³.

Cette orientation s'explique par la finalité sous-jacente du droit de la concurrence : la préservation et la promotion des marchés concurrentiels. Cette démarche poursuit un double intérêt. D'une part, en favorisant une saine compétition, le droit de la concurrence stimule la croissance économique et renforce l'innovation. Il contribue ainsi au dynamisme général de l'économie. D'autre part, des marchés concurrentiels garantissent aux consommateurs un choix plus large de produits et services, des prix plus justes et une qualité accrue. C'est pourquoi il est fréquemment avancé que le droit de la concurrence vise à promouvoir le « bien-être du consommateur ». Cette notion est souvent interprétée, notamment par les économistes néoclassiques, comme synonyme d'efficacité économique. En d'autres termes, un marché où la concurrence est florissante est un marché qui alloue les ressources de manière optimale, au bénéfice de l'ensemble de la société.

481. **Les données numériques dans la sphère du droit de la concurrence** – Ce serait un euphémisme d'affirmer que les données n'exercent qu'une influence marginale sur le paysage concurrentiel contemporain. En effet, leur rôle s'est révélé central, non seulement en tant qu'« ingrédient » fondamental de l'intelligence artificielle et du *Big Data*, mais également comme un *intrant* essentiel pour une multitude de services en ligne, de processus de production et de chaînes logistiques. Par conséquent, la capacité des entreprises à exploiter les données pour développer de nouveaux services et produits innovants est devenue un paramètre concurrentiel déterminant. Aussi, la compétitivité des acteurs économiques est-elle intrinsèquement liée à leur accès aux données pertinentes³⁴⁰⁴. Il est donc avéré que les données exercent une influence structurante sur les marchés, ce qui impose au droit de la concurrence d'y prêter une attention soutenue.

Néanmoins, une première approche pourrait suggérer que la disponibilité des données écarterait toute notion de pouvoir de marché. Cette perspective repose, entre autres, sur la nature non rivale des données et sur les conditions technologiques qui maintiennent un coût marginal de collecte faible. Ainsi, les marchés fondés sur la maîtrise de grands ensembles de données ne seraient pas caractérisés par de fortes barrières à l'entrée³⁴⁰⁵. Cependant, cette

3403V. en ce sens : LEMARCHAND S., FRÉGET O. et SARDAIN F., *Biens informationnels : entre droits intellectuels et droit de la concurrence*, Prop. intell., janvier 2003, n° 6, p. 11 et s.

3404CRÉMER J., DE MONTJOYE Y.-A., SCHWEITZER H., *op. cit.*, p. 7

3405LERNER, A. V., *The Role of 'Big Data' in Online Platform Competition*, 26 août 2014, disponible [en ligne] : <https://ssrn.com/abstract=2482780> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2482780> (consulté le

analyse a été l'objet de vives critiques. Des études ont en effet démontré la présence de barrières à l'entrée³⁴⁰⁶, tant au stade de la collecte des données qu'au cours des phases ultérieures de leur traitement et de leur exploitation³⁴⁰⁷.

Depuis plus de soixante ans, les règles de concurrence de l'Union européenne ont constitué un socle robuste pour la protection de la concurrence dans une grande variété de contextes de marché. Le droit de la concurrence a démontré une remarquable capacité d'adaptation face aux divers défis³⁴⁰⁸. Il est donc légitime de penser que ce cadre juridique pourra apporter des remèdes aux situations de défaillance de marché résultant d'un accès insuffisant aux données. Il convient toutefois de souligner qu'il s'agit d'un sujet relativement nouveau et encore peu exploré dans le domaine du droit de la concurrence³⁴⁰⁹. La question cruciale qui se pose est de savoir si le droit de la concurrence peut servir de levier pour l'accès aux données. Ce droit interviendra lors du contrôle de concentration d'entreprises (I), mais également dans l'hypothèse de pratiques anticoncurrentielles (II).

I. L'accès aux données dans le cadre du contrôle de concentration des entreprises

482. La problématique soulevée ici se décline en deux axes majeurs. Il convient, en premier lieu, d'évaluer l'adéquation actuelle du contrôle des concentrations aux spécificités de l'économie numérique (A). Cette interrogation est un préalable indispensable avant d'aborder, en second lieu, la question de savoir si un droit d'accès aux données peut être reconnu à l'égard des concurrents dans le cadre d'un tel contrôle (B).

01/09/2024)

3406Il y a eu plusieurs tentatives de définition de notion de barrière à l'entrée (v. par ex. HEFLEBOWER, R. B. *Barriers to New Competition*, The American Economic Review 47, 1957, n° 3, p. 363–371 ; STIGLER G. J., *The Organization of Industry*, University of Chicago Press, Chicago, 1968, p. 67). Cependant, dans le cadre de notre étude, cette notion sera comprise comme un obstacle rendant difficile l'accès à de nouveaux opérateurs sur le marché. Le Professeur Nicolas PETIT estime que « *ce n'est pas tant la notion de barrières à l'entrée qui importe que la capacité de l'obstacle en cause à dissuader une entrée (ou une expansion) susceptible de faire basculer le marché dans une spirale concurrentielle* » (PETIT N., *Droit européen de la concurrence*, L.G.D.J., Paris, octobre 2020, 3^e éd., spéc. p. 223).

3407V. en ce sens : RUBINFELD D. L. et GAL M. S., *Acces barriers to Big Data*, Arizona Law Review, 2017, vol. 59, p. 339 et s., disponible [en ligne] : <https://arizonalawreview.org/pdf/59-2/59arizrev339.pdf> (consulté le 01/09/2024)

3408CRÉMER J., DE MONTJOYE Y.-A., SCHWEITZER H., *op. cit.*, p. 3

3409CRÉMER J., DE MONTJOYE Y.-A., SCHWEITZER H., *op. cit.*, p. 9 ; Autorité de la concurrence et Bundeskartellamt, *Droit de la concurrence et données*, 10 mai 2016, disponible [en ligne] : <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2019-05/rapport-concurrence-donnees-vf-mai2016.pdf> (consulté le 01/09/2023)

A. Le contrôle des concentrations des entreprises dans l'économie numérique

483. L'utilisation des données joue désormais un rôle important non seulement dans l'économie numérique, mais aussi dans l'économie des biens et services matériels. La donnée devient un élément décisif pour les entreprises afin d'être compétitives sur le marché. Aussi, les fusions et d'acquisitions de jeunes pousses à forte intensité de données par de plus grandes entreprises deviennent, depuis 2016, de plus en plus récurrentes³⁴¹⁰. Ces fusions entre entreprises établies et jeunes pousses entraînent fréquemment des synergies et des gains d'efficacité substantiels et, partant, sont bénéfiques à la concurrence. Néanmoins, « *dans les marchés liés aux données, ce type d'opération peut se traduire par un accès différencié aux données et ainsi augmenter leur concentration si l'entrant a accès à une base de données importante* »³⁴¹¹. Des problèmes de concurrence pourront donc surgir « *si les concurrents de la nouvelle entité ne sont pas en mesure d'obtenir les informations que cette dernière peut obtenir en combinant ces données* »³⁴¹².

484. **Un contrôle de concentration peu adapté à l'économie numérique** – Le contrôle des effets des opérations d'acquisition sur la concurrence relève traditionnellement de la compétence des services européens³⁴¹³ ou nationaux³⁴¹⁴. Cependant, une lacune notable apparaît dans le cadre de l'économie numérique : de nombreuses acquisitions, notamment celles impliquant de jeunes pousses à forte intensité de données³⁴¹⁵, échappent aux seuils de notification établis³⁴¹⁶. Ces seuils, principalement fondés sur le chiffre d'affaires des entreprises³⁴¹⁷, ne reflètent pas adéquatement la valeur intrinsèque de ces jeunes pousses, laquelle réside davantage dans les données qu'elles détiennent. Ces opérations peuvent

3410V. en ce sens : EY, Global technology M&A report : avril–juin 2016.

3411Autorité de la concurrence et Bundeskartellamt, *op. cit.*, p. 18

3412Ibid., p. 19

3413Règlement (CE) n° 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JO n° L 024 du 29 janvier 2004 p. 1-22 ; Règlement d'exécution (UE) 2023/914 de la Commission du 20 avril 2023 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises et abrogeant le règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) C/2023/2400, JO L 119 du 5 mai 2023, p. 22–102

3414En France, v. Art. L. 430-1 et s. C. com.

3415Autorité de la concurrence, *Contribution de l'Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques*, 19 février 2020, p. 9 ; CRÉMER J., DE MONTJOYE Y.-A., SCHWEITZER H., *op. cit.*, p. 111 – Certains États ont modifié les seuils de contrôle national de concentration afin de prendre en compte le montant des transactions comme l'Allemagne et l'Autriche.

3416V. art. 1, paragraphe 2 et 3, du règlement (CE) n° 139/2004 du 20 janvier 2004

3417La Commission européenne a procédé à une consultation publique sur la question de savoir si le régime actuel de seuils fondés sur le chiffre d'affaires était pertinent (https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations_en).

pourtant générer des risques anticoncurrentiels significatifs, notamment en favorisant la monopolisation des données.

Dans le cadre de l'examen des concentrations d'entreprises détenant d'importants ensembles de données, la Commission européenne accorde une attention particulière à l'existence de barrières à l'entrée, qu'elles soient liées à la détention de droits de propriété intellectuelle³⁴¹⁸ ou à la possession de ressources technologiques spécifiques³⁴¹⁹. Les premières affaires portant sur contrôle de concentrations d'entreprises dédiées à l'utilisation commerciale de données concernaient des moteurs de recherche possédant des ensembles de données collectées en ligne et relatifs, notamment, aux utilisateurs. Dans l'une de ses premières décisions, l'affaire *Google/DoubleClick*³⁴²⁰, la Commission européenne avait reconnu la compatibilité de la concentration envisagée avec le marché commun et l'accord EEE et a écarté l'idée de verrouillage de marché. Elle avait estimé qu'il était peu probable que l'entité issue de la concentration puisse obtenir un avantage concurrentiel lié à la combinaison des données. Selon la Commission, les concurrents avaient la possibilité de reconstituer ces ensembles de données à travers le réseau. Dans le même sens, dans la décision la plus récente concernant la fusion *Facebook/Whatsapp*³⁴²¹, la Commission européenne avait exclu l'existence d'obstacles significatifs à l'entrée sur le marché de nouvelles applications de communication pour les consommateurs³⁴²². Pour ce faire, elle avait souligné la structure multihébergement ou encore « *multi-homing* » dans laquelle les consommateurs utilisent différents fournisseurs pour obtenir le même type de service de sorte qu'aucun d'entre eux ne détient de droits exclusifs sur les données³⁴²³. Le risque d'effets de réseau a été évalué par la

3418V. par ex. Commission européenne, décision du 17 juillet 1996 dans une procédure engagée en vertu du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil (Affaire n° IV/M.737 – Ciba-Geigy/Sandoz), JO L 201 du 29 juillet 1997, p. 1–47 : en l'espèce, la fusion pouvait entraîner un risque de restriction à l'entrée de nouveaux concurrents et cela, en raison de la possession d'un certain nombre de brevets. La Commission européenne a, toutefois, autorisé cette fusion à la suite de l'engagement pour la société d'accorder des licences à des entrants potentiels.

3419V. par ex. Commission européenne, *Case n° COMP/M. 1795 Vodafone Airtouch/Mannesmann Notification of 14.1.2000 pursuant to Article 4 of Council Regulation No 4064/89*, Document n° 300M1795 : Dans cette affaire, la Commission avait relevé que l'entité issue de la concentration serait la seule à pouvoir fournir un certain service de télécommunication en raison de son contrôle de la technologie. Cependant, elle a autorisé l'opération sous réserve d'un engagement d'accorder de manière non discriminatoire l'accès au réseau à des prix raisonnables.

3420Commission européenne, Décision du 11 mars 2008 déclarant une opération de concentration compatible avec le marché commun et le fonctionnement de l'accord EEE, Affaire n° COMP/M.4731 – Google/DoubleClick, C(2008) 927 final – V. ég. Commission européenne, *Case n° COMP/M.5727 – Microsoft/Yahoo ! Search Business Notification of 15 January 2010 pursuant to Article 4 of Council Regulation N° 139/2004*, SG-Greffe(2010) D/2118 C(2010) 1077, 18 février 2010

3421Commission européenne, décision du 03 octobre 2014 déclarant la compatibilité avec le marché commun d'une concentration (Affaire N COMP/M.7217 – Facebook/Whatsapp) sur base du Règlement (CE) N 139/2004 du Conseil

3422Voir l'affaire M7217 Facebook/Whatsapp, § 117.

3423Ibid., § 105.

Commission européenne, mais, bien qu'il ait été considéré comme plausible, il a été compensé par la disponibilité réelle des données³⁴²⁴. Par ailleurs, dans les secteurs à forte innovation technologique³⁴²⁵, la Commission prend en compte les gains d'efficacité³⁴²⁶ notamment des avantages significatifs pour les consommateurs résultant de l'opération de concentration³⁴²⁷. Ainsi, dans l'affaire *Facebook/Whatsapp*, la Commission avait mentionné la possibilité que l'entité fusionnée commence à collecter des données auprès des utilisateurs de *Whatsapp* dans le but d'améliorer la précision des publicités proposées sur la plateforme de réseautage social de *Facebook, Whatsapp*³⁴²⁸.

Cependant, il est impératif que ces gains d'efficacité soient mis en balance avec les risques que la concentration présente pour la concurrence³⁴²⁹. Il convient effectivement de maintenir une pluralité d'acteurs sur le marché et préserver un processus de rivalité efficace, même si l'objectif est de maximiser les résultats de l'utilité sociale. La préservation d'une pluralité d'acteurs assure une valorisation plus complète de l'importance du choix du consommateur. C'est dans cet esprit que, dans l'affaire *Telefónica UK / Vodafone UK / Everything Everywhere / JV*, la Commission européenne avait examiné si l'entreprise commune, en combinant une variété de données pour créer une base de données unique et essentielle à la publicité mobile ciblée, n'exclurait pas les fournisseurs concurrents du marché, incapables de reproduire un tel intrant³⁴³⁰.

3424Ibid., § 127 et s.

3425V. en ce sens : Commission européenne, *Case n° COMP/M.5727 – Microsoft/ Yahoo ! Search Business Notification of 15 January 2010 pursuant to Article 4 of Council Regulation N° 139/2004*, SG-Greffe(2010) D/2118 C(2010) 1077, 18 février 2010 ; *id.*, décision du 21 janvier 2010 déclarant une concentration compatible avec le marché commun et le fonctionnement de l'accord EEE (Affaire n° COMP/M.5529 – Oracle/ Sun Microsystems) C (2010) 142 final

3426V. Commission européenne, *Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises*, JO C 31 du 5 février 2004, p. 5–18 : spéc. § 78, § 79, § 85 : la Commission subordonne l'évaluation des concentrations à la prise en compte des gains d'efficacité à réaliser dans trois conditions cumulatives : les gains d'efficacité doivent être à l'avantage des consommateurs, être propres à la concentration et être vérifiables. Les gains d'efficacité sont pertinents dans l'évaluation de la concentration lorsqu'ils sont une conséquence directe de l'opération notifiée et ne peuvent être obtenus dans une mesure similaire au moyen d'alternatives moins anticoncurrentielles.

3427Ces gains d'efficacité peuvent notamment correspondre à des rendements d'échelle croissants, à une augmentation de la qualité du service fourni.

3428Voir l'affaire M7217 *Facebook/Whatsapp*, citée ci-dessus, § 189 ; Dans le même sens, v. Commission européenne, Décision du 11 mars 2008 déclarant une opération de concentration compatible avec le marché commun et le fonctionnement de l'accord EEE, Affaire n° COMP/M.4731 – Google/ DoubleClick, C(2008) 927 final, § 45

3429V. en ce sens : Autorité de la concurrence, *Contribution de l'Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques*, 19 février 2020, p. 19

3430Commission européenne, Decision of 4.9.2012 addressed to : – Telefónica UK – Vodafone Group – Everything Everywhere declaring a concentration to be compatible with the internal market and the functioning of the EEA Agreement (Case n° COMP/M.6314 – Telefónica UK / Vodafone UK / Everything Everywhere / JV), C(2012) 6063 final, § 539

Au regard des particularités de l'économie numérique, des propositions ont émergé pour réexaminer les méthodes d'évaluation du préjudice concurrentiel³⁴³¹. Il est notamment suggéré un contrôle accru dans l'hypothèse d'acquisitions de jeunes pousses par des plateformes ou des écosystèmes dominants³⁴³². En effet, l'acquisition de jeunes pousses à forte intensité de données, même si elles offrent des produits ou services initialement marginaux, peut conduire à l'élimination précoce de menaces concurrentielles potentielles. Le risque pour la concurrence résultant de telles acquisitions ne se limite pas à l'éviction de l'accès des concurrents aux intrants, mais s'étend également au renforcement de la domination par la concentration des données.

B. L'aménagement possible d'un accès aux données

485. Lorsque la Commission européenne relève des problèmes de concurrence en raison du projet de concentration, elle est tenue de l'interdire, et cela, « *même si les entreprises concernées par l'opération projetée s'engagent vis-à-vis de la Commission à ne pas en abuser* »³⁴³³. Pour écarter tout risque de refus d'autorisation, les parties notifiantes peuvent chercher à modifier le projet afin de résoudre les problèmes de concurrence. Pour ce faire, les parties doivent soumettre des engagements propres à rendre la concentration compatible avec le marché commun³⁴³⁴, ces mesures pouvant être exécutées après obtention de l'autorisation. La Commission, quant à elle, n'est pas en mesure « *de fixer unilatéralement des conditions aux fins de l'octroi d'une décision d'autorisation mais ne peut le faire que sur la base des engagements soumis par les parties* »³⁴³⁵.

3431V. CRÉMER J., DE MONTJOYE Y.-A., SCHWEITZER H., *op. cit.*, p. 11 ; OCDE, *Theories of harm for digital mergers – Background Note*, DAF/COMP(2023), 25 avril 2023, disponible [en ligne] : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2023\)6/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2023)6/en/pdf) (consulté le 01/09/2024)

3432V. en ce sens : CRÉMER J., DE MONTJOYE Y.-A., SCHWEITZER H., *op. cit.*, p. 124 pour qui « *the analysis must include an analysis of the strategic relevance of such mergers in shielding broader ecosystems from competitive threats from the fringe* »

3433TPICE, 5^e ch. élargie, 25 mars 1999, aff. T-102/96, *Gencor Ltd c. Commission des Communautés européennes*, Recueil 1999, p. II-753, pt. 316

3434Cette faculté se trouve en droit français et cela, depuis la loi n°77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante. V. art. L. 430-5, L. 430-7 du C. com. Pour un ex. v. Autorité de la concurrence, décisions n° 14-DCC-160 du 30 octobre 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de SFR par le groupe Altice ; *id.* décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac

3435Commission européenne, Communication concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission, JO C 267 du 22 octobre 2008, p. 1-27, pt. 6

486. **Les mesures correctives structurelles et comportementales** – Les engagements constituent un instrument correctif majeur dans le cadre du contrôle des concentrations, visant à garantir le maintien de structures de marché compétitives³⁴³⁶. Leur plasticité en fait un outil versatile pour traiter une grande variété de problématiques concurrentielles³⁴³⁷. Ces engagements peuvent revêtir des formes diverses, classiquement distinguées entre mesures structurelles et comportementales.

Les mesures à caractère structurel portent directement sur la structure du marché. L'exemple le plus prégnant est la cession d'actifs. Pour la Commission européenne, « *les engagements de cession offrent la meilleure réponse aux problèmes de concurrence résultant de chevauchements horizontaux et pourraient également représenter la meilleure solution pour régler les problèmes d'ordre vertical ou les problèmes liés à la constitution possible d'un conglomérat* »³⁴³⁸. L'avantage principal de ces mesures réside dans leur capacité à modifier en profondeur la configuration du marché, réduisant ainsi durablement les risques anticoncurrentiels. Ainsi, en cas de création ou renforcement de la position dominante du fait d'une « monopolisation » de données, le projet de concentration pourrait, toutefois, être autorisé si les engagements proposés sont suffisants pour supprimer les problèmes de concurrence³⁴³⁹. Ces engagements pourront être sous forme de cession d'actifs. La reconnaissance d'un droit *sui generis* sur les données numériques, comme cela a été précédemment souligné, implique la possibilité de céder ces droits à un tiers. Ainsi, face à une « monopolisation » de données jugées essentielles pour le marché, les parties notifiantes pourraient s'engager à céder leurs droits sur une partie de ces données afin de restaurer une concurrence effective.

Parallèlement aux cessions d'actifs, les mesures correctives peuvent être de nature comportementale. Celles-ci incluent, par exemple, la non-utilisation d'une marque pendant une période donnée, la mise à disposition à des tiers concurrents d'une partie de la capacité de production de l'entité issue de la concentration, ou plus généralement, l'octroi d'un accès à une infrastructure essentielle dans des conditions non discriminatoires. Des cas tels que les

3436 TPICE, 2^e ch., 4 juillet 2006, aff. T-177/04, *easyJet Airline Co. Ltd c. Commission des Communautés européennes*, pt. 197

3437 Autorité de la concurrence, *Les engagements comportementaux*, La documentation française, Paris, coll. Les essentiels, 2019, p. 26-27

3438 Commission européenne, Communication concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission, pt. 17

3439 Commission européenne, Communication concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission, JO C 267 du 22 octobre 2008, p. 1–27, pt. 9 : « *Les engagements doivent résoudre entièrement les problèmes de concurrence et être complets et efficaces à tous points de vue. Ils doivent en outre pouvoir être exécutés de façon effective et dans des délais rapides, les conditions de concurrence sur le marché n'étant pas préservées tant qu'ils ne sont pas réalisés* ».

affaires *Ciba-Geigy/Sandoz*³⁴⁴⁰, et *Vodafone Airtouch/Mannesmann*³⁴⁴¹ ont illustré l'application de ce type d'engagements. Ainsi, en cas de « monopolisation » de données, cette approche est tout à fait envisageable. Dans un certain nombre d'affaires³⁴⁴², la Commission européenne a, effectivement, accepté des « *mesures correctives prévoyant l'octroi d'un accès aux infrastructures, réseaux et technologies clés, notamment aux brevets, au savoir-faire ou à d'autres droits de propriété intellectuelle, ainsi qu'aux intrants indispensables* »³⁴⁴³. Étant donné que les données numériques peuvent constituer des *intrants* essentiels sur certains marchés et que leur « monopolisation » fait naître un risque d'éviction des concurrents actifs en amont ou en aval, les parties à une opération de concentration pourraient s'engager à mettre en place un accès à leurs données. Cependant, il est important de noter que les mesures de nature comportementale sont souvent perçues comme plus complexes³⁴⁴⁴ et coûteuses à mettre en œuvre et à contrôler. Elles nécessitent l'établissement de règles de procédure précises pour encadrer et surveiller l'accès à ces *intrants*. C'est précisément pour cette raison que certaines autorités de la concurrence telles que le *Bundeskartellamt* allemand, préfèrent les remèdes structurels, jugés plus directs et moins contraignants en termes de surveillance à long terme³⁴⁴⁵.

487. Le contrôle des concentrations et l'accès aux données : un bilan mitigé et des perspectives d'évolution – En conclusion de cette analyse, il apparaît que le contrôle des concentrations peut effectivement jouer un rôle dans l'aménagement de l'accès aux données,

3440 Commission européenne, décision du 17 juillet 1996 dans une procédure engagée en vertu du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil (Affaire n° IV/M.737 – *Ciba-Geigy/Sandoz*), JO L 201 du 29 juillet 1997, p. 1–47.

3441 Commission européenne, *Case n° COMP/M. 1795 Vodafone Airtouch/Mannesmann Notification of 14.1.2000 pursuant to Article 4 of Council Regulation No 4064/89*, Document n° 300M1795.

3442 V. par ex. Commission européenne, decision of 02.04.2003 declaring a concentration to be compatible with the common market and the EEA Agreement (Case n° COMP/M. 2876 ñ *Newscorp / Telepi*), C (2003) 1082 final, pt. 255 ; *id.*, decision of 21/XII/2005 declaring a concentration to be compatible with the common market and the EEA Agreement (Case n° COMP/M.3696 – *E. ON/MOL*), C(2005)5593 final ; *id.*, décision du 14 mars 2006 déclarant une opération de concentration compatible avec le marché commun et le fonctionnement de l'accord EEE, C (2006) 793 final ; *id.*, decision of 24.5.2018 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) and Article 54 of the EEA Agreement Case AT.39816 – *Upstream Gas Supplies in Central and Eastern Europe*, C(2018) 3106 final – v. ég. TPICE, 3^e ch., 30 septembre 2003, aff. T-158/00, *Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland (ARD) contre Commission des Communautés européennes*,

3443 Commission européenne, Communication concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission, pt. 62.

3444 *Ibid.*, pt. 66 : précisant que la Commission « *n'acceptera ces engagements qu'à condition que leur complexité ne soit pas de nature à menacer leur efficacité dès le départ, que les moyens de contrôle proposés garantissent leur exécution effective et que leur dispositif de mise en œuvre débouche sur des résultats en temps utile* ».

3445 Autorité de la concurrence, *Les engagements comportementaux*, La documentation française, Paris, coll. Les essentiels, 2019, p. 32.

contribuant ainsi à la préservation d'une saine concurrence sur les marchés numériques. Cependant, cette approche est confrontée à plusieurs limites substantielles qui en atténuent la portée et l'efficacité.

Premièrement, les seuils de notification qui gouvernent le contrôle des concentrations se révèlent inadaptés aux spécificités de l'économie numérique. Ces seuils, traditionnellement basés sur le chiffre d'affaires des entreprises, ne correspondent pas à la véritable valeur des actifs numériques, en particulier les données. Partant, de nombreuses concentrations impliquant des jeunes pousses à forte intensité de données échappent à tout contrôle, notamment celui de la Commission européenne³⁴⁴⁶. Ces opérations, bien que de faible envergure en termes de chiffre d'affaires initial, peuvent conférer aux acquéreurs une position dominante sur des ensembles de données essentielles, créant ainsi des barrières à l'entrée et faussant la concurrence.

Deuxièmement, il a été observé que le cadre actuel du contrôle des concentrations semble peu adapté aux dynamiques spécifiques du marché des données. Cette lacune a conduit plusieurs rapports et études à souligner la nécessité d'introduire des mécanismes spécifiques à l'économie numérique, capables d'appréhender les particularités de l'acquisition et de la détention de données³⁴⁴⁷. L'absence de critères d'évaluation adaptés et d'outils d'analyse précis pour les marchés de données a pour conséquence de fragiliser l'intervention des autorités de concurrence dans ce domaine.

Enfin, et c'est une limite non négligeable, la mise en œuvre d'engagements visant à instaurer un accès aux données repose uniquement sur le bon vouloir des parties notifiantes. En dépit de leur potentiel, ces mesures de nature comportementale sont complexes à négocier, à formuler et à surveiller. Leur efficacité dépend largement de la coopération des entreprises concernées et de la capacité des autorités à en assurer le respect sur le long terme. Cette dépendance au consentement des parties peut limiter la portée et la robustesse des remèdes mis en place.

Ces lacunes soulèvent des questions fondamentales quant à la capacité du droit de la concurrence à réguler efficacement les marchés numériques. Il convient à présent d'explorer une autre voie d'intervention du droit de la concurrence : celle de l'abus de position dominante. Nous devons alors examiner si, par le biais de la théorie des facilités essentielles,

3446 Nous n'étayerons pas la possibilité pour les autorités nationales d'appliquer l'article 22 du règlement (CE) n° 139/2004 du 20 janvier 2004 puisqu'il s'agit d'un mécanisme peu utilisé en pratique. Cette disposition permet à une autorité nationale de concurrence de renvoyer à la Commission une opération de concentration qui n'est pas d'une dimension européenne mais qui affectera le commerce entre les États membres et menacera d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire d'un ou des États membres.

3447 V. CRÉMER J., DE MONTJOYE Y.-A., SCHWEITZER H., *Cop. cit.*, p. 124 ; Autorité de la concurrence, *Contribution de l'Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques*, 19 février 2020, p. 12

un droit d'accès aux données peut être reconnu en faveur des concurrents, offrant ainsi une alternative ou un complément au contrôle des concentrations.

II. L'accès aux données assuré par la théorie des facilités essentielles

488. L'accès aux données est de plus en plus reconnu comme un facteur concurrentiel déterminant pour les opérateurs évoluant sur divers marchés. Par exemple, la disponibilité de flux de données générés par des machines connectées peut être cruciale pour l'exécution de services d'entretien ou pour la prévision de la consommation d'énergie. Lorsque l'accès à ce type de données n'est pas seulement utile, mais devient essentiel pour permettre l'entrée ou le maintien sur un marché, la question se pose alors de savoir si le refus d'une entreprise en position dominante de fournir cet accès peut constituer un abus de position dominante. La question de savoir si le droit de la concurrence offre d'ores et déjà des mesures correctives pour promouvoir l'accès aux données en cas de refus reste débattue³⁴⁴⁸. Néanmoins, les autorités de concurrence française et allemande ont récemment estimé que le « *refus d'accès aux données peut être anticoncurrentiel si les données en question constituent une « facilité essentielle » à l'activité de l'entreprise qui cherche à y accéder* »³⁴⁴⁹. Cette position souligne la pertinence de la théorie des facilités essentielles dans le contexte de l'économie numérique.

Afin d'explorer cette hypothèse, il convient de procéder en deux étapes. Nous devons tout d'abord circonscrire la théorie des facilités essentielles (**A**) dans son cadre juridique et économique traditionnel. Ensuite, nous pourrions l'appliquer spécifiquement aux enjeux de l'économie numérique (**B**), en évaluant si les données peuvent être qualifiées de « facilité essentielle » et quelles en seraient les implications en termes d'obligations d'accès pour les entreprises dominantes.

A. Les conditions d'application de la théorie des facilités essentielles

489. **Le fondement de la théorie des facilités essentielles** – Il est impératif de souligner, en préambule, l'incroyable « *la plasticité de l'article 102 du TFUE* »³⁴⁵⁰. Cette souplesse inhérente confère au droit de la concurrence la capacité d'appréhender efficacement les

3448V. par ex. CRÉMER J., DE MONTJOYE Y.-A., SCHWEITZER H., *op. cit.*, p. 98–107

3449Autorité de la concurrence et Bundeskartellamt, *op. cit.*, p. 20

3450FAVREAU A., *Remarques sur droit de la concurrence et nouvelles technologies : perturbateurs des systèmes en place ?*, in *L'articulation des droits de propriété intellectuelle et du droit de la concurrence*, sous-dir. P. Tréfigny, Dalloz, Paris, éd. 1ère, coll. Thèmes et commentaires, 2020, p. 57

nouvelles formes d'abus de position dominante émergeant sur les marchés. C'est précisément sur le fondement de cette disposition que s'est développée en Europe³⁴⁵¹ la théorie des facilités essentielles, originaire du droit américain³⁴⁵². Il est à noter, cependant, que bien que cette théorie soit largement reconnue et discutée dans les cercles académiques, elle est en pratique rarement explicitement invoquée par les juges et les autorités de concurrence dans leurs décisions.

La théorie des facilités essentielles constitue une réponse juridique aux dommages réglementaire et aux entraves à l'innovation qui peuvent survenir lorsqu'une entreprise dominante contrôle un intrant indispensable. Elle repose sur l'idée fondamentale que « *celui qui domine un secteur économique déterminé, c'est-à-dire un marché, n'a pas le droit d'abuser de cette circonstance par un comportement arbitraire, en imposant de la sorte à ses concurrents un handicap artificiel, dont la source n'est pas la libre rencontre de l'offre et de la demande.* »³⁴⁵³. En d'autres termes, l'entreprise « *placée en situation de monopole a une responsabilité particulière lorsqu'elle est le partenaire obligé pour accéder au marché* »³⁴⁵⁴ dérivé. Nous serions donc en présence d'une « *responsabilité concurrentielle objective* »³⁴⁵⁵ qui découle de sa position structurelle sur le marché.

Cette théorie des facilités essentielles vise principalement à sanctionner les comportements abusifs imputables aux opérateurs dominants³⁴⁵⁶. Cependant, Madame Stéphanie CARRE estime que cette théorie vise également à sanctionner « *un déséquilibre économique et [...] juridique* »³⁴⁵⁷. Cette perspective inscrit la théorie des facilités essentielles

3451V. par ex. au niveau de l'Union européenne : Commission des communautés européennes, décision du 21 décembre 1993, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CE (IV/34.689 – Sea Containers contre Stena Sealink – Mesures provisoires) (IV/34.689 – Sea Containers contre Stena Sealink – Mesures provisoires), JO L 15 du 18 janvier 1994, p. 8–19 – Au niveau national, v. par ex. Conseil de la concurrence, décision n° 96-D-51 du 3 septembre 1996 relative à des pratiques de la Sarl Héli-Inter Assistance ; Cass. com., 25 janvier 2000, n° 97-20.199

3452U.S.. Supreme Court, United States v. Terminal Railroad Ass'n, 224 US 33, 1912. Cependant, il semble que la jurisprudence américaine ait, depuis l'arrêt Trinko (U.S. Supreme Court, Verizon Commc'ns Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko LLP, 540 U.S. 398, 2004), écarté cette théorie faute de base légale.

3453BONET G., *Abus de position dominante et droits sur les créations : une évolution inquiétante de la jurisprudence communautaire ?*, in Mélanges offerts à André Colomer, Litec, Paris, 1993, p. 87

3454MALAURIE-VIGNAL M., *L'abus de positions dominante*, L.G.D.J., Paris, coll. Systèmes, 14 janvier 2003, n° 253

3455SIIRIAINEN F., *Propriété intellectuelle et concurrence ; Problématique de la convergence*, in La propriété intellectuelle entre autres droits, sous-dir. J.-M. Bruguière, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 43

3456CJUE, 2^e ch., 6 octobre 2015, aff. C-23/14, *Post Danmark A/S contre Konkurrencerådet*, pt. 47. Cette condition d'imputabilité est importante en pratique. En effet, l'exclusion des concurrents n'est pas nécessairement due à des pratiques abusives de l'opérateur dominant. Cette éviction peut s'expliquer par une mauvaise adaptation à l'évolution rapide de la demande des consommateurs. « *En conséquence, [ces concurrents] auraient été chassés du marché, quel que soit le comportement de l'entreprise dominante* » (FAVREAU A., *op. cit.*, p. 59)

3457CARRE S., *La « théorie des facilités essentielles » « Much ado about nothing ? »*, in Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé, Mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewshi, p. 87-116

dans une vision « intentionnaliste »³⁴⁵⁸ de la concurrence, qui vise à « l'éradication par principe des situations de dominance afin de ménager l'égalité d'accès dans les marchés, quitte à remettre en cause des droits de propriété ou des libertés contractuelles »³⁴⁵⁹. Il s'agit donc d'une approche proactive qui privilégie la préservation de la structure concurrentielle même au détriment des droits exclusifs.

Cette théorie nous intéresse tout particulièrement puisqu'elle peut être analysée comme une sorte de « droit d'accès »³⁴⁶⁰. Elle offre ainsi un cadre juridique potentiel pour contraindre une entreprise dominante à partager une ressource essentielle, ouvrant alors la voie à une intervention régulatrice en cas de refus d'accès aux données.

490. Les conditions d'application de la théorie des facilités essentielles – La théorie des facilités essentielles, bien qu'étant un instrument puissant du droit de la concurrence, ne doit pas être perçue comme un « droit à la paresse »³⁴⁶¹, permettant aux concurrents de bénéficier sans effort des investissements d'une entreprise dominante. Aussi, la jurisprudence a-t-elle posé des conditions strictes à son application. Les critères d'application de cette théorie ont été précisés par la Cour de justice dans l'affaire emblématique *Magill*³⁴⁶². La Cour a établi que l'exercice d'un droit exclusif par un opérateur dominant peut, dans des circonstances exceptionnelles, donner lieu à un comportement abusif. Dans l'arrêt *Magill*, les juges luxembourgeois ont identifié quatre éléments cumulatifs caractérisant ces « circonstances exceptionnelles » : l'absence de substitut réel ou potentiel au produit du marché dérivé³⁴⁶³ ; le

3458MARTY F., *La politique de concurrence européenne face aux droits et libertés des entreprises dominantes*, in *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens. Dixièmes journées d'études du Pôle européen Jean Monnet* (sous-dir. Laurence Potvin-Solis), Bruylant, Bruxelles, 22 août 2012, p. 57-95 : l'auteur constate l'existence au sein des politiques de concurrence d'une tension entre une vision dite évolutionniste et une conception intentionnaliste.

3459AUTENNE A., DELNOOZ F., et GOUVERNEUR M., *Les actifs essentiels protégés par un droit de propriété intellectuelle : la libre concurrence face au droit de propriété et à la liberté de contracter*, in *Actualités en droit économique : la liberté d'entreprendre ou le retour en force d'un fondamental du droit économique* (sous-dir. Thierry Léonard), Bruylant, Bruxelles, 8 avril 2015, p. 140

3460SIIRIAINEN F., *op. cit.*, p. 35

3461RICHER L., *Le droit à la paresse ? « Essential facilities »*, version française, D., 1999, p. 523

3462CJCE 6 avril 1995, aff. jointes C-241/91 P et C-242/91 P, *Radio Telefís Éireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Commission des Communautés européennes*, JCP, 1995, II, 3883, note VIVANT M. ; D. 1996, chron., p. 119 note EDELMAN B. – Notons qu'il existe des décisions antérieures qui font application de la théorie des facilités essentielles (CJCE, 5 octobre 1988, aff. 53/87, *Consortio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli et Maxicar c. Régie nationale des usines Renault*, Rec., p. 6037 ; CJCE, 5 octobre 1988, aff. 238/87, *AB Volvo c. Erik Veng (UK) Ltd.*, Rec. p. 6211.).

3463Ibid., pt 52 – Ce n'est pas l'absence d'alternative à la facilité essentielle qui a été dans l'espèce posée comme première condition mais l'absence de substitut au produit dans le marché dérivé. Cela se justifie essentiellement par la spécificité des droits de propriété intellectuelle. Comme l'explique Madame Marine RANOUIL, « le bien objet du droit exclusif sera presque toujours considéré comme une facilité essentielle puisque l'essence même de ce droit est d'en interdire la duplication. La recherche de tout substitut réel ou potentiel est donc vain » (RANOUIL M., *La théorie des facilités essentielles et le droit de la propriété intellectuelle. L'arrêt Magill : vingt ans déjà sans avoir trouvé sa voie !*, Comm. com. électr., janvier 2016, étude 1)

refus d'accès à la facilité constitue un obstacle à l'apparition d'un produit nouveau que l'opérateur dominant n'offre pas et pour lequel il existe une demande potentielle de la part des consommateurs³⁴⁶⁴ ; l'absence de justification objective du refus d'accès à la facilité³⁴⁶⁵ ; et, enfin, ce refus doit être de nature à éliminer toute concurrence sur le marché dérivé³⁴⁶⁶. Ces exigences doivent être cumulativement satisfaites³⁴⁶⁷.

Finalement, il est primordial de démontrer le caractère indispensable de la ressource, c'est-à-dire qu'elle n'est ni interchangeable, ni substituable à un coût déraisonnable. Ainsi, dans l'affaire *Bronner*, la Cour de justice n'a constaté aucun abus de position dominante en ce que la ressource en cause n'était pas indispensable et pouvait être développée par d'autres concurrents³⁴⁶⁸.

Au fil des décisions de la Cour de justice, les conditions d'application de la théorie des facilités essentielles ont été progressivement assouplies. Ainsi, dans son arrêt *IMS Health*³⁴⁶⁹, les juges luxembourgeois ont estimé qu'il est suffisant qu'un marché potentiel, voire hypothétique, de produit ou service en aval puisse être identifié. Cette atténuation élargit le champ d'application de la théorie, ne nécessitant plus la preuve d'un marché dérivé déjà pleinement constitué. De manière plus significative encore, les exigences relatives à l'apparition d'un produit nouveau ont été considérablement assouplies dans sa décision *Microsoft*³⁴⁷⁰. Dans cette affaire, le Tribunal a renoncé à l'exigence stricte de la règle du nouveau produit sur un marché secondaire, telle qu'énoncée dans les affaires *Magill* et *IMS Health*. Il a autorisé l'accès même si celui-ci ne pouvait créer de concurrence qu'au sein du marché primaire. Ce faisant, le « Tribunal a adopté une « conception incrémentale » de la nouveauté de sorte qu'il suffit que le refus conduise à limiter « le développement technique » des produits ou des services »³⁴⁷¹ au détriment des consommateurs³⁴⁷². Cette position a été

3464CJCE 6 avril 1995, aff. jointes C-241/91 P et C-242/91 P, pt 54

3465Ibid., pt 55 – La justification objective du refus à l'accès à la facilité essentielle qui consisterait en un droit de propriété intellectuelle marquerait, selon le Professeur Fabrice SIIRIAINEN, « à la fois une négation du caractère prétendument absolu des droits de propriété intellectuelle et un aveu de leur caractère relatif, de leur nature de « droits fonction » (en tout cas dans un cadre de droit de la concurrence). » (SIIRIAINEN F., *op. cit.*, p. 44-45)

3466CJCE 6 avril 1995, aff. jointes C-241/91 P et C-242/91 P, pt 56

3467CJCE, 26 novembre 1998, aff. 7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG contre Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG et Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG*, Rec., p. 7791 ; CJCE, 29 avril 2004, aff. C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG c. NDC Health GmbH & Co. KG*

3468CJCE, 26 novembre 1998, aff. 7/97, pt. 44

3469CJCE, 29 avril 2004, aff. C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG c. NDC Health GmbH & Co. KG*, pt 44

3470TPICE, gr. ch., 17 septembre 2007, aff. T-201/04, *Microsoft Corp. c. Commission des Communautés européennes*

3471CHAIEHLOUDJ W., *Quels outils efficaces pour les autorités de concurrence dans l'économie numérique ?*, Contr. conc., mars 2020, n° 3, étude 4

3472TPICE, gr. ch., 17 septembre 2007, aff. T-201/04, pt 647.

interprétée par le Professeur Fabrice SIIRIAINEN comme signifiant que « *la rente [du titulaire du droit de propriété intellectuelle] peut être sacrifiée (pour partie) sur l'autel du partage et du progrès de l'innovation* »³⁴⁷³. Dans l'affaire *Microsoft*, il ne semble plus important de savoir si l'accès à la ressource permet l'innovation sur un marché secondaire, marché en aval, mais plutôt si l'innovation par l'accès est effectivement augmentée ou non³⁴⁷⁴. Bien que cette mesure de l'incidence sur l'innovation à venir puisse être complexe et entraîner une certaine insécurité juridique, l'intégration de cette dimension dans les exigences tenant à la théorie des facilités essentielles a conduit les juges à renoncer à la distinction claire entre la concurrence à l'intérieur du marché et la concurrence pour le marché, c'est-à-dire pour la conquête des marchés.

Malgré cet assouplissement, la théorie des facilités essentielles ne peut être utilisée comme un recours opportuniste pour neutraliser l'avantage concurrentiel légitime d'un opérateur dominant. Ainsi, même dans l'affaire *Microsoft*, où la condition sur l'apparition d'un produit nouveau fut assouplie, la Commission européenne a vérifié que les concurrents de l'opérateur dominant ne se limitaient pas à reproduire ses produits. En d'autres termes, il est exigé que les produits des concurrents intègrent des éléments substantiels résultant de leurs propres efforts³⁴⁷⁵, ce qui peut être interprété comme une référence visant à limiter la concurrence par imitation³⁴⁷⁶.

Il est également pertinent de noter que, dans son projet de lignes directrices sur l'application de l'article 102 du TFUE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes³⁴⁷⁷, la Commission européenne ne fait pas explicitement mention de la théorie des facilités essentielles. Néanmoins, elle en reprend la philosophie dans le cadre des « *refus de fourniture* ». Cela vise la « *situation dans laquelle une entreprise dominante a mis au point un intrant exclusivement ou principalement pour son propre usage et refuse d'y donner accès* ».

3473 SIIRIAINEN F., *op. cit.*, p. 39

3474 Dans l'affaire *Microsoft*, l'exclusivité des informations sur l'interopérabilité pouvait éventuellement conduire à une éviction du marché à la fois sur les marchés déjà existants et sur les marchés dérivés. Cela est particulièrement vrai sur les marchés des systèmes, où la compatibilité des produits relie les marchés voisins de telle sorte qu'une diminution de la pression concurrentielle et du processus concurrentiel sur le marché primaire peut mener à une détérioration de la concurrence et de ses effets sur l'innovation.

3475 TPICE, gr. ch., 17 septembre 2007, aff. T-201/04, pt 631

3476 V. ég Commission européenne Projet de communication. Lignes directrices sur l'application de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, pt. 106 : « *dans ces circonstances, l'entreprise qui a demandé la licence ne devrait pas se limiter en substance à reproduire les biens ou services déjà proposés sur le marché dérivé par le titulaire du droit de propriété intellectuelle* ».

3477 Commission européenne Projet de communication. Lignes directrices sur l'application de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, Disponible [en ligne] : <https://www.vogel-vogel.com/wp-content/uploads/2024/08/Projet-Lignes-directrices-Abus-deviction-article-102.pdf> (consulté le 10/11/2024)

*lorsqu'une partie le demande (généralement un concurrent existant ou potentiel) »*³⁴⁷⁸. La Commission précise que le terme « *intrant* » est large et englobe divers types d'actifs, y compris les biens, les services, les réseaux et les droits de propriété intellectuelle³⁴⁷⁹, ce qui est suffisamment vaste pour y inclure les données numériques. Dans son projet, la Commission retient deux conditions cumulatives pour qualifier un refus de fourniture d'abusif. Premièrement, « *l'intrant est indispensable pour que l'entreprise qui demande l'accès puisse concurrencer l'entreprise dominante sur un marché en aval* ». Deuxièmement, « *le refus est susceptible de produire des effets d'éviction, ce qui, dans ce contexte spécifique, signifie la capacité d'éliminer toute concurrence de la part de l'entreprise demandeuse* »³⁴⁸⁰. Ces conditions, bien que plus synthétiques que celles de la jurisprudence *Magill*, conservent l'esprit de la théorie des facilités essentielles, en se concentrant sur le caractère indispensable de la ressource et le risque d'élimination de la concurrence.

491. **Les critiques tenant à l'application de la théorie des facilités essentielles** – La théorie des facilités essentielles, bien que fondamentale dans la régulation de la concurrence, a fait l'objet de critiques, particulièrement en ce qui concerne son incidence sur l'incitation à l'innovation. D'une part, il est avancé que l'opérateur dominant pourrait être dissuadé d'investir massivement dans l'innovation, appréhendant de ne pas pouvoir récolter pleinement les fruits de ses investissements³⁴⁸¹. Cette réticence s'expliquerait par la perspective d'être contraint de partager l'accès à l'actif résultant de cet investissement, réduisant ainsi l'avantage concurrentiel initialement recherché. D'autre part, les nouveaux entrants, bénéficiant de l'accès à la facilité essentielle de l'opérateur dominant, pourraient se limiter à « *des innovations incrémentales et non des innovations de rupture* »³⁴⁸². Cette approche prudente découlerait de la facilité d'accès aux infrastructures existantes, réduisant l'impératif de développer des alternatives radicalement nouvelles.

Par ailleurs, lorsque l'usage abusif d'une facilité essentielle est caractérisé, la sanction encourue se limite à l'octroi d'une licence forcée. Dans cette configuration, l'opérateur dominant se trouve contraint de céder l'accès à son actif, devenant alors un « *cédant malgré lui* »³⁴⁸³. Cette mesure soulève une interrogation juridique fondamentale : une telle sanction ne

³⁴⁷⁸*Ibid.*, pt. 96

³⁴⁷⁹*Ibid.*, p. 36, note de bas de page n° 236

³⁴⁸⁰*Ibid.*, pt. 99

³⁴⁸¹Cet argument a été soulevé lors de l'affaire *Microsoft*. Cependant, après avoir examiné l'argument, le Tribunal a l'a rejeté.

³⁴⁸²MARTY F., *op. cit.*, p. 7

³⁴⁸³GAUTIER P.-Y., *Le cédant malgré lui : étude du contrat forcé dans les propriétés intellectuelles*, D., 1995, p. 123.

constitue-t-elle pas une atteinte à la liberté contractuelle ? Cette liberté, pilier des systèmes juridiques libéraux, est notamment consacrée par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen³⁴⁸⁴. Or, en principe, toute restriction à la liberté contractuelle doit procéder d'un texte spécifique et être dûment justifiée par un objectif d'intérêt général. Il est indéniable que la licence obligatoire vise un intérêt général, à savoir la préservation d'une concurrence saine et loyale sur le marché³⁴⁸⁵. Néanmoins, force est de remarquer qu'il n'existe pas, à proprement parler, de disposition expresse prévoyant explicitement une telle sanction de licence forcée dans le cadre de l'abus de position dominante lié aux facilités essentielles. Malgré cette absence de fondement textuel, la jurisprudence semble ne pas s'en trouver entravée, les juges acceptant l'imposition de ces licences obligatoires en dépit de l'atteinte potentielle à la liberté contractuelle.

Finalement, la pertinence et l'applicabilité des conditions régissant la théorie des facilités essentielles, telles qu'elles ont été historiquement définies, se posent avec acuité dans le contexte contemporain d'une potentielle « monopolisation » des données. La qualification des données en tant que « facilité essentielle » et la définition des critères d'abus liés à leur exploitation demeurent incertaines.

B. L'application incertaine de la théorie des facilités essentielles à l'économie numérique

492. La théorie des facilités essentielles, traditionnellement appliquée aux actifs de réseaux et aux monopoles naturels³⁴⁸⁶ tels que les ports³⁴⁸⁷, les aéroports, soulève une question fondamentale quant à sa pertinence dans l'environnement numérique. Il est en effet complexe

3484Initialement, le Conseil constitutionnel avait pu estimer en 1994 « *qu'aucune disposition de la Constitution ne garantit le principe de liberté contractuelle* » (Cons. const., décision du 3 août 1994, n° 94-348 DC, loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92/49 et n° 92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du conseil des communautés européennes, cons 9). Par la suite, le Conseil a reconnu dans sa décision du 19 décembre 2000 la valeur constitutionnelle du principe (Cons. const., décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000 Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001).

3485Par ailleurs, pour le Professeur Pierre-Yves GAHDOUN, « *d'une manière générale, le Conseil constitutionnel ne vérifie pas le contenu de l'intérêt général, il se contente d'enregistrer la présence ou non d'un motif justifiant l'atteinte aux libertés constitutionnelles* » (GAHDOUN P.-Y., *Le Conseil constitutionnel et le contrat*, Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, avril 2011, n° 31).

3486MARTY F., *op. cit.*, p. 5-18

3487V. par ex. Commission des communautés européennes, décision du 21 décembre 1993, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CE (IV/34.689 – Sea Containers contre Stena Sealink – Mesures provisoires) (IV/34.689 – Sea Containers contre Stena Sealink – Mesures provisoires)

de transposer la notion d'infrastructure essentielle, aisément identifiable pour des éléments physiques comme des rails, gares, aéroports, à des données³⁴⁸⁸.

Actuellement, la jurisprudence relative au recours au droit de la concurrence contre le refus d'échanger des données détenues par un opérateur occupant une position dominante sur le marché reste limitée³⁴⁸⁹. Pourtant, il est possible de soutenir qu'un tel refus pourrait entraver le développement de l'innovation. Un acteur dominant qui restreint l'accès à ses données clés pourrait ainsi nuire à l'émergence de nouvelles innovations et, par extension, à la dynamique concurrentielle du marché. Face à ce constat, l'idée de considérer les données comme un nouveau type d'infrastructure pour l'économie numérique a été avancée. Cette perspective, notamment mise en lumière par le rapport 2015 de l'OCDE sur l'innovation fondée sur les données³⁴⁹⁰, suggère que l'accès à certaines bases de données pourrait être aussi crucial pour l'innovation que l'accès à des infrastructures physiques traditionnelles. Cependant, cette affirmation nécessite une analyse approfondie pour déterminer si les données remplissent réellement les critères pour être qualifiées de « facilité essentielle ».

1. La vérification des conditions de l'application de la théorie des facilités essentielles

493. La théorie des facilités essentielles apparaît comme un levier potentiel pour garantir aux entreprises un accès aux ensembles de données détenues par des opérateurs dominants qui

3488FASQUELLE D., *Le droit de la concurrence à la croisée des chemins face à l'émergence du numérique*, Contr. conc. cons., juillet 2019, n° 7, dossier 11

3489V. par ex. Autorité de la concurrence, décision n° 14-D-06 du 8 juillet 2014 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Cegedim dans le secteur des bases de données d'informations médicales. L'Autorité de la concurrence a estimé que « sur la base de l'article 102c du TFUE, [...] une pratique peut être qualifiée d'abusives dès lors qu'elle revient à « appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ». La mise en évidence d'une inégalité d'accès ne permet pas néanmoins de caractériser un abus et partant de requérir des remèdes concurrentiels. » ; CA Paris, Pôle 5, ch. 5-7, 24 septembre 2015, n° RG 2014/17586 ; Cass. com., 21 juin 2017, n° 15-25.941 ; Autorité de la concurrence, décision 22-D-06 du 22 février 2022 relative à des pratiques mises en œuvre par la société EDF dans le secteur de l'électricité ; Bundesgerichtshof, 20 juin 2020, KVR 69/19, Facebook, WIEDEMANN, K. *A Matter of Choice : The German Federal Supreme Court's Interim Decision in the Abuse-of-Dominance Proceedings Bundeskartellamt v. Facebook* (Case KVR 69/19). IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law, 2020, n° 51, p. 1168–1181

3490OCDE, *Data-Driven Innovation : Big Data for Growth and Well-Being*, 2015, spéc. p. 179 ; V. ég. KHAN L. M., *Amazon's Antitrust Paradox*, Yale Law Journal, 2017, vol. 126, p. 710-85 ; FASQUELLE D., *Le droit de la concurrence à la croisée des chemins face à l'émergence du numérique*, Contr. conc. cons., juillet 2019, n° 7, dossier 11 : pour qui les grands volumes de données pourraient être qualifiés d'infrastructures essentielles

leur en refusent l'accès. Cette approche serait pertinente, que l'opérateur dominant commercialise activement ses données³⁴⁹¹ ou qu'il choisisse de les garder secrètes.

Même la reconnaissance d'un droit *sui generis* sur les données numériques n'écarterait pas la nécessité d'examiner l'application de la théorie des facilités essentielles. La jurisprudence de la Cour de justice³⁴⁹² a déjà démontré que cette théorie peut s'appliquer en cas de comportement abusif de la part d'un titulaire de droits de propriété intellectuelle³⁴⁹³. Nous estimons d'ailleurs que le droit *sui generis* sur les données numériques, en raison de sa « *coloration exclusivement économique* »³⁴⁹⁴, deviendrait, s'il était adopté, un nouveau terrain privilégié pour l'application de la théorie des facilités essentielles.

Cependant, les données et leurs marchés présentent des singularités notables qui invitent à une interrogation approfondie sur la pertinence de l'application de la théorie des facilités essentielles. Avant même de déterminer si les données peuvent être considérées comme des facilités essentielles **(b)**, il est impératif de démontrer l'existence d'une position dominante sur le marché. Cette démonstration s'avère complexe compte tenu des caractéristiques spécifiques des marchés de données **(a)**.

a. La complexe caractérisation de la position dominante

494. L'évaluation des comportements abusifs par les autorités de la concurrence et les juges débute classiquement par la définition du marché en cause³⁴⁹⁵. Or, cette délimitation du marché pertinent est une question « *ardue et controversée alors qu'elle est déterminante* »³⁴⁹⁶. Cette difficulté est considérablement accrue dans le contexte de l'économie des données.

3491 Il s'agit de l'hypothèse d'un refus discriminatoire d'accès aux données commercialisées.

3492 V. par ex. CJCE 6 avril 1995, aff. jointes C-241/91 P et C-242/91 P ; CJCE, 29 avril 2004, aff. C-418/01 ; CJCE, 26 novembre 1998, aff. 7/97

3493 CJCE 6 avril 1995, aff. jointes C-241/91 P et C-242/91 P, pt. 28 – V. ég. Commission européenne Projet de communication. Lignes directrices sur l'application de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, pt. 104 et 105 : « *l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle exclusif par le titulaire de ce droit peut également être considéré comme susceptible d'être abusif, par exemple, en cas de refus d'accorder une licence de droits de propriété intellectuelle, y compris lorsque la licence est nécessaire pour fournir des informations concernant les interfaces, ou en cas d'introduction d'une action pour atteinte à un droit de propriété intellectuelle* » ; BONET G., *Abus de position dominante et droits sur les créations : une évolution inquiétante de la jurisprudence communautaire ?*, in Mélanges offerts à André Colomer, Litec, Paris, 1993, p. 92 ; SIIRIAINEN F., *op. cit.*, p. 44 : pour qui « *seul l'abus dans l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle par une entreprise en situation de position dominante devrait être sanctionné [...], même en présence d'une facilité essentielle ; sinon c'est toute la propriété intellectuelle qui perd sa raison d'être* ».

3494 RANOUIL M., *op. cit.*

3495 Commission européenne, Communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit de la concurrence de l'Union C/2023/6789 JO C, C/2024/1645, 22 février 2024,

3496 SIIRIAINEN F., *op. cit.*, p. 49

Une fois le marché défini, la seconde étape cruciale, et non moins ardue, consiste à caractériser la position dominante de l'opérateur. Si dans certains cas, la démonstration de cette dominance est relativement aisée, notamment lorsqu'une entreprise opère sur un marché de produits ou de services spécifiques, la situation est bien plus complexe dans d'autres. L'analyse de la position dominante impliquera une analyse précise et spécifique de la concurrence à la fois sur le marché secondaire et sur le marché primaire³⁴⁹⁷. Cette complexité est particulièrement prégnante dans l'économie des données, et plus encore avec l'avènement de l'Internet des objets. La question se posera, par exemple, de savoir si chaque fabricant de produits connectés doit être considéré comme détenant une position dominante vis-à-vis des clients liés à ce produit, c'est-à-dire sur les « marchés secondaires » pertinents. En effet, le contrôle exclusif des données d'utilisation d'un produit ou d'un service peut conférer *de facto* des avantages concurrentiels significatifs pour l'ensemble des services complémentaires ou produits connexes, indépendamment d'une position dominante sur un marché plus vaste que ces produits ou services. Néanmoins, il est impératif de reconnaître les gains d'efficacité liés aux stratégies de « systèmes fermés » dans l'économie des données. Tout verrouillage ne doit pas systématiquement conduire à la reconnaissance d'une position dominante sur un marché primaire étroitement défini. L'une des tâches cruciales de la Commission européenne consistera donc à redéfinir les contours du marché secondaire en tenant compte des spécificités inhérentes à l'économie des données³⁴⁹⁸.

Toutefois, même si la caractérisation d'une position dominante est complexe sur le marché numérique, elle reste réalisable. L'arrêt de la Cour de justice du 4 juillet 2023 dans l'affaire *Meta Platforms e.a.*³⁴⁹⁹ en est une parfaite illustration. Cette décision reconnaît la dimension concurrentielle des pratiques de traitement des données, en particulier pour les opérateurs jouissant d'une position dominante sur le marché. L'affaire trouvait son origine dans les pratiques de *Meta Platforms Ireland*, gestionnaire de l'offre *Facebook* au sein de l'Union européenne. Il était reproché à *Meta* de subordonner l'accès à son réseau social à l'acceptation par les utilisateurs de conditions générales incluant des politiques d'utilisation des données et des *cookies*. En vertu de ces politiques, *Meta Platforms Ireland* collectait des données relatives aux activités de ses utilisateurs non seulement au sein de la plateforme *Facebook*, mais également en dehors de celle-ci, désignées comme des données « off

3497V. en ce sens : CRÉMER J., DE MONTJOYE Y.-A., SCHWEITZER H., *op. cit.*, p. 90 pour qui « *in the data economy, the aftermarket doctrine may need an update, and may be up for a revival* ».

3498V. Commission européenne, Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence JO C 372 du 9.12.1997, p. 5–13, pt 56 ; *id.*, Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit de la concurrence de l'Union, C/2023/6789 JO C, C/2024/1645, 22 février 2024, pt. 99 et s.

3499CJUE, gr. ch., 4 juillet 2023, aff. C-252/21, *Meta Platforms e. a.*

Facebook ». Ces données étaient ensuite recouplées avec les comptes Facebook des utilisateurs concernés, permettant ainsi la constitution de profils utilisateurs exhaustifs. L'autorité fédérale allemande de la concurrence, le *Bundeskartellamt*, est intervenue en interdisant à *Meta* de conditionner l'utilisation de *Facebook* au traitement de ces données « *off Facebook* » et, par voie de conséquence, de combiner des données provenant de différentes sources sans le consentement explicite et éclairé des utilisateurs. Le *Bundeskartellamt* a estimé que ce traitement de données, jugé non conforme aux dispositions du RGPD, constituait une exploitation abusive de la position dominante de *Meta Platforms Ireland* sur le marché allemand des réseaux sociaux en ligne. Saisie sur renvoi préjudiciel par le Tribunal régional supérieur de Düsseldorf, la Cour de justice a apporté une clarification fondamentale. Elle a précisé que, dans le cadre de l'examen d'un abus de position dominante, il peut s'avérer nécessaire d'évaluer la conformité du comportement de l'entreprise dominante à d'autres normes, y compris celles issues du RGPD. En statuant ainsi, la Cour de justice s'inscrit pleinement dans la lignée des conclusions de l'avocat général Athanasios RANTOS. Ce dernier avait mis en lumière l'interdépendance croissante entre le droit de la concurrence et la protection des données personnelles³⁵⁰⁰. Cette convergence est d'autant plus manifeste dans une économie numérique où les données personnelles ne sont plus de simples informations individuelles, mais sont devenues un facteur concurrentiel structurant et un actif stratégique majeur pour les opérateurs économiques. La Cour entérine donc une analyse qui reconnaît la nécessité d'une approche intégrée face aux défis posés par l'environnement numérique. Les juges luxembourgeois ont estimé que « *dans le cadre de l'examen d'un abus de position dominante de la part d'une entreprise sur un marché déterminé, il peut s'avérer nécessaire pour l'autorité de la concurrence de l'État membre concerné d'examiner également la conformité du comportement de cette entreprise à des normes autres que celles relevant du droit de la concurrence, telles que les règles en matière de protection des données à caractère personnel prévues par le RGPD* »³⁵⁰¹. Ainsi, la violation des dispositions du RGPD peut constituer un indice important de l'existence d'un abus de position dominante³⁵⁰².

Un autre aspect crucial de l'arrêt *Meta Platforms e.a.* concerne l'incidence de la position dominante d'un opérateur de réseau social en ligne sur la validité du consentement des utilisateurs au traitement de leurs données. La Cour de justice a affirmé que la position dominante d'un responsable du traitement, bien qu'elle n'empêche pas en soi que les

3500Concl. avocat général RANTOS, 20 septembre 2022, *Meta Platforms e.a.*, aff. C-252/21, spéc. pt 23 ;

CJUE, gr. ch., 4 juillet 2023, aff. C-252/21, *Meta Platforms e. a.*, pt 51

3501CJUE, gr. ch., 4 juillet 2023, aff. C-252/21, *Meta Platforms e. a.*, pt 48

3502Ibid., pt 47 et 62

utilisateurs puissent valablement consentir au traitement de leurs données au sens du RGPD, est néanmoins susceptible d'affecter la liberté de choix des utilisateurs. Une telle position est en effet susceptible de créer un déséquilibre manifeste entre l'opérateur dominant et ses utilisateurs³⁵⁰³. Dès lors, la position dominante de l'opérateur devient un élément essentiel à prendre en considération pour apprécier si le consentement a été donné de manière valide et, surtout, librement. La Cour de justice a souligné qu'il incombe à l'opérateur, en l'occurrence *Meta*, de prouver que le consentement a été donné valablement³⁵⁰⁴. Plus spécifiquement, la Cour a estimé qu'un consentement distinct devait être demandé pour les données « *off Facebook* ». Sans cela, il est présumé une absence de liberté de refuser individuellement au traitement de ces données. Cette décision souligne la nécessité d'une approche holistique de la régulation dans l'économie numérique, où les pratiques de traitement des données par des acteurs dominants peuvent avoir des incidences significatives tant sur la concurrence que sur les droits fondamentaux des individus³⁵⁰⁵.

À la difficulté de caractériser la position dominante de l'opérateur, s'ajoute celle de la détermination du caractère essentiel des données numériques.

b. La détermination problématique du caractère essentiel des données

495. Dans une optique de préservation de l'innovation et de la concurrence, les entreprises ne devraient pas être systématiquement contraintes d'assister leurs concurrents. Ce principe s'applique également à l'accès aux données des entreprises. Par conséquent, l'accès à ces données ne devrait être envisagé que dans des situations exceptionnelles. Autrement dit, il est impératif que l'accès aux données soit strictement nécessaire pour faire face à la concurrence sur un marché en aval et que le refus d'accès soit susceptible d'éliminer la concurrence effective sur ce même marché. Mais pour appliquer la théorie des facilités essentielles encore faut-il que les données en cause soient qualifiées de facilités essentielles.

3503 *Ibid.*, pt 151

3504 *Ibid.*, pt 154

3505 V. CJUE, 28 avril 2022, C-319/20, *Meta Platforms Ireland Limited c. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.*, spéc. pt 78 : la Cour de justice a estimé que « la violation d'une règle relative à la protection des données à caractère personnel peut simultanément entraîner la violation de règles relatives à la protection des consommateurs ou aux pratiques commerciales déloyales ».

La démonstration du caractère indispensable de ces ressources pour l'exercice d'une concurrence effective sur un marché en aval est cruciale. Cela signifie que les données dont l'accès est demandé ne doivent pas être interchangeables ou substituables à un coût raisonnable.

A priori, les données sont souvent considérées comme des biens non rivaux au sens économique, ce qui, paradoxalement, pourrait remettre en cause leur qualification de facilités essentielles. L'argumentation commune suggère que les données sont omniprésentes, librement accessibles à tous les concurrents et substituables. Les concurrents pourraient ainsi obtenir des données identiques ou similaires en les collectant auprès de leurs propres utilisateurs ou en les acquérant. En d'autres termes, les données numériques seraient, dans cette perspective, interchangeables ou substituables à un coût raisonnable. Ainsi, pour le Professeur Frédéric MARTY, « *la capacité des acteurs de l'économie numérique à adopter des stratégies de multi-hébergement en réduit indubitablement le caractère non rival* »³⁵⁰⁶. En principe, les données ne présenteraient donc pas la condition d'essentialité requise pour l'application de la théorie. Cependant, cette conception ne saurait être généralisée à tous les types de données. Il faut effectivement distinguer les données volontaires des données observées et inférées³⁵⁰⁷. L'idée selon laquelle les données sont librement accessibles s'applique, en réalité, aux données volontaires, c'est-à-dire celles fournies délibérément par des entreprises ou des particuliers tels que les noms ou les adresses électroniques. Dans ce cas, les concurrents peuvent aisément les obtenir directement auprès des entreprises ou des particuliers concernés. À l'inverse, cette idée est démentie pour les données inférées, c'est-à-dire celles ayant subi un processus de « raffinement », et pour une partie des données observées. En effet, les données observées et inférées peuvent provenir de sources uniques et ne sont donc pas disponibles pour ceux qui n'ont pas accès à ces sources. Deux exemples permettent d'illustrer nos propos.

D'une part, les données gardées secrètes³⁵⁰⁸ confèrent à leur détenteur une quasi-exclusivité. Bien que la possibilité d'accéder aux connaissances par l'ingénierie inverse et la création indépendante puisse théoriquement entraîner une exclusion plus faible des données confidentielles, cette observation doit être relativisée. Sur les marchés des données, il est souvent improbable que l'ingénierie inverse puisse être employée à l'égard des produits ou

3506MARTY F., *De l'activation de la théorie des facilités essentielles dans l'économie numérique*, in *L'articulation des droits de propriété intellectuelle et du droit de la concurrence*, sous-dir. P. Tréfigny, Dalloz, Paris, éd. 1ère, coll. Thèmes et commentaires, 2020, p. 15

3507V. en ce sens : CRÉMER J., DE MONTJOYE Y.-A., SCHWEITZER H., *op. cit.*, p. 101

3508Cela vise notamment l'hypothèse de l'usage de l'intelligence artificielle où les données, en tant que matière première, peuvent être gardées secrètes malgré la commercialisation de ce produit.

services finaux pour « découvrir » ou « révéler » les données sous-jacentes, ces produits ou services commercialisés étant généralement des innovations de second ordre. De surcroît, des circonstances factuelles peuvent rendre les données insusceptibles d'être développées de manière autonome par un tiers.

D'autre part, dans le cadre de l'Internet des objets, des mécanismes contractuels et techniques peuvent aboutir à une réservation exclusive des données collectées au profit du seul fabricant. La disponibilité des données sera effectivement réduite en présence de contraintes technologiques telles qu'une transmission automatique et directe au fabricant ou des formats de données utilisés, et de contraintes contractuelles comme des clauses de non-transférabilité des données.

Par ailleurs, des auteurs ont suggéré que l'absence de substituabilité d'un ensemble de données pour lequel l'accès est demandé peut découler de sa richesse et de sa taille³⁵⁰⁹. En d'autres termes, le caractère indispensable de l'accès aux données ne résulterait pas de la non-reproductibilité de l'ensemble de données lui-même, mais plutôt de l'échelle et de la portée de cet ensemble. Cette observation vise en particulier l'hypothèse des algorithmes d'apprentissage automatique, où l'accès à un ensemble de données massif et diversifié peut être déterminant pour le développement technique de nouveaux services liés à l'intelligence artificielle au bénéfice des consommateurs³⁵¹⁰.

Quand bien même, la théorie des facilités essentielles trouverait à s'appliquer dans notre domaine, sa mise en œuvre reste difficile.

2. La mise en œuvre complexe de la théorie des facilités essentielles

496. À supposer que la théorie des facilités essentielles puisse prospérer dans l'environnement numérique, des interrogations substantielles subsistent, notamment en ce qui concerne le contenu précis de l'accès aux données. Cette question, à la fois complexe et cruciale, soulève la problématique de la détermination des ensembles de données qui devraient être rendus accessibles aux concurrents. Qui devra déterminer les données qui devront être rendues accessibles aux concurrents ? Si le juge européen a déjà eu l'occasion de se prononcer sur des questions d'accès, ce fut dans des contextes différents de celui des

3509 CRÉMER J., DE MONTJOYE Y.-A., SCHWEITZER H., *op. cit.*, p. 103

3510 À côté de ces ensembles de données, nous pouvons également nous demander au regard de l'affaire *Microsoft* de la Cour de justice si le simple fait que les informations nécessaires soient indispensables pour parvenir à l'interopérabilité justifie l'accès factuel aux données.

facilités essentielles³⁵¹¹. Dans le domaine numérique, la tâche du juge se révélera considérablement ardue. Il semble plus pragmatique d'encourager les parties à négocier l'accès aux données sous contrôle judiciaire, à l'image de l'affaire *Magill*, le juge n'intervenant qu'à défaut d'accord.

La nature intrinsèquement hétérogène des données et leur potentiel d'utilisation à des fins très diverses constituent une différence fondamentale avec les demandes d'accès aux infrastructures. Ces dernières ont généralement une finalité clairement identifiable, ce qui confère au propriétaire de l'infrastructure une base solide pour circonscrire le contenu et le type d'accès. Ce n'est manifestement pas le cas pour les données. En raison des diverses finalités des données, il sera parfois ardu de déterminer le contenu exact de l'accès ainsi que son type³⁵¹².

Par ailleurs, se posent des questions pratiques majeures : l'opérateur dominant devra-t-il garantir un accès aux données en temps réel ? En effet, l'accès à un ensemble de données statiques ne saurait être assimilé à un accès en temps quasi réel. De même, l'opérateur est-il tenu d'assurer l'interopérabilité des données ? Toutes ces questions devront impérativement être prises en considération lors de l'établissement d'un droit d'accès aux données.

Une autre question épineuse, d'ordre pratique, réside dans la détermination du prix de l'accès³⁵¹³. Suivant la formule traditionnelle de la jurisprudence, l'accès doit se faire à un coût raisonnable et non discriminatoire. Mais qu'est-ce qu'un coût raisonnable ? La doctrine³⁵¹⁴ a toutefois identifié plusieurs éléments pouvant aider à la fixation de ce prix, incluant notamment les frais techniques d'accès³⁵¹⁵, la rémunération des droits de propriété intellectuelle, l'indemnisation de la perte d'avantage concurrentiel réel ou potentiel, les coûts historiques et le retour sur investissement attendu, voire les tarifs pratiqués dans le secteur concerné.

3511 RANOUIL M., *op. cit.*

3512 Par exemple, l'opérateur dominant devra exclure de l'accès les données qui ne présentent pas de rapport avec le marché sur lequel il est actif. De même, il sera nécessaire de prendre en compte l'interaction avec les secrets des affaires lors de l'accès aux données.

3513 Le Professeur Fabrice SIIRIAINEN s'est questionné sur la nature exacte de la contrepartie de l'accès. Celle-ci est-elle une contrepartie de l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle ou une indemnisation pour le préjudice subi par le fait de l'accès. Cet auteur précise que cette « *question est d'importance car, dans le premier cas, le montant de cet accès peut être librement évalué par les parties, alors que dans le second, il est enfermé dans les modalités de réparation du préjudice du droit civil, voire de la propriété intellectuelle* » (SIIRIAINEN F., *op. cit.*, p.47). À notre connaissance, aucune décision des autorités de la concurrence et des juges n'ont précisé la nature exacte de la contrepartie de l'accès.

3514 V. SIIRIAINEN F., *op. cit.*, p. 46-47

3515 Cependant, l'accès ne peut se faire uniquement au seul coût des frais techniques comme l'estime le Conseil de la concurrence (v. en ce sens : Conseil de la concurrence, décision n° 03-D-43 du 12 septembre 2003 relative au respect des injonctions prononcées à l'encontre de la société France Télécom par la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 juin 1999, pt. 5)

En outre, d'un point de vue pratique, une préoccupation majeure est de savoir si les instruments du droit de la concurrence, notamment en raison de leurs règles spécifiques en matière de charge de la preuve, n'accuseront pas trop souvent de retard pour remédier aux problèmes d'accès réels. Cette préoccupation est légitime au regard des évolutions rapides et dynamiques qui caractérisent l'économie des données.

Enfin, une limite significative à cet accès aux données découle des exigences du RGPD³⁵¹⁶ et de l'article 101 TFUE. Ces dispositions pourront, par exemple, restreindre l'accès des concurrents de plateformes telles que *Google* aux données agrégées concernant les recherches des utilisateurs et leur comportement en matière de clics, en raison de considérations relatives à la protection des données personnelles ou aux accords anticoncurrentiels.

Finalement, l'application de la théorie des facilités essentielles aux données demeure incertaine. L'appréciation des effets d'éviction des concurrents découlant d'un manque d'accès aux données reste difficile à évaluer en pratique. De même, la question de savoir si les concurrents pourront trouver des moyens de surmonter ces obstacles sans avoir accès aux données contrôlées par l'opérateur dominant s'avère ardue.

Par ailleurs, du point de vue de la politique de concurrence, il est impératif de considérer le risque que des plateformes à forte intensité de données puissent être incitées à invoquer la théorie des facilités essentielles afin d'étendre leur position dominante à des marchés voisins, renforçant par là même les avantages concurrentiels qu'elles tirent des effets de réseau et de la concentration des données. Aussi, l'accès aux données, et notamment l'accès aux données d'utilisation des objets connectés, ne devrait être accordé aux entreprises à forte intensité de données qu'à la condition expresse qu'elles ouvrent réciproquement leurs données aux concurrents, instaurant ainsi des conditions de concurrence plus équitables et une réciprocité vertueuse.

³⁵¹⁶Nous pouvons, toutefois, relever une pratique au niveau de l'Autorité de la concurrence lorsque les données pour lesquelles est demandé l'accès comprennent des données à caractère personnel. Dans une telle situation, l'Autorité a suivi les prescriptions de la CNIL dans son avis du 13 juin 2014. Ce faisant, elle a enjoint la société à informer leur client de l'accès à leurs informations personnelles et de la possibilité de refuser cette transmission d'informations (Autorité de la concurrence, décision n° 14-MC-02 du 9 septembre 2014 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Direct Energie dans les secteurs du gaz et de l'électricité, pt. 294). L'article 6, e) du RGPD pourra constituer le fondement de l'accès aux données à caractère personnel lorsque cet accès est nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public (CRÉMER J., DE MONTJOYE Y.-A., SCHWEITZER H., *op. cit.*, p. 104).

497. **Des ajustements à la théorie des facilités essentielles dans l'économie numérique envisageables** – Face aux difficultés précédemment évoquées, diverses propositions ont été avancées pour adapter la théorie des facilités essentielles à l'économie numérique. L'une d'entre elles suggère d'assouplir les conditions d'application de cette théorie spécifiquement pour les données³⁵¹⁷. Néanmoins, un tel assouplissement généralisé doit être envisagé avec la plus grande prudence, car l'amélioration immédiate de la concurrence sur un marché en aval doit être mise en balance avec les effets négatifs potentiels d'une obligation d'accès aux données sur les incitations de l'opérateur dominant à investir dans leur création.

D'autres propositions s'appuient sur le concept de dépendance, ce qui implique que l'entreprise détentrice de données n'ait pas nécessairement à être en position dominante. À cet égard, l'approche adoptée par le Législateur allemand est particulièrement pertinente. La section 20 du *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB), relative aux comportements prohibés des entreprises disposant d'un pouvoir de marché, a été modifiée pour inclure un nouveau paragraphe 1a). Ce paragraphe reconnaît qu'une dépendance bilatérale peut résulter du seul fait qu'une entreprise dépend de l'accès à des données contrôlées par une autre pour mener à bien ses propres activités. Dans une telle situation, le refus d'accorder l'accès à ces données moyennant une compensation adéquate est considéré comme une atteinte à la concurrence. Cette disposition s'applique même si les données en question n'ont pas encore fait l'objet d'un commerce, ce qui la rend largement applicable aux hypothèses de verrouillage des données.

Enfin, une autre voie explorée consiste à élaborer des solutions pour de tels comportements abusifs en dehors du cadre strict de la théorie des facilités essentielles. Ainsi, des auteurs préconisent de raisonner sur le fondement de l'effet de levier du pouvoir de marché et de la fermeture anticipée du marché aux concurrents³⁵¹⁸. D'autres s'interrogent sur la pertinence, dans l'économie numérique, de la « *notion de dommage à l'innovation* »³⁵¹⁹ et cela, afin de caractériser un abus de position dominante. Le dommage à l'innovation serait caractérisé lorsque la stratégie de l'opérateur dominant vise à limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs. Cette notion fait écho à l'idée d'entrave technique au développement d'innovations subséquentes, concept déjà mobilisé par la Commission européenne dans sa décision du 24 mai 2004³⁵²⁰.

3517V. en ce sens : SCHWEITZER H., HAUCAP J., KERBER W. et WELKER R., *Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen – Endbericht*, DICE Conseil, 29 août 2018

3518CRÉMER J., DE MONTJOYE Y.-A., SCHWEITZER H., *op. cit.*, p. 98 et s.

3519Cette notion a notamment été développée par le Professeur Damien GERADIN (GERADIN D., *What Should EU Competition Policy do to Address the Concerns Raised by the Digital Platforms' Market Power?*, 30 septembre 2018, disponible [en ligne] <https://ssrn.com/abstract=3257967> (consulté le 01/09/2024)

3520En ce sens, v. MARTY F., *op. cit.*, p. 11

Sur ce point, les affaires *Google Shopping*³⁵²¹ et *Google Android*³⁵²² de la Commission européenne sont symptomatiques de cette tendance à s'écarter de la théorie des facilités essentielles pour aborder les comportements abusifs dans l'économie numérique, bien qu'elles ne concernent pas directement l'accès aux données de l'opérateur dominant.

Dans la première affaire, *Google Shopping*, la Commission européenne avait infligé, en 2017, une amende de 2,42 milliards d'euros à *Google* pour avoir abusé de sa domination sur le marché de la recherche sur Internet en accordant un avantage illégal à son propre service de comparaison de prix *Google Shopping*. La Commission faisait valoir que le comportement de *Google* était basé sur une stratégie de promotion de son service de comparaison de prix, *Google Shopping*. En effet, le comportement de *Google* conduisait à détourner le trafic des pages de résultats de recherche générale vers son propre service de comparaison de prix. Ce comportement était capable d'avoir, ou susceptible d'avoir, des effets anticoncurrentiels sur les marchés nationaux des services de comparaison de prix et des services de recherche générale³⁵²³. Dans cette affaire, il semble que la Commission ait fondé sa décision sur la notion d'effet de levier. En effet, elle a rappelé que l'article 102 du TFUE interdit non seulement les pratiques d'une entreprise en position dominante qui tendent à renforcer cette position, mais également le comportement d'une entreprise en position dominante sur un marché donné qui tend à étendre cette position à un marché voisin mais séparé en faussant la concurrence³⁵²⁴. *Google* avait argué que son comportement ne pouvait être considéré comme abusif que si les critères établis dans l'affaire *Bronner* étaient réunis³⁵²⁵. Autrement dit, *Google* estimait que son comportement devait être analysé sur l'angle de la théorie des facilités essentielles. À l'inverse, la Commission considérait que cet argument n'était pas pertinent en l'espèce. Le comportement litigieux ne concernait pas un refus passif de *Google* de donner aux services concurrents de comparaison de prix l'accès à une partie de ses résultats de recherche généraux. Au contraire, elle qualifiait son comportement de

3521 Commission européenne, decision of 27.6.2017 relating to proceedings under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the Agreement on the European Economic Area (AT.39740 – Google Search (Shopping)), C(2017) 4444 final

3522 Commission européenne, decision of 18.7.2018 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (the Treaty) and Article 54 of the EEA Agreement (AT.40099 – Google Android), C(2018) 4761 final

3523 Décision AT.39740 – Google Search (Shopping)), C(2017) 4444 final, pt. 341-359 : la société *Google* utilise des algorithmes de recherche génériques pour classer les pages Web et applique des mécanismes d'ajustement afin d'améliorer l'expérience utilisateur. L'algorithme *Panda* a rétrogradé les sites à faible contenu original, une fonctionnalité inhérente aux services de comparaison de prix. Ainsi, les services de comparaison de prix des concurrents ne pouvaient être affichés que sous forme de résultats de recherche génériques et non dans un format enrichi, avec des images et des informations supplémentaires sur les produits et les prix. *Google Shopping* n'était pas soumis à l'algorithme *Panda* et était donc affiché en format enrichi dans les résultats de recherche généraux.

3524 *Ibid.*, pt. 334

3525 *Ibid.*, pt. 645

comportement actif lié au positionnement et à l’affichage plus favorable par *Google* de son propre service de comparaison de prix³⁵²⁶. De plus, la Commission estimait que les critères posés dans l’affaire *Bronner* n’étaient pas pertinents en l’espèce, puisque mettre fin à l’infraction n’impliquait pas d’imposer à l’entreprise dominante l’obligation de transférer un actif ou de conclure des accords avec des personnes avec lesquelles elle n’a pas choisi de contracter³⁵²⁷. Afin de remédier à l’infraction, la Commission a demandé à *Google* de se conformer au principe simple de l’égalité de traitement. Ainsi, *Google* doit soumettre son propre service de comparaison de prix aux mêmes processus et méthodes de positionnement et d’affichage que ceux utilisés pour ses concurrents. Par le biais de pratiques d’auto-préférence³⁵²⁸, la Commission européenne arrive ainsi à atteindre un résultat similaire à celui qui aurait été obtenu dans le cadre de l’application de la théorie des facilités essentielles. L’affaire aurait pu être, en effet, interprétée comme un refus d’accès aux « places » visibles dans les résultats de la recherche. La Commission a, toutefois, préféré se fonder sur la pratique d’auto-préférence et cela, afin d’écarter toute démonstration du caractère indispensable de l’accès aux pages *Google* par ses concurrents. Cette approche trouve un écho favorable dans la jurisprudence de la Cour de justice, en particulier dans l’affaire *Konkurrensverket contre TeliaSonera Sverige AB*. Dans cette affaire, les juges luxembourgeois ont distingué le refus abusif de fourniture de services ou de vente de produits de la fourniture et de la vente à des conditions désavantageuses, cette dernière pratique pouvant être constitutive d’une forme autonome d’abus différent du refus de fourniture.

Dans la seconde affaire, *Google Android*, la Commission avait infligé, en juillet 2018, une autre amende de 4,34 milliards d’euros à *Google* pour un comportement lié à son système d’exploitation mobile *Android*. La Commission a estimé que *Google* utilisait *Android* comme moyen de consolider sa domination dans la recherche en ligne. Trois types de restrictions contractuelles ont été considérés comme abusifs, à savoir : l’obligation imposée aux fabricants d’appareils *Android* de préinstaller l’application de recherche *Google* et l’application de navigateur *Chrome* comme condition d’octroi de licence pour le *Google Play Store* ; l’obligation d’effectuer des paiements à certains fabricants et opérateurs de réseaux mobiles à la condition de préinstaller exclusivement l’application de recherche *Google* ; et l’impossibilité pour les fabricants souhaitant préinstaller *Google Apps* de vendre même un

³⁵²⁶*Ibid.*, pt. 650

³⁵²⁷*Ibid.*, pt. 651

³⁵²⁸Commission européenne Projet de communication. Lignes directrices sur l’application de l’article 102 du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne aux pratiques d’éviction abusives des entreprises dominantes, pt. 156 : l’auto-référence est définie comme « le fait pour une entreprise dominante d’accorder activement un traitement préférentiel à ses propres produits par rapport à ceux de ses concurrents, principalement au moyen de pratiques non tarifaires ».

seul appareil mobile intelligent fonctionnant sur des versions alternatives d'*Android* qui n'ont pas été approuvées par *Google*. Seul le premier type de comportement nous intéresse en l'espèce.

L'obligation imposée par *Google* aux fabricants d'appareils *Android* de préinstaller *Google Search* et *Chrome* comme condition pour pouvoir obtenir une licence sur le *Google Play Store* est qualifiée par la Commission européenne de forme de vente liée³⁵²⁹. Selon l'enquête de la Commission, le *Google Play Store* était un produit incontournable que les utilisateurs s'attendent à trouver préinstallé sur les appareils mobiles et a été utilisé par *Google* comme produit liant pour renforcer sa position sur les marchés des produits liés, *Google Search* et *Chrome*. Ici encore, la Commission, bien que n'invoquant pas explicitement la théorie des facilités essentielles³⁵³⁰, vise un résultat qui s'en rapproche. La question centrale est en effet celle des conditions d'accès des fabricants à la plateforme verticalement intégrée de *Google*. Cela concerne les fabricants qui n'obtiennent pas de licence pour le *Google Play Store* faute d'avoir préinstallé *Google Search* et *Chrome* sur leurs appareils mobiles. Aussi, plutôt que de se concentrer sur la vente liée, l'abus aurait pu être analysé sous l'angle des conditions d'accès au *Google Play Store*. Autrement dit, ce n'est pas tant le fait que l'accès au *Google Play Store* implique également l'installation sur les appareils des fabricants de *Google Search* et de *Chrome*, que la situation de l'accès des fabricants à *Google Play Store*. Un refus de licence pour le *Play Store*, en l'absence de préinstallation de *Google Search* et *Chrome*, aurait pu être qualifié de refus de fourniture, permettant ainsi l'invocation de la théorie des facilités essentielles.

Ces deux affaires démontrent une tendance de la Commission européenne à élaborer des solutions pour les comportements abusifs en dehors du cadre rigide de la théorie des facilités essentielles, notamment en raison des défis pratiques et de la complexité de la démonstration des conditions d'application de cette théorie dans l'environnement numérique.

498. **Conclusion de la section 1** – L'avènement de l'économie des données a mis en exergue l'importance cruciale de l'accès à ces ressources numériques. Le droit de la concurrence, notamment au sein de l'Union européenne, a traditionnellement offert des voies de recours pour promouvoir cet accès. Cependant, notre analyse révèle que ces mécanismes

3529 La vente liée « consiste à proposer un certain produit (le « produit liant ») uniquement avec un autre produit (le « produit lié ») » (Commission européenne Projet de communication. Lignes directrices sur l'application de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, pt. 84).

3530 V. en ce sens : AKMAN, P., *A Preliminary Assessment of the European Commission's Google Android Decision*, Competition Policy International Antitrust Chronicle, 17 décembre 2018, disponible [en ligne] : <https://ssrn.com/abstract=3310223> (consulté le 10/09/2024)

juridiques, bien que pertinents, sont confrontés à des limites et des lacunes significatives dans le contexte actuel. L'application du droit de la concurrence en matière d'accès aux données se caractérise par la nécessité d'une analyse au cas par cas. Cette approche individualisée est extrêmement chronophage et dispendieuse en termes de ressources. Elle engendre, par conséquent, une lenteur procédurale notable et un degré élevé d'incertitude juridique pour les acteurs du marché. La régulation des marchés de données, dans ce cadre, ne peut s'effectuer qu'*ex ante*, imposant des règles de conduite positives sous la forme de mesures correctives comportementales. Ces dernières, bien que potentiellement efficaces, génèrent des coûts de mise en œuvre et requièrent une surveillance continue pour en garantir l'effectivité. Par ailleurs, les asymétries d'informations concernant la valeur intrinsèque des données constituent une source majeure de défaillance du marché. Le droit de la concurrence, de par sa nature et ses outils, ne peut traiter ces asymétries qu'imparfaitement, laissant subsister des inefficiences structurelles³⁵³¹.

Ainsi, en dépit d'un consensus général en faveur d'un accès élargi aux données par le biais du droit de la concurrence, l'efficacité concrète de ces recours pour résoudre les problèmes d'accès demeure incertaine. Il est actuellement difficile de prédire dans quelle mesure ces actions juridiques aboutiront à des solutions pérennes et efficaces.

De surcroît, le droit de la concurrence présente une limite fondamentale quant à son champ d'application. Il ne peut servir de fondement aux règles régissant l'accès de l'État aux données privées, d'autant moins lorsque cet accès vise à promouvoir des objectifs d'intérêt public distincts de la seule préservation de la concurrence, tels que la sécurité nationale ou la santé publique.

Comme nous l'avons démontré, l'instauration potentielle d'un droit *sui generis* sur les données renforcerait davantage les observations susmentionnées. L'adoption d'un tel cadre juridique impliquerait une réflexion approfondie sur l'organisation d'un droit d'accès aux données. Cette démarche est indispensable pour remédier aux risques accrus de « monopolisation » des données et aux atteintes subséquentes à la concurrence. Une nouvelle approche juridique, potentiellement hybride, qui concilierait les principes du droit de la concurrence avec des régulations spécifiques à l'économie des données, semble impérative pour relever ces défis complexes.

³⁵³¹En effet, une défaillance du marché peut émaner, par exemple, de l'échec des négociations contractuelles relatives à l'accès aux données. Cette situation se matérialise fréquemment lorsque l'acquéreur potentiel des données se trouve dans l'incapacité d'en évaluer précisément la valeur intrinsèque et prospective. Une telle asymétrie informationnelle, caractérisée par une incertitude quant à la qualité, la pertinence ou le potentiel économique des données, obstrue la formation d'un prix équitable et dissuade la conclusion d'un accord mutuellement bénéfique, conduisant ainsi à une allocation sous-optimale des ressources.

Section 2. L'organisation nécessaire d'un droit d'accès aux données

499. Jusqu'à présent, le débat sur la gouvernance des données s'est principalement articulé autour du principe de la libre circulation des données. L'objectif premier était de lever les barrières liées au stockage et à la localisation des données qui entravent leur circulation transfrontalière³⁵³². Paradoxalement, les implications en termes d'accès aux données sont restées marginales dans ces discussions³⁵³³. Les analyses relatives à l'accès aux données ont implicitement postulé la légitimité du contrôle *de facto* exercé par une entreprise sur un ensemble de données. La question centrale se limitait alors à déterminer si des tiers devaient bénéficier d'un droit d'accès aux données détenues par cette entreprise.

Il est indéniable qu'il existe une tension inhérente entre la facilitation de la libre circulation des données et la préservation d'un contrôle exclusif sur celles-ci. D'une part, lorsque les données constituent un *intrans* crucial, voire indispensable, pour une multitude d'activités économiques prometteuses, un régime d'accès élargi est susceptible de réduire les barrières à l'entrée et de stimuler la concurrence ainsi que l'innovation sur les marchés adjacents et émergents. D'autre part, la conservation d'un contrôle exclusif sur les données est souvent perçue comme un incitatif majeur à leur monétisation, encourageant par conséquent la collecte et le traitement des données. Cependant, adopter une approche systématiquement propriétaire des données présente le risque d'une sous-exploitation de leur potentiel économique et social. À l'inverse, une approche radicalement ouverte pourrait mener à une « *tragédie des biens communs* »³⁵³⁴, où l'absence de droits exclusifs découragerait l'investissement nécessaire à la création des données. Aussi, est-il impératif de trouver un équilibre entre ces deux extrêmes.

L'une des questions fondamentales réside dans le choix entre l'instauration d'un droit d'accès aux données par défaut et la primauté de l'exclusivité sur celles-ci. Ce choix n'est pas sans conséquences significatives pour l'économie numérique. Un accès illimité aux données

3532V. en ce sens : règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), JOUE L 119 du 4 mai 2016, p. 1–88 ; règlement (UE) 2018/1807 du 14 novembre 2018 établissant un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union européenne, JOUE L 303/59 du 28 novembre 2018, p. 59–68

3533En effet, l'accès aux données a essentiellement été renforcé dans le cadre des données à caractère personnel par le RGPD. Nous pouvons, toutefois, citer le règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023 concernant des règles harmonisées portant sur l'équité de l'accès aux données et de l'utilisation des données et modifiant le règlement (UE) 2017/2394 et la directive (UE) 2020/1828 (règlement sur les données), JOUE L, 2023/2854, 22 décembre 2023

3534YAKOWITZ J. R., *Tragedy of the Data Commons*, Harvard Journal of Law and Technology, Vol. 25, 18 mars 2011

ne saurait être la règle par défaut. En effet, la création des données ainsi que leur contrôle de qualité³⁵³⁵ ont souvent nécessité des investissements substantiels de la part de leur détenteur, qui aspire à un retour sur ces investissements. De surcroît, l'accès et l'utilisation des données ne sont pas exempts de coûts. Dans de nombreux cas, des investissements complémentaires sont indispensables pour les métadonnées, les grands ensembles de données, les algorithmes de stockage et de traitement, ainsi que pour la sécurité des infrastructures de technologies de l'information et de la communication requises pour le stockage, le traitement et l'accès aux données. Compte tenu de ces coûts potentiellement importants, les détenteurs de données peuvent être peu enclins à partager leurs données, en particulier si les risques perçus liés à cet accès l'emportent sur les avantages escomptés. En d'autres termes, si les entreprises ne parviennent pas à obtenir un retour sur investissement, par exemple, via des revenus issus de l'octroi de l'accès aux données contre redevance, le partage des données à un niveau suffisant risque de ne pas se matérialiser. À cela s'ajoute le risque de parasitisme, où l'accès aux données peut bénéficier davantage à des tiers qu'au détenteur initial, ce dernier ne pouvant actuellement s'approprier pleinement tous les avantages de la réutilisation de ses données.

Pour favoriser la circulation des données, l'introduction d'un nouveau droit exclusif sur les données a été envisagée. Cette proposition, explicitement considérée par la Commission européenne dans le cadre des réflexions sur le développement de l'Industrie 4.0 et l'Internet des objets³⁵³⁶, s'appuyait sur l'argument qu'un tel droit exclusif renforcerait l'accès aux données en les soustrayant à la simple protection du secret. Néanmoins, cette proposition a été jugée lacunaire et est restée lettre morte. À l'inverse, l'Union européenne a résolument renforcé le mouvement en faveur de l'accès aux données, comme en témoigne l'adoption d'une nouvelle réglementation horizontale par le *Data Act*, applicable à compter du 12 septembre 2025 (I). Au regard de cette nouvelle réglementation, un problème de cohérente avec la possibilité d'instaurer un droit *sui generis* sur les données numériques s'avère davantage prégnant (II).

3535 La conservation des données, une démarche fondamentale à l'ère numérique, ne se limite pas à leur simple archivage. Elle englobe un ensemble complexe de processus de gestion dont l'objectif premier est d'assurer la qualité des données sur le long terme et à travers toutes les étapes de leur cycle de vie. Cette entreprise, loin d'être anodine, génère inévitablement des coûts substantiels qui incombent au détenteur des données.

3536 Commission européenne, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Stratégie pour un marché unique numérique en Europe*, {SWD(2015) 100 final}, Bruxelles, 6 mai 2015, COM(2015) 192 final ; *id.*, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Créer une économie européenne fondée sur les données*, {SWD(2017) 2 final}, Bruxelles, 10 janvier 2017, COM(2017) 9 final

I. L'amélioration du droit d'accès par le *Data Act*

500. Le règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023 dit *Data Act* peut être vu comme une nouvelle pierre à l'édifice du cadre général de l'accès aux données numériques. Il complète³⁵³⁷ deux autres instruments majeurs qui façonnent le marché unique des données qui sont le *Data Governance Act* (DGA)³⁵³⁸ et le *Digital Markets Act* (DMA)³⁵³⁹. Il constitue indéniablement un pilier essentiel de la stratégie européenne pour les données. La Commission européenne avait, en effet, manifesté dès 2020 son intention de mettre en place des espaces communs des données interopérables dans des secteurs stratégiques visant à surmonter les obstacles juridiques et techniques qui entravant l'échange de données³⁵⁴⁰.

Avant de présenter le mécanisme d'accès prévu par ce règlement (B), il convient de préciser le contexte qui a conduit à son adoption (A).

A. Le contexte de l'adoption du *Data Act*

501. **Les données numériques comme facteurs d'innovation** – De nos jours, l'accroissement exponentiel des données générées par les machines et les services connectés constitue un phénomène majeur. Ces flux massifs de données ne sont plus de simples résidus numériques ; ils sont devenus des composantes essentielles à la conception et au déploiement de services et produits innovants, à l'instar des applications basées sur l'intelligence artificielle.

Désormais, dans ce contexte, la capacité à collecter et à accéder à des sources de données diversifiées est un facteur déterminant pour l'innovation dans le domaine des objets connectés. Il s'ensuit logiquement que l'accès aux données et les pratiques de partage des données sont des leviers fondamentaux pour stimuler l'innovation et renforcer la dynamique

3537Commission européenne, *Commission staff working document impact assessment report Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on fair access to and use of data (Data Act)* SWD/2022/34 final, p. 1

3538Règlement (UE) 2022/868 du 30 mai 2022 portant sur la gouvernance européenne des données et modifiant le règlement (UE) 2018/1724 (règlement sur la gouvernance des données), JOUE L 152 du 3 juin 2022, p. 1–44

3539Règlement (UE) 2022/1925 du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828 (règlement sur les marchés numériques), JOUE L 265 du 12 octobre 2022, p. 1–66

3540Commission européenne, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Vers un espace européen commun des données »*, 19 février 2020, COM(2020) 66 final, p. 20

concurrentielle sur les marchés. En effet, un accès facilité aux données est de plus en plus reconnu comme un élément crucial pour l'amélioration du choix des consommateurs, en permettant l'émergence de nouvelles offres et en intensifiant la rivalité entre les acteurs économiques.

502. L'existence de pratiques de verrouillage du marché par les données – L'accès aux données dans l'économie numérique contemporaine est entravé par plusieurs défis majeurs, qui menacent tant l'innovation que la concurrence.

Premièrement, l'absence d'accès aux données représente un obstacle majeur à la portabilité des services et à la fluidité de la transition entre différentes infrastructures technologiques. Il devient ainsi difficile, voire impossible, de migrer des services d'informatique en nuage, *cloud computing*, vers des services de traitement des données à la périphérie, *edge computing*. Cette situation conduit à un phénomène de verrouillage de l'utilisateur, *vendor lock-in*, au sein des écosystèmes mis en place par les fabricants. Ces pratiques, qui créent des barrières significatives au changement de fournisseur de services, sont exacerbées par le manque de normes communes et interopérables, tant sur le plan sémantique que technique. Il en résulte un frein indéniable à la pleine valorisation des données, limitant leur réutilisation et leur potentiel de création de valeur.

Parallèlement, bien que l'utilisation de produits connectés génère une quantité croissante de données, les utilisateurs disposent d'une capacité limitée à réaliser la valeur de ces données. Cela s'explique par l'absence d'un contrôle effectif sur les données qu'ils produisent. L'acquisition d'un produit connecté n'octroie pas systématiquement l'accès aux données qu'il génère, ni le bénéfice d'une part de la valeur qui en découle. Cette asymétrie de pouvoir et d'information soulève des questions cruciales sur la répartition de la valeur créée par les données.

Par surcroît, le partage de données entre entreprises repose majoritairement sur des accords contractuels. Ces accords peuvent être désavantageux pour l'une des parties en raison de déséquilibres significatifs dans le pouvoir de négociation. Un exemple éloquent est celui d'une PME nécessitant un accès à des données de source unique pour développer son activité sur un marché donné. Dans une telle hypothèse, la PME se trouve dans une position de faiblesse manifeste, ne pouvant, en pratique, négocier les conditions d'accès aux données. Elle est contrainte d'accepter ou de refuser les termes proposés. Cette réalité conduit, malgré

l'existence de certains codes de conduite³⁵⁴¹, à un faible niveau de disponibilité des données, ce qui réduit considérablement la possibilité de créer de la valeur ajoutée dans les relations entre entreprises. Comme nous l'avons vu dans le cadre du droit de la concurrence, l'accès aux données est souvent une condition préalable indispensable à l'entrée sur le marché et à l'innovation.

503. Les objectifs poursuivis par le règlement sur les données – Conscient de ces enjeux, la Commission européenne a, dès 2017, mis en lumière la question de l'accès aux données générées par les machines connectées³⁵⁴². Dans sa proposition de règlement³⁵⁴³, elle a exposé cinq objectifs qu'elle entend poursuivre par cette réglementation. Il s'agit de faciliter l'accès aux données et leur utilisation par les consommateurs et les entreprises, tout en préservant les incitations à investir dans des moyens de générer de la valeur grâce aux données ; de prévoir l'utilisation par les organismes du secteur public et les institutions de l'Union européenne des données détenues par les entreprises dans des situations où il existe un besoin exceptionnel en données ; de faciliter le passage des services d'informatique en nuage aux services de traitement des données à la périphérie ; de mettre en place des garanties contre le transfert illicite de données, sans notification, par les fournisseurs de services informatiques en nuage ; et enfin, de prévoir l'élaboration de normes d'interopérabilité pour les données destinées à être réutilisées entre les secteurs.

En somme, bien que l'objectif général du Législateur européen soit de conférer aux utilisateurs un accès et un contrôle sur les données enregistrées par leurs objets connectés, le règlement poursuit également un objectif plus large de sauvegarde et de promotion de la concurrence et de l'innovation. Ces objectifs transversaux se reflètent dans les obligations que le règlement impose aux acteurs du marché.

3541V. par ex. SWIPO, *Code of Conduct for Data Portability and Cloud Service Switching for Infrastructure as a Service (IaaS) Cloud services*, 2020, disponible [en ligne] : <https://swipo.eu/wp-content/uploads/2020/07/SWIPO-IaaS-Code-of-Conduct.pdf> (consulté le 01/09/2024) – Dans le domaine des données agricoles, v. COPA & COGECA, *Code de conduite de l'UE relatif au partage des données agricoles par accord contractuel*, 2020, disponible [en ligne] : <https://www.copa-cogeca.eu/download.ashx?docID=2860240> (consulté le 01/09/2024) ; PICARDAT S., *Les conditions de la libre circulation des données agricoles*, Annales des Mines, Enjeux numériques, juin 2022, n° 18, p. 57

3542Commission européenne, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Créer une économie européenne fondée sur les données*, {SWD(2017) 2 final}, Bruxelles, 10 janvier 2017, COM(2017) 9 final), p. 13. ; *id.*, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Vers un espace européen commun des données »*, 19 février 2020, COM(2020) 66 final, p. 14

3543Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil fixant des règles harmonisées pour l'équité de l'accès aux données et de l'utilisation des données (règlement sur les données) COM/2022/68 final, 2022/0047(COD), 23 février 2022

B. La portée des droits d'accès aux données reconnus par le *Data Act*

504. Afin de mieux comprendre les subtilités du *Data Act*, notre analyse se concentrera exclusivement sur les dispositions régissant l'accès et l'utilisation des données par les utilisateurs³⁵⁴⁴ et les organismes du secteur public (1). Ces droits, bien que constituant des limites inhérentes à la rétention des utilités des données, ne sacrifient en aucun cas les intérêts légitimes des détenteurs de données³⁵⁴⁵. En effet, le Législateur européen a habilement orchestré un équilibre délicat entre les divers intérêts en jeu, qu'il s'agisse de ceux des détenteurs de données, des utilisateurs, des tiers ou des entités du secteur public (2).

Nous avons choisi de circonscrire notre étude aux articles du *Data Act* qui instaurent des prérogatives d'accès et d'utilisation des données, aussi bien pour les utilisateurs finaux que pour les organismes du secteur public. Ces dispositions sont en réalité les corollaires des limites imposées à la capacité des détenteurs de données à réserver l'intégralité des utilités de ces données. Il est impératif de souligner que cette ouverture à l'accès et à l'utilisation n'entraîne pas une dépréciation des droits des détenteurs de données. Le Législateur européen a, en effet, mis en place des garanties substantielles afin de préserver leurs intérêts. Cette approche témoigne d'une volonté de conciliation entre les différentes parties prenantes : les détenteurs de données, les utilisateurs, et les tiers, y compris les organismes du secteur public. Il s'agit d'une tentative de créer un écosystème de données plus équitable et dynamique.

Nous excluons de notre analyse les dispositions relatives au changement de service de traitement de données³⁵⁴⁶. Ces dernières s'inscrivent dans le prolongement du *DMA* et, bien qu'elles visent à faciliter la portabilité et à abandonner l'approche historiquement inefficace de l'autorégulation³⁵⁴⁷ au profit d'obligations contraignantes pour les fournisseurs de l'informatique dans les nuages, *cloud computing*, elles ne sont pas directement pertinentes pour notre étude axée sur les droits d'accès et d'utilisation des données.

De même, la question de l'interopérabilité, à laquelle le *Data Act* consacre un chapitre entier³⁵⁴⁸, ne sera pas abordée en détail. L'interopérabilité reste un pilier essentiel de

3544L'art. 2.12) du règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023 définit l'utilisateur comme « une personne physique ou morale à laquelle appartient un produit connecté ou à laquelle des droits temporaires d'utilisation de ce produit connecté ont été cédés contractuellement, ou qui reçoit des services connexes ».

3545Le détenteur de données est « une personne physique ou morale qui, conformément au présent règlement, aux dispositions applicables du droit de l'Union ou à la législation nationale adoptée conformément au droit de l'Union, a le droit ou l'obligation d'utiliser et de mettre à disposition des données, y compris, lorsqu'il en a été convenu par contrat, des données relatives au produit ou des données relatives au service connexe qu'elle a extraites ou générées au cours de la fourniture d'un service connexe » (art. 2.13) du règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023)

3546V. chapitre VI du règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023

3547Cons. 79 du règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023

3548V. chapitre VIII du règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023

l'environnement numérique³⁵⁴⁹ et facilite grandement l'accès et la réutilisation des données. Cependant, plutôt que d'introduire des obligations générales d'interopérabilité, le Législateur européen impose simplement des exigences d'interopérabilité à l'égard des participants aux espaces de données qui proposent des données ou des services de données à d'autres participants.

Une difficulté majeure émerge toutefois de cette approche : l'absence de définition claire de la notion de « *participant aux espaces de données* ». Cette lacune est d'autant plus regrettable que les obligations qui en découlent sont substantielles, rendant une délimitation précise de ce concept indispensable. En outre, il est regrettable que les dispositions relatives à l'interopérabilité ne fassent pas explicitement référence au nouveau droit d'accès et de partage des données concernant les produits connectés et les services connexes, alors même que l'interopérabilité est un facteur clef de la facilitation de cet accès et de cette réutilisation.

1. Une garantie renforcée de l'accès aux données

505. Le *Data Act* établit des principes horizontaux pour tous les secteurs concernant les données générées par les objets connectés tant dans les relations entre entreprises (B2B) que celles entre entreprise et consommateur (B2C) (a). Il offre également aux organismes du secteur public un droit d'accès plus général à l'égard des données du secteur privé (b)

a. L'accès des données générées par les objets connectés au profit des utilisateurs et des tiers

506. Le *Data Act* part du principe que le fabricant d'un produit connecté a généralement un contrôle exclusif sur les données générées par l'utilisation du produit. Afin de garantir l'accès à ces données, il instaure un cadre de gouvernance intersectoriel.

507. **Un droit d'ordre public d'accès et d'utilisation** – La reconnaissance d'un droit d'accès et d'utilisation des données en faveur de l'utilisateur marque une évolution

³⁵⁴⁹Par ailleurs, pour faciliter la conformité à ces exigences, la Commission européenne est autorisée à demander aux organismes européens de normalisation de rédiger des normes harmonisées (Art. 33.2 du règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023), mais également à adopter des spécifications communes couvrant l'une ou l'ensemble des exigences essentielles lorsqu'il n'existe pas de normes harmonisées ou lorsqu'elles sont insuffisantes pour renforcer l'interopérabilité des espaces de données (Art. 33.5 du règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023)

significative dans la régulation des données. Cette avancée met fin à l'exclusivité de fait du détenteur sur les utilités des données d'utilisation. De ce fait, les clauses qui visent à empêcher l'exercice de ce droit d'accès et de réutilisation de l'utilisateur ne sont pas opposables à ce dernier³⁵⁵⁰.

Le droit d'utilisation des données conféré à l'utilisateur se distingue par son absence de limitation à une finalité spécifique. Cette approche diffère de celle suggérée par l'institut *Max Planck* qui préconisait d'introduire une limitation des finalités en restreignant les utilisations autorisées aux seules utilisations présentant un intérêt pour l'utilisateur³⁵⁵¹. Cette absence de limitation des finalités de l'utilisation découle directement de l'objectif proclamé par la Commission européenne : stimuler la concurrence et favoriser l'innovation sur le marché des données en ouvrant l'accès à un plus grand nombre d'acteurs. Cependant, il est essentiel de souligner que ce droit d'utilisation n'est pas absolu. Des limites sont prévues, en particulier dans l'intérêt légitime du détenteur des données³⁵⁵², afin de concilier les impératifs d'ouverture et la protection des droits des acteurs économiques.

Le *Data Act* vise également à rééquilibrer les relations contractuelles entre entreprises³⁵⁵³, en instaurant un mécanisme de protection contre l'exploitation des déséquilibres de pouvoir lors de la négociation des conditions d'accès et d'utilisation des données³⁵⁵⁴. Ce dispositif permet de contrôler le caractère abusif de certaines clauses, notamment celles régissant l'accès et l'utilisation des données. Une clause contractuelle est considérée comme abusive si son application s'écarte manifestement des bonnes pratiques commerciales en matière d'accès et d'utilisation des données, et qu'elle est contraire à la bonne foi et à un usage loyal. L'article 13 du *Data Act* fournit deux listes distinctes : l'une énumère les clauses irréfragablement abusives, c'est-à-dire celles qui sont réputées abusives sans possibilité de preuve contraire ; l'autre liste les clauses simplement présumées abusives, laissant la possibilité de démontrer qu'elles ne le sont pas dans un cas particulier. À titre d'exemple, le détenteur ne pourra pas limiter contractuellement les utilisations des données

3550En cela, il s'agit des dispositions d'ordre public (v. art. 7.2 du règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023).

3551Max Planck Institute for Innovation and Competition, *Position Statement on the Data Act*, 14 juin 2022, p. 10, n° 20, disponible [en ligne] : <https://www.ip.mpg.de/en/research/research-news/position-statement-on-the-eu-data-act.html> (consulté le 01/09/2024)

3552V. *infra* 2. La conciliation avec les intérêts du détenteur des données

3553Initialement, la proposition de règlement limitait le champ d'application de la protection aux seules micro, petite ou moyenne entreprises. Une telle limitation ne se justifiait pas au regard des objectifs de la Commission européenne. Par ailleurs, le déséquilibre de pouvoir de négociation ne dépend pas forcément de la taille de l'entreprise (en ce sens, v. Max Planck Institute for Innovation and Competition, *op. cit.*, p. 46, n° 125).

3554V. en ce sens : cons. 28, 58, 60, 61, 62 et art. 13 du règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023

faites par l'utilisateur. Une telle clause risquera d'être réputée non écrite³⁵⁵⁵. Reste que l'entrée en vigueur du *Data Act*, prévue pour le 12 septembre 2025, soulève des interrogations quant à son articulation avec les dispositions du droit de la concurrence, et plus particulièrement avec la notion d'abus de dépendance économique³⁵⁵⁶. Cette question est d'autant plus pertinente que l'article 13 du *Data Act* s'est inspiré de ce concept pour la présomption de certaines clauses abusives³⁵⁵⁷. Les interactions potentielles entre ces nouvelles dispositions et les règles existantes du droit de la concurrence constitueront un défi majeur d'interprétation et d'application. Il sera notamment crucial de déterminer si l'utilisateur pourra invoquer cumulativement les fondements du *Data Act* et ceux du droit de la concurrence.

Toujours est-il que ces dispositions convergent vers une réduction de la maîtrise exclusive du détenteur sur les utilités des données d'utilisation. Le détenteur ne pourra plus s'opposer aux usages faits par l'utilisateur de ce type de données. Le *Data Act* remet alors implicitement en question l'idée d'une propriété absolue du fabricant d'objets connectés sur les données d'utilisation qu'ils génèrent.

508. Le droit des tiers à l'accès et à l'utilisation des données – Il est essentiel de souligner que le *Data Act* octroie à l'utilisateur la possibilité d'autoriser des tiers à accéder et à utiliser les données d'utilisation. Cette disposition signifie concrètement que les détenteurs de données ne sont pas tenus de mettre leurs données à la disposition de l'ensemble des tiers. Seuls les tiers expressément, choisis, désignés par l'utilisateur sont habilités à formuler une telle demande. À titre d'illustration, considérons le cas d'un agriculteur qui autorise une société spécialisée dans la maintenance prédictive à accéder aux données d'utilisation de son tracteur connecté. Cette autorisation permet à la société d'effectuer un diagnostic précis sur l'usure de l'équipement, optimisant ainsi sa maintenance et sa durée de vie³⁵⁵⁸.

Cependant, à la différence du droit d'accès et d'utilisation conféré à l'utilisateur, il apparaît qu'une clause contractuelle pourrait potentiellement encadrer, voire limiter, les

3555 Art. 13.5), c) du règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023

3556 V. en droit français, art. L. 420-2 et L. 420-2 du C. com. Contrairement au règlement sur les données, dans le cadre de l'abus de dépendance économique, des sanctions pécuniaires peuvent être prononcées à l'encontre de l'entreprise, auteur de cette pratique (art. L. 464-2 du C. com.)

3557 V. par ex. l'art. 13.5), f) du règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023 qui présume abusive la clause ayant pour objet ou pour effet de permettre à la partie qui a imposé unilatéralement la clause de résilier le contrat dans un délai excessivement court, compte tenu des possibilités dont l'autre partie contractante dispose raisonnablement pour se tourner vers un service alternatif et comparable et du préjudice financier causé par cette résiliation, sauf s'il existe des motifs sérieux de le faire.

3558 V. en ce sens : NAFTALSKI F., et KERAMBRUN M., *Le périmètre des obligations de partage de données en vertu du Data Act*, Dalloz IP/IT, 2024, p. 516

utilisations des données d'utilisation par les tiers. En effet, l'article 7.2 du *Data Act* ne vise spécifiquement que les clauses contractuelles qui sont prises au détriment des droits de l'utilisateur. Une clause qui restreindrait les utilisations possibles des données d'utilisation par les tiers ne semble pas, à première vue, contrevenir directement à cette disposition. Une telle clause n'empêcherait, effectivement, pas l'utilisateur de transmettre les données d'utilisation à un tiers ; elle se contenterait d'encadrer les utilisations subséquentes à cette transmission.

Cette limitation des utilisations par les tiers pourrait être stipulée dans le contrat entre le détenteur des données et l'utilisateur, par le biais d'une promesse de porte-fort ou d'une stipulation pour autrui. Néanmoins, une interrogation subsiste quant à la qualification d'une telle clause au regard de l'article 13.5, c), dudit règlement. Cette disposition présume abusive la clause ayant pour objet ou pour effet « *d'empêcher la partie à laquelle la clause a été imposée unilatéralement d'utiliser les données qu'elle a fournies ou générées pendant la durée du contrat, ou de limiter l'utilisation de ces données dans la mesure où cette partie n'est pas autorisée à utiliser ou à enregistrer ces données, à y accéder ou à les contrôler ou à en exploiter la valeur de manière adéquate* ». Il est plausible qu'une clause limitant l'utilisation des données par des tiers puisse être interprétée comme ayant pour effet d'empêcher l'utilisateur d'exploiter pleinement la valeur des données d'utilisation de manière adéquate. Cette interprétation nécessitera une analyse approfondie des cas d'espèce et des effets réels de telles clauses sur la capacité de l'utilisateur à tirer parti de ses données.

Ce droit d'accès aux données par des tiers, tel que formulé dans le *Data Act*, vient compléter, dans une certaine mesure, le droit de recevoir et de transférer des données à caractère personnel prévu par l'article 20 RGPD. Le *Data Act* va plus loin en exigeant la faisabilité technique d'un accès par des tiers pour les données non seulement personnelles, mais également non personnelles. Cette extension est cruciale pour l'essor des services innovants basés sur l'analyse de grands volumes de données « mixtes ».

509. Un droit d'accès toutefois circonscrit – La portée des droits d'accès et d'utilisation, tels qu'énoncés dans le *Data Act*, est à la fois étendue quant aux produits concernés et potentiellement limitée en ce qui concerne les données elles-mêmes et les acteurs assujettis.

Le *Data Act* s'applique à une vaste gamme de produits connectés, englobant tout dispositif capable d'acquérir, de générer ou de collecter des données relatives à sa performance, son utilisation ou son environnement, et apte à communiquer ces données par

l'intermédiaire d'un service de communications électroniques³⁵⁵⁹. Cette définition englobe ainsi une diversité de biens, allant des véhicules aux biens de consommation courante, en passant par les appareils médicaux, les machines agricoles et industrielles. Initialement, la proposition de règlement de la Commission excluait « *certaines produits qui sont principalement conçus pour afficher ou jouer des contenus, ou pour en enregistrer et en transmettre, entre autres à des fins d'utilisation par un service en ligne* »³⁵⁶⁰. Cela visait concrètement les ordinateurs personnels, les serveurs, les tablettes et les *smart phones*, ainsi que les caméras, les *webcams*, les systèmes d'enregistrement du son et les scanners de texte. Cette exclusion était justifiée, par la Commission, par l'intervention humaine dans la création de contenu, distinguant ces données de celles générées de manière autonome par les objets connectés. Cependant, cette approche a été jugée trop restrictive. Suivant les recommandations, notamment de l'*Institut Max Planck*³⁵⁶¹, le *Data Act* a finalement supprimé cette exclusion, adoptant ainsi un champ d'application plus large et plus inclusif pour les produits.

Malgré l'ampleur des produits visés, le champ d'application du *Data Act* se révèle potentiellement limité quant aux données elles-mêmes. En effet, seules les données enregistrées par l'objet connecté ainsi que les métadonnées pertinentes nécessaires à leur interprétation et utilisation sont concernées. Cette restriction n'est pas sans rappeler la notion de données fournies soumises à la portabilité en vertu de l'article 20 du RGPD. Par ailleurs, cette délimitation soulève des questions d'interprétation, notamment concernant la notion de « *métadonnées pertinentes nécessaires à l'interprétation et à l'utilisation de ces données* ». Le caractère nécessaire doit-il être apprécié du point de vue du détenteur des données, de l'utilisateur de l'objet connecté qui formule la demande, ou d'un utilisateur moyen ? L'interprétation retenue aura une incidence directe sur l'étendue réelle de l'accès aux données. Une définition précise de ce critère est essentielle pour garantir la clarté et l'efficacité du règlement.

Une autre limite significative concerne les détenteurs de données. Le droit d'accès ne s'applique pas aux microentreprises et petites entreprises³⁵⁶². Cette exclusion, bien que restrictive, vise à alléger la charge réglementaire sur ces entités. Toutefois, elle est soumise à des conditions strictes : ce détenteur ne doit pas d'une part, être une entreprise partenaire ou

³⁵⁵⁹Cons.14 du règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023

³⁵⁶⁰Cons.15 de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil fixant des règles harmonisées pour l'équité de l'accès aux données et de l'utilisation des données (règlement sur les données) COM/2022/68 final, 2022/0047(COD), 23 février 2022

³⁵⁶¹Max Planck Institute for Innovation and Competition, *op. cit.*, p. 23, n° 58

³⁵⁶²Art. 7 du règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023 – Cette logique de traitement différencié selon le type d'entreprise avait déjà été appliquée dans le cadre de la DSP2.

lié à une autre qui n'est pas qualifiée de microentreprise ou de petite entreprise, et d'autre part, travailler en sous-traitance pour fabriquer ou concevoir un produit connecté ou pour fournir un service connexe. De surcroît, les détenteurs qui sont qualifiés de moyennes entreprises depuis moins d'un an sont exemptés des obligations du règlement pour leurs produits connectés pendant une période d'un an après leur mise sur le marché. Cette disposition vise à protéger les PME contre les coûts économiques supplémentaires liés à la mise en œuvre de la réglementation³⁵⁶³. En effet, il ressortait d'une enquête du CSIS réalisée en 2022 que plus de 60 % des microentreprises et petites entreprises européennes déclaraient qu'une augmentation de 5 % des coûts technologiques aurait des conséquences économiques importantes³⁵⁶⁴. Le Législateur européen a donc manifestement pris en considération ce risque pour ces types d'entreprises, cherchant à concilier les objectifs d'ouverture des données avec la viabilité économique des plus petites structures.

510. Les obligations imposées au détenteur pour faciliter l'accès aux données – Tandis que les utilisateurs bénéficient de nouveaux droits d'accès, les fabricants sont, eux, tenus de concevoir des produits connectés et des services de manière à rendre les données, accessibles, par défaut, à l'utilisateur³⁵⁶⁵. Cette accessibilité doit se faire de manière aisée, sécurisée, sans frais, et dans un format complet, structuré, couramment utilisé et lisible par machine. Ce principe vise à réduire de manière significative la capacité du fabricant à « s'approprier » de fait les données d'utilisation générées par ses produits. En d'autres termes, la possibilité pour le fabricant de se réserver l'exclusivité des données est désormais considérablement restreinte, encourageant une plus grande transparence et un meilleur contrôle pour l'utilisateur final.

Au-delà de l'instauration d'un droit d'accès et d'utilisation pour l'utilisateur, le *Data Act* impose des limites aux utilisations que le détenteur peut faire des données non personnelles générées par les objets connectés³⁵⁶⁶. Le détenteur ne peut désormais utiliser les données « facilement accessibles » qu'à la condition d'avoir conclu un contrat avec l'utilisateur. Ce mécanisme instaure une forme de contrôle contractuel sur l'utilisation des données non personnelles, qui présente des similitudes avec le régime du consentement applicable aux données à caractère personnel sous le RGPD. Cependant, la justification de l'attribution à l'utilisateur d'un tel contrôle contractuel sur des données d'utilisation

3563V. en ce sens cons. 41 du règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023

3564Center for strategic & international studies, *Implications of the European Union's Digital Regulations on U.S. and EU Economic and Strategic Interests*, disponible [en ligne] : <https://www.csis.org/analysis/implications-european-unions-digital-regulations-us-and-eu-economic-and-strategic> (consulté le 01/09/2024)

3565Art. 3.1 du règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023

3566Art. 4.13 du règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023

« facilement accessibles » demeure sujette à débat. Certains pourraient y voir une forme de réservation exclusive d'utilisation des données par l'utilisateur du produit, ce qui pourrait être une interprétation erronée ou générer des frictions³⁵⁶⁷. De surcroît, l'expression « *données facilement accessibles* » manque de précision, créant une incertitude juridique significative pour les détenteurs de données et un risque accru de contentieux. En l'absence de clarification, un détenteur pourrait être tenté d'inclure dans ses conditions générales d'utilisation une clause standard par laquelle l'utilisateur autorise l'utilisation des données facilement accessibles. Une telle pratique, si elle est jugée valide, permettrait de sécuriser l'utilisation de ces données. Néanmoins, même si l'utilisateur consentait contractuellement à l'utilisation des données générées par son objet connecté, le détenteur ne pourrait les utiliser d'une manière qui serait contraire aux intérêts commerciaux de l'utilisateur. Cette exigence d'un accord sur l'utilisation des données non personnelles pourrait, finalement, servir de levier pour contrôler les termes de l'accord au regard des dispositions de l'article 13 du *Data Act*, relatives aux clauses abusives³⁵⁶⁸.

Cependant, l'exigence d'un accord avec l'utilisateur peut entraîner une lourdeur, en particulier dans les scénarios impliquant une pluralité d'utilisateurs. Par exemple, si un tracteur connecté appartient à une coopérative agricole qui le met à disposition de ses membres, il y aura une multiplicité d'utilisateurs au sens dudit règlement. La question se pose alors de savoir si le détenteur devra conclure un accord avec la coopérative et avec chacun de ses membres. Une telle obligation induirait indéniablement un coût considérable et une charge disproportionnée pour le détenteur.

Toutefois, une interprétation stricte de la limitation d'utilisation des données non personnelles par le détenteur pourrait atténuer cette complexité. Selon cette approche, l'exigence d'un accord ne s'appliquerait qu'aux situations où l'objet connecté ou le service connexe ne permet pas à l'utilisateur d'accéder directement à ce type de données³⁵⁶⁹. Une telle interprétation se justifie par l'ordonnancement de l'article 4 dudit règlement. Le point 1 de cet article circonscrit le domaine d'application à l'hypothèse où l'utilisateur ne peut pas accéder directement aux données à partir du produit connecté ou du service connexe. Le point 13 viendrait alors préciser les conditions d'utilisation des données par le détenteur dans cette seule hypothèse. Cette lecture est confortée par l'absence, à l'article 3 dudit règlement, de toute précision concernant un consentement de l'utilisateur sur les utilisations faites par le

3567Max Planck Institute for Innovation and Competition, *op. cit.*, p. 19, n° 45

3568*Ibid.*, p. 21, n° 51

3569V. dans le même sens : Max Planck Institute for Innovation and Competition, *op. cit.*, p. 21, n° 52 proposant également une interprétation stricte de la disposition.

détenteur des données non personnelles. Cette interprétation restrictive nous semble suffisante pour garantir à la fois la protection des utilisateurs et la fluidité des échanges de données dans les environnements complexes à utilisateurs multiples.

511. **L'incidence du *Data Act* sur la propriété intellectuelle** – Bien que le *Data Act* n'ait pas pour objectif fondamental de refondre l'architecture des règles de propriété intellectuelle, le Législateur a manifestement pris conscience de l'obstacle substantiel que les droits de propriété intellectuelle pourraient représenter en matière d'accès et d'utilisation des données. En conséquence, la mise en œuvre du nouveau droit d'accès et de partage des données institué par ce règlement interfère directement avec les droits de propriété intellectuelle existants, et plus spécifiquement avec le droit *sui generis* des producteurs de bases de données.

L'article 43 du *Data Act* établit une précision capitale : les bases de données constituées de données issues d'appareils connectés ne sont pas éligibles à la protection conférée par le droit *sui generis* tel qu'il est défini par la directive 96/9/CE du 11 mars 1996. Il est crucial de noter que cette disposition ne vise pas à neutraliser de manière généralisée le droit *sui generis* du producteur de bases de données. Il convient plutôt de l'interpréter comme une *lex specialis* par rapport à la directive 96/9/CE, qui opère comme une *lex generalis*³⁵⁷⁰.

L'objectif sous-jacent à cette démarche réglementaire est relativement simple, mais stratégiquement important. Il s'agit d'empêcher que le détenteur de données n'invoque le droit *sui generis* des producteurs de bases de données afin de contourner l'application des articles 4 et 5 du *Data Act*, qui régissent l'accès et le partage des données. Sans cette clarification, le droit *sui generis* des producteurs de bases de données pourrait effectivement bloquer l'extraction et/ou la réutilisation du contenu de bases de données obtenues ou générées par le biais d'objets connectés et de services connexes³⁵⁷¹. La Commission européenne avait d'ailleurs souligné que ce droit *sui generis* des producteurs de bases de données était susceptible d'entraver l'exercice effectif du droit d'accès et d'utilisation des données par les utilisateurs³⁵⁷².

3570V. en ce sens : Max Planck Institute for Innovation and Competition, *op. cit.*, p. 91-92, n° 256

3571Cons. 112 du règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023

3572Dans le cadre de la révision de la directive 96/9/CE du 11 mars 1996, la Commission européenne entend faciliter le partage et le commerce des données (v. en ce sens Commission européenne, *Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions – Exploiter au mieux le potentiel d'innovation de l'Union européenne Un plan d'action en faveur de la propriété intellectuelle afin de soutenir la reprise et la résilience dans l'Union européenne*, 25 novembre 2020, COM(2020) 760 final, spéc. p. 16 et s.). En effet, selon la Commission, des dispositions de la directive 96/9/CE peuvent représenter des obstacles juridiques susceptibles d'entraver l'accès aux données et leur réutilisation. Aussi, cette directive du 11 mars 1996 sera-t-elle révisée en prenant en considération le règlement sur les données (Commission européenne, *Study to support an impact assessment for the review of the database directive – Final report*, 2022, spéc. p. 127)

Toutefois, il est pertinent de rappeler, au regard de la jurisprudence européenne relative au droit *sui generis* des producteurs de bases de données, que l'exigence d'investissement nécessaire à la protection ne concerne pas la création des données elles-mêmes, mais la constitution, la vérification ou la présentation du contenu de la base de données³⁵⁷³. Par conséquent, l'investissement dans la simple « création » des données ne saurait être pris en compte pour l'octroi de cette protection spécifique. Dans cette optique, le Législateur aurait pu se contenter d'indiquer que les données d'utilisation ne devraient pas être considérées lors de l'évaluation de la protection au titre du droit *sui generis* des producteurs de bases de données.

Cependant, la formulation actuelle de l'article 43 du *Data Act* est susceptible de générer des interrogations. Le droit *sui generis* des producteurs de bases de données est explicitement inapplicable lorsque les données sont obtenues à partir d'un produit connecté ou d'un service connexe relevant du champ d'application du règlement, ou générées par un tel produit ou service. La question se pose alors avec acuité lorsque une base de données se compose non seulement de données d'utilisation brutes, mais également de données dérivées ou déduites de ces données d'utilisation. Pour caricaturer le problème, la simple présence d'une unique donnée d'utilisation suffit-elle à neutraliser le droit *sui generis* des producteurs de bases de données sur l'intégralité de la base de données ? Au regard des objectifs poursuivis par le *Data Act*, nous estimons que cette neutralisation se limite exclusivement aux données d'utilisation contenues dans la base de données, et uniquement dans le cadre de l'application des articles 4 et 5 dudit règlement, c'est-à-dire le droit d'accès et d'utilisation des données. Aussi la protection conférée par la directive 96/9/CE du 11 mars 1996 restera-t-elle pleinement applicable à toutes les données qui ne relèvent pas de la catégorie des données d'utilisation.

Finalement, le *Data Act* instaure un régime obligatoire d'accès aux données d'utilisation. Cette évolution normative pourrait potentiellement encourager la recherche et le développement de solutions structurelles, notamment une amélioration significative de l'interopérabilité des systèmes et des données.

3573 CJCE, gr. ch., 9 novembre 2004, aff. C-46/02, *Fixtures Marketing Ltd c. Oy Veikkaus Ab.* ; CJCE, gr. ch., 9 novembre 2004, aff. C-338/02, *Fixtures Marketing Ltd c. Svenska Spel AB* ; CJCE, gr. ch., 9 novembre 2004, aff. C-203/02, *The British Horseracing Board Ltd e.a. c. William Hill Organization Ltd* ; CJCE, gr. ch., 9 novembre 2004, aff. C-444/02, *Fixtures Marketing Ltd c. Organismos prognostikon agonon podofairou AE (OPAP)*

b. L'accès au profit des organismes du secteur public³⁵⁷⁴

512. La directive PSI III a instauré un cadre normatif visant à promouvoir la disponibilité et la réutilisation des données détenues par les organismes publics. Cette initiative s'inscrit dans une optique de stimulation de l'innovation, en facilitant l'accès du secteur privé, à des fins commerciales ou non lucratives, à ces vastes corpus de données. Dans la continuité de cette démarche, le *Data Act* étend cette logique d'ouverture au secteur privé, en imposant aux acteurs privés une obligation de partage de données avec les organismes publics sous certaines conditions. En effet, le législateur européen a manifesté une volonté claire de favoriser le partage de données dans le cadre des relations *Business-to-Government* (B2G). Cette exigence se matérialise par la faculté octroyée aux organismes du secteur public, ainsi qu'aux institutions, agences ou organismes européens, d'accéder et d'utiliser des données détenues par des entreprises privées afin de répondre à des besoins exceptionnels³⁵⁷⁵. Cette disposition repose sur le principe selon lequel, dans des situations de nécessité avérée, l'intérêt public prévaut sur les intérêts particuliers des détenteurs de données³⁵⁷⁶.

Afin de garantir une application cohérente et équitable, le Législateur a institué un régime horizontal d'accès. Cela signifie que l'obligation de fourniture de données ne se limite pas à des catégories de données spécifiques ou à des objectifs sectoriels prédéfinis. Au contraire, elle est intrinsèquement liée à des circonstances particulières dans lesquelles les organismes du secteur public sont habilités à solliciter l'accès aux données auprès des détenteurs du secteur privé³⁵⁷⁷. Cependant, cet accès aux données privées par les organismes du secteur public est subordonné à la condition que les intérêts des détenteurs et des personnes concernées soient suffisamment protégés³⁵⁷⁸. Cette exigence reflète la recherche d'un équilibre entre l'intérêt public et la préservation des droits et incitations des acteurs privés.

3574Le règlement sur les données vise les organismes du secteur public, la Commission européenne, la Banque centrale européenne et les organes de l'Union. Par commodité, nous utiliserons le terme organismes du secteur public dans la suite de nos développements.

3575Art. 14 du règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023

3576V. cons. 64 du règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023 : « *En cas de situations d'urgence, telles que les urgences de santé publique, les urgences résultant de catastrophes naturelles, y compris celles aggravées par le changement climatique et la dégradation de l'environnement, ainsi que les catastrophes majeures d'origine humaine, telles que les incidents majeurs de cybersécurité, l'intérêt public résultant de l'utilisation des données l'emportera sur l'intérêt des détenteurs de données à disposer librement des données qu'ils détiennent* ».

3577Max Planck Institute for Innovation and Competition, *op. cit.*, p. 49, n° 134

3578Ainsi, par exemple, l'obligation de mettre à disposition les données au profit des organismes du secteur public ne s'applique ni aux microentreprises, ni aux petites entreprises, sauf lorsque les données demandées sont nécessaires pour réagir à une situation d'urgence et que l'organisme du secteur public n'est pas en mesure d'obtenir ces données par d'autres moyens en temps utile et de manière efficace et dans des conditions équivalentes.

Le législateur a pris en considération les incitations économiques des entreprises à créer et à collecter des données lors de l'établissement des conditions et modalités d'accès des organismes publics. En conséquence, l'obligation de mettre à disposition des données est strictement circonscrite à la satisfaction du besoin exceptionnel, avec une durée et une portée limitées. Le *Data Act* définit de manière exhaustive deux catégories de situations caractérisant un besoin exceptionnel.

Le premier cas de figure concerne les situations d'urgence dans lesquelles l'organisme du secteur public se trouve dans l'incapacité d'obtenir les données détenues par l'entreprise par d'autres moyens, dans des délais raisonnables, de manière efficace et à des conditions équivalentes. Ainsi, par exemple, cette obligation de partage de données pourrait être invoquée dans le contexte d'une crise sanitaire majeure, telle qu'une pandémie internationale équivalente à la COVID-19. Dans un tel scénario, un organisme de santé publique pourrait requérir l'accès aux données de déplacement des populations détenues par les opérateurs de télécommunications, à l'instar d'*Orange*, afin de permettre le déploiement rapide et efficient des ressources médicales sur l'ensemble du territoire³⁵⁷⁹. Dans ces circonstances spécifiques, les détenteurs de données, à l'exception des microentreprises et des petites entreprises, sont tenus de mettre leurs données à disposition aux organismes gratuitement. Les microentreprises et les petites entreprises, quant à elles, sont éligibles à une compensation financière pour la mise à disposition de leurs données.

Le second cas de figure de besoin exceptionnel est lié à l'accomplissement d'une mission spécifique d'intérêt public explicitement prévue par la loi³⁵⁸⁰. Cette obligation ne peut être invoquée que lorsque l'organisme du secteur public a épuisé tous les autres moyens à sa disposition pour obtenir les données non personnelles nécessaires. En d'autres termes, l'accès obligatoire aux données privées constitue alors un moyen de dernier recours pour l'organisme public. Dans cette seconde situation, les détenteurs de données ont droit à une juste compensation pour la mise à disposition de leurs données aux organismes du secteur public.

3579La Commission européenne, par exemple, s'est mise en rapport avec les opérateurs de télécommunications européens pour obtenir d'eux des données globales anonymes de géolocalisation des téléphones mobiles et pour coordonner les mesures de suivi de la propagation de la COVID-19 au niveau de l'Union européenne (Commission européenne, Recommandation (UE) 2020/518 de la Commission du 8 avril 2020 concernant une boîte à outils commune au niveau de l'Union en vue de l'utilisation des technologies et des données pour lutter contre la crise de la COVID-19 et sortir de cette crise, notamment en ce qui concerne les applications mobiles et l'utilisation de données de mobilité anonymisées, C/2020/3300, JOUE L 114 du 14 avril 2020, p. 7–15)

3580Le Législateur européen fournit des exemples de mission spécifique d'intérêt public : la production de statistiques officielles, l'atténuation d'une situation d'urgence ou le rétablissement à la suite d'une situation d'urgence.

Force est de remarque que le *Data Act* ne constitue pas une base juridique pour un accès régulier et systématique des organisations du secteur public aux données privées. Son champ d'application est strictement limité à un accès aux données sur une base *ad hoc*, c'est-à-dire dans les deux cas exceptionnels précédemment décrits. En dehors de ces situations, le détenteur des données n'est pas tenu de les mettre à disposition des organismes du secteur public. Toujours est-il que le *Data Act* n'empêche ni n'interdit les accords ou contrats volontaires qui prévoient l'échange de données entre entités privées et publiques³⁵⁸¹. Cette flexibilité permet aux acteurs de conclure des accords mutuellement bénéfiques en dehors du cas des besoins exceptionnels.

2. La conciliation avec les intérêts du détenteur des données

513. Le *Data Act* ne néglige absolument pas la situation des détenteurs de données. Nous constatons, en effet, une volonté de concilier les intérêts des détenteurs avec ceux des tiers, et cela, aussi bien dans les relations *Business-to-Business* (B2B) (a) que *Business-to-Consumer* (B2C) (b).

a. La conciliation dans le cadre B2B

514. Le *Data Act* établit un équilibre entre les incitations à l'innovation pour le détenteur des données d'une part, et le droit d'accès de l'utilisateur aux données d'autre part.

515. **L'exclusion des données dérivées et déduites du champ d'application du droit d'accès et d'utilisation** – Une exclusion significative a été délibérément introduite par le Législateur européen dans le cadre du *Data Act*, afin de prévenir toute dissuasion des fabricants d'objets connectés à maintenir un niveau élevé d'investissement en recherche et développement. Cette exclusion repose sur la nature même des données concernées par le droit d'accès.

Dans la chaîne de valeur des données, l'accès peut théoriquement être sollicité à divers stades, depuis la donnée brute jusqu'à la donnée dérivée. Cependant, le *Data Act* circonscrit spécifiquement le droit d'accès aux seules données d'utilisation, qui sont assimilables à des données brutes. Cela implique que les données dérivées ou déduites des données d'utilisation

3581 Cons. 66 du règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023

sont écartées du champ d'application de ce droit d'accès³⁵⁸². En pratique, les données enregistrées par les capteurs des objets connectés sont souvent immédiatement analysées et traitées pour déduire une information, un statut. Il est alors courant que les détenteurs de données choisissent de ne conserver que ces données dérivées, supprimant les données d'utilisation aussitôt après leur traitement. À ce titre, il est important de relever qu'aucune obligation légale n'impose au détenteur de conserver les données d'utilisation pendant une période déterminée.

Cette limitation du droit d'accès suscite des débats. En effet, certains tiers pourraient avoir un besoin impérieux d'accéder aux données dérivées ou déduites des données d'utilisation. Par exemple, dans le cadre de la maintenance prédictive de machines industrielles³⁵⁸³, l'analyse des données de fonctionnement transformées peut permettre d'anticiper des défaillances et d'optimiser les interventions. Face à cette situation, des auteurs ont émis l'avis que cette restriction du champ d'application du *Data Act* pourrait compromettre gravement l'effectivité du droit d'accès de l'utilisateur³⁵⁸⁴.

Cependant, il est essentiel de tempérer cette critique en rappelant la nécessité de concilier les intérêts légitimes du fabricant d'objets connectés avec ceux des tiers. L'analyse et le traitement des données d'utilisation peuvent représenter un investissement considérable pour le fabricant, notamment lorsqu'il s'agit de développer des algorithmes sophistiqués ou des solutions d'intelligence artificielle visant à améliorer substantiellement la vitesse et la précision de ce traitement. Le fabricant est légitimement en droit d'attendre un retour sur cet investissement. Aussi, dans cette perspective, nous soutenons que cette exclusion est amplement justifiée. Elle vise à préserver les incitations à l'innovation et à l'investissement dans des technologies d'analyse de données, qui contribuent *in fine* à l'amélioration des produits et services. Par ailleurs, il convient de souligner que cette exclusion n'empêche nullement les tiers de conclure un accord volontaire afin d'accéder à ces types de données. Cette flexibilité contractuelle permet de répondre aux besoins spécifiques des parties prenantes tout en respectant les intérêts des fabricants.

516. La reconnaissance d'une compensation en raison de l'accès aux tiers des données
– Alors que l'accès aux utilisateurs doit être accordé à titre gratuit, le détenteur peut demander

3582En ce sens, v. cons. 15 du règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023

3583Il s'agit de l'exemple avancé par l'institut *Max Planck* (Max Planck Institute for Innovation and Competition, *op. cit.*, p. 10-11, n° 24)

3584Max Planck Institute for Innovation and Competition, *op. cit.*, p. 10-11, n° 24

une compensation à un tiers lorsqu'il est tenu de lui mettre à sa disposition les données³⁵⁸⁵. En cela, le *Data Act* diffère du RGPD et à la DSP2 où l'accès aux données est gratuit. Le détenteur et le tiers, destinataire des données, doivent convenir des modalités d'accès et conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires et de manière transparente. Il s'agit de l'application de la logique des licences FRAND, « *fair, reasonable and non-discriminatory* » dans le cadre des brevets essentiels.

Cependant, l'expérience en matière de brevets essentiels révèle que l'application des principes FRAND peut être source de difficultés considérables. Il n'est pas rare que les parties échouent à conclure de telles licences, ce qui conduit fréquemment à la saisine des juridictions compétentes³⁵⁸⁶. Cette situation a d'ailleurs pu être qualifiée de « *judiciarisation du processus de négociation* »³⁵⁸⁷. La majeure partie de ce contentieux des licences FRAND se centre précisément sur la détermination du montant des redevances demandées³⁵⁸⁸. Il est à craindre que cette difficulté inhérente à la conclusion d'engagements FRAND se retrouve également dans le cadre de l'accès aux données par un tiers en vertu du *Data Act*. La complexité de l'évaluation de la valeur des données, la diversité des usages potentiels et l'asymétrie d'information entre les parties pourraient engendrer des désaccords substantiels sur la juste compensation, potentiellement menant à des différends.

517. La prévention du risque de parasitisme – Le *Data Act* instaure une limitation significative à l'utilisation des données d'utilisation par l'utilisateur ou le tiers, dans le but explicite de protéger les incitations à l'investissement des détenteurs de données. Il est ainsi prévu que ni l'utilisateur ni le tiers ne sont autorisés à utiliser les données fournies pour développer des produits qui entreraient en concurrence directe avec le produit à l'origine des données³⁵⁸⁹. Cette disposition vise clairement à prévenir tout risque de parasitisme que le détenteur de données pourrait subir du fait de l'accès à ses propres données. Cette préoccupation n'est d'ailleurs pas nouvelle et a déjà été intégrée dans la réflexion de la

3585 Cette obligation de mettre disposition les données peut résulter tant de l'article 5 du règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023 que d'autres dispositions applicables du droit de l'Union ou de la législation nationale adoptée conformément au droit de l'Union (art. 8.1) du règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023).

3586 Les contentieux FRAND relatifs aux brevets essentiels se sont multipliés depuis quelques années. Par ex. CJUE, 5^e ch., 16 juillet 2015, aff. C-170/13, *Huawei Technologies Co. Ltd contre ZTE Corp. et ZTE Deutschland GmbH*. ; CA Paris, Pôle 5, ch. 1, 16 avril 2019, n° RG 15/17037 ; TJ Paris, ord. juge de la mise en état, 6 février 2020, n° RG 19/02085, *TCL c/ Philips* ; High Court (patents court), 16 mars 2023, [2023] EWHC 539 *Interdigital c. Lenovo*,

3587 TREPPOZ É., *Chronique Droit européen de la propriété intellectuelle. La judiciarisation des licences FRAND*, RTD Eur., 31 décembre 2015, p. 865 et s.

3588 BINCTIN N., *Standardisation internationale privée et droit de la propriété intellectuelle*, in *La standardisation internationale privée* (sous-dir. Régis Bismuth), Larcier, Bruxelles, 15 juillet 2014, p. 86

3589 Art. 4.10) et 6.2), e) du règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023

Commission européenne en matière de droit de la concurrence, notamment dans l'affaire emblématique *Microsoft*, où la question de l'accès aux interfaces et à l'interopérabilité était au cœur des débats.

Cependant, la mise en œuvre pratique de cette limitation soulève des défis considérables. Il pourra s'avérer ardu de déterminer précisément quand un produit développé à partir des données fournies entre en concurrence avec le produit du fabricant d'origine. Dans l'économie numérique, la définition des marchés pertinents est notoirement complexe, caractérisée par des dynamiques de convergence et de plateformes multi-versants. Une interprétation *in favorem* du fabricant d'objets connectés, c'est-à-dire une interprétation qui privilégierait systématiquement les intérêts du fabricant, risque d'ériger des barrières significatives à l'entrée pour de nouveaux acteurs tiers ayant eu accès aux données sur le marché primaire. Une telle interprétation restrictive serait, à notre avis, contraire aux objectifs plus larges poursuivis par le Législateur européen, à savoir la préservation de la concurrence et la garantie d'incitations à investir pour tous les acteurs du marché, y compris les entrants potentiels. Si l'accès aux données conduit systématiquement à des restrictions d'usage trop larges, cela pourrait paradoxalement freiner l'innovation en décourageant les tiers de développer de nouvelles applications et services qui pourraient enrichir l'écosystème numérique.

Face à cette tension inhérente, il nous semble qu'il aurait été préférable d'envisager une approche plus nuancée. Plus spécifiquement, le *Data Act* aurait pu prévoir une période durant laquelle l'utilisateur et le tiers ne seraient pas autorisés à utiliser les données fournies pour développer des produits directement concurrents du produit d'où proviennent les données. Cette solution transitoire offrirait plusieurs avantages. D'une part, elle accorderait au fabricant une période de répit pour valoriser son investissement initial sans craindre une concurrence immédiate basée sur ses propres données. D'autre part, une fois cette période écoulée, l'ouverture à la concurrence serait encouragée, permettant aux tiers de développer des solutions innovantes basées sur les données, au bénéfice des consommateurs. Enfin, la fixation d'une période définie réduirait l'incertitude juridique et les litiges potentiels liés à l'interprétation de la notion de « concurrence ».

518. La prise en comptes de l'importance du secret des affaires dans l'environnement numérique – La législation contemporaine reconnaît explicitement l'importance cruciale du

secret des affaires³⁵⁹⁰ et cela, comme un levier essentiel à la stimulation de l'investissement et à l'innovation. Cette reconnaissance fonde la nécessité d'une conciliation délicate entre la protection de ces informations secrètes et les impératifs d'accès et d'utilisation des données d'utilisation, particulièrement lorsque celles-ci relèvent du secret des affaires. L'établissement d'un équilibre s'est avéré indispensable pour garantir la fluidité des échanges de données tout en prémunissant les détenteurs contre les risques de divulgation préjudiciable.

L'équilibre repose sur l'exigence de confidentialité. L'accès aux données d'utilisation qualifiées de secrets des affaires n'est ainsi subordonné à l'adoption de mesures spécifiques et nécessaires visant à en préserver la confidentialité³⁵⁹¹. Ce principe s'étend également aux scénarios de partage de données avec des tiers. Dans de telles situations, la divulgation des secrets des affaires est strictement limitée à ce qui est indispensable pour la réalisation de la finalité convenue entre l'utilisateur et le tiers. De surcroît, le tiers est tenu de mettre en œuvre toutes les mesures spécifiques préalablement définies avec le détenteur pour garantir la confidentialité des informations partagées³⁵⁹². Cette approche soulève néanmoins une interrogation fondamentale. Ce dispositif ne s'apparente-t-il pas, finalement, à un système de licence obligatoire des secrets des affaires ?

Afin de prémunir les détenteurs contre une violation des conditions d'accès ou de confidentialité, des sanctions ont été prévues. Si l'utilisateur ou le tiers ne respectent les conditions posées ou compromettent la confidentialité des secrets des affaires, le détenteur de données pourra alors bloquer voire suspendre le partage des données identifiées comme secrets des affaires³⁵⁹³. De manière similaire, l'absence d'accord sur les mesures nécessaires à la préservation de la confidentialité autorise le détenteur à refuser le partage des données. Cependant, pour éviter un exercice arbitraire de ce droit de blocage ou de suspension, le détenteur est tenu de notifier sa décision à l'autorité compétente chargée de l'application du *Data Act*, en fournissant une justification circonstanciée. Cette obligation de motivation est complétée par la possibilité pour l'utilisateur ou le tiers de contester cette décision devant la même autorité compétente, offrant ainsi une voie de recours et la possibilité d'une demande de réparation.

3590V. en ce sens : cons.31 du règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023 précisant que « *bien que le [règlement sur les données] impose aux détenteurs de données de divulguer certaines données aux utilisateurs, ou à des tiers choisis par un utilisateur, même lorsque ces données répondent aux conditions pour être protégées en tant que secrets d'affaires, il devrait être interprété de manière à préserver la protection accordée aux secrets d'affaires au titre de la directive (UE) 2016/943* ».

3591Art. 4.6) du règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023

3592Art. 5.9) du règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023

3593Art. 4.7) et 5.10) du règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023

Le *Data Act* prévoit également une exception importante à l'obligation d'accès. Le détenteur peut, au cas par cas, refuser une demande d'accès de l'utilisateur ou du tiers aux données relevant du secret des affaires. Cette dérogation est admissible lorsque la divulgation de ces secrets est fortement susceptible d'entraîner un préjudice économique grave pour le détenteur, et cela, malgré la mise en œuvre de mesures techniques et organisationnelles de protection. Dans cette situation, le détenteur est aussi contraint de motiver son refus et de le notifier aux parties intéressées ainsi qu'à l'autorité compétente.

Force est de constater que le Législateur a manifesté une volonté affirmée de préserver le secret des affaires, conférant à cette protection une prévalence apparente sur l'obligation de partage des données. Cette orientation s'explique par l'importance économique capitale que représentent les secrets des affaires pour leurs détenteurs et les conséquences préjudiciables, parfois irréversibles, qu'une divulgation non contrôlée pourrait engendrer.

Cependant, cette prévalence potentielle pourrait inciter certains détenteurs à invoquer abusivement la protection des secrets des affaires afin de restreindre leur obligation de partage. Néanmoins, ce risque est atténué par l'existence de garde-fous. D'une part, l'obligation incombant au détenteur de motiver systématiquement ses décisions de refus ou de suspension. D'autre part, la possibilité de recours contre ces décisions et le contrôle exercé par une autorité indépendante constituent des mécanismes essentiels pour garantir un équilibre juste et éviter toute entrave injustifiée à la circulation des données.

519. La protection du détenteur contre la « turpitude » de l'utilisateur ou des tiers – En pratique, le détenteur des données a pu engager des investissements substantiels dans l'établissement et la maintenance d'une infrastructure technique robuste. Ces investissements englobent, sans s'y limiter, la mise en œuvre de mécanismes de chiffrement avancés et d'autres mesures techniques de protection visant à garantir la sécurité et l'intégrité des données. L'objectif est de sécuriser les données contre tout accès, utilisation ou manipulation non autorisés.

Dans ce cadre, le droit d'accès et d'utilisation accordé à l'utilisateur ou à des tiers ne saurait être interprété comme une licence pour exploiter les vulnérabilités ou les lacunes résiduelles de cette infrastructure technique. Toute tentative d'« outrepasser », de « contourner » les dispositifs de protection mis en place constituerait une violation des conditions d'accès et d'utilisation³⁵⁹⁴. En conséquence, si l'utilisateur ou un tiers porte atteinte aux mesures techniques de protection établies par le détenteur, ce dernier est en droit d'exiger

3594 Art. 4.11 et 5.5 du règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023

non seulement l'effacement immédiat des données qui auraient été compromises ou obtenues par cette atteinte, mais également le versement d'une indemnisation.

De même, en cas d'utilisation des données pour concurrencer le détenteur, celui-ci pourra, outre demander l'effacement des données et une indemnisation, exiger de mettre fin à la production, à l'offre ou à la mise sur le marché ou à l'utilisation de biens³⁵⁹⁵. Une telle possibilité garantit ainsi la préservation des intérêts économiques et commerciaux du détenteur des données.

b. La conciliation dans le cadre B2C

520. Face à une demande d'accès d'un organisme du secteur public, le détenteur n'est toutefois pas démuné. Il pourra, en effet, la rejeter. Néanmoins, un tel refus ne sera possible que pour trois raisons, soit lorsque la demande ne satisfait pas les conditions prévues pour demander une mise à disposition des données, soit lorsque le détenteur a déjà mis à disposition ces données pour la même finalité, soit, enfin, lorsque le détenteur n'exerce pas de contrôle sur les données demandées. Par ailleurs, quand bien même, le détenteur serait contraint de mettre à disposition ses données, il existe des garanties pour lui assurer une maîtrise de ses données.

521. **La préservation du statut de données « privées » lors de leur mise à disposition aux organismes du secteur public** – Les détenteurs de données manifestent des appréhensions légitimes quant au statut de leurs données une fois qu'elles sont partagées avec des organismes du secteur public. Une crainte majeure réside dans le risque que ces données, initialement privées, soient par la suite requalifiées en données publiques, et par conséquent soumises aux régimes de libre accès et de réutilisation généralement applicables aux informations du secteur public. Une telle transformation pourrait entraîner une perte de contrôle irréversible sur ces données, avec des implications économiques et stratégiques significatives pour le détenteur.

Conscient de ces préoccupations et dans l'objectif de lever les freins à la mise à disposition volontaire des données par le secteur privé au secteur public, le Législateur européen a introduit des clarifications juridiques essentielles. Il a explicitement exclu du champ d'application de deux instruments législatifs majeurs dans le cadre d'une demande

3595 Art. 11 du règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023

d'accès à un organisme du secteur public, à savoir le *DGA* et de la directive (UE) 2019/1024. Cette exclusion formelle est d'une importance capitale. Elle signifie que, contrairement aux données que le secteur public collecte et produit dans l'exercice de ses missions propres et qui relèvent de la sphère des données ouvertes, les données que les détenteurs privés mettent à disposition d'organismes publics en réponse à une demande spécifique ne perdent en aucun cas leur statut de données « privées ». Elles ne sont donc pas soumises aux obligations de transparence et de réutilisation extensive que ces deux instruments législatifs imposent aux informations du secteur public.

Cette disposition législative est particulièrement bienvenue puisqu'elle offre une protection au détenteur des données. Elle dissipe la crainte d'une publicité forcée et garantit que le partage de données avec le secteur public, souvent essentiel pour l'élaboration de politiques publiques, la recherche ou l'amélioration des services, ne se traduise pas par une perte de la maîtrise juridique et économique des données ainsi transmises. En écartant le risque de voir leurs données devenir des données publiques par le simple fait de leur transmission, le Législateur encourage un environnement de confiance propice à la circulation des données tout en respectant les droits et les intérêts légitimes des détenteurs.

522. L'encadrement strict de l'utilisation des données mises à disposition au secteur public et les défis de la réutilisation – L'utilisation des données mises à disposition par les détenteurs à des organismes du secteur public est soumise à un cadre strict, contrastant fortement avec la latitude d'utilisation des données d'accès par les utilisateurs. En effet, tandis que l'utilisateur dispose d'une quasi-liberté quant à l'exploitation de ses propres données d'utilisation, les données partagées avec le secteur public sont exclusivement dédiées à la finalité pour laquelle elles ont été demandées et obtenues. Cette différence fondamentale s'explique par la nature et la mission des organismes du secteur public. Leur objectif n'est pas d'opérer sur le marché, de stimuler l'innovation, ou de favoriser un acteur économique spécifique. L'accès et la réutilisation de ces données par le secteur public sont conçus pour répondre à des besoins d'intérêt général spécifiques et exceptionnels, tels que l'élaboration de politiques publiques, la recherche scientifique, la gestion de crises ou l'amélioration de services publics.

Toutefois, une difficulté pratique significative peut émerger en ce qui concerne la réutilisation des données. Le considérant 74 du *Data Act* précise que « *lors de la réutilisation des données fournies par les détenteurs de données, les organismes du secteur public, [...] devraient respecter à la fois le droit de l'Union ou le droit national applicables en vigueur et*

les obligations contractuelles auxquelles le détenteur de données est soumis ». Cette formulation soulève une question complexe. Le détenteur de données peut-il invoquer des restrictions contractuelles relatives à l'usage et au partage des données, insérées dans ses accords avec des tiers, pour faire échec à une demande d'accès d'un organisme du secteur public³⁵⁹⁶ ? Le risque inhérent à une interprétation permissive de cette disposition serait l'émergence d'une pratique consistant à introduire des clauses contractuelles visant délibérément à déroger aux obligations d'accès prévues, notamment par le Chapitre V du *Data Act*. Cependant, une analyse combinée du considérant 74 et du considérant 64 dudit règlement suggère une solution. Il ressort que dans des cas exceptionnels, l'intérêt public prépondérant résultant de l'utilisation des données doit primer sur les intérêts particuliers des détenteurs de données. Par conséquent, nous estimons que les restrictions contractuelles avec les cocontractants du détenteur ne devraient pas avoir pour effet d'empêcher la mise à disposition des données aux organismes du secteur public lorsque l'intérêt général l'exige. Ces restrictions contractuelles devront plutôt être prises en considération afin de minimiser autant que faire se peut les atteintes portées aux obligations contractuelles du détenteur envers ses partenaires, sans toutefois bloquer l'accès aux données.

De plus, afin de préserver les intérêts économiques légitimes du détenteur, le *Data Act* impose des restrictions claires à l'organisme du secteur public bénéficiaire des données. D'une part, l'organisme public ne doit pas utiliser les données obtenues, ni les partager avec un tiers, dans le but de concurrencer le détenteur de données. Cette disposition est essentielle pour maintenir un équilibre concurrentiel et éviter que l'accès aux données ne devienne un outil de distorsion du marché. D'autre part, l'organisme du secteur public est tenu de mettre en œuvre des mesures techniques et organisationnelles appropriées pour garantir la sécurité et la confidentialité des données, les protégeant contre tout accès, utilisation ou divulgation non autorisés. Enfin, dès que les données ne sont plus nécessaires à la finalité pour laquelle elles ont été demandées, l'organisme public est obligé de les effacer. Ce principe de minimisation de la conservation assure que les données ne sont pas stockées indéfiniment sans justification.

Finalement le *Data Act*, tout en facilitant l'accès aux données générées par les objets connectés et autres sources numériques, s'efforce de préserver les intérêts économiques et le contrôle des détenteurs de données. Cependant, il est regrettable que le cadre réglementaire adopte une vision quelque peu rudimentaire de la chaîne de valeur des données liées aux objets connectés. Le législateur européen décrit une relation souvent simplifiée entre un

3596V. Max Planck Institute for Innovation and Competition, *op. cit.*, p. 59, n° 162

utilisateur et un détenteur de données, occultant la complexité du monde réel où de multiples acteurs (fabricants d'appareils, fournisseurs de plateformes, opérateurs de réseaux, développeurs d'applications) interviennent en pratique dans la « création », la collecte et le traitement des données. Il est crucial de considérer plus finement la diversité des acteurs pour mieux aborder les futurs enjeux de la gouvernance des données.

II. La réservation privative des données numériques face à l'accès aux données

523. L'instauration d'un droit *sui generis* sur les données vise principalement à conférer au détenteur des données un ensemble de prérogatives exclusives sur les utilités économiques et informationnelles de ces dernières. L'objectif est de sécuriser les investissements réalisés dans la collecte, le traitement et la valorisation des données, en permettant au détenteur de contrôler leur accès et leur exploitation. Cependant, l'introduction d'un tel droit se heurte à une contradiction fondamentale avec les objectifs de libre circulation des données, un principe de plus en plus promu au niveau européen, notamment pour stimuler l'innovation et la compétitivité. Cette tension est d'autant plus marquée par la volonté politique de favoriser l'accès aux données détenues par le secteur privé par des acteurs tiers, qu'ils soient d'autres entreprises, dans le cadre de relations *B2B*, des chercheurs ou des organismes publics. C'est précisément cette contradiction qui a conduit la Commission européenne à renoncer, du moins pour l'instant, à l'idée d'un droit exclusif et absolu sur les données.

Mais le droit *sui generis* sur les données numériques est-il vraiment incompatible avec les droits d'accès ? Sur ce point, il convient de distinguer deux niveaux de discussion concernant les droits d'accès et la réservation des utilités des données numériques. Comme nous l'avons vu, des droits individuels d'accès aux données existent déjà dans la législation actuelle, comme le RGPD pour les données personnelles ou certaines législations sectorielles. Ces droits peuvent également encadrer les conditions d'utilisation ultérieure des données par le bénéficiaire de l'accès. Il s'agit là de droits d'accès ciblés et souvent rattachés à la personne concernée par les données ou à des finalités d'intérêt public spécifiques. Toutefois, le discours sur le partage de données entre entreprises, *B2B*, est encore à un stade embryonnaire, et les modalités d'un accès généralisé ou même réglementé dans ce contexte ne sont pas clairement définies. C'est précisément sur ce terrain que la tension entre un droit *sui generis* sur les données numériques et la libre circulation des données est la plus palpable.

Notre réflexion, loin de proposer un système universel et exhaustif d'accès aux données, vise plutôt à identifier les éléments structurants d'un droit d'accès aux données³⁵⁹⁷ qui pourrait coexister avec un droit *sui generis* sur les données numériques.

Une conciliation entre un droit *sui generis* garantissant la maîtrise des données au détenteur et les impératifs d'accès pourrait prendre la forme d'une licence obligatoire (A). Indépendamment de l'instauration d'un droit *sui generis* sur les données numériques, le détenteur de données dispose actuellement de plusieurs moyens juridiques et techniques lui garantissant une certaine maîtrise sur ses données tout en favorisant leur circulation contrôlée (B).

A. L'accès aux données par le biais de licences obligatoires

524. L'instauration d'un droit d'accès aux données doit être sérieusement envisagée en tant qu'instrument réglementaire pour préserver la concurrence effective sur les marchés numériques. Cette intervention se justifie principalement lorsque le contrôle exclusif et étendu des données par un acteur dominant aboutit à une exclusion permanente et significative des concurrents, rendant les marchés non contestables et entravant l'exercice des libertés économiques³⁵⁹⁸ par les autres opérateurs. En d'autres termes, un droit d'accès devient nécessaire lorsqu'un acteur détient des données « essentielles » qui, par leur nature ou leur volume, confèrent un avantage insurmontable et créent des barrières à l'entrée annihilant ainsi la concurrence. Néanmoins, l'introduction d'un tel droit d'accès soulève des questions fondamentales de proportionnalité. Il est impératif d'établir l'équilibre entre les atteintes portées aux droits et libertés constitutionnels du détenteur des données³⁵⁹⁹ et les objectifs d'intérêt général poursuivis par l'établissement de ce droit d'accès tels que la préservation de la concurrence et l'innovation. Dans le cadre d'une éventuelle reconnaissance d'un droit *sui generis* sur les données, la protection du droit de propriété, ainsi que le respect de la liberté contractuelle, qui régit les

3597Cependant, afin de déterminer le nécessité d'instaurer un droit d'accès aux données, le modèle économique construit notamment par l'économiste Hongwei ZHU (ZHU H., MADNICK S. E., et SIEGEL M. D., *An Economic Analysis of Policies for the Protection and Reuse of Non-Copyrightable Database Contents*, Journal of Management Information Systems, juillet 2008, p. 199-232) peut servir de bon point de départ. Ainsi, avant d'instaurer un droit d'accès, certains facteurs doivent donc être évalués notamment les coûts d'investissement fixes dans la production, le traitement et l'analyse des données ; la probabilité que les bénéficiaires potentiels dépassent les avantages marginaux des producteurs et détenteurs de données ; et enfin, l'équivalence fonctionnelle entre les données réutilisées et les données exclusives.

3598MARTINEZ J., *Conseil constitutionnel et économie*, thèse pour le doctorat en droit public, Université Paris II Panthéon-Assas, 11 décembre 2019, 565 p.

3599En effet, le détenteur qui refuse d'accorder l'accès à ses données exerce pleinement sa liberté contractuelle qui implique la liberté de ne pas contracter.

accords de partage et d'utilisation des données, devront être scrupuleusement pris en compte dans l'appréciation de la proportionnalité. Dans ce contexte, et s'inspirant des éléments du contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel³⁶⁰⁰, le Législateur doit répondre à trois questions pertinentes avant d'imposer un droit d'accès aux données. Premièrement, l'accès aux données est-il réellement un moyen adapté et efficace pour éviter les atteintes à la concurrence identifiées ? Il s'agit ainsi d'évaluer si l'accès aux données résoudrait effectivement le problème de distorsion concurrentielle ou si d'autres facteurs sont prédominants. Deuxièmement, l'accès aux données est-il nécessaire pour prévenir de tels dommages concurrentiels, ou existe-t-il des mesures moins restrictives pour les droits du détenteur qui permettraient d'atteindre le même objectif ? Cette question invite à explorer des alternatives telles que des obligations de non-discrimination, des exigences de portabilité des données, ou des remèdes comportementaux moins intrusifs. Enfin, troisièmement, l'accès aux données est-il approprié au regard du risque de dévaluation des investissements dans la création et la collecte de données³⁶⁰¹ ? En effet, une ouverture forcée des données ne doit pas décourager l'investissement dans des actifs informationnels coûteux à produire, sous peine de nuire à l'innovation à long terme. Il s'agit alors de peser les bénéfices attendus en termes de concurrence face aux coûts et aux désincitations potentielles pour les détenteurs de données.

Dans le cadre de notre étude, nous concentrerons notre analyse exclusivement sur l'accès aux données organisé sous la forme d'une licence obligatoire.

525. L'exemple de la proposition de la directive sur les bases de données du 15 avril 1992 – Comme nous l'avons vu, le droit de la concurrence peut, en théorie, conduire à imposer des licences sur les données qualifiées de « facilités essentielles » dans le cadre d'un abus de position dominante. Cependant, l'application de cette théorie est souvent aléatoire et incertaine. De surcroît, les remèdes basés sur le droit de la concurrence, par leur nature réactive et la longueur des procédures contentieuses, arrivent fréquemment trop tard sur les marchés dynamiques des produits ou services fondés sur des données³⁶⁰². Dans ces

3600GOESEL-LE BIHAN V., *Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel*, Cahier du Conseil constitutionnel JUIN 2007, n° 22

3601En effet, le risque de l'accès aux données est de réduire les opportunités commerciales futures si la collecte de données ne peut plus être utilisée exclusivement par le détenteur des données.

3602V. en ce sens : DREXL, J., HILTY, R., DESAUNETTES-BARBERO, L., et al., *Data Ownership and Access to Data – Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 16 August 2016 on the Current European Debate*, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper n°. 16-10, 16 août 2016, p. 11-13

environnements en évolution rapide, la réactivité est cruciale, et un accès tardif peut anéantir toute chance de concurrence effective.

Aussi, afin de pallier ces lacunes, une solution plus proactive et prévisible pourrait consister à organiser l'accès aux données directement dans le cadre d'un droit *sui generis* sur les données numériques, sous la forme d'une licence obligatoire. Cette idée n'est pas nouvelle et trouve un écho dans les discussions passées relatives à l'adoption du droit *sui generis* des producteurs de bases de données. En effet, dès le début des années 1990³⁶⁰³, lors des discussions politiques sur la nécessité d'une protection *sui generis* des bases de données, des dispositions spécifiques sur les licences obligatoires avaient été envisagées. Fait notable, la proposition initiale de la directive sur les bases de données du 15 avril 1992 incluait explicitement de telles dispositions³⁶⁰⁴. Son article 8 prévoyait une licence obligatoire à des conditions « équitables et non discriminatoires » pour deux catégories de bases de données : celles à source unique accessibles au public, et celles compilées par des organismes du secteur public également accessibles au public. Bien que cette proposition de licence obligatoire ait finalement été abandonnée lors de l'adoption de la directive, elle témoigne d'une reconnaissance précoce de la nécessité d'aménager l'accès aux données « essentielles ».

Par conséquent, si un droit *sui generis* sur les données numériques devait être adopté, il serait impératif d'y intégrer un mécanisme de licence obligatoire afin d'aménager un droit d'accès effectif. De telles dispositions seraient particulièrement utiles dans les cas où aucune possibilité de substitution des données n'est envisageable, notamment en présence de situations de « sources uniques ». Concrètement, cela vise l'hypothèse où l'obtention indépendante des données pertinentes devient impossible ou excessivement coûteuse en raison d'effets de réseau *ex post*, où la valeur et l'exhaustivité des données augmentent avec leur utilisation et leur agrégation, créant un verrouillage concurrentiel.

La licence obligatoire aurait un effet incitatif significatif. L'objectif principal d'un tel régime n'est pas tant d'imposer systématiquement l'accès par voie judiciaire, mais plutôt d'inciter le titulaire du droit *sui generis* à conclure un contrat de licence de manière consensuelle. La menace d'une procédure judiciaire pour obtenir une licence obligatoire, si le détenteur refuse de négocier de bonne foi, pousse ce dernier à proposer des conditions raisonnables. Ce n'est qu'en présence d'un refus injustifié ou de l'incapacité à parvenir à un accord équitable que le preneur de licence potentiel aurait la possibilité d'exiger la conclusion

3603V. GINSBURG J. C., *Creation and Commercial Value : Copyright Protection of Works of Information*, Columbia Law Review, 1990, vol. 90, p. 1865-1938

3604Art. 8.2 de la Proposition de directive du Conseil concernant la protection juridique des bases de données, 92/C 156/03, COM(1992) 24 final – SYN 393, JO C 156 du 23 juin 1992, p. 4-10

d'un contrat de licence d'utilisation des données par voie judiciaire. Ce mécanisme vise à trouver un équilibre entre la protection des investissements du détenteur et la nécessité d'assurer une concurrence saine et l'innovation sur les marchés des données.

526. Les conditions de la licence obligatoire pour un droit *sui generis* sur les données numériques : l'inspiration du droit de la concurrence – L'instauration d'un droit *sui generis* sur les données numériques assorti d'un mécanisme de licence obligatoire requiert une définition précise des conditions de son application. À cet égard, il est pertinent de s'inspirer, en partie, de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de facilités essentielles.

Par exemple, l'affaire *Bronner* peut servir de référence pour définir le caractère indispensable de l'accès aux données. Ainsi, pour qu'une demande de licence obligatoire soit acceptée, il faudrait démontrer que la création de données comparables à celles en cause n'est pas viable dans des conditions économiques raisonnables pour un concurrent de taille et de ressources comparables à celles du détenteur initial des données³⁶⁰⁵. Autrement dit, l'accès doit être la seule voie économiquement sensée pour qu'un concurrent puisse opérer sur le marché pertinent.

En outre, l'accès aux données devra être indispensable pour accéder à un marché en aval par rapport au marché en amont. La décision *IMS Health* de la Cour de justice clarifie que ce marché dit en aval peut être celui où le détenteur de données offre déjà ses propres produits ou services. Dans de tels cas, le marché hypothétique en amont sera celui de la concession de licences de données, et cela, indépendamment du fait que le détenteur des données octroie déjà des licences à des tiers sur ce marché³⁶⁰⁶. La clef est l'existence d'un marché distinct, même potentiel, où la concurrence est entravée par le refus d'accès.

En revanche, les critères additionnels du droit général de la concurrence pour les licences obligatoires, en particulier l'exigence que le refus d'accès empêche l'offre d'un nouveau produit ou service, ne devraient pas s'appliquer systématiquement dans le cadre de la protection *sui generis* des données à source unique. Dans ce contexte spécifique, l'amélioration de la concurrence sur le marché du produit ou du service existant, ou sur un marché en aval, qu'il soit complémentaire ou entièrement nouveau, est suffisante pour justifier l'imposition d'une licence obligatoire. Toutefois, afin d'éviter que cette licence obligatoire ne devienne un « droit à la paresse » ou une incitation à la reproduction parasitaire,

3605CJCE, 26 novembre 1998, aff. 7/97, *Oscar Bronner*, pt. 46–47.

3606CJCE, 29 avril 2004, aff. C-418/01, *IMS Health*, pt 47

il sera impératif que le demandeur à la licence ne se limite pas à reproduire substantiellement les biens ou services déjà proposés par le détenteur des données³⁶⁰⁷. L'accès doit viser à stimuler l'innovation et la concurrence, non à faciliter le parasitisme.

La rémunération due au détenteur des données en contrepartie de la licence devra être fixée dans des conditions équitables et non discriminatoires. Pour faciliter ce processus et résoudre les éventuels désaccords, il conviendra de prévoir un mécanisme d'arbitrage, idéalement encadré par une autorité indépendante et spécialisée. À terme, un recours devant le juge devra être possible afin de trancher définitivement les conditions de ces licences obligatoires en cas d'échec de la conciliation ou de l'arbitrage.

Les licences obligatoires dans le cadre du mécanisme proposé devront également s'étendre aux données non publiées, c'est-à-dire prendre la forme de véritables droits d'accès et de divulgation, lorsque cela est nécessaire pour permettre une concurrence viable. Cette extension soulève naturellement des questions complexes concernant les droits et intérêts de tiers, notamment la protection des secrets des affaires et des données à caractère personnel. En ce qui concerne la protection des données personnelles, il découle aujourd'hui obligatoirement du (RGPD) que des obligations d'information respectives et un droit de veto des personnes physiques concernées doivent être prévus en cas de licence obligatoire en amont lorsqu'une entreprise détient des données relatives à ces personnes physiques. En pratique, l'application rigoureuse de ces exigences du RGPD pourrait constituer un obstacle considérable à l'octroi de licences obligatoires en raison de sa lourdeur administrative et des défis liés à l'obtention du consentement.

Concernant les secrets des affaires, nous estimons que les licences obligatoires ne devraient être accordées que dans des circonstances exceptionnelles et strictement définies. Des conditions supplémentaires seront donc requises. Ainsi, par exemple, l'accès aux données en cause doit être indispensable pour offrir un nouveau produit ou service sur un marché en aval par rapport au marché hypothétique d'octroi de licences, et le refus d'accès doit effectivement exclure la concurrence sur ce marché. Par ailleurs, outre le fait que le bénéficiaire de cette licence ne pourra utiliser les données transmises pour concurrencer le

³⁶⁰⁷Notre raisonnement s'appuie essentiellement sur des précédents juridiques et des orientations réglementaires. Nous avons particulièrement puisé notre inspiration dans l'affaire *Microsoft* (TPICE, gr. ch., 17 septembre 2007, aff. T-201/04, pt 631). De surcroît, notre démarche a été influencée par le projet de communication de la Commission européenne relatif aux lignes directrices sur l'application de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes (v. pt 106). Ce document, bien que provisoire, fournit des indications précieuses sur l'interprétation et l'application des règles de concurrence de l'UE en matière d'abus de position dominante, en soulignant l'importance de garantir une concurrence effective et de prévenir les verrouillages anticoncurrentiels.

détenteur des données sur ses marchés existants, il devra prendre toutes les mesures techniques et juridiques nécessaires pour préserver le secret. Si ces mesures ne peuvent être raisonnablement mises en œuvre et garantir une protection suffisante du secret, le détenteur des données devrait avoir le droit de refuser d’octroyer une licence. Cette approche s’inspire du cadre posé par le *Data Act*, qui cherche à équilibrer l’accès avec la protection du secret des affaires.

527. L’hypothèse de licences croisées – Lorsque le demandeur d’une licence obligatoire est lui-même un producteur de données sur le marché, la question de savoir si l’octroi de la licence doit être conditionné à une réciprocité de l’accès aux données se pose avec acuité. Cette problématique n’est pas nouvelle et trouve des parallèles en matière de propriété intellectuelle, notamment avec les licences réciproques fréquemment rencontrées dans le domaine des brevets³⁶⁰⁸.

Toujours est-il qu’il existera des cas où une condition obligatoire d’octroi de licences croisées ne produira pas nécessairement un résultat efficace, en particulier du point de vue de la concurrence. Cela concerne notamment l’hypothèse d’une jeune pousse innovante entrant sur le marché. Imposer une condition de réciprocité à une telle entreprise pourrait la contraindre à accorder l’accès à ses données à un opérateur dominant qui, de son côté, aurait la capacité d’acquérir des données comparables facilement et de manière indépendante. Une telle asymétrie de marché créerait un déséquilibre préjudiciable à l’innovation et à l’entrée de nouveaux acteurs. Aussi, est-il préférable de ne pas rendre la condition de réciprocité obligatoire *per se*. Il conviendra de laisser à l’arbitre ou au juge le soin de décider si une telle condition doit faire partie des conditions d’octroi de licences raisonnables et non discriminatoires, en fonction des spécificités de chaque cas d’espèce. Cette approche flexible permettra d’éviter les effets anticoncurrentiels dans des situations où la réciprocité serait inéquitable.

3608V. art. 31. 1) ii) de l’Accord sur les ADPIC ; art. 12 de la directive 98/44/CE du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques ; art. L. 613-15 du CPI – Cependant, il semble que la situation spécifique concernant le droit *sui generis* sur les données numériques soit de nature différente. Alors que les brevets confèrent un véritable droit d’exploitation exclusif à la personne du titulaire du brevet, le droit *sui generis* sur les données numériques, tel que nous l’avons circonscrit, ne portera qu’au niveau syntaxique en tant que séquence finie de signes. Autrement, la couche de contenu, c’est-à-dire le niveau sémantique, ne relèvera, pas en principe, du droit *sui generis*. Cependant, il y a un risque de correspondance biunivoque entre la donnée au plan syntaxique et celle au niveau sémantique. Ce faisant, le droit *sui generis* sur les données se rapprocherait de la situation du droit d’exploitation exclusif du breveté.

528. **Portée et limites des licences obligatoires** – Finalement, la licence obligatoire ne se limite pas à la question de l’octroi de l’accès aux données ; elle englobe également le droit de les exploiter. Il est cependant crucial de ne pas occulter le fait qu’une licence obligatoire porte intrinsèquement atteinte à la liberté contractuelle de l’entreprise détentrice des données, voire au droit de propriété dans le cadre de l’instauration d’un droit *sui generis* sur les données numériques. De plus, une telle licence peut entraîner des distorsions dans l’allocation efficace des données, en déconnectant l’investissement de la pleine maîtrise de son rendement. Par conséquent, même une obligation d’octroi de licences à des conditions justes, raisonnables et non discriminatoires (FRAND) doit être envisagée avec la plus grande circonspection. La licence obligatoire ne doit être appliquée que lorsque le processus concurrentiel est réellement en jeu et qu’aucune autre mesure moins intrusive ne suffit à restaurer la contestabilité du marché. Les conditions FRAND doivent être adaptées aux situations propres à chaque entreprise et dépendre, par exemple, de l’étendue des données auxquelles elles souhaitent avoir accès ou du type de produits dans lesquels elles ont l’intention de les implémenter³⁶⁰⁹. Cela implique une analyse contextuelle approfondie pour garantir l’équité.

Par ailleurs, il sera nécessaire de prévoir une restriction préventive spéciale de l’accès pour les entreprises en position dominante sur le marché. Plutôt qu’un droit d’accès automatique, une telle exclusion préventive, assortie d’une option d’autorisation, conduirait à une analyse au cas par cas de l’octroi de l’accès aux données pour ces entreprises. Cette approche permettra de garantir un meilleur équilibre des intérêts, à savoir d’une part, le droit de l’entreprise d’exercer librement ses activités et d’entrer sur le marché, d’autre part, l’intérêt général de la sauvegarde de la concurrence, en prenant en compte les particularités sectorielles et les gains potentiels de productivité liés à l’accès aux données. En ce qui concerne ces derniers, la charge de la preuve incombera à l’entreprise qui demande l’accès aux données, afin de justifier que l’accès est nécessaire pour générer des gains de productivité ou de concurrence significatifs.

3609TPICE, gr. ch., 17 septembre 2007, aff. T-201/04, *Microsoft*, pt 14, et 811

B. L'encadrement de l'accès aux données en l'absence de droit *sui generis* sur les données

529. D'aucuns pourraient soutenir que l'instauration d'un droit *sui generis* sur les données numériques pourrait, paradoxalement, se révéler être un facteur d'« ouverture » des données. L'argument sous-jacent est que la reconnaissance d'une propriété claire sur les données inciterait les détenteurs à les partager et à les monétiser plus volontiers, favorisant, par là même, leur circulation. Cette sécurisation juridique encouragerait l'investissement dans la production des données et, par conséquent, leur valorisation par le biais de licences ou d'autres formes de partage. Cependant, cet argument est confronté aux réalités de la pratique actuelle. Malgré une réservation de fait des données par le biais de mesures contractuelles et techniques, les détenteurs ne sont pas incités à octroyer un accès généralisé ou même sélectif à leurs données. Au contraire, la rétention des données est souvent perçue comme un avantage concurrentiel clef, encourageant les stratégies de « *data hoarding* », c'est-à-dire de thésaurisation de données.

Par ailleurs, l'adoption d'un droit *sui generis* sur les données conduirait, comme nous l'avons précédemment analysé, à des questions complexes de mise en place de systèmes *ad hoc* visant à garantir l'accès aux données. Il s'agirait notamment de mécanismes d'accès forcé, tels que les licences obligatoires, dont la complexité de définition des conditions et de mise en œuvre judiciaire serait considérable. Ces systèmes seraient nécessaires précisément pour préserver une saine concurrence face à la concentration des données, ce qui tend à contredire l'idée que le droit *sui generis* favoriserait naturellement l'ouverture.

Aussi, nous estimons qu'un tel droit *sui generis*, loin de renforcer les incitations au partage de données, pourrait, bien au contraire, servir à réduire leur accès aux tiers. En conférant une protection juridique exclusive et potentiellement étendue, il risquerait de renforcer les monopoles de données et de décourager le partage volontaire, rendant les marchés encore moins contestables et obligeant à des interventions réglementaires plus lourdes. De plus, l'absence d'un droit exclusif sur les données n'empêche nullement un accès contrôlé aux données tout en préservant la réservation de certaines de leurs utilités économiques. Le droit actuel offre déjà un arsenal juridique permettant aux détenteurs de maîtriser l'accès et l'exploitation de leurs données sans pour autant disposer d'un droit de propriété généralisé sur la donnée brute elle-même. Pour ce faire, il existe plusieurs moyens que nous devons, à présent, présenter.

530. **Les technologies améliorant la confidentialité : un levier pour la maîtrise des données et la confiance** – Les technologies améliorant la confidentialité ou *Privacy-Enhancing Technologies* (PETs) représentent un ensemble de solutions techniques conçues pour prévenir et atténuer les risques d’atteinte à la confidentialité des données, tout en offrant des mécanismes robustes de contrôle de leur utilisation. Ces moyens technologiques jouent un rôle crucial en cherchant à établir un équilibre délicat entre les intérêts divergents des parties prenantes, notamment en facilitant un accès aux données nécessaire à l’innovation et à la recherche, tout en garantissant une protection accrue des droits individuels et des intérêts des détenteurs. Elles se positionnent ainsi comme des moyens prometteurs pour exercer un contrôle efficace sur les données et préserver leur valeur.

Ces solutions techniques peuvent être principalement réparties en deux catégories principales. D’un côté, nous trouvons les technologies de contrôle d’accès syntaxique. Celles-ci régulent l’accès aux données au niveau de leur structure. Elles déterminent qui peut accéder à quelles parties spécifiques d’une base de données, à quel moment et sous quelle forme. Il s’agit par exemple de systèmes de gestion des droits d’accès basés sur des rôles, de filtrage des requêtes, ou de règles de pseudonymisation et d’anonymisation appliquées au niveau de la structure des données. De l’autre côté, se trouvent les technologies de protection de la confidentialité et de contrôle de l’accès à l’information³⁶¹⁰. Ces technologies visent à protéger le contenu même de l’information ou les inférences qu’il est possible d’en tirer, même si l’accès syntaxique est accordé. Elles permettent de traiter ou d’analyser des données sans révéler les informations sensibles sous-jacentes, assurant ainsi la confidentialité tout en permettant la valorisation de l’information.

Parmi les technologies améliorant la confidentialité, trois mécanismes principaux peuvent être considérés dans le contexte de notre étude³⁶¹¹ : l’accès aux données peut se faire par le biais des téléchargements *ad hoc*, ou via des interfaces de programmation d’applications ou encore par le biais des bacs à sable appelés également *data sandboxes*. Ces mécanismes sont généralement mis en œuvre dans des situations basées sur l’informatique en nuage, qui donnent aux détenteurs de données un niveau de contrôle supplémentaire, dans la mesure où les données restent au sein de la même plateforme de services en nuage. Cela simplifie la gestion des accès, la surveillance des usages et la mise en œuvre des politiques de

³⁶¹⁰Ces moyens technologiques sont regroupés sous le nom de « *confidentiality-enhancing technologies* ».

³⁶¹¹OCDE, *Enhancing Access to and Sharing of Data : Reconciling Risks and Benefits for Data Re-Use across Societies*, 26 novembre 2019, spéc. p. 32–34.

sécurité et de confidentialité, réduisant ainsi les risques liés au déplacement ou à la répllication des données.

531. Le téléchargement *ad hoc* comme moyen d'accès aux données – L'accès aux données par téléchargement *ad hoc* implique que les informations sont stockées, idéalement dans un format couramment utilisé et lisible par machine, puis rendues disponibles en ligne pour être, ensuite, téléchargées par les utilisateurs autorisés. Ce mode de mise à disposition présente une simplicité apparente et une accessibilité directe pour l'utilisateur.

Cependant, la fourniture de données par le biais de téléchargements *ad hoc* s'accompagne généralement de risques importants en matière de sécurité et de protection de la confidentialité. Le principal inconvénient réside dans le fait que les détenteurs de données perdent la « possession » des données une fois que celles-ci sont téléchargées. En effet, dès que le téléchargement est effectué, les données sortent du système informatique du détenteur et échappent à son contrôle direct. Cette perte de contrôle expose les données à des usages non autorisés, des fuites ou des violations de confidentialité chez le bénéficiaire.

Afin de tenter de contrebalancer ce risque, les détenteurs de données peuvent s'appuyer sur des conditions générales d'utilisation ou des licences qui accompagnent le téléchargement. Cela peut permettre restreindre les utilisations possibles des données. Néanmoins, en cas de non-respect de ces conditions d'utilisation, la seule voie de recours pour le détenteur est l'engagement de la responsabilité civile contractuelle de l'utilisateur. Une telle action est *a posteriori*, souvent coûteuse, complexe à prouver, et ne permet pas d'empêcher le préjudice une fois qu'il est survenu.

En outre, à côté de ce risque, l'accès aux données par téléchargement *ad hoc* soulève d'autres questions cruciales, notamment celle de l'interopérabilité, qui revêt un intérêt majeur pour la réutilisation efficace des données. L'interopérabilité n'est pas garantie, même lorsque des formats lisibles par machine couramment employés, comme CSV, JSON, XML, sont utilisés³⁶¹².

532. Les interfaces de programmation d'applications – Les interfaces de programmation d'applications (APIs) représentent un mécanisme essentiel permettant aux fournisseurs de

³⁶¹²OCDE, *Enhancing Access to and Sharing of Data : Reconciling Risks and Benefits for Data Re-Use across Societies*, 26 novembre 2019, spéc. p. 32 : qui estime que « *even when commonly used machine-readable formats are employed, interoperability is not guaranteed. These formats may enable data syntactic portability, i.e. the transfer of "data from a source system to a target system using data formats that can be decoded on the target system". But they do not guarantee data semantic interoperability, "defined as transferring data to a target such that the meaning of the data model is understood within the context of a subject area by the target"* »

services de rendre leurs ressources numériques, telles que les données et les logiciels, accessibles et utilisables sur l'Internet. Elles agissent comme des passerelles standardisées, facilitant considérablement l'interopérabilité entre différents acteurs, leurs technologies et leurs services. L'un de leurs principaux avantages, notamment par rapport à une approche de téléchargement de données *ad hoc*, est qu'elles permettent à une application logicielle d'utiliser directement et en temps réel les données dont elle a besoin, sans nécessiter de transferts massifs et potentiellement risqués. Les interfaces de programmation d'applications offrent aux détenteurs de données des possibilités étendues pour mettre en œuvre diverses restrictions et contrôles, assurant ainsi une gestion plus fine de l'utilisation de leurs données. Ces contrôles peuvent inclure des moyens d'assurer la portabilité syntaxique et sémantique des données. Ce faisant, les interfaces de programmation d'applications peuvent être conçues pour exporter les données dans des formats structurés et avec des définitions claires des champs, facilitant leur compréhension et leur intégration par les applications tierces. Cela permet d'assurer une meilleure qualité de la réutilisation des données. De plus, les détenteurs peuvent exiger une authentification et une autorisation des utilisateurs des interfaces de programmation d'applications, permettant de savoir qui accède aux données et à quelles fins. Cela facilite la traçabilité et la mise en œuvre de politiques d'accès basées sur les rôles ou les agréments. En outre, les interfaces de programmation d'applications permettent de limiter la quantité de données accessibles par requête, la fréquence, et les types d'informations qui peuvent être extraites. Le détenteur peut ainsi définir précisément le périmètre d'accès. Enfin, grâce à des fonctionnalités spécifiques, ces interfaces de programmation d'applications peuvent aider à déterminer si les informations dérivées des données brutes risquent de révéler des informations sensibles ou personnelles. Cela permet au détenteur d'ajuster les règles d'accès ou d'imposer des traitements, comme l'anonymisation ou la pseudonymisation, avant la divulgation des résultats d'analyse.

Les interfaces de programmation d'applications offrent donc un contrôle modéré, bien que suffisant dans de nombreux cas, sur les données. Un exemple emblématique de l'utilisation réussie des interfaces de programmation d'applications pour le partage de données est celui de *Transport for London* (TfL)³⁶¹³. Cet organisme, responsable du système de transport public dans le Grand Londres, a mis en place une interface de programmation d'applications unifiée qui sert de passerelle commune. Cette interface permet aux développeurs tiers d'accéder en temps réel à une multitude de données de TfL, telles que les horaires des bus et métros, les perturbations, l'état du trafic, et la localisation des stations.

3613 Cet exemple est cité dans le rapport de l'OCDE (OCDE, *op. cit.*, spéc. p. 32)

Cette initiative a permis à des développeurs de créer des applications innovantes qui améliorent l'expérience des usagers (planificateurs de trajets, applications de mobilité, etc.). Grâce aux interfaces de programmation d'applications, TfL conserve le contrôle sur la source des données, leur format et les conditions d'accès, tout en bénéficiant de l'innovation externe et de la création de services à valeur ajoutée par la communauté des développeurs.

533. *Data sandboxes* ou bacs à sable pour l'accès sécurisé et la réutilisation de données sensibles – Le concept de « *Data Sandbox* », ou bac à sable de données, désigne un environnement informatique isolé, temporaire, contrôlé et hautement sécurisé dans lequel différents acteurs, qu'il s'agisse de chercheurs, d'analystes ou de développeurs tiers, peuvent accéder, traiter, réutiliser et analyser divers types de données³⁶¹⁴. L'objectif principal de ces « sandboxes » est de permettre la valorisation des données tout en garantissant un niveau de sécurité et de confidentialité maximal, en particulier pour les informations sensibles ou exclusives.

Ces environnements peuvent être mis en œuvre par diverses mesures techniques et organisationnelles. Par exemple, les données sont stockées et traitées au sein de machines virtuelles qui sont délibérément déconnectées des réseaux externes, y compris internet. Cette isolation logique empêche toute exfiltration directe des données. Dans certains cas où la sensibilité des données est extrême, l'accès peut être restreint à une consultation physique des données dans des locaux sécurisés du détenteur. Cela implique une supervision directe et un contrôle strict des activités menées sur les données.

Une caractéristique fondamentale des *Data Sandboxes* est que le code de traitement des données doit être exécuté au même endroit où les données sont stockées. Cela signifie que les utilisateurs n'accèdent pas directement aux données pour les exporter vers leurs propres systèmes, ils soumettent plutôt leurs algorithmes et leurs requêtes à l'environnement sécurisé, et seuls les résultats agrégés, anonymisés ou non sensibles sont exportés.

Par rapport aux autres mécanismes d'accès aux données, à savoir les téléchargements *ad hoc* et les interfaces de programmation d'applications, les *Data Sandboxes* offrent le niveau de contrôle le plus élevé pour le détenteur des données. Ce contrôle est multidimensionnel, car il englobe l'accès aux données, leurs utilisations autorisées, la prévention de leur exfiltration, et la garantie de leur intégrité. En effet, seuls les utilisateurs autorisés, après un processus strict d'authentification et d'habilitation, peuvent accéder à

3614 KALKAR U., SAXENA S. et VERHULST S., *A Primer by the Open Data Policy Lab Data Sandboxes : Managing the Open Data Spectrum*, p. 6, disponible [en ligne] : <https://incubator.opendatapolicylab.org/files/DataSandboxesPrimer.pdf> (consulté le 01/09/2024)

l'environnement. De même, le détenteur peut définir précisément les types d'opérations permises telles que l'analyse statistique, la modélisation. L'isolation physique ou logique empêche la sortie non autorisée des données brutes. Seuls des résultats agrégés ou des informations non identifiables peuvent être exportés, sous le contrôle du détenteur. En effet, les données restent dans l'environnement du détenteur, ce qui garantit leur intégrité et leur mise à jour.

Cette technique est donc particulièrement prometteuse pour permettre l'accès à des données très sensibles et exclusives, pour lesquelles un téléchargement direct ou un accès via une interface de programmation d'applications présenterait des risques inacceptables. Elle facilite la collaboration sur des données critiques, y compris au-delà des frontières, en offrant un cadre de confiance où la souveraineté des données est respectée tout en permettant leur valorisation analytique. Les *Data Sandboxes* constituent ainsi une voie d'avenir pour débloquent le potentiel des données sensibles sans compromettre leur sécurité et la confidentialité.

534. Les technologies améliorant la confidentialité, un reflet du droit de rétention – Finalement, en assurant à la fois l'accès aux données et la maîtrise de leur utilisation tout en protégeant les droits fondamentaux, les technologies améliorant la confidentialité constituent des outils prometteurs pour construire un écosystème de données plus sûr et plus confiant. Cependant, malgré leur sophistication et leur utilité indéniable, ces mesures techniques de contrôle et de protection des données rappellent le droit de rétention. Ces technologies techniques, en permettant au détenteur de refuser l'accès aux données ou de conditionner leur exploitation à des termes stricts, confèrent une forme de pouvoir de rétention sur les données. Elles soulignent ainsi les tendances régressives de notre Droit qu'avait relevées le Professeur OPPETIT³⁶¹⁵.

535. La cryptographie – À côté de ces mesures techniques, la cryptographie émerge comme une discipline fondamentale. Elle peut être définie comme l'ensemble des principes, des mécanismes et des protocoles visant à transformer des données pour en dissimuler le contenu informationnel, en établir l'authenticité, en prévenir la modification non détectée et en restreindre l'utilisation non autorisée³⁶¹⁶. Cette pratique est devenue une pierre angulaire

³⁶¹⁵ OPPETIT B., *Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain*, in Mélanges dédiés à Dominique Holleaux, Litec, Paris, 1990, p. 317-330 ; v. ég. BRUGUIÈRE J.-M., *Droit des propriétés intellectuelles*, Ellipses, Paris, 2011, 2^e éd. p.18, n° 20

³⁶¹⁶ OCDE, *Recommendation of the Council concerning Guidelines for Cryptography Policy*, 27 mars 1997, OECD/LEGAL/0289

des stratégies de cybersécurité des entreprises, en particulier pour la sauvegarde de la confidentialité de leurs données sensibles tels que les données financières, les informations stratégiques ou les données à caractère personnel. La cryptographie s'étend aux données qu'elles soient stockées ou en ligne³⁶¹⁷.

L'évolution rapide des technologies de l'information a stimulé le développement d'applications cryptographiques novatrices facilitant l'accès et le partage sécurisé des données. Parmi ces avancées, le chiffrement homomorphe représente une percée significative. Il s'agit d'une « *forme particulière de chiffrement dont la structure permet d'effectuer des opérations mathématiques directement sur les données chiffrées ou le « texte chiffré», sans qu'il soit nécessaire de procéder à un déchiffrement préalable* »³⁶¹⁸. Le chiffrement homomorphe offre des perspectives inédites en matière de préservation de la confidentialité. Ainsi, par exemple, un utilisateur peut chiffrer des données sensibles, les transférer vers un environnement en nuage pour un traitement externalisé, puis récupérer les résultats des calculs. Ces résultats peuvent être transmis à l'utilisateur initial ou à des tiers autorisés, tout en garantissant que les données initiales et les opérations effectuées restent confidentielles. Cette capacité à traiter des données chiffrées sans les exposer au fournisseur de services en nuages ou à d'autres entités représente un atout majeur pour la protection de la vie privée des individus et la sécurité des informations sensibles dans des environnements distribués.

536. L'apport de la *blockchain* ou de la chaîne de blocs dans le contrôle d'accès et la gestion des données – Enfin, parmi les technologies émergentes offrant des perspectives significatives pour le contrôle d'accès aux données, la *blockchain* se distingue. Cette technologie, initialement conceptualisée comme un registre décentralisé pour les transactions financières, est désormais reconnue comme une solution robuste pour la gestion sécurisée et la préservation de la confidentialité des données. La blockchain peut être définie comme « *une base de données, distribuée en pair-à-pair, intégrant un système de consensus et de validation* »³⁶¹⁹. Cette architecture fondamentale la positionne comme une alternative décentralisée aux systèmes centralisés traditionnels, où la dépendance à un opérateur unique peut introduire des vulnérabilités.

Dans un environnement *blockchain*, le stockage et la gestion des données reposent sur un réseau distribué de nœuds ou pairs, qui collaborent pour maintenir et sécuriser la base de

3617V. en ce sens : OCDE, *Digital Economy Outlook 2017*, 11 octobre 2017, p. 270–273.

3618WEINKAUF D., *Calculer les yeux bandés – lever le voile sur le chiffrement homomorphe*, 23 octobre 2023, Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, disponible [en ligne] : <https://www.priv.gc.ca/fr/blogue/20231024/> (consulté le 01/09/2024)

3619GOSSA J., *Les blockchains et smart contracts pour les juristes*, Dalloz IP/IT, 4 juillet 2018, p. 393 et s.

données. Ce modèle élimine le besoin d'une autorité centrale, renforçant ainsi la résilience et la sécurité du système. À titre d'illustration, des initiatives telles que la *Fondation Tide* exploitent la *blockchain* pour permettre aux utilisateurs de stocker leurs données tout en leur offrant la capacité d'en restreindre l'accès, par exemple en conditionnant leur consultation à une contrepartie financière³⁶²⁰.

La caractéristique la plus fondamentale et la plus avantageuse de la *blockchain* réside dans son principe d'immutabilité, d'inaltérabilité et d'infalsifiabilité. Une fois que les données sont enregistrées et validées au sein d'un bloc de la chaîne, elles ne peuvent être ni supprimées ni modifiées unilatéralement par une seule entité. Chaque nouveau bloc intègre une empreinte cryptographique du bloc précédent, créant ainsi une chaîne de blocs interdépendants qui rend toute altération subséquente pratiquement impossible sans affecter l'intégrité de l'ensemble du registre. Cette propriété confère à la *blockchain* une sécurité contre les altérations et les falsifications, garantissant l'intégrité des données qui y sont inscrites. Cette infalsifiabilité renforce considérablement la confiance des parties prenantes, en particulier en ce qui concerne l'unicité et l'exclusivité de l'accès aux données commercialisées, ou la quantification précise du nombre d'accès octroyés. De surcroît, la *blockchain* permet d'implémenter des contraintes rigoureuses sur la réutilisation des données consultées, telles que l'interdiction formelle de leur duplication. Ces mécanismes renforcent, par là même, le contrôle exercé par le détenteur des données sur leur diffusion et leur utilisation, ouvrant la voie à des modèles de gestion de données plus précis et sécurisés.

L'intégration de la *blockchain* avec les contrats auto-exécutants, ou *smart contracts*³⁶²¹, représente une avancée majeure dans la gestion des autorisations d'accès aux données. Les *smart contracts* sont des programmes informatiques stockés et exécutés sur la *blockchain*, dont les termes de l'accord sont inscrits dans le code lui-même. Ils s'exécutent automatiquement lorsque des conditions prédéfinies sont remplies, sans nécessiter d'intermédiaire. Cette synergie facilite considérablement la gestion des autorisations de contrôle d'accès, y compris l'octroi de « licences » d'accès aux données et de droits d'utilisation³⁶²². Par exemple, un *smart contract* pourrait être programmé pour accorder un

3620OCDE, *Antitrust and the trust machine*, 4 novembre 2020, p. 15

3621Le *smart contracts* se définit « comme un contrat programmé qui s'exécute automatiquement conformément au code informatique inscrit dans le marbre » (CAPRIOLI É. A. et al., *Blockchain et smart contracts : enjeux technologiques, juridiques et business*, Cah. dr. ent., mars 2017, n° 2, p. 9-18). Les *smart contracts* sont des programmes décentralisés auto-exécutables basés sur la *blockchain* qui peuvent lancer des transactions traçables et irréversibles sur la base de conditions prédéfinies. – V. ég. LEVENEUR C., *Les smart contracts : étude de droit des contrats à l'aune de la blockchain*, thèse de doctorat en droit, Université Paris Sorbonne-Assas, 2022, p. 668

3622V. en ce sens : AMARAL A. *Blockchain and smart contracts : regulatory challenges and regulatory approaches*, in *Case Studies on the Regulatory Challenges Raised by Innovation and the Regulatory*

accès à un ensemble de données pendant une durée spécifique et révoquer cet accès automatiquement une fois la période écoulée, ou après un certain nombre de consultations. Cette automatisation et cette transparence, intrinsèques aux *smart contracts*, minimisent les risques de litiges et optimisent l'efficacité des processus de gestion des droits, renforçant ainsi le contrôle du détenteur sur ses données de manière programmable et vérifiable.

Responses, OCDE, 14 décembre 2021, p. 63 et s.

Conclusion du chapitre 2

537. Dans le chapitre précédent, nous avons relevé que la réservation privative des données numériques est susceptible d'engendrer un risque substantiel de « monopolisation » des données. Une telle concentration de pouvoir informationnel peut perturber le fonctionnement optimal des marchés, en limitant la concurrence et l'innovation. Aussi, il devient impératif de concilier les intérêts privés du détenteur des données avec ceux des tiers désireux d'y accéder. Cette conciliation, au cœur de notre démarche, se matérialise par l'instauration d'un droit d'accès aux données, dont la portée doit être rigoureusement circonscrite afin de préserver au mieux les intérêts légitimes du détenteur.

Notre étude nous a permis de constater les difficultés inhérentes à l'application du droit de la concurrence pour réguler l'accès des tiers aux données. Qu'il s'agisse du contrôle des concentrations des entreprises ou de l'application de la théorie des facilités essentielles, les instruments juridiques existants se sont avérés insuffisants pour appréhender pleinement la complexité de cette problématique. Aussi, en réponse à ces lacunes, le Législateur est-il intervenu pour instaurer des droits d'accès spécifiques. Le *Data Act* en constitue un exemple emblématique. Celui-ci opère une conciliation délicate entre les intérêts des détenteurs de données d'utilisation, des utilisateurs et des tiers. Il garantit un accès aux données tout en intégrant des dispositions protectrices pour le détenteur. Ainsi, par exemple, il est expressément prévu que ni l'utilisateur ni le tiers ne doivent exploiter les données fournies par le détenteur pour développer un produit connecté qui concurrencerait directement celui de ce dernier. Cette réglementation tend à promouvoir l'innovation par la réutilisation des données, sans pour autant « sacrifier » le détenteur « *sur l'autel du partage* »³⁶²³.

L'instauration d'un droit *sui generis* sur les données numériques renouvelle la réflexion sur la conciliation entre la réservation privative et le droit d'accès aux données. Nous estimons que cette conciliation pourrait être atteinte par la mise en œuvre d'un régime de licence obligatoire, s'inspirant du modèle éprouvé en droit des brevets. Ce mécanisme permettrait d'octroyer un accès aux données sous certaines conditions et cela, même en l'absence de consentement initial du détenteur, afin de servir un intérêt public ou de corriger

3623 SIIRIAINEN F., *Propriété intellectuelle et concurrence ; Problématique de la convergence*, in La propriété intellectuelle entre autres droits (sous-dir. J.-M. Bruguière), Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 39

des défaillances de marché. Néanmoins, cette solution n'est pas exempte d'imperfections. À l'instar des licences FRAND en droit des brevets, l'instauration de licences obligatoires sur les données pourrait générer des contentieux, en particulier sur la détermination de l'épineuse question du montant des redevances à exiger. La difficulté de cette évaluation réside dans la valeur des données, leur granularité et leur potentiel de réutilisation.

Les tenants de l'instauration d'un droit exclusif d'exploitation sur les données avancent l'argument selon lequel un tel droit favoriserait paradoxalement la circulation et l'accès aux données. L'hypothèse sous-jacente est que les détenteurs seraient davantage enclins à accorder l'accès à leurs données si ces dernières faisaient l'objet d'une réservation privative formellement reconnue et protégée. L'octroi d'un droit exclusif conférerait une sécurité juridique et économique incitant à la monétisation et, par conséquent, à la diffusion des données. Cependant, une telle affirmation doit être nuancée. Nous avons en effet observé que les détenteurs disposent déjà, à l'heure actuelle, de moyens techniques sophistiqués permettant d'organiser un accès contrôlé pour les tiers à leurs données, tout en assurant leur réservation. Des technologies telles que la *blockchain*, le chiffrement homomorphe, ou les interfaces de programmation d'applications offrent des solutions robustes pour garantir la confidentialité et le contrôle des données même lorsqu'elles sont partagées. Ces outils techniques, combinés à des cadres contractuels appropriés, permettent aux détenteurs de structurer des accords d'accès qui protègent leurs intérêts et cela, même en l'absence d'un droit *sui generis*. La question n'est donc pas tant l'existence d'un droit exclusif, mais plutôt la mise en place de mécanismes juridiques et techniques qui équilibrent la protection des détenteurs et l'impératif de l'accès pour l'innovation et la concurrence.

CONCLUSION DU TITRE II

538. La problématique contemporaine de la réservation privative des données numériques se trouve désormais confrontée à l'impératif de leur accessibilité. Initialement circonscrite au domaine du partage de données entre administrations et entreprises, cette idéologie, qui promeut la réutilisation des données pour stimuler l'innovation, a progressivement transcendé le cadre traditionnel du secteur public. L'évolution du droit d'accès aux données a permis de dépasser cette sphère originelle. En effet, dans une démarche de conciliation entre les exigences d'autonomie individuelle et les impératifs de développement économique, des droits d'accès sectoriels ont été reconnus dans le secteur privé. Cette reconnaissance vise spécifiquement à dynamiser la concurrence et à encourager l'innovation en favorisant une meilleure circulation des données. Finalement, ces droits d'accès aux données agissent comme un rempart essentiel contre la « monopolisation » des données, un phénomène susceptible de porter préjudice aux consommateurs, d'entraver la concurrence et de freiner l'innovation.

Au cœur de notre étude, nous nous sommes attachés à comprendre comment concilier les intérêts privés découlant d'un potentiel droit exclusif d'exploitation sur les données numériques avec les enjeux collectifs liés à leur accès. Compte tenu des évolutions récentes en matière de droit d'accès, cette interrogation s'avère plus pertinente que jamais. Le *Data Act* illustre cette tendance en privilégiant explicitement l'accès aux données. Ce texte marque une évolution significative dans la régulation des données, attestant de l'importance croissante accordée à cette question au niveau européen et de la volonté de la Commission de créer un marché unique des données.

L'instauration d'un droit *sui generis* sur les données numériques qui ne serait pas assorti de mécanismes garantissant un accès suffisant aux données serait en contradiction manifeste avec les objectifs de la politique européenne, lesquels visent à favoriser la circulation et l'utilisation des données. Notre analyse révèle qu'en l'absence de droits d'accès, un tel droit exclusif pourrait entraîner une fragmentation du marché des données et une concentration excessive des pouvoirs entre un nombre restreint d'opérateurs. Ces conséquences seraient néfastes pour l'innovation et la concurrence, créant des barrières à l'entrée pour les nouveaux acteurs et limitant le potentiel de création de valeur à partir des

données. L'éventualité de ce risque ne saurait être ignorée dans le débat actuel sur la reconnaissance d'un droit *sui generis* sur les données numériques. Bien que les contrats puissent offrir une certaine flexibilité pour encadrer l'accès aux données, ils ne peuvent à eux seuls résoudre toutes les problématiques, notamment en cas de déséquilibre de pouvoir entre les parties. C'est pourquoi le Législateur européen a jugé nécessaire d'encadrer les contrats entre entreprises portant sur l'accès et l'utilisation des données par le *Data Act*, reconnaissant ainsi les limites de l'autonomie contractuelle dans ce domaine.

Afin de prévenir les risques de monopolisation et de fragmentation du marché, il apparaît indispensable de coupler tout éventuel droit *sui generis* sur les données avec des mécanismes d'accès aux données structurées et efficaces. Face à la complexité des enjeux techniques, économiques et juridiques, nous nous sommes efforcés d'apporter des éléments de réponse aussi précis que possible. Pour concilier un tel droit *sui generis* avec les impératifs d'accès des tiers, l'instauration d'un mécanisme de licences obligatoires pourrait être envisagée. Ce mécanisme, bien qu'inspiré des licences FRAND en droit des brevets, soulève néanmoins des questions complexes. Celles-ci concernent notamment la détermination des conditions d'accès équitables, la fixation d'une rémunération juste et raisonnable pour les détenteurs de données, et les modalités de contrôle de l'application de ces licences. La mise en œuvre de ces mécanismes exige une réflexion approfondie pour garantir un équilibre optimal entre incitation à l'investissement dans les données et promotion d'un écosystème d'innovation ouvert et compétitif.

CONCLUSION GÉNÉRALE

539. L'émergence du débat concernant l'instauration d'un droit *sui generis* sur les données non personnelles s'inscrit au cœur des réflexions prospectives engendrées par le développement exponentiel de l'industrie 4.0 et de l'internet des objets³⁶²⁴. Dans la société contemporaine, profondément marquée par l'économie de l'information, les données sont désormais unanimement reconnues comme une ressource stratégique, souvent qualifiée d'« or noir du XXI^e siècle », attisant de ce fait d'intenses convoitises et enjeux économiques.

Toutefois, l'appréhension juridique de la notion de donnée elle-même soulève des questions fondamentales. Cette notion, intrinsèquement nébuleuse, entretient des liens conceptuels étroits avec les notions d'information, de connaissance et de savoir. Dès lors, une interrogation s'impose. Que recouvre concrètement la notion de donnée ? La tendance à considérer la donnée comme une entité monolithique masque sa nature fondamentalement hétérogène. Sa valeur ne peut être appréhendée qu'au regard du contexte spécifique de son utilisation.

En conséquence, l'emploi du pluriel est impératif pour rendre compte de la multitude de catégories de données. Parmi celles-ci, nous distinguons classiquement les données à caractère personnel, qui se rapportent à une personne physique identifiée ou identifiable, et les données à caractère non personnel, dont la définition est souvent établie par une exclusion négative par rapport aux premières. À cette catégorisation s'ajoute la polysémie inhérente à la notion de donnée. Aussi, afin de conférer à la donnée le statut d'objet juridique, il est impératif d'adopter une approche sémiotique³⁶²⁵. Sur le plan sémantique, la donnée renvoie à son contenu informationnel et cognitif, à la signification qu'elle véhicule. En revanche, au niveau syntaxique, la donnée se définit par un ensemble de signes, une séquence binaire,

3624Commission européenne, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Stratégie pour un marché unique numérique en Europe*, {SWD(2015) 100 final}, Bruxelles, 6 mai 2015, COM(2015) 192 final ; *id.*, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Créer une économie européenne fondée sur les données*, {SWD(2017) 2 final}, Bruxelles, 10 janvier 2017, COM(2017) 9 final – En Allemagne, avait été envisagée, en 2016, par le Ministre fédéral des Transports et des Réseaux numériques de l'époque, l'instauration d'une loi sur la propriété des données pour le secteur de l'industrie automobile (Süddeutsche Zeitung, *Dobrindt will Zugriff auf Daten erleichtern*, 17 novembre 2016, [en ligne] : <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/digitale-infrastruktur-dobrindt-will-zugriff-auf-daten-erleichtern-1.3252303> (consulté le 20/09/2024))

3625BRANDT A., *Qu'est-ce que la sémiotique ? Une introduction à l'usage des non-initiés courageux*, Actes sémiotiques, 2018, n° 121, disponible [en ligne] : <https://www.unilim.fr/actes-semiotiques/5961> (consulté le 01/11/2023) ; MORRIS C., *Fondements de la théorie des signes*, Langages, 1974, n° 35, p. 15-21

succession de zéros et de uns, dénuée de signification intrinsèque en l'absence d'un système d'interprétation.

Le débat entourant l'instauration d'un droit sur les données non personnelles dissimule, en réalité, la question cruciale de la réservation des utilités des données numériques. L'analyse de cette problématique a nécessité une démarche méthodologique en deux temps. Il a été primordial de vérifier si le cadre juridique existant offrait déjà des mécanismes permettant la réservation des utilités des données numériques. Par la suite, l'étude s'est attachée à examiner la pertinence d'instaurer, *de lege ferenda*, un droit spécifique sur ces données. Telle a été notre approche pour aborder cette problématique complexe.

540. **La difficile appréhension des données numériques par la propriété intellectuelle –**

Considérant la nature intrinsèquement immatérielle des données numériques, il semble logique que leurs détenteurs se tournent vers les droits de propriété intellectuelle. En effet, Il s'agit de régimes d'appropriation particulier, spécifiquement conçus pour appréhender des biens intellectuels, dont l'immatérialité est une caractéristique fondamentale. Dès lors, il s'est avéré impératif de se pencher sur la question de savoir si une forme de réservation des utilités des données numériques pouvait être envisagée au sein du cadre conceptuel et normatif de la propriété intellectuelle. L'analyse révèle une réponse empreinte de nuances.

Il convient de souligner que le droit de la propriété intellectuelle ne constitue pas un système unifié ; il se compose d'une pluralité de régimes d'appropriation, chacun soumis à des conditions d'application rigoureuses et distinctes. Néanmoins, au terme de notre examen, une convergence significative émerge : les droits de propriété intellectuelle, dans leur ensemble, ne permettent pas une réservation des données sémantiques. Il serait erroné d'y déceler un quelconque paradoxe. Cette non-appropriation des données sémantiques s'explique par la vocation première des droits de propriété intellectuelle, qui ne portent pas sur l'information en tant que telle, son contenu cognitif. À titre d'illustration, le droit d'auteur a pour objet la protection de la forme d'une œuvre, et non son fond, son contenu intellectuel. De manière analogue, le droit des brevets exclut expressément la brevetabilité du contenu cognitif en l'absence de caractère technique, critère fondamental pour l'octroi d'une telle protection. Cependant, nous avons constaté que, sur le plan syntaxique, une possibilité de réservation est offerte par le droit d'auteur et le droit *sui generis* pour les données dites structurées, c'est-à-dire les bases de données. Cette protection s'avère, somme toute, circonscrite dans sa portée, puisqu'elle vise exclusivement la structure, le « squelette » organisationnel de la base de données, et non les données prises individuellement.

À l'inverse, les données brutes, c'est-à-dire les données résultant de l'observation de phénomènes naturels et les données résultant de l'intelligence artificielle, sont exclues du champ d'application du droit d'auteur. Il est, en effet, difficile de déceler une quelconque originalité dans le simple acte d'enregistrer un phénomène naturel sans intention artistique manifeste. De même, aucune empreinte de la personnalité de l'auteur ne peut se trouver dans la « création » des données par l'intelligence artificielle. Le droit de la propriété intellectuelle est fondamentalement ancré dans la notion de créations humaines. Par conséquent, sont exclues les données générées par une entité non humaine, telle que l'intelligence artificielle et cela, quelle que soit sa supériorité intellectuelle présumée.

De ce qui précède découle un premier constat : aucun droit de propriété intellectuelle n'offre une réservation de la donnée numérique en tant que telle. Faut-il pour autant en déduire l'absence totale de moyens juridiques permettant la réservation des utilités des données numériques ? La réponse est assurément négative. Une approche exclusivement axée sur la propriété intellectuelle ne permet pas de saisir pleinement la diversité des moyens de réservation des utilités des données qu'offre le droit. Aussi, convenait-il d'adopter une perspective plus globale incluant le droit commun, et plus précisément, le droit des obligations.

541. L'apport du droit des contrats dans la réservation des utilités des données numériques – Notre étude a mis en lumière l'efficacité du contrat comme levier essentiel pour assurer la réservation des utilités des données numériques. Par le biais d'une clause contractuelle, le détenteur des données est en mesure d'encadrer et de réguler les modalités d'utilisation de celles-ci. Cette démarche de réservation s'opère par une imitation du « *modèle de la propriété* »³⁶²⁶. L'effet relatif des contrats, principe cardinal du droit des contrats, tempère toutefois la portée de cette réservation, limitant son opposabilité aux seules parties contractantes.

Dans l'environnement numérique, le contrat, souvent matérialisé par les conditions générales d'utilisation, constitue un préalable indispensable à l'accès et à l'utilisation des services en ligne ou des sites internet. Cette acceptation préalable et quasi-systématique des conditions générales d'utilisation renforce significativement l'opposabilité des clauses de réservation de données à l'égard de l'ensemble des utilisateurs du site ou du service. Ces

3626 MOUSSERON J.-M., RAYNARD J. et REVET T., *De la propriété comme modèle*, in Mélanges offerts à André Colomer, Paris (France), Litec, 1993, p. 281-295

stipulations contractuelles, dont l'acceptation est un prérequis à l'accès, intègrent fréquemment des dispositions visant à encadrer l'exploitation et la réutilisation des données.

Cependant, notre analyse a également souligné les limites intrinsèques de l'instrument contractuel. Ces limites se manifestent, entre autres, en cas d'inexécution contractuelle, soulevant la problématique complexe de l'exécution forcée des obligations relatives aux données. En outre, le principe du contrôle de l'équilibre contractuel vient tempérer l'exercice de la liberté contractuelle. En effet, la relation contractuelle peut être le théâtre d'un déséquilibre significatif entre les parties, en particulier lorsque l'une d'elles dispose d'une position dominante. Pour pallier ces déséquilibres, des dispositions législatives et réglementaires ont été édictées afin de préserver un certain équilibre contractuel. C'est le cas, par exemple, du contrôle du déséquilibre significatif. Le Législateur européen, conscient de ces enjeux, a ainsi entendu encadrer les contrats entre entreprises portant sur l'accès et l'utilisation des données à travers le *Data Act*³⁶²⁷, dans le but de maintenir l'équilibre contractuel.

La réservation des utilités des données par l'effet d'une clause contractuelle suppose l'existence préalable d'une relation contractuelle. Néanmoins, l'absence de lien contractuel direct ne laisse pas le détenteur de données démunie de tout recours. En effet, une forme de réservation *ex post* peut être envisagée dans le cadre de l'action en concurrence déloyale et parasitaire, et plus spécifiquement par le biais du parasitisme.

542. **La réservation par l'effet de la responsabilité extracontractuelle** – Notre analyse approfondie a mis en évidence que l'action en concurrence déloyale et parasitaire permet une reconnaissance *ex post* de la réservation des utilités des données numériques. En d'autres termes, cette action permet de constituer « *l'équivalent d'un droit privatif sur une valeur [...], sur le fruit d'un travail intellectuel* »³⁶²⁸. Cette forme de réservation s'observe principalement dans le cadre de l'action en parasitisme, laquelle vise à sanctionner l'exploitation indue d'une valeur économique identifiée et individualisée par un tiers, sans avoir contribué à sa création. La valeur protégée correspond ici aux utilisations potentielles des données numériques, telles que développées par une entreprise. Cette réservation peut s'appliquer tant aux données appréhendées sur le plan sémantique qu'au plan syntaxique. Il ne s'agit pas, à proprement parler, de la protection de la donnée en tant que telle, mais bien de la valeur qui découle de ses utilités potentielles. Néanmoins, il convient de tempérer cette reconnaissance : il ne s'agit que

3627Art. 13 du règlement (UE) 2023/2854 du 13 décembre 2023

3628SIIRIAINEN F., *L'appropriation de l'information, grandeur ou décadence de la propriété ?*, in Immatériel, nouveaux concepts, *Economica*, 2001, 141

d'une réservation *ex post*, dont les sanctions peuvent se révéler peu dissuasives face à la faute lucrative.

Face au risque de perte de contrôle sur ses données, le détenteur peut légitimement être incité à les garder par-devers lui. Le secret constitue, en effet, un mécanisme de réservation de fait des données numériques, protégeant à la fois leur dimension sémantique et syntaxique. La loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 a instauré en droit français un cadre juridique spécifique, renforçant significativement la protection des secrets des affaires. Ce régime de protection se distingue par sa modernité et son équilibre remarquable. Il est caractérisé par un ensemble de conditions ouvertes qui offrent la flexibilité nécessaire à tous les niveaux du droit matériel et de son application. Notre analyse a démontré que les conditions énoncées à l'article L. 151-1 du Code de commerce sont suffisamment malléables pour appréhender une grande diversité de données numériques, quel que soit leur type. Néanmoins, le détenteur doit impérativement accorder une importance primordiale aux mesures de protection mises en œuvre. Ce point est d'autant plus crucial dans le contexte de l'informatique en nuage ou *cloud computing*, où la dispersion des données peut accroître les risques de divulgation. Sans l'adoption et la mise en œuvre de mesures de protection adéquates, le détenteur ne pourra pas valablement invoquer la protection conférée par le secret des affaires.

Finalement, il ressort de notre étude que le secret des affaires semble particulièrement bien adapté pour répondre aux impératifs réglementaires de l'économie des données. Cette pertinence tient à son caractère hybride, qui lui confère une force singulière. En effet, ce régime parvient à associer la souplesse inhérente à l'action en concurrence déloyale à l'efficacité des sanctions, inspirées des régimes de la propriété intellectuelle. Cette combinaison en fait un outil juridique robuste pour la gestion et la protection des données numériques dans le paysage économique actuel.

543. La question débattue de l'appropriation des données numériques – L'examen approfondi de la pluralité des mécanismes de réservation des utilités des données numériques a permis de mettre en exergue leurs carences et insuffisances manifestes. Dans le contexte d'une société de plus en plus fondée sur l'exploitation des données, cette situation peut donner le sentiment d'une inadéquation des instruments juridiques actuels à appréhender la complexité et la valeur des données. Cependant, ce sentiment justifie-t-il pour autant, à lui seul, l'instauration d'un droit privatif *sui generis* sur les données numériques ? Nous ne le pensons pas. Le Droit, en tant que système normatif, est fondamentalement édifié sur un

équilibre subtil entre des intérêts contradictoires³⁶²⁹ ; en l'occurrence, entre ceux du détenteur des données et ceux des tiers, ainsi que l'intérêt général.

Malgré l'existence de mécanismes de réservation divers, une forte tentation à l'appropriation des données numériques s'est fait jour. Les détenteurs de données aspirent, avant tout, à bénéficier d'une exclusivité d'utilisation, de jouissance et de disposition sur leurs données. Ils envisagent les données essentiellement sous un angle économique suivant lequel la valeur appelle la propriété. Or, les données recèlent une valeur et, partant, doivent faire l'objet d'une appropriation. Ce constat fait écho à l'observation du Professeur ATIAS, selon laquelle « *toutes les branches du droit veulent avoir leur propriété, car celle-ci est le symbole de la protection juridique absolue* »³⁶³⁰. La question se pose alors : le numérique doit-il succomber à cet « *impérialisme du droit de propriété* »³⁶³¹ ? Notre analyse nous conduit à répondre par la négative. Les données numériques, en raison de leur nature et de leurs caractéristiques spécifiques, ne sauraient être directement subsumées sous le régime de la propriété tel que défini par l'article 544 du Code civil. Dès lors, la problématique se déplace vers la possibilité d'instaurer un droit d'exploitation exclusif, un droit *sui generis*, sur les données. En cela, nous retrouvons le constat selon lequel « *chacune des propriétés intellectuelles connues est née d'un besoin social propre et d'un état particulier de développement* »³⁶³². Le développement exponentiel du numérique et l'utilisation accrue des données au sein de notre société n'induisent-ils pas la nécessité d'instaurer un tel droit *sui generis* sur les données numériques ? Notre réponse à cette interrogation est non. Pour parvenir à cette conclusion, nous avons adopté une démarche conjecturale, visant à esquisser les contours d'un hypothétique droit *sui generis* sur les données numériques. Cet exercice nous a permis de révéler les principales difficultés auxquelles le Législateur serait confronté s'il envisageait une telle initiative. Ainsi, par exemple, un tel droit risquerait de porter une atteinte excessive au domaine public, ainsi qu'à la liberté de création et d'innovation, d'autant plus si son objet venait à englober les données numériques sur le plan sémantique. De surcroît, à l'instar de l'information, les données participent activement à la connaissance collective. Aussi, la reconnaissance d'un droit exclusif sur les données numériques risquerait-elle d'appauvrir ce patrimoine commun et d'entraver le progrès scientifique et technique. En outre, le risque d'une « monopolisation » des données par l'octroi d'un droit privatif n'est pas

3629V. par ex. en droit d'auteur : STATHOULIAS A., *De l'équilibre : contribution à l'étude du droit d'auteur*, Thèse pour le doctorat en droit, Lille : Université de Lille 2 – Droit et Santé, 2015

3630ATIAS C., *Destins du droit de propriété*, *Droits Revue française de théorie juridique*, 1985, n° 1, p. 9

3631GUTMANN D., *Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique*, *Arch. phil. droit*, 1999, n° 43, p. 75

3632FOYER J. et VIVANT M., *Le droit des brevets*, PUF, 1991, p. 10

à exclure. Une telle monopolisation pourrait entraîner une défaillance du marché, voire constituer un obstacle majeur à l'innovation. Or, les discours juridiques et économiques des dernières décennies ont été largement dominés par l'affirmation selon laquelle la régulation du marché doit s'efforcer d'accroître l'efficacité économique. La sauvegarde de marchés efficaces et compétitifs, propices à l'innovation, demeure un objectif fondamental du futur cadre juridique de l'économie numérique qu'il convient de prendre en considération avec la plus grande attention.

Par ailleurs, il est impératif de dépasser l'image du « propriétaire souverain ». Le droit de propriété ne se limite pas à un simple rapport de l'homme sur ses biens. Il est, en effet, essentiel de prendre en considération les incidences sociales du droit, c'est-à-dire le rapport à autrui. Le propriétaire n'est pas un souverain isolé. Cette assertion est d'autant plus vraie dans le domaine des données, qui constituent une source inestimable de connaissance et d'innovation. Dès lors, l'exercice d'un éventuel droit *sui generis* devrait impérativement s'inscrire dans le respect du droit d'accès aux données par les tiers. Autrement dit, il est crucial de concilier cette volonté d'appropriation avec le principe fondamental de libre circulation des données. Certes, le droit de la concurrence prévoit des recours visant à promouvoir l'accès aux données, notamment dans le cadre des contrôles de concentration ou des abus de position dominante, avec la fameuse théorie des facilités essentielles. Cependant, nous avons relevé d'importantes lacunes dans l'application de ces recours, recours qui peinent à appréhender de manière satisfaisante les spécificités des données numériques. Ce faisant, il est peu probable que le droit de la concurrence puisse organiser de manière satisfaisante un accès aux données pour les tiers. Au regard de ces résultats, il apparaît alors primordial, dans le cadre d'un éventuel droit *sui generis* sur les données numériques, de prévoir un accès aux données pour les tiers prenant la forme d'une licence obligatoire. Toujours est-il qu'un tel mécanisme se révélera d'une grande complexité à mettre en œuvre et sera potentiellement source de différends entre le détenteur et les demandeurs d'accès.

Finalement, il nous semble que le principe directeur doit demeurer celui de la libre circulation des données, sous réserve des comportements abusifs tels que le parasitisme. L'instauration d'un droit d'exploitation exclusif sur les données apparaît davantage comme une source de questions et de complications que comme une solution cohérente et équilibrée pour les détenteurs et les tiers. D'autres perspectives méritent peut-être d'être explorées, notamment celles relatives aux droits de la personnalité, qui pourraient offrir une approche complémentaire à la protection des données.

544. **Proposition de renouvellement de l'approche de la vie privée des personnes morales** – En dehors de l'idée d'instaurer un droit exclusif d'exploitation sur les données numériques, il est pertinent de se questionner sur la possibilité de s'inspirer du régime de protection des données à caractère personnel afin de l'étendre aux informations concernant les personnes morales³⁶³³. Cette proposition n'est pas sans précédent. Elle a notamment été appliquée en Suisse avec la Loi sur la protection des données du 19 juin 1992, qui couvrait tant les données des personnes physiques que morales³⁶³⁴. Cette particularité helvétique a toutefois été abandonnée depuis le 1^{er} septembre 2023, dans un souci d'harmonisation avec les législations des autres États européens, et plus particulièrement avec le RGPD³⁶³⁵. Toutefois, cet abandon ne signifie pas que les données des personnes morales ne bénéficient plus d'aucune protection en Suisse. En effet, l'article 53 du Code civil suisse leur offre une protection au titre des droits de la personnalité, incluant la vie privée³⁶³⁶. À la différence de la législation helvétique, notre législation ne prévoit pas de disposition équivalente à celle de l'article 53 précité. Pourtant, bien qu'étant des êtres fictifs, les personnes morales disposent de données « personnelles » au sens où ces informations les concernent directement et permettent de les identifier ou de les caractériser. Il s'agit ici de protéger une sphère privée propre à la personne morale. Cette sphère privée ne se limite aucunement aux seuls secrets des affaires. À l'image des personnes physiques, la vie privée d'une personne morale ne se confond pas avec une vie cachée³⁶³⁷. Certes, les sociétés sont assujetties à des obligations de publicité, telles que le dépôt de leurs comptes annuels au registre du commerce et des sociétés, dans un souci de garantir la transparence. Néanmoins, ces obligations de publicité ne sauraient impliquer une abdication totale des personnes morales quant à la maîtrise de leurs informations ainsi transmises. Il nous semble, en effet, légitime de leur reconnaître une maîtrise sur ces informations par le biais des droits de la personnalité. Cette maîtrise permettrait aux

3633GUTMANN D., *op. cit.*, p. 77 : pour qui, « *faute de mieux, l'obscur catégorie des droits de la personnalité a été montée de toutes pièces pour justifier une circulation de richesse non fondée sur la circulation des biens ou l'atteinte portée à ceux-ci* »

3634Art. 3 de la Loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 19 juin 1992 qui disposait qu'« *On entend par:*

a. données personnelles (données), toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable;

b. personne concernée, la personne physique ou morale au sujet de laquelle des données sont traitées ».

3635V. Office fédéral de la justice, *Esquisse d'acte normatif relative à la révision de la loi sur la protection des données. Rapport du groupe d'accompagnement Révision LPD*, 29 octobre 2014, p. 12 ; Révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et modification d'autres lois fédérales LF FF 2017, p. 6848

3636Art. 53 du Code civil suisse dispose que « *les personnes morales peuvent acquérir tous les droits et assumer toutes les obligations qui ne sont pas inséparables des conditions naturelles de l'homme, telles que le sexe, l'âge ou la parenté* »

3637Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40.803, M. Guy Archalaüs c/ société Haironville, P+B+R+I

personnes morales de prendre connaissance des utilisations faites de leurs informations, de leurs données « personnelles ».

Cette protection, fondée sur les droits de la personnalité, porterait sur les données numériques au plan sémantique, à l'instar de la protection des données à caractère personnel pour les personnes physiques. Ainsi, ne convient-il pas d'admettre, aux côtés du secret des affaires, l'existence d'un droit d'autodétermination informationnelle des personnes morales, bien que ce droit soit nécessairement atténué par rapport à celui reconnu aux personnes physiques ? Sur ce point, nous pouvons faire référence à un arrêt du Conseil d'État en date du 7 octobre 2022³⁶³⁸. Dans cette affaire, une association de lutte contre la corruption avait saisi le juge administratif pour demander d'ordonner au Préfet que lui soient communiqués des comptes annuels d'une fondation d'entreprise. Les juges du Palais-Royal ont rappelé que « *de tels documents, sauf à ce qu'il soit possible d'occulter ou de disjoindre les mentions en cause, ne peuvent [...] être communiqués qu'à la personne intéressée lorsque cette communication porterait atteinte à la protection de sa vie privée au sens et pour l'application de l'article L. 311-6* » du Code des relations entre le public et l'administration. Ils ont ajouté que les dispositions de l'article L. 311-6 précité « *doivent être entendues, s'agissant de leur application aux personnes morales de droit privé, comme excluant en principe, sous réserve qu'elle ne soit pas imposée ou impliquée par d'autres dispositions, la communication à des tiers, par l'autorité administrative qui les détient, des documents relatifs notamment à leur fonctionnement interne et à leur situation financière* ».

La décision de la Haute juridiction administrative est-elle susceptible d'influencer la position de la Cour de cassation ? Bien que la vie privée au sens de l'article L. 311-6 du Code des relations entre le public et l'administration n'équivaille pas à celle au sens de l'article 9 du Code civil³⁶³⁹, nous pouvons nous interroger si la Cour de cassation ne sera pas, un jour, amenée à considérer que les personnes morales sont en mesure de se prévaloir d'un droit de protection de leurs données « personnelles » sur le fondement de la vie privée. Une telle reconnaissance permettrait aux personnes morales de s'opposer à des collectes et des utilisations non consenties de leurs données « personnelles » et de demander l'effacement ou la destruction des données ainsi collectées. Autrement dit, la reconnaissance effective d'un droit sur les données par le biais des droits de la personnalité leur offrirait la possibilité de contrôler leurs données et leur diffusion et cela, sans qu'il soit nécessaire de leur reconnaître un droit de propriété.

3638CE, 7 octobre 2022, n° 443826, *Association Aticor*

3639V. en ce sens : Concl. rapporteur public Laurent Domingo, p. 9, disponible [en ligne] : https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CRP/conclusion/2022-10-07/443826?download_pdf (consulté le 12/12/2024)

La décision du 7 octobre 2022 fournit deux exemples de données « personnelles » des personnes morales : les informations relatives au fonctionnement interne de la société et celles concernant sa situation financière. S'agissant, par exemple, du dépôt des comptes annuels au registre du commerce et des sociétés et leur publication au bulletin officiel des annonces civiles et commerciales, si une telle possibilité était reconnue, la société déposante pourrait, sur le fondement de la vie privée, s'opposer à ce qu'un tiers publie sur son site internet, sans son accord, ses comptes annuels déjà rendus publics par le dépôt légal³⁶⁴⁰.

Finalement, reconnaître aux personnes morales un droit de la personnalité sur leurs « données personnelles » leur permettrait de contrôler l'usage qui en est fait. Cette protection s'ajouterait à celle déjà organisée pour les données confidentielles par le régime du secret des affaires. Il nous semble que le particularisme des personnes morales ne contrevient pas à une telle reconnaissance³⁶⁴¹. Cette reconnaissance pourra être l'œuvre du juge, sur le fondement de l'article 9 du Code civil, ou du Législateur. N'oublions pas que la directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 dite « *e-Privacy* » concernant le traitement des données à caractère personnel, avait, en effet, invité les États membres à étendre les règles en la matière « *à la protection des intérêts légitimes des personnes morales* »³⁶⁴².

3640 Cette hypothèse ne vise pas le cas d'un dépôt des comptes annuels avec une demande de confidentialité pour les micro-entreprises ou les petites entreprises.

3641 V. pour un critique de la vie privée des entreprises : LOISEAU G., *Des droits humains pour personnes non humaines*, D., 2011, p. 2558

3642 Cons. 12 de la directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques

INDEX

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Absolutisme 390, 420, 478, 507, 523, 543

Abus

- Clause abusive 200, 205, 206, 263, 507, 508, 510
- Abus de confiance 265, 276, 344, 351, 352
- Abus de position dominante v. *position dominante*
- Abus de droit 165, 225, 232

Abusus 334, 368, 390

Accès

- âge de l'accès 8, 144, 383
- Contrôle 8, 51, 64, 88, 146, 148, 165, 207, 383, 523, 530, 536
- Droit d'accès 341, 342, 401, 445, 452, 453, 454, 455 et s., 474, 477, 489, 499 et s., 524 et s., 537, 538

Accession 337, 418

Acquisition 5, 7, 339, 342, 402, 403, 471 et s.

Activité

- créatrice v. *création*
- inventive 94, 99, 104, 107, 118, 120

Agritech 75, 209, 320, 401, 447

Algorithme 3, 5, 6, 79, 102, 104, 106, 107, 110, 250, 328, 342, 495, 499, 515, 533

Animus 263, 336, 351, 403

Anonymisation 329, 343, 435, 468, 530, 532

Appauvrissement (condition de l'action *de in rem verso*) 283 et s.

Application industrielle 99, 107, 127

Appropriation 5, 8, 19, 28, 29, 31, 34, 37, 38, 42, 46, 61, 139, 143, 230, 257, 306, 308, 309, 311 et s., 328 et s., 335 et s., 356, 357, 360, 362, 363, 365, 367, 376, 378, 379, 380, 381, 383, 387, 390, 396, 398 et s., 400, 441, 477, 540, 543

Articulation 48, 63, 134, 195, 206, 292, 298, 318, 325, 415

Astreinte 183, 237, 272

Autodétermination (informationnelle) 5, 332, 334, 357, 463 et s.

Autonomie (de la volonté) 142, 165

B

Balance (des intérêts) 165, 211, 268, 270, 484

Banalité 37, 56

Base de données 62 et s., 137, 144, 165, 166, 170 et s., 241, 246, 263, 283, 291, 305, 338, 351, 360, 418, 433, 483, 484, 511, 530, 536, 540

Bien 352, 363 et s., 380 et s.

Bien informationnel 2, 34, 39, 40, 104, 227, 239, 309, 328, 340, 344, 346, 369, 392, 404, 407, 413, 417, 433, 451

Big Data (données massives, mégadonnées)
6, 7, 22, 26, 29, 36, 109, 252, 314, 359, 385,
415, 422, 435, 442, 450, 451, 481

Blockchains 258, 417, 536

Brevet 5, 34, 89 et s., 100, 117, 120, 121 et
s., 133, 138, 248, 263, 325

Brevetabilité 91 et s., 100 et s., 119, 120,
121, 127, 128, 138, 370, 540

C

Caducité (contrat) 154

Capital intellectuel 2

Cessation 220, 237, 238 et s., 318, 423

Cession 7, 61, 160, 174, 263, 337, 340, 343,
357, 365, 384, 385, 422, 438, 486

Chose 328, 350, 363 et s., 381 et s., 387

Chose hors commerce 384

Chose commune 364 et s., 386

Circulation (des données) 8, 9, 167, 264, 321,
322, 333, 334, 338, 388, 408, 410, 424, 435,
438, 450, 499, 523

Clause 140 et s.

- de confidentialité 149 et s., 178, 187,
189, 192, 214, 260, 258, 266, 300
- de non-concurrence 160, 161, 188,
189
- pénale 192 et s.

Cloud computing (Informatique en nuage)
18, 205, 260, 408, 445, 502 et s., 530, 542

Code (de conduite) 209, 258

Commercialisation 5, 84, 89, 126, 209, 224,
267, 272, 286, 297, 338, 359, 383, 397, 433

Commun informationnel 371 et s.

Commun v. *chose commune*

Compensation 79, 190, 198, 203, 263, 400,
423, 452, 497, 512, 516

Compétence 9, 22, 239, 273, 276, 340, 345,
484

Concentration (concurrence) 471, 482 et s.

Concession 165, 401, 460, 469, 526

Concurrence 7, 69, 224, 268, 323, 325, 334,
410, 415, 439, 440, 458, 462, 463, 466, 467,
468 et s. 485 et s., 508, 512

Concurrence déloyale et parasitaire 217, 221
et s., 265, 267, 272, 277, 289, 292, 295 et s.,
301, 318, 325, 385, 386, 407, 410, 541

Conditions générales d'utilisation (CGU) 162
et s., 205, 209, 212, 305, 356, 413, 510, 531,
541

Connaissance 20, 37, 97, 323, 324

Consensualisme 142

Consommateur 24, 27, 48, 168, 334, 429,
456 et s., 474, 492

Contenu numérique 48, 49, 168, 376, 381,
468, 472

Contrat 139, 140 et s., 207 et s. (contrat
d'adhésion), 260, 300

Contrefaçon 221, 231, 272, 285, 318, 338,
346, 376, 393, 428, 423, 434

Copier 224, 348, 356

Copyfraud 87

Corporalité 350

Corpus 336, 351, 367, 417

Corrélation 6, 120, 167, 287, 383

Créancier 151, 152, 155, 159, 176, 178, 181,
182, 183, 187 et s., 192 et s., 196 et s., 337,
393, 426

Création 4, 6, 7, 12, 32, 33 et s., 47, 50 et s.,
77, 95 et s., 138, 305, 311, 313 et s.
(créations réservées), 339, 400, 432
Cryptographie 417, 535
Cybercriminalité 274, 275, 345, 346

D

Data Act 8, 24, 60, 79, 86, 209, 261, 263,
414, 449, 464, 472, 500 et s.
Data mining v. fouille de textes et de données
Data science 5
Data Scraping 29, 84, 173, 408
Datafication 6, 7, 28
De in rem verso (action) v. *Enrichissement*
injustifié
Découverte 8, 12, 93 et s., 322, 324, 372
Dématérialisation 6, 18, 47, 218, 336, 346,
351, 359, 381, 384
Dépénalisation 215
Dépôt 256, 263, 317, 325, 367, 408 (contrat
de dépôt), 417, 429, 544 (dépôt des comptes
annuels)
Déséquilibre (significatif) 201, 206 et s., 541
Digital Markets Act (DMA) 9, 500, 504
Digitalisation v. *numérisation*
Discovery (procédure) 270
Divulgence 39, 61, 263, 266, 269, 270, 276,
278
Domaine public 53, 65, 68, 87, 151, 154,
159, 176, 250, 285, 288, 289, 316, 322, 324,
365, 367, 369, 372, 404, 405, 431
Donnée

- Notion 10

- Classification 23, 119
 - Définition 22 et s.
 - Donnée à caractère personnel 22, 272,
328 et s., 357, 397, 412, 414, 415,
435, 437, 463 et s. 473, 501, 515,
532, 544
 - Donnée agricole 79, 320, 386, 403,
478
 - Donnée anonymisée v. *anonymisation*
 - Donnée brute 58, 79, 80, 89, 176,
228, 242, 309, 320, 342, 372, 379,
397, 401, 442, 520
 - Donnée co-générée 475
 - Donnée d'intérêt général 460
 - Donnée dérivée ou déduite 80, 337,
342, 379, 442, 516, 520
 - Donnée enregistrée 79, 401, 402
 - Donnée enrichie 6, 59, 379, 387, 401,
442
 - Donnée non personnelle 331, 372,
402, 407, 414, 449, 516
 - Donnée prédictive 342, 343
 - Donnée publique 8, 24, 151, 250,
261, 285, 379, 397, 401, 453, 458 et
s., 482, 527
 - Donnée structurée 64 et s., 72 et s.,
87, 88, 137, 162, 224, 246, 251, 263,
305, 308, 401
 - Données massives v. *Big Data*
- Droit
- Droit à l'information 268
 - Droit à la preuve 269

- Droit d’auteur 7, 36, 37, 39 et s., 64 et s., 139 et s., 163 et s., 263, 313, 315, 325, 326, 393, 402, 411, 415, 419, 425, 427, 432, 438
- Droit d’exploitation exclusif 34, 314, 316, 319, 395, 402, 424, 477
- Droit de la communication 8
- Droit de la concurrence 8, 86
- Droit de la consommation 200, 206, 208
- Droit de la personnalité 289, 328, 334, 340, 357, 397, 544
- Droit de marché 33, 316
- Droit des biens 381
- Droit des brevets *v. brevet*
- Droit des marques 411, 419, 431, 433
- Droit mou (*soft law*) 209, 258, 483
- Droit naturel 402, 404
- Droit numérique 4
- Droit *sui generis* des producteurs de bases de données 34, 36, 63, 72 et s., 163 et s., 170, 407, 409, 419, 420, 424, 427, 431, 432, 438, 444, 516, 531

E

Économie 5, 405

Effet (relatif du contrat) 142, 176 et s.

Efficient breach of contract 182, 191

Électricité 348, 350

Empreinte de la personnalité *v. originalité*

Engagement moral 213

Enrichissement injustifié 217, 237, 278 et s., 299, 303

Entreprise 147, 153

Épuisement (du droit) 433

Équilibre (contractuel) 200

Équité 279, 280, 281, 293

Espérance (légitime) 382

Exceptions 87, 164 et s., 170, 268, 319, 396, 411, 422, 432

Excluabilité 374 et s.

Exclusion 98, 99, 104 et s., 330

Exclusivité 389, 387, 392, 394, 405, 422, 424, 445, 452, 504

Exécution forcée 181 et s.

Extension de protection (brevet) 133 et s.

Extra-commercialité 365

Extra-patrimonial 331, 424

Extraction 23, 29, 61, 80 et s., 351

Extranéité 260, 273, 277, 280, 305

F

Facilités essentielles (théorie) 488 et s.

Fair use 430

Faute (lucrative) 236, 272, 277, 287, 318, 542

Fichier 22, 26, 48, 132, 134, 257, 348, 377, 386, 407, 415, 435, 447

Fiction 95, 204, 381

Finalité (des droits) 35, 392, 393, 444

Fintech 466

Fixation (acte) 416

Foi (bonne/mauvaise) 153, 183, 189, 210, 256, 265, 270, 293, 315, 323, 336, 348, 474, 507, 525

Fondamentalisation 210

Fonds commun 56, 322, 324

Fongibilité 183, 445

Force obligatoire 142, 165, 182

Format 48

Forme 37, 51 et s., 322

Fouille de textes et de données 69, 167

Fournisseur d'accès à Internet *v. intermédiaire technique*

Fructus 368, 390

Fusion 7, 424, 478, 488 et s.

G

Garantie (fonction de) 383, 426

Gouvernance des données 9, 447, 458, 462, 466, 470, 481, 504

H

Hébergement *v. serveur*

Hébergeur 241

I

Idée 37, 228, 268, 278, 288, 288, 319, 322, 325, 370, 405, 445

Immixtion 178

Inaliénable 340, 341

Inappropriabilité 14, 327, 358, 363 et s., 370, 378, 396

Incorporel 381, 409

Indemnisation 188 et s., 196, 235

Industrie 338, 380, 404

Inexécution (contractuelle) 179 et s., 196

Information

- Approche économique 13, 14
- Approche juridique 15
- Notion 12
- Taxinomie 15, 19, 378

Infrastructure essentielle 492 et s.

Innovation 1, 2, 36, 37, 243, 323, 324, 402, 405, 415, 440, 449, 453, 456, 466, 468 et s., 477, 495, 496, 502, 504, 506, 508, 511, 520, 529, 531

Instrumentalisation 33, 58, 231

Intelligence artificielle 5, 6, 7, 40, 59, 69, 77, 78, 88, 98, 102, 109, 158, 253, 263, 314, 320, 343, 409, 449, 453, 500, 506

Intérêt collectif 326, 368, 379, 402, 422, 431, 442, 461, 474

Intérêt économique substantiel 382

Intérêt patrimonial 382

Intérêt privé 326, 368, 402, 422, 431, 442, 474

Interface utilisateur graphique 97, 113, 117

Intermédiaire technique 36

International 9, 273, 274, 441

Internet 5, 9, 170, et s., 253

Interopérabilité 8, 442, 462, 564, 469, 478, 479, 483, 484, 501, 503, 504, 517, 523, 531, 532

Invention (brevet) 34, 89 et s., 263, 313, 371, 383, 402, 417, 433

Investissement 34, 35, 73, 76 et s., 223, 227, 228, 253, 283, 305, 338, 340, 342, 402, 405, 409, 420, 427, 450, 456, 496, 501, 520, 531

J – K

Journaliste 12, 37, 268, 276, 285

Jusnaturaliste 279

L

Lanceur (d'alerte) 268, 276, 437

Liberté

- contractuelle 147, 169, 171, 192, 200, 205, 210, 263, 319, 408, 410, 479, 496
- d'entreprendre 151, 159, 200, 468
- d'expression 36, 173, 211, 239, 268, 326, 369, 379, 439
- de copier 218, 325
- de création 53, 173, 369, 379, 397, 433, 543
- du commerce et de l'industrie 38, 159, 165, 228, 268, 296, 318, 370, 401

Licence 319, 386, 394, 396, 424, 435, 459, 484, 496, 522, 524, 529 et s., 543

Logiciel 37, 40, 103, 104 et s., 128, 134, 138, 158, 228, 253, 263, 314, 381, 420, 435, 472, 541

M

Marchandisation 8, 14, 29, 335, 337, 380, 389

Marché (numérique) 9, 29, 305, 380, 383, 405, 410, 424, 435, 440, 511

Matérialité 123, 124, 130, 132, 350, 411, 435, 442

Mesures d'instruction *in futurum* 271

Mesures de protection 39, 60, 258 et s., 369

Mesures provisoires et conservatoires 274, 423

Métadonnée 6, 60, 457, 499, 509

Méthode 5, 37, 68, 97, 105, 106, 107, 109 et s., 119 et s., 129, 243, 254, 268, 272, 372, 451

Meuble 336 et s., 380

Modélisation v. *simulation*

Monopole 32, 61, 88, 137, 148, 169, 173, 212, 221, 230, 248, 324, 356, 369, 393, 395, 415, 440, 446, 458, 473, 475 et s.

N

Nantissement 426

Neutralité (technique) 259, 264, 320

Nouveauté 69, 99, 107, 248, 316, 325

Nullité (contrat) 154, 165, 198, 204, 209,

Numérique

- Environnement 19, 22, 29, 39, 42, 45, 47, 52, 134, 141, 144, 164, 218, 251, 259, 264, 271, 272, 274, 275, 283, 328, 345, 354, 381, 401, 405, 417, 444, 509
- Révolution 3, 26

Numérisation 42, 46, 314, 320, 415, 441,

O

Objet connecté 75, 78, 209, 320, 355, 401, 402, 404, 409, 417, 420, 444, 468, 472, 477, 499, 503, 504, 507, 514

Obsolescence 1, 265, 405, 432, 435
 Occupation 367, 378, 404 et s.
 Œuvre 42 et s., 50 et s., 67, 367, 368, 372, 376, 381, 402, 417, 427, 438
 Office européen des brevets 96, 98, 101, 105, 110, 138
Open Data 8, 457, 455, 460, 477, 479, 509
 Opposabilité 168, 177, 178, 198, 417, 541
 Ordre public 86, 141, 165, 171, 184, 200, 507
 Organisme du secteur public 86, 512, 520 et s.
 Originalité 53 et s., 62, 66, 68 et s., 75, 88, 229, 263, 285, 313, 314, 315, 378, 406, 540
 Ouverture des données v. *Open Data*

P

Panjurisme 213
 Para-contrefaçon 60
 Parasitisme v. *Concurrence déloyale et parasitaire*
 Patrimoine 2, 91, 223, 278, 281, 294, 393
 Patrimonialisation 335, 340, 341
 Pénal 178, 195, 270, 276, 318, 340, 344 et s., 385, 424, 429
 Perpétuel 316, 387
 Personnalité v. *droit de la personnalité*
 Personne morale 263, 273, 317, 330
 Plateforme 9, 209, 462, 470, 477, 502
 Portabilité 24, 79, 328, 333, 334, 451, 467, 507
 Position dominante 7, 69, 444, 480, 486, 487, 488 et s., 494 et s., 525, 528, 541, 543

Possession 256, 263, 336 et s., 351, 367, 444, 540
 Préjudice 86, 178, 186, 234 et s., 293, 296, 306, 318
 Prérogatives 36, 422 et s.
 Présentation d'informations 116 et s., 120 et s., 138, 263
 Présomption 57, 61, 178, 186, 193, 234, 237, 314, 337, 507
 Preuve (charge de la) 234, 251, 256, 263, 264, 267, 285, 287, 288, 336, 351
 Principe général du droit 280
 Procédé 126 et s.
 Procédure 269
 Procédure collective 408, 410, 426, 446, 447
 Production 404, 417
 Programme d'ordinateur v. *logiciel*
 Proportionnalité 36, 85, 151, 184, 237, 240, 268, 524
 Propriété

- Code civil 36, 281, 289, 297, 328, 336, 338, 340, 351, 359 et s., 381, 388 et s., 423
- Concept 387 et s.
- Droit fondamental 390
- intellectuelle 33 et s., 136, 163 et s., 218, 231, 263, 272, 282, 305, 308, 309, 315, 319, 322, 325, 326, 369, 376, 392, 401, 402, 409, 422, 438, 498
- Modèle 143, 221, 388, 411
- opposabilité *erga omnes* 36, 231, 300, 308, 319, 328, 393
- Para-propriété 169, 221

• Quasi-propriété 297, 334, 389
Publicité 138, 237, 256, 269, 314, 323, 337

Q

Quasi-contrat 217, 278, et s.

R

Raisonné 156, 189, 240, 260, 255, 257,
259, 260, 413, 439, 442, 495, 516, 525 et s.

Recel 276, 348

Règlement (intérieur) 194, 258

Réification 380, 385

Rémunération 319

Renonciation 145, 171

Réparation

- Dommages et intérêts 185 et s., 220, 272
- Réparation en nature 196 et s.
- Réparation intégrale 188 et s., 272, 277, 318

Représentation d'informations 114 et s.

Réputé non écrit 204, 208

Res communis v. chose commune

Res derelictæ 403

Res nullius 367, 373, 375, 378, 403

Résolution (contrat) 154

Responsabilité 28, 142, 214 et s., 385, 387

Restitution 154, 237, 242, 260, 262, 279,
281, 287, 288, 289, 292, 408, 424, 445

Rétention 8, 36, 52, 336, 471, 504, 529, 534,

Réutilisation 82 et s., 459

Revendication 230, 242, 278, 336, 394, 410,
419, 426, 447

Rival 351, 368, 373 et s., 424, 453, 486, 500

S

Saisie (sûreté) 426

Saisie-contrefaçon 36, 271, 318, 423

Salarié 147 et s., 153, 155, 157, 159, 160,
161, 194, 256, 258, 263, 266, 268, 269, 317,
352, 425

Sanction 180 et s., 318

Savoir 21, 454

Savoir-faire 37, 58, 69, 146, 203, 204, 227,
228, 245 et s., 254, 258, 263, 272, 276, 314,
315, 323, 486

Secret 8, 151, 243, 248 et s., 336, 419, 500

Secret des affaires 156, 243 et s., 277, 292,
302, 306, 323, 346, 518, 526, 543, 544

Sécurité (juridique) 10, 30, 54, 70, 77, 78,
125, 193, 256, 259, 260, 316, 322, 410, 419,
422, 427, 429, 430, 442, 444, 445, 515, 537

Serveur 22, 48, 205, 258, 260, 265, 348, 355,
377, 428, 441, 509

Simulation 108 et s.

Site internet *v. internet*

Smart contract 536

Solidarisme contractuel 200

Soustraction 348, 351

Souveraineté numérique 9

Spécification 337, 404

Stockage 45 et s., 205, 260, 266, 410, 428,
447, 496

Subsidiarité 283, 291 et s.

Support 18, 22, 26, 44 et s., 88, 242, 263,
348, 350, 351, 362, 375, 377, 381, 386, 428,
435, 447
Sûreté 426
Système de traitement automatisé de données
(STAD) 239, 269, 348, 354 et s.

T

Technicité v. *technique*
Technique 95 et s., 111, 118
Temporaire (caractère) 315, 316, 319, 429
Territorialité 275, 433
Tiers 177 et s., 394, 401, 402, 415, 424, 454,
477, 504, 520, 522, 532
Titularité 61, 70, 73, 320, 410 et s.
Traitement 130, 333, 342, 444, 447
Transparence 243, 455, 457, 478, 510, 521,
536, 544
Travail 314, 340, 342, 360, 379, 401
Triple test 430

U

Ubiquité 242, 273, 274, 337, 350, 351, 375,
377, 378, 397, 404, 423
Universalité 281, 355, 359, 375, 392
Usage 158, 368, 369, 374, 378, 379, 390
Usus 334, 368, 390
Utilitariste 383, 401
Utilité 27, 336, 381, 383, 388, 390, 394 et s.,
401, 402 et s., 424, 431, 448, 509

V – W – X – Y – Z

Valeur 9, 225, 227, 253 et s., 278, 281, 310,
314, 316, 320, 335, 338, 342, 350, 352, 360,
379, 382 et s., 401, 402, 424, 428, 442, 444,
448, 449
Vie des affaires 243, 300, 431
Vie privée 26, 211, 332, 334, 352, 372, 535
Violation (contrat) 179
Vol (de données) 344 et s.

BIBLIOGRAPHIE

I. – OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉ, MANUELS & PRÉCIS

- **ATIAS C.**, *Droit civil : les biens*, Litec, Paris, coll. Manuels 21 août 2014, 390 p.
- **AYNÈS L., MALAURIE P., et STOFFEL-MUNCK P.**, *Droit des obligations*, L.G.D.J., Paris, 3 septembre 2024, 13^e éd., 904 p.
- **AZÉMA J. et GALLOUX J.-C.**, *Précis Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, Paris, 2017, 8^e éd., 1330 p.
- **BÉNABENT A.**, *Droit civil. Les obligations*, L.G.D.J., Paris, coll. Précis Domat, 5 septembre 2023, 20^e éd., 784 p.
- **BERGEL J.-L.**, *Méthodologie juridique. Fondamentale et appliquée*, PUF, Paris, coll. Thémis, 17 octobre 2018, 3^e éd. 476 p.
- **BERGEL J.-L., CIMAMONTI S., ROUX J.-M., et TRANCHANT L.**, *Les biens*, L.G.D.J., Paris, coll., Traité de droit civil, 26 novembre 2019, 3^e éd., 804 p.
- **BERLIOZ P.**, *Droit des biens*, Ellipses, Paris, 29 juillet 2014, 512 p.
- **BERTRAND A.**, *Droit d’auteur*, Dalloz, Paris, coll. Dalloz Action, 2010, 3^e éd. 2011/2012, 1002 p.
- **BINCTIN N.**, *Droit de la propriété intellectuelle : droit d’auteur, brevet, droits voisins, marque, dessins et modèles*, LGDJ-Lextenso, Issy-les-Monlinox, 3 septembre 2024, 4^e éd., 1288 p.
- **BOUCARD H.**, *Responsabilité contractuelle en droit civil*, Dalloz, Paris, coll. Dalloz Corpus, juin 2019, 310 p.
- **BRUGUIÈRE J.-M. et VIVANT M.**, *Droit d’auteur et droits voisins*, Dalloz, Paris, coll. Précis, 4^e éd., 2019, 1386 p.
- **BRUGUIÈRE J.-M.**, *Droit des propriétés intellectuelles*, Ellipses, Paris, 24 juillet 2018, 3^e éd. 224 p.
- **BUFFELAN-LANORE Y. et LARRIBAU-TERNEYRE V.**, *Droit civil. Les obligations*, Sirey, Paris, septembre 2024, 19^e éd., 1252 p.
- **BUYDENS M.**, *Droit des brevets d’invention et protection du savoir-faire*, Larcier, Bruxelles, coll. Création Information Communication, 1999, 421 p.
- **BUYDENS M.**, *Droit des brevets d’invention*, Larcier, Bruxelles, coll. Création Information Communication, 25 mars 2020, 2^e éd., 562 p.

- **CABRILLAC R.**, *Droit des obligations*, Dalloz, Paris, 2 juin 2022, 15^e éd., 476 p.
- **CARON C.**, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, Paris, 5 octobre 2017, 5^e éd., 674 p.
- **CARVAL S., JOURDAIN P., et VINEY G.**, *Les effets de la responsabilité*, L.G.D.J., Paris, coll. Traités, sous-coll. Traité de droit civil, 3 mai 2017, 4^e éd., 880 p.
- **CHABAS F., MAZEAUD H. et MAZEAUD L.**, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, L.G.D.J., Paris, 17 décembre 2013, 936 p.
- **CHAMPEIL-DESPLATS V.**, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, Paris, coll. Méthodologie du droit, 13 juillet 2022, 3^e éd., 482 p.
- **CHATRY S. et ROBIN A.**, *Introduction à la propriété intellectuelle. Unité et diversité*, Bruylant, Bruxelles, coll. Paradigme, 3 novembre 2022, 4^e éd., 352 p.
- **CHAVANNE A. et BURST J.-J.**, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, Paris, 11 janvier 2012, coll. Précis, 1109 p.
- **DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., BLARY-CLÉMENT E. LE GOFFIC C.**, *Droit commercial, Actes de commerce, fonds de commerce, commerçants, concurrence*, L.D.G.J., Issy-les-Moulineaux, coll. Précis Domat, 5 septembre 2013, 13^e éd., 632 p.
- **DESBOIS H.**, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, Paris, 3^e éd., 1978, 1003 p.
- **DISSAUX N. et LOIR R.**, *Droit de la distribution*, L.G.D.J., Paris, coll. Domat Droit privé, 12 novembre 2024, 2^e éd., 786 p.
- **DROSS W.**, *Droit civil. Les choses*, L.G.D.J., Paris, 28 août 2012, 984 p.
- **DROSS W.**, *Droit des biens*, L.G.D.J., Paris, coll. Précis Domat, 29 août 2023, 480 p.
- **EDELMAN B.**, *La propriété littéraire et artistique*, Presses universitaires de France, Paris, coll. « Que sais-je », 2 juin 2008, 4^e éd., 128 p.
- **FABRE-MAGNAN M.**, *Droit des obligations Tome 2 – Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, Paris, coll. Thémis, 13 janvier 2021, 5^e éd., 608 p.
- **FAGES B.**, *Droit des obligations*, L.G.D.J., Issy-les-Moulineaux, 27 août 2024, 14^e éd., 600 p.
- **FOYER J. et VIVANT M.**, *Le droit des brevets*, Presses universitaires de France, Paris, 1991, 483 p.
- **FRISON-ROCHE M.-A. et RODA J.-C.**, *Droit de la concurrence*, Dalloz, Paris, 2^e éd., 14 avril 2022, 842 p.
- **GAUDRAT P. et SARDAIN F.**, *Traité de droit civil du numérique – Tome 1 – Droit des biens*, Larcier, Bruxelles, septembre 2015, 908 p.

- **GRIMALDI C.**, *Droit des biens*, L.G.D.J., Issy-les-Moulineaux, 27 août 2024, 4^e éd., 744 p.
- **GRYNBAUM L., C. LE GOFFIC et PAILLER L.**, *Droit des activités numériques*, Dalloz, Paris, coll. Paris, sous-coll. Droit privé, 24 août 2023, 2^e éd., 1144 p.
- **LARDEUX G., et SÉRIAUX A.**, *Manuel de droit des obligations*, PUF, Paris, 4 janvier 2023, 5^e éd., 420 p.
- **LATIL A.**, *Le droit numérique – Une approche par les risques*, Dalloz, Paris, 30 mars 2023, 300 p.
- **LEQUETTE S.**, *Droit du numérique*, L.G.D.J., Paris, coll. Précis Domat, 16 janvier 204, 858 p.
- **LUCAS A.**, *Le droit de l'informatique*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Thémis, novembre 1987, 551 p.
- **LUCAS A.**, *Droit d'auteur et numérique*, Paris, Litec, 1998, 355 p.
- **LUCAS A., DEVÈZE J. et FRAYSSINET J.**, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Thémis Droit privé, novembre 2001, 748 p.
- **LUCAS A., LUCAS H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A. et BERNAULT C.**, *Traité de la propriété littéraire et artistiques*, Litec, Paris, 7 décembre 2017, 5^e éd., 1935 p.
- **MACKAAY E., ROUSSEAU S., LAROUCHE P. et al.**, *Analyse économique du droit*, Dalloz, Paris, coll. Méthodes du droit, mai 2021, 3^e éd., 906 p.
- **MATHIEU M.-L.**, *Logique et raisonnement juridique*, PUF, Paris, coll. Thémis droit privé, 2 septembre 2015, 2^e éd., 446 p.
- **MOUSSERON J.-M.**, *Traité des brevets. L'obtention des brevets*, Litec, Paris, coll. CEIPI, 1984, 1097 p.
- **OPPETIT B.**, *Philosophie du droit*, Dalloz, Paris, coll. Bibliothèque Dalloz, avril 2022, 156 p.
- **PASSA J.**, *Droit de la propriété industrielle. Tome 1. Marques et autres signes distinctifs, dessins et modèles*, L.G.D.J., Paris, coll. Traité de droit de propriété industrielle, 24 novembre 2009, 2^e éd. 1146 p.
- **PASSA J.**, *Droit de la propriété industrielle. Tome 2. Brevets d'invention, protections voisines*, L.G.D.J., Paris, coll. Traité de droit de propriété industrielle, 4 juin 2013, 1059 p.
- **POLLAUD-DULIAN**, *Le droit d'auteur*, Economica, Paris, 25 septembre 2014, 2^e éd., 1760 p.

- **POLLAUD-DULLIAN**, *Droit de la propriété industrielle*, Economica, Paris, 1 juin 2022, 2^e éd., 1834 p.
- **RAYNARD J., PY E. et TREFIGNY P.**, *Droit de la propriété industrielle*, LexisNexis, Paris, Coll. Manuel, 7 juin 2023, 538 p.
- **REMICHE B. et CASSIERS V.**, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire*, Larcier, Bruxelles, 2010, 742 p.
- **ROCHFELD J.**, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, Paris, coll. Thémis, 1 décembre 2022, 3^e éd., p. 358
- **ROUBIER P.**, *Le droit de la propriété industrielle. Tome 1, Partie générale*, Recueil Sirey, Paris, 1952, 612 p.
- **ROUBIER P.**, *Le droit de la propriété industrielle, Tome 2*, Recueil Sirey, Paris, 1954, 844 p.
- **SALANIE, B.**, *Théorie des contrats*, Economica, Paris, 5 janvier 2012, 2^e éd., 232 p.
- **SCHMIDT-SZALEWSKI J. et PIERRE J.-L.**, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, Paris, 2007, 4^e éd., 696 p.
- **SCHMIDT-SZALEWSKI J.**, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, Paris, 2009, 7^e éd., 137 p.
- **STROWEL A. et DERCLAYE E.**, *Droit d'auteur et numérique : logiciels, bases de données, multimédia. Droit belge, européen et comparé*, Bruylant, Bruxelles, 4 décembre 2001, 488 p.
- **TERRÉ F., SIMLER P. et LEQUETTE Y.**, *Les obligations*, Dalloz, Précis, 22 septembre 2022, 13^e éd., coll. Précis, 1800 p.
- **VANBRABANT B.**, *La propriété intellectuelle. Tome 1 : Nature juridique*, Larcier, Bruxelles, 2016, 662 p.
- **VANBRABANT B.**, *La propriété intellectuelle. Tome 2 : Régime patrimonial*, Larcier, Bruxelles, 2018, 1074 p.
- **VINEY G.**, *Introduction à la responsabilité civile*, L.G.D.J., Paris, 17 décembre 2019, 4^e éd., 704 p.
- **ZÉNATI-CASTAING F. et REVET T.**, *Les biens*, PUF, Paris, 16 janvier 2008, 3^e éd., 759 p.

II. – OUVRAGES SPÉCIAUX

A. – Monographies et thèses de doctorat

- **ABITEBOUL S.** et **PEUGEOT V.**, *Terra Data: Qu'allons-nous faire des données numériques ?*, Le Pommier, Paris, 16 mars 2017, 344 p.
- **AIGRAIN P.**, *Cause commune : L'information entre bien commun et propriété*, Fayard, Paris, 2005, 288 p.
- **ANCEL B.**, *Éléments d'histoire du droit international privé*, éd. Panthéon Assas, coll. Essais, 16 mai 2017, p. 207 s.
- **ANOUIL E.**, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, PUF, Paris, 1980, 194 p.
- **BASDEVANT A.** et **MIGNARD J.-P.**, *L'empire des données, Essai sur la société et la loi*, éd. Don Quichottes, Paris, 2018, 360 p.
- **BECQUET S.**, *Le bien industriel*, L.G.D.J., Paris, coll. Thèses, sous-coll. Bibliothèque de droit privé, tome 448, 22 novembre 2005, 544 p.
- **BERLIOZ P.**, *La notion de bien*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de Droit privé, 2007, 596 p.
- **BERTHILLON F.**, *L'ubiquité des biens*, L.G.D.J., Paris, coll. Thèses, sous-coll. Bibliothèque de droit privé, tome 623, 4 avril 2023, 640 p.
- **BINCTIN N.**, *Le capital intellectuel*, LexisNexis, Paris, 2007, coll. Fédération Nationale pour le Droit de l'Entreprise, sous-coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 764 p.
- **BLOCH C.**, *La cessation de l'illicite : recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Dalloz, avril 2008, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèse, 674 p.
- **BONDON M.-S.**, *Le principe de réparation intégrale du préjudice, contribution à une réflexion sur l'articulation des fonctions de la responsabilité civile*, Thèse, Montpellier, dir. R. Cabrillac, 28 novembre 2019, 517 p., PUAM, 2020, 524 p.
- **BOUCHET-LE MAPPIAN É.**, *Propriété intellectuelle et droit de propriété ; Droit comparé anglais, allemand et français*, Presses Universitaires de Rennes – P.U.R., Rennes, coll. L'univers des normes, 13 juin 2013, 374 p.
- **BOURGEOIS M.** et **BOUNEDJOUN A.**, *Droit de la donnée ; Principes théoriques et approche pratique*, LexisNexis, Paris, coll. Droit&Professionnels, 9 novembre 2017, 544 p.
- **BOURGEOIS M.**, *Droit de la donnée. Principes théoriques et approche pratiques*, LexisNexis, Paris, novembre 2017, coll. Droit et Professionnels, 300 p.

- **BRIATTA M.**, *Droit de la contrefaçon et droit de la propriété intellectuelle. Origines et enjeux d'une désunion*, Thèse, Droit, Institut d'étude politique de Paris, 13 décembre 2019
- **BUCHER C.-É.**, *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif*, Dalloz, Paris, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 102, avril 2011
- **BURNIER D.**, *La notion d'invention en droit européen des brevets*, thèse Lausanne, 1980, 206 p.
- **BUYDENS M.**, *La propriété intellectuelle. Évolution historique et philosophique*, Bruxelles, Bruylant, 23 mai 2012, 494 p.
- **BUYDENS M.**, *La protection de la quasi-crétation*, Larcier, Bruxelles, 1993, 850 p.
- **CARBONNIER J.**, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., L.G.D.J., Paris, juillet 2001, 490 p.
- **CATTARUZZA A.**, *Géopolitique des données numériques : pouvoir et conflits à l'heure du big data*, Le Cavalier Bleu, Paris, 14 mars 2019, 208 p.
- **CERQUEIRA G. et MONTEILLET V.**, *Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, Paris, décembre 2021, 350 p.
- **CHARDEAUX M.-A.**, *Les choses communes*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 464, juin 2006, 504 p.
- **CHARTIER Y.**, *La réparation du préjudice*, Dalloz, Paris, coll. Connaissance du droit, 1^{er} mars 1996, 1050 p.
- **CHATRY S.**, *Le concours de droits de propriété intellectuelle – Essai d'une théorie générale*, Thèse, Droit, Université de Nantes, 2011
- **CLAM J.**, *Trajectoires de l'immatériel : Contribution à une théorie de la valeur et de sa dématérialisation*, Paris, CNRS Éditions, 2004 coll. CNRS Sociologie, 200 p.
- **CLAVIER J.-P.**, *Les catégories de la propriété intellectuelle à l'épreuve des créations génétiques*, éd. L'Hamattan, novembre 1998, 386 p.
- **COLOMBET C.**, *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde ; Approche de droit comparé*, Litec, Paris, juin 1992, 2^e éd., 196 p.
- **CONVERT L.**, *L'impératif et le supplétif dans le droit des sociétés. Étude de droit comparé Angleterre-Espagne-France*, L.G.D.J., coll., Bibliothèque de droit privé, t. 374, 2003, 704 p.
- **CUKIER K. et MAYER-SCHÖNBERGER V.**, *Big Data. La révolution des données est en marche*, Robert Laffont, Paris, 20 février 2014, 300 p.

- **DEMOGUE R.**, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique.* éd. Arthur Rousseau, Paris, 1911, p. 125
- **DERCLAYE E.**, *The Legal Protection of Databases : a Comparative Analysis*, éd. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 21 mars 2008, 392 p.
- **DESORÉS I.**, *Les mesures d'instruction in futurum*, Thèse pour le doctorat en droit, Droit Strasbourg 3, 2002, Paris, Dalloz, 2004, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 680 p.
- **DHENNE M.**, *Technique et droit des brevets*, LexisNexis, Paris, septembre 2016, 500 p.
- **DIENG M.**, *Exceptions au droit d'auteur et mesures techniques de protection*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Panthéon-Assas, 30 novembre 2012
- **DOCQUIR B.**, *Le droit de la vie privée*, Larcier, Bruxelles, 1^{er} janvier 2008, 328 p.
- **DORNBIERER C.**, *Les choses non rivales : essai sur le régime juridique de l'information*, thèse de doctorat de droit privé, Université d'Aix-Marseille, soutenu le 6 décembre 2022, p. 16, n° 2.1.
- **DRAI L.**, *Le droit du travail intellectuel*, L.G.D.J., Paris, coll. Thèses, sous-coll. Bibliothèque de droit social, tome 42, 6 septembre 2005, 320 p.
- **DROESBEKE J.-J.** et **VERMANDELE C.**, *Histoire(s) de(s) données numériques*, EDP sciences, coll. Le monde des données, février 2018, 224 p.
- **DULONG DE ROSNAY M.** et **LE ROSNAY H.**, *Propriété intellectuelle ; Géopolitique et mondialisation*, CNRS, Paris, 2013, coll. « Les Essentiels d'Hermès », 225 p.
- **DUPERTUIS P.-R.**, *Le droit d'auteur dans le domaine de la publicité*, Thèse, Lausanne, 1964
- **DUSSART M.-L.**, *Constitution et économie*, Dalloz, Paris, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 144, avril 2015, 404 p.
- **EL HAGE Y.**, *Le droit international privé à l'épreuve de l'internet*, L.G.D.J. coll. Thèses, sous-coll. Bibliothèque de droit privé, t. 617, 26 avril 2022, 688 p.
- **FAGES B.**, *Le comportement du contractant (préf. Jacques Mestre)*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille – P.U.A.M., 24 juillet 1997, coll. Institut de Droit des Affaires, 519 p.
- **FROSINI V.**, *Law and Liberty in the Computer Age*, The Harvard papers, Tano éd., coll. CompLex, 1995, 119 p.
- **GALLOUX J.-C.**, *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, thèse de doctorat d'habilitation en droit, Université de Bordeaux I, 1988
- **GALOPIN B.**, *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, LexisNexis, Paris, 3 janvier 2013, 488 p.

- **GALVEZ-BEHAR G.** *Histoire de la propriété intellectuelle*, éd. La Découverte, coll. Repères Histoire, août 2022, 128 p.
- **GARINOT J.-M.**, *Le secret des affaires*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Bourgogne, 2011, L.G.D.J., 2013, coll. Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, préf. É. Loquin, 400 p.
- **GAUDEMET S.**, *La clause réputée non écrite*, (préf. LEQUETTE Y.), Économica, Paris, coll. Recherches juridiques, septembre 2006, 380 p.
- **GEIGER C.**, *Droit d'auteur et droit du public à l'information – Approche de droit comparé* (préface de M. Vivant), Paris, Litec/IRPI, coll. Le droit des affaires – Propriété intellectuelle, 2004, 442 p.
- **GIOVANNINI V.**, *Données massives et droit de la concurrence*, thèse de doctorat, Droit privé, Université Aix-Marseille, 9 décembre 2022
- **GOUNOT E.**, *Le principe de l'autonomie e la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Bourgogne, 1912, 470 p.
- **GRARE-DIDIER C.**, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, l'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Dalloz, Paris, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 10 mars 2005, 436 p.
- **GROSSER P.**, *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, thèse, Université Paris I, 2000
- **GRZEGORCZYK C.**, *La théorie générale des valeurs et le droit. Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, L.G.D.J., Paris, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, vol. 25, 1982, 282 p.
- **GUIBAUT L.**, *Copyright limitations and contracts, An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright* : Kluwer Law International, Information law series n° 9, The Hague, London, Boston, 24 janvier 2002, 392 p.
- **HEINZMANN L.**, *L'influence de l'environnement numérique sur les droits d'exploitation en droit d'auteur français, allemand et européen*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Paris Saclay ; Albert-Ludwigs – Universität (Freiburg im Breisgau, Allemagne), 2016, 293 p.
- **HENNEQUIN-MARC L.**, *La propriété intellectuelle des personnes publiques*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Paris II – Panthéon-Assas, 2016

- **HERMITTE M.-A.**, *L'emprise des droits intellectuels sur le monde vivant*, éd. Quae, coll. Sciences en questions, 2016, 146 p.
- **JACQUEMIN Z.**, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droit français, allemand et anglais, Tome 610*, L.G.D.J., 11 mai 2015, coll. Thèse, sous-coll. Bibliothèque de droit privé, 528 p.
- **JEAN-BAPTISTE W.**, *L'espérance légitime*, Institut Universitaire Varenne, coll. Thèse, 20 décembre 2011, 466 p.
- **JOUGLEUX P.**, *La protection de l'information dans les nouvelles technologies*, thèse de doctorat, droit, université d'Aix-en-Provence, 2002
- **KAYSER P.**, *La protection de la vie privée par le droit. Protection du secret de la vie privée*, Economica et Presse universitaires d'Aix-Marseille, Paris et Aix, 1984, 396 p.
- **KITCHIN R.**, *The Data Revolution. Big Data, Open Data, Data Infrastructures and Their Consequences*, Sage, Londres, 2014, 240 p.
- **KRIEF-SEMITKO C.**, *La valeur en droit civil français : essai sur les biens, la propriété et la possession*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 20 octobre 2009, 334 p.
- **LAITHIER Y.-M.**, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, L.G.D.J., Paris, coll. Thèse, sous-coll. Bibliothèque de droit privé, 4 mai 2004, 688 p.
- **LALIGANT O.**, *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création*, Presse Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 1999, 441 p.
- **LALLEMENT A.**, *Travail, création et propriété*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Poitiers, 2012
- **LAMOUREUX M.**, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contrats. Recherche sur un possible imperium des contractants*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille – P.U.A.M., coll. Institut de droit des Affaires, 6 novembre 2006, 478 p.
- **LANIER J.**, *Who Owns the Future ?*, éd. Simon & Schuster, 4 mars 2014, 448 p.
- **LATIL A.**, *Création et droits fondamentaux*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Jean Moulin-Lyon 3, 2011
- **LAURENT J.**, *La propriété des droits*, L.G.D.J., Paris, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 537, 3 juillet 2012, 584 p.
- **LE MOULEC E.**, *Pour un renouvellement du système répressif dit des atteintes juridiques aux biens*, Thèse, droit privé, Université de Renne 1, 2019
- **LE TOURNEAU P.**, *L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle*, Dalloz, Paris, 2000, 269 p.

- **LE TOURNEAU P.**, *Le parasitisme*, Paris, Litec, 1998, 280 p.
- **LÉGER P.**, *La recherche d'un statut de l'œuvre transformatrice ; contribution à l'étude de l'œuvre composite en droit d'auteur*, L.G.D.J., Paris, juin 2018, Thèses, sous-coll. Bibliothèque de droit privé, t. 584, 522 p.
- **LESSIG L.**, *L'avenir des idées. Le sort des biens communs à l'heure des réseaux numérique*, Presses universitaires de Lyon, 1^{er} septembre 2005, 414 p.
- **LEVENEUR C.**, *Les smart contracts : étude de droit des contrats à l'aune de la blockchain*, thèse de doctorat en droit, Université Paris Sorbonne-Assas, 2022
- **LÉVÊQUE F. et MÉNIÈRE Y.**, *Économie de la propriété intellectuelle*, La Découverte, Paris, coll. « Repère », 23 octobre 2003, 128 p.
- **LEWKOWICZ G. et XIFARAS M.**, *Repenser le contrat*, Dalloz, Paris, coll. Méthode du droit, septembre 2009, 320 p.
- **LIMBACH F.**, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales, De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, L.G.D.J., 6 mars 2004, coll. Thèse, sous-coll. Bibliothèque de droit privé, t. 412, 381 p.
- **LUCAS A.**, *La protection des créations industrielles abstraites*, Librairies techniques, 1975, 320 p.
- **MACREZ F.**, *Créations informatiques : Bouleversement des droits de la propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, LexisNexis, Paris, août 2011, coll. CEIPI, 494 p.
- **MAISON ROUGE O.**, *Le droit de l'intelligence économique : patrimoine informationnel et secrets d'affaires*, Rueil-Malmaison, Lamy, 2012
- **MARCELLIN-TAUPENAS S. et DU MANOIR DE JUAYE T.**, *Le secret des affaires*, Paris, LexisNexis, 28 mars 2019, 364 p.
- **MARINO L.**, *Responsabilité civile ; activité d'information et médias*, Presse Universitaire d'Aix-Marseille Economica, Paris, 1997, coll. Droit de l'audiovisuel, 380 p.
- **MAURIN L.**, *Contrat et droits fondamentaux*, L.G.D.J., Paris, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 545, février 2013, 514 p.
- **MAURY J.**, *Essai sur la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse de doctorat, droit, 1920, université de Toulouse
- **MEL J.**, *La création salariée en droit d'auteur*, Thèse, Droit, 2005, Paris 12, Université Paris-Est Créteil Val de Marne

- **MERABET S.**, *Vers un droit de l'intelligence artificielle*, Dalloz, Paris, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 8 juillet 2020, 558 p.
- **NIELSON N.**, *Vers un renouvellement de l'abus de position dominante face au défi de l'économie numérique ? Regards croisés entre droit antitrust américain et droit européen et interne de la concurrence*, thèse de doctorat, Droit privé, Université Côte d'Azur, 512 p.
- **PARIS T.**, *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*. Presses Universitaires de France, Paris, 2002, 1ère éd., coll. Sciences sociales et sociétés, 232 p.
- **PASSA J.**, *Contrefaçon et concurrence déloyale*, Paris, Litec, 1997, 355 p.
- **PELISSIER A.**, *Possession et meubles incorporels*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèse, vol. 8, janvier 2001, 373 p.
- **PERÈS-DOURDOU C.**, *La règle supplétive*, LGDJ, Paris, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 421, 2004, 704 p.
- **PIĄTEK A.**, *La crise des exceptions en droit d'auteur : étude paradigmatique*, Thèse pour le doctorat en droit, Université d'Orléans, 2016
- **PIGNATARI O.**, *Le support en droit d'auteur*, Bruxelles, Larcier, coll. Création Information Communication, mai 2013, 702 p.
- **PUTTEMANS A.**, *Droits intellectuels et concurrence déloyale. Pour une protection des droits intellectuels par l'action en concurrence déloyale*, Bruylant, Bruxelles, 5 septembre 2000, 572 p.
- **RAYNARD J.**, *Droit d'auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Litec, Paris, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1^{er} septembre 1991, 743 p.
- **RENOUARD A.-C.**, *Du droit industriel dans ses rapports avec les principes du droit civil sur les personnes et sur les choses*, Guillaumin et Cie, 1860, 467 p.
- **RENOUF M.**, *Contribution à l'analyse juridique de la notion de valeur. Essai sur les biens à valeur négative*, Thèse de doctorat, Droit privé, Université de Caen, 2012
- **RIBAUT T.**, *Économie de l'information : approche patrimoniale*, À jour, Paris, coll. Nouvelles technologies documentaires, 1993, 339 p.
- **RIPERT G.**, *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J., Paris, 1955, 2^e éd.
- **RIPOCHE E.**, *La liberté et l'ordre public contractuels à l'épreuve des droits fondamentaux*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris II Panthéon-Assas, 2019
- **ROBIN A.**, *Droit des données de la recherche ; science ouverte, innovation, données publiques*, Larcier, Bruxelles, 24 mars 2022, 660 p.

- **ROBIN J.-N.**, *La matière pénale à l'épreuve du numérique*, Thèse de doctorat, Université de Rennes 1, 2017
- **ROUJOU DE BOUBÉE M.-È.**, *Essai sur la notion de réparation*, thèse de doctorat, Droit, Toulouse 1, 1973, L.G.D.J., Paris, coll. Bibliothèque de droit privé, t. CXXXV, 1974, 493 p.
- **SAVATIER R.**, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 3^e série, Dalloz, Paris, 1959, 340 p.
- **SERRA Y.**, *L'obligation de non-concurrence dans le droit des contrats*, Paris, Sirey, 1970, 221 p.
- **SICHEL L.**, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, Thèse de doctorat, Paris 1, 2012
- **SKRZYPNIAK H.**, *La réservation du savoir-faire : l'apport du contrat*, Thèse pour le doctorat en droit, Lille : Université de Lille 2 – Droit et Santé, 2014
- **STATHOULIAS A.**, *De l'équilibre : contribution à l'étude du droit d'auteur*, Thèse pour le doctorat en droit, Lille : Université de Lille 2 – Droit et Santé, 2015
- **STROWEL A.**, *Droit d'auteur et copyright. Divergences et convergences. Etude de droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 1993, 722 p.
- **STROWEL A.**, *Le droit d'auteur européen en transition numérique. De ses origines à l'unification européenne et aux défis de l'intelligence artificielle et des Big Data*, 18 février 2022, Larcier, Bruxelles, 394 p.
- **STUCKE M.**, et **GRUNES A.**, *Big Data and Competition Policy*, Oxford university press, Oxford, 9 juin 2016, 400 p.
- **SVEIBY K. E.**, *Knowledge Management. La nouvelle richesse des entreprises ; Savoir tirer profit des actifs immatériels de sa société*, Paris, Maxima, février 2000, 325 p.
- **TERRÉ F.**, *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, décembre 2008, 310 p.
- **THIBIERGE C. et al.**, *La force normative. Naissance d'un concept*, Bruylant, L.G.D.J., Bruxelles, Paris, 13 octobre 2009, 912 p.
- **VANUXEM S.**, *Les choses saisies par la propriété*, Paris, IRJS Éditions, coll. Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne – André Tunc, tome 35, avril 2012, 740 p.
- **VERN F.**, *Les objets juridiques. Recherche en droit des biens*, Dalloz, Paris, vol. 200, coll. Nouvelles Bibliothèque de Thèses, juillet 2020, 914 p.

- **VILLEY M.**, *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, Paris, Dalloz, novembre 2009, 286 p.
- **VIVANT M.** et **MAFFRE-BAUGÉ A.**, *Internet et la propriété intellectuelle : droit, l'information et les réseaux*, IFRI, coll. Les notes de l'IFRI, 15 juin 2002, 84 p.
- **WELLENS V.**, *Doorwerking van de intellectuele rechten in de Wet Handelspraktijken*, Larcier, Bruxelles, 2007, 118 p.
- **WINTGEN R.**, *Étude critique de la notion d'opposabilité : les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français*, L.G.D.J., Paris, coll. Bibliothèque Droit privé, 12 octobre 2004, 402 p.
- **XIFARAS M.** *La propriété : Étude de philosophie du droit*, Paris, PUF, 1^{ère} éd., 2004, 510 p.
- **ZECH H.**, *information als Schutzgegenstand*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, 488 p.

B. – Ouvrages collectifs

- **BASIRE Y.** (sous-dir.), *Propriété intellectuelle et pop culture – Le retour*, LexisNexis, coll. C.E.I.P.J., 26 avril 2023, 242 p.
- **BELLOIR-CAUX B.**, *Dictionnaire de droit des biens*, Paris, Ellipses, coll. Dictionnaire de Droit, 5 novembre 2013, 522 p.
- **BELTRAN A.**, **CHAUVEAU S.**, et **GALVEZ-BEHAR G.**, *Des brevets et des marques. Une histoire de la propriété industrielle*, Fayard, Paris, 28 novembre 2001, 312 p.
- **BERNAULT C.**, et **CLAVIER J.-P.**, *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle*, Paris, Ellipses, coll. Dictionnaire de Droit, 13 janvier 2015, 2^e éd., 515 p.
- **BLOCH C.**, **CERATI-GAUTHIER A.** et **PERRUCHOT-TRIBOULET V.** (sous-dir.), *Influence de la réforme du droit des obligations*, Dalloz, Paris, avril 2018, 800 p.
- **BOUDOT M.**, **FAURE-ABBAD M.**, et **VEILLON D.** (sous-dir.), *L'effet relatif du contrat*, L.G.D.J., Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, novembre, 3 novembre 2015, 190 p.
- **BOYER-BÉVIÈRE B.**, et **DIBIE D.** (sous-dir.), *Numérique, droit et société*, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, septembre 2022, 338 p.
- **BRUGIÈRE J.-M.** (sous-dir.), *La para-propriété intellectuelle*, Dalloz, Paris, 6 octobre 2022, 250 p.

- **BRUGUIÈRE J.-M.** (sous-dir.), *L'émergence d'un droit des données*, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, 7 décembre 2023, 186 p.
- **BRUGUIÈRE J.-M.** (sous-dir.), *La propriété intellectuelle dans les droits du marché et de la rivalité concurrentielle*, Dalloz, Paris, coll. Thèmes & commentaires, 16 novembre 2016, 154 p.
- **BRUGUIÈRE J.-M.** (sous-dir.), *La propriété intellectuelle entre autres droits*, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, 2009, 140 p.
- **BRUGUIÈRE J.-M.** (sous-dir.), *La propriété intellectuelle renouvelée par le numérique*, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, novembre 2020, 280 p.
- **BRUGUIÈRE J.-M.** (sous-dir.), *Les contrats de la propriété intellectuelle*, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, 4 décembre 2013, 132 p.
- **BUY F., LAMOUREUX M., MESTRE J. et RODA J.-C.**, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso éd., Paris, vol. 3, 18 décembre 2018, 944 p.
- **CAYROL N.** (sous-dir.), *La notion de dommages et intérêts*, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, juin 2016, 392 p.
- **CHAIGNEAU A. et NETTER E.** (sous-dir.), *Les biens numériques*, CEPRISCA, 2015, coll. colloques, 242 p.
- **CHAMOUX J.-P.** (sous-dir.), *L'appropriation de l'information*, Litec, Paris, coll. Droit & Informatique, février 1986, 184 p.
- **CHASSAGNARD-PINET S. et HIEZ D.** (sous-dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, octobre 2008, 352 p.
- **CORNU G., Travaux de l'Association H. CAPITANT**, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2014, 1099 p.
- **CORNU M., ORSI F. et ROCHFELD J.** (sous-dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Presses Universitaires de France, Paris, coll. Dictionnaires Quadrige, 6 janvier 2021, 1392 p.
- **DE BANDT J. et GOURDET G.** (sous-dir.), *Immatériel, nouveaux concepts*, Economica, Paris, 18 janvier 2001, 249 p.
- **DE TERWANGNE C.** (sous-dir.), *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR) ; analyse approfondie*, Larcier, Bruxelles, coll. Du Crids, 24 octobre 2018, 928 p.
- **DE WERRA J.** (sous-dir.), *Défis du droit de la concurrence déloyale / Challenges of Unfair Competition Law*, Schulthess, Genève, 2014, 204 p.

- **DINWOODIE G. B.** (sous-dir.), *Intellectual Property and General Legal Principles – Is IP a Lex Specialis*, éd. Edward Elgar, 2015, ATRIP Intellectual Property series, 272 p.
- **FAVREAU A.** (sous-dir.), *Le Code de la propriété intellectuelle en 10 articles*, Dalloz, Paris, décembre 2021, coll. Thèmes et commentaires, 250 p.
- **FRISON-ROCHE M.-A., et ABELLO A.** (sous-dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, L.G.D.J, Paris, coll. Droit & économie, 14 juin 2005, 447 p.
- **G’SSELL F.** (sous-dir.), *Big Data et le Droit*, Dalloz, Paris, 19 février 2020, 300 p.
- **GEIGER C.** (sous-dir.), *La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle en Europe*, LexisNexis, Paris, CEIPI Université de Strasbourg, 3 octobre 2013, 229 p.
- **GLEIZE B. et MAFFRE-BAUGÉ A.** (sous-dir.), *La propriété intellectuelle renouvelée par le numérique*, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, 4 novembre 2020, 280 p.
- **Institut de Recherche en Propriété Intellectuelle**, *Commerce électronique et propriétés intellectuelles*, Litec, IRPI, Paris, 2001, 234 p.
- **Institut de Recherche en Propriété Intellectuelle**, *L’avenir de la propriété intellectuelle*, LexisNexis, février 1993, 139 p.
- **Institut de Recherche en Propriété Intellectuelle**, *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle*, LexisNexis, 20 février 2014, 172 p.
- **LAPERCHE B.** (sous-dir.), *Propriété industrielle et innovation. La « nouvelle économie » fausse-t-elle l’enjeu ?*, L’Harmattan, Paris, coll. L’esprit Économique, 2001, 192 p.
- **LAPOUSTERLE J., WARUSFEL B.** (sous-dir.), *La protection des secrets d’affaires : perspectives nationales et européennes : actes du colloque du 1^{er} avril 2016*, LexisNexis, Paris, coll. Du C.E.I.P., 7 décembre 2017, 170 p.
- **LARDEUX G.** (sous-dir.), *L’efficacité du contrat*, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, février 2011, 96 p.
- **LATINA M.** (sous-dir.), *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, mars 2017, 120 p.
- **LEFEBVRE J.** (sous-dir.), *DICODEX : Réflexion sur les définitions juridiques codifiées*, CEPRISCA, 2015, coll. colloques, 350 p.
- **LEVENEUR L.** (sous-dir.), *Les « nouveaux » biens ; Nouvelles qualifications ou nouveaux régimes*, Paris, Dalloz, 2020, coll. Thèmes & commentaires, 132 p.

- **LOQUIN É. et MARTIN A.** (sous-dir.), *Droit et marchandisation*, LexisNexis, Paris, coll. Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investisseurs internationaux, 16 avril 2010, 462 p.
- **LOUSSOUARIN Y. et LAGARDE P.** (sous-dir.), *L'information en droit privé ; Travaux de la conférence d'agrégation*, Paris, L.G.D.J., 1978, 588 p.
- **MACKAAY E.** (sous-dir.), *Nouvelles technologies et propriété : actes du colloque tenu à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, les 9 et 10 novembre 1989...*, Montréal Paris, Éd. Thémis Litec, 1991, 249 p.
- **MADEC A.** (sous-dir.), *Les flux transfrontières de données : vers une économie internationale de l'information ?*, La Documentation française, Paris, 1982, 150 p.
- **MASSON A.** (sous-dir.), *Les stratégies juridiques des entreprises*, Larcier, Bruxelles, 13 juillet 2009
- **MAYÈRE A.** (sous-dir.), *La société informationnelle : enjeux sociaux et approches économiques*, Paris, L'Harmattan, 1997, coll. Communication, p. 234
- **NETTER E. et CHAIGNEAU A.** (sous-dir.), *Les biens numériques*, CEPRISCA, coll. Colloques, 13 novembre 2015, 240 p.
- **NEVEJANS N.** (sous-dir.), *Données et technologies numériques. Approches juridique, scientifique et éthique*, éd. Mare & Martin, coll. Droit & Science Politique, 13 mai 2021, 550 p.
- **PUTTEMANS A., GENDREAU Y. et DE WERRA J.** (sous-dir.), *Propriété intellectuelle et concurrence déloyale : les liaisons dangereuses ?*, Larcier, Bruxelles, 4 juillet 2017, 328 p.
- **PUTTMANS A. et DEMARSIN B.** (sous-dir.), *Les aspects juridiques de l'art contemporain*, Larcier, Bruxelles, coll. Unité de droit économique de l'ULB, 17 décembre 2012, 160 p.
- **ROBIN A.** (sous-dir.), *La propriété intellectuelle en partage*, Paris, Dalloz, 2020, coll. Thèmes & commentaire, 170 p.
- **SEFTON-GREEN R. et USUNIER L.** (sous-dir.), *La concurrence normative. Mythes et réalités*, Société de législation comparée éd., coll. Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris, vol 33, 4 février 2014, 298 p.
- **SERRA Y.** (sous-dir.), *La concurrence déloyale*, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, 1^{er} juin 2001, 144 p.
- **STOFFEL-MUNCK P.** (sous-dir.), *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Dalloz, Paris, coll., Thèmes et commentaires, novembre 2015, 180 p.

- **STRICKLER Y. et SIIRIAINEN F.** (sous-dir.) *Volonté et biens, regards croisés*, L'Harmattan, coll. Droit privé et sciences criminelles, juillet 2013, 345 p.
- **TOMASIN, D.** (sous-dir.). *Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat*, Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2006, [en ligne] Disponible sur Internet : <http://books.openedition.org/putc/1716> (consulté le 02/04/2022)
- **VIVANT M.** (sous-dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Paris, LGDJ, coll. Droit et Économie, 2014, 194 p.
- **VIVANT M.** (sous-dir.), *Le Lamy Droit du numérique*, Lamy Liaison, Saint-Ouen, juin 2023, éd. 2023, 1286 p.
- **VIVANT M.** (sous-dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, Paris, Ellipses, coll. Le droit en questions, 1998, 127 p.
- **VIVANT M.** (sous-dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2019, 750 p.
- **VIVANT M.** (sous-dir.), *Protéger les inventions de demain. Biotechnologies, logiciels et méthodes d'affaires*, La Documentation française, Paris, coll. Propriété intellectuelle. 7 juillet 2003, 320 p.
- **WIJCKMANS F. et TUYTSCHAEVER F.** (sous-dir.), *Horizontal agreements and cartels in EU competition law*, Oxford University Press, Oxford, 26 mai 2015, 512 p.

III. – CHRONIQUES ET ARTICLES DE LA DOCTRINE

- **ABOUKRAT A.**, *La construction de communs dans le domaine de l'immatériel : le cas particulier des brevets – Entre paradoxe et paradigme*, RLDI, 1^{er} décembre 2011, n° 77, p. 54-63
- **ALBRIEUX S.**, *Réflexions autour de la réversibilité et de la qualification du prestataire de cloud*, in B. FAUVARQUE-COSSON, ZOLYNSKI C. (sous-dir.) *Le cloud computing*, l'informatique en nuage, Société de Législation Comparée, Paris, voll. 22, p. 117 et s.
- **ALLAMELOU A.**, *Le parasitisme : un concept autonome ?*, RLC, 1^{er} avril 2018, n° 71
- **ALLEAUME C.**, *À propos de la propriété des données agricoles...*, Droit rural, janvier 2019, n° 469, dossier 2
- **ALLEAUME C.**, *La contractualisation des exceptions ; La situation en France*, Propr. Intell., octobre 2007, n° 25, p. 436-442

- **ALLEAUME C. et MARTIN D.**, *Base de données – Contractualisation de l'accès*, Revue de jurisprudence commerciale, janvier/février 2016, n° 1, p. 22-24
- **AMATO S.**, « Rien qui soit » : *présences juridiques de l'immatériel*, Arch. phil. dr., 1999, n° 43, p. 45-59
- **ANCIAUX A. et FARCHY J.**, *Données personnelles et droit de propriété : quatre chantiers et un enterrement*, Revue internationale de droit économique, 2015/3, T. XXIX, p. 307-331
- **ANCIAUX N. et ZOLYNSKI C.**, *Empowerment et Big Data sur données personnelles ; De la portabilité à l'agentivité*, in *Le Big Data et le Droit*, sous-dir. F. G'sell, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, février 2020, p. 219-237
- **ANDRIEU E.**, *Les idées ne sont pas de libre parcours*, Légipresse mars 2009, n° 259, I, p. 23
- **ANEČEK V.**, *Ownership of personal data in the Internet of Things*, Computer Law & Security Review, 2018, vol. 34, n° 5, p. 1039-1052
- **ANTIPPAS J. et BEIGNIER B.**, *La diffamation d'une entreprise*, in *Mélange en P. Serlooten*, Dalloz, Paris, 2015, p. 113
- **APLIN T.**, *A Critical Evaluation of the Proposed EU Trade Secrets Directive (July 18, 2014)*, King's College London Law School Research Paper n° 2014-25 [en ligne] Disponible sur : <https://ssrn.com/abstract=2467946> (consulté le 04/05/2017)
- **ARHAB F.**, *Les nouveaux territoires de la faute*, Resp. civ. et assur. 2003, n° 6, p. 43 et s.
- **ARNAUD A.-J.**, *Réflexions sur l'occupation du droit romain classique au droit moderne*, Revue historique de droit français et étranger, 1968, p. 183 et s.
- **ASO T.**, *Marge de protection du droit de la propriété intellectuelle et droit de la responsabilité civile*, in *Mélange en l'honneur de Michel Vivant*, Dalloz, Paris, coll. Étude, Mélange, septembre 2020, p. 518 et s.
- **ATIAS C.**, *Destins du droit de propriété*, Droits Revue française de théorie juridique, 1985, n° 1, p. 9
- **ATIAS C.**, *Les biens en propre et au figuré ; Destitution du propriétaire et disqualification de la propriété*, D., 2004, p. 1459
- **AUBIN-BROUTÉ R.-J.**, *Le contrat pour la maîtrise des données agricoles*, Droit rural, janvier 2020, n° 479, colloque 3
- **AUBY J.-B.**, *Le droit administratif face aux défis du numérique*, AJDA, 2018, n° 15, p. 835

- **AUDIT M.**, *L'interprétation autonome du droit international privé communautaire*, Journal du droit international (Clunet), juillet 2004, n° 3, vol. 131, p. 789
- **AUDRAT P.**, *L'invention informatique : un débat difficile et contourné*, RTD Com., 2005, p. 323 et s.
- **AUDREN B.**, *Le point de vue de l'avocat*, LPA, 11 novembre 2016, n° 226, p. 65
- **AUGAGNEUR L.-M.**, *Le déséquilibre significatif par les plateformes : le cas des conditions générales de google Play*, RLDC, 1^{er} juin 2022, n° 117
- **AUTENNE A., DELNOOZ F. et GOUVERNEUR M.**, *Les actifs essentiels protégés par un droit de propriété intellectuelle : la libre concurrence face au droit de propriété et à la liberté de contracter*, in *Actualités en droit économique : La liberté d'entreprendre ou le retour en force d'un fondamental du droit économique* (sous-dir. Léonard T.), Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 123-145
- **AUVRET-FINCK J.** *Concrétisation et aménagement de la liberté d'expression sur Internet en droit européen*, in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en l'honneur au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, Bruxelles, vol. 1, 12 octobre 2004, p. 99-118
- **AZÉMA J.**, *L'incidence des dérives du parasitisme sur le régime des droits de propriété industrielle (à propos de quelques décisions récentes)*, in *Études de Droit privé – Mélanges offerts à Paul Didier*, Economica, Paris, 25 janvier 2008, p. 1-9
- **AZOULAI L.**, « *L'État, c'est moi* ». *Le Conseil d'État, la sécurité et la conservation des données*, RTD Eur., avril 2021, n° 2, p. 349-373
- **AZZI T.**, *Juge et loi ; Du savoir-faire non breveté : approche de droit international privé*, in *Mélange en l'honneur de Michal Vivant*, Dalloz, Paris, coll. Études, mélanges, travaux, septembre 2020, p. 533-555
- **AZZI T.**, *Les métadonnées relatives aux photographies : enjeux et perspectives ; Observations sous CSPLA, Rapport sur les données liées aux images fixes*, juill. 2021, Dalloz IP/IT, 2021, p. 645
- **AZZI T.**, *Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs*, RTD Civ., 2007, p. 227 et s.
- **AZZI T.**, *Open data et propriété intellectuelle. État des lieux au lendemain e l'adoption de la loi pour une République numérique*, D., 2017, p. 583
- **BACCICHETTI E. et BONNET P.**, *Droit des pratiques anticoncurrentielles et droits de propriété intellectuelle*, JCP E, 12 novembre 2009, n° 49

- **BALLET L.**, *L'exception TDM dans la Directive droit d'auteur, une volonté européenne*, Dalloz IP/IT, 15 mai 2019, n° 5, p. 304
- **BALLOT-LÉNA A.**, *Concurrence déloyale et responsabilité civile de droit commun*, Contrats, conc. consom., 6 juin 2019, n° 6, dossier 3
- **BALLOT-LÉNA A.**, *Les pratiques des affaires saisies par le droit commun de la responsabilité civile français*, Revue générale du droit, 2016 [en ligne] Disponible sur : https://www.revuegeneraledudroit.eu/wp-content/uploads/coll_uds_RGD201602.pdf (consulté le 25/04/2020)
- **BARBIER H.**, *L'article 1171 du Code civil est évincé par les textes spéciaux de lutte contre les clauses abusives*, RTD Civ., 2022, n° 1, p.124 et s.
- **BARBIER H.**, *La présomption de l'existence mais aussi de l'étendue du préjudice de la victime d'acte de parasitisme*, RTD Civ., 2020, p. 391 et s.
- **BARBIER H.**, *Vent de faveur pour le réputé non écrit partiel*, RTD Civ., 9 juillet 2020, n° 2, p. 373 et s.
- **BARBIER H.**, *Vers un principe de cumul des sanctions légales et contractuelles de l'inexécution du contrat*, RTD Civ., 2019, p. 330 et s.
- **BARBRY É. et OLIVIER F.**, *Des réseaux aux autoroutes de l'information : Révolution technique ? Révolution juridique ? – 2. – Du contenu informationnel sur les réseaux*, JCP G, 8 mai 1996, n° 19, doct. 3928
- **BARLOW D.**, *La loi du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique : un état des lieux*, JCP E, 25 octobre 2007, n° 43-44
- **BARTOW A.**, *Our Data, Ourselves : Privacy, Propertization, and Gender*, University of San Francisco Law Review 633-704, 2000, Vol. 34, Issue 4
- **BASSI T.**, *Les données collectées par le concessionnaire de service public*, AJDA, 2019, n° 9, p. 496
- **BAU P.**, *Évaluation du préjudice de l'entreprise innovante*, JCP E, 2 août 2018, n° 31-35
- **BAUER-VIOLAS C.**, *La propriété et le vol*, Justice&Cassation, Dalloz, 2 septembre 2015, p. 44
- **BAYLE A.**, *L'habeas data à l'ère de l'e-santé*, Dalloz IP/IT, 20 mai 2020, n° 5, p. 285
- **BEAUSSONIE G.**, *À propos d'une controverse contemporaine et persistante : le vol d'informations*, Revue de droit d'Assas, décembre 2018, n° 17, p. 99-105
- **BEAUSSONIE G.**, *Bien(s) et utilité(s)*, in Mélanges G. Forest, Dalloz, Paris, 2014, p. 39

- **BEAUSSONIE G.**, *L'entrée dans l'ère du vol par téléchargement : à propos de l'épilogue (provisoire ?) de l'affaire Bluetouff*, JCP G, 27 juillet 2015, n° 30-35, 887
- **BEAUSSONIE G.**, *La dématérialisation de l'abus de confiance*, AJ Pénal, 2017, p. 215
- **BEAUSSONIE G.**, *La pérennité de la protection pénale des biens incorporels*, D., 2012, p. 134
- **BEAUSSONIE G.**, *La protection pénale de la propriété sur l'information*, Droit pénal, 1^{er} septembre 2008, n° 8
- **BEAUSSONIE G.**, *Une appréhension électronique de documents par un salarié justifiée par l'exercice des droits de la défense*, D., 2011, p. 2254
- **BECQUÉ-ICKOWICZ S.**, *Contrat – Effets du contrat à l'égard des tiers – Dispositions générales – Opposabilité*, JurisClasseur Notarial Répertoire, Fasc. 37-2, 5 avril 2017
- **BEFFA J.-L.**, *Regards sur l'économie contemporaine à travers le prisme de la propriété industrielle*, Rencontre-débat INPI, 4 décembre 2001, doc. INPI, Service de la communication
- **BÉGUIN-FAYNEL C.**, *La problématique de l'appropriation des données agricoles*, Droit rural, janvier 2020, n° 479, colloque 2
- **BEHAR-TOUCHAIS M.**, *La résolution du conflit des textes sur le déséquilibre significatif : À propos du non-cumul entre l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce et l'article 1171 du Code civil*, JCP G., 18 avril 2022, n° 15, étude 494, p. 793
- **BELLEFLAMME P.**, *L'économie de la propriété intellectuelle. Introduction et description du contenu*, Reflets et perspectives de la vie économique, 2006/4, Tome XLV, p. 5-9
- **BÉLOT F.**, *L'évaluation du préjudice économique subi par une entreprise nouvelle ou innovation*, D. 2008, p. 1569
- **BELOT F.**, *Pour une meilleure protection des valeurs économiques*, LPA, 6 décembre 2006, n° 243, p. 6
- **BENABOU V.-L.**, *Entrée par effraction d'une notion juridique nouvelle et polymorphe : le contenu numérique*, Dalloz IP/IT, 6 janvier 2017, n° 1, p. 7
- **BENABOU V.-L.**, *Épuisement des droits, épuisements des droits : une approche globale de la théorie de l'épuisement est-elle possible ?*, LÉGICOM, 2001, n° 2, vol. 25, p. 118
- **BENABOU V.-L.**, *L'extension du domaine de la donnée*, LEGICOM, 2017, n° 59, p. 3 à 17
- **BENABOU V.-L.**, *L'originalité, un janus juridique ; Regards sur la naissance d'une notion autonome de droit de l'Union*, in *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, Paris, LexisNexis, 2014, p. 17-34

- **BENABOU V.-L.**, *Liberté de création, concurrence des droits et partage de la valeur*, LEGICOM, 2017, n° 58, p. 75-83
- **BENABOU V.-L.**, *Originalité ? Vous avez dit originalités ?*, LEGICOM, 2014/2, n° 53, p. 5-15
- **BENABOU V.-L.**, *Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle*, RLDI, 1^{er} janvier 2005, n° 1, p. 54
- **BENABOU V.-L.**, *Une carte topographique est une base de données en raison de sa valeur informationnelle*, Dalloz IP/IT, 2016, p. 89
- **BENABOU V.-L.**, *Une cinquième liberté de circulation numérique ? Est-ce possible ? Est-ce utile ?*, RTD Eur., 2021, n° 2, p. 279-295
- **BENDAVID M. et QUENDOLO C.**, *L'inquiétante invention prétorienne du recel d'un abus de la liberté d'expression*, AJ Pénal, 2020, p. 293
- **BENSAMOUN A.**, *La personne morale en droit d'auteur : auteur contre-nature ou titulaire naturel ?*, D., 2013, p. 376
- **BENSAMOUN A.**, *Le value gap ou le partage de la valeur dans la proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique*, Entertainment & Law, 8 août 2018, n° 4, p. 278
- **BENSAMOUN A.**, *Les créations salariées ; véritable oxymore du droit d'auteur*, D., 2014, p. 2351
- **BENSOUSSAN A.**, *Droit de l'innovation, droit à l'innovation : un droit en devenir*, Dr. & Pat., 1^{er} octobre 2003, n° 119, p. 68-69
- **BENHAMOU Y. et DE WERRA J.**, *Propriété intellectuelle et concurrence déloyale. Analyse du droit suisse et perspectives de droit allemand*, in *Propriété intellectuelle et concurrence déloyale : les liaisons dangereuses ?* (sous-dir. PUTTEMANS A., GENDREAU Y. et DE WERRA J.) Larcier, Bruxelles, 2017, p. 183-208.
- **BENSADOUN M.-H. et CHAFIOL-CHAUMONT F.**, *La mise en place au sein de l'entreprise des outils pour prévenir et réprimer la fraude des salariés*, Cah. dr. entr., 1^{er} janvier 2013, n° 1
- **BENSAMOUN A. et LOISEAU G.**, *L'intégration de l'intelligence artificielle dans certains droits spéciaux*, Dalloz IP/IT, 2017, p. 295
- **BENZONI L.**, *Loyauté de la concurrence et économie : une perspective historique*, RLC, 1^{er} novembre 2017, n° 66, p. 4-10

- **BERGEL J.-L.**, *Aperçu comparatiste du droit de propriété*, in Mélanges G. Forest, Dalloz, Paris, 2014, p. 103
- **BERGER T.**, *Nouvelles technologies, secret des affaires et accès à l'information : une recherche d'équilibre dans un labyrinthe de norme*, Dalloz IP/IT, décembre 2021, p. 637-640
- **BERLIOZ P.**, *Consécration du vol de données informatiques. Peut-on encore douter de la propriété de l'information ?*, RDC, décembre 2015, n° 4, p. 951-955
- **BERNAULT C.**, *Accès à la connaissance et droit d'auteur*, in Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, LexisNexis, Paris, 2014, p. 63-74
- **BERNAULT C.**, *Bases de données = droit d'auteur, droit sui generis ou protection par le contrat*, Propr. intell., avril 2015, n° 55, p. 211-212
- **BERNAULT C.**, *Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Règles générales (CPI, art. L. 112-1 et L. 112-2)*, JurisClasseur Civil Annexes, LexisNexis, Fasc. n° 1135, 15 juillet 2021
- **BERTRAND A.**, *La brevetabilité des programmes d'ordinateurs au regard des textes, de la jurisprudence et de la pratique en France et à l'étranger*, Expertises, 1983, n°55, p. 203
- **BERTRAND A. et DEROUSSEAU G.**, *Le projet de directive sur la brevetabilité des logiciels : la propriété industrielle doit-elle rester « industrielle » ?*, RDPI, 2000
- **BILON J.-L.**, *L'unité juridique des systèmes de traitement de l'information*, in Mélanges offerts à André Colomer, Litec, Paris, 1993, p. 47-59
- **BINCTIN N.**, *Données et secret des affaires*, Propr. intell. avril 2020, n° 75, p. 41-57
- **BINCTIN N.**, *L'apport en société de savoir-faire*, AJCA, 2015, p. 355
- **BINCTIN N.**, *L'évaluation des actifs immatériels peut-elle servir pour évaluer le préjudice ?*, Cah. dr. entr., juillet 2007, n° 4, dossier 22
- **BINCTIN N.**, *L'influence de l'intelligence artificielle sur les mécanismes de la propriété intellectuelle*, in Penser le droit de la pensée, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, Paris, septembre 2020, p. 40-72
- **BINCTIN N.**, *La Cour de cassation et la propriété industrielle sur Internet*, Comm. com. électr., n° 7-8, juillet-août 2017, p. 12-15
- **BINCTIN N.**, *La propriété intellectuelle, un droit de propriété plus qu'une exception*, in L'articulation des droits de propriété intellectuelle et du droit de la concurrence, sous-dir. P. Tréfigny, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, 2020, p. 105-124
- **BINCTIN N.**, *Le capital intellectuel*, Comm. com. électr., n° 9, septembre 2005, étude 32

- **BINCTIN N.**, *Le cumul d'appropriation : du parfum au logiciel*, Comm. com. électr., n° 12, décembre 2006, étude 36, p. 9-14
- **BINCTIN N.**, *Le droit de la concurrence déloyale – Perspectives française et européenne*, in *Défis du droit de la concurrence déloyale / Challenges of Unfair Competition Law* (sous-dir. DE WERRA J.), Schulthess, Genève, 2014, p. 73 et s.
- **BINCTIN N.**, *Le statut juridique des informations non appropriées*, Légicom, 2013, vol. 49, n° 1, p. 29-40
- **BINCTIN N.**, *Les biens intellectuels : contribution à l'étude des choses*, Comm. com. électr., n°6, juin 2006, étude 14, p. 8-12
- **BINCTIN N.**, *Les sept familles de la propriété intellectuelle*, in *Mélange J. Schidt-Zalewski*, LexisNexis, Paris, coll. CEIPI, n°61, 2014, p. 49
- **BINCTIN N.**, *Savoir-faire*, Répertoire IP/IT et Communication, Dalloz, janvier 2018
- **BINCTIN N.**, *Standardisation internationale privée et droit de la propriété intellectuelle*, in *La standardisation internationale privée* (sous-dir. Régis Bismuth), Larcier, Bruxelles, 15 juillet 2014, p. 86
- **BIRMINGHAM, R. L.**, *Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency*, 1970, *Articles by Maurer Faculty*, 139 p. 273-292
- **BISMUTH R.**, *L'influence de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur le droit d'auteur français des logiciels et des bases de données*, Comm. com. électr., 1^{er} janvier 2019, n° 1, étude 2, p. 10-13
- **BISMUTH R.**, *Le Cloud Act face au projet européen e-evidence : confrontation ou coopération ?*, RCDIP, 27 décembre 2019, n° 3, p. 681
- **BISMUTH R.**, *Une analyse contextualisée de l'extraterritorialité du Cloud Act*, JCP E, 4 octobre 2018, n° 40, étude 1497
- **BITAN H.**, *Le monopole des titulaires de droit d'une base de données*, Pal. Gaz., 24 avril 2008, n° 115
- **BITAN H.**, *Une vision expertale de la protection des données dans l'entreprise*, Cah. dr. entr., 1^{er} mars 2010, n° 2
- **BJØRN Larsen T.**, *La protection du secret des affaires sous la loi danoise*, Cah. dr. entr., 1^{er} septembre 2008, n° 5, p. 43-45
- **BLAIZOT-HAZARD C.**, *Savoir et droits fondamentaux – De l'ère industrielle à l'ère communicationnelle*, RFDA, 2016, n°4, p. 707

- **BLANDIN-OBERNESSE A.**, *Le principe de neutralité technologique*, in *Le droit de l'Union européenne en principes – Liber amicorum en l'honneur de Jean RAUX*, Apogée, 1^{er} mars 2006, p. 243-259
- **BLOCH C.** et **STOFFEL-MUNCK P.**, *La cessation de l'illicite*, in *Pour une réforme du droit de la responsabilité* (sous-dir. François Terré), Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, mars 2011, p. 87
- **BOEV I.**, *Le nouveau règlement : un 5^e principe de libre circulation ?*, Dalloz IP/IT, 16 avril 2020, n° 4, p. 223
- **BOILLOT C.**, *L'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires*, RTD Com. 15 septembre 2010. n°2, p. 243
- **BONET G.**, *Abus de position dominante et droits sur les créations : une évolution inquiétante de la jurisprudence communautaire ?*, in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, Paris, 1993, p. 87-108
- **BONNEAU P.** et **MOORE D.**, *Le secret des affaires dans les relations de travail*, Dr. & Patr., 1^{er} décembre 2018, n° 286, p. 28-33
- **BORGHETTI J.-S.**, *La réparation intégrale du préjudice à l'épreuve du parasitisme*, recueil Dalloz Sirey, 21 mai 2020, n° 19, p. 1086-1092
- **BOUL M.**, *Réflexion sur la notion de donnée publique*, RFAP, 2018/3, n° 167, p. 471-478
- **BOUOC B.**, *Les infractions contre les biens dans le nouveau code pénal*, RSC, 1993, p. 481
- **BOURCIER D.**, et **DE FILIPPI P.**, *Vers un droit collectif sur les données de santé*, Revue de droit sanitaire et social, 2018, n° 3, p. 444 et s.
- **BOURGEOIS H.**, et **OBJOIS M.**, *La Cour de cassation se prononce sur la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur*, Dalloz IP/IT, 2023, p. 306 et s.
- **BOURGEOIS M.** et **BOUNEDJOU A.**, *L'émergence d'un « droit des données » – L'utilisation des données*, Revue International de la Compliance et de l'Éthique des Affaires, décembre 2015, n° 4, 137
- **BOURGEOIS M.** et **THIBIERGE L.**, *Droit de la donnée : plaider pour un régime général*, JCP E., 14 mai 2020, n° 20, étude n° 1207, p.39-43
- **BOURGEOIS M.** et **THIBIERGE L.**, *Droit de la donnée*, JCP E., 1^{er} juillet 2021, n° 26, 1331, p. 23
- **BOY L.**, *L'abus de pouvoir de marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence ?*, Revue internationale de droit économique, 2005, t. XIX, n° 1, p. 27-50

- **BOY L.**, *Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions de la concurrence*, JCP G, 6 octobre 2004, n° 41, doct. 166, p. 1733-1738
- **BREESÉ P.**, *Brevetabilité des logiciels : un débat d'experts aboutissant à la confrontation entre deux modèles politico-économiques*, RLDI, 2005, n° 1, p. 11 et s.
- **BREESE P.**, *Propriété intellectuelle et mondialisation L'économie de l'immatériel n'est pas l'économie de l'irréel*, Dr. & Pat., n° 96, 1^{er} septembre 2001
- **BRENNER C. et LEQUETTE S.**, *Acte juridique – Théorie générale de l'acte juridique*, Répertoire de droit civil, Dalloz, février 2019
- **BRÈS A.**, *Les usages permettent-ils d'apprécier la licéité de l'obtention et de la divulgation de secrets d'affaires ?*, JCP E, 22 décembre 2016, n° 51-52, p. 44-45
- **BREUKER L.**, *Le support de création et le support de commercialisation de l'œuvre*, Comm. com. électr., n° 1, janvier 2003, chron. 2
- **BRONZO N.**, *Le droit moral de l'inventeur*, Prop. indust.. 2013, étude 5, 1369
- **BROUSSEAU É., et FARES M.**, *Règles de droit et inexécution du contrat. L'apport de la théorie économique des contrats au droit comparé*, Revue d'économie politique, 2002/6, vol. 112, p. 824-825
- **BRUGUIÈRE J.-M.**, *Droit à l'interopérabilité et concurrence en matière de droit d'auteur*, in *La propriété intellectuelle dans les droits du marché et de la rivalité concurrentielle*, sous-dir. J.-M. Bruguière, D., Paris, coll. Thèmes et commentaires, 2016, p. 31-44
- **BRUGUIÈRE J.-M.**, *Faits et méfaits de la perpétuité dans la propriété littéraire et artistique*, Propr. industr., octobre 2010, dossier 10
- **BRUGUIÈRE J.-M.**, *L'équilibre des droits en matière de droit d'auteur selon la Cour de justice : toutes les exceptions, rien que les exceptions mais pas que les exceptions*, JCP G., 30 septembre 2019, n° 40, p. 1725-1730
- **BRUGUIÈRE J.-M.**, *L'immatériel à la trappe*, D., 30 novembre 2006, p. 2804
- **BRUGUIÈRE J.-M.**, *La protection de l'entreprise sur les réseaux sociaux*, JurisClasseur Communication, Fasc. 620, 1^{er} octobre 2022
- **BRUGUIÈRE J.-M.**, *Le « droit d'auteur économique » : un droit d'auteur entrepreneurial perturbateur du droit d'auteur humaniste*, in *Mélange en l'honneur de Michal Vivant*, Dalloz, Paris, coll. Études, mélanges, travaux, septembre 2020, p. 731-768
- **BRUNAUX G.**, *Cloud computing protection des données : et si la solution résidait dans le droit des contrats spéciaux ?*, D., 2013, p. 1158 et s.

- **BRUNAUX G.**, *Cloud computing protection des données : et si la solution résidait dans le droit des contrats spéciaux ?*, D., 2013, p. 1158 et s.
- **BULLICH V.**, *Le fonctionnement ambivalent de la propriété intellectuelle dans « l'économie créative »*, Communication, vol. 35/2, 2018, [en ligne] Disponible sur : <https://journals.openedition.org/communication/8194> (consulté le 15/04/2020)
- **BURST J.-J.**, *La reconstitution des « monopoles » de propriété industrielle par l'action en concurrence déloyale ou en responsabilité civile : mythe ou réalité ?*, in *Mélanges dédiés à Paul Mathély*, Paris, Litec, 1990, p. 93-100
- **BUYDENS M. et DUSOLLIER S.**, *Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses*, Comm. com. élect., septembre 2001, n° 9, chron. 22
- **BUYDENS M.**, *Le nouveau régime juridique des bases de données*, Intellectuele Rechten – Droits intellectuels, 1999, p. 9 et s.
- **BUYLE J.-P.**, *Le secret d'affaires : du droit à l'intimité au secret professionnel*, in *Liber Amicorum Guy Horsmans*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 93-132
- **CABAY J.**, *« Ce sont les regardeurs qui font les tableaux ». La forme d'une œuvre d'art conceptuel en droit d'auteur*, in *Les aspects juridiques de l'art contemporain* (sous-dir. Andrée PUTTMANS et Bert DEMARSIN, Larcier, Bruxelles, coll. Unité de droit économique de l'ULB, 17 décembre 2012, p. 9-82
- **CABAY J.**, *Droit d'auteur et intelligence artificielle : comparaison n'est pas raison*, Entertainment & Law, 13 décembre 2019, n° 6, p. 307
- **CABAY J.**, *L'épuisement en ligne du droit d'auteur ; Pérégrinations le long des frontières américaine et européennes du droit de distribution*, Auteurs & Media, n° 5, 2013, p. 317-318
- **CABON S.-M.**, *L'influence du cyber espace sur la criminalité économique et financière*, Droit pénal, 1^{er} mars 2018, n° 3, p. 12-17
- **CADIET L.**, *Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation*, in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges en l'honneur de Pierre Drat, Dalloz, 16 mars 2000, p. 495
- **CALAIS-AULOY M.-T.**, *Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et conceptuelles)*, LPA, 9 août 1999, n° 157, p. 4
- **CAMUS A.**, *La propriété des données publiques*, RFAP, 2018/3, n° 167, p. 479-490
- **CANDÉ P. de**, *Stratégie de protection des entreprises*, Juris art, etc., 2016, n° 31, p. 30
- **CANIVET G.**, *Le droit doit-il protéger l'innovation ?*, Dr. & Pat., 1^{er} octobre 2003, n° 119

- **CANTIN CUMYN M. et CUMYN M.**, *La notion de biens*, in *Mélanges offerts au professeur François Frenette. Études portant sur le droit patrimonial*, Presse de l'Université Laval Laval (Canada), 2006, p. 127-150
- **CAPPELLETI M.** *Réflexion comparatives sur le rôle de la punition de la responsabilité délictuelle*, RCD, 16 décembre 2019, n° 4, p. 293
- **CAPRIOLI É. A. et al.**, *Blockchain et smart contracts : enjeux technologiques, juridiques et business*, Cah. dr. ent., mars 2017, n° 2, p. 9-18
- **CAPRIOLI É. A.**, *Absence de sécurisation d'une base de données et partage des responsabilités*, Comm. com. électr., 1^{er} mai 2012
- **CAPRIOLI É. A.**, *Condamnation pour abus de confiance d'un salarié ayant détourné des données professionnelles à des fins personnelles*, Comm. com. électr., février 2015
- **CAPRIOLI É. A.**, *Condamnation pour vol et abus de confiance d'une ex-salariée ayant transféré des fichiers sur une clé USB*, Comm. com. électr., 1^{er} mars 2012
- **CAPRIOLI É. A.**, *Droits de la défense du salarié et courriers électroniques*, Comm. com. électr., 1^{er} janvier 2012
- **CAPRIOLI É. A.**, *Le caractère frauduleux de l'accès et du maintien dans un STAD non protégé*, Comm. com. électr., 1^{er} septembre 2013, n° 9
- **CAPRIOLI É. A.**, *Les atteintes frauduleuses à un STAD restent d'interprétation stricte !*, Comm. com. électr., 1^{er} mai 2020, n° 5, p. 40-41
- **CAPRIOLI É. A.**, *Sécurité des systèmes d'information et espionnage informatique*, Comm. com. électr., 1^{er} septembre 2013, n° 9
- **CAPRIOLI É. A.**, *Sécurité des systèmes d'information et stagiaire chinoise*, Comm. com. électr., 1^{er} avril 2008, n° 4
- **CAPRIOLI É. A.**, *Une tentative de vente d'informations confidentielles par un ancien salarié, incriminée sur le fondement de l'abus de confiance*, Comm. com. électr., 1^{er} mars 2011, n° 3, p. 39-41
- **CAPRIOLI É. A.**, *Vol et recel d'informations commerciales*, Comm. com. électr., 1^{er} mars 2011, n° 3
- **CARCASONNE G.**, *Le trouble de la transparence*, Pouvoirs, 2001/2, n° 97, p. 17-23
- **CARON C.**, *À propos de deux caractéristiques de la « redevance hypothétique »*, Comm. com. électr., 1^{er} avril 2017, n° 4, comm. 30
- **CARON C.**, *Au nom de l'éthique des affaires : point de copies tu ne feras !*, Comm. com. électr., avril 2007, n° 4, comm. 54

- **CARON C.**, *Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle*, JCP G, 22 septembre 2004, n° 39, doctrine 162
- **CARON C.**, *Exégèse de l'article L. 336-2 du Code de propriété intellectuelle consacrant les injonctions en droit d'auteur*, in *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis, Paris, 2014, p. 107-118
- **CARON C.**, *L'adaptation du droit d'auteur de la création salariée à l'entreprise*, LEGICOM, 2003, n° 29, p. 13-24
- **CARON C.**, *L'auteur est forcément une personne physique*, Comm. com. électr., avril 2015, n° 3, comm. 19, p. 28-29
- **CARON C.**, *L'interopérabilité au service de la libre concurrence*, Comm. com. électr., janvier 2012, n° 1, comm. 2
- **CARON C.**, *La notion de bien confrontée aux choses exclues d'appropriation : l'exemple des œuvres libres*, in *Les « nouveaux biens » ; Nouvelles qualifications ou nouveaux régimes ?*, sous-dir. L. Leveneur, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, Paris, janvier 2020, p. 49-60
- **CARON C.**, *Le droit moral de la personne morale*, Comm. com. électr., juin 2012, n° 6, comm. 61, p. 27-28
- **CARON C.**, *Les idées sont résolument de libre parcours !*, Comm. com. électr., septembre 2003, n° 9, p. 22
- **CARON C.**, *Les nouvelles frontières de la dématérialisation*, Comm. com. électr., septembre 2006, n° 9, repère 8
- **CARON C.**, *Les virtualités dangereuses du droit de propriété*, Defrénois, 15 septembre 1999, n° 17, p. 897
- **CARON C.**, *Pour une définition large et contemporaine du logiciel*, Comm. com. électr., janvier 2019, n° 1, étude 1, p. 8-10
- **CARON C.**, *Propos (un peu) hétérodoxes sur quelques idées reçues relatives à la possession des choses immatérielles*, Comm. com. électr., juillet 2002, n° 7-8, comm. 95
- **CARRÉ D.**, *La loi applicable aux droits réels portant sur des biens virtuels*, Revue critique de droit international privé, juillet-septembre 2017, n° 3, p. 337-356
- **CARRE S.**, *Du droit d'auteur et des libertés d'information et de la presse : quelles libertés pour les États membres ?*, Hebdo éd. Affaires, 5 septembre 2019, n° 604

- **CARRE S.**, *La « théorie des facilités essentielles » « Much ado about nothing ? »*, in *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé, Mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewshi*, p. 87-116
- **CARRE S.**, *Libre circulation des données, propriété et droit à l'information : à propos du règlement (UE) 2018/1807 du 14 novembre 2018*, *Daloz IP/IT*, 16 avril 2020, n° 4, p. 228
- **CARRE S.**, *Libre circulation des données, propriété et droit à l'information : à propos du règlement (UE) 2018/1807 du 14 novembre 2018*, *Daloz IP/IT*, 16 avril 2020, n° 4, p. 228
- **CARVAL S.**, *Contrat et tiers : une affaire de droits... et de devoirs*, *RDC*, 1^{er} octobre 2008, n° 4, p. 1151 et s.
- **CASANOVA A.**, *Perte de données et principe de réparation intégrale : toutes les données utiles mais rien que les données utiles*, *Hebdo éd. Affaires*, 6 juin 2019 n° 596
- **CASSART A.**, *Première réflexions sur le Cloud Act : contexte, mécanismes et articulations avec le RGPD*, *Revue du droit des technologies de l'information*, 2018, n° 73, p. 41-53
- **CASSIER M. et STOPPA-LYONNET D.**, *L'opposition contre les brevets de Myriad Genetics en Europe et leur révocation totale ou partielle en Europe. Premiers enseignements*, *médecine/sciences, EDP Sciences*, juin-juillet 2005, vol. 21, n° 6-7, p. 658-662
- **CASTETS-RENARD C.**, *La liberté contractuelle et la réservation de l'information des bases de données non protégées devant la CJUE*, *RLDI*, 1^{er} mars 2015, n° 113, p. 8-11
- **CATALA P.**, *Ébauche d'une théorie juridique de l'information*, *D.* 1984, p. 97-104
- **CATALA P.**, *Ébauche d'une théorie juridique de l'information*, in *Le droit à l'épreuve du numérique*, *Jus ex Machina*, Paris, PUF, Paris, coll. « Droit, Éthique, Société », 1998, p. 224-244
- **CATALA P.**, *L'immatériel et la propriété*, *Arch. phil. dr.*, 1999, n° 43, p. 61-63
- **CATALA P.**, *La « propriété » de l'information*, in *Mélanges Raynaud*, *Daloz-Sirey*, 1985, p. 97 et s.
- **CATALDO A.**, *La rétention des données au titre de l'exception d'inexécution*, *Revue du droit des technologies de l'information*, n° 66-67, 2017, p. 183-189
- **CATTALANO G.**, *Smart contracts et droit des contrats*, *AJ contrat*, 17 juillet 2019, n° 7, p. 321
- **CAYE P.**, *La condition immatérielle du monde et la question du droit*, *Arch. phil. dr.*, 1999, n° 43, p. 225-232

- **CAZALBOU P.**, *La criminalité informatique, façonnée par le droit de l'Union européenne*, in *La transposition du droit de l'Union européenne dans la loi pénale française : l'intégration d'un corps étranger*, sous-dir. S. Corioland et E. Letouzey, CEPRISCA, 1^{ère} éd., coll. Colloque, 2017, p.119-135
- **CHAGNY M.**, *Droit de la propriété intellectuelle et droit de la concurrence : regards juridiques*, in *L'articulation des droits de propriété intellectuelle et du droit de la concurrence*, sous-dir. P. Tréfigny, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, 2020, p. 19-28
- **CHAIEHLOUDJ W.** *Pratique anticoncurrentielles – Quels outils efficaces pour les autorités de concurrence dans l'économie numérique ?*, Contrats, conc. consom., mars 2020, n° 3, étude 4
- **CHAIEHLOUDJ W.**, *Innovation et préparation du marché à l'entrée de concurrents*, in *L'articulation des droits de propriété intellectuelle et du droit de la concurrence*, sous-dir. P. Tréfigny, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, 2020, p. 75-100
- **CHAIEHLOUDJ W.**, *Quels outils efficaces pour les autorités de concurrence dans l'économie numérique ?*, Contr. conc. cons., mars 2020, n° 3, étude 4
- **CHALLINE P.**, *L'informatique et le régime des sources*, D., 1997, chron., p. 164
- **CHANTEPIE G.**, *Contrat : effet – Rayonnement du contrat*, Répertoire de droit civil, Dalloz, janvier 2018
- **CHARLIER-BONATTI B.**, *Le rôle du juge consulaire en matière de concurrence déloyale et parasitisme*, Comm. com. électr., 1^{er} juillet 2016, n° 7, p. 7-8
- **CHASSAGNARD-PINET S. et HIEZ D.**, *Le système juridique français à l'ère de la contractualisation*, in *La contractualisation de la production normative* (sous-dir. Chassagnard-Pinet S. et Hiez D.), Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, octobre 2008, p. 3-76
- **CHATRY S.**, *Le légitimité du droit sui generis du producteur de bases de données*, Légipresse, 2019, n° 62, p. 117
- **CHATRY S.**, *Les droits-modèles de la propriété intellectuelle*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, Paris, 27 mai 2014, p. 139-149
- **CHATRY S.**, *Stratégies de cumul de protection d'un bien intellectuel*, Propr. intell., janvier 2021, n° 78, p. 9-22
- **CHAUDOUET S.**, *De la redéfinition indéfinie du domaine du déséquilibre significatif issu du Code de commerce*, RLDC, 1^{er} janvier 2020, n° 183, p. 10-15

- **CHAUDOUET S.**, *Quand le droit à l'information plie, mais ne rompt pas devant le secret des affaires dans les contrats d'intermédiation – 1^{re} Partie*, RLDA, 1^{er} mars 2019, n° 146
- **CHAUDOUET S.**, *Quand le droit à l'information plie, mais ne rompt pas devant le secret des affaires dans les contrats d'intermédiation – 2^e Partie*, RLDA, 1^{er} avril 2019, n° 147
- **CHAZAL J.-P.**, *La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel*, RTD Civ., 19 décembre 2014, n° 4, p.763 et s.
- **CHAZAL J.-P.**, *La propriété : dogme ou instrument politique ?*, RTD Civ., 2014, p. 763
- **CHAZAL J.-P.**, *Le propriétaire souverain : archéologie d'une idole doctrinale*, RTD Civ., 0 avril 2020, n° 1, p. 1
- **CHEVROTIN D.**, Bévues sur le caractère non "recelable" d'une information, Droit pénal, 1^{er} mars 2001, n° 3, p. 4-6
- **CHOISY S.**, *La réappropriation du domaine public par le droit de la propriété intellectuelle*, Comm. com. électr., avril 2002, n° 4, chron. 11
- **CHONÉ-GRIMALDI A.-S.**, *Données agricoles et droit de la concurrence*, Droit rural, janvier 2019, n° 469, dossier 3
- **CIOLINO-BERG D.**, *Vol d'informations sur l'Internet*, Comm. com. électr., novembre 2003, n° 11, chron. 28
- **CLAM J.**, *Choses, échange, média : Enquête sur les étapes d'une dématérialisation de la communication*, Arch. phil. dr., 1999, n° 43, p. 97-137
- **CLAUDEL E.**, *Théorie des facilités essentielles : lorsque le droit de la concurrence veille à la facilité commune, la liberté contractuelle... compte pour des prunes*, RTD Com., 2002, p. 296
- **CLEMENT D.**, *Du mythe de la nécessité des brevets pour susciter l'innovation*, L'Économie politique, 2003/3 (n° 19), p. 9-24
- **CLÉMENT-FONTAINE M.**, *Faut-il consacrer un statut légal de l'œuvre libre ?*, Propriété intellectuelle, janvier 2008, n° 26, p. 69-76
- **CLÉMENT-FONTAINE M.**, *L'union du droit à la protection des données à caractère personnel et du droit à la vie privée*, LEGICOM, 2017, n° 59, p. 61 à 68
- **CLÉMENT-FONTAINE M.**, *La convergence du droit de la propriété littéraire et artistique et du « droit des données » : une fatalité ?*, in *Mélange en l'honneur de Michal Vivant*, Dalloz, éd. 1^{ère}, coll. Études, mélanges, travaux, Paris, septembre 2020, p. 97-106
- **CLÉMENT-FONTAINE M.**, *La régulation de l'Open data*, LEGICOM, 2016, n° 56, p. 113-120

- **CLÉMENT-FONTAINE M.**, *Le triptyque : droit d'auteur, Intelligence artificielle et droit des données*, Entertainment & Law, 13 décembre 2019, n° 6, p. 301
- **CLÉMENT-FONTAINE M.**, *Les communs numériques*, in *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis, Paris, 2014, p. 163-171
- **CLÉMENT-FONTAINE M.**, *Un renouveau des biens communs : des biens matériels aux biens immatériels*, in *Les modèles propriétaires*, Actes du colloque international organisé par le CECOJI, en hommage au professeur Henri-Jacques Lucas, LGDJ, éd. Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, coll. Actes & Colloques,, 2012, p. 51
- **CLUZEL-MÉTAYER L.**, *La construction d'un service public de la donnée*, RFAP, 2018/3, n° 164, p. 491-500
- **CLUZEL-MÉTAYER L.**, *La loi pour une République numérique : l'écosystème de la donnée saisi par le droit*, AJDA, 2017, p. 340
- **CLUZEL-MÉTAYER L.**, *Les limites de l'open data*, AJDA, 2016, n° 2, p. 102
- **COBBAUT E.**, *L'encadrement de l'alerte et la protection du lanceur d'alerte (whistleblower) : l'affaire Luxleaks à l'aune d'un cadre européen en construction*, Revue du Droit des technologies de l'information, 2019, n° 75, p. 47
- **COHEN D.**, *Punitifs, exemplaires, confiscatoires ou dissuasifs : les dommages-intérêts affranchis du préjudice subi par le demandeur*, in *Liber amicorum : Mélanges en l'honneur de C. Jeauffret-Spinosi*, Dalloz, Paris, 2013, p. 247-269
- **CORBET J.** *Le développement technique conduit-il à un changement de la notion d'auteur ?*, RIDA, avril 1991, n° 148, p. 87
- **CORIAT B.**, *Le nouveau régime américain de la propriété intellectuelle – Contours et caractéristiques clés*, Revue d'économie industrielle, vol. 99, 2^e trimestre 2002, p. 17-32
- **CORNU G.**, *Les définitions dans la loi*, in *Mélanges dédiés au Doyen Jean Vincent*, Dalloz, Paris, 1^{er} janvier 1981, p. 81 et s.
- **COSTES L.**, *Un rapport militaire peut-il être protégé par le droit d'auteur ?*, RLDI, 1^{er} novembre 2018, n° 153, p. 12-13
- **COURTIER N.**, *La nécessaire évolution du droit des producteurs de bases de données pour permettre son adaptation à l'émergence du Big Data*, in *La propriété intellectuelle & la transformation numérique de l'économie. Regards d'experts*, INPI, 5 octobre 2015, p. 23-39

- **COURTIEU G.**, *Droit à réparation – Abus du droit d’agir en justice*, JurisClasseur Responsabilité civile et Assurances, Fasc. 131-30, 17 avril 2018 (mis à jour : 28 février 2022)
- **CROZE H, et SAUNIER F.**, *Logiciels : retour aux sources*, JCP E, 28 mars 1996, n° 13, doct. 542
- **CROZE**, *L’apport du droit pénal à la théorie générale du droit de l’informatique*, JCP G, 4 mai 1988, n° 18, doct. 3333
- **D’ALÈS T. et TIBERGHIE P.**, *L’économie injustement réalisée, nouvelle composante du préjudice économique?*, JCP E, 1^{er} octobre 2020, n° 40, p. 20-25
- **d’AVOUT L.**, *La liberté d’entreprendre au bâcher ? Retour sur une critique récente de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, D., 2014, p. 1287
- **DABOSVILLE B.**, *Les contours de l’abus d’expression du salarié*, Revue de droit du travail, 2012, p. 275
- **DAMPIERRE M.-A.**, *Pratique contentieuse – La protection de la valeur économique par le parasitisme*, Comm. com. électr., décembre 2010, n° 12, p. 14
- **DANIS-FATÔME A.**, *La mesure des dommages et intérêts : question de fait ou question de droit ? Pour un renforcement du contrôle*, RDC, mars 2019, n° 1, p. 161
- **DANJAUME G.**, *La responsabilité du fait de l’information*, JCP G., 3 janvier 1996, n° 3, doct. 3895
- **DARAGON É.**, *Étude sur le statut juridique de l’information*, D., 12 février 1998, n° 7, p. 63
- **DARNAND P. et FONSACA TINOCO K.**, *L’ouverture des données de l’INPI*, LEGICOM, 2016, n° 56, p. 77-85
- **DAVID É. Et KOLIFRATH G.**, *Quelques propos de démystification sur le Cloud Act*, Option Finance, 4 février 2019, n° 1496, p. 48
- **DAVISON M.J. et HUGENHOLTZ P.B.**, *Football fixtures, horse races and spin-offs : the ECJ domesticates the database right*, European intellectual property review : EIPR 2005, n°3, vol. 27, 6, p. 113-118
- **DE FEUARDENT A.**, *Notions d’évaluation du préjudice et principales approches financières du dommage*, Revue de l’Arbitrage, Bulletin du Comité français de l’arbitrage, avril-juin 2015, n° 2, p. 413
- **DE LAMY B.**, *Abus de confiance et bien incorporel : dématérialisation ou défiguration du délit ?*, D, 2001, p. 1423

- **DE LAMY B.**, *Florilège sur la protection de l'information par le droit pénal*, *Propos introductif au colloque de mai 2008 à l'Université de Bordeaux IV*, Droit pénal, 2008, repère n° 8
- **DE MONCUIT G.**, *La réparation et l'évaluation du préjudice tiré d'un acte de concurrence déloyale*, RLC, 1^{er} décembre 2021, n° 111, p. 35-37
- **DEBET A.**, *Le clic de fin de commande suffit pour valider les conditions générales de vente*, Comm. com. électr., juin 2011, n° 6, comm. 56
- **DEBRAS J.**, *Protection des données personnelles et concurrence : dépendances et interdépendances également*, RLDI, mai 2019, n° 159, p. 29
- **DECOCQ G.**, *Est-ce que la reprise d'une idée est un acte parasitaire ?*, JCP G, 4 décembre 2017, n° 49, p. 2211
- **DECOCQ G.**, *Est-ce que la reprise d'une idée est un acte parasitaire ?*, JCP G., 4 décembre 2017, n° 49, p. 2212
- **DECOCQ G.**, *Le secret dans la vie économique*, Les cahiers du Conseil constitutionnel, Titre VII, avril 2023, n° 10
- **DELAUNAY B.**, *La transparence de la vie économique*, Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 2018/2, n° 59, p. 23-34
- **DELEBECQUE P.**, *Régime de la réparation – Modalités de la réparation – Règles particulières à la responsabilité contractuelle – Clause pénale*, JurisClasseur Responsabilité civile et Assurances, Fasc. 212, 21 juillet 2022
- **DELFORGE A.**, *Comment (ré)concilier RGPD et big data*, Revue de Droit des Technologies de l'Information, 12 novembre 2018, n° 70, p.15
- **DELMAS-LINEL B. et DUMAS G.**, *L'impact du RGPD sur les innovations en matière d'IA*, in *Le Big Data et le Droit*, sous-dir. F. G'ssell, Dalloz, éd. 1^{ère}, coll. Thèmes et commentaires, Paris, février 2020, p. 207-217
- **DELTORN J.-M.**, *Concours de droits sur les œuvres numériques. Le cas des créations issues de procédés brevetés*, Prop. intell., juillet 2016, n° 60, p. 285-291
- **DERCLAYE E.**, *Abus de position dominante et droits de propriété intellectuelle dans la jurisprudence de la Communauté européenne : IMS survivra-t-elle au monstre du Dr Frankenstein ?*, Les cahiers de propriété intellectuelle, 2002, n° 1, vol. 15
- **DERCLAYE E.**, *Une analyse économique de la protection contractuelle des bases de données*, Reflets et perspectives de la vie économique, 2006/4, Tome XLV, p. 49-73

- **DESCAMPS O.**, *Histoire du droit de la responsabilité dans le monde occidental*, in *Prendre la responsabilité au sérieux* (sous-dir. Alain Supiot, Mireille Delmas-Marty), PUF, Paris, 11 novembre 2015, p. 42 et s.
- **DESCHANEL C.**, *L'instauration d'un droit de propriété des données personnelles : vrai danger ou fausse utilité ?*, RLDI, 1^{er} février 2019, n° 159
- **DESCLAYE E.**, *Le marché européen des données. La directive Bases de données est-elle toujours adaptée à l'ère de l'internet des objets ?*, *Propri. intell.*, juillet 2020, n° 76, p.20-32
- **DESHAYES O.**, *La stipulation de sanctions contractuelles n'exclut pas la mise en œuvre des solutions issues du droit commun des obligations*, *JCP E.*, 8 avril 2019, n° 8 p. 644
- **DESJEUX X.**, *Quelle protection juridique pour le modèle fonctionnel ? Le design ou la création d'une valeur économique personnelle à l'entreprise*, *Gaz. Pal.*, 1981, n° 1, doct. p. 297
- **DESSEMONTET F.**, *La protection des secrets industriels de lege ferenda : les intérêts en présence*, in *De Lege Ferenda – Réflexion sur le droit désirable en l'honneur du Professeur Alain Hirsch*, éd. Slatkine, Genève, 2004, p. 379-400
- **DESSEMONTET F.**, *Les secrets d'affaires dans l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce*, in *Problèmes actuels de droit économiques*, Mélanges en l'honneur du Professeur Charles-André Junod, Bâle, Helbing et Lichtenhahn, 1997, p. 87-110
- **DETRAZ S.**, *Vol de données informatiques*, *Gaz. Pal.*, 18 juin 2015, n° 169, p. 8
- **DETRAZ S.**, *Vol du contenu informationnel de fichiers informatiques*, *D.*, 18 septembre 2008, n° 31, p. 2213
- **DETRAZ S., OLLARD R. et SAINT-PAU J.-C.**, *Contre l'incrimination du vol d'information*, in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, *Opinio doctorum* (sous-dir. V. Malabat, B. de Lamy et M. Giacomelli), Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 97 et s.
- **DEZALAY Y.**, *Des justices du marché au marché international de la justice*, *Justices*, 1995, n° 1, p. 121
- **DHENNE M.**, *L'évolution du concept juridique d'invention dans la jurisprudence européenne*, *LÉGICOM*, 2014/2, n° 53, p. 37-44
- **DHENNE M.**, *La notion de caractère technique en droit des brevets*, *Prop. intel.* Juillet 2015, n° 56, p. 253-260

- **DIETZ A.**, *Copyright protection for computer programs : Trojan horse or stimulus for the future copyright system*, UFITA 1985, vol. 110, p. 57
- **DIJOUX R.**, *La renonciation contractuelle aux droits fondamentaux*, LPA, 27 octobre 2011, p. 12
- **DOCQUIR B.**, *Le débat sur la brevetabilité des programmes d'ordinateur loin d'être cols...*, Revue du droit des technologies de l'information, 2010, n° 41, p. 65 et s.
- **DONNEDIEU DE VABRES-TRANIÉ L. et VEVEY F.**, *Force du contrat et ordre public économique*, Gaz. Pal., 19 décembre 2015, n° 353, p. 12 et s.
- **DORGANS O.**, *Le Cloud Act : nouvel instrument de guerre économique renforçant l'ingérence des autorités américaines sur les prestations de services de communication électroniques américains*, Rev. int. compliance, juin 2018, n° 2, étude 64
- **DORMONT S.**, *La propriété intellectuelle au service de l'intérêt général*, RLDI, 1^{er} décembre 2011, n° 77, p. 47-53
- **DOSTERT N., LAUTIER T.**, *La protection du secret des affaires : quelles conséquences sur la propriété intellectuelle ?*, Propr. intell., n° 71, avril 2019, p. 6-18
- **DOUVILLE T.**, *Blockchain et protection des données à caractère personnel*, AJ contrat, 17 juillet 2019, n° 7, p. 316
- **DOUVILLE T.**, *Contrat et données agricoles*, Droit rural, janvier 2019, n° 469, étude 4
- **DOUVRELEUR O.**, *Les nouveaux acteurs de la loyauté de la concurrence et l'office du juge*, RLDC, 1^{er} novembre 2017, n° 66
- **DRAI L.**, *Créations et invention de salariés*, JurisClasseur Travail Traité, Fasc. 18-26, 12 juillet 2021
- **DREIER T.**, *L'analogie, le digital et le droit d'auteur*, in *Propriétés intellectuelle, Mélanges en l'honneur d'André FRANÇON*, Dalloz, Paris, 1995, p. 119-131
- **DREIER T.**, *Régulating information : some thoughts on a perhaps not quite so new way of looking at intellectual property*, in *Technologie et concurrence ; mélanges en l'honneur de Hanns Ullrich, Larcier (sous-dir. Josel Drexl, Reto M. Hilty, Laurence Boy, et al.)*, Bruxelles, 12 novembre 2009, p. 35 et s.
- **DREXL J.**, *Design competitive markets for industrial data – Between propertisation and access*, Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law, 2017, n° 8, p. 268 et s.

- **DREXL J.**, *Designing Competitive Markets for Industrial Data – Between Propertisation and Access*. Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper, 31 octobre 2016, n°. 16-13
- **DREYER E.**, *Un droit de la communication existe-t-il ?*, in Études en l'honneur du Professeur Jérôme Huet, L.G.D.J., Paris, 28 novembre 2017,
- **DREYFUS J.-D.**, *L'obligation du concessionnaire quant aux données et bases de données collectées ou produites à l'occasion de l'exploitation du service public*, AJCT, 2017, n° 4, p.185
- **DREYFUSS-BECHMANN L. et HOFFLER S.**, *Le droit de la propriété intellectuelle à l'épreuve de la pratique*, Revue Francophone de la Propriété Intellectuelle, décembre 2016, n° 3, p. 84-91
- **DROSS W.**, *Création et aménagement des droits réels : question(s) de principe(s) ?*, RDC, décembre 2020, n° 4, p. 112
- **DROSS W.**, *L'extension de la notion de bien à l'intérêt économique substantiel*, in Les « nouveaux biens » ; Nouvelles qualifications ou nouveaux régimes ?, sous-dir. L. Leveneur, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, janvier 2020, p.15-29
- **DROSS W.**, *La valeur, moteur des nouveaux biens de l'entreprise*, Communication du 05/04/2012 prononcé à Lille lors de la quatrième séance du cycle Le patrimoine de l'entreprise : d'une réalité économique à un concept juridique ?, [en ligne] Disponible sur : http://crdp.univ-lille2.fr/index.php?eID=tx_nawsecuredl&u=0&g=0&t=1600607094&hash=5cc381c6c51bedea34c7e2d8e69b623e78fd4cd4&file=fileadmin/user_upload/Communs/upload/patrimoine_mesh_dross_2012.pdf (consulté le 19/09/2020)
- **DROSS W.**, *Que l'article 544 du Code civil nous dit-il de la propriété ?*, RTD Civ., mars 2015, n°1, p. 27 et s.
- **DROSS W.**, *Une approche structurale de la propriété*, RTD civ., 2012, n°3 p. 419
- **DROUARD É. et MAROLLA C.**, *Anonymisation et internet des objets : une « première » du Conseil d'État qui fera date*, RLDI, 1 mars 2017, n° 135, p. 22-25
- **DUBAIL C.-H.**, *Des données publiques à la propriété incertaine*, LÉGICOM, 2001, vol. 25, n° 2, p. 17-27
- **DUBUISSON F.**, *L'interprétation du droit sui generis sur les bases de données par la Cour de justice des Communautés européennes : à propos des arrêts British Horseracing Board et Fixtures Marketing du 9 novembre 2004*, Revue de droit commercial belge, 7, septembre 2005

- **DUCH-BROWN N., MARTENS B. et MUELLER-LANGER F.**, *The economics of ownership, access and trade in digital data*, JRC Digital Economy Working Paper 2017-01, 2017, p. 10
- **DUFLOT F. et MACREZ F.**, *L'interopérabilité, principe incontournable des libertés numériques*, octobre 2017, n° 65, p. 41
- **DUMAS R.**, *La diffusion d'informations économiques sur Internet, nouvelle illustration des conflits de droits fondamentaux*, Bull. Joly Sociétés, 1^{er} octobre 2004, n° 10, p. 1184
- **DUMONT B., et HOLMES P.**, *Quelles alternatives au mouvement d'enclosures de la propriété intellectuelle ?*, Réseaux, 2001, vol. 19, n° 110, p. 74-91
- **DUMOULIN L.**, *Droit de la personnalité et droit à la vie privée des personnes morales*, Revue des sociétés, 2016, p. 594
- **DUMOULIN L.**, *Les droits de la personnalité des personnes morales*, Revue des sociétés, 2006, p. 1
- **DUPREZ R.** *La brevetabilité des protocoles de communication*, Propr. industr., mars 2020, n° 3, étude 6
- **DURANT H.**, *L'article 2276 du Code civil à l'épreuve de l'immatériel (seconde partie)*, Hebdo éd. privée, 8 janvier 2015, n° 596
- **DURRANDE S.**, *Droit d'auteur et concurrence déloyale – Objet du droit d'auteur*, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1116, 1993
- **DURRANDE S.**, *Les rapports entre contrefaçon et concurrence déloyale*, D. 1984, chron., p. 19
- **DUSOLLIER S.**, *Incidences et réalités d'un droit de contrôle l'accès aux œuvres en droit européen*, Cahier du CRID, n° 18, 2000, p. 25
- **DUSOLLIER S.**, *L'exploitation des œuvres : une notion centrale du droit d'auteur*, in Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, Paris, LexisNexis, 2014, p. 263-275
- **DUSOLLIER S.**, *Le jeu du copyleft entre contrat et propriété*, Cahiers de droit de l'entreprise, novembre 2015, n° 6, dossier 52
- **DUSOLLIER S.**, *Les licences creatives commons : les outils du maître à l'assaut de la maison du maître*, Propr. intell., janvier 2006, n° 18, p. 10-21
- **DUSOLLIER S.**, *The commons as a reverse intellectual property: from exclusivity to inclusivity*, in Concepts of Property in Intellectual Property Law, Cambridge University Press, p.258-281

- **EDELMAN B.**, *Les bases de données ou le triomphe des droits voisins*, D., 3 février 2000, n° 5, p.89
- **EMERICH Y.**, *Faut-il condamner la propriété des biens incorporels ? Réflexions autour de la propriété des créances*, Les Cahiers de droit, avril 2005, vol. 46, n° 4, p. 905-939
- **EMERICH Y.**, *Les biens et l'immatérialité en droit civil et en commun law*, Les cahiers de Droit, juin 2018, vol. 59, n° 2, p. 389-423
- **EMERICH, Y.**, *Propriété, relation et exclusivité : étude de droit comparé (Ownership, Relations and Exclusivity : A Study in Comparative Law)*, Revue de la Recherche Juridique, 1^{er} novembre 2009, n°. 4, p. 1843 et s.
- **EPSTEIN A.-S.**, *La compatibilité du droit d'accès aux informations environnementales de source privée avec la protection du secret des affaires : prélude à la consécration d'un droit d'accès aux données d'intérêt général de source privée*, Revue Juridique de l'Environnement, Société française pour le droit de l'environnement – SFDE, 2020
- **FABRE-MAGNAN M.**, *Propriété, patrimoine et lien social*, RTD Civ., 1997, p. 583 et s.
- **FASQUELLE D.**, *Le droit de la concurrence à la croisée des chemins face à l'émergence du numérique*, Contrats, conc. consom., juillet 2019, n° 7, étude 11
- **FAUVARQUE-COSSON B.**, *Le cloud computing, protection des données et nouvelles pratiques contractuelles*, LPA, 18 août 2014, n° 164, p. 41 et s.
- **FAVREAU A.** *La valeur sociale des objets de la propriété intellectuelle*, RLDI, 1^{er} décembre 2011, n° 77, p. 64-69
- **FAVREAU A.**, *Remarques sur droit de la concurrence et nouvelles technologies : perturbateurs des systèmes en place ?*, in *L'articulation des droits de propriété intellectuelle et du droit de la concurrence*, sous-dir. P. Tréfigny, Dalloz, éd. 1^{ère}, coll. Thèmes et commentaires, Paris, 2020, p. 55-60
- **FAVRO K.**, « *Les données non personnelles* » : un nouvel objet juridique, Dalloz IP/IT, 16 avril 2020, n° 4, p. 234
- **FERRACCI A.**, *Réflexion autour de l'évolution récente des controverses quant à la nature du droit de propriété*, Les Cahiers Portalis, 2018/1, n° 5, p. 63-71.
- **FORTI V.**, *Enrichissement injustifié. – Généralités – Conditions matérielles*, JurisClasseur Civil Code, LexisNexis, Fasc. n° 20, 2 juin 2016
- **FORTUNE A.**, *Présomption de préjudice résultant d'actes de concurrence déloyale et de parasitisme : une avancée jurisprudentielle en demi-teinte pour les demandeurs ?*, Prop. indus., juillet-août 2022, étude 14

- **FOUILLAND F.**, *L'auteur personne morale, éléments pour une théorie de l'emprunt de personnalité artistique*, Comm. com. élect., décembre 2008, n° 12, étude 24
- **FOURNIER DE CROUY N.**, *Vers de nouveaux motifs de droit « confiscatoires » exprimant la fonction normative de l'action en concurrence déloyale ou parasitaire*, RTD Com., 31 mars 2022, p. 5-12
- **FOURNIER DE CROUY N.**, *Consécration de la faute lucrative en droit commun : pourquoi ne dit-elle pas son nom ? Regard porté sur la constitutionnalité et l'efficacité de l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile*, LPA, 8 novembre 2017, n° 223, p. 5
- **FRANÇAIS J.-A.**, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, Les cahiers de propriété intellectuelle, mai 2005, vol. 17, n° 2, p. 427
- **FRÉNAY B.**, *Démystifier le marchine learning*, Revue de Droit des Technologies de l'Information, 12 novembre 2018, n° 70, p. 5
- **FRISON-ROCHE M.-A.**, *Contrat, concurrence, régulation*, RTD Civ., 2004, p. 457
- **FRISON-ROCHE M.-A.**, *L'immatériel à travers la virtualité*, Arch. phil. dr., 1999, n° 43, p. 139-148
- **FRISON-ROCHE M.-A.**, *Le droit d'accès à l'information, ou le nouvel équilibre de la propriété*, in *Études offertes à Pierre Catala, Le droit français à la fin du XX^e siècle*, Litec, Paris, 2001, p. 759-770
- **FRISON-ROCHE M.-A.**, *Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme*, RJDA, juin 1994, n° 6, p. 483
- **FRISON-ROCHE M.-A.**, *Obligation de contracter : facilités essentielles*, RCD, 1^{er} avril 2006, n° 2, p. 357
- **FRISON-ROCHE M.-A.**, *Vers une rente pour autrui*, Dr. & Pat., 1^{er} octobre 2003, n° 119, p. 73-76
- **GABAYET N.**, *Open Data et loi CADA : la primauté du droit de réutilisation des bases de données publiques sur le droit de propriété*, JCP A, 16 octobre 2017, n° 41, commentaire 2241
- **GABUTHY Y.**, *Analyse économique du droit : présentation générale*, in *Économie & prévision*, n° 202-203, 2013, Économie du droit, p. 1-8
- **GALLEGO A.**, *Faut-il encore le dire ? Les idées sont de libres parcours*, LPA, 15 février 2006, n° 33, p. 10

- **GALLOIS J.**, *La clause de confidentialité (ou de secret)*, Contr. conc. cons., mai 2021, n° 5, dossier 12
- **GALLOUX J.-C.**, *Concours, cumul et coexistence du secret et des droits de propriété intellectuelle*, in Mélanges J. Schidt-Zalewski, LexisNexis, Paris, coll. CEIPI, n°61, 2014, p.124
- **GALLOUX J.-C.**, *De la nature juridique du matériel génétique ou la réification du corps humain et du vivant*, R.R.J., 1989-3, p. 540
- **GALLOUX J.-C.**, *Droits sur les créations nouvelles*, RTD Com., 20 mai 2014, n° 1, p. 87-102
- **GALLOUX J.-C.**, *Ébauche d'une définition juridique de l'information*, D., 1^{er} septembre 1994, p. 229
- **GALLOUX J.-C.**, *L'impérialisme du brevet*, in MacKaay E. (sous-dir.), *Nouvelles technologies et propriété : actes du colloque tenu à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, les 9 et 10 novembre 1989*, Éd. Thémis Litec, Montréal, Paris, 1991, p. 111
- **GALLOUX J.-C.**, *La brevetabilité des inventions dans le domaine des sciences de l'information et de la communication*, RTD Com., 15 juin 2006, n° 2, p. 341-342
- **GALLOUX J.-C.**, *La Cour de cassation précises les préjudices moral et économiques et matière de contrefaçon*, RTD Com., 2019, p. 88
- **GALLOUX J.-C.**, *La Cour suprême des États-Unis revient sur la brevetabilité des gènes humains*, D., 2013, p. 1888
- **GALLOUX J.-C.**, *Qu'est-ce que la propriété intellectuelle*, in *Droits de propriété Liber amicorum George Bonet*, Paris, LexisNexis, coll. IRPI, juillet 2010, p. 199-215
- **GALOKHO C.**, *Dépôt des comptes sociaux et concurrence*, RTD Com., 2020, p. 231
- **GARINOT J.-M.**, *Validité de la clause de confidentialité dépourvue de contrepartie financière*, Gaz. Pal., 11 décembre 2014, n° 345, p. 9 et s.
- **GARRAUD A.**, *La faute lucrative et sa sanction, ou l'ombre pénaliste sur les effets de la responsabilité civile*, LPA, 16 janvier 2017, n° 11, p. 5 et s
- **GÄRTNER A et BRIMSTED K.**, *Let's Talk about Data Ownership*, European Intellectual Property Review, vol. 39, Issue 8, 2017, p. 461-466
- **GAUBIAC Y.**, *Exceptions au droit d'auteur facilitant l'accès aux œuvres et leur usage*, in *Droit d'auteur et liberté d'expression*, Actes des Journées d'Études ALAI 19-20 juin 2006, Barcelona, Huygens édition, Barcelone, 2008, p. 420

- **GAUBIAC Y.**, *Interopérabilité et droit de la propriété intellectuelle*, RIDA, janvier 2007, n° 211, p. 90-139
- **GAUDRAT P.**, *Pour une propriété intellectuelle épurée*, in *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis, Paris, 2014, p. 325-351
- **GAUDRAT P.**, *Conditions de protection de bases de données au titre du copyright communautaire*, RTD Com., 10 février 2014, n° 4, p. 739
- **GAUDRAT P.**, *Du logiciel-support à l'illicéité de la copie privée numérique : chronique d'une subversion annoncée*, RTD Com., 14 décembre 2001, n° 4, p. 890-907
- **GAUDRAT P.**, *Du logiciel-support à l'illicéité de la copie privée numérique : chronique d'une subversion annoncée... (2^e partie)*, RTD Com., 15 mars 2002, n° 1, p. 55-79
- **GAUDRAT P.**, *Forme numérique et propriété intellectuelle*, RTD Com., 15 décembre 2000, n° 4, p. 910-930
- **GAUDRAT P.**, *Formes et propriétés intellectuelles*, in *Mélanges en l'honneur de Pierre Sirinelli*, Dalloz, Paris, coll. Études, mélanges, travaux, mai 2022, p. 59-84
- **GAUDRAT P.**, *L'invention informatique : un débat difficile et contourné*, RTD Com., 2005, p. 323 et s.
- **GAUDRAT P.**, *La loi transposition de la directive 96/9 du 11 mars 1996 sur les bases de données*, RTD Com., 1998, p. 598 et s.
- **GAUDRAT P.**, *Les modèles d'exploitation du droit d'auteur*, RTD Com., 2009, p. 323 et s.
- **GAUDRAT P.**, *Réflexion dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la « société de l'information »*, RTD Com., 2003, p. 2003
- **GAUDRAT P.**, *Réflexion sur la forme des œuvres de l'esprit*, in *Propriétés intellectuelle, Mélanges en l'honneur d'André FRANÇON*, Dalloz, Paris, 1995, p. 202
- **GAURIAU B. et TEISSIER A.**, *Données personnelles et économiques : l'interdiction de diffuser*, JCP S, 19 mai 2020, n° 20-21, étude 2028
- **GAUTIER P.-Y.**, *De l'adage Ubi lex non distinguit... et de quelques autres, en droit d'auteur*, in *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis, Paris, 2014, p. 353-365
- **GAUTIER P.-Y.**, *Fonction normative de la responsabilité : le contrefacteur peut être condamné à verser au créancier une indemnité contractuelle par équivalent*, D., 2008, p. 727 et s.
- **GAUTIER P.-Y.**, *L'accession mobilière en matière d'œuvres de l'esprit : vers une nouvelle querelle des Proculiens et des Sabinien*, D., 1988, chron., XXIII

- **GAUTIER P.-Y.**, *La protection juridique de l'innovation aux confluent de l'économie et de l'éthique*, Dr. & Pat., 1^{er} octobre 2003, n° 119, p. 72-74
- **GAUTIER P.-Y.**, *Le cédant malgré lui : étude du contrat forcé dans les propriétés intellectuelles*, D., 1995, p. 123.
- **GAYE-PALETES M.**, *Le régime d'obligation de suppression des données illicites dupliquées : des renforcements par petits pas dans un contexte d'autorégulation numérique*, RTD Eur., janvier 2022, n° 1, p. 7-25
- **GEFFROY A.-G.**, *Les DRMs : entre protection légale et protection technique des biens culturels à l'ère numérique*, Reflets et Perspectives, 2006/4, t. XLV, p. 75-82
- **GEIGER C.**, « *Exception d'information* » et droit du public à l'information : une application cumulative, D., 2009, p. 542
- **GEIGER C.**, *De la nature juridique des limites au droit d'auteur ; Une analyse comparatiste à la lumière des droits fondamentaux*, Propr. intell., octobre 2004, n° 13, p. 882 et s.
- **GEIGER C.**, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, D., 2005, chr., p. 2683
- **GEIGER C.**, *La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle*, D., 2010, p. 510
- **GEIGER C.**, *Les exceptions au droit d'auteur en faveur de la création dérivée*, in *Droit d'auteur et liberté d'expression*, Actes des Journées d'Études ALAI 19-20 juin 2006, Barcelona, Huygens édition, Barcelone, 2008, p. 338-347
- **GENDREAU A.**, *La dématérialisation du dépôt : l'exemple du contrat de cloud computing*, AJCA, 2016, p. 516
- **GÉRARD P.**, *Le recours aux travaux préparatoires et la volonté du législateur*, in *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire* (M. de Kerchove sous-dir.), Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1978, p. 51-95
- **GERVAIS D.**, *La machine en tant qu'auteur*, Propr. industr., juillet 2019, n° 72, p. 7-12
- **GERVAIS D.**, *Originalité(s)*, in *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis, Paris, 2014, p. 389-399
- **GINSBURG J. C.**, *Propriété littéraire et propriété tout court : une relation ambiguë*, Droit et Ville, tome 65, 2008, p. 7-22
- **GISCLARD T.**, *La brevetabilité des acides nucléiques aux États-Unis et en Australie*, Propr. industr., 1^{er} juillet 2016, n° 7, p. 16-21
- **GISCLARD T.**, *La nature des « dommages et intérêts » sanctionnant la contrefaçon*, Propr. industr., 1^{er} mai 2017, n° 5

- **GISCLARD T.**, *Les personnes morales ne peuvent pas se prévaloir de l'article 9 du Code civil*, Dalloz IP/IT, 2016, p. 309
- **GORCHS B.**, *Vers un référé de l'Internet autonome*, Comm. com. électr., décembre 2007, n° 12, étude 31
- **GOSSA J.**, *Les blockchains et smart contracts pour les juristes*, Dalloz IP/IT, 4 juillet 2018, p. 393 et s.
- **GOSSA J.**, *Les données non personnelles : un tech-checking*, Dalloz IP/IT, 16 avril 2020, n° 4, p. 212
- **GRIDEL J.-P.**, *Les droits fondamentaux du contractant au quotidien*, in *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, novembre 2009, p. 189 et s.
- **GRIMALDI C.**, *La distinction entre champ d'application et conditions de mise en œuvre d'une norme*, D., 2021, p. 2099
- **GRYNBAUM L.**, *Une illustration de la faute lucrative : le « piratage » de logiciels*, D., 2006, p. 655
- **GUÉNA M. et PERDEREAU L.**, *Levée de la protection du secret des affaires devant l'Autorité de la concurrence : une obligation de motivation renforcée de la part du rapport général*, RLC, 1^{er} mars 2020, n° 92, p. 4-5
- **GUICHARDAZ R. et PÉNIN J.**, *L'économie de la réutilisation des données (non personnelles)*, Dalloz IP/IT, 16 avril 2020, n° 4, p. 218
- **GUIGUET-SCHIELÉ Q.**, *L'incompatibilité des sanctions en droit commun de l'inexécution contractuelle*, RTD Civ., 2021, p. 797 et s.
- **GUILLEMAIN M.**, *Propriété intellectuelle et données personnelles*, Comm. com. électr., novembre 2019, n° 11
- **GUTMANN D.**, *Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique*, Arch. phil. droit, 1999, n° 43, p. 75
- **GUTWIRTH S. et GONZALEZ FUSTER G.**, *L'éternel retour de la propriété des données : de l'insistance d'un mot d'ordre*, in *Droit, normes et libertés dans le cybermonde Liber Amicorum Yves Pouillet*, Louvain, Larcier, coll. Du Crids, 2018, p. 117-140
- **HACHEZ I.**, *Balises conceptuelles autour des notions de « source du droit », « force normative » et « soft law »*, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2016.65
- **HANCE O.**, *L'information et le droit : la question du statut juridique de l'information*, RLDI, 1 octobre 2011, n° 75, p. 66-75

- **HANCE O.**, *La notion de l'information en Droit. Cadre conceptuel et Application au Droit communautaire*, Informatica e diritto, 2012, n° 1, XXXVIII Annata, vol. XXI, p. 7-78
- **HARDIN G.**, *The Tragedy of the Commons*, Science, 13 décembre 1968, vol. 162, p. 1243-1248 [en ligne] Disponible sur : <https://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243/tab-pdf> (consulté le 27/04/2020)
- **HEINZMANN L.**, *Les actes d'utilisation des œuvres recourant à la technique du streaming en droit français, allemand, et européen*, Propr. industr., octobre 2018, n° 69, p. 13-21
- **HENNEQUIN S.**, *Quid de la captation de données informations ?*, D., 26 mai 2011, n° 20, p. 1358
- **HENROTTE J.-P.**, *La libre circulation des données électroniques consacrée comme cinquième liberté du marché unique*, Pin Code, 2019/2, n° 2, p. 11-17
- **HEVERLY R. A.**, *The Information Semicommons*, Berkeley Technology Law Journal, automne 2003, vol. 18, n° 4, p. 1127-1189
- **HOUSSIN M.**, *La protection des données dans la procédure collective*, RLDA, 1^{er} juillet 2020, n° 161
- **HOUTCIEFF D.**, *La sanction de l'inexécution d'une obligation de ne pas faire ne dispense pas de la preuve d'un préjudice*, Gaz. Pal., 7 janvier 2020, n° 1, p. 33
- **HUET J.**, *Éléments pour une définition du droit de la communication*, in Clés pour le siècle, Dalloz, Paris, 8 juin 2000, p. 483-491
- **HUET J.**, *Un travail de compilation d'informations n'est pas protégé par le droit d'auteur*, D., 1990, p. 330
- **HUGENHOLTZ P.B.**, *Propriété des données*, in Mélanges en l'honneur de Michal Vivant, Dalloz, Paris, coll. Études, mélanges, travaux, septembre 2020, p. 205-218
- **HUILLIER J.**, *Le parasitisme parasite-il la propriété intellectuelle ?*, Gaz. Pal., 8 novembre 2001, n° 312, p. 6
- **HULIN A.-S. et CASTETS-RENARD C.**, *Quels cadres de gouvernance pour le marché européen des données ?*, D., 6 mai 2021, n° 16, p. 848
- **IZORCHE M.-L.**, *Droit du marché et droit commun des obligations ; Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme*, RTD Com., 1998, p. 17 et s.
- **JACOB P.**, *La compétence des États à l'égard des données numériques : du nuage au brouillard... en attendant l'éclaircie ?*, RCDIP, 27 décembre 2019, n° 3, p. 665

- **JACOB P.**, *Quand les nuages ne s'arrêtent pas aux frontières – Remarques sur l'application du droit dans l'espace numérique à la lumière du Cloud Act*, Cah. dr. entr., juillet 2018, n° 4, dossier 28
- **JACOPIN S.**, *Le début d'une évolution sur la nature de la chose susceptible d'appropriation frauduleuse*, Droit pénal, avril 2001, n° 4, chron. 16, p. 4-7
- **JACQUEMIN Z.**, *La réparation sans perte, ni profit selon la Cour de cassation ou l'art de transformer une maxime en instrument de contrôle*, RDC, mars 2019, n° 1, p. 187
- **JACQUEMIN Z.**, *Pour une reconnaissance de la spécificité contractuelle dans les effets de la responsabilité*, RDC, décembre 2016, n° 4, p. 810
- **JACQUMIN H.**, *Le big data à l'épreuve des pratiques du marché et de la protection du consommateur*, Revue de Droit des Technologies de l'Information, 12 novembre 2018, n° 70, p. 75
- **JAMIN C.**, *Juger et innover, Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux*, RTD Civ., 2015, p. 263
- **JEAN B.**, *Propriété intellectuelle et Open Innovation : les frères ennemis*, RLDI, 1^{er} décembre 2011, n° 77, p. 32 et s.
- **JEULAND E.**, *Une discovery à la française sans garde-fou*, JCP G, 30 janvier 2017, n° 5, p. 182-186
- **JOUNIOT S.**, *Vol : avatars d'une infraction protéiforme*, AJ Pénal, 28 janvier 2019, n° 1, p. 29
- **JOURDAIN P.**, *Les dommages-intérêts alloués par le juge – rapport français*, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles – Études de droit comparé (sous-dir. Marcel FONTAINE et Geneviève VINEY), Bruylant, Bruxelles, coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 29 août 2001
- **JOUE S.**, *La Code de la propriété intellectuelle comme fondement de l'appropriation de l'information par l'entreprise de communication ?*, LÉGICOM, 10 janvier 2013, n° 49, p. 9
- **JOUVEN C. et MAMOU K.**, *Comment protéger un concept ?*, Dalloz IP/IT, 2016, p. 597
- **JUILLET A. et PUAUX F.**, *L'intelligence économique et le droit*, Cah. dr. entr., 1^{er} septembre 2008, n° 5
- **JUILLET-REGIS H.**, *Quelle régulation pour les données agricoles ?*, Droit rural, janvier 2020, n° 479, colloque 5

- **JULIENNE M.** *Premières vues sur les crypto-actifs*, in Les « nouveaux biens » ; Nouvelles qualifications ou nouveaux régimes ?, sous-dir. L. Leveneur, Dalloz, Paris., coll. Thèmes et commentaires, janvier 2020, p. 109-123
- **KAMINA P.**, *Brèves réflexion sur la catégorie juridique des propriétés intellectuelles*, in Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, Paris, LexisNexis, 2014, p. 441-452
- **KAMINA P.**, *La CJUE restreint fortement la portée du droit sui generis*, Comm. com. électr., 1^{er} janvier 2022, n° 1, comm. 1
- **KAMINA P.**, *Le droit de la propriété industrielle pour l'open Science ? (les dispositions favorables à la libre exploitation des résultats industriels)*, Cahiers Droit, Sciences & Technologies, 2010, n° 3, p. 99-115
- **KAMINA P.**, *Le droit du public à l'information peut-il justifier une exception au droit d'auteur ?*, D., 4 novembre 1999, n° 38, p. 580 et s.
- **KAMOCKI P.**, « Laissez-fouiller ! » l'argument pour les “utilisations orthogonales” des œuvres de l'esprit dans le contexte du débat sur l'exploration des données, RIDA, 2016, n° 1, n° 247, p. 5
- **KAYSER P.**, *Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques*, RTD Civ., 1971, p. 445, n° 35
- **KERBER W.**, *Governance of Data : Exclusive Property vs. Access*, International Review of Intellectual Property and Competition Law, 2016, n° 47, p. 759-762 [en ligne] Disponible sur : <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s40319-016-0517-2.pdf> (consulté le 21/04/2020)
- **KNAPP V.**, *L'information en tant qu'objet de droit (Un essai du domaine de l'informatique juridique)* in Théorie du droit – Droit comparé. Études en l'honneur du Professeur Imre Szabo, Budapest : Akadémiai Kiado, 1984, p. 135-150
- **KNOCKAERT M.** et **MICHEL A.**, *La Directive (UE) 2019/1024 et la réutilisation des informations du secteur public : un pas de plus vers un espace européen commun des données*, RTD Eur., janvier-mars 2023, p. 73 et s.
- **KOKOTT J.** et **SOBOTTA C.**, *The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR*, International Data Privacy Law, 2013, vol. 3, n°4, p. 222-228
- **KOUBI G.**, *Équivoque administrative de la notion de données publique*, JCP A, 7 mai 2018, n° 18-19, étude 2142

- **KOVAR R.**, *La liberté des échanges, droit de brevet et savoir-faire*, J-CI. Brevets, fasc. 4810, 5 mai 2015, n°1
- **KUR A.**, *What to Protect, and How ? Unfair Competition, Intellectual Property, or Protection Sui Generis*, Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper, mai 2013, n° 13-12, [en ligne] Disponible sur : <https://ssrn.com/abstract=2268585> (consulté le 25/03/2022)
- **KUSCHEL L.** *Zur inhaltlichen und räumlichen Reichweite von Anordnungen gegenüber Hosting-Providern*, IPRax, septembre 2020, n° 5, p. 419-425
- **LABBÉ É.**, *L'efficacité technique comme critère juridique ou la manière dont les lois se technicisent*, 2004, Lex Electronica, vol. 9, n° 2
- **LACHAPPELLE A.**, *La protection des lanceurs d'alerte (whistleblowers) à l'heure d'Internet*, in *L'Europe des droits de l'homme à l'heure d'Internet*, Bruylant, Bruxelles, 2019, p. 223-269
- **LAINE M. et SALIN P.**, *Le mythe de la transparence imposée*, JCP E, 6 novembre 2003, n° 45, p. 1586
- **LANCRENON T.**, *Comparateurs de vols : les bases de données et les marques en vents contraires*, D, 2015, p. 908
- **LANDES W. et POSNER R.**, *An Economic Analysis of Copyright Law*, The Journal of Legal Studies, juin 1989, vol. 18, n° 2, p. 325-363
- **LANDES W. et POSNER R.**, *Trademark Law : An Economic Perspective*, The Journal of Law and Economics, octobre 1987, vol.30, n° 2, p. 265-309
- **LANNA M.**, *Données publiques et protection des données personnelles : le cadre européen*, RFAP, 2018, n° 167, p. 501-511
- **LARDEUX G.**, *La notion de propriété ou le rejet du conceptualisme juridique*, Les Cahiers Portalis, 2018, vol. 5, n° 1, 2018, pp. 33-44.
- **LARDEUX G.**, *Qu'est-ce que la propriété ? Réponse de la jurisprudence récente éclairée par l'histoire*, RTD Civ., 2013, p. 741
- **LARRIBAU-TERNEYRE V.**, *La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil, du Code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste*, in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, études offerts à Pierre Catala*, Litec, Paris, juin 2001, p. 91 et s.
- **LARRIEU J.**, *Bases de données : le droit sui generis en péril ?*, Propr. industr., janvier 2022, n° 1, comm. 5

- **LARRIEU J.**, *La protection contractuelle d'une base de données*, Propr. industr., 1^{er} octobre 2015, n° 10, comm. 71, p. 39-41
- **LARRIEU J.**, *La pub à la rescousse du droit sui generis*, Propr. industr., 1^{er} janvier 2018, n° 1, comm. 6, p. 35-38
- **LARRIEU J.**, *La réparation du trouble de parasitisme*, Propr. industr., 1^{er} février 2017, n° 2
- **LARRIEU J.**, *Les frontières de la propriété : les idées*, in *Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat*, sous-dir. D. Tomasin, Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2006, p. 129-145
- **LARRIEU J.**, *Les territoires disputés de la concurrence déloyale et de la propriété intellectuelle*, in *La propriété intellectuelle dans les droits du marché et de la rivalité concurrentielle*, sous-dir. J.-M. Bruguière, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, 2016, p. 101-109
- **LATIL A.**, *La clause de protection post-contractuelle des droits de propriété intellectuelle prévue par un contrat de travail : obligation de non-concurrence ou obligation de discrétion ?*, Dalloz IP/IT, 2018
- **LATIL A.**, *Les économies d'investissements du contrefacteur*, Comm. com. électr., mars 2015, n° 3, étude 6
- **LATINA M.**, *Contrat : généralités*, Répertoire de droit civil, Dalloz, mai 2017
- **LATOURNERIE A.**, *Droits d'auteur, droits du public : une approche historique*, L'Économie politique, 2004, vol. 2, n° 22, p. 21-33
- **LATOURNERIE A.**, *Petite histoire des batailles du droit d'auteur*, Multitudes, 2001, vol. 2, n° 5, p. 37-62
- **LATREILLE A.**, *La protection des créations industrielles abstraites : quarante ans après*, in *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis, Paris, 2014, p. 477-488
- **LATREILLE A.**, *Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat*, LPA, 7 août 2006, n° 156, p. 4 et s.
- **LATREILLE A.**, *Réflexion sur la confidentialité dans le contrat (suite et fin)*, LPA, 8 août 2006, n° 157
- **LAUDE A.**, *L'embargo des informations financières*, Revue de Droit bancaire et financier, novembre 2000, n° 6, p. 383-387
- **LAURENT P.** et **VILCHES ARMESTO L.**, *La constitution, la propriété et l'accès aux « biobanques » sous l'angle de la protection juridique des bases de données : place à l'open access ?*, Cahiers Droit et Sciences & Technologies, 31 mai 2010, p. 201

- **LAVAYSSIÈRE X.**, *L'émergence d'un ordre numérique*, AJ contrat, 17 juillet 2019, n° 7, p. 328
- **LE BAS C.**, *Matériaux pour une Économie de la propriété intellectuelle : problématiques, perspectives et problèmes*, Économie appliquée, 1999, n° 2, tome 52, p. 7-49
- **LE CORRE-BROLY E.**, *La revendication des biens fongibles : mode d'emploi*, Gaz. Pal., 10 janvier 2017, n° 2, p. 49 et s
- **LE GOFFIC C.**, *Variation sur le critère de la substituabilité en droit de la propriété littéraire et artistique*, in *L'articulation des droits de propriété intellectuelle et du droit de la concurrence*, sous-dir. P. Tréfigny, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, 2020, p. 61-68
- **LE MOAL R.**, *Concurrence déloyale*, J.-Cl. Concurrence et consommation, Fasc. 180, n° 14
- **LE QUELLENEC É.**, *La compagnie low cost Ryanair ne peut exclure l'accès à son site web et la fourniture de services par l'agence de voyages en ligne Opodo*, RLDI, 1^{er} mai 2012, n° 82, p. 28-31
- **LE STANC C.**, *Exclusions de brevetabilité ; règles relatives au logiciel*, JCl. Brevets, Fasc. 4220, 2016
- **LE STANC C.**, *La propriété intellectuelle dans le lit de Procuste : Observations sur la proposition de loi du 30 juin 1992 relative à la protection des « créations réservées »*, D., 1993, p.4
- **LE STANC C.**, *Les droits sur l'information : les droits du créateur*, Revue Brises, CNRS, novembre 1988, n° 12, p. 59 et s.
- **LE STANC C.**, *Péri, para, proto – (les environs de la) propriété intellectuelle*, Propr. industr., octobre 2007, n° 10, repère 9
- **LE STANC C.**, *Une protection pénale du secret des affaires ?*, Propr. industr., 1^{er} octobre 2009, n° 10, p. 2
- **LE STANC C. et PRÜM A.**, *Les droits en France du créateur d'information*, Revue Internationale de Droit Économique, 1989, n° 2, p. 211-218
- **LE TOURNEAU P.**, *Des mérites et vertus de la responsabilité civile*, Gaz. Pal. 18 mai 1985, p. 285
- **LE TOURNEAU P.**, *L'illustre Gaudissart était visionnaire ! – De la nécessité de protéger les idées apportant un avantage concurrentiel, soit indirectement par le parasitisme, soit de*

préférence par un droit sui generis spécifique à créer, Comm. com. électr., octobre 2017, n° 10, étude 16, p. 7-14

- **LE TOURNEAU P.**, *La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin)*, RTD Civ., 1988, p. 505
- **LE TOURNEAU P.**, *Le bon vent du parasitisme*, Contrats, conc. consom., janvier 2001, n° 1, chron. 1
- **LE TOURNEAU P.**, *Le parasitisme dans tous ses états*, D., 2 décembre 1993, n° 42, p. 310
- **LE TOURNEAU P.**, *Parasitisme – Notion de parasitisme*, JurisClasseur Concurrence – Consommation, Fasc. 570, 6 août 2020
- **LE TOURNEAU P.**, *Retour sur le parasitisme*, D, 2000, p. 403
- **LEBOIS A.**, *Quelle protection juridique pour les créations des robots journalistes ?*, Comm. com. électr., janvier 2015, n° 1, étude 2, n° 33
- **LEBRUN T.**, *L'apprentissage machine est une appropriation*, Les Cahiers de propriété intellectuelle, octobre 2018, vol. 30, n° 3, p. 947-984
- **LECLERC O.**, *Sur la validité des clauses de confidentialité en droit du travail*, Droit social, 2005, n° 5, p. 173 et s.
- **LECOCQ P. et PUTTEMANS A.**, *L'immatériel et les biens*, in Rapport belge provisoire ; Journées espagnoles, 19 mai – 23 mai 2014, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, [en ligne] Disponible sur : http://www.henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/evenements/immaterial_2014/Belgique_0.pdf (consulté le 17/04/2020)
- **LEDUC F.**, *Cessation de l'illicite, exécution en nature et réparation en nature*, in Hommage en l'honneur de G. Forest, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Paris, 2014, p. 121-139
- **LEDUC F.**, *Modalités de la réparation – Règles communes aux responsabilités délictuelle et contractuelle – Principes fondamentaux*, JurisClasseur Responsabilité civile et Assurances, Fasc. 201, 7 avril 2016
- **LEDUC F.**, *Régime de la réparation – Modalité de la réparation – Régime communes aux responsabilités délictuelle et contractuelle – Principes fondamentaux*, JurisClasseur Responsabilité civile et Assurances, Fasc. 201, 7 avril 2016
- **LEGEAIS D.**, *L'avènement d'une nouvelle catégorie de biens : les actifs numériques ; Projet de loi Pacte*, RTD Com., 2019, p. 191

- **LEHR W.**, *Measuring the Internet : The Data Challenge*, OECD Digital Economy Papers, 13 avril 2012, n° 194
- **LEISTNER, M.** *Big Data and the EU Database Directive 96/9/EC : Current Law and Potential for Reform*, in *Trading Data in the Digital Economy : Legal Concepts and Tools* (Lohsse, Schulze, Staudenmayer (eds)), Nomos, Baden-Baden, 2017, p. 27-58
- **LEMARCHAND S., FRÉGET O. et SARDAIN F.**, *Biens informationnels : entre droits intellectuels et droit de la concurrence*, Prop. intell., janvier 2003, n° 6, p. 11 et s.
- **LENOIR N.**, *Le droit de la preuve à l'heure de l'extraterritorialité*, Revue française de droit administratif, 9 juillet 2014, n° 3, p. 487-501
- **LENOIR P.-É.**, *Comparaison du système de protection des logiciels et méthodes commerciales par le brevet en Europe et aux États-Unis : retour sur l'affaire Bilski vs Kappos*, RLDI, 1^{er} décembre 2011, n° 77, p. 18-22
- **LEPAGE A.**, *Droit pénal et internet : la part de la tradition, l'œuvre de l'innovation*, AJ Pénal, 2005, p. 217 et s.
- **LEPAGE A.**, *Les personnes morales sont susceptibles de subir une atteinte à leur vie privée*, D., 2002, p. 2299
- **LEPAGE A.**, *Méconnaissance du caractère privé d'un document*, Comm. com. électr., 1^{er} janvier 2005, n° 1
- **LEPAGE A.**, *Un opportun rappel quant à la liberté d'expression des syndicats sur Internet*, Comm. com. électr., 1^{er} juin 2008, n° 6
- **LEPAGE H.**, *L'analyse économique et la théorie du droit de propriété*, Droits, 1985, n° 1, p. 91
- **LESSIG L.**, *Privacy as Property*, Social Research, 2002, vol. 69, n° 1, p. 247-270
- **LESUEUR J.**, *Les droits opposés dans le champ des propriétés incorporelles*, Comm. com. électr., juillet 2008, n° 7-8, étude 15, p. 7
- **HERNOULD J.-P.**, *Savoir reconnaître une clause de non-concurrence*, Jurisprudence Sociale Lamy, 17 mai 2022, n° 542
- **LHUILIER G.** *La concurrence normative transnationale*, Revue internationale de droit économique, 2018/3, t. XXXII, p. 251-267
- **LIBCHABER R.**, *La propriété, droit fondamental*, in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 27^e éd., coll. Spécial CRFPA, mai 2021, p. 886-898
- **LIOTARD I.**, *Les brevets sur les méthodes commerciales : état des lieux et perspectives économiques*, Prop. intect., avril 2004, p. 1-16

- **LITMAN J.** *Information Privacy/Information Property*, Stanford Law Review, mai 2000, vol. 52, n° 5, p. 1283-1313
- **LOISEAU G.**, *Des droits humains pour personnes non humaines*, D., 2011, p. 2558
- **LOISEAU G.**, *L'appropriation des espaces virtuels par les noms de domaine*, Dr. & Patr., mars 2001, n° 91, p. 59 et s.
- **LOISEAU G.**, *L'article 2279 du Code civil s'applique pas à une licence de débit de boissons*, JCP G, 6 septembre 2006, n° 36
- **LOISEAU G.**, *L'immatériel et le contrat*, in *Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz, L.G.D.J.-Lextenso, Paris, octobre 2009, p. 353 et s.
- **LOISEAU G.**, *La suppression de contenus identiques ou équivalents au contenu déclaré illicite*, Comm. com. électr., novembre 2019, n° 11, comm. 67
- **LOISEAU G.**, *Typologie des choses hors du commerce*, RTD Civ., 2000, p. 47 et s.
- **LOWÉ GNINTEDEM P. J.**, *L'homo inventor saisi par le droit : un regard panoramique*, LPA, 16 juillet 2013, n° 141, p. 12
- **LUCAS A.**, *De la protection à la « surprotection » des droits de propriété intellectuelle*, in *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle*, IRPI, 20 février 2014, p. 19
- **LUCAS A. et SIRINELLI P.**, *L'originalité en droit d'auteur*, JCP G., 1993, I, étude 3681
- **LUCAS DE LEYSSAC M.-P.**, *L'arrêt Bourquin, une double révolution : un vol d'information seule, une soustraction permettant d'appréhender des reproductions qui ne constitueraient pas des contrefaçons*, Science criminelle et droit pénal comparé, 1990, n° 3, p. 507
- **LUCAS F.-X.**, *La revendication des biens immatériels à l'occasion d'une procédure collective. Contribution à l'étude de la distribution de saisie collective*, in *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis, Paris, 2014, p. 533-553
- **LUCAS-PUGET A.-S.**, *L'opportunité des clauses de confidentialité aujourd'hui, et demain ?*, LPA, 11 novembre 2016, n° 226-227, p. 50
- **LUCAS-SCHLOETTER A.**, *La revente d'occasion de fichiers numériques contenant des œuvres protégées par le droit d'auteur*, in *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, Paris, LexisNexis, 2014, p. 573-585
- **LUCAS-SCHLOETTER A.**, *Le « domaine commun informationnel »*, Dalloz IP/IT, février 2018, n° 2, p. 90-94
- **M. BARSAN I.**, *Blockchain et propriété intellectuelle*, Comm. com. élec., avril 2020, n° 4, étude n° 7

- **M. O’CONNOR S. et MACREZ F.**, *Divergences des législations nationales sur la titularité des créations informatiques*, in *La propriété intellectuelle en dehors de ses frontières*, 1ère éd., Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 134-136
- **MACKAAY E.**, *L’économie des droits de propriété émergents sur l’Internet*, Les cahiers de propriété intellectuelle, janvier 1997, n° 2, vol. 9, p. 281-300
- **MACKAAY E.**, *La propriété est-elle en voie d’extinction ?*, in *Nouvelles technologies et propriété : actes du colloque tenu à la Faculté de droit de l’Université de Montréal, les 9 et 10 novembre 1989.*, Montréal Paris, Éd. Thémis Litec, 1991, p. 217-247
- **MACKAAY E.**, *La propriété intellectuelle et l’innovation – Analyse économique du droit*, Dr. & Pat., 1^{er} octobre 2003, n° 119, p. 61-67
- **MACREZ F.**, *Contrats de consultation et d’exploitation de bases de données*, JurisClasseur Communication, Fasc. 700, 1^{er} octobre 2016,
- **MAGGIOLINO M.**, *EU Trade Secrets Law and Algorithmic Transparency*, Bocconi Legal Research Paper, 31 mars 2019, n° 3363178
- **MAILLARD T.**, *La technologie, frein ou moteur de la circulation des œuvres ?*, Juris art, etc., 2014, n° 9, p. 17
- **MAISON ROUGE O.**, *Cloud Act et collecte des preuves numériques à l’étranger : la souveraineté judiciaire en balance*, AJ Pénal, 30 décembre 2019, n° 12 p. 591
- **MALAUURIE-VIGNAL M.** *Pas de concurrence déloyale entre Auchan et Maisons de monde mais la possibilité d’un parasitisme*, Contrats, conc. consom., mars 2022, n° 3
- **MALAUURIE-VIGNAL M.**, *Autonomie de l’action en concurrence déloyale*, Contrats, conc. consom., juin 2019, n° 6
- **MALAUURIE-VIGNAL M.**, *La copie d’un article de mode peut-elle devenir licite ? Réflexion sur les liens entre innovation et droits de propriété intellectuelle*, Prop. industr., juillet-août 2017, études 19
- **MALAUURIE-VIGNAL M.**, *La protection des savoir-faire et motifs traditionnels – Pour la défense d’une mode éthique*, Propr. industr., n° 2, février 2019, étude 4
- **MALAUURIE-VIGNAL M.**, *Le détournement d’informations confidentielles est jugé déloyal sans qu’ait été rapportée la preuve d’un risque de confusion ou d’un profit résultant de l’usage de ces informations*, Contrats, conc. consom., 1^{er} avril 2017, n° 4
- **MALAUURIE-VIGNAL M.**, *Le parasitisme des investissements et du travail d’autrui*, D., 1996, p. 177

- **MALAUURIE-VIGNAL M.**, *Les valeurs immatérielles et virtuelles de l'entreprise, entre protection et liberté*, D., 2013, p. 1919
- **MALAUURIE-VIGNAL M.**, *Réflexion sur la protection du patrimoine informationnel de l'entreprise contre le piratage économique*, D., 2012, p. 1415
- **MALAUURIE-VIGNAL M. et AZARD V.**, *Concurrence déloyale, parasitisme et mode*, Propr. industr. 2014, étude 13
- **MALAUURIE-VIGNAL M., et WARUSFEL B.**, *3 Questions Protection des secrets d'affaires : comparaisons entre les propositions européenne et française*, JCP E, 1^{er} novembre 2014, n° 47
- **MALLET-BRICOURT B.**, *Propriété, affectation, destination – Réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité*. La Revue Juridique Themis, Université de Montréal, Faculté de Droit, 2014, n°48, p. 537
- **MALLET-BRICOUT B.**, *Bien et immatériel en France*, in *L'immatériel*, Journées espagnoles, Tome LXIV, Travaux de l'Association Henri Capitant, éd. Bruylant/LV2B, Bruxelles, 11 décembre 2015, p.149-179
- **MALLET-POUJOL N.**, *Appropriation de l'information : l'éternelle chimère*, D., n° 38, 1997, p. 330
- **MALLET-POUJOL N.**, *La protection des bases de données : un péage pour l'accès aux informations génétiques ?*, RLDI, 1^{er} mai 2013, n° 93
- **MALLET-POUJOL N.**, *Le double langage du droit à l'information*, D., n° 32, 2002, p. 2420
- **MALLET-POUJOL N.**, *Marché de l'information. Le droit d'auteur injustement « tourmenté »*, RIDA, avril 1996, p. 139
- **MANARA C.**, *Le droit d'auteur contre l'accès à l'information mondiale ? Le cas des moteurs de recherche*, Revue internationale de droit économique, 2011, n° 2, t. XXV, p. 143-164
- **MANDEL S. et BINCTIN N.**, *Les créations prétoriennes de la Cour de cassation en droit de la propriété intellectuelle*, Comm. com. électr., n° 2, février 2015, étude 4, p. 14-18
- **MARCHADIER F.**, *Articulation du contrat et des droits fondamentaux (clause de confidentialité vs liberté d'expression)*, RDC, mars 2020, n° 1, p. 80-82
- **MARCHADIER F.**, *Internet et droit international privé*, JurisClasseur Droit international, Fasc. n° 544-60,

- **MARCHAND J.**, *L'open data, la réutilisation des données publiques entre exigences démocratiques et potentiel économique*, JCP A., 17 février 2014, n° 7, 2038
- **MARTIAL-BRAZ N.**, *La transdisciplinarité du droit du numérique*, in *Mélange en l'honneur de Michal Vivant*, Dalloz, Paris, coll. Études, mélanges, travaux, septembre 2020, p. 849-864
- **MARTIN A.-C.**, *L'efficacité de l'action en concurrence déloyale renouvelée par la démonstration d'un préjudice facilitée*, RLC, 1^{er} décembre 2020, n° 100, p. 20-23
- **MARTIN A.-C.**, *Le renouveau de l'action en concurrence déloyale ? – Introduction*, RLC, 1^{er} décembre 2020, n° 100
- **MARTIN M.**, *Pratique contractuelle. Contrats de l'informatique. Les clauses de confidentialité*, Comm. com. électr., mars 2019, n° 3
- **MARTY F.** *De l'activation de la théorie des facilités essentielles dans l'économie numérique*, in *L'articulation des droits de propriété intellectuelle et du droit de la concurrence*, sous-dir. P. Tréfigny, Dalloz, éd. 1^{ère}, coll. Thèmes et commentaires, Paris, 2020, p. 5-18
- **MARTY F.** *La protection des algorithmes par le secret des affaires. Entre risques de faux négatifs et risques de faux positifs*, Revue internationale de droit économique, 2019, n° 2, t. XXXIII p. 211-237
- **MARTY F.**, *La politique de concurrence européenne face aux droits et libertés des entreprises dominantes*, in *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens. Dixièmes journées d'études du Pôle européen Jean Monnet* (sous-dir. Laurence Potvin-Solis), Bruylant, Bruxelles, 22 août 2012, p. 57-95
- **MARTY G.**, *Illicéité et responsabilité*, in *Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière par ses élèves et amis*, Dalloz, Paris, 1964, p. 344
- **MARTY F. et PILLOT J.**, *Divergence transatlantiques en matière d'application de la théorie des facilités essentielles aux actifs immatériels*, Revue d'économie industrielle, n° 219-130, 2010, p. 277-300
- **MASSON F.**, *Quel « modèle propriétaire » pour les données personnelles ?*, RTD Civ., 2022, p. 777
- **MATHON C.**, *La nécessaire protection du secret des affaires*, La revue du Grasco, février 2012, n° 1 [en ligne] Disponible sur : http://www.claudemathon.fr/public/Texte_revue_Grasco.pdf (consulté le 04/05/2017)

- **MATHON C.**, *Le juge et l'entreprise ; Table ronde : faciliter l'accès aux preuves*, 22 septembre 2016 [en ligne] Disponible sur : http://www.claudemathon.fr/public/Intervention_C._Mathon_Colloque_CA_Paris_22_09_16.pdf (consulté le 04/05/2017)
- **MATTATIA F. et YAÏCHE M.**, *Être propriétaire de ses données personnelles : peut-on recourir aux régimes traditionnels de propriété ? (Partie I)*, RLDI, avril 2015, n° 114, p. 60-63
- **MATTATIA F. et YAÏCHE M.**, *Être propriétaire de ses données personnelles : peut-on recourir aux régimes traditionnels de propriété ? (Partie II)*, RLDI, mai 2015, n° 115, p. 63-65
- **MATTATIA F. et YAÏCHE M.**, *Être propriétaire de ses données personnelles : peut-on recourir aux régimes traditionnels de propriété ?*, RLDI, 1^{er} avril 2015, n° 114
- **MAULÉON-WELLS I.**, *Propriété intellectuelle et concurrence, une nouveauté : De l'approche forcée à la négociation*, Concurrences, n° 4, 2005, p. 53-61
- **MAUREL L.**, *Les données culturelles resteront-elles en dehors du mouvement de l'Open data en France ?*, Légipresse, 10 septembre 2015, n° 330, p. 451
- **MAUREL L.**, *Que reste-t-il de la propriété dans l'environnement numérique ?*, Délibérée, 2020/2, n° 10, p. 19-26
- **MAY B. et LIENS M.**, *Le caractère technique et l'éléphant*, Propr. industr., février 2011, n° 2, étude 5, p. 12-15
- **MAZEAUD D.**, *Qualification de clause pénale : encore et toujours...*, D. 2016, p. 1628
- **MAZEAUD H.** *L'« absorption » des règles juridiques par le principe de responsabilité civile*, D., 1935, n° 3, chron. II, p. 5
- **MÉADEL J.**, *Faut-il introduire la faute lucrative en droit français ?*, LPA, 17 avril 2007, n° 77, p. 6
- **MEKKI M.** *Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat*, RDC, juin 2016, n° 2, p. 400-407
- **MEKKI M.**, *Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1^{re} partie)*, RDC, 1^{er} octobre 2006, n° 4, p. 1051 et s.
- **MEKKI M.**, *Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2^{de} partie)*, RDC, 1^{er} avril 2007, n° 2, p. 239 et s.
- **MÉNARD B.**, *Le contrôle de proportionnalité : vers une deuxième vie de la théorie de l'abus de droit ? Prospection à partir de l'abus de droit de propriété*, RTD Civ., 2022, p. 1

- **MÉNARD B.**, *Le dommage induit de l'acte de concurrence déloyale. Quelle explication ? Quelle application ?*, D., 1^{er} août 2019, n° 28, p. 1549 et s
- **MENDOZA-CAMINADE A.**, *Création et intelligence artificielle : la protection par le droit d'auteur en voie de légitimation*, RLDI, 1^{er} avril 2020, n° 169
- **MENDOZA-CAMINADE, A.**, *Proportionality and Evaluation. The Example of Intellectual Property Law*, in *Compliance Monumental Goals* (sous-dir. Frison-Roche, M.-A.), Bruylant, Bruxelles, 15 mars 2023, p. 221-235
- **MÉNIÈRE Y.**, *Les fonctions des droits de propriété intellectuelle : le point de vue de l'économie*, Prop. indust., octobre 2010, dossier 3
- **MÉSA R.**, *L'opportunité consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives*, D., 2012, p. 2754
- **MÉSA R.**, *Précisions sur la notion de faute lucrative et son régime*, JCP G, mai 2012, n° 20-21, doctr. 62
- **MESTRE J. et FAGES B.**, *Un, deux ou trois visas... l'enseignement est toujours le même : la Cour de cassation contrôle l'effective formation des contrats*, RTD Civ., 2006, p. 755
- **METTALINOS N.**, *Perspectives de sauvetage des « clauses contractuelles types » par la CJUE, mais à quel prix ?*, Comm. com. électr., 1^{er} avril, 2020, n° 4, p. 34-37
- **MICHAUX B.**, *Le big data : questions de propriété intellectuelle*, Revue de Droit des Technologies de l'Information, 12 novembre 2018, n° 70, p. 53
- **MIGNON E.**, *Le Cloud Act ou l'impuissance européenne démasquée*, Revues des Juristes de Sciences Po, janvier 2019, n° 16
- **MILCHIOR R., et FOURGOUX V.**, *Directive sur les secrets d'affaires : création d'un nouveau droit de la propriété intellectuelle*, AJCA, 1^{er} août 2016, n° 8, p. 390-392
- **MILLERAND A.**, *Le détournement des informations de l'entreprise*, JCP E, 27 novembre 2014, n° 48, p. 30-33
- **MONNERIE N.**, *Les défais de la commercialisation des données après le RGPD : aspects concurrentiels d'un marché en développement*, Revue internationale de droit économique, 2018, n° 4, t. XXXII, p. 431-452
- **MONTUIT DE BOISCUILLÉ G. de**, *La Cour de cassation prend en compte la faute lucrative ! Sans la sanctionner...*, RLC, 1^{er} juin 2020, n° 95, p. 39-43
- **MONTET C.**, *Décision Microsoft : le difficile bilan économique de l'obligation à l'interopérabilité*, RLC, 1 octobre 2008, n° 17, p. 152-157

- **MOOR P.**, *De l'épistémologie de la théorie du droit*, Revue interdisciplinaire d'études juridique, 2019/2, vol. 83, p. 18
- **MORE K.**, *Contre la protection des idées originales par le droit d'auteur*, Revue juridique de l'Ouest, 2009, n° 3, p. 269-285
- **MOULIÈRE F.**, *Secret des affaires et vie privée*, D., 2012, p. 571
- **MOULY C.**, *Propriété publique, propriété privée et justice*, Arch. phil. dr., 1997, n° 41, p. 267-291
- **MOURON P.**, *Pour ou contre la patrimonialité des données personnelles*, Revue Européennes des Médias et du Numérique, Printemps-été 2018, n° 46-47, p. 90-96
- **MOUSSERON J.-M.**, *Aspects juridiques du Know-How*, Cahiers de droit de l'entreprise, 1/1972
- **MOUSSERON J.-M.**, *Le droit des brevets, demain – Point de vue français*, Les cahiers de propriété intellectuelle, octobre 1997, vol. 10, n° 1
- **MOUSSERON J.-M.**, *Responsabilité civile et droits intellectuels*, in *Mélanges offerts à Albert Chavanne*, droit pénal, propriété industrielle, Litec, 1990, p.247-258
- **MOUSSERON J.-M.**, *Secrets et contrats – De la fin de l'un à la fin de l'autre*, in *Mélange J. Foyer*, PUF, Paris, 1997, p. 257
- **MOUSSERON J.-M.**, *Valeurs, biens, droits*, in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, Paris, 1991, p. 277-283
- **MOUSSERON J.-M.**, **RAYNARD J.** et **REVEL T.**, *De la propriété comme modèle*, in *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris (France), Litec, Paris, 1993, p. 281-295
- **MUIR-WATT H.**, *La modération des dommages en droit anglo-américain*, LPA, 20 novembre 2002, n° 232, p. 45 et s.
- **NAFTALSKI F.**, et **KERAMBRUN M.**, *Le périmètre des obligations de partage de données en vertu du Data Act*, Dalloz IP/IT, 2024, p. 516
- **NCIAUX A.**, **FARCHY J.**, et **MÉADEL C.**, *L'instauration de droits de propriété sur les données personnelles : une légitimité économique contestable*, Revue d'économie industrielle, 2017, n°158, p. 15 et s.
- **NETTER E.**, *La portabilité, un droit à inventer*, Dalloz IP/IT, 2020, p. 352
- **NICOLAS E.**, *Le modèle-type de contrat, source de droit ? L'épreuve par la baguette du sourcier*, LPA, 23 octobre 2012, n° 212, p. 3 et s.

- **NORMAND S.**, *La notion de modalité de la propriété*, in *Mélanges offerts au professeur François Frenette. Études portant sur le droit patrimonial*, Laval (Canada), Presse de l'Université Laval, 2006, p. 255-282
- **NUSSENBAUM M.**, *Pour une motivation détaillée de l'évaluation des dommages économiques dans les décisions de justice*, LPA, 04 septembre 2017, n° 176, p. 8
- **OPPETIT B.**, *Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain*, in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, Paris, 1990, p. 317-330
- **ORSI F.**, *Réhabiliter la propriété comme bundle of right : des origines à Elinor Ostrom, et au-delà ?*, *Revue Internationale de Droit Économique*, 2014, p. 371-385
- **PADOVA Y.**, *Entre patrimonialité et injonction au partage : la donnée écartelée ? (Partie 1)*, RLDI, 1^{er} janvier 2019, n° 155, p. 47-56
- **PADOVA Y.**, *Entre patrimonialité et injonction au partage : la donnée écartelée ? (Partie 2)*, RLDI, 1^{er} février 2019, n° 156, p. 45-51
- **PANHARD M.**, *Réparation de la contrefaçon de droit d'auteur, analyse critique du droit positif et pistes de solutions au sein du débat sur la faute lucrative*, RTD Com., 2021, p. 741
- **PASSA J.**, *Caractère impératif ou supplétif des exceptions au droit d'auteur ?*, in *L'effectivité des exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins : les usages, la loi, la régulation*, colloque de la Hadopi, avril 2013, RLDI, juin 2013, supplément au n° 94, p. 13-17
- **PASSA J.**, *Incidence de la liberté contractuelle sur l'existence et la portée des droits de propriété intellectuelle ?*, RDC, décembre 2020, n° 4, p. 139
- **PASSA J.**, *La limitation par contrat de l'exploitation d'un objet non protégé par un droit de propriété intellectuelle*, RDC, 15 juin 2015, n° 2, p. 348-349
- **PASSA J.**, *La propriété de l'information : un malentendu ?*, Dr. & Pat., 1^{er} mars 2001, n° 91
- **PASSA J.**, *Portée des accords emportant patrimonialisation du nom patronymique*, RDC, juin 2017, n° 2, p. 317
- **PASSA J.**, *Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique*, D, 2000, p. 297
- **PASSA J.**, *Sanction de l'engagement « moral » de ne pas copier la création d'un concurrent non couvert par un droit privatif*, *Propriété intellectuelle*, juillet 2007, n° 24, p. 360-361
- **PATURET A.**, *Sujet, objet, res et nature : un aperçu historique de l'évolution du concept de chose de l'Antiquité au droit contemporain*, *International Journal for the Semiotics of Law*, Springer Verlag, n° 32, 15 juin 2019, p. 485-504

- **PÉRINET-MARQUET H.**, *Regard sur les nouveaux biens*, JCP G, n° 44, novembre 2010, p. 2071-2078
- **PERRAY R. et UZAN-NAULIN J.**, *Existe-t-il encore des données non personnelles ?*, Dalloz IP/IT, 12 mai 2017, n° 5, p.286
- **PERRAY R.**, *Schrems II : adéquation et caractère approprié des clauses contractuelles types, l'accountability met en balance*, RLDI, 1^{er} avril 2020, n° 169, p. 35-39
- **PERRIN J.**, *Analyse de la valeur et valeur économique des biens et des services*, Revue Française de Gestion Industrielle, vol. 20, n° 2, p. 11
- **PETEL A.**, *Le nouveau régime européen du droit de la réutilisation des informations publiques*, RLDI, 1^{er} décembre 2019, n° 165, p. 32-35
- **PETEV V.**, *Virtualité et construction de la réalité sociale et juridique*, Arch. phil. dr., 1999, n° 43, p. 27-34
- **PFISTER L.**, *Histoire du droit d'auteur*, JCI X, Fasc. n° 1110, 1^{er} septembre 2010
- **PIĄTEK D.**, *Pour une exception unique ? Les avantages et les inconvénients du test en trois étapes in Le Code de la Propriété intellectuelle en 10 articles* (sous-dir. Amélie Favreau), Dalloz, Paris, 29 décembre 2021, p. 67
- **PIATTI M.-C.**, *Commerce électronique et propriétés intellectuelles*, La Revue du Notariat, décembre 2004, vol. 106, n° 3
- **PICARDAT S.**, *Les conditions de la libre circulation des données agricoles*, Annales des Mines, Enjeux numériques, juin 2022, n° 18, p. 57
- **PICOD Y. et DORANDEU N.**, *Concurrence déloyale*, Répertoire IP/IT et Communication, Dalloz, avril 2022
- **PICOD Y.**, *Concurrence déloyale et intervention fautive sur le marché*, in Mélanges G. Bonet, LexisNexis, Paris, coll. IRPI, n° 36, 2010, p. 421
- **PICOD Y.**, *Loyauté et liberté de la concurrence*, RLC, 1^{er} novembre 2017, n° 66, p. 11-17
- **PIÉDELIÈVRE A.**, *Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien*, in Aspects du droit privé en fin du 20^e siècle, études réunies en l'honneur de Michel de Juglart, L.G.D.J., Paris, 1986, p. 55-62
- **PIERRE P.** *La place de la responsabilité objective notion et rôle de la faute en droit français*, Revue juridique de l'Ouest, 2010, n° 4, p. 408
- **PIERRE P.**, *Les dommages et intérêts punitifs ou restitutoires (en droit français et européen)*, Revue juridique de l'Ouest, 2014, n° 2, p. 23-35

- **PIERRE-MAURICE S.**, *Mesures provisoires et secret des affaires*, D., 28 février 2019, n° 7, p. 390
- **PIMONT S.**, *Clause pénale*, Répertoire de droit civil, Dalloz, avril 2010 (mis à jour : mai 2022), n° 33
- **PIROVANO A.**, *La concurrence déloyale en droit français*, Revue international de droit comparé, juillet-septembre 1974, vol. 26, n° 3, p. 467-504
- **PIROVANO A.**, *Les transformations de l'ordre privé économique : l'exemple des réseaux de distribution sélective*, in Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Frison Roche éd., 10 juin 1999, p. 211
- **PITOIS T. et VIVANT M.**, *La technique au cœur du brevet : un concept social évolutif*, Droit et Société, 1996, n° 32, p. 117-130
- **POLLAUD-DULIAN F.**, *Brevetabilité et présentation d'informations*, D., 2023, p. 468
- **POLLAUD-DULIAN F.**, *De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires*, RTD Com., 1997, p. 349
- **POLLAUD-DULIAN F.**, *L'adieu au brevet et le retour à la Nature des séquences d'ADN : l'arrêt Myriad Genetics de la Cour suprême des États-Unis*, D., 14 novembre 2013, n° 38, p. 2594-2598
- **POLLAUD-DULIAN F.**, *La brevetabilité des méthodes d'affaires aux États-Unis après l'arrêt Bilski de la Cour suprême*, Gaz. Pal. 17-18 décembre 2010, suppl. Gazette de la propriété industrielle, p. 11.
- **POLLAUD-DULIAN F.**, *La présomption prétorienne de titularité du droit d'auteur dans l'action en contrefaçon*, RTD Com., 2011, p. 45
- **POLLAUD-DULIAN F.**, *Le droit d'auteur et les droits voisins en demi-teinte dans le marché numérique*, RTD Com., 22 novembre 2019, n° 3, p. 648
- **POLLAUD-DULIAN F.**, *Œuvre ou information ?*, RTD Com., 1997, p. 349
- **POULET Y.**, *La « propriété » des données ; Ballade au « pays des merveilles » à l'heure du Big data*, Mélange en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, Paris, coll. Étude, Mélange, septembre 2020, p. 339-356
- **POULLET Y.**, *La « propriété » des données ; Balade au « pays des merveilles » à l'heure du Big Data*, in Mélange en l'honneur de Michal Vivant, Dalloz, Paris, coll. Études, mélanges, travaux, Paris, septembre 2020, p. 340-356

- **PRÜM A.**, *Information et données en droit continental*, in *Les flux transfrontières de données : vers une économie internationale de l'information ?*, sous-dir. A. Madec et P. Leclercq, Litec, Paris, 1988, p. 39-52
- **PURTOVA N.**, *Illusion of Personal Data as No One's Property*, *Law, Innovation, and Technology*, 2015, vol. 7, Issue 1, p. 83-111
- **QUÉMÉNER M.**, *La justice face au défi de la cybercriminalité : constat et préconisations*, *Comm. com. électr.*, 1^{er} décembre 2019, n° 12, p. 5-6
- **QUÉZEL-AMBRUNAZ C.**, *L'acceptation européenne du « bien » en mal de définition*, *D.*, 19 septembre 2010, n° 31, p. 2024
- **RAIMOND S.**, *Des justifications et conséquences de l'absence de droit de propriété intellectuelle sur les informations secrètes*, *LPA*, 31 juillet 2015, n° 152, p. 15
- **RAMPELBERG R.-M.**, *Pérennité et évolution des res incorporeales après le droit romain*, *Arch. phil. dr.*, 1999, n° 43, p. 35-43
- **RANDRIANIRINA I.**, *Le fichier informatique de données personnelles, un bien singulier*, in *Hommage en l'honneur de G. Forest*, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, Paris, 2014, p. 211-223
- **RANOUIL M.**, *La théorie des facilités essentielles et le droit de la propriété intellectuelle ; L'arrêt Magill : vingt ans déjà sans avoir trouvé sa voie !*, *Comm. com. électr.*, janvier 2016, p. 10-14
- **RASSAT M.-L.**, *De l'objet de l'abus de confiance*, *Droit pénal*, avril 2015, n° 4, étude 10
- **RAYNARD J.**, *Entre brevet et droit d'auteur : Les quatre points cardinaux de la propriété intellectuelle*, *JCP G*, 1^{er} avril 2013, n° 14, p. 678-683
- **RAYNARD J.**, *Secret des affaires, effet relatif du contrat, liberté d'entreprendre*, *Prop. industr.*, avril 2020, n° 4, étude 8
- **RAYNAUD P.**, *La renonciation à un droit*, *RTD Civ.*, 1936, n°s 30 et 34
- **RÉMY P.**, *La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept*, *RTD Civ.*, 16 juin 1997, n° 2, p. 323
- **RENET T.**, *L'incorporation en droit des biens*, *RLDC*, 1^{er} novembre 2009, p. 9-18
- **RENET T.**, *Notion de bien : tout produit de l'activité instinctuelle constitue un bien*, *RTD Civ.*, 2005, p. 164
- **RIBEIL A.**, *La protection par le droit sui generis des bases de données, le cas des data spaces*, *Prop. industr.*, juin 2022, n° 6, étude 13

- **RICHER L.**, *Le droit à la paresse ? « Essential facilities », version française*, D. 1999, p. 523
- **RICHTER H. et SLOWINSKI P. R.**, *The Data Sharing Economy : On the Emergence of New Intermediaries*, International Review of Intellectual Property and Competition Law, 2019, n° 50, p. 4-29 [en ligne] Disponible sur : <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s40319-018-00777-7.pdf> (consulté le 21/04/2020)
- **RIXHON P. et STROWEL A.**, *Associer et articuler le droit et les technologies ; Pour une bonne gouvernance des marchés numériques de la création*, Propr. intell., octobre 2021, n° 81, p. 61
- **ROBÉ J.-P.**, *Dompter la propriété*, RED, 2022/1, n° 4, p. 194
- **ROBERT R.**, *Peut-on payer avec ses données personnelles ? La proposition de directive « contenu numérique » introduit le ver dans le fruit*, Journal de droit européen, 2021. p. 357
- **ROCHÉ É.**, *Open data et business models*, LEGICOM, 2016, n° 56, p. 121-127
- **ROCHER A.**, *Considérations d'épistémologie juridique sur les legaltechs*, RTD Com., 31 mars 2022, n° 1., p. 13
- **ROCHFELD J.**, *Contrat et libertés fondamentales*, RDC, 2003, p. 17 et s.
- **ROCHFELD J.**, *Contre l'hypothèse de la qualification des données personnelles comme des biens*, in Les biens numériques (sous-dir. Emmanuel Netter et Aurore Chaigneau), CEPRISCA, coll. Colloque, 2015, p. 221 et s.
- **ROCHFELD J.**, *La rupture efficace*, in Droit et économie des contrats (sous-dir. Christophe Jamin), L.G.D.J., Paris, 29 avril 2008, coll. Droit et Économie, p. 169 et s.
- **ROMAIN J.-F.**, *Responsabilité contractuelle et remèdes à l'inexécution du contrat*, in Droit des obligations – Notions et mécanismes en matière de responsabilité (sous-dir. ROMAIN J.-F.), Bruylant, Bruxelles, 24 octobre 2014, p. 109
- **ROMANI A.-M.**, *Enrichissement injustifié*, Répertoire de droit civil, Dalloz, février 2018, n° 54
- **ROMEYER-DHERBEY G.**, *Chose, cause et œuvre chez Aristote*, Arch. phil. dr., t. 24, 1979, p. 127-136
- **ROSA F.**, *La contrepartie financière de l'obligation de non-concurrence dans le contrat de travail : une analyse au prisme de l'immobilisation de la force de travail*, Revue de droit du travail, 2018, p. 735

- **ROSIER K. de**, *La notion de « donnée à caractère personnel » a-t-elle encore un sens dans la protection des données de communications électronique ?*, in *Droit, normes et libertés dans le cybermonde Liber Amicorum Yves Poullet*, Louvain, Larcier, 1^{re} éd., coll. Du Crids, 2018, p. 699-714
- **ROUAST A.**, *L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile*, RTD Civ., 1922, 35, n° 315
- **ROUBIER P.**, *Théorie générale de l'action en concurrence déloyale*, RTD Com. 1948, p. 587
- **ROUSSEAU É.**, *La sanction adéquate en matière contractuelle : une analyse économique*, LPA, 19 mai 2005, n° 99, p. 43 et s.
- **ROUVIÈRE F.**, *Comment déterminer le champ d'application d'une règle ?*, RTD Civ., 2022, p. 242
- **ROUVIÈRE F.**, *La remise en cause du contrat par le juge*, in *L'efficacité du contrat* (sous-dir. Gwendoline Ladreux), Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, février 2011, p.41-56
- **RUBINSTEIN I. S.**, *Big Data : The End of Privacy or a New Beginning ?*, New York University School of Law, Public Law Research Paper 5 octobre 2012, n° 12, p.74–87
- **RUDDEN B. et JUILHARD P.**, *La théorie de la violation efficace*, Revue internationale de droit comparé, octobre-décembre 1986, vol., 38, n° 4, p. 1015
- **RUELLE A. et FABRI É.**, *Le plus absolu des droits, entre désir idéal et idéal d'autonomie. L'invention de la propriété des anciens comparée à celle des modernes*, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2018/2, vol. 81, p. 109-176
- **SABARD O.**, *Le préjudice moral*, in *Hommage en l'honneur de G. Forest*, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, 2014, p. 247-260
- **SAGAERT V.**, *Les interférences entre le droit des biens et le droit des obligations : une analyse de l'évolution depuis le Code civil*, in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil* sous-dir. Patrick Wéry, Bruxelles, La Charte, 2004, p. 353-396
- **SAGOT-DUVAUROUX D.**, *La propriété intellectuelle, c'est le vol ! Le débat sur le droit d'auteur au milieu du XIX^e siècle*, L'Économie politique, vol. n° 22, n°. 2, 2004, p. 34-52 [en ligne] Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-l-economie-politique-2004-2-page-34.htm> (consulté le 14/03/2020)

- **SAINT-AUBIN T.**, *Les nouveaux enjeux juridiques des données (big data, web sémantique et linked data)* ; *Les droits de l'opérateur de données sur son patrimoine numérique informationnel*, RLDI, mars 2014, n° 102, p. 94-101
- **SALOMON R.**, *Secret des affaires et droit pénal*, JCP E, 1^{er} septembre 2016, n° 35
- **SANCHEZ DE LA TORRE A.**, *Qu'en est-il de la réalité du droit ?*, Arch. phil. dr., 1999, n° 43, p. 13-25
- **SANDEEN S.**, *Lost in the Cloud : Information Flows and the Implications of Cloud Computing for Trade Secret Protection*, Virginia Journal of Law and Technology, 2014
- **SAPPA C.**, *Le secret des affaires dans la société algorithmique : une présence profitable*, RTD Com., 17 janvier 2019, n° 4, p. 847
- **SASSOLAS D.**, *La durée des clauses de confidentialité*, RTD Com., 29 octobre 2015, n° 3, p. 625
- **SAVATIER R.**, *L'ordre public économique*, D. 1965, chron. 37
- **SAVATIER R.**, *Le prétendu principe de l'effet relatif du contrat*, RTD Civ., 1934, p. 525 et s.
- **SCHMIDT-SZALEWSKI J.**, *Divulgence de secret de fabrique et vol*, Propr. industr., 1^{er} février 2003, n° 2
- **SCHMIDT-SZALEWSKI J.**, *Étrange obligation de non-concurrence*, Propr. industr., 1^{er} juin 2007, n° 6, comm. 55
- **SCHMIDT-SZALEWSKI J.**, *L'horreur juridique : une licence obligatoire sans texte*, Propr. industr., avril 2002, comm. 12
- **SCHMIDT-SZALEWSKI J.**, *La notion d'invention face aux développements technologiques*, in *Droit et économie de la propriété intellectuelle* (sous-dir. Marie-Anne Frison-Roche et Alexandra Abello) L.G.D.J, Paris, coll. Droit & économie. p. 251
- **SCHMIDT-SZALEWSKI J.**, *La propriété intellectuelle dans la mondialisation*, Propr. industr., juin 2006, n° 6, étude 20
- **SCHMIDT-SZALEWSKI J.**, *Utilisation du savoir-faire acquis auprès de leur ancien employeur par des salariés*, Propr. industr., 1^{er} février 2005, n° 2
- **SCHÜLL G.**, *Digital data products : no end to patent piracy*, Building and enforcing intellectual property value, 2013, p. 91
- **SCHWARTZ P.**, *Property, Privacy, and Personal Data*, Harvard Law Review, 2003-2004, n° 117, p. 2056 et s.

- **SEBBAN G.**, *L'article 717 du Code civil, entre choses communes et biens*, in Quel(s) statut(s) pour les biens communs (Guillaume Drouot et Alexandre Zabalza sous-dir.), Dalloz, Paris, 5 septembre 2024, p. 11 et s.
- **SEIFERT A.**, *L'effet horizontal des droits fondamentaux*, RTD Eur., 2012, p. 801
- **SÉJEAN M.**, *La restitution du profit illicite*, Revue internationale de droit comparé, 2014, vol. 66, n° 2, p. 345-362
- **SÉRIAUX A.**, *Propriété*, Répertoire de droit civil, Dalloz, juillet 2022
- **SHKABATUR J.**, *The Global Commons of Data*, Stanford Technology Law Review, 2019, vol. 22:2
- **SIIRIAINEN F.**, « *Droit d'auteur* » conta « *droit de la concurrence* » : versus « *droit de la régulation* », Revue internationale de droit économique, 2001, t. XV, p. 413-446
- **SIIRIAINEN F.**, *Le droit d'auteur à l'épreuve de sa dimension économique : libres propos sur le droit d'auteur économique*, in Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, Paris, LexisNexis, 2014, p. 673-681
- **SIIRIAINEN F.**, *Libres propos et pensées sur la notion d'œuvre protégée et sa fonction...*, Prop. indust., octobre 2010, dossier 9
- **SIIRIAINEN F.**, *Propriété intellectuelle et concurrence ; Problématique de la convergence*, in La propriété intellectuelle entre autres droits, sous-dir. J.-M. Bruguière, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Paris, 2009, p. 31-50
- **SIIRIAINEN F.**, *Propriété intellectuelle et concurrence ; Problématique de la convergence*, in La propriété intellectuelle entre autres droits, sous-dir. J.-M. Bruguière, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 31 et s.
- **SIIRIAINEN F.**, *Réflexions critiques à propos de la propriété intellectuelle utilisée comme une « arme » concurrentielle*, in La propriété intellectuelle dans les droits du marché et de la rivalité concurrentielle, sous-dir. J.-M. Bruguière, D. coll. Thèmes et commentaires, 2016, p. 13-25
- **SIRINELLI P.**, *Brèves observations sur le « raisonnable » en droit d'auteur*, in Propriétés intellectuelles ; Mélanges en l'honneur d'André FRANÇON, Dalloz, Paris, 3 décembre 1997, p. 397-413
- **SIRINELLI P.**, *Protection des savoirs – solutions d'aujourd'hui et de demain. Du néant à de possibles réservations ?*, Dalloz IP/IT, 2020, p. 178
- **SOLTMANN W.**, *L'encouragement à l'innovation par la concurrence, malgré les contraintes du droit de la concurrence*, in L'articulation des droits de propriété intellectuelle

et du droit de la concurrence, sous-dir. P. Tréfigny, Dalloz, éd. 1^{ère}, coll. Thèmes et commentaires, Paris, 2020, p. 125-132

- **SPINOSI P.**, *La loi sur le secret des affaires, à la recherche de l'équilibre impossible*, JCP G, 16 juillet 2018, n° 29, doct. 845
- **STEFANIA T.**, *La confidentialité des procédures préventives du livre VI du Code de commerce : une mesure de restriction à la liberté d'expression justifiée et nécessaire*, JCP E, 11 février 2016, n° 6
- **STOCK M.**, Synthèse – *Effets du contrat à l'égard des tiers*, JurisClasseur Civil
- **STRAKER C.**, *From data property to data rights : legal thoughts on basic principles of the European digital economy in the age of Big Data*, Revue de Droit des Technologies de l'Information, 12 novembre 2018, n° 70, p. 63
- **STROWEL A.**, *Droit d'auteur et accès à l'information : de quelques malentendus et vrais problèmes à travers l'histoire et les développements récents*, Les cahiers de propriété intellectuelle, octobre 1999, vol. 12, n° 1 [en ligne] Disponible sur : <https://www.lescpi.ca/s/1917> (consulté le 24/06/2021)
- **STROWEL A.**, *Les données, un nouvel actif à l'intersection des propriétés intellectuelles*, in *La para-propriété intellectuelle*, (sous-dir. Jean-Michel Bruguière), Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, 6 octobre 2022, p. 95 et s.
- **STROWEL A.**, *L'originalité en droit d'auteur : un critère à géométrie variable*, Journal des tribunaux, 7 septembre 1991, 110^e année, n° 5598, p. 513-518
- **STROWEL A.**, *Les données : des ressources en quête de propriété ; Regard sur quelques développements récents en droit européen*, in *Law, Norms and Freedoms in Cyberspace / Droit, normes et libertés dans le cybermonde : Liber Amicorum Yves Poulet*, Bruxelles, Larcier, p. 251-268
- **STROWEL A.**, *Les outils d'appropriation au service des communs numériques*, in *Mélange en l'honneur de Michal Vivant*, Paris, Dalloz, éd. 1^{ère}, coll. Études, mélanges, travaux, septembre 2020, p. 420-456
- **STROWEL A.**, *Les outils d'appropriation au service des communs numériques*, in *Mélange en l'honneur de Michel Vivant*, Dalloz, Paris, septembre 2020, p. 419 et s.
- **STROWEL A.**, *Nature, culture et langue : entre propriété et commun*, in *Le droit malgré tout ; Hommage à François Ost*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2018, p. 753-782

- **STROWEL A.**, *Omni sunt Communia : des opera au Big Data*, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2018, n° 2, vol. 81, p. 177-209
- **STROWEL A., et TRIAILLE J.-P.**, *De l'équilibre entre le droit de la concurrence et la propriété intellectuelle ; À propos de la proposition de la loi Godfrain sur les « créations réservées »*, Droit de l'information & des télécoms, 1993, n° 2, p. 25-38
- **STROWEL A., DESAUNETTES-BARBERO L., et CASSIERS V.**, *L'influence du droit européen et de la Cour de justice en propriété intellectuelle : vers un ius commune*, in STROWEL A. et MINNE G. (sous-dir.), *L'influence du droit européen en droit économique. Liber Amicorum Denis Philippe*, Larcier, Louvain-la-Neuve, Coll. DU CRIDES, 11 août 2022, p. 673-699
- **SURBLYTÈ G.**, *Data mobility at the intersection of data, trade secret protection and the mobility of employees in the digital economy*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper, n° 16-03
- **TA I.**, *L'articulation des sanctions contractuelles de l'inexécution du contrat avec les solutions de droit commun*, Dr. & patr., 1^{er} mars 2019, n° 291
- **TABATONI P.**, *L'incorporel comme ressource économique ; Propos introductifs*, Arch. phil. dr., 1999, n° 43, p. 149-152
- **TELLIER-LONIEWSKI L.**, *L'information géographique : au confluent de la propriété intellectuelle et des données publiques (1^{re} partie)*, Gaz. Pal., 20 juillet 2004, n° 202, p. 16
- **TELLIER-LONIEWSKI L.**, *L'information géographique : au confluent de la propriété intellectuelle et des données publiques (2^e partie)*, Gaz. Pal., 12 octobre 2004, n° 286, p. 20
- **TELLIER-LONIEWSKI L.**, *L'information géographique : au confluent de la propriété intellectuelle et des données publiques (3^e partie)*, Gaz. Pal., 25 janvier 2005, n° 25, p. 7
- **TERNEYRE P.**, *Les actifs immatériels des personnes publiques*, Revue juridique de l'économie publique, n° 714, décembre 2013, étude 16
- **TESTU F. X.**, *Responsabilité civile et propriété des idées en matière de brevets et de savoir-faire*, Responsabilité civile et assurances, mai 2017, Dossier 8, p. 41
- **TESTU F.-X.**, *La confidentialité conventionnelle*, Dr. & Patr., 1^{er} mars 2002, n° 102
- **THÉRY P.**, *Production forcée des pièces : principe de la contradiction et secret des affaires*, RTD Civ., 2016, p. 436
- **THIBIERGE L.**, *La mesure des dommages-intérêts : question de fait ou question de droit ?* Libres réflexions au travail du prisme de la minimisation du préjudice, RDC, mars 2019, n° 1, p. 193

- **THOMAS-RAQUIN C. et LE GUERER M.,** *Pratique contentieuse. L'articulation de l'action en concurrence déloyale avec l'action en contrefaçon dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Comm. com. élect., janvier 2019, n° 1
- **THOMASSIN N.,** *Le bien susceptible d'abus de confiance (réflexion sur la jurisprudence récente)*, D., 12 avril 2012, n° 15, p. 964
- **TILLOY C.,** *Investissement et droit des propriétés intellectuelles. Panorama du droit positif français*, in *Le concept d'investissement ; Regards croisés des droits interne, international et communautaire*, sous-dir. CAUSSE H. et SINKONDO M., Bruxelles, Bruylant, 2011, p.131-168
- **TIROLE J.,** *Quelles finalités pour les propriétés intellectuelles ?*, LPA, 19 mai 2005, n° 99, p. 67
- **TRAULLÉ J.,** *La réparation du préjudice économique « pur » en question*, RTD Civ., 2018, p. 285
- **TRÉMORIN Y.,** *Observation sur la relation d'accessoire à principal en droit des biens*, in *Mélange G. Forest*, Paris, Dalloz, 2014, p. 269
- **TRIAILLE J.-P.,** *La protection des idées. Les modes non contractuels de protection des idées en droit belge*, Journal des tribunaux, 10 décembre 1994, 113^e année, n° 5738, p. 799
- **TRICOIRE E.,** *La responsabilité du fait des choses immatérielles*, in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris (France), Dalloz, 2008, p. 983-1002
- **TRICOT-CHAMARD I.,** *La protection d'une base de données contre un métamoteur : mise à l'œuvre de la directive n° 96/9*, LPA, 5 mai 2015, n° 89, p. 7-9
- **TROMMETTER M.,** *Construire une propriété intellectuelle pour inciter et faciliter l'accès aux innovations est-elle économiquement et socialement suffisante ?*, Cahiers Droit, Sciences & Technologies, 2010, n° 3, p. 41-57
- **ULLRICH H.,** *Le futur système de protection des inventions par brevet dans l'Union européenne : un exemple d'intégration (re-)poussée ?*, Max Planck Institute for Innovation and Competition, Discussion Paper n° 2, Propr. intell. 2014, n° 53
- **VAN DEN BUSSCHE C.,** *La protection pénale contre l'espionnage des secrets d'affaires (1^{re} partie)*, LPA, 10 novembre 1995, n° 135, p. 19
- **VAN DEN BUSSCHE C.,** *La protection pénale contre l'espionnage des secrets d'affaires (suite et fin)*, LPA, 13 novembre 1995, n° 136, p. 9
- **VANUXEM S.,** *Les choses saisies par la propriété. De la chose-objet aux choses-milieus*, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2010, n° 1, vol. 64, p. 123-182

- **VARET V.**, *Droit d'auteur et liberté d'expression : état des lieux après les arrêts du 29 juillet 2019*, Propr. intell., avril 2020, n° 75, p. 68-80
- **VARET V.**, *L'ouverture des informations publiques au regard de la propriété intellectuelle*, LEGICOM, 2016, n° 56, p. 25 à 40
- **VERBAERE C.**, *Essai d'une théorie générale de la notion de valeur, application au droit de rétention*, R.R.J., 1999, n° 3, p. 685 et s.
- **VERMELLE G.**, *L'immatériel et la répression*, Arch. phil. dr., 1999, n° 43, p. 213-223
- **VÉRON M.**, *Espionnage ou simple abus de confiance*, Droit pénal, novembre 2010, n° 11, comm. 116
- **VÉRON M.**, *Ne pas confondre recel d'une information et recel du document qui la contient*, Droit pénal, novembre 2007, n° 11, comm. 143
- **VÉRON M.**, *Recel de violation du secret du secret professionnel*, Droit pénal, mars 2008, n° 3, comm. 37
- **VÉRON P. et MOUSSA O.**, *La protection du résultat de recherches futures : Les Reach-Through Claims dans les droits européens et américain*, Propr. intell., 1^{er} juillet 2003, n° 8, p. 278-285
- **VIALAR S. et SPARSIS E.**, *Secret des affaires : état des lieux européen*, Option Finance, 30 mars 2015, n° 1311, p. 28-29
- **VIANGALLI F.**, *Le concept de données en droit du numérique. Essai de définition*, RLDI, 1^{er} avril 2023, n° 202
- **VIDON P.**, *Le chantier de la régulation internationale du commerce par le droit de la propriété intellectuelle*, in *Annuaire français de relations internationales*, vol. 1, éd. Bruylant, 2000, p. 633-656
- **VIGNON-BARRAULT A.**, *Droit à réparation – Responsabilité fondée sur la faute. – Atteintes aux droits de la personnalité. Droit à la vie privée. – Droits susceptibles d'atteinte*, JurisClasseur Notarial Répertoire, Fasc. 133-10, 1^{er} septembre 2022, n° 1
- **VINEY G.**, *Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français*, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles – Études de droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 29 août 2001, p. 170
- **VINEY G.**, *L'appréciation du préjudice*, LPA, 19 mai 2005, n° 99, p. 89 et s.
- **VINEY G.**, *La réparation en nature du dommage contractuel et le principe de proportionnalité*, RDC, 1^{er} avril 2007, n° 2, p. 297

- **VINEY G.**, *Quelques questions débattues au sujet de la réparation en nature du dommage*, RDC, septembre 2020, n° 3, p. 35
- **VINGIANO-VIRICEL I.**, *Les obligations précontractuelles d'information lors de la vente d'un objet connecté*, Contrats, conc. consom., avril 2019, n° 4, étude 6
- **VIRASSAMY G.**, *Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise*, RTD Com., 1988, p. 179 et s
- **VIVANT M.**, *An 2000 : approprier l'information ?*, in *Mélange offert à Jean-Jacques Burst*, Paris, Litec, 1997, p.651-665
- **VIVANT M.**, *Contrat : la liberté de surprotéger*, Prop. intell., janvier 2016, n° 58, p. 96-97
- **VIVANT M.**, *Copyright vs droit d'auteur : le défi est ailleurs*, Entertainment & Law, 8 août 2018, n°4, p. 269
- **VIVANT M.**, *Données personnelles et propriété intellectuelle*, Propr. intell., avril 2020, n° 75, p. 58-67
- **VIVANT M.**, *Ingénierie inverse, ingénierie perverse ?*, JCP E, 6 juin 1991, n° 23
- **VIVANT M.**, *L'investissement, rien que l'investissement : À propos des arrêts de la Cour de Justice du 9 novembre 2004*. RLDI, 1^{er} mars 2005, n° 3
- **VIVANT M.**, *L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles ?*, in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, Paris, 1998, p. 441
- **VIVANT M.**, *La balance des intérêts... enfin*, Comm. com. élect., octobre 2015, étude n° 17
- **VIVANT M.**, *La brevetabilité des programmes d'ordinateur : faux problème juridique ? Vrai problème social*, Prop. intell., janvier 2003, n° 6, p. 3
- **VIVANT M.**, *La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle*, Revue Internationale de Droit Économique, 2006, n° 4, t. XX, p. 361-388
- **VIVANT M.**, *La propriété intellectuelle : nouvelles formes et nouveaux enjeux*, Sociétés politiques comparées, mai-août 2018, n° 45, [en ligne] Disponible sur : http://www.fasopo.org/sites/default/files/varia1_n45_0.pdf (consulté le 21/07/2022)
- **VIVANT M.**, *La restriction des exceptions au droit d'auteur par contrats ou mesures techniques de protection. De possibles contrepoids ?*, in *Droit d'auteur et liberté d'expression*, Actes des Journées d'Études ALAI 19-20 juin 2006, Barcelona, Huygens édition, Barcelone, 2008, p. 518 et s.
- **VIVANT M.**, *Les métamorphoses de l'œuvre. Des Mythologies aux mythes informatiques*, D., 2010, p. 776

- **VIVANT M.**, *Pour une épure de la propriété intellectuelle*, in *Propriétés intellectuelle*, Mélanges en l'honneur de André FRANÇON, Paris, Dalloz, 1995, p. 415-428
- **VIVANT M.**, *Prendre la contrefaçon au sérieux*, D, 2009, p. 1839
- **VIVANT M.**, *Sciences et praxis juridique*, D., 1993, chr. 109
- **VIVANT M.**, et **BRUGUIÈRE J.-M.**, *Réinventer l'invention ?*, Prop. intell. juillet 2003, n° 8, p. 286-292
- **VULLIERME J.-L.**, *La chose, (le bien) et la métaphysique*, Arch. phil. dr., 1979, tome 24, p. 34
- **WARUSFEL B.**, *Aspects juridiques de la dématérialisation des échanges dans le commerce électronique*, LPA, 6 février 2004, n° 24, p. 17
- **WARUSFEL B.**, *Enjeux et limites de l'ouverture des données en matière de sécurité et de défense*, RFAP, 2018/3, n° 167, p. 551-564
- **WARUSFEL B.**, *Entreprises innovantes et propriété intellectuelle : les limites de la protection du patrimoine immatériel*, in LAPERCHE B. (sous-dir.), *Propriété industrielle et innovation : La « nouvelle économie » fausse-t-elle le jeu ?*, L'Harmattan, Paris, 2001, pp. 49-69
- **WARUSFEL B.**, *La propriété intellectuelle comme politique publique*, in *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé*, Mélanges en l'honneur du Professeur J. Schmidt-Szalewski, LexisNexis, Centre d'Étude Internationales de la Propriété industrielle, février 2014, pp. 391-410
- **WARUSFEL B.**, *La protection des bases de données en question : un autre débat sur la propriété intellectuelle européenne*, Propr. intell., octobre 2004, n° 13, p. 896-906
- **WARUSFEL B.**, *La transversalité du droit du numérique*, in *Études en l'honneur du Professeur Jérôme HUET*, L.G.D.J., 28 novembre 2017, p.411-423
- **WARUSFEL B.**, *Numérisation de l'action publique et open data : une révolution face à ses limites*, Propr. intell., avril 2020, n° 75, p. 15-21
- **WARUSFEL B.**, *Quelques jalons pour une histoire du droit de l'informatique*, in *Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, Paris, 23 septembre 2020, p. 491-515
- **WARUSFEL B.**, et **DHENNE M.**, *La propriété intellectuelle face à l'ingénierie inverse*, Propr. intell., 1^{er} janvier 2016, n° 58, p. 20-32

- **WÉRY P.**, *La réparation en nature en matière extracontractuelle : quelques nouvelles avancées jurisprudentielles*, Revue de Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles, 2018, n° 40, p.1897
- **WESTER-OUISSE V.**, *Le préjudice moral des personnes morales*, JCP E, 25 juin 2003, n° 26, doct. 145
- **WESTER-OUISSE V.**, *Préjudice moral des personnes morales : quand « la perversion de la cité commence par la fraude des mots »*, JCP E, 24 septembre 2012, n° 39, p. 1725-1727
- **WITZ C.**, *Effets, interprétation et qualification du contrat*, RDC, 1^{er} janvier 2009, n° 1, p. 318 et s.
- **XIFARAS M.**, et **VIVANT M.**, *La propriété intellectuelle, une légende urbaine ?*, Propr. intellect., octobre 2021, n° 81, p. 139 et s.
- **XIFARAS, M.**, *Le copyleft et la théorie de la propriété*, Multitudes, n°41, 2010, p. 50-64
- **YAKOWITZ J. R.**, *Tragedy of the Data Commons*, Harvard Journal of Law and Technology, Vol. 25, 18 mars 2011
- **YAMTHIEU S.**, *Les dommages et intérêts forfaitaires à l'épreuve de l'exigence de la réparation intégrale*, LPA, 21 décembre 2016, n° 254, p. 12
- **ZABALZA A.**, *La tragédie du droit des biens*, in Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Marc Trigeaud : les personnes et les choses du droit civil à la philosophie du droit et de l'État, sous-dir. Zabalza A. et Grard C., Bordeaux, Éditions Bière, p. 755-778
- **ZECH H.**, *A legal framework for a data economy in the European Digital Single Market : rights to use data*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2016, vol. 11, 460-470,, [en ligne] Disponible sur : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2873135 (consulté le 18/04/2020)
- **ZECH, H.**, *Data as a tradeable commodity*, in New Features of European Contract Law : Towards a Digital Single Market (sous-dir. De Franceschi, A.), Intersentia, Cambridge, 25 août 2016, p. 51–79
- **ZÉNATI F.**, *L'immatériel et les choses*, Arch. phil. dr., 1999, n° 43, p. 79-95
- **ZÉNATI F.**, *Pour une rénovation de la théorie de la propriété*, RTD Civ., 1993, p. 305
- **ZÉNATI-CASTAING F.**, *La propriété, mécanisme fondamental du droit*, RTD Civ., 2006, p. 445
- **ZOLLINGER A.**, *Droit d'auteur et liberté d'expression ; comment procéder à la balance des intérêts in concreto*, Comm. com. électr., avril 2017, n°4, étude n° 7, p. 14-19

- **ZOLYNSKI C.**, *Un nouveau droit de propriété intellectuelle pour valoriser les données : le miroir aux alouettes ?*, Dalloz IP/IT, février 2018, n° 2, p. 94-98

IV. – DÉCISIONS DE JUSTICE ET AVIS

A. Jurisprudence européenne

1. CJUE

- **1968** : CJCE, 11 juillet 1968, *Danvin c. Commission*, aff. N° 26/67, Rec. CJCE 1968, p. 463
- **1971** : CJCE, 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH c. Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG.*, aff. 78-70, Rec. 1971, p. 487
- **1974** : CJCE, 6 mars 1974, aff. jointes n° 6 et 7-73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. et Commercial Solvents Corporation c. Commission des Communautés européennes*
- **1976** : CJCE, 30 novembre 1976, *Bier c/ Mines de Potasse d'Alsace*, aff. 21/76, Rec. CJCE, p. 1735
- **1978** : CJCE, 14 février 1978, aff. n° 27/76, *United Brands Company et United Brands Continentaal BV c. Commission des Communautés européennes*
- **1980** : CJCE, 18 mars 1980, aff. 62/79, *Coditel I c/ Ciné Vog Films*, Rec. CJCE 833
- **1986** : CJCE, 24 juin 1986, aff. n° 53/85, *AKZO Chemie et AKZO Chemie UK c/ Commission*
- **1988** : CJCE, 17 mai 1988, aff. 158/86, *Warner Brothers Inc. et Metronome Video ApS c/ Erik Viuff Christiansen*, Rec. 2605 ; CJCE, 5 octobre 1988, aff. n° 53/87, *Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli et Maxicar c. Régie nationale des usines Renault* ; CJCE, 5 octobre 1988, aff. n° 238/87, *AB Volvo c. Erik Veng (UK) Ltd*
- **1991** : TPICE, 10 juillet 1991, aff. n° T-69/89, *Radio Telefis Eireann c. Commission des Communautés européennes* ; TPICE, 12 décembre 1991, aff. n° T-30/89, *Hilti AG c/ Commission* ; TPICE, 17 décembre 1991, aff. n° T-7/89, *Hercules Chemicals c/ Commission*
- **1994** : CJCE, 19 mai 1994, aff. C-36/92, *SEP c/ Commission*
- **1995** : CJCE, 7 mars 1995, *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL et Chequepoint International Ltd c. Presse Alliance SA*, aff. C-68/93, Rec. CJCE I. 415 ; CJCE 6 avril 1995, aff. jointes C-241/91 P et C-242/91 P, *Radio Telefis Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Commission des Communautés*

- européennes ; TPICE, 29 juin 1995, aff. n° T-36/91, *Imperial Chemical Industries c/ Commission*
- **1996** : CJCE, 6 avril 1996, aff. n° C-241/91 P et C-242/91 P, *Radio Telefis Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Commission des Communautés européennes* ; TPICE, 18 septembre 1996, aff. n° T-353/94, *Postbank NV c/ Commission*
 - **1997** : CJCE, 4 novembre 1997, aff. C-337/95, *Parfums Christian Dior SA et Parfums Christian Dior BV contre Evora BV*.
 - **1998** : CJCE, 16 juillet 1998, aff. C-355/96, *Silhouette International Schmied GmbH et Co. KG c/ Hartlauer Handelsgesellschaft GmbH*, Rec. p. 676 ; CJCE, 26 novembre 1998, aff. n° C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitungs – und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG et Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG*.
 - **2000** : CJCE, 14 décembre 2000, aff. jointes C-300/98 et C-392/98
 - **2004** : CJCE, 29 avril 2004, aff. C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG c. NDC Health GmbH & Co. KG* ; CJCE, 9 novembre 2004, aff. n° C-203/02, *The British Horseracing Board Ltd et autres c/ William Hill Organization Ltd* ; CJCE, 9 novembre 2004, aff. n° C-46/02, *Fixtures Marketing Ltd c/ Oy Veikkaus Ab*
 - **2005** : TPICE, 22 février 2005, aff. n° T-383/03, *Hynix Semiconductor Inc. c/ Conseil de l'Union européenne*
 - **2006** : CJCE, 12 septembre 2006, aff. C-479/04, *Laserdisken c/ Kulturministeriet*, Rec. I. 8089
 - **2007** : TPICE, gr. ch., 17 septembre 2007, aff. T-201/04, *Microsoft Corp. c. Commission des Communautés européennes* ; TPICE, 8 novembre 2007, T-194/04, aff. *Bavarian Lager c. Commission*
 - **2008** : CJCE, 9 octobre 2008, aff. n° C-304/07, *Directmedia Publishing GmbH / Albert-Ludwigs-Universität Freiburg* ; CJCE, 14 février 2008, aff. n° C-450/06, *Varec SA c/ État belge*
 - **2009** : CJCE, 16 juillet 2009, aff. C-5/08, *Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening*
 - **2010** : CJUE, gr. ch., 9 novembre 2010, aff. n° C-92/09, *Volker und Markus Schecke GbR et C-93/09, Hartmut Eifert (C-93/09) c/ Land Hessen*
 - **2011** : CJUE 25 octobre 2011, *eDate Advertising GmbH e.a. contre X et Société MGN LIMITED*, aff. C-509/09 et C-161/10 ; CJUE, 12 juillet 2011, *L'Oréal SA et autres c. eBay*

- International AG et autre.*, aff. C-324/09 ; TPICE, 8 novembre 2011, aff. n° T-88/09, *Idromacchine e. a. c/ Commission* ; CJUE, 3^e ch., 24 novembre 2011, *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, aff. C-70/10 ; CJUE, 1^{er} décembre 2011, aff. n° C-145/10, *Eva-Marie Painer c. Standard VerlagsGmbH et al.*
- **2012** : CJUE, 1^{er} mars 2012, aff. n° C-604/10, *Football Dataco Ltd e.a. c/ Yahoo ! UK Ltd e.a.* ; CJUE, gr. ch., 2 mai 2012, aff. n° C-406/10, *SAS Institute Inc. c/ World Programming Ltd* ; CJUE, 28 juin 2012, aff. C-404/10 P, *Commission c/ Éditions Odile Jacob* ; CJUE, 28 juin 2012, aff. C-477/10 P, *Commission c/ Agrofert Holding* ; CJUE, gr. ch., 3 juillet 2012, aff. n° C-128/11, *UsedSoft GmbH c/ Oracle International Corp* ; CJUE, 12 juillet 2012, aff. n° C-138/11, *Compass-Datenbank GmbH contre Republik Österreich*
 - **2013** : CJUE, 5^e ch., 19 décembre 2013, aff. C-202/12, *Innoweb BV c. Wegener ICT Media BV, Wegener Mediaventions BV*
 - **2014** : CJUE, 4^e ch., 13 février 2014, aff. n° C-466-12, *Svensson e.a.*
 - **2015** : CJUE, 15 janvier 2015, aff. n° C-30/14, *Ryanair Ltd c. PR Aviation BV* ; CJUE, ch. 4, 22 janvier 2015, *Pez Hejduk c. EnergieAgentur. NRW GmbH.*, aff. C-441/13 ; CJUE, 22 janvier 2015, aff. C-419/13, *Art & Allposters International BV c. Stichting Pictoright* ; TUE, 28 janvier 2015, aff. n° T-341/12 et T-345/12, aff. *Evonik Degussa* ; CJUE, 5^e ch., 16 juillet 2015, aff. C-170/13, *Huawei Technologies Co. Ltd c. ZTE Corp. et ZTE Deutschland GmbH.* ; CJUE, 2^e ch., 6 octobre 2015, aff. C-23/14, *Post Danmark A/S c. Konkurrencerådet* ; CJUE, 29 octobre 2015, aff. C-490/14, aff. *Freistaat Bayern c. Verlag Esterbauer GmbH*
 - **2016** : CJUE, 2^e ch., 8 septembre 2016, *GS Media BV contre Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker*, aff. C-160/17 ; CJUE, 12 octobre 2016, aff. C-166/15, *Ranks et a. c/ Microsoft corp. et a.* ; CJUE, 19 octobre 2016, aff. n° C-582/14, *Patrick Breyer c. Bundesrepublik Deutschland* ; CJUE, 3^e ch., 10 novembre 2016, aff. C-174/15, *Vereniging Openbare Bibliotheken c/ Stichting Leenrecht* ; CJUE, gr. ch. 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige AB c. Post – och telestyrelsen*, aff. Jointes C-203 et 698/15
 - **2017** : CJUE, gr. ch., 17 octobre 2017, *Bolagsupplysningen OÜ et Ingrid Ilsjan c. Svensk Handel AB.*, aff. C-194/16 ; CJUE, 2^e ch., 20 décembre 2017, aff. C-434/16, *Peter Nowak c. Data Protection Commissioner*
 - **2018** : CJUE, 23 janvier 2018, aff. n° C-179/16, *F. Hoffmann-La Roche Ltd e.a./Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* ; TUE, 5 février 2018, aff. n° T-235/15, *Pari*

Pharma GmbH c. Agence européenne des médicaments (EMA) CJUE, 13 novembre 2018, C-310/17, aff. *Levola Hengelo BV c. Smilde Foods BV*

- **2019** : CJUE, 29 juillet 2019, aff. C-469/17, *Funke Medien NRW GmbH contre Bundesrepublik Deutschland* ; CJUE, ch. gr., 29 juillet 2019, *Funke Medien NRW GmbH contre Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-469/17 ; CJUE, gr. ch., 29 juillet 2019, *Spiegel Online GmbH contre Volker Beck*, aff. C-515/17 ; CJUE 12 septembre 2019, aff. C-683/17, *Cofemel – Sociedade de Vestuário SA, c. G-Star Raw CV* ; CJUE, 3 octobre 2019, *Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited*, aff. C-18/18 ; CJUE, gr. ch., 19 décembre 2019, aff. C-263/18, *Nederlands Uitgeversverbond, Groep Algemene Uitgevers c/ Tom Kabinet Internet BV, Tom Kabinet Holding BV, Tom Kabinet Uitgeverij BV* ; CJUE, gr. ch., 21 décembre 2021, *Gtflix Tv contre DR*, aff. C-251/20
- **2020** : CJUE, 10^e ch., 30 avril 2020, aff. C-772/18, *A c/ B* ; CJUE 11 juin 2020, aff. C-833/18, *Brompton Bicycle Ltd c. Chedech/Get2Get* ; CJUE, 16 juillet 2020, aff. C-311/18, *Data Protection Commissioner c/ Facebook Ireland Ltd, Maximillian Schrems*
- **2021** : CJUE, 3 juin 2021, aff. C-762/19, *CV-Online Latvia c/ Melons SIA* ; CJUE, 1^{re} ch., 10 juin 2021, n° C-609/19, *BNP Paribas Personal Finance SA c/ VE* ; CJUE, 1^{re} ch., 10 juin 2021, n°s C-776/19, C-777/19, C-778/19, C-781/19, C-779/19, C-780/19 et C-782/19, *VB, WA et a. c/ BNP Paribas Personal Finance SA* ; TFUE, 9^e ch., 10 novembre 2021, aff. T-612/17
- **2022** : CJUE, 24 mars 2022, n° C-433/20, aff. *Austro-Mechana c/ Strato* ; CJUE, 28 avril 2022, C-319/20, *Meta Platforms Ireland Limited c. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.*
- **2023** : CJUE, gr. ch., 4 juillet 2023, aff. C-252/21, *Meta Platforms e. a.*

2. CEDH

- **1975** : CEDH, 21 février 1975, série A, n° 18, p. 17-18, req. n° 4451/70, aff. *Golder c/ Royaume-Uni*
- **1976** : CEDH, plén., 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, req. n° 5493/72
- **1989** : CEDH, plén., 20 novembre 1989, *Markt Intern Verlag GMBH et Klaus Beermann c. Allemagne*, req. n° 10572/83
- **1991** : CEDH plén., 26 novembre 1991, req. n° 13585/88, *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*
- **1992** : CEDH, 16 décembre 1992, n° 13710/88, *Niemietz c/ Allemagne*

- **1993** : CEDH, 24 juin 1993, réq. n° 14556/89, Papamichalopoulos et a. c/ Grèce
- **1996** : CEDH, 27 mars 1996, n° 17488/90, Goodwin c/ Royaume-Uni
- **1999** : CEDH, 21 Janvier 1999, n° 29183/95, Fressoz c/ France
- **2000** : CEDH, 16 février 2000, n° 28901/95, Rowe et Davis c/ Royaume-Uni
- **2001** : CEDH, gr. ch., 12 juillet 2001, réq. n° 42527/98, aff. Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne
- **2002** : CEDH, 16 avril 2002, n° 3771/97, Société Colas Est et a. c/ France ; CEDH, gr. ch., 10 juillet 2002, réq. n° 39794/98, aff. Gratzinger et Gratzingerova c. République tchèque
- **2004** : CEDH, 18 mai 2004, n° 56148/00, Société des Éditions Plon c/ France ; CEDH, 3^e sect., 24 juin 2004, réq. n° 59320/00, Von Hannover c. Allemagne ; CEDH, gr. ch., 28 septembre 2004, n° réq. 44912/98, aff. Kopecký c. Slovaquie ; CEDH, gr. ch., 30 novembre 2004, n° réq. 48939/99, aff. Öneriyıldız c. Turquie
- **2006** : CEDH, 10 octobre 2006, réq. n° 7508/02, L. L. c/ France
- **2007** : CEDH, gr. ch., 11 janvier 2007, n° 73049/01, Anheuser-Busch Inc. c/ Portugal ; CEDH, 28 juin 2007, réq. n° 62540/00, Association pour l'intégration européenne et les droits de l'homme et Ekimdjiev c. Bulgarie ; CEDH, 5^e sect., 18 septembre 2007, réq. n° 25379/04, 21688/05, 21722/05 et 21770/05, aff. Paefgen GmbH v. Germany ; CEDH, 21 septembre 2007, n° 7623/04, Antunes et Pires c/ Portugal
- **2008** : CEDH, gr. ch., 4 décembre 2008, aff. S. et Marper c. Royaume-Uni, réq. n° 30562/04 et 30566/04
- **2009** : CEDH, 1^{re} sect., 26 février 2009, réq. n° 29492/05, Kudeshkina v. Russia ; CEDH, 4^e sect., 10 mars 2009, réq. n° 3002/03 et 23676/03, Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni
- **2010** : CEDH, gr. ch., 29 mars 2010, réq. n° 34044/02, aff. Depalle c. France ; CEDH, gr. ch., 29 mars 2010, réq. n° 34078/02, aff. Brosset-Triboulet et autres c. France
- **2012** : CEDH, 2^e sect., 18 décembre 2012, req. n° 3111/10, Ahmet Yildirim c. Turquie
- **2013** : CEDH, 8 janvier 2013, n° 40238/02, aff. Bucur et Toma c/ Roumanie ; CEDH, 10 janvier 2013, n° 36769/08, aff. Asby Donalt et autres c/ France ; CEDH, 5^e sect., 18 avril 2013, aff. M. K. c. France, réq. n° 19522/09
- **2014** : CEDH, 4^e sect., 4 février 2014, réq. n° 11882/10, Pentikäinen c. Finland
- **2015** : CEDH, gr. ch., 10 novembre 2015, Couderc et Hachette Filipacchi associés c. France, réq. n° 40454/07
- **2016** : CEDH, 12 juillet 2016, n° 562/05, aff. SIA AKKA/LAA c. Lettonie ; CEDH, gr. ch., 29 mars 2016, Bédaride c. Suisse, réq. n° 56925/08

- **2017** : CEDH, 1^{er} sect., 16 mars 2017, req. n°51693/13, aff. MODESTOU c. Grèce ; CEDH, 2^o sect., 28 mars 2017 req. n° 33074/04, aff. SAVOTCHKO c. République de Moldova ; CEDH, gr. ch., 27 juin 2017, Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande, n° req. 931/13,
- **2018** : CEDH, 5^e sect., 8 octobre 2018, req. n° 44460/16, aff. O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd v. Ireland
- **2019** : CEDH, 1^{er} sect., 24 janvier 2019, req. n° 43514/15, aff., CATT c. Royaume-Uni ; CEDH, 4^e sect., 5 novembre 2019, n° 11608/15, Herbai c. Hongrie
- **2020** : CEDH, 3 décembre 2020, n° req. n° 12929/18, Papachela et Amazon S.A c/ Grèce
- **2022** : CEDH, 5^e sect., 8 septembre 2022, aff. DRELON c. France, req. n° 3153/16 et 27758/18
- **2023** : CEDH, gr. ch., 14 février 2023, Gawlik c. Liechtenstein, n° req. 21884/18

2. OEB

- **1986** : OEB, CRT 3.5.01, 15 juillet 1986, aff. T 0208/84, *Invention concernant un calculateur*
- **1987** : OEB, CRT 3.4.01, 21 mai 1987, aff. T 0026/86, *Équipement radiologique* ; OEB, CRT 3.2.02, 21 octobre 1987, aff. T 0378/86, *Kategoriewechsel*, JO OEB 1988, 386,
- **1989** : OEB, 14 mars 1989, aff. T 0163/85, *Signal de télévision couleur*, JO OEB 1990, 379
- **1995** : OEB, CRT 3.3.01, 12 septembre 1995, aff. T 0939/92, *Triazoles*, pt. 2.5.1
- **1996** : OEB, CRT 3.4.01, 4 octobre 1996, aff. T 0599/93
- **1999** : OEB, gr. ch., 20 décembre 1999, aff. G 01/98, *Plante transgénique – Novartis II*
- **2000** : OEB, CRT 3.5.2, 15 mars 2000, aff. T 1194/97, *Produit matérialisant une structure de données /Philips*, JOOEB 2000, n° 12, p. 525 ; OEB, CRT 3.5.1, 8 septembre 2000, aff. T 931/95, *Controlling pension benefits system*, JOOEB, 2001, p. 441
- **2001** : OEB, CRT, 15 novembre 2001, aff. T 244/00, *Assessment system/Comparative visual assessments*
- **2002** : OEB, CRT, 5 mars 2002, aff. T 49/99, *Information modelling/International Computers* ; OEB, CRT 3.5.01, 26 septembre 2002, aff. T 0641/00, *Deux identités/Comvik*
- **2004** : OEB, CRT 3.5.1, 21 avril 2004, aff. T 258/03, *Méthode d'enchères/Hitachi*, JOOEB 2004, p. 575 ;

- **2005** : OEB, CRT 3.5.01, 10 mai 2005, aff. T 0125/04, *Assessment system c/ Comparative visual assessments* ; OEB, 22 novembre 2005, aff. T 1361/05, *Process management system/Electronic data systems* ;
- **2006** : OEB, CRT 3.5.01, 23 février 2006, aff. T 0424/03, *Clipboard formats I/Microsoft* ; OEB, CRT 3.4.02, 22 mars 2006, aff. T 0619/02, *Geruchsauswahl/Quest International* ; OEB, CRT 3.5.01, 15 novembre 2006, aff. T 0154/04, *Évaluation des performances de vente/Duns Licensing Associates* : OEB, 6 décembre 2006, aff. T 1161/04, *Stock index/NASDAQ*
- **2008** : OEB, CRT, 30 avril 2008, aff. T 1567/05, *Designing of building structures/ ENU*
- **2010** : OEB, gr. ch., 12 mai 2010, avis G 0003/08, *Programmes d'ordinateur* ; OEB, CRT, 23 novembre 2010, aff. T 1073/06, *Dynamic simulation model c/ Entelos*
- **2011** : OEB, CRT, 17 mars 2011, aff. T 1235/07, *Données de navigation/Microsoft* ; OEB, CRT 3.5.01, 22 mars 2011, aff. T 1086/07, *Document summaries/Xerox*
- **2012** : OEB, CRT 3.5.06, 2 août 2012, aff. T 1741/08, *GUI layout/SAP*
- **2013** : OEB, CRT 3.5.06, 18 juillet 2013, aff. T 1539/09, *Programmieresystem/Renner*
- **2015** : OEB, CRT, 25 février 2015, aff. T 1834/10, *Image selection / E-Bay* ; OEB, 2 septembre 2015, aff. T 0336/14, *Presentation of operating instructions/Gambro*
- **2018** : OEB, CRT, 31 janvier 2018, aff. T 191/13
- **2020** : OEB, CRT 3.2.01, 3 mars 2020, aff. T 0509/18
- **2021** : OEB, gr. ch., 10 mars 2021, aff. G 1/19, JO OEB 2021, A77 ; OEB, CRT 3.5.07, 19 mars 2021, aff. T 2825/19, *Natural language to machine language translator/Ravenflow*
- **2022** : OEB, CRT 3.5.01, 7 septembre 2022, aff. T 1835/18, *Configuration de produit intégrée/Siemens*
- **2023** : OEB, CRT 3.5.07, 30 octobre 2023, aff. T 1903/20, *Rare-word processing/Google*, pt. 3.3.2

B. Jurisprudence interne

1. Conseil constitutionnel

- **1982** : Cons. const., 16 janvier 1982, n° 81-132 DC
- **1989** : Cons. const., 17 janvier 1989, n° 88-248 DC
- **1991** : Cons. const., 8 janvier 1991, n° 90-283 DC

- **2004** : Cons. const., 2 mars 2004, 2004-492 DC
- **2010** : Cons. const., 10 juin 2010, 2010-607 DC ; Cons. const. 12 novembre 2010, n° 2010-60 QPC
- **2015** : Cons.const., 29 décembre 2015, n° 2015-725 DC
- **2016** : Cons. const., 8 décembre 2016, n° 2016-741 DC
- **2017** : Cons. const., 23 juin 2017, 2017-639 QPC ; Cons. const., 8 septembre 2017, 2017-753 DC

2. Cour de cassation

- **1850** : Cass. crim., 1^{er} août 1850, DP 1850.5.393
- **1882** : Cass. civ., 14 août 1882 ; : DP 1883, 1, p. 255
- **1892** : Cass. req., 15 juin 1892, *Patureau-Miran c. Boudier*, DP 1892.1.596, S. 1893.1.281
- **1900** : Cass. Réc., 23 mai 1900, *Alcan-Lévy c. Agence Havas*, D., I, 1902, p. 405
- **1915** : Cass. civ., 2 mars 1915 : DP 1920, 1, 102
- **1919** : Cass. civ., 26 février 1919 ; DP 1923, 1, p. 215
- **1927** : Cass. req., 22 juin 1927, S. 1927, 1, p. 338 ; Cass. civ., 6 juillet 1927, S. 1928, 1, p. 19
- **1941** : Cass. ch. réunies, 2 décembre 1941, Bull., n° 292
- **1953** : Cass. 1^{re} civ., 20 janv. 1953, n° 556, Bull. civ. I, n° 26
- **1960** : Cass. civ. 1^e, 2 mars 1960, Bull. civ. I, n° 141
- **1969** : Cass. civ. 1^{re}, 4 février 1969, D. 1969, 601, note MAZEAUD J.
- **1972** : Cass. com., 24 janvier 1972, n° 70-11.878, Bull. civ. IV, n° 27, p. 25 ; Cass. soc., 2 février 1972, n° 70-13.634, Bull. V, n° 89
- **1973** : Cass. 1^{re} civ., 27 février 1973, n° 71-13.310 ; Bull. civ. I, n° 72, p. 68
- **1974** : Cass. crim., 7 novembre 1974, n° 72-93.034, Bull. crim. n° 323, p. 825
- **1975** : Cass. 3^e civ., 27 octobre 1975, n° 74-11.656, Bull. civ. III, n° 310, p.234 ; Cass civ. 1^{re}, 18 novembre 1975, n° 74-12.493, Bull. civ. I, n° 333, p. 275
- **1976** : Cass. 1^e civ., 12 avril 1976, n° 74-11.730, Bull. civ. I, n° 124 ; Cass., crim., 12 octobre 1976, n° 75-90.239, Bull. crim., 1976, n° 287, p. 738
- **1977** : Cass. 3^e civ., 26 avril 1977, n° 75-15.384, Bull. civ. 3, n° 175, p. 135
- **1978** : Cass. 1^e civ., 24 juillet 1978, n° 77-11.170, Bull. civ. I, n° 280 ; Cass. com., 3 octobre 1978, n° 77-10.915, Bull. civ. IV, n° 208, p. 176

- **1979** : Cass. com., 8 janvier 1979, n° 77-12.450, Bull. civ. IV., n° 6, p. 5 ; Cass. crim., 8 janvier 1979, n° 77-93.038, Bull. crim., n° 13, p. 32, arrêt Logabax ; Cass. soc. 24 février 1979, D., 1979, p. 619, note SERRA Y. ; Cass. com., 13 mars 1979, n° 77-13.518, Bull. civ. IV, n° 100 ; Cass. com., 20 novembre 1979, n° 77-15.993
- **1980** : Cass. 3^e civ., 6 mai 1980, n° 78-16.390, Bull. civ. III, n° 91
- **1982** : Cass. civ. 1^{re}, 23 février 1982, Bull. civ. I, n° 85
- **1984** : Cass. 2^e civ., 14 mars 1984, n° 82-16.076, Bull. civ. II, n° 49
- **1985** : Cass. com., 9 mai 1985, bull. civ. IV, n° 141
- **1986** : Cass. crim., 29 avril 1986, n° 84-93.281, Bull. crim. 1986, n° 148, p. 383
- **1988** : Cass. com., 5 janvier 1988, n° 86-15.322, Bull. civ. IV, n° 7, p. 5 ; Cass. 1^e civ., 19 janvier 1988, Bull. civ. 1988, I, n° 16, p. 11
- **1989** : Cass. crim., 12 janvier 1989, n° 87-82.265, Bull. crim. n° 14, p. 38, arrêt Bourquin ; Cass. crim., 1^{er} mars 1989, n° 88-82.815, Bull. crim., n°100, p.269, arrêt Antonioli
- **1990** : Cass. crim. 24 octobre 1990, n° 89-84.485, Bull. crim. 1990, n° 355, p. 898
- **1991** : Cass. 1^e civ., 19 février 1991, n° 89-14.402, Bull. civ. I, n° 67 ; Cass. 1^e civ., 28 mai 1991, n° 89-20.258, Bull. 1991, I, n° 167, p. 110
- **1992** : Cass. crim. 3 mars 1992, n° 90-82.964 ; Cass. soc., 25 avril 1992, Bull. civ. V, n° 276
- **1994** : Cass. com., 4 janvier 1994, n° 92-14.121, Bull. civ. IV, n°4 ; Cass. com., 8 février 1994, n° 92-14.484, Bull. 1994 IV, n° 56, p. 42
- **1995** : Cass. civ. 1, 4 janvier 1995, n° 92-20.013, Bull. 1995 I, n° 4, p. 2 ; Cass. soc. 15 février 1995, n° 93-44.168 ; Cass., crim., 23 mai 1995, n° 94-81.141, Bull. crim., 1995, n° 193, p. 524
- **1996** : Cass. soc., 30 janvier 1996, n° 92-42.457 ; Cass. civ. 3^e, 6 mars 1996, n° 93-11.113, Bull. 1996 III n° 60 p. 41 ; Cass. com., 9 juillet 1996, n° 94-17.119, Bull. 1996 IV, n° 214, p. 186 ; Cass. com., 22 octobre 1996, n° 93-18.632, Bull. civ., IV, n° 261, p. 223 ; Cass. 1^e civ., 13 novembre 1996, n° 94-17.369, Bull. civ. I, n° 399
- **1997** : Cass. 1^e civ., 4 mars 1997, n° 94-21.976 ; Cass. 1^e civ., 3 juin 1997, n° 95-13.568, Bull. 1997, I, n° 182, p. 122 ; Cass. 1^e civ., 16 juillet 1997, n° 95-13.197 ; Cass. com., 7 octobre 1997, n° 95-20.446 ; Cass. Com., 2 décembre 1997, Sté NIKE France et a.
- **1998** : Cass. com. 16 juin 1998, n° 96-20.182, Bull. civ. IV, n° 192, p. 160
- **1999** : Cass. 2^e civ., 7 janvier 1999, n° 95-21.934, Bull. civ. II, n° 4, p. 3 ; Cass. com. 26 janvier 1999, n° 96-22.457 ; Cass. ass. plén., 26 mars 1999, n° 95-20.640, Bull. 1999 Ass. plén., n° 3

- **2000** : Cass. soc., 13 décembre 2000, n° 98-46.384
- **2001** : Cass. com., 16 janvier 2001, n° 99-11.045, Bull. civ. 2001, IV, n° 13, p. 9 ; Cass. com., 4 décembre 2001, n° 99-16.642
- **2002** : Cass. com. 18 juin 2002, n° 00-15.857 ; Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 00-45.135 ; Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 99-43.334, n°s 99-43.335 et 99-43.336, Bull. civ. V, n° 239 ; Cass. mixte., 6 septembre 2002, n° 98-22.981, Bull. 2002, Ch. mixte, n° 4 ; Cass. soc., 18 septembre 2002, n° 00-42.904 : Bull. civ. V, n° 272 ; Cass. com., 22 octobre 2002, n° 00-12.914, Bull. civ. IV, n° 152
- **2003** : Cass. 2^e civ., 23 janvier 2003, n° 01-00200, Bull. civ. II, n° 20. ; Cass. crim., 9 septembre 2003, n° 02-87.098 ; Cass. 1^e civ., 17 septembre 2003, n° 01-15.306, Bull. 2003 I N° 183 p. 142 ; Cass. 1^{re} civ., 9 décembre 2003, n° 01-03.225, Bull. civ. 2003 I n° 245 p. 195
- **2004** : Cass. civ. 1^e, 3 février 2004, n° 02-11.400 ; Cass. crim., 11 mai 2004, n° 03-85.521 et 03-80.254, Bull. crim. n° 113 et 117 ; Cass. crim., 22 septembre 2004, n° 04-80.285 ; Cass. 1^{re} civ., 19 octobre 2004, n° 02-16.057 ; Cass. 1^{re} civ., 3 novembre 2004, n° 02-19.211, Bull. civ. I, n° 238, p. 199
- **2005** : Cass. 1^{re} civ., 10 mai 2005, n° 02-15.901, Bull. civ. I, n° 201, p. 170 ; Cass. 1^e civ., 10 mai 2005, n° 02-11.759, Bull. civ. I, n° 205, p. 173 ; Cass. 3^e civ., 11 mai 2005, n° 03-21.136, Bull. civ. III, n° 103, p. 96 ; Cass. com., 12 juillet 2005, n° 04-12.388 ; Cass. 1^{re} civ., 13 décembre 2005, n° 03-21.154, Bull. civ. I, n° 499
- **2006** : Cass. com., 7 mars 2006, n° 04-13.569, Bull. civ. IV, n° 62, p. 62 ; Cass. com., 10 mai 2006, n° 04-15.612 ; Cass. ass. plén., 7 juillet 2006, n° 04-10.672, Bull. civ. Ass. plén., n° 8 ; Cass. crim., 19 septembre 2006, n°05-85.360
- **2007** : Cass. 1^{re} civ., 16 janvier 2007, n° 06-13.983, Bull. civ. I, n° 19 ; Cass. com. 23 janvier 2007, n° 05-13.189, Bull. 2007, IV, n° 12, p. 13 ; Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40.803, M. Guy Archalaüs c/ société Haironville ; Cass. 1^{re} civ., 31 mai 2007, n° 05-19.978, Bull. civ. I, n° 212 ; Cass. com., 12 juin 2007, n° 05-17.349 ; Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 2007, n° 05-10.937
- **2008** : Cass. com., 12 février 2008, n° 06-17.501, Bull. civ. 2008, IV, n° 32 ; Cass. 3^e civ., 27 février 2008, n° 07-10.222, Bull. 2008, III, n° 35 ; Cass. crim., 4 mars 2008, n° 07-84.002 ; Cass. soc., 5 mars 2008, n° 06-18.907, FS-P+B+R+I, Bull. civ. V, n° 55 ; Cass. soc., 19 mars 2008, n° 06-45.322 ; Cass. com., 8 avril 2008, n° 07-11.385 ; Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2008, n° 06-16.278 ; Cass. Ass. plén., 9 mai 2008, n° 07-12.449, Bull. Ass. plén., n°3 ;

- **2009** : Cass. com., 27 janvier 2009, n° 07-15.971 ; Cass. com., 27 janvier 2009, n° 08-10.991 ; Cass. 1^e civ., 5 mars 2009, n° 07-19.734 et 07-19.735 ; Cass. crim., 9 juin 2009, n° 08-86.843, Bull. crim. 2009, n° 118 ; Cass. 1^e civ., 5 novembre 2009, n° 08-16.497, Bull. 2009, I, n° 222 ; Cass. soc., 8 décembre 2009, n° 08-17.191, Bull. civ. V, n° 276 ;
- **2010** : Cass. com., 19 janvier 2010, n° 08-15.338, n° 08-16.459 et n° 08-16.469 ; Cass., 2^e civ., 21 janvier 2010, n° 09-10.618, Bull. civ. II, n° 17 ; Cass. com., 2 février 2010, n° 08-70.449, Bull. civ. IV, n° 26 ; Cass. 1^e civ., 3 mars 2010, n° 09-11.331, Bull. 2010, I, n° 55 ; Cass. com., 9 mars 2010, n° 09-11.330 ; Cass. com., 20 juin 2010, n° 09-11.841, Bull. civ. IV, n° 115 ; Cass. 1^e civ., 23 juin 2010, n° 09-13.812, Bull. 2010, I, n° 142
- **2011** : Cass. com. 27 avril 2011, n° 10-15.649 ; Cass. crim., 16 juin 2011, n° 10-85.079, FS-P+B+R+I, Bull. crim. 2011, n° 134 ; Cass. crim., 21 juin 2011, n° 10-87.671, Bull. crim. 2011, n° 149 ; Cass. crim. 16 novembre 2011, n° 10-87.866, Bull. crim. 2011, n° 233
- **2012** : Cass. com., 21 février 2012, n° 10-27.966 ; Cass. soc., 6 mars 2012, n° 10-24.367 ; Cass. com., 4 mai 2012, n° 11-18.077 ; Cass. com., 15 mai 2012, n° 11-10.278, Bull. civ. IV, n° 101 ; Cass. soc., 16 mai 2012, n° 11-10.760 : Bull. civ. V, n° 153 ; Cass. com., 12 juin 2012, n° 11-19.373 ; Cass. civ. 2^e, 27 septembre 2012, Bull. civ. II, n° 152 ; Cass. com., 23 octobre 2012, n° 11-21.978, Bull. 2012, IV, n° 192 ; Cass. 1^{re} civ., 31 octobre 2012, n° 11-20.480 ; Cass. civ. 2^e, 22 novembre 2012, n° 11-25.988
- **2013** : Cass. crim., 10 avril 2013, QPC, n° 12-85.618 ; Cass. com., 10 septembre 2013, n° 12-20.933, F-D ; Cass. com., 10 décembre 2013, n° 11-19.872
- **2014** : Cass. com., 4 février 2014, n° 13-11.044 ; Cass. 1^{re} civ., 20 mars 2014, n° 12-18.518 ; Cass. com. 25 mars 2014, n° 13-13.704 ; Cass. 1^{re} civ., 10 juillet 2014, n° 13-16.465 ; Cass. soc., 15 octobre 2014, n° 13-11.524, Bull. civ. V, n° 240 ; Cass. crim., 22 octobre 2014, n° 13-82.630
- **2015** : Cass. 1^e civ., 15 janvier 2015, n° 13-23.566 ; Cass. com., 10 février 2015, n° 12-26.023 ; Cass. com., 10 février 2015, n° 14-11.909 ; Cass. com., 17 mars 2015, n° 14-16.728 ; Cass. com., 17 mars 2015, n° 13-15.862 ; Cass. com., 31 mars 2015, n° 14-12.391 ; Cass. com., 8 avril 2015, n° 13-26.734 ; Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2015, n° 13-27, 391 ; Cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81.336, Bull. crim. 2015, n° 119 ; Cass. com., 9 juillet 2015, n° 14-29.518 ; Cass. com., 15 décembre 2015, n° 14-11.500, FS-P+B+I
- **2016** : Cass. com., 16 février 2016, n° 13-28.448 ; Cass. 1^{re} civ., 25 février 2016, n° 14-25.729, FS-P+B+I ; Cass., civ. 1^{re}, 17 mars 2016, n° 15-14.072, Bull. civ., 2016, n° 846, I, n° 1060 ; Cass. com. 3 mai 2016, n° 14-24.905 ; Cass. com., 5 juillet 2016, n° 14-17.783 ; Cass. com., 4 octobre 2016, n° 15-14.158 ; Cass. 1^{re} civ., 3 novembre 2016, n° 15-20.495, F-

- P+B ; Cass. com., 8 novembre 2016, n° 15-14.437 ; Cass. soc., 23 novembre 2016, n° 15-13.707 15-13.708
- **2017** : Cass. com., 11 janvier 2017, n° 15-18.669 ; Cass. com., 8 février 2017, n° 15-14.846, F-D ; Cass. crim., 28 février 2017, n° 16-81.723 ; Cass. com., 1^{er} mars 2017, n° 15-16.159, FS-P+B ; Cass. com., 24 mai 2017, n° 15-21.179 ; Cass. 1^{re} civ., 22 juin 2017, n° 16-16.799, F-P ; Cass. 1^{re} civ., 22 juin 2017, n° 14-20.310 ; Cass. crim., 28 juin 2017, n° 16-81.113 ; Cass. com., 18 octobre 2017, n° 15-29.094 ; Cass. 1^{re} civ., 18 octobre 2017, n° 16-19.740
 - **2018** : Cass. civ. 1^{re}, 21 mars 2018, n° 17-14.582 ; Cass. soc. 3 mai 2018, n° 16-25.067, PIBD 2018. III. 364 ; Cass. civ. 1^{re}, 16 mai 2018, n° 17-11.210 ; Cass. com., 30 mai 2018, n° 16-24.792 ; Cass. com., 13 juin 2018, n° 17-10.131 ; Cass. com., 24 octobre 2018, n° 17-16.690 ; Cass. 1^{re} civ., 24 octobre 2018, n° 16-23.214
 - **2019** : Cass. 3^e civ., 14 février 2019, n° 17-31.665 ; Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2019, n° 17-23.169 ; Cass. com., 7 mai 2019, n° 18-11.128, F-D ; Cass. 1^{re} civ. 4 juillet 2019, n° 16-13.092 ; Cass. soc., 27 novembre 2019, n° 18-19.237
 - **2020** : Cass. com., 29 janvier 2020, n° 18-11.726, F-D ; Cass. 3^e civ., 6 février 2020, n° 18-24.599 ; Cass. com., 12 février 2020, n° 17-31.614 ; Cass. com., 11 mars 2020, n° 18-22.472 ; Cass. soc., 23 septembre 2020, n° 18-20.869
 - **2021** : Cass. com., 27 janvier 2021, n° 18-20.702 ; Cass. com., 10 février 2021, n° 18-21.238 ; Cass. com., 10 février 2021, n° 18-26.035 ; Cass. com., 10 février 2021, n° 19-10.306 ; Cass. com. 17 mars 2021, n° 19-10.414 ; Cass. com., 31 mars 2021, n° 18-24.373 ; Cass. com., 12 mai 2021, n° 19-17.942 ; Cass. com., 23 juin 2021, n° 19-24.488 ; Cass. 3^e civ., 30 juin 2021, n° 19-23.038 ; Cass. 2^e civ., 1^{er} juillet 2021, n° 19-17.923 ; Cass. com., 7 juillet 2021, n° 20-11.146 ; Cass. crim., 22 septembre 2021, n° 20-85.434 ; Cass. soc., 13 octobre 2021, n° 20-12.059
 - **2022** : Cass. com., 26 janvier 2022, n° 20-16.782 ; Cass. com., 16 février 2022, n° 20-13.542 ; Cass. com., 16 mars 2022, n° 20-22.000 ; Cass. 1^{re} civ., 30 mars 2022, n° 19-17.996 ; Cass. 1^{re} civ., 30 mars 2022, n° 19-18.997 ; Cass. com., 5 juin 2022, n° 19-23.701 ; Cass. soc., 21 septembre 2022, n° 20-18.511 ; Cass. 1^{re} civ., 5 octobre 2022, n° 21-16.307 ; Cass. com., 7 décembre 2022, n° 21-19.860
 - **2023** : Cass. com. 11 janvier 2023, n° 20-10.935 ; Cass. com., 11 janvier 2023, n° 19-19.567 ; Cass. 1^{re} civ., 25 mai 2023, n° 22-14.651 ; Cass. soc., 13 septembre 2023, n° 21-12.006

- **2024** : Cass. 1^{er} civ., 10 janvier 2024, n° 22-10.278 ; Cass. com., 26 juin 2024, n° 22-17.647 et 22-21.497 ; Cass. com., 26 juin 2024, n° 23-13535 ; Cass. civ. 1^{re}, 23 octobre 2024, n° 23-13.738

3. Conseil d'État

- **1961** : CE, 14 avril 1961, *Ministre de la Reconstruction et du Logement c. Société Sud Aviation Lebon*, p. 236 et RDP, 1961, p. 655, concl. Heumann C.
- **1996** : CE, Ass., 10 juillet 1996, n°168702, 168734, 169631, 169951, *Société Direct mail promotion*
- **2002** : CE, 10^e et 9^e ss-sect., 29 juillet 2002, n° 200886, *Société Cegedim*
- **2011** : CE, Avis n° 348-892, 22 Mars 2011, sur l'instauration d'un « régime de protection des informations sensibles des entreprises relevant du secret des affaires »
- **2012** : CE, Ass., 21 décembre 2012, n° 342788 ; AJDA, 2013, p. 457
- CE, 9^e et 10^e ss-sect., 17 avril 2013, n° 344924, *Ministre du travail, de l'emploi et de la santé c/ Cabinet de La Taille*
- **2014** : CE, sect., 1^{er} octobre 2014, n° 349560 ; CE, 9^e et 10^e ss-sect., 10 octobre 2014, n° 367807, *Syndicat national des fabricants d'isolants en laines minérales manufacturées*
- **2016** : CE, 9^e et 10^e ss-sect., 30 mars 2016, n° 375529, *Centre hospitalier de Perpignan*
- **2017** : CE, 10^e – 9^e ch. réunies, 8 février 2017, n° 393714, *Société JC Decaux France* ; CE, 6^e – 1^{ère} ch. réunies, 12 juillet 2017, n° 397403, *Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce*
- **2020** : CE, 10^e et 9^e ch. réunies, 3 juin 2020, n° 421616, *Associations Pouvoir citoyen et Les Effronté-e-s*
- **2022** : CE, 7 octobre 2022, n° 443826, *Association Aticor*

4. Cour d'appel et juridictions de première instance

- **1895** : T. com., Seine, 1 septembre 1895 : DP 1902, jurispr. p. 405
- **1908** : CA Paris, 9^e ch. corr. 6 juin 1908, *Bliss et Cie c. Sperber*
- **1941** : Trib. civ., Amiens, 17 juillet 1941, DESBOIS H., note D.P., 1942, p. 54
- **1924** : CA Grenoble, 25 juin 1924, DP 1926. 2. 41 ; CA Paris, 18 décembre 1924, *Didot-Bottin*, DH, 1925, 30, note DESBOIS H.

- **1963** : CA Paris, 8 novembre 1963, Ann. 1964, note MATHÉLY P.
- **1978** : T. corr. Montbéliard, 28 mai 1978, AJPI, p. 533
- **1981** : CA Paris, 4^e ch., 22 juillet 1981 ; D. 1983, inf. rap. 94, obs. COLOMBET C.
- **1982** : CA Paris, 25 mars 1982, D. 1983, obs. COLOMBET C.
- **1986** : CA Paris, 4^e ch., 13 mars 1986, *Syigma c/ Christo*, Gaz. Pal. 1986, 1, 238
- **1987** : CA Lyon, 1^e civ. B., 26 mars 1987, RG n° n° 5449-86 *Association Radio locale privée TNT c/ Association sportive de Saint-Étienne*
- **1988** : CA Limoges, ch. corr., 4 mars 1988, Juris-Data, n° 049011 ; CA Paris, 1^{re} ch., 21 mars 1988, Juris-Data, n° 021125
- **1989** : TGI Paris, 2^e ch., 19 avril 1989, *Anne de Kervasdouë c. Claudie Lepage et autres*, RIDA, octobre 1989, 360 ; CA Paris, 18 mai 1989, D. 1990. p. 340, note CADIET L. ; TGI Compiègne, 2 juin 1989, DIT, 1984, n°4, p. 60, note POUJOL N.
- **1990** : CA Paris, 22 mai 1990, D. 1990, p. 175 ; TGI Paris, 27 juin 1990, *M. Bonnet c. Joyeux et autres*, n° 149, 245, note GAUDRAT P.
- **1991** : CA Douai, ch. réunies, 17 juin 1991, *Coprosta*, DIT 1993, n° 3, p. 36, note MARTINEZ P.
- **1993** : CA Paris, 4^e ch., sect. A, 13 janvier 1993, D., 8 avril 1993, n° 14, p. 90 ; CA Paris, 18 mars 1993, D. 1993, IR 511, obs. COLOMBET C
- **1994** : TGI Paris, 14 septembre 1994, RIDA, juillet 1995, p. 353, obs. KÉRÉVER A.
- **1995** : CA Paris, 23 août 1995, *Ligue nationale de football c/ Sté ASICS France et a.*
- **1998** ; CA Agen, 16 décembre 1998 RG n° 1995/01959
- **2000** : CA Montpellier, ch. corr. 3, 16 mars 2000 ; JurisData n° 2000-114615 ; CA Montpellier, ch. 1, sect. B, 5 juillet 2000, n° 98/0002642, JurisData n° 2000-147637 ; CA Paris, 1^{re} ch., 18 octobre 2000, *Sté Kirkbi c/ Sté. Maniwaki Ventures Europe*, D. 2001.jur. 850, note PASSA J. ; CA Paris, 18 octobre 2000, D. 2001. 850, note PASSA J.
- **2001** : CA. Aix-en-Provence, 1^{re} ch. B, 10 mai 2001, n° 00/19621 ; CA Paris, 1^{re} ch., sect. A, 10 septembre 2001 ; Juris-Data n° 2001-156056
- **2002** : CA Paris, ch. crim. 13, sect. B, 12 avril 2002 ; JurisData n° 2002-181519 ; CA Paris, 12^e ch., 30 octobre 2002, *Antoine C. c/ Min. public, Sté Tati*
- **2003** : TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 21 mars 2003, RG n° 01/08714, *SA Moulinsart et Madame Vlamincck c/ SCP Jacques Tajan et François Tajan*, JurisData : 2003-206848 ; CA Riom, 14 mai 2003, D., 2003, p. 2754, obs. SIRINELLI P.
- **2004** : CA Bordeaux, ch. crim. 4, 14 mai 2004 ; JurisData n° 2004-250993

- **2005** : CA Aix-en-Provence, 2^e ch., 7 février 2005 ; Juris-Data n° 2005-272828 ; CA Paris, 4^e ch., sect. A, 2 mars 2005, *Digital Airways c. Editions du Seuil et M.-P. Dousset*, Propr. intell., juillet 2005, p. 335, obs. LUCAS A. ; CA Paris, 5^e ch. A, 8 juin 2005 ; Juris-Data n° 2005-275305 ; CA Paris, 4^e ch. B, 9 septembre 2005, Juris-Data n° 2005-297322
- **2006** : CA Paris, 4^e ch. Sect. B, 19 mai 2006, n° RG 04/08720 ; CA Paris, 14 juin 2006, n° RG 05/08030 ; CA Paris, 15 novembre 2006, n° RG 05/18422
- **2007** : CA Paris, 10 janvier 2007, n° RG 05/22999 ; TGI Versailles, 6^e ch. corr., 18 décembre 2007, RG n° 0511965021, *L. c/ Valéo*
- **2008** : CA Toulouse, 8 janvier 2008, RG n° 06/04656 ; CA Lyon, 17 janvier 2008, RG n° 06/05902 ; CA Paris, 20 juin 2008, RG n° 06/18579 ; CA Paris, 30 septembre 2008, *Lectiel/France Télécom*, RG n° 06/21874
- **2010** : CA Versailles, 12^e ch., sect. 2, 18 février 2010, *Roadtodata publication Ltd* ; CA Paris, Pôle 5, ch. 2, 11 juin 2010, RG n° 08/05419 ; CA Paris, pôle 5, ch. 2, 18 juin 2010, RG n° 09/00617 ; TGI Clermont-Ferrand, ch. corr., 21 juin 2010, Dr. pén. 2010, comm., 116, obs. VÉRON M. ; CA Paris, 25 novembre 2010, RG n° 08/22287, *SA Karavel c/ M et Mme C.*
- **2012** : CA Paris, 27 novembre 2012, RG n° 2011/20489
- **2013** : TGI Paris, 3^e sect., 4^e ch., 21 février 2013, n° 10/14945, *Société Sarenza c/ Société NA2 J et Sociétés Vivaki* ; CA Paris, Pôle 5, ch. 2, 26 avril 2013, RG n° 11/18809, *Sarl Giovanni c/ Sas Sam* ; T. corr. Nîmes, 28 juin 2013, n° 13/1677 ; T. com. de Bobigny, 26 septembre 2013, n° RG 2013R00400
- **2014** : CA Paris, 1^{re} ch., Pôle 5, 9 avril 2014, RG n° 13/05025, *Stés Google France, Google Inc. et Google Ireland c/ Stés Voyageurs du monde et Terres d'aventures* ; CA Paris, Pôle 5 ch. 2, 11 avril 2014, RG n°13/23575 ; T. com. Paris, 15^e ch., 14 mars 2016 ; LDPI 1^{er} mai 2016, n° 5, p. 7, note CHATRY S., RLDI, avril 2016, n° 3951 ; TGI Paris, 27 mars 2014, n° RG 11/01444, *SA Librairie Droz c. SARL H GN*, LEPI, juin 2014, n° 6, p. 2, note BERNAULT C. ; T. com., Paris, ch. 8, 30 septembre 2014, RG n° 2013028379, *SARL Crystal system consulting c. SA Sopra Group*, JurisData n° 2021-036460 ;TGI Nanterre, 1^{ère} ch., 2 octobre 2014, RG n° 12/11221, *Digitre c. Neo Avenue*,
- **2015** : TGI Lille 12 février 2015, RG n° 14/00062, LEPI 2015, comm. 51, LEBOIS A ; TGI Paris, 11 septembre 2015, RG n° 2012/17173 ; CA Paris, Pôle 5, ch. 7, 24 septembre 2015, n° RG 2014/17586 ; CA Paris, Pôle 5, ch. 2, 25 septembre 2015, n° RG 14/01364 ; T. com. Paris, 28 septembre 2015, 15^e ch., *Sound Strategy c/ Conception* ; CA Paris, pôle 5, ch. 4, 7 octobre 2015, n° RG 11/03744 et 10/11257, *Netuneed c/ Charles R.* ; CA Paris, Pôle 5, ch.

- 4, 21 octobre 2015, n° RG 13/08861 ; CA Versailles, 12° ch., sect. 2, 24 novembre 2015, RG n° 14/08171, *Digitre c. Neo Avenue* ; CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 2 décembre 2015, n° RG 14/08498 ; CA Rennes, 27 octobre 2015, n° RG 2013/07872
- **2016** : CA Paris, Pôle 1, ch 3, 2 février 2016, n° RG 15/01542 ; CA Paris, Pôle 5, ch. 5, 14 avril 2016, RG n° 14/20560 ; CA Paris, pôle 5, ch. 2, 15 avril 2016, n° RG 14/05590, *Debonix France* ; CA Lyon, ch. soc. B, 10 juin 2016, RG n° 15/01025 ; CA Paris, pôle 5, 2° ch., 16 décembre 2016, RG n° 2014/06444
 - **2017** : CA Rennes, 3° ch. com., 17 janvier 2017, n° RG 16/02144 ; CA Paris, Pôle 5, 2° ch., 9 juin 2017, n° 16/00005 ; CA Versailles, 12° ch., 20 juin 2017, n° RG 16/01254 ; TGI Paris, 1 septembre 2017, aff. n° 17/06908, *LBC France c. Entrepaticulier.com* ; CA Paris, Pôle 4, ch. 11, 11 septembre 2017, *M.X/Weezent* ; CA Paris, Pôle 4, ch. 11, 15 septembre 2017, *M. X c/ Weezevent*, RG n° 17/00303 ; CA Nîmes, 3 octobre 2017, RG n° 16/00458 ; CA Douai, ch. soc. 30 novembre 2017, RG n° 17/00135 ;
 - **2018** : T. com. Paris, 16° ch., 2 mars 2018, RG n° 2017002474. ; CA Paris, pôle 5, ch. 2, 30 mars 2018, RG n° 17/07421 ; TGI Paris, 7 août 2018, n° 14/07300, *UFC-Que Choisir c/ Twitter*
 - **2019** : CA Paris, Pôle 5, 1^{re} ch., 2 avril 2019 ; n° RG 16/15019, *Michelin Travel Partnar et al. c. Opentable International Ltd., D., 2019*, p. 2266, note LARRIEU J. ; T. com., Nanterre, 23 avril 2019, aff. n° 2018F00579 ; CA Paris, ch. 5-1, 21 mai 2019, RG n° 18/19669 ; T. com. Paris, 2 septembre 2019, n° RG 2017/50625 ; CA Aix-en-Provence, 4° et 5° ch. réunies, 12 septembre 2019, RG n° 17/09906 ; CA Paris, Pôle 5, 2° ch., 20 décembre 2019, n° RG 18/00470
 - **2020** : CA Toulouse, ch. 2, 4 mars 2020, n° 17/01448, *SAS FB Procédés c/ SARL Biotrade* ; CA Toulouse, 2° ch., 29 janvier 2020, RG n° 18/00487 ; CA Paris, ord. 17 décembre 2020, n° 11/06900
 - **2021** : CA Versailles, 21° ch., 21 janvier 2021, RG n° 18/04047 ; CA Paris, Pôle 5, 1^{re} ch., 2 février 2021, n° RG 17/17688, *SA Entrepaticulier.com c. SASU LBC France* ; CA Paris, Pôle 1, ch. 2, 8 avril 2021, n° RG 21/05090, *SAS ITM Alimentaire International c/ Ministre de l'économie, des finances et de la relance* ; TJ Paris, ord. JMÉ, 27 mai 2021, n° RG 2020/04020 ; TJ Paris, 4 juin 2021, RG n° 20/01390 ; CA Versailles, 9 ch., 30 juin 2021, n° 18/05011 ; T. com. Paris, ch. 15, 12 juillet 2021, n° 2020029271, *SA Guerlain c/ SPRL-Paris Élysées Diffusion* ; T. com. Paris, ch. 15, 20 septembre 2021, n° 2018026040, *SA Celine c/ Sté Punto FA S.L., Sarl Mango France* ; T. com. Paris, ch. 15, 25 octobre 2021, RG n° 2019032848, *SA MHCS c/ Sté coop. Agri. Wolfberger, Cave coopérative vinicole*

d'Eguisheim Kuhri, Distillerie Wolfberger, et a. ; CA Paris, Pôle 5, ch. 2, 26 novembre 2021, n° RG 19/18575 ; T. com. Paris, 20 septembre 2021, n° 2018026040

- **2022** : CA Aix-en-Provence, 12 mai 2022, RG n° 2021/14892 ; CA Limoges, 15 juin 2022, n° RG 21/00432 ; CA Versailles, 1^{re} ch. 1^{re} sect., 21 juin 2022, RG n° 21/01766 ; TA Paris, 6^e set., 3^e ch., 23 juin 2022, n° 2011092/6-3, Syndicat CGT Nokia Villarceaux, Syndicat métallurgie Le-de-France CFE-CGC ; CA Versailles, 1^{re} ch. 1^{re} sect., 5 juillet 2022, RG n° 21/02181 ; CA Pau, 2^e ch., sect. 1, 20 juillet 2022, RG n° 22/01048 ; CA Aix-en-Provence, ch. 3, sect. 1, 8 septembre 2022, RG n° 19/02611 ; CA Paris, Pôle 5, ch. 2, 7 octobre 2022, n° 20/06102, *Société Amco Solutions c. SAS Channeladvisor France* ; CA Paris, Pôle 5, ch. 2, 21 octobre 2022, RG n° 20/15768 ; CA Paris, Pôle 5 – ch. 4, 23 novembre 2022, RG n° 22/08310 ; CA Douai, ch. 2, sect. 2, 13 octobre 2022, RG n° 21/06209 ; CA Paris, Pôle 5, ch. 2, 16 décembre 2022, RG n° 21/21578
- **2023** : CA Paris, ch. 5-1, 11 janvier 2023, RG n° 20/11901 ; CA Lyon, 3^e ch. A, 12 janvier 2023, RG n° 21/06931 ; CA Paris, Pôle 1 – ch. 8, 20 janvier 2023, n° RG 22/08506 ; CA Versailles, 12^e ch., 26 janvier 2023, RG n° 20/00682 ; Trib. com. Lille Métropole, 26 janvier 2023, *SAS FRANCE BATI COURTAGE c. SAS OVH* ; CA Montpellier, ch. com., 28 février 2023, RG n° 21/01909 ; CA Paris, ch. 5-1, 20 septembre 2023, RG n° 21/19365
- **2024** : TJ Paris, 17 octobre 2024, n° 2109145

C. Jurisprudence étrangère

- **1980** : United States Supreme Court, *DIAMOND v. CHAKRABARTY*, 1980, n° 79-136
- **1991** : United States Court of Appeals, Seventh Circuit, *Rockwell Graphic Sys. v. DEV Indus. Inc.* 925 F.2d 174, 179, 11 févr.ier 1991
- **1995** : U.S. District Court for the Northern District of California - 923 F. Supp. 1231 (N.D. Cal. 1995) September 22, 1995, *Religious Tech. Ctr. v. Netcom On-Line Commc'n Servs., Inc.*, 923 F.
- **1999** : BPatG, 14 juin 1999, 20 W(pat) 8/99, *Absatzsteuerung Automatische* [1999] G.R.U.R. 1078
- **2001** : Yahoo ! Inc. v/LICRA et UEJF : 145 F. Supp. 2d. 1168 [N.D. Cal. 2001]
- **2003** : N.D. Cal., 30 juin 2003, *Intel Corporation. v. Kourosh Kenneth Hamidi*, n° S103781, 30 juin 2003, 71 p.3d 296
- **2006** : Court of Appeal of California, Sixth District, 26 mai 2006, *O'Grady v. Superior Court*, 139 Cal. App. 4Th, 1423, 1432

- **2008** : CA Bruxelles, 20 juin 2008 aff. GSK c. Sanofi, *ICIP-Ing. Cons.*, 2008, p. 566
- **2000** : N.D. Cal., 23 mai 2000, *Ebay, Inc. v. Bidder's Edge, Inc.*, 100 F. Supp. 2d 1058, 54 U.S.P.Q.2D (BNA) 1798
- **2010** : Landgericht Düsseldorf, 16 février 2010, affaire 4b 0 247/09-Hunde-Gentest ; Bundesgerichtshof, *Autobahnmaut*, 25 mars 2010, I ZR 47/08 ; Oberlandesgericht Düsseldorf, 11 novembre 2010 – I-2 U 40/10, InstGE 12, 258, 260 ; United States District Court Eastern District of New York, *Sasqua Group, Inc. et al v. Courtney et al.* (E.D.N.Y. 2010)
- **2012** : Bundesgerichtshof, 21 août 2012, X ZR 33/10 aff. *MPEG-2-Videosignalcodierung*
- **2013** : Landgericht Bielefeld, 5 March 2013, Az. 4 O 191/11 ; Supreme Court of England and Wales, 22 May 2013, *Vestergaard Frandsen A/S (now called MVF 3 ApS) and others (Appellants) v Bestnet Europe Limited and others (Respondents)* [2013] UKSC 31 ; Trib. com. Bruxelles, 1^{er} juillet 2013, *A&M*, 2014/6, p. 519-526
- **2014** : OLG Hamm, Urteil vom 15 Mai 2014, Az. 22 U 60/13 ; Landgericht München I, 20 novembre 2014 – 7 O 13161/14
- **2022** : United States District Court, May 23, 2022, S.D. New York *Kashef v. BNP Paribas S. A.*, 16-CV-3228 (AKH) (JW) (S.D.N.Y. May. 23, 2022)
- **2024** : Landgericht Hamburg, 27 septembre 2024, n° 310 O 227/23

V. – RAPPORTS ET COMMUNIQUÉS

- **Autorité de la concurrence et Bundeskartellamt**, *Droit de la concurrence et données*, 10 mai 2016, [en ligne] Disponible sur : <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/rapport-concurrence-donnees-vf-mai2016.pdf> (consulté le 29/04/2020)
- **BOTHOREL É., COMBES S., et VEDEL R.**, *Pour une politique publique de la donnée*, décembre 2020
- **CAPRIOLI É. A., de KERVASDOUÉ P., PÉPIN J.-F., et RIESTSCH J.-M.**, *Protection du patrimoine informationnel, Livre blanc CIGREF FEDISA*, 2007, [en ligne] Disponible sur : https://cigref.typepad.fr/cigref_publications/RapportsContainer/Parus2007/Protection_patrimoine_informationnel_CIGREF_FEDISA_2007_web.pdf (consulté le 04/05/2017)
- **CHICOT J., KARANIKOLOVA K., et al.**, *Étude en soutien à l'évaluation de la Directive 96/9/CE concernant la protection juridique des bases de données*, Union européenne, 2018

- **Commission européenne, MENDIS, D., BERND NORDEMANN, J., BALLARDINI, R., et al.,** *The Intellectual Property implications of the development of industrial 3D printing*, Publications Office, 2020, spéc. p. 40, disponible [en ligne] : <https://data.europa.eu/doi/10.2873/85090> (consulté le 17 mai 2024)
- **Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, Centre national du cinéma et de l'image animée, Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet,** *Rapport de la mission ; Les outils de reconnaissance des contenus sur les plateformes numériques de partage : propositions pour la mise en œuvre de l'article 17 de la directive européenne sur le droit d'auteur*, janvier 2021
- **Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique,** *Droit de la propriété littéraire et artistique, données et contenus numériques, Mission présidée par Valérie-Laure BENABOU*, Rapport présenté au CSPLA le 11 octobre 2018, septembre 2018
- **Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique,** *Mission droit de communication au public* (Présidents de la mission SIRINELLI P., BENAZERAF J.-A., et BENSAMOUN A.), décembre 2016
- **Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique,** *Rapport de la mission ; La preuve de l'originalité* (Présidentes de la mission J.-A. BÉNAZÉRAF, V. BARTHEZ), décembre 2020
- **Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique,** *Rapport de la mission ; Mission intelligence artificielle et culture*, 27 janvier 2020
- **Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique,** *Rapport de la mission ; Transposition des exceptions de fouille de textes et de données : enjeux et propositions* (Présidente de la mission BENSAMOUN A., rapporteur BOUQUEREL.Y.), 15 décembre 2020
- **Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique,** *Rapport de la mission sur la réforme européenne du droit sui generis des bases de données*, 12 juillet 2022
- **Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique,** *Rapport de la mission sur les enjeux de la définition de la protection d'un commun informationnel au regard de la propriété littéraire et artistique*, Rapport établi par Me J. Martin, 30 octobre 2015
- **Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique.** *Les métadonnées liées aux images fixes, Rapport de mission*, 5 juillet 2021
- **CRÉMET J., MONTJOYE Y.-A. de et SCHWEITZER H.,** *Competition policy for the digital era*, Office of the European Union, Luxembourg, 2019

- **CURIEN N., et MUET P.-A.**, *La société de l'information*, La documentation française, Paris, 2004, 332 p.
- **DUSOLLIER S.**, *Étude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public*, OMPI, 4 mars 2011, CDIO/7/INF/2, [en ligne] Disponible sur : https://www.wipo.int/meetings/fr/doc_details.jsp?doc_id=161162 (consulté le 06/09/2020)
- **DUSOLLIER S., POULLET Y. et BUYDENS M.**, *Droit d'auteur et accès à l'information dans l'environnement numérique*, étude préparée pour le troisième Congrès international de l'UNESCO sur les défis éthiques, juridiques et de société du cyberspace INFOéthique 2000, Paris, 17 juillet 2000, CII-2000/WS/5 [en ligne] Disponible sur : https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000121406_fre (consulté le 22/03/2024)
- **GAUDRAT P.**, *La commercialisation des données publiques*, La Documentation française, Paris, 1992, 95 p.
- **GAUDRAT P.**, *La titularité des droits sur les œuvres réalisées dans les liens d'un engagement de création*, Rapport à Madame la Ministre de la Culture, Madame la Ministre de la Justice et Monsieur le Secrétaire d'État à l'Industrie, 2000
- **GAUVAIN R., D'URSO C., DAMAIS A. et JEMAI S.**, *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, Rapport à la demande de Monsieur Édouard PHILIPPE Premier ministre, 26 juin 2019
- **GUIBAULT L.**, *Document de discussion sur la question des exemptions et limitations au droit d'auteur et aux droits voisins à l'ère numérique*, Rapport pour le Conseil de l'Europe, 1998
- **JIIP et Technopolis Group**, *Study in support of the evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases*, Luxembourg, 2018
- **LANDREAU I., PELIKS G., BINCTIN N. et al.**, *Rapport : Mes data sont à moi. Pour une patrimonialité des données personnelles*, janvier 2018, [en ligne] Disponible sur : <https://www.generationlibre.eu/wp-content/uploads/2018/01/2018-01-generationlibre-patrimonialite-des-donnees.pdf> (consulté le 19/04/2020)
- **LESCURE P.**, Mission « Acte II de l'exception culturelle ; Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique, 2013, [en ligne] Disponible sur : http://www.culturecommunication.gouv.fr/var/culture/storage/culture_mag/rapport_lescore/index.htm (consulté le 07/06/2021)
- **LEVY M., et JOUYT J.-P.**, *L'économie de l'immatériel : la croissance de demain : rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel*, 4 décembre 2006 [en ligne]

Disponible sur : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000880.pdf> (consulté le 04/05/2017)

- **OCDE**, *Data-Driven Innovation : Big Data for Growth and Well-Being*, éd. OCDE, Paris, 2015 [en ligne] Disponible sur : <https://doi.org/10.1787/9789264229358-en> (consulté le 19/04/2020)
- **OCDE**, *Principes et lignes directrices de l'OCDE pour l'accès aux données de la recherche financée sur fonds publics*, 12 avril 2007 [en ligne] Disponible sur : https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/oecd-principles-and-guidelines-for-access-to-research-data-from-public-funding_9789264034020-en-fr?mlang=fr (consulté le 04/09/2020)
- **RIIS T.**, *Incidence économique de la protection des bases de données non originales dans les pays en développement et les pays en transition*, Rapport d'étude OMPI, Genève, Document SCCR7/4, avril 2002, 41 p.
- **ROCHFELD J. (sous-dir.)**, *Échelle de communalité. Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, Rapport soutenu par la Mission Droit & Justice, 2020 [en ligne] Disponible : <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2021/06/Rapport-17-34-final-Juin-2021.pdf> (consulté le 20/06/2021)
- **VILLIANI C.**, *Donner un sens à l'intelligence artificielle (IA)*, 28 mars 2018 [en ligne] Disponible sur : https://www.aiforhumanity.fr/pdfs/9782111457089_Rapport_Villani_accessible.pdf (consulté le 22/04/2020)

Table des matières

Remerciements.....	3
Table des abréviations.....	7
SOMMAIRE.....	13
PROLÉGOMÈNES.....	15
Section 1. La donnée, nouvel or noir de l'économie.....	19
Section 2. La définition de la donnée et des notions connexes.....	43
I. Les notions connexes de la notion de données.....	44
A. La notion d'« information ».....	44
1. L'approche économique de l'information.....	46
2. L'approche juridique de l'information.....	49
B. Les notions de connaissance et de savoir.....	53
II. La délimitation de la notion de donnée numérique.....	55
Section 3. L'objet de l'étude.....	63
PREMIÈRE PARTIE. ANALYSE DE LEGE LATA DES MÉCANISMES DE RÉSERVATION DES UTILITÉS DES DONNÉES NUMÉRIQUES.....	71
TITRE I. UNE RÉSERVATION AU MOYEN DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE...75	
Chapitre 1 ^{er} . L'emprise hypothétique du droit d'auteur sur la donnée numérique.....	89
Section 1. Une difficile réservation de la donnée numérique par le droit d'auteur.....	91
I. Une distinction à opérer entre stockage et donnée numérique.....	92
II. Une donnée numérique, une possible œuvre de l'esprit.....	99
A. La donnée numérique, une création de forme.....	100
B. La question de l'originalité de la donnée numérique.....	103
1. La délimitation de la notion d'originalité.....	105
2. Les données numériques face à la condition d'originalité.....	110
Section 2. La réservation détournée par les données structurées.....	120
I. Une protection des données structurées au titre du droit d'auteur.....	122
A. L'exigence d'une originalité de la base de données.....	125
B. La titularité et l'étendue de la protection conférée.....	130
II. Une protection des données structurées au titre du droit <i>sui generis</i>	132
A. L'investissement substantiel comme critère de protection.....	134
B. Une protection limitée offerte par le droit <i>sui generis</i>	145
Conclusion du chapitre 1.....	153
Chapitre 2. L'épineuse question de la réservation des données numériques par le brevet.....	155
Section 1. L'examen de la brevetabilité de la donnée numérique.....	157
I. La relation entre la donnée et l'invention.....	157
A. La donnée entre découverte et invention.....	158
B. L'exigence d'une création inventive technique.....	159

II. La donnée numérique face aux exclusions à la brevetabilité.....	167
A. Programmes d'ordinateur et données numériques.....	168
1. À la recherche d'une définition de la notion de logiciel.....	168
2. L'exclusion des logiciels de la brevetabilité.....	170
a. Une exclusion du logiciel en tant que tel.....	170
b. Le cas spécifique des simulations informatiques.....	178
B. Présentation d'informations et données numériques.....	182
1. La définition de la notion de présentation d'informations.....	183
2. La délimitation de l'exclusion des présentations d'informations.....	185
Section 2. Une protection envisageable des données par le biais du brevet.....	192
I. La distinction entre le brevet de produit et le brevet de procédé.....	193
II. Les données numériques en tant que produits de procédés brevetés.....	198
A. L'inclusion de la donnée dans la notion de produit.....	199
B. Les limitations de l'extension de protection du brevet de procédé.....	203
Conclusion du chapitre 2.....	207
CONCLUSION DU TITRE I.....	209
TITRE II. UNE RÉSERVATION AU MOYEN DU DROIT COMMUN.....	213
Chapitre 1 ^{er} . La réservation par l'effet des clauses contractuelles.....	215
Section 1. Le contrat, un outil incontournable dans la réservation des données.....	219
I. La réservation des données au sein des contrats entre entreprises et salariés.....	221
A. La réservation des données par le secret imposé.....	221
1. Les conditions de validités de la clause de confidentialité.....	222
2. L'utilité démontrée de la clause de confidentialité.....	227
B. Les clauses encadrant l'usage de données numériques.....	232
II. La réservation des données dans le cadre des conditions générales d'utilisation.....	237
A. Les aménagements contractuels au sein de la propriété intellectuelle.....	237
B. Les aménagements contractuels en dehors de la propriété intellectuelle.....	246
Section 2. Le contrat, un outil limité dans la réservation des données.....	254
I. Les effets de réservation limités aux cocontractants.....	255
A. L'effet <i>inter partes</i> des contrats.....	255
B. La sanction de l'inexécution fautive.....	258
1. La difficile exécution forcée.....	260
2. La question de la réparation par l'octroi de dommages et intérêts.....	263
a. Un remède peu efficace.....	263
b. Les palliatifs envisageables.....	268
i. La clause pénale, un instrument renforçant la force obligatoire.....	269
ii. La question controversée de la réparation en nature.....	273
II. La réservation contractuelle face au contrôle de l'équilibre contractuel.....	276
A. La réservation contractuelle confrontée à la police des clauses.....	278
1. L'atteinte à l'obligation essentielle.....	278
2. Le déséquilibre significatif dans le contrat numérique d'adhésion.....	283
B. La réservation contractuelle confrontée aux droits et libertés fondamentaux.....	288
Conclusion du chapitre 1.....	293

Chapitre 2. La réservation par les obligations extracontractuelles.....	297
Section 1. La réservation des données numériques par la responsabilité extracontractuelle.....	298
I. La concurrence déloyale et parasitaire, outil de réservation de les utilités des données.....	303
A. La recherche de la réservation des données par la concurrence déloyale et parasitaire.....	305
1. Les données numériques appréhendées par la concurrence déloyale et parasitaire.	305
a. Une protection contre les comportements déloyaux.....	306
b. Une protection de la valeur des données.....	308
2. La maîtrise renforcée des données par la concurrence déloyale et parasitaire.....	317
B. L'appréciation de la réservation des données par la concurrence déloyale et parasitaire.....	321
1. La dissuasion de l'atteinte à la « réservation » par le prononcé de dommages et intérêts.....	321
2. L'efficacité des mesures visant à faire cesser l'atteinte à la « réservation ».....	335
II. La réservation des données assurée par le secret des affaires.....	342
A. Les données numériques protégées en tant que secret des affaires.....	346
1. Les données numériques face aux conditions intrinsèques des secrets des affaires.	348
a. Le secret et les données numériques.....	348
b. La valeur commerciale des données.....	354
2. Les données numériques face à la condition extrinsèque des secrets des affaires.	360
B. La protection efficace contre les atteintes à la confidentialité des données numériques.....	371
1. Une protection adaptée aux atteintes aux données numériques confidentielles.....	378
2. L'appréciation de l'effectivité de la protection dans l'environnement numérique.....	387
Section 2. La réservation des utilités des données par l'enrichissement injustifié.....	407
I. L'enrichissement injustifié, une action en protection du patrimoine.....	408
II. L'application incertaine de l'enrichissement injustifié aux données.....	411
A. Les données numériques face aux conditions de l'action <i>de in rem verso</i>	412
B. Les données numériques face aux limites de l'action <i>de in rem verso</i>	421
1. La subsidiarité de l'action <i>de in rem verso</i>	421
2. L'encadrement strict du montant de l'indemnisation.....	425
Conclusion du chapitre 2.....	428
CONCLUSION DU TITRE II.....	433
CONCLUSION DE LA PARTIE I.....	437
SECONDE PARTIE. RÉFLEXIONS <i>DE LEGE FERENDA</i> SUR L'INSTAURATION D'UN DROIT DE PROPRIÉTÉ DES DONNÉES NUMÉRIQUES.....	441
TITRE I. LA TENTATION D'UN DROIT DE PROPRIÉTÉ SUR LA DONNÉE NUMÉRIQUE.....	445
Chapitre 1 ^{er} . La volonté croissante d'appropriation d'éléments informationnels.....	447
Section 1. Des velléités d'appropriation de certains éléments informationnels.....	447

Sous-section 1. L'échec de la proposition de la loi sur les créations réservées.....	448
I. Une protection large de la « « <i>petite monnaie</i> » de la création ».....	449
II. Un échec prévisible de la protection « <i>hybride</i> » des créations réservées.....	464
A. Une protection aux contours mal définis.....	464
B. Un élément perturbateur des droits de la propriété intellectuelle.....	467
Sous-section 2. Le rejet de l'appropriation des données à caractère personnel.....	471
I. Une protection extra-patrimoniale fondée sur les droits et libertés fondamentaux....	479
II. L'idée persistante de l'appropriation des données à caractère personnel.....	486
Section 2. La qualification éristique de vol de données numériques.....	511
I. L'émergence de la qualification de vol d'informations.....	517
A. La reconnaissance controversée du vol d'informations.....	518
B. La qualification critiquable de vol d'informations.....	523
II. La désaffectation de la qualification de vol d'informations.....	537
Conclusion du chapitre 1.....	545
Chapitre 2°. La difficile consécration d'un droit de propriété sur les données numériques....	547
Section 1. La donnée numérique entre chose commune et bien.....	550
I. Des choses communes aux communs numériques.....	551
A. La délimitation de la notion de choses communes.....	552
1. Le caractère inappropriable des choses communes.....	552
2. Le caractère commun de l'usage des choses communes.....	555
B. L'émergence des communs informationnels.....	558
II. La donnée numérique, un « <i>res digitalis</i> » difficilement saisissable.....	559
A. Les spécificités de la donnée numérique.....	560
1. La donnée numérique entre rivalité et non-rivalité.....	560
2. La donnée numérique entre matière première, produit de base et produit fini.....	563
B. L'épineuse question de la qualification de la donnée numérique en bien.....	566
Section 2. L'aptitude de la propriété à appréhender la donnée numérique.....	582
I. La recherche d'une définition de la propriété.....	583
A. L'évolution des conceptions de la propriété.....	587
B. La propriété comme maîtrise des utilisés du bien.....	594
II. La saisie de la donnée numérique par la propriété.....	597
A. La question de la légitimité de l'appropriation des données numériques.....	598
1. Les fondements philosophes de l'appropriation.....	598
a. Le travail comme fondement de l'appropriation.....	598
b. L'utilité comme fondement de l'appropriation.....	601
2. Les fondements juridique et économique de l'appropriation.....	603
a. L'occupation comme fondement de l'appropriation.....	603
b. L'approche économique de l'appropriation.....	605
B. L'instauration difficile d'un droit <i>sui generis</i> sur les données numériques.....	611
1. Les difficultés liées à la conception d'un droit <i>sui generis</i> sur les données numériques.....	616
a. La détermination de l'objet et du titulaire du droit <i>sui generis</i>	617
i. L'objet du droit <i>sui generis</i>	617
ii. Le fait générateur et la titularité du droit <i>sui generis</i>	620
b. La détermination de l'étendue du droit <i>sui generis</i>	627
i. Les prérogatives envisageables du droit <i>sui generis</i>	629
ii. Les exceptions et limitations envisageables du droit <i>sui generis</i>	634

2. Les difficultés liées au déploiement du droit <i>sui generis</i> sur les données numériques.....	646
Conclusion du chapitre 2.....	653
CONCLUSION DU TITRE 1.....	657
TITRE II. LA RÉSERVATION PRIVATIVE FACE À L'IMPÉRATIF DE L'ACCÈS AUX DONNÉES.....	667
Chapitre 1 ^{er} . Les risques de conflits entre la propriété des données et leur accès.....	675
Section 1. L'émergence de l'idéologie du droit d'accès aux données.....	676
I. De l'ouverture des données publiques au partage des données dans le cadre du <i>B2G</i>	676
A. Le mouvement d'ouverture des données publiques.....	677
B. L'émergence timide de l'idée de partage des données des entreprises privées aux pouvoirs publics.....	681
II. Les raisons de la reconnaissance de droits d'accès aux données.....	685
A. Le droit d'accès comme garant de l'autodétermination informationnelle.....	686
B. Le droit d'accès comme garant d'innovation et d'une saine concurrence.....	691
1. Le maintien de l'innovation par l'accès aux données dans le cadre des services de paiement.....	691
2. Le maintien par l'accès aux données d'une concurrence saine.....	692
a. Dans le cadre des contrats de consommation.....	693
b. Dans les secteurs en situation monopolistique.....	695
Section 2. Les dangers accrus liés à la monopolisation de données numériques.....	696
I. Une monopolisation renforcée par le droit <i>sui generis</i> sur les données numériques.....	697
II. L'accès aux données laissé à l'arbitraire du titulaire du droit <i>sui generis</i>	700
Conclusion du chapitre 1.....	705
Chapitre 2. La conciliation impérative entre la réservation des données et leur accès.....	707
Section 1. Un accès assuré par le droit de la concurrence incertain.....	710
I. L'accès aux données dans le cadre du contrôle de concentration des entreprises.....	712
A. Le contrôle des concentrations des entreprises dans l'économie numérique.....	713
B. L'aménagement possible d'un accès aux données.....	716
II. L'accès aux données assuré par la théorie des facilités essentielles.....	720
A. Les conditions d'application de la théorie des facilités essentielles.....	720
B. L'application incertaine de la théorie des facilités essentielles à l'économie numérique.....	726
1. La vérification des conditions de l'application de la théorie des facilités essentielles.....	727
a. La complexe caractérisation de la position dominante.....	728
b. La détermination problématique du caractère essentiel des données.....	731
2. La mise en œuvre complexe de la théorie des facilités essentielles.....	733
Section 2. L'organisation nécessaire d'un droit d'accès aux données.....	741
I. L'amélioration du droit d'accès par le <i>Data Act</i>	743
A. Le contexte de l'adoption du <i>Data Act</i>	743

B. La portée des droits d'accès aux données reconnus par le <i>Data Act</i>	746
1. Une garantie renforcée de l'accès aux données.....	747
a. L'accès des données générées par les objets connectés au profit des utilisateurs et des tiers.....	747
b. L'accès au profit des organismes du secteur public.....	756
2. La conciliation avec les intérêts du détenteur des données.....	758
a. La conciliation dans le cadre <i>B2B</i>	758
b. La conciliation dans le cadre <i>B2C</i>	764
II. La réservation privative des données numériques face à l'accès aux données.....	767
A. L'accès aux données par le biais de licences obligatoires.....	768
B. L'encadrement de l'accès aux données en l'absence de droit <i>sui generis</i> sur les données.....	775
Conclusion du chapitre 2.....	785
CONCLUSION DU TITRE II.....	787
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	789
INDEX.....	799
BIBLIOGRAPHIE.....	809

Résumé : La dématérialisation et la numérisation croissantes de notre économie ont élevé les données au rang de matière première indispensable. La valeur des données réside dans leurs exploitations potentielles. C'est pourquoi leurs détenteurs cherchent à maximiser leurs revenus en limitant l'accès. Ce constat souligne les enjeux de gouvernance des données. La problématique de la réservation des données a alors émergé. Le constat est que la propriété intellectuelle ne parvient pas à appréhender pleinement la donnée. Néanmoins, l'analyse du droit positif révèle l'existence de mécanismes du droit commun permettant une réservation des utilités des données, tels que le contrat, la concurrence déloyale et parasitaire et le secret des affaires. Bien que ces mécanismes offrent une réservation, ils ne sont pas exempts de lacunes. Aussi, la question de la propriété des données a émergé et a suscité un vif débat. Cette interrogation a engendré un renouvellement des approches théoriques et pratiques du droit de propriété. Dans une approche prospective, un droit exclusif d'exploitation sur les données a été esquissé sous la forme d'un droit *sui generis*. Cet exercice de conceptualisation a mis en exergue les difficultés que pourrait entraîner une telle reconnaissance. Par ailleurs, il est impératif de trouver un juste équilibre entre la volonté d'appropriation des données et le droit d'accès des tiers à celles-ci afin d'instaurer un régime de protection à la fois efficace et équitable.

Mots clefs français : Données – Base de données – Valeur – Investissement – Risque – Propriété intellectuelle – Droit d'auteur – Droit *sui generis* – Brevet – Création – Intelligence artificielle – *Big Data* – *Cloud computing* – Immatériel – Protection – Réservation – Droit subjectif – Titularité – Finalité – Légimité – Équilibre – Cohérence – Intérêt général – Droit d'accès – Incitation – Efficacité économique – Qualification

Contribution to the study of the reservation of digital data utilities

Abstract : The thesis is based on the observation that the increasing dematerialization and digitization of our economy has elevated data to the status of an indispensable resource. The economic value of data resides in its potential exploitation. This is why data owners seek to maximize their revenues by limiting access. This observation underlines the challenges of data governance. The issue of data reservation has then emerged. The analysis is that intellectual property does not fully comprehend data as such. However, an analysis of positive law reveals the existence of common law mechanisms for reserving the utility of data, such as contract, unfair and parasitic competition, and business secrecy. Although these mechanisms offer a reservation, they are not without their shortcomings. As a result, the issue of data ownership has emerged as a hotly debated topic. This has led to a renewal of theoretical and practical approaches to property rights. In a forward-looking approach, an outline of an exclusive right to exploit data was drawn up in the form of a *sui generis* right. This conceptualization exercise highlighted the difficulties that such recognition could entail. Moreover, it is imperative to find the right balance between the desire to appropriate data and the right of third parties to access it, in order to establish a protection regime that is both effective and fair.

Keywords : Data – Database – Value – Investment – Risk – Intellectual property – Copyright – *Sui generis* right – Patent – Creation – Artificial intelligence – Big Data – Cloud computing – Intangible – Protection – Reservation – Subjective right – Ownership – Purpose – Legitimacy – Balance – Consistency – General interest – Right of access – Incentive – Economic efficiency – Qualification

Unité de recherche/Research unit : *Centre de Recherche Droits et Perspectives du Droit (CRDP) – L'Équipe de Recherches Appliquées au Droit Privé (L'ERADP), 1 place Déliot, 59000 Lille, crdp@univ-lille.fr, <https://crdp.univ-lille.fr/le-centre/presentation>*
École doctorale/Doctoral school : *École doctorale des sciences juridiques, politiques et de gestion, n° 74, 1 place Déliot, 59000 Lille, edsjpg@univ-lille.fr, <http://edsjpg.univ-lille.fr>*
Université/University : *Université de Lille, 42 rue Paul Duez, 59000 Lille, <http://www.univ-lille.fr>*