

La protection des données personnelles : un nouveau droit intellectuel ?

1.

Voici plus de deux ans que le Règlement européen sur la protection des données personnelles (ci-après « RGPD ») est applicable. Son entrée en vigueur a été accompagnée d'une nouvelle législation nationale : la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel (ci-après « LPD »). Si la LPD confirme et précise les grands principes du RGPD, elle applique aussi celui-ci à des situations tout à fait particulières, telles que l'utilisation des données par les autorités à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites, tout en définissant les droits et obligations des personnes concernées par ces situations.

Ces outils législatifs ont complété une tendance existant depuis plusieurs dizaines d'années, consistant à sacraliser les données personnelles des individus à un niveau inégalé.

Il est vrai que, comme le rappelle le sixième considérant du RGPD, l'évolution rapide des technologies et la mondialisation ont créé de nouveaux enjeux pour la protection des données à caractère personnel. Ces nouvelles technologies permettent désormais une collecte et un traitement des données d'une ampleur sans précédent. Tant les entreprises privées que les autorités publiques sont, dans le cadre de leurs activités, en mesure d'utiliser les données personnelles de toute personne physique comme jamais auparavant. L'avènement des réseaux sociaux et des nouveaux moyens de communication a également exposé davantage les individus à la collecte de leurs données personnelles et à leur utilisation par des tiers en tous genres pour des diverses finalités.

Il était donc indispensable d'accompagner ce renouveau technologique d'outils législatifs protectionnels, garantissant aux particuliers un usage prévisible, limité et licite de leurs données. D'autant que le flux de données personnelles est devenu massif, au point qu'un marché parallèle s'est constitué avec pour caractéristique la monétisation des données. En effet, les données personnelles des individus sont devenues des biens immatériels présentant une valeur économique incontestable que les acteurs privés exploitent désormais largement.

Ces acteurs sont toutefois amenés à composer, à la fois avec un législateur qui s'investit de plus en plus dans la régulation des flux de données, ainsi qu'avec des particuliers qui souhaitent reprendre le contrôle de leurs données, voire monétiser celles-ci.

2.

En mettant l'individu au centre du RGPD, l'Union européenne n'a-t-elle pas souhaité créer une nouvelle forme de droit de propriété intellectuelle dont elle aurait la maîtrise exclusive ?

D'ailleurs, conférer un statut de « propriété intellectuelle » aux données à caractère personnel ne serait-il pas le meilleur moyen d'assurer la protection de ces informations ?

Ne sommes-nous pas les titulaires exclusifs de nos données ?

De plus en plus d'auteurs et de spécialistes considèrent les données à caractère personnel comme de véritables biens immatériels valorisables et valorisés au même titre qu'un droit intellectuel : « *Data is the new oil* »¹.

Cette doctrine précise que :

*"Undoubtedly, this information is an intangible asset having economic value whose creation requires economic investments. Thus, it may be the subject matter of (intellectual) property rights (IPRs)"*².

3.

Il convient de rappeler que les données à caractère personnel peuvent déjà constituer des droits intellectuels. C'est notamment le cas lorsque ces données s'inscrivent dans le cadre du secret d'affaires d'une entreprise ou encore dans une base de données.

En effet, une liste de clients ou de contacts (identités, adresses, coordonnées,...) peut inclure des informations commerciales confidentielles couvertes par le concept de « secret d'affaires » au sens de l'article L.17/1 du Code de droit économique, qui transpose la Directive (EU) 2016/943 sur la protection des secrets d'affaires et dont le premier considérant énonce que « *Ces savoir-faire et ces informations commerciales de valeur, qui ne sont pas divulgués et que l'on entend garder confidentiels, sont appelés «secrets d'affaires»* ».

Ainsi, les données personnelles pourraient donc bénéficier du régime légal applicable aux secrets d'affaires.

4.

Ces données peuvent également être couvertes par le droit « *sui generis* » qui protège le contenu des bases de données, c'est-à-dire l'ensemble des données qu'elle contient. Ce droit *sui generis* est consacré par le titre 7 du livre XI du Code de droit économique³.

Celui qui aura réalisé un investissement important dans la constitution d'une base de données bénéficiera du droit d'interdire l'extraction et/ou la réutilisation de la totalité ou d'une partie, qualitativement ou quantitativement substantielle, du contenu de cette base de données en application de l'article XI.307 du Code de droit économique.

5.

Il est toutefois constaté que les protections légales précitées procurent davantage une protection aux détenteurs des données à caractère personnel qu'à leur véritable titulaire. Or, le RGPD énonce en son septième considérant : « *Les personnes physiques devraient avoir le contrôle des données à caractère personnel les concernant* ».

¹ F. Banterle, The Interface between Data Protection and IP law: The Case of Trade Secrets and Database Sui Generis Right in Marketing Operations, and the Ownership of Raw Data in Big Data Analysis (December 2, 2016). Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law Towards a Holistic Approach?, Bakhoun, M., Conde Gallego, B., Mackenrodt, M.-O., Surblytė-Namavičienė, G. (Eds.), 2016 . Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3276710>

² *Idem*, p.3

³ Les articles XI.305 et suivants du Code de droit économique.

Un tel libellé peut être interprété comme une volonté de restituer au particulier, outre la maîtrise physique et opérationnelle de ses données, le contrôle financier de celles-ci.

En effet, étant de véritables biens économiques, les données personnelles peuvent être l'objet d'une monétisation et d'une commercialisation. Jusqu'à présent, seuls certains responsables de traitement importants, tels que Facebook et Google, tirent profit de la collecte et de la revente de données à caractère personnel.

Ces géants de l'économie numérique captent une quantité extraordinaire d'informations, les classent, les analysent et les mettent à la disposition d'autres acteurs privés (notamment dans le secteur de la publicité), moyennant des rémunérations significatives.

Pourtant, le titulaire réel de ces données n'en percevra pas le moindre centime ...

Il est donc préconisé par de nombreux auteurs que les données personnelles se voient reconnaître le statut de droit intellectuel⁴.

Ce changement de statut est perçu comme le moyen le plus efficace pour conférer au titulaire des données personnelles le contrôle de leur utilisation, ainsi que de leur exploitation commerciale et financière :

*"What an IP right therefore accords the data subject is control over that data, for the purpose of retaining, using or selling it to data users with whom that subject does not have a direct contractual relationships"*⁵.

6.

Toutefois, l'assimilation des données personnelles à un droit intellectuel présente certaines difficultés.

En effet, il est improbable d'imaginer la cession, par un individu, de ses données personnelles. Celles-ci semblent en effet inaliénables, au même titre que le droit moral de l'auteur d'une création originale.

En réalité, seul un droit d'usage pourrait être concédé à titre exclusif (ou non-exclusif) par le titulaire des données avec, ou non, un droit de sous-licence.

Cette concession peut être à titre gratuit ou moyennant une contrepartie (financière ou matérielle).

Comme l'exige le RGPD, un tel droit intellectuel mettrait le consentement de la personne concernée au cœur de la gestion opérationnelle de ses données.

⁴ L. TRAKMAN, R.WALTERS AND B. ZELLER, Is Privacy and Personal Data Set To Become The New Intellectual Property?, International Review of Intellectual Property and Competition Law, 2019, UNSWLRS, 70.

⁵ *Idem*, p.3.

L'adoption d'un RGPD *bis* serait probablement nécessaire afin de conférer aux personnes concernées un pouvoir de négociation sur l'exploitation de leurs données, alors que, pour l'instant, elles disposent simplement du droit d'être informées du traitement effectué sur celles-ci et d'y consentir le cas échéant.

Eu égard à l'enjeu économique que présente le traitement de données pour les grandes entreprises du numérique, il est peu probable que celles-ci admettent un tel pouvoir dans le chef du particulier.

* * *

**Thameur ELLOUZE – Avocat au Barreau de Liège
actéo Cabinet d'avocats**

