

## La transversalité du droit du numérique

Bertrand WARUSFEL

Professeur à l'Université Paris VIII

Avocat au barreau de Paris

En 1982, Jérôme Huet, jeune agrégé de droit privé, présente avec le professeur Herbert Maisl, professeur de droit public à l'Université de Nanterre, un double rapport au 11<sup>e</sup> congrès international de droit comparé de Caracas. Il est consacré à la « modification du droit sous l'influence de l'informatique »<sup>1</sup>.

Avec ce texte souvent cité, commence un compagnonnage intellectuel de long terme entre l'un des pères fondateurs de la loi Informatique et libertés et le jeune civiliste féru de droit des obligations. Ils vont animer ensemble pendant plusieurs années les entretiens de Nanterre ainsi que la *Revue de droit de l'informatique et des télécoms*. Mais c'est la publication de leur ouvrage commun éponyme en 1989 qui consacra leur partenariat<sup>2</sup>.

Cette rencontre entre deux juristes aussi complémentaires que différents n'a pas été seulement une affaire d'hommes. Elle a illustré dès les débuts de ce qui n'était encore que le droit de l'informatique son caractère éminemment transversal. Une transversalité qui n'a cessé de s'élargir et qui devrait marquer profondément le nouveau droit du numérique qu'il nous appartient désormais de construire.

### I – L'ÉMERGENCE AU CROISEMENT DU DROIT PRIVÉ ET DU DROIT PUBLIC

Dans cette première partie des années quatre-vingt, c'est en effet entre le droit privé et le droit public que s'exprime une première transversalité du droit de l'informatique. Outre Jérôme Huet et Herbert Maisl, les montpelliérains Michel Vivant et Christian Le Stanc vont s'associer dès 1985 aux publicistes Michel Guibal et Lucien Rapp pour construire leur *Lamy droit de l'informatique*.

Plusieurs éléments poussaient sans doute alors en faveur d'une complémentarité des approches juridiques civiles et administratives face à l'irruption des technologies de l'information. Tout d'abord, à l'époque, les administrations sont encore parmi les plus importants utilisateurs des systèmes informatiques. C'est en effet avec le développement de la micro-informatique (qui va s'effectuer tout au

1. HUET J., « La modification du droit sous l'influence de l'informatique, aspects de droit privé », JCP 1983, I, 3095 ; MAISL H., « La modification du droit sous l'influence de l'informatique, aspects de droit public », JCP, 1983, I, 3101.

2. HUET J. et MAISL H., *Droit de l'informatique et des télécommunications*, 1989, Litec.

long de la décennie 80) que se produira progressivement un basculement, le secteur privé prenant définitivement l'avantage en termes d'équipement, notamment au travers de l'informatisation des petites et moyennes entreprises.

C'est dire si c'est souvent par les questions de marchés publics que l'informatique a pénétré dans le droit public, tout comme c'est le droit des contrats privés qui, parmi les premiers, a su s'adapter aux particularités de la commercialisation et de la mise en œuvre des systèmes d'information. Et tandis que les spécialistes des contrats administratifs et de la commande publique travailleront notamment à la rédaction d'un chapitre spécifique destiné à l'informatique dans le cahier des clauses administratives générales FCS (CCAG-FCS), Jérôme Huet deviendra, pour sa part, conseiller juridique pour le droit privé de France Telecom, alors établissement public industriel et commercial confronté depuis la réforme de 1986 aux relations contractuelles privées avec ses usagers.

C'est qu'en effet la convergence progressivement établie entre informatique et réseaux allait enclencher, à partir de 1986, le mouvement de libéralisation du secteur des télécommunications. Pour accompagner cette réécriture du Code des PTT sous la double pression du développement des services télématiques (qui allaient ensuite se fondre dans le nouvel « internet ») et du droit communautaire, il fallut là aussi croiser les compétences des spécialistes de droit administratif et des commercialistes, afin d'inventer un nouveau droit mixte de la régulation en la matière<sup>3</sup>.

Mais c'est certainement la nouvelle loi Informatique, fichiers et libertés de 1978 qui, la première, a fait du « droit de l'informatique » un domaine juridique qui allait au-delà du simple encadrement des pratiques du secteur pour produire une norme spéciale nouvelle visant au respect d'un objectif d'intérêt général touchant les libertés publiques.

Comme le rappelle fort justement Anne Debet, « la protection des données à caractère personnel était, dans les premiers temps, une matière très fortement liée au secteur public, aux libertés publiques et dont les spécialistes étaient surtout des publicistes »<sup>4</sup>. On compte en effet de nombreux praticiens du droit administratif parmi les initiateurs ou les premiers commentateurs de la loi du 6 janvier 1978, qu'il s'agisse du conseiller d'État Bernard Chenot (qui présidait la commission de travail à l'origine du texte), d'Herbert Maisl déjà cité (qui fut le premier conseiller juridique de la CNIL entre 1979 et 1988) ou ensuite de Jean Frayssinet.

Commentant cette loi immédiatement après son adoption, Herbert Maisl évoquait déjà « un droit informatique qui n'est qu'un droit carrefour (...) Sont en cause plusieurs chapitres du droit public et du droit privé ; certaines spécificités de

3. Au sens notamment où Marie-Anne Frison-Roche l'a décrit comme un droit qui s'est mis en place « en grande partie sur les cendres de l'organisation économique construite autour de monopoles d'État en charge des services publics et dans la perspective de la mondialisation » (FRISON-ROCHE M.-A., « Définition du droit de la régulation économique », in *Droit et économie de la régulation*, 2004, Presses de Sciences Po, p. 7).

4. DEBET A., « La protection des données personnelles, point de vue du droit privé », RDP, janv. 2016, n° 1, p. 17.

l'informatique exigeant parfois des règles propres »<sup>5</sup>. Quelques années plus tard, il s'attarda à nouveau sur « les aspects de droit public de la protection des données personnelles », considérant notamment que « le droit public a été utilisé pour aménager un régime original de libertés publiques comme parade aux menaces que l'informatique pourrait faire peser sur la vie privée, tant dans le secteur privé que dans le secteur public », mais aussi qu'un « droit public spécifique de la protection des données administratives aboutit peu à peu à un contrôle étendu de l'administration »<sup>6</sup>.

Il est vrai que dans les décennies qui ont suivi, la cible prioritaire de la protection des données personnelles s'est déplacée des institutions publiques vers les opérateurs économiques, et tout particulièrement les nouveaux acteurs de l'économie numérique<sup>7</sup>. Pour autant, la doctrine publiciste ne s'est jamais désintéressée du domaine, au point qu'une thèse récente n'a pas hésité à réinterpréter le droit des données personnelles et à le qualifier de « police administrative spéciale » qui aurait pour but de consacrer et d'aménager une liberté publique à ce jour innommée : la liberté de traitement des données personnelles. Elle a pour effet et non pour objet de protéger la personne fichée, non pas seulement parce que cette dernière serait titulaire d'un droit fondamental mais aussi et surtout au titre de la protection d'un ordre public spécial »<sup>8</sup>.

## II UNE TRANSVERSALITÉ ÉLARGIE SOUS INFLUENCE EUROPÉENNE

Si donc le droit de l'informatique est né (au moins en France) dans un colloque privilégié entre les techniques de droit public (police administrative, marché public, autorité administrative indépendante...) et des notions relevant essentiellement du droit privé (protection de la vie privée, contrat, propriété intellectuelle), c'est certainement son accaparement progressif par le droit communautaire qui en a élargi le périmètre et déplacé le centre.

La décennie quatre-vingt dix a été particulièrement remarquable de ce point de vue avec de très nombreux textes, le plus souvent communautaires. C'est donc à juste titre que Jérôme Huet a parlé d'une « telle abondance de textes »<sup>9</sup>.

5. 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.

6. MAISL H., « État de la législation française et tendances de la jurisprudence relatives à la protection des données personnelles », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 39, n° 3, juill.-sept. 1987, p. 560.

7. « Autant dire que l'entreprise, en tant qu'acteur économique et que personne morale de droit privé à but lucratif n'a pas été au cœur des préoccupations du législateur de 1978. Pourtant, (...) force est de constater que ce sont aujourd'hui ces mêmes entreprises qui sont les principaux "maîtres de fichiers" et donc les premières concernées par l'application de cette loi (WARUSFEL B., « Les entreprises face à la protection des données personnelles : contraintes subies et responsabilités croissantes », RFDA, janv.-mars 1999, n° 89, p. 105).

8. OCHOA N., *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, déc. 2014.

9. HUET J., « Droit de l'informatique et du multimédia », in *Dictionnaire de la culture juridique*, 2001, PUF.

Si l'on pouvait déjà relever en droit national la loi de janvier 1985 (consacrant la protection du logiciel par le droit d'auteur) et celle plus innovante de janvier 1988 créant l'embryon d'un droit pénal de l'informatique, ce furent ensuite plusieurs importantes directives communautaires qui vont marquer durablement, et jusqu'à aujourd'hui, le domaine : les deux directives de 1990 ouvrant à la concurrence le secteur des télécommunications, celles de 1991 sur la protection juridique du logiciel et de 1995 sur les données personnelles, celle de 1996 sur la protection juridique des bases de données, ou encore celle de 1999 sur le cadre juridique des signatures électroniques et – enfin – les directives de 2000 relatives au commerce électronique et du 22 mai 2001 sur l'adaptation du droit d'auteur dans une société de l'information.

En première analyse, ces différentes législations communes pouvaient sembler purement sectorielles. Mais la lecture de leurs considérants introductifs montre bien qu'elles convergeaient toutes vers un même but : celui d'une future « société de l'information » à construire sur le continent européen. À son propos, Jérôme Huet est peut-être un peu sévère lorsqu'il estime que cette expression peu claire en elle-même mais mise à la mode par les autorités communautaires (...) vise vaguement l'étape nouvelle que connaîtrait l'aventure humaine depuis que la communication électronique permet un accès plus ou moins illimité à des informations se trouvant n'importe où dans le monde »<sup>10</sup>. Mais l'idée de fond est bien là : préparer par un effort multisectoriel d'harmonisation de nos droits nationaux le développement d'une société et d'une économie largement utilisatrices des technologies de l'information et dont la principale source de valeur serait la production de connaissance, le transfert et le traitement d'informations.

Pour parvenir à cet objectif, de nombreuses branches du droit ont été indistinctement sollicitées. D'un côté, furent revisités des domaines classiques qu'il fallait adapter et élargir aux nouvelles réalités technologiques – ce fut en particulier le cas de la propriété intellectuelle (tant pour protéger les créations informatiques que pour encadrer la circulation numérique des contenus en ligne) ou celui du droit probatoire civil dans lequel fut introduit le principe de l'équivalence entre l'écrit papier et électronique ainsi qu'entre les deux types de signature manuscrite et électronique. Mais ce fut, plus encore, la création *ex nihilo* de plusieurs dispositifs juridiques nouveaux, qu'il s'agisse du droit des données personnelles (certes, largement repris de l'exemple français et de la convention du Conseil de l'Europe de 1981 sur le sujet), de la protection *sui generis* des bases de données (introduit par la directive du 11 mars 1996) ou encore du tout nouveau droit du commerce électronique qu'instaura la directive du 8 juin 2000 précitée.

Cette diversité dans la production du droit européen des technologies de l'information s'est imposée d'autant plus naturellement que le droit communautaire ne connaît pas, en tant que tel, la distinction entre le droit public et privé<sup>11</sup>. Dès

10. *Idem*.

11. Voir notamment BERGÉ J.-S., « La *summa divisio* droit privé-droit public et le droit de l'Union européenne : une question pour qui ? une question pour quoi ? », in BONNET B. et DEUMIER P. (dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?*, Dalloz, nov. 2010, p. 45-56.

lors, les réformes induites par le droit de l'Union en matière numérique ont indifféremment déployé leurs effets dans les différentes catégories du droit français. L'un des meilleurs exemples en a été la manière dont notre droit français a transposé les dispositions européennes en matière de signature électronique. Sur la base de la directive du 13 décembre 1999, la loi du 13 mars 2000 a uniquement modifié les dispositions du Code civil relatives à la preuve littérale et à la signature, y introduisant la notion de signature électronique. Mais cette transposition de la directive n'a eu d'effet juridique ni en procédure pénale ni en droit public (et notamment pas s'agissant des actes administratifs et des échanges avec les usagers). En ce qui concerne la procédure pénale, c'est finalement le décret du 18 juin 2010<sup>12</sup> qui a permis l'usage au pénal de la signature électronique et qui a eu l'intelligence de renvoyer aux dispositions du Code civil et à leur texte d'application, ce qui assurait une certaine cohésion entre les deux branches du droit privé (bien que cette cohérence ne soit pas complète, puisque le Code de procédure pénale a reconnu en parallèle la soit-disante « signature numérique », qui n'est que le scan de la signature manuscrite<sup>13</sup>).

Mais la réception de la signature électronique en droit public fut plus complexe. Il fallu qu'une ordonnance du 8 décembre 2005 concernant les relations entre les administrations et les administrés comporte un article 8 qui disposait que « les actes des autorités administratives peuvent faire l'objet d'une signature électronique. Celle-ci n'est valablement apposée que par l'usage d'un procédé, conforme aux règles du référentiel général de sécurité mentionné au I de l'article 9, qui permette l'identification du signataire, garantisse le lien de la signature avec l'acte auquel elle s'attache et assure l'intégrité de cet acte ». Bien que l'on puisse aisément reconnaître dans cette rédaction la volontaire proximité avec les termes de la directive de 1999 et les nouvelles dispositions civiles, il n'en demeurait pas moins que la signature électronique utilisée par les personnes publiques n'était encore qu'une proche « cousine » de la signature électronique reconnue par le Code civil.

Cette fausse (et imparfaite) symétrie ne résista finalement pas à l'adoption du règlement eIDAS du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique. Ce nouveau texte ne limite plus ses effets à l'usage privé des signatures et des services de confiance. Bien au contraire, une partie importante de ses dispositions concerne l'identification numérique des usagers pour accéder aux services en ligne des organismes publics (art. 6) et ce règlement prévoit spécifiquement à son article 27 la possibilité d'usage de la signature électronique dans les services publics. Là où la logique libérale qui dominait en 1999 avait seulement cherché à créer un marché des services de signature en dehors de tout lien avec la puissance publique<sup>14</sup>, le règlement de 2014 impose une approche réellement transversale où les services numériques servent aussi bien à sécuriser les relations privées que celles entre les usagers et les

12. Décret n° 2010-671 du 18 juin 2010 relatif à la signature électronique et numérique en matière pénale et modifiant certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale, JORF du 20 juin 2010, p. 11183.

13. Voir l'article R. 249-11 du CPP, créé par le décret du 18 juin 2010 précité.

14. Même si l'article 3.7 de la directive du 13 décembre 1999 envisageait la possibilité d'un usage de la signature électronique « dans le secteur public », sans plus de précision.

personnes publiques, tandis que chaque autorité nationale de sécurité de l'information est érigée désormais en instance de contrôle des services de confiance.

À un moindre niveau, on avait pu voir à l'œuvre cet enjambement de nos catégories juridiques internes lorsqu'il a fallu transposer en France, par la loi sur la confiance dans l'économie numérique (LCEN), les fameux articles 14 et 15 de la directive Commerce électronique limitant la responsabilité des hébergeurs. C'est alors le Conseil constitutionnel qui avait imposé une différenciation des conditions à remplir pour que le prestataire soit exonéré de sa responsabilité civile<sup>15</sup> ou de sa responsabilité pénale<sup>16</sup>. Là où la directive ne prévoyait qu'une seule disposition, cela s'est traduit dans notre système juridique par deux régimes légèrement différents.

À l'inverse, et peut-être du fait des origines publicistes du droit des données personnelles, ni les différentes directives adoptées depuis 1995 ni le nouveau règlement général sur la protection des données de 2016 n'ont éprouvé la nécessité d'envisager la conclusion des contrats portant sur la fourniture ou l'échange de données personnelles. Or, la pratique – qui comme la nature, a horreur du vide – a depuis longtemps inventé des contrats de « cession de fichiers ou de licence de données » par lesquels s'effectuent des transactions portant sur des données personnelles protégées et sans que la loi ne précise comment et jusqu'où un détenteur de données collectées peut en contractualiser la diffusion et l'exploitation. Entre la réglementation publique et la pratique privée, un écart ne s'est jamais refermé sur ce sujet, à tel point qu'il a fallu que la Cour de cassation vienne par son arrêt du 25 juin 2013 créer une sanction civile nouvelle du non-respect de l'obligation de déclaration à la CNIL d'un traitement de données, en disant pour droit que toute transaction contractuelle portant sur un fichier non déclaré est entachée de nullité<sup>17</sup>.

Intervenant en 1992 à l'Institut F. Bull, Jérôme Huet notait justement que l'informatique « suscite des difficultés juridiques, et cela d'autant plus qu'elle s'immisce dans la plupart des activités » mais aussi qu'elle engendre « des phénomènes qui se situent, pour le juriste, à mi-chemin des catégories existantes »<sup>18</sup>. C'est bien cela que l'on vient de voir à travers ces quelques exemples – une production foisonnante et diversifiée de normes appréhendant l'un ou l'autre aspect de l'usage des technologies de l'information, mais sans chercher réellement à en assurer une articulation cohérente. Dès lors, André Lucas pouvait écrire que, même si l'informatique soulève des problèmes spécifiques, « il va de soi que le droit de l'informatique ne constitue pas une branche du droit avec ses sources, ses catégories ou ses modes de raisonnement »<sup>19</sup>.

15. Article 6.1 de la loi sur la confiance dans l'économie numérique n° 2004-575 du 21 juin 2004.

16. Article 6.2 de la loi sur la confiance dans l'économie numérique n° 2004-575 du 21 juin 2004.

17. Cass. com., 25 juin 2013, n° 12-17037.

18. HUET J., « Droit, informatique et rationalité », in *Droit et informatique : l'hermine et la puce*, 1992, Masson, p. 82.

19. LUCAS A., *Droit de l'informatique*, 1987, PUF, p. 18. On retrouve cette même appréciation dans sa réédition augmentée : LUCAS A., DEVÈZE J. et FRAYSSINET J., *Droit de l'informatique et de l'internet*, 2001, PUF, Thémis, p. XVI.

Mais ce qui restait largement vrai du droit de l'informatique et des technologies de l'information jusqu'à ces récentes années ne le sera sans doute plus s'agissant du droit du numérique qui commence à se construire sous nos yeux.

### III UNE TRANSVERSALITÉ À INSCRIRE AU CŒUR DU NOUVEAU DROIT DU NUMÉRIQUE

En droit plus encore que dans d'autres sciences sociales, le choix des mots est porteur de sens. On peut donc considérer que le remplacement, opéré ces dernières années, des anciennes formulations du « droit de l'informatique » ou des technologies de l'information par celle plus sobre de « droit du numérique », est significatif d'une réelle évolution.

Il est vrai que cette montée en puissance de l'adjectif « numérique » n'est pas neutre. Elle est d'ailleurs critiquée par certains qui y ont vu un « concept invasif », un passage de l'adjectif au substantif qui illustrerait « la prédilection du Français, et conséquemment du français, pour le concept (le substantif) au détriment du procédé (l'adjectif) – pour la théorie plutôt que la pratique »<sup>20</sup>. D'une manière générale, ce qui peut dérouter certains observateurs – souvent venus du monde des mathématiques ou des sciences de l'ingénieur – c'est le fait que l'on passe d'une focalisation sur la technologie informatique (et donc sur le moyen employé) à une étude de ses effets : on ne s'intéresse plus beaucoup à ce qu'est l'informatique ni à comment elle fonctionne, mais à ce qu'elle fait, à ce qu'elle produit dans la société et au profit de ses utilisateurs.

Ce changement d'optique est cohérent avec le développement très poussé des interfaces utilisateurs qui nous servent à interagir avec nos outils de travail pour tirer profit de ces instruments numériques, nous nous contentons d'échanger avec nos écrans (par le doigt ou la parole, et bientôt par la vue) sans avoir la possibilité de suivre ce qui se passe réellement dans le fonctionnement électronique et logiciel de la machine. Dès lors selon une évolution parallèle, le droit du numérique n'est plus le droit des moyens de traitement de l'information mais devient bien celui de la numérisation de presque toutes nos activités humaines.

Ce pivotement qui est déjà largement en train de se réaliser dans nos pratiques, mais dont nous avons encore du mal à bien percevoir toutes les conséquences, devrait établir définitivement la transversalité au cœur de ce nouveau droit de la société numérisée.

Il s'agit en effet de passer d'une situation où les technologies de l'information et de la communication étaient considérées comme un domaine spécifique d'activité (et constituait donc un champ qui cohabitait verticalement avec d'autres champs techniques, économiques ou sociaux) à un nouvel état où l'usage et les effets de ces technologies se retrouvent dans tous les champs d'activités, ce qui donne au « numérique » (entendu non plus comme un ensemble de moyens techniques, mais comme le résultat d'un processus) une dimension horizontale structurante tant sur le plan social qu'économique, et donc également juridique.

20. MOATTI A., « Le numérique, adjectif substantivé », *Le Débat*, mai-août 2012, n° 170.

Ce qui devient ainsi le dénominateur commun de la mutation numérique, c'est l'extension très large du champ de la calculabilité (avec tout ce que cela implique en termes d'acquisition de la connaissance, de prévisibilité, de supervision, de pilotage) et de l'automatisation (ce qui démultiplie la puissance de traitement et d'action de l'homme sur la réalité qui l'entoure, mais aussi les risques d'abus ou d'accident systémique)<sup>21</sup>.

Cette transformation numérique, qui peut être souvent « disruptive » (pour emprunter une dénomination contemporaine) repose sur une logique de convergence technique : presque tout ce qui était jusqu'alors hétérogène (et donc insusceptible d'être traité automatiquement et de manière intégrée) peut se traduire en nombres, lesquels sont ensuite fusionnés et stockés dans de grandes bases de données que les logiciels et les algorithmes vont pouvoir exploiter.

Dès lors, nos anciennes approches qui isolaient les objets techniques et juridiques les uns des autres pour leur appliquer des traitements et des statuts distincts deviennent largement obsolètes.

D'une certaine manière, que l'on parle des plates-formes, des algorithmes, des « big data », des objets connectés, de la cybersécurité ou encore de l'intelligence artificielle et de la robotique, on n'évoque que différentes facettes d'un même système technique dont la capacité de convergence interne est extrêmement forte (certainement beaucoup plus que celle des précédentes révolutions industrielles) et que les principaux acteurs technologiques et économiques (et en premier lieu, les GAFAs) cherchent à maîtriser et à intégrer transversalement.

Face à une telle « transition fulgurante »<sup>22</sup>, il nous faut repenser fondamentalement la manière dont le droit va pouvoir continuer à appréhender les usages des technologies numériques et ce qu'ils vont modifier dans nos manières de vivre, communiquer et produire.

Ce droit ne devra plus être sectoriel et dispersé, mais transversal et intégré. Il devra reposer sur l'identification et la « juridicisation » de quelques objets numériques essentiels auxquels on donnera un statut et des attributs susceptibles d'être invoqués et de produire leurs effets de manière cohérente dans tous les champs du droit (civil, pénal, commercial, administratif, social). Il devra aussi s'organiser autour de quelques valeurs essentielles qui gouverneront la politique juridique du numérique.

S'agissant tout d'abord des objets transversaux à définir juridiquement, et pour rester dans les limites du format de la présente contribution, je n'évoquerai très rapidement que la nécessité de réfléchir à un statut unique de la « donnée »<sup>23</sup>.

21. Voir notamment, SADIN E., *La vie algorithmique – Critique de la raison numérique*, 2015, L'échappée ; également, CARDON D., *À quoi rêvent les algorithmes – Nos vies à l'heure des big data*, 2015, Le Seuil.

22. Pour reprendre l'expression de P. Giardini, qui en fait une description assez positive mais qui illustre bien le lien entre les mutations technologiques et leurs impacts transversaux sur la manière de vivre et d'agir en société (GIARDINI P., *La transition fulgurante – Vers un bouleversement systémique du monde ?*, 2014, Bayard).

23. Je reprends ici quelques éléments évoqués lors de mon intervention à la journée d'études « Vers un droit global du numérique ? » : WARUSFEL B., « Concevoir et négocier un droit transversal des données », Conventions/Ministère des Affaires étrangères, 29 janv. 2016.



La donnée est l'unité atomique de la technologie numérique. Dans un système de traitement de l'information, tout est donnée : 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... Dès lors, on la trouve partout dans nos textes et nos jurisprudences : données personnelles, bases de données, données publiques, système de traitement automatisé de données...

Mais nulle part nous ne trouvons une définition unique de ce qu'est une donnée. Bien au contraire, nous sommes dans la même situation que Jérôme Huet critiquait déjà il y a près de vingt-cinq ans, lorsqu'il proposait d'améliorer la rationalité par une « standardisation de la terminologie, de telle sorte que, dans une même matière et pour une même chose, chacun emploie le même mot : chacun, c'est-à-dire le législateur, le juge, l'administration, les particuliers... C'est loin d'être le cas aujourd'hui »<sup>24</sup>. On ne saurait mieux dire.

En l'espèce, l'enjeu n'est pas seulement de nature terminologique, il touche au fond du droit. Si l'on n'a pas de définition unifiée de la donnée, c'est bien parce que l'on avait volontairement choisi d'appliquer à différentes catégories de données des statuts juridiques très différents. Ou mieux, d'en donner à certaines et pas aux autres. Que l'on pense en particulier aux données personnelles (encadrées en raison de leur contenu) par différence avec les créations numériques protégées par la propriété intellectuelle (et dont la protection rejaillit pourtant sur la structuration des données dont elles sont composées). Si l'on y ajoute les métadonnées de connexion (qui sont appréhendées par le droit administratif<sup>25</sup> et le droit pénal), l'éventuelle protection *sui generis* de la base de données (indépendamment du contenu des données qui y sont contenues ou de l'originalité de leur organisation) ou encore de nouvelles catégories que l'on ne cesse d'inventer, comme avec la loi Lemaire d'octobre 2016 créant deux nouvelles catégories de données (les données de référence et les données d'intérêt général<sup>26</sup>), chacun comprend la complexité redoutable qui en résulte.

Car d'un point de vue technique, toutes ces données sont de même nature. Elles peuvent se trouver contenues et traitées au sein des mêmes systèmes d'information et par les mêmes logiciels. Mieux, il est fréquent qu'une donnée puisse recevoir plusieurs statuts convergents ou contradictoires. L'un des exemples emblématiques de ces conflits entre droits divergents a été la confrontation entre le droit *sui generis* du producteur de base de données et l'ouverture des données publiques, qui avait amené la juridiction administrative à faire primer les droits du producteur sur celle de l'*open data*<sup>27</sup>. Pour résoudre

24. HUET J., « Droit, informatique et rationalité », *op. cit.*, p. 85.

25. Voir notamment leur définition par l'article L. 851-1 du Code de la sécurité intérieure, créé par la loi relative au renseignement du 24 juillet 2015.

26. Définies et encadrées respectivement par le nouvel article L. 321-4 du Code des relations du public avec l'administration (données de référence) et par le nouvel article 53-1 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession (données d'intérêt général), tous deux créés par la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016.

27. CAA Bordeaux, 26 févr. 2015, *Notrefamille.com c./ Département de la Vienne* (finalement cassé par le Conseil d'État : CE, 8 févr. 2017, n° 389806). Voir aussi : BERNAULT C., « Le droit *sui generis* plus fort que le droit de réutilisation des informations publiques », *L'Essentiel Droit de la propriété intellectuelle*, mai 2015, n° 5, p. 3.

définitivement cette contradiction, il a fallu que la même loi Lemaire crée un nouvel article L. 321-3 du Code des relations du public avec l'administration qui, sauf dans le cas d'une activité concurrentielle de service public industriel et commercial, interdit de s'opposer à la réutilisation des données publiques sur la seule base des droits de producteur d'une base de données<sup>28</sup>.

À vrai dire, il y a déjà dans notre droit un instrument qui, par nécessité, appréhende la donnée sans aucunement distinguer en fonction de son contenu, de son origine ou du but en vue duquel elle est traitée, c'est le droit pénal. Depuis la loi Godfrain de 1988, les articles 323-1 à 323-4 du Code pénal incriminent l'atteinte à un système d'information et notamment aux « données qu'il contient », sans autre précision ni définition. Mais cette reconnaissance pénale demeure sectorielle et n'est pas sans induire elle aussi un certain frottement avec d'autres approches juridiques de la notion de donnée. C'est ainsi qu'en incriminant dans l'article 323-3 du Code pénal le fait « d'extraire, de détenir, de reproduire, de transmettre » en sus de celui de modifier ou supprimer les données, la loi du 13 novembre 2014 relative à la lutte contre le terrorisme a paru consacrer indirectement la sanction du « vol de données », notion qui est par ailleurs controversée et qui renvoie, dans le champ voisin du droit civil, à l'ancienne querelle sur une possible propriété de l'information<sup>29</sup>. On voit bien là combien tous les domaines du droit sont interconnectés et comment une évolution d'un côté est susceptible d'avoir des effets de l'autre, créant un besoin permanent de cohérence conceptuelle pour satisfaire l'objectif de rationalité du droit auquel Jérôme Huet espérait déjà, il y a plus de vingt ans, que les technologies informatiques puissent contribuer.

Mais il ne suffira pas que ce nouveau droit du numérique soit plus cohérent, il conviendra aussi qu'il soit suffisamment efficace pour imposer les régulations indispensables face à la puissance sans cesse accrue du pouvoir technologique. On peut craindre en effet avec Bernard Stiegler que la révolution technologique contemporaine « donne lieu à des états de fait sans que s'élabore un véritable état de droit »<sup>30</sup>. Face à l'innovation permanente que la révolution techno-scientifique produit et au pouvoir économique et social qu'elle donne à ses acteurs, un droit émietté et insuffisamment cohérent (y compris au niveau international) est éminemment contournable, à tel point que l'on peut se retrouver face à une véritable inversion des valeurs. Là encore, un exemple peut être trouvé dans la façon, globalement peu cohérente, avec laquelle la Cour de justice de l'Union européenne a, dans deux arrêts célèbres, tenté d'imposer le respect du droit européen à Google. D'un côté, dans son arrêt du 23 mars 2010, elle a considéré que le statut privilégié d'hébergeur reconnu par la directive Commerce électronique pouvait s'appliquer au service de liens commerciaux Google Adwords, et donc

28. Voir notamment, WARUSFEL B., « Loi Lemaire : les collectivités territoriales dans la République numérique », *Bulletin juridique des collectivités locales*, mars 2017, n° 12, p. 819.

29. Voir notamment BERLIOZ P., « Consécration du vol de données informatiques. Peut-on encore douter de la propriété de l'information ? », note sous Cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81336, RDC, déc. 2015. Et sur les débats plus anciens, il faut bien évidemment relire Pierre Catala, *Le droit à l'épreuve du numérique : jus ex machina*, 1998, PUF.

30. STIEGLER B., « Critique de la raison impure », *Esprit*, mars-avril 2017, p. 118.

faire échec à sa mise en cause dans les actes de contrefaçon de marques que ce service permettait pourtant de favoriser techniquement à grande échelle<sup>31</sup>. Mais d'un autre côté, dans son tout aussi célèbre arrêt *Google Spain* de 2014, elle a imposé à cette même entreprise d'intervenir à la demande d'un tiers pour faire respecter son « droit à l'oubli numérique » en supprimant certains liens résultant de la mise en œuvre automatique de son moteur de recherches<sup>32</sup>. Or, quand on compare ces deux décisions rendues vis-à-vis de la même entreprise emblématique et à quelques années de distance, on peut être choqué par la contradiction théorique qu'elles expriment implicitement.

En effet, une logique de politique juridique aurait dû conduire les juges de Luxembourg à être d'autant plus sévères dans leur exercice de balance d'intérêts que l'activité critiquée s'éloigne de la simple fourniture d'un service neutre de mise à disposition du public (laquelle apporte une forte contribution à l'intérêt collectif) pour devenir un service qui retraite et valorise le contenu des tiers afin de générer des revenus pour la plate-forme. Dans cette optique, il aurait été plus légitime que la Cour sanctionne la contribution réelle que Google Adwords apporte à des pratiques préjudiciables de détournement de clientèle plutôt que d'imposer à Google de filtrer – au nom d'un droit à l'oubli dont les contours seront difficiles à cerner – l'accès des internautes à la réalité des contenus du web. Entre les arrêts *Vuitton* de 2010 et *Google Spain* de mai 2014, on a au contraire l'impression que la CJUE a apprécié à l'envers la neutralité des pratiques de Google : là où la firme continue de fournir aux internautes une image un tant soit peu objective et peu retraitée du web, elle lui impose de venir effectuer un tri (au risque d'apporter une limitation préjudiciable au droit à l'information du public, et de donner à une plate-forme privée un rôle de quasi-juge du droit à l'oubli) alors qu'elle a feint de considérer que, bien qu'offrant sans contrôle un service commercial qui pouvait porter atteinte aux titulaires de marques, Google devait être considéré comme un simple hébergeur passif.

Un tel renversement de perspective illustre, d'une part, l'état d'un droit des technologies de l'information éclaté entre des textes et des logiques différentes (commerce électronique, propriété industrielle, protection des données) et qui, d'autre part, ne repose pas sur une hiérarchie claire de valeurs politiques et sociétales que le droit européen aurait vocation à faire respecter.

Il conviendra donc si l'on veut que le nouveau droit du numérique soit porteur de justice et d'une vision de société respectant l'état de droit et les libertés fondamentales que ce droit soit fondé et structuré par des valeurs qui seront, elles aussi, totalement transversales. Sur ce second terrain, on n'échappera donc sans doute pas à un redéploiement de celles qui sous-tendent actuellement ce droit émergent. Il me semble que l'on en peut identifier trois principales, qui doivent constituer la « *ratio legis* » de nos principaux textes en la matière : la protection de la vie privée, celle de la propriété intellectuelle et un objectif récurrent de lutte contre les différentes formes de cyberdélinquance.

31. CJUE, 23 mars 2010, aff. C-236/08 et C-238/08, *Google France c./ Louis Vuitton*.

32. CJUE, 13 mai 2014, aff. C-131/12, *Google Spain et Google*.

Certains pensent sans doute qu'il s'agit de concepts obsolètes relevant de logiques du monde pré-numérique, mais l'on peut au contraire imaginer qu'ils puissent être revus et élargis pour tenir compte de l'ampleur des enjeux que la numérisation généralisée induit. Sans aller jusque-là, l'étude du Conseil d'État sur le numérique et les droits fondamentaux s'est engagée quelque peu sur ce chemin que nous devons poursuivre<sup>33</sup>.

On pourrait passer ainsi du seul objectif de protection de la vie privée à une valeur plus large de préservation des droits de la personne dans l'univers numérique, incluant à la fois la protection des données personnelles au sens classique du terme mais aussi la régulation ce qu'Antoinette Rouvroy dénomme la « gouvernamentalité des algorithmes »<sup>34</sup> et plus largement toutes les exigences de traitement loyal et transparent des données recueillies à l'occasion des activités de communication numérique.

De même, la protection de la propriété intellectuelle n'épuise pas toute la problématique de la réservation et de l'exploitation de la valeur créée à l'occasion des communications numériques. On sait notamment que les technologies numériques ont la capacité de permettre la valorisation de l'accès (au sens de Jeremy Rifkin) tout autant que la rémunération d'une propriété. Rappelons-nous par exemple comment Jérôme Huet proposait dans une tribune libre une « autre solution » au dilemme du droit d'auteur confronté aux téléchargements massifs : un mécanisme qui aurait combiné une approche classique de diffusion ouverte de contenus permettant de bénéficier d'une compensation équitable face à la contrefaçon (comme prévu par la Convention de Berne) avec la possibilité alternative de protéger ses contenus par des moyens techniques et d'en interdire la copie privée sans pouvoir, dans ce cas, profiter d'aucun mécanisme de compensation financière<sup>35</sup>. De la même manière, une approche non dogmatique de la protection des droits intellectuels pourrait admettre qu'un principe de réservation de la valeur produite par le traitement numérique (dont la propriété intellectuelle ne constituerait qu'une des déclinaisons possibles dans les cas définis par la loi) puisse devenir l'un des principes directeurs du droit de la numérisation.

Enfin, il y aurait également un sens à ce que les impératifs de lutte contre la cyberdélinquance s'inscrivent dans la perspective plus large d'un droit à la sécurité numérique, laquelle couvrirait tout autant la dimension préventive que répressive et aurait donc à la fois des implications pénales, une dimension civile, mais aussi administrative (puisque la sécurité des systèmes et du cyberspace reste une compétence gouvernementale majeure).

Plus encore que pour redéfinir certains objets juridiques transversaux, le débat sur les valeurs à promouvoir pour organiser une régulation efficace et équitable de la société numérisée justifierait une étude prospective approfondie. J'ai voulu

33. Étude annuelle 2014 du Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, 2014, La Documentation française.

34. Voir notamment ROUVROY A. et BERNIS T., « Gouvernamentalité algorithmique et perspectives d'émancipation. Le disparate comme condition d'individuation par la relation ? », *Réseaux* 2013, vol. 177, n° 1, p. 163-196.

35. HUET J., « Droit d'auteur, l'autre solution », *Libération*, 22 févr. 2006.

m'en tenir ici à l'expression d'une conviction : nous devons sortir d'une vision du droit du numérique comme un simple archipel dispersé de normes juridiques autonomes et mal articulées, pour donner rapidement à notre société hypertechnologique un nouveau socle conceptuel et politico-juridique solide. On sera alors passé d'une transversalité partielle et qui était souvent accidentelle ou conflictuelle à une transversalité intrinsèque du droit de la numérisation des activités personnelles et sociales.

Ce cheminement de plus de trente ans a été soutenu par le travail doctrinal de quelques observateurs engagés, au premier rang desquels Jérôme Huet qui a ainsi mérité la gratitude de toute une génération de juristes qu'il a accompagnée des débuts du droit de l'informatique jusqu'aux profondeurs nouvelles du droit contemporain du numérique. Les nouvelles solutions que nous allons devoir inventer lui devront quelque chose.