



HAL
open science

Quelle place pour la propriété des données à caractère personnel ? Nouvelle tentative de réponse à une question épuisée.

Emmanuel Netter

► To cite this version:

Emmanuel Netter. Quelle place pour la propriété des données à caractère personnel ? Nouvelle tentative de réponse à une question épuisée.. Le renouvellement du droit civil sous l'influence du numérique, Lefebvre Dalloz, 2024, Thèmes et commentaires, 9782247208456. <hal-05300112>

HAL Id: hal-05300112

<https://hal.science/hal-05300112v1>

Submitted on 16 Mar 2026

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons CC BY-NC-SA 4.0 - Attribution - Non-commercial use - ShareAlike - International License

« Quelle place pour la propriété des données à caractère personnel » ? Nouvelle tentative de réponse à une question épuisée

Emmanuel Netter
Professeur de droit privé à l'université de Strasbourg
Centre de droit privé fondamental (UR1351)

L'ancienneté du débat. « Mettre à sec » : tel est, chez Littré, le premier sens du verbe « épuiser ». Ainsi épuise-t-on « une source, une fontaine ». Un épuisement : c'est bien le danger qui guette désormais, s'agissant de la controverse entourant la qualification civile du droit de l'individu sur ses données à caractère personnel. Le débat court depuis au moins quarante années, et un célèbre article de Pierre Catala¹. Depuis lors, les meilleurs auteurs lui ont offert des dizaines de contributions². Chacun sait désormais que les positions s'articulent essentiellement en deux camps, chacun traversé d'une infinité de subtiles nuances : ceux qui considèrent que l'individu est propriétaire de ses données, et ceux qui pensent que la protection de ces informations relève du faisceau des droits de la personnalité. Durant ces quatre décennies, la fontaine a jailli et irrigué, comme le suggère le titre du colloque, les champs du droit des biens et celui du droit des personnes. Mais même les sources les plus abondantes sont en danger de se tarir un jour. Arrive un point où tout ce qui méritait d'être écrit l'a été. Où chaque argument susceptible de renforcer l'une des deux positions antagonistes a été repéré, et mobilisé à son plein potentiel.

Le renouveau du débat ? La controverse peut cependant donner l'impression d'avoir repris de la vigueur ces toutes dernières années, débordant hors des revues juridiques pour atteindre les tribunes des grands quotidiens³. Mais il n'y a là qu'une apparence trompeuse. L'adoption puis l'entrée en vigueur du Règlement général sur la protection des données ont simplement rehaussé les enjeux économiques et sociaux attachés à la matière, incitant la société civile à redécouvrir les termes du débat, sans malheureusement les renouveler. Consulter ces tribunes redonne à lire des échanges d'arguments déjà formulés depuis longtemps par la doctrine, dans une version au mieux simplifiée, au pire mutilée. Ainsi les partisans du droit de propriété font-ils souvent mine de croire, dans les versions « grand public » du débat, qu'il s'agit de l'unique façon d'autoriser une activité économique autour des données, et même de l'unique façon de protéger les individus, la protection par des droits extra-patrimoniaux paraissant être une voie inconnue des auteurs. En sortant de l'obscurité des

1 P. Catala, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », D. 1984, p. 97, n° 3.

2 Parmi bien d'autres : N. Chambardon, *L'identité numérique de la personne humaine : contribution à l'étude du droit fondamental à la protection des données à caractère personnel*, thèse Lyon 2, 2018 ; M. Destreguil, « Plaidoyer en faveur d'une approche propriétaire des données personnelles », *Revue juridique personnes et famille*, 2019, n° 3, p. 5, § 31 ; T. Douville, *Droit des données à caractère personnel*, LGDJ, 2023, n° 63 s. ; N. Mallet-Poujol, « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *D.*, 1997, p. 330 ; J. Passa, « La propriété de l'information, un malentendu ? », *Dr. et Patr.*, 2001, n° 91, p. 65 ; F. Masson, « Quel "modèle propriétaire" pour les données personnelles ? », *RTD. civ.*, 2022, p. 777 ; Y. Padova, « Entre patrimonialité et injonction au partage : la donnée écartelée ? (1ère partie) », *RLDI*, 2019, n° 155, p. 47 ; Y. Pouillet, « La "propriété" des données. Balade au "pays des merveilles" à l'heure du big data », in *Mélanges Vivant*, 2020, p. 339 ; T. Revet, « Les données, nouveau(x) bien(s) ? » in *L'émergence d'un droit des données*, dir. J.-M. Bruguière, Dalloz, 2023 ; J. Rochfeld, « Contre l'hypothèse de la qualification des données personnelles comme des biens », in *Les biens numériques*, Ceperisca, 2015, p. 222 ; S. Vergnolle, *L'effectivité de la protection des personnes par le droit des données à caractère personnel*, thèse Paris II, dir. JP. Passa, 2020, spéc. n° 67 s.

3 Par ex. G. Koenig et al., « Nos "données personnelles" nous appartiennent : monétisons-les ! », tribune consultable sur lemonde.fr, 5 février 2018 ; et en réponse, au même endroit et à la même date, S. Abiteboul et G. Dowek, « La propriété des données personnelles est une fausse bonne idée ».

colloques juridiques pour baigner dans la lumière des plateaux télévisés, le débat a donc gagné en visibilité, mais il n'a pas progressé sur le fond. Cela aurait pu être le cas : les regards nouveaux qui se sont posés sur l'objet, y compris ceux d'universitaires venus d'autres disciplines, auraient pu lui apporter une matière nouvelle. On a malheureusement assisté, pour l'essentiel, à un bégaiement de ce que la doctrine juridique avait déjà pu formuler.

Les termes du débat. L'illusion d'un renouvellement récent ayant été dissipé, revenons au postulat de départ, selon lequel la question a atteint sa pleine maturité. Cela ne lui a pas permis pour autant d'être résolue. Aucun des camps ne donne l'impression d'avoir définitivement triomphé. Des centaines de pages ont été noircies, mais, dans cette guerre de position, rien n'a été concédé à l'adversaire. Parmi les raisons, il en est une dont l'importance est vraisemblablement majeure : les termes du débat ne cessent de varier d'une étude à l'autre. Or, dans une discipline qui ne relève pas des sciences dures, il pourrait déjà advenir qu'une controverse aux termes parfaitement stables et définis reste indécidable. Mais les chances d'aboutir à une conclusion s'éloignent encore de beaucoup, à l'évidence, si chaque auteur est en réalité en train d'écrire sur un problème différent de celui du voisin. Tout d'abord, c'est **l'objet** du droit des individus qui fait l'objet d'un flottement. Comme le relève Mme Vergnolle, la doctrine a commencé par s'interroger sur le lien qui unit les personnes aux informations en général. Ce n'est que dans un second temps qu'elle a raisonné à partir des données en particulier, et des données à caractère personnel de façon plus précise encore⁴. C'est ensuite la **nature** du droit avec lequel on cherchait à étreindre les données de l'individu qui a varié, et varie encore considérablement. Il existe notamment une multitude de conceptions du droit de propriété, des plus strictes aux plus généreuses⁵. Dans sa compréhension la plus large, le droit de propriété semble quasiment se confondre avec la catégorie des droits subjectifs : il se révèle apte à protéger le corporel comme l'incorporel, mais aussi les créations de l'esprit, ou même le corps humain et ses produits, quitte à les déclarer ensuite « hors commerce » et à leur adosser un régime juridique largement altéré pour l'occasion⁶. On assiste même à une mobilisation inattendue de la subdivision de la propriété en « domaine éminent » et « domaine utile », le droit féodal volant ainsi au secours de la société de l'information⁷. Du côté de la doctrine personnaliste, les variations sont également importantes, allant d'un faisceau de droits limitativement énumérés - au sein duquel le droit à la protection des données à caractère personnel serait venu prendre place, au même titre que les droits à la protection du nom ou de la vie privée - à un droit unique, global et plastique à la protection de la personnalité⁸.

Ces multiples variations empêchent qu'un rapport de force doctrinal se noue, argumentaire contre argumentaire, jusqu'à ce qu'une des deux grilles de lecture l'emporte par sa cohérence et sa force de conviction. En réalité, chaque étude embarquant son lot de définitions stipulatives et de concepts adaptés pour l'occasion, les propositions ne s'affrontent pas : elles se répartissent le long d'un spectre. Sur cet étal, chaque lecteur pourra faire son marché en fonction de sa propre vision préalable de la propriété, des droits de la personnalité, de l'information ou de la donnée, ou mieux : il sera contraint de réinterroger ces concepts.

4 S. Vergnolle, thèse préc., n° 73 s.

5 Sur les différentes conceptions envisageables de la propriété, V. par ex. W. Dross, « Une approche structurale de la propriété », RTD. civ., 2012 ; p. 419 ; G. Lardeux, « Qu'est-ce que la propriété ? », RTD. civ., 2013, 741 ; F. Zénati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », RTD. civ., 1993, p. 305.

6 Sur la propriété du corps : F. Zénati, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », RTD. civ., 2006, p. 445.

7 F. Masson, art. préc.

8 A. Lepage, « Droits de la personnalité », in Rép. civ. Dalloz, 2022, n° 10 s.

Cela nous amène à un point fondamental : on ne peut attendre du débat sur la nature du droit à la protection des données à caractère personnel qu'il éclaire, à lui seul, des énigmes bien plus vastes et profondes, dont la résolution – à supposer qu'elle soit possible – constitue en réalité un préalable. Ce n'est pas au détour d'une telle discussion qu'apparaîtra miraculeusement une conception consensuelle de la propriété ou des droits de la personnalité. Le droit des données agit donc, au mieux, comme un révélateur des fragilités préexistantes dans les branches du droit civil qu'il mobilise. Tel est souvent l'apport du droit du numérique en général : forcer à relancer des discussions qui le dépassent de très loin⁹. Cet intérêt théorique est majeur. Il contraste avec la relative faiblesse de l'intérêt pratique de la discussion.

Le faible intérêt pratique du débat. Il est de très nombreuses hypothèses dans lesquelles tenter le rattachement d'une figure apparemment *sui generis* à une qualification juridique de droit commun est non seulement utile, mais même indispensable. De nombreuses thèses de doctorat reposent à juste titre sur un tel projet. La prolifération excessive d'objets juridiques non identifiés est un facteur de complexité et d'affaiblissement du droit. C'est l'honneur de la doctrine juridique française que d'être une « faiseuse de systèmes ». Rattacher l'objet prétendument orphelin à une qualification antérieurement disponible, c'est l'irriguer de toute la sève du droit commun. Les bénéfices sont principalement de deux ordres : explicatif et prescriptif. Explicatif : la qualification une fois retrouvée, les règles qui apparaissaient jusque-là comme un foisonnement arbitraire ou chaotique se dévoilent désormais comme autant de conséquences d'une idée plus abstraite qui les englobe toutes. Prescriptif : le soubassement théorique une fois identifié, il peut apparaître comme incompatible avec certaines des règles préexistantes de la figure juridique discutée, ce qui conduira à les supprimer ou à les infléchir ; il peut commander une solution là où il n'y avait que le vide, et contribuer ainsi à combler de dangereuses lacunes.

Force est malheureusement de constater que, en droit des données personnelles, les discussions articulées autour de leur nature patrimoniale ou extrapatrimoniale n'ont véritablement apporté ni clarté, ni cohérence au fourmillant régime issu notamment du droit européen – RGPD, mais aussi directive sur les communications électroniques¹⁰ ou Data Governance Act¹¹ – et du droit interne – notamment de la loi informatique et libertés¹². Les vertus explicatives des théories formulées se limitent à cette fraction de la matière que sont les prérogatives de l'individu sur ses données (place du consentement au sein des fondements de licéité du traitement, droit d'accès, droit à l'effacement...). Elles peinent pourtant à leur donner une véritable cohérence et, surtout, s'intéressent ainsi à une fraction du droit des données dont nous soulignerons plus loin la faiblesse quantitative, et même qualitative par rapport à l'ensemble de la matière. Quant aux vertus prescriptives : les études en question ne s'accompagnent que très rarement de propositions visant à modifier ou à compléter le régime juridique actuellement *sui generis*. Pourtant, les questions pratiques pressantes sur lesquels les textes sont encore silencieux ne manquent pas. Ainsi, dans l'actualité la plus brûlante : est-il acceptable de proposer à l'internaute une alternative entre une utilisation « gratuite » d'un service en ligne, mais moyennant l'acceptation d'une collecte intensive de ses données à des fins de publicité ciblée, et le paiement d'un abonnement mensuel exclusif de

9 C'est l'un des fils rouges de notre étude *Numérique et grandes notions du droit privé. La personne, la propriété, le contrat*, Ceprisca, 2019.

10 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.

11 Règlement (UE) 2022/868 du 30 mai 2022 portant sur la gouvernance européenne des données.

12 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

tout *tracking* publicitaire ? Qu'on opte pour l'analyse propriétaire ou personnaliste n'apporte guère d'élément de résolution.

Les intérêts théoriques du débat. Fallait-il alors accepter une invitation à écrire sur cette question, après avoir estimé que de meilleurs auteurs avaient déjà tout dit, et que la controverse était désormais pratiquement au point mort ? L'exercice peut encore avoir un sens, peut-être, si l'on admet un léger changement de perspective, un pas de côté. Renonçant à faire progresser la question par une approche frontale, on peut y trouver deux intérêts indirects.

Le premier intérêt : insister sur les difficultés qui dépassent de loin la matière, mais pour lesquelles le droit des données personnelles a agi comme un révélateur (I). C'est finalement là que les futurs efforts doctrinaux seront les plus fructueux. Si ces difficultés sont affrontées pour elles-mêmes, le débat relatif aux données personnelles pourra ensuite reprendre au bénéfice de ces progrès.

Le second intérêt, qui n'est pas le moindre : après avoir montré ce que le débat avait révélé, il faut dévoiler ce qu'il a occulté (II). En choisissant cette perspective sinon exclusivement, du moins principalement pour envisager la discipline, la doctrine privatiste a peut-être perdu l'occasion de la considérer par d'autres points de vue. Elle est ainsi passée, selon nous, à côté de questions qui méritent pourtant son attention.

I – Les difficultés révélées par le débat sur la propriété des données à caractère personnel

Plan. Dans notre domaine, il n'est pas évident d'affirmer, comme nous y invite l'intitulé du colloque, que le numérique a contribué à « renouveler le droit civil ». On pouvait rêver que le droit de propriété allait évoluer, comme par enchantement, au contact des données à caractère personnel. L'impression est plutôt, désormais, que des questions restées en suspens en droit des biens s'opposent à une conduite efficace des discussions en droit du numérique. La majorité des débats récents semble avoir porté sur la capacité ou l'incapacité du droit de propriété à saisir une matière aussi éminemment intime (A). Mais une autre question, qui nous paraît plus fondamentale encore, mérite d'être remise au premier plan : l'adéquation ou l'inadéquation du droit de propriété aux choses non rivales (B).

A – La difficile adaptation du droit de propriété à une matière intime

Quel droit pour appréhender la valeur des données ? Nous ne reviendrons pas de façon exhaustive sur les différentes versions des théories qui promeuvent le droit de propriété comme instrument privilégié de protection des données à caractère personnel – d'autres ont déjà parfaitement réalisé de tels inventaires. Nous nous en tiendrons ici aux idées maîtresses. Le droit de propriété est essentiellement paré de deux vertus¹³.

D'abord, il est à la fois souple et puissant. Ce sont les deux pieds sur lesquels danse l'article 544 du Code civil : un droit « de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue », ce dont on déduit qu'il permettra mieux que tout autre une défense efficace par son titulaire de ses intérêts ; un droit dont cependant on ne doit pas faire « un usage prohibé par les lois ou les règlements », ce qui permet d'affirmer facilement qu'il se coule dans les limites qui lui sont assignées, par exemple, par

13 M. Destreguil, art. préc. ; T. Revet, « Les données, nouveau(x) bien(s) ? », art. préc.

le législateur européen. A s'en tenir à cette description volontairement schématique, le droit de propriété peut se couler dans à peu près n'importe quel moule. Il est ce que l'on connaît de plus fort, partout où cela lui est permis, mais il sait courber l'échine aussi souvent qu'il le faut¹⁴.

Ensuite, c'est un droit qui n'est pas seulement compatible avec la valeur économique, mais nativement taillé pour elle. Les choses appropriées sont celles de valeur, et l'appropriation vise précisément à organiser leur circulation dans un marché. Dès lors, le toboggan est rapidement dévalé entre le constat que les données à caractère personnel sont au coeur de modèles d'affaires parmi les plus puissants du monde – ce qui est incontestable – et la qualification propriétaire.

Dans le camp adverse, celui des personnalistes, deux arguments sont soulevés en défense – qui peuvent sembler partiellement contradictoires. Le premier est que les droits de la personnalité ont évolué, et qu'ils sont aujourd'hui parfaitement compatibles avec une monétisation partielle : on sait, depuis longtemps désormais, battre monnaie de l'usage de son nom ou d'un dévoilement partiel de sa vie privée¹⁵. Le second est que la monétisation des données à caractère personnel est, à une échelle individuelle, pratiquement inexistante : la valorisation suppose une appréhension globale de grands réservoirs d'informations¹⁶.

A ce propos, il est courant d'affirmer que les données d'un utilisateur des services de Google ou de Méta pris au hasard ne « valent », au mieux, que quelques dizaines de centimes¹⁷. Allons plus loin : ce calcul n'a aucun sens. Il consiste grossièrement à valoriser le chiffre d'affaires de la publicité ciblée tel qu'il existe actuellement, puis à opérer une division par le nombre de personnes qu'il concerne aujourd'hui. Dans un paradigme où une partie des utilisateurs ne pourrait plus être visée par la publicité, parce qu'elle paierait un abonnement ou serait parfaitement libre de refuser le ciblage sans mesure de rétorsion, tout l'écosystème s'effondrerait, ou du moins serait à rebâtir sur de nouvelles bases. Aussi, si des données au départ stériles économiquement, comme des traces de navigation, acquièrent une valeur « marchande », c'est par leur insertion dans un système qu'on peut trouver problématique à bien des égards, mais qui a été entièrement bâti par les responsables du traitement. Enfin et surtout, l'utilisateur de Google ou de Méta ne pourrait évidemment pas prétendre à deux contreparties pour les mêmes données, la première consistant à accéder « gratuitement » au service, et la seconde à toucher de (petites) sommes en cash.

Il semble donc hasardeux de choisir une qualification juridique sur le fondement de sa capacité à donner une valeur aux données à caractère personnel à l'échelle individuelle : les deux systèmes se targuent d'en être aussi capables l'un que l'autre et, plus fondamentalement, cette prétendue valorisation individuelle est totalement déconnectée du réel.

Quel droit pour appréhender l'intime ? Non sans avoir préalablement soulevé ces difficultés liées à la valorisation exclusivement globale des données à caractère personnelle, Madame Rochfeld avance un autre argument en défaveur de la théorie propriétaire, selon elle plus fondamental : « Parler de "bien", d'"appropriation" et de valeur, revient en réalité à faire trop peu de cas, quant à la texture de la donnée, de la composante d'identité et de personnalité de chacun que celle-ci renferme. La thèse occulte par ailleurs, quant aux risques engendrés par les utilisations rappelées, ceux de manipulations des comportements que les traitements peuvent engendrer ainsi que de

14 Sur cet « oxymore » : W. Dross, « Que l'article 544 du code civil nous dit-il de la propriété ? », *RTD civ.*, 2015, 27

15 J. Antippas, « Propos dissidents sur les droits dits "patrimoniaux" de la personnalité », *RTD. com.*, 2012, p. 35.

16 J. Rochfeld, art. préc. ; Y. Pouillet, art. préc.

17 « Quelques centimes », même, pour D. Leloup, « Il faut interdire la collecte de données personnelles en ligne », article lemonde.fr du 6 février 2018.

révélations non souhaitées : on ne défend pas qu'un avoir, qu'une valeur économique, en défendant ses données personnelles ; on protège la personne, dans sa liberté d'agir et la conduite de sa vie privée, dans la maîtrise de ses composantes d'identité. Seule une vision personnaliste des données nous semble donc à même de traduire la texture de la donnée personnelle et de porter ces impératifs de protection. On se rattachera, en conséquence, à une conception de la donnée comme relevant de la personne de l'internaute et l'on plaidera pour attirer son régime vers celui de la personne et de sa protection : les données personnelles sont des éléments de personnalité de chacun ; elles émanent des individus, révèlent leur identité et participent de leurs comportements »¹⁸.

Si l'argument semble fort, il n'apparaît pas décisif aux tenants des théories propriétairetes. On assiste alors à un renversement du front. Alors que la propriété semblait plus à l'aise pour assurer la valorisation et la circulation des données à caractère personnel dans un marché, le camp adverse répondait par l'aptitude des droits de la personnalité à la monétisation. De façon exactement symétrique, à la capacité « naturelle » de la théorie personnaliste à travailler les matériaux les plus intimes, il est opposé que la propriété est suffisamment élastique pour porter sur le corps humain, ses organes, voire sur la vie privée¹⁹.

Ainsi aboutit-on au type d'opposition indépassable que nous décrivions en introduction. Il serait nécessaire de reprendre le débat sur le mouvement de patrimonialisation d'éléments nativement extra-patrimoniaux, qui dépasse largement la question des données à caractère personnel. Les droits de la personnalité perdent-ils leur identité et leur cohérence lorsqu'on les traîne dans la sphère du marchand, à tel point qu'une autre figure, comme celle de la propriété, pourrait leur fournir un utile relais ? A l'inverse, faire de la propriété le moyen quasiment exclusif par lequel les individus se font respecter par autrui, dans leur patrimoine, mais aussi dans leur réputation, leurs corps, leurs secrets, n'aboutit-il pas à disloquer le concept, à en faire exploser la cohérence ? Ce sont ces discussions qu'il convient de poursuivre. Les mettre en scène exclusivement en matière de données à caractère personnel ne serait pas justifié.

Il nous semble de surcroît que la principale objection à la reconnaissance d'un droit de propriété de chacun sur ses données à caractère personnel se situe ailleurs.

B – L'inadéquation du droit de propriété aux choses non rivales

Affirmation de la non-rivalité de l'information. Dans son argumentation magistrale en faveur d'une qualification personnaliste, Madame Rochfeld proposait un parallèle avec les éléments détachables du corps humains, tels que les produits sanguins : « ils sont marqués par une patrimonialisation graduelle au sens où, plus ils sont transformés et leur lien avec la personne dilué, plus leur circulation est aisée ; cette valeur ne revient pas aux personnes « sources » (dans le cas, par exemple, de l'élaboration de médicaments brevetables à partir d'échantillons biologiques prélevés sur des patients). Par exemple, le sang ne peut faire l'objet que d'un don lorsqu'il est prélevé, mais les médicaments composés de produits sanguins, issus de sa transformation, peuvent quant à eux être cédés à titre onéreux entre professionnels. Quant aux éléments de personnalité, ils ont, eux, subi une patrimonialisation directe, qui a abouti à ce qu'un individu puisse désormais, par contrat, octroyer à des tiers le droit d'utiliser ces éléments. Dans l'application du principe d'autodétermination, il pourrait donc être intéressant de faire un parallèle avec ces mouvements de

18 J. Rochfeld, art. préc., n° 10.

19 T. Revet, « La propriété de la personnalité », Gaz. Pal., 19 mai 2007, p. 49.

patrimonialisation graduelle. On considèrerait alors, d'une part, que la personne peut accepter, au titre des décisions relatives à l'usage de ses données, certaines patrimonialisations (à condition que les termes de l'échange soient libres et clairs, ce qu'ils ne sont pas toujours actuellement, c'est-à-dire que l'usager sache que, pour bénéficier d'un service, il livre en échange ses données ; les textes sont pourtant déjà en ce sens qui insiste sur la loyauté du traitement, la transparence). D'autre part, on pourrait considérer que plus les données portent de liens avec la personne et permettent de la révéler, plus elles doivent être traitées dans l'orbite de la protection de cette dernière (...) ²⁰ ».

L'analogie choisie – du moins dans cette partie de l'étude – a pour force de mettre en avant des éléments parmi les plus intimement liés à la personne dont ils émanent. Mais les éléments du corps se distinguent nettement des données à caractère personnel à un autre égard : ils sont des choses rivales, c'est-à-dire que ceux qui cherchent à les utiliser entrent en concurrence les uns avec les autres. Tel n'est pas le cas des données, qui sont une variété d'information. Or, l'information est susceptible de se trouver partout à la fois, et son usage par l'un ne diminue en rien son usage par les autres.

Dans les années 90, M. Galloux et Mme Mallet-Poujol refusaient l'idée d'une propriété de l'information, prenant le contre-pied des propositions de Pierre Catala : le pouvoir d'interdire l'usage par autrui, qui est le propre de la propriété, serait inconcevable s'agissant de l'information, dont la vocation est de circuler ²¹. Ces critiques ont été récemment reprises et développées dans la thèse de Mme Dornbierer : « Les choses non rivales : essai sur le régime juridique de l'information ». L'auteure montre que l'exclusivité typique de la propriété a été pensée, au départ, pour des choses à la fois rivales et corporelles, afin d'organiser l'inévitable concurrence que suppose cette nature ²². Le même raisonnement nous paraît applicable à des choses incorporelles mais rivales, telles qu'un fonds de commerce. En revanche, la vocation par défaut de l'information – seule véritable représentante, selon Mme Dornbierer, de la catégorie des choses non-rivales – impliquerait un « partage » par défaut, qui suivrait le régime juridique des choses communes. Ce n'est que par exception que la libre circulation de l'information serait contrariée. Elle peut l'être par une simple maîtrise de fait, le détenteur d'une information veillant à conserver sa confidentialité. Elle peut, exceptionnellement, résulter d'une protection par le droit, en raison d'un investissement significatif, qui peut prendre la forme d'un geste créatif - en matière de propriété intellectuelle - ou d'une mise en forme de l'information brute – dans le cas du droit sui generis reconnu aux producteurs de bases de données. La circulation de l'information peut également être restreinte ou empêchée dans la mesure où elle concerne des individus précis et pourrait leur nuire : ce peut être le cas en matière de secrets professionnels, ou de données à caractère personnel.

Conséquences de la non-rivalité de l'information. Ici encore, on pourrait objecter qu'il suffit à la propriété de s'adapter. On pourrait poser que la propriété ne surgit que lorsque le législateur a décidé de rendre l'information appropriable. L'information serait, par principe, une chose sans maître mais, lorsque cela lui serait permis, le droit de propriété ressortirait de l'ombre, et prendrait la forme de la « propriété intellectuelle », ou de la propriété par chacun de ses données à caractère personnel. Il nous semble cependant qu'il n'est pas possible de faire preuve ici du même relativisme que s'agissant de l'aptitude de la propriété à saisir l'intime, qui n'était ultimement qu'une question de

20 J. Rochfeld, art. préc., n° 11.

21 J.-C. Galloux, « Ébauche d'une définition juridique de l'information », *D.*, 1994, p. 229, n° 26. ; N. Mallouet-Poujol, art. préc. V. aussi, plus récemment, J. Passa, art. préc.

22 C. Dornbierer, *Les choses non rivales : essai sur le régime juridique de l'information*, thèse Aix-Marseille, 2022, n° 360.

points de vue. L'idée de propriété de l'information, même à éclipses, paraît inapte à expliquer la circulation des données à caractère personnel. Revenons cette fois-ci dans les limites exacts de la question qui nous était initialement posée afin de le vérifier.

Il est classique que la même information, par exemple selon laquelle Jeanne Dupont a visité une page révélant un intérêt pour un futur voyage au Japon durant 3 minutes et 27 secondes, se retrouve à circuler entre plusieurs responsables du traitement des données. Il n'y a cependant aucune forme de concurrence ni entre eux, ni avec la personne concernée par le traitement. Les différents responsables de traitement ont pu la collecter séparément, ou se la révéler les uns les autres, s'y donner accès, mais on ne voit pas en quoi il y aurait cession ou acte de disposition. Si cession il y avait, on n'identifie d'ailleurs pas le premier « propriétaire » : la personne concernée, ou le premier responsable de traitement à avoir procédé à une collecte ? Quant à la situation dans laquelle un fichier est « cédé », à supposer que cette cession soit licite, il s'agit moins d'une « cession » que d'une série d'obligations de faire ou de ne pas faire : révéler le contenu d'une base, en assurer la transmission matérielle, éventuellement procéder à de tels actes de destruction qu'on ne pourra plus soi-même retrouver et exploiter l'information en question. En acceptant les cookies que Méta cherche à placer dans mon terminal, ai-je « donné » ou « vendu » des informations ? Non, j'ai offert de simples moyens de collecte, et donc d'accès à mon activité de navigation. Ceux-ci vont indirectement révéler mon intérêt pour les voyages en Nouvelle-Zélande, mon attrait pour la musique baroque ou ma disposition à changer de smartphone dans les six prochains mois. Je n'ai pas vendu ni offert une information selon laquelle j'étais prêt à racheter un appareil. Et Méta ne la revend pas ni ne la loue à un annonceur : il met aux enchères un encart publicitaire dont il précise le profil. Je n'ai pas vendu mes données à Méta, et Méta ne les a pas revendues à l'annonceur. Nous avons déjà montré plus haut qu'une telle analyse était économiquement approximative, mais elle apparaît également juridiquement fragile. Le caractère « ubiquitaire » de l'information, pour reprendre un terme souvent utilisé par Mme Dornbierer, s'oppose à ce que l'on raisonne ainsi. L'information n'est pas « vendue » : elle circule plus ou moins facilement, est protégée contre la curiosité ou révélée. Elle est en un endroit, puis deux, puis cent, puis elle est partout. Elle est un fluide. La propriété n'a pas été pensée pour l'omniprésence.

Du reste, au-delà des considérations de technique juridique qui viennent d'être évoquées, n'y a-t-il pas quelque chose de profondément contre-intuitif à affirmer de quelqu'un qu'il est « propriétaire » des informations qu'il fait figurer sur sa déclaration de revenus ? Qu'un étudiant est « propriétaire » de ses notes aux examens de fin de semestre, ou l'intervenant à un colloque « propriétaire » de l'information selon laquelle il sera présent tel jour et à tel heure dans l'amphithéâtre de la manifestation ? Il s'agit pourtant d'autant de données à caractère personnel.

C'est que la doctrine privatiste, soucieuse d'élucider la nature du droit de l'individu sur ses informations personnelles, l'a tant placé au centre de son système de pensée qu'elle court le risque de passer à côté d'une partie de la matière.

II – Les difficultés occultées par le débat sur la propriété des données à caractère personnel

Plan. Contrairement à une idée répandue, le contrôle de l'individu sur ses données à caractère personnel se révèle assez limité, tant dans ses modalités que dans ses effets concrets (A). Par conséquent, il nous semble impossible d'expliquer le droit positif, dans son ensemble, en le faisant

rayonner à partir de la personne concernée. Une des explications les plus convaincantes de la matière y voit une « police administrative spéciale » (B). Dans un tel système, le droit civil et la doctrine privatiste n'ont initialement qu'une place limitée, et doivent reconquérir une influence.

A – La faiblesse du contrôle individuel sur les données à caractère personnel

La faiblesse du contrôle en droit. Au cours de quatre décennies de débats, nous avons vu comment la doctrine française s'est attachée à trouver le fondement théorique le plus susceptible de fonder un large pouvoir de l'individu sur l'usage qui peut être fait de ses informations à caractère personnel. La réalité des règles actuellement en vigueur est cependant assez différente.

Pour que des données à caractère personnel puissent être maniées, le responsable du traitement doit s'appuyer sur un fondement de licéité parmi six possibles²³. Seul le premier, le consentement, donne véritablement la parole à l'individu. Le deuxième peut donner l'impression qu'il donne prise au contrôle : c'est le cas dans lequel le traitement est nécessaire à l'exécution d'un contrat passé par la personne. Le contrat, par hypothèse, ne s'est pas passé tout seul ; il résulte d'une démarche consciente et volontaire. Mais ce que la personne a voulu, c'est le bien ou le service. Elle n'a pas nécessairement entrevu que cela impliquerait un traitement de données et pourtant, parce qu'il est objectivement indispensable, il sera conduit. Les autres fondements de licéité, quant à eux, marginalisent la volonté individuelle de façon très nette, qu'il s'agisse pour le responsable de traitement de respecter une obligation légale, de sauvegarder les intérêts vitaux de la personne, d'exécuter une mission d'intérêt public, de poursuivre son intérêt légitime ou celui d'un tiers – moyennant, dans ce dernier cas, une balance avec les droits et libertés de la personne concernée.

Dans les autres parties du RGPD qui font appel au consentement, celui-ci n'est jamais que l'une des options ouvertes. Ainsi de l'article 9, qui prohibe le traitement des données dites « sensibles », comme celles révélant une opinion politique, un état de santé ou une orientation sexuelle. Il prévoit ensuite une série d'exceptions à cette interdiction, le consentement étant l'une des... dix.

Quant au chapitre III sur les « droits de la personne concernée », qui devrait plus que tout autre bâtir les instruments d'un puissant contrôle individuel, il se révèle très nuancé. Les seuls droits pas ou peu conditionnés sont celui d'être informé de l'existence du traitement et de ses caractéristiques, et celui d'accéder au contenu d'un fichier où l'on figure, ainsi que d'obtenir une copie des données. Le droit à la rectification ne s'exerce que si la personne concernée est en mesure de démontrer au responsable du traitement, de façon objective et preuve à l'appui, qu'il traite une information fautive, ce qui n'a rien de spectaculaire. Quant aux droits à l'effacement, à la limitation, à la portabilité, au droit d'opposition, au droit de ne pas faire l'objet d'une décision individuelle entièrement automatisée produisant des effets juridiques, ils sont perclus de conditions et de limitations.

Il est clair que l'individu n'est pas le maître du traitement. Mais il semble même excessif de le présenter comme le véritable maître de ses propres données. On peut se demander si la doctrine n'est pas partie à la recherche du meilleur soubassement à un pouvoir individuel largement fantasmé. Pire : il semble que, lorsque ce pouvoir individuel existe, ses effets concrets sont très souvent décevants.

23 Règlement 2016/679 précité, art. 6.

La faiblesse du contrôle en fait. Commençons par ce triste constat : les droits reconnus par le chapitre III du RGPD ne sont exercés par personne, ou presque. On doit bien sûr se féliciter que des salariés fraîchement licenciés et bien conseillés puissent s'appuyer sur le droit d'accès pour obtenir des relevés de badgeuses révélant leurs heures supplémentaires non rémunérées, ou des copies de discussions les concernant menées par la hiérarchie de l'entreprise. On peut espérer que le développement d'interfaces conviviales sur les plus grands services en ligne incite les utilisateurs à exercer leur droit à la portabilité, afin de partir à la concurrence ou d'exploiter leurs informations pour eux-mêmes. Mais la vérité, c'est que l'existence même de ces droits n'est connue que d'une infime partie de la population, sans parler de leurs contours exacts, ni des hypothèses dans lesquelles il est de bonne stratégie de les invoquer face au responsable de traitement. La situation évoluera certainement, lentement mais sûrement, mais la vérité est celle-ci : à l'heure actuelle, il ne faut quasiment pas compter sur le chapitre III du RGPD pour assurer la protection des individus dont les données sont maniées.

Restent les hypothèses dans lesquelles les responsables de traitement vont donner la parole aux personnes concernées, sans que celles-ci n'aient à revendiquer une prérogative ni à faire preuve d'aucune compétence ou vigilance particulière. Il s'agit essentiellement des hypothèses dans lesquelles le consentement est requis. Pourtant, même dans ces cas, la réalité est bien décevante. Première illustration : l'affaire Android, celle qui a conduit la CNIL à infliger à Google la première amende significative de l'ère RGPD, d'un montant de 50 millions d'euros²⁴. Lors de la création d'un nouveau compte utilisateur, Google avait recours à une case pré-cochée, par laquelle la personne acceptait de faire l'objet de traitements surveillant et recensant ses centres d'intérêt, à des fins de publicité personnalisée. Arguant à juste titre de la définition du consentement, dans le RGPD, comme « un acte positif clair », l'autorité française de protection des données a refusé ce système d'*opt-out*, et a imposé un *opt-in*. Quels effets concrets cette décision a-t-elle produits ? Désormais, celui ou celle qui crée un nouveau compte Google a le choix entre un parcours « express » en une seule étape, dont il est précisé qu'il conduira incidemment à activer les traitements de publicité ciblée, et un parcours « personnalisé », en quatre étapes, où l'individu pourra décider de tout selon son bon plaisir. Des sondages – dont on pourra discuter la rigueur méthodologique – auprès des auditoires pourtant élitistes formés de multiples cohortes d'étudiants en master de droit du numérique l'ont montré : *tout le monde* choisit la voie « expresse ». Le pari sur la paresse d'un internaute est toujours gagnant.

A quoi sert de fourbir des armes théoriques aux mains d'utilisateurs qu'il est si facile de flouer ?

Deuxième illustration : les bandeaux cookies. Le droit européen des données personnelles ménage un autre espace pour le consentement des internautes que ceux résultant du RGPD. La directive sur les communications électroniques, transposée sur ce point à l'article 82 de la loi informatique et libertés, impose d'informer l'internaute lorsqu'on s'apprête à réaliser des opérations de lecture ou d'écriture dans son terminal et, sauf cas particuliers, de recueillir de surcroît son consentement préalablement à l'opération. De là viennent les fameuses interfaces de recueil du consentement qui surgissent au visage des utilisateurs à chaque visite d'un nouveau site internet. Comme dans l'affaire Android, la plupart des responsables du traitement avaient donc cherché à compliquer la vie de l'utilisateur qui souhaitait rejeter les cookies, par exemple en repoussant les boutons de refus à un « second niveau » d'interface, c'est-à-dire qu'il convenait de cliquer au préalable sur un bouton

²⁴ Délibération SAN-2019-001 du 21 janvier 2019 : CCE, 2019, n° 5, p. 31 (1ère partie) et n° 6, p. 28, note N. Metallinos ; JCP G, 2019, n° 13, p. 608, obs. A. Bellotti ; Dalloz IP/IT, 2019, n° 3, p. 165, nos observations. La sanction a été confirmée par CE, 12 juin 2020, n° 430810.

donnant accès à un panneau plus développé. Le bouton permettant une acceptation en masse de tous les tracteurs était quant à lui accessible dès le « premier niveau ». La CNIL ayant discipliné le secteur à coups d'amendes parfois spectaculaires, les boutons de refus sont revenus au premier niveau, puis ont adopté la même couleur et la même taille que le bouton d'acceptation²⁵. Eradiquant les « dark patterns » les uns après les autres, l'autorité mettait enfin les internautes en face d'une alternative authentique. Mais il n'y a aucune raison convaincante d'accepter d'être ainsi surveillé si on peut choisir de ne pas l'être ! « Heureusement », il restait aux responsables du traitement un atout maître : imposer une alternative entre « accepter les cookies publicitaires » et « payer un abonnement mensuel ». La CNIL avait tenté d'interdire cette pratique dans son principe même, mais le Conseil d'État l'en avait empêchée au motif – justifié – que le RGPD lui-même ne l'interdit pas, mais commande simplement de s'assurer que le consentement au traitement de données n'est pas, dans une telle hypothèse, faussé par une pression excessive²⁶. La martingale a sauvé Méta, qui propose désormais d'accepter les petits fichiers-espions ou bien de payer 9,99 euros par mois²⁷. L'alternative ainsi formulée semble, au premier abord, donner raison aux tenants d'une approche patrimoniale des données : donner accès à ses informations personnelles équivaldrait ici, économiquement, à déclencher un paiement par carte bancaire d'une dizaine d'euros par mois. Les données sont donc assimilées à une richesse et peuvent servir de contrepartie dans un contrat²⁸. Mais un autre sondage que nous avons mené auprès de plusieurs centaines d'étudiants est riche d'enseignement sur leur propension à payer. Proposant de lever la main lorsqu'était atteint le prix que l'internaute était prêt à déboursier plutôt que d'accepter tous les cookies, nous sommes partis de 10 euros et avons atteint 5 centimes par mois sans qu'aucune main, jamais, ne se soit levée. « Pourquoi payer si on peut l'éviter ? » fut l'explication sans cesse répétée. Il faut en tirer des leçons. Comment bâtir un paradigme propriétaire à partir de données auxquels les individus eux-mêmes n'attribuent aucune valeur ? Dont ils sont prêts à abandonner entièrement le contrôle plutôt que de perdre 3 secondes à rechercher un bouton de refus, ou plutôt que de verser 5 centimes chaque mois ?

Au-delà des doutes qu'il permet de nourrir sur une approche patrimoniale des données à caractère personnel, l'exemple révèle malheureusement que c'est plus largement toute l'idée d'un contrôle reposant principalement sur les choix individuels qu'il faut remettre en question. C'est donc avec un possible soulagement que l'on découvre que, décidément, le droit positif ne repose qu'à la marge sur un tel contrôle.

25 Not. CNIL, délibérations SAN-2021-023 et SAN-2021-024 du 31 décembre 2021 : Dalloz IP/IT, 2022, p. 7, note C. Crichton ; CCE, 2022, comm. n° 22, obs. L. Maisnier-Boché.

26 CE, 19 juin 2020, n° 434684.

27 « Facebook and Instagram to Offer Subscription for No Ads in Europe », communiqué de presse du 30 octobre 2023, sur about.fb.com.

28 En ce sens, V. aussi directive 2019/770 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques, art. 3.1 : « La présente directive s'applique à tout contrat par lequel le professionnel fournit ou s'engage à fournir un contenu numérique ou un service numérique au consommateur et le consommateur s'acquitte ou s'engage à s'acquitter d'un prix. La présente directive s'applique également lorsque le professionnel fournit ou s'engage à fournir un contenu numérique ou un service numérique au consommateur, **et le consommateur fournit ou s'engage à fournir des données à caractère personnel au professionnel [...]** » (souligné par nous).

B – L'analyse du droit des données personnelles comme police administrative spéciale

La thèse de M. Ochoa. Dans sa thèse de doctorat particulièrement stimulante, M. Ochoa critique la tendance excessive de la doctrine à ne s'intéresser, au sein du droit des données à caractère personnel, qu'aux dispositions directement et spécialement dédiées à la protection des personnes fichées²⁹. Le « droit des données personnelles » se transformerait alors, artificiellement et exclusivement, en un « droit à la protection des données personnelles ». « Pour donner une idée de la situation dans laquelle se trouve actuellement le droit des données personnelles, il faut imaginer le droit de l'environnement, des étrangers ou de la concurrence qui se trouveraient uniquement et depuis leur origine considérés dans une approche subjectiviste. Ces matières ne seraient alors considérées et étudiées que dans celles de leurs dispositions organisant au bénéfice de leur « partie faible » respective une garantie de leurs intérêts. Le droit de l'environnement serait alors réduit au droit de la protection de l'environnement, le droit des étrangers à celui de la protection des étrangers, le droit de la concurrence à celui de la protection des concurrents ».

Afin de redonner son unité à la matière, M. Ochoa renverse la présentation habituelle, en partant d'une liberté de traitement de l'information, qui est l'indispensable condition du développement de l'informatique. La convergence est remarquable avec l'analyse privatiste présentée plus haut selon laquelle l'information, bien non rival, ne peut être un objet de propriété car le principe doit être sa libre circulation. Toutefois, cette activité de traitement étant risquée, elle fait l'objet d'un encadrement par ce que l'auteur qualifie de « police administrative spéciale ». Au sein du régime qui en découle, des espaces sont ménagés pour recueillir le consentement des personnes concernées, ainsi que pour leur reconnaître des droits, mais il s'agit de parties d'un système bien plus vaste, et de parties qui se trouvent à la périphérie plutôt qu'au cœur.

L'analyse proposée précédait le RGPD de plusieurs années, mais n'a rien perdu de sa pertinence pour qui parcourt le règlement. Le système ne rayonne pas à partir de la personne concernée. Il est bâti sur des obligations administratives, qui ne sont pas édictées principalement dans l'intérêt individuel de chacune des personnes fichées, même si elles leur profitent bien sûr indirectement : ainsi des obligations d'adopter des mesures techniques et organisationnelles appropriées pour assurer le respect du règlement, de réaliser des analyses d'impact, de tenir un registre des traitements, d'assurer l'intégrité et la confidentialité des informations maniées, de ne procéder à des exports de données hors Union européenne que moyennant de fortes précautions, de passer avec les responsables conjoints de traitement ou les sous-traitants des contrats comportant obligatoirement certaines clauses, de désigner dans certains cas un délégué à la protection des données, à qui il faudra assurer des moyens et une formation suffisants, etc. Cette discipline est imposée dans l'intérêt général, par une autorité administrative, qui inflige des amendes administratives, sous l'éventuel contrôle juridictionnel du juge de l'administration.

S'il reste évidemment envisageable d'étudier, sous l'angle du droit civil, la nature exacte des droits des individus dans un tel système, s'en tenir à cette seule perspective conduit vraisemblablement à passer à côté de l'essentiel³⁰.

29 N. Ochoa, *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, thèse Paris 1, 2014

30 En ce sens, F. Masson, art. préc., n° 15 : « D'autre part, s'il est vrai que la personne concernée peut exercer des droits sur ses données, l'essentiel de sa protection ne passe pas par l'exercice de ses droits. En effet, le droit de la protection des données personnelles a embrassé la philosophie de la *compliance*, qui fait peser sur les acteurs eux-mêmes la responsabilité de pouvoir justifier leur conformité tout en les incitant à adopter une culture interne favorable à la protection des données personnelles ».

Comme le souligne M. Ochoa lui-même, son analyse est susceptible d'intéresser, au-delà du domaine des données personnelles, tous les domaines désormais bâtis autour de la notion de « régulation ». Ils sont nombreux en droit du numérique, qu'il s'agisse de la liberté d'expression sur les plateformes en ligne avec le Digital Services Act³¹, de l'intelligence artificielle avec le nouveau règlement³², ou de la cybersécurité avec la directive NIS 2 Directive (UE) 2022/2555 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 concernant des mesures destinées à assurer un niveau élevé commun de cybersécurité dans l'ensemble de l'Union³³.

La place de la doctrine privatiste. Que la toile de fond soit publiciste n'empêche évidemment pas le droit privé d'offrir des outils d'analyse pertinents. C'est ce à quoi s'emploient notamment les auteurs écrivant sur la « *compliance* »³⁴. L'idée semble évidente dans les domaines du droit bancaire et financier. Mais en matière de droit des données personnelles également, la CNIL affronte et affrontera des questions de droit privé difficiles. Prenons quelques exemples, sans souci d'exhaustivité.

La CNIL est confrontée à des questions qui relèvent, de près ou de loin, du droit des contrats. Dans l'affaire précitée Android, il a notamment fallu déterminer si la politique de confidentialité rédigée par Google était suffisamment claire pour les internautes qui devaient ensuite l'accepter. Le rapporteur a convaincu la formation restreinte de la CNIL qu'il convenait de compter le nombre de « clics » de souris nécessaires pour avoir un aperçu complet de certaines questions que les utilisateurs pouvaient se poser³⁵. Ce nombre étant trop élevé, le document contractuel était de ce seul fait considéré comme trop complexe. Un tel raisonnement, à notre connaissance inédit, aurait pu nourrir la doctrine contractualiste et consumériste, mais il a été peu commenté. Par ailleurs, l'un des fondements de licéité dans le RGPD étant « la nécessité pour l'exécution du contrat », l'autorité administrative doit parfois interpréter la convention des parties afin de déterminer si un traitement était ou non indispensable. C'est ainsi que le Comité Européen de la Protection des Données, regroupement des CNILs européennes, a récemment décidé que les traitements relatifs à la publicité n'étaient pas « nécessaires » au contrat passé entre Méta et un utilisateur de son réseau social, quand bien même il était la principale source de financement du service³⁶. Ce raisonnement, qui a été confirmé par la CJUE, nous semble intéresser largement le droit des affaires³⁷.

31 Règlement (UE) 2022/2065 du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques.

32 Le texte définitif du règlement européen sur l'IA n'est pas encore disponible au moment où nous écrivons.

33 Directive (UE) 2022/2555 du 14 décembre 2022 concernant des mesures destinées à assurer un niveau élevé commun de cybersécurité dans l'ensemble de l'Union.

34 Par ex., pour le droit des données personnelles : I. Gavanon, « Le droit des données personnelles dans l'économie numérique à l'épreuve des buts monumentaux » in M.-A. Frison-Roche (dir.), Les buts monumentaux de la compliance, Dalloz, 2022, p. 125.

35 Délibération SAN-2019-001 précitée : « La formation restreinte relève encore que si l'utilisateur souhaite disposer d'information sur les durées de conservation de ses données personnelles, il doit tout d'abord consulter les Règles de confidentialité qui se trouvent dans le document principal, puis se rendre dans la rubrique intitulée Exporter et supprimer vos informations et enfin cliquer sur le lien hypertexte cliquer ici contenu dans un paragraphe général sur les durées de conservations. Ce n'est donc qu'au bout de quatre clics que l'utilisateur accède à cette information ».

36 CEPD, Décision contraignante 3/2022 du 5 décembre 2022 sur le différend soumis par l'autorité irlandaise concernant Meta Platforms Ireland Limited et son service Facebook (art. 65 RGPD) : J. Sénéchal, « Protection des données : exclusion du contrat comme base de traitement licite aux fins de diffusion de publicités comportementales par les services numériques de réseaux sociaux », Dalloz actu., 18 janvier 2023 ; N. Botchorichvili, « Sanctions Meta et intervention du CEPD : quels enseignements sur la nécessité contractuelle ? », CCE, avril 2023, p. 3 ; nos obs., « La publicité ciblée n'est pas "nécessaire" au contrat de réseau social. Le crépuscule d'un modèle d'affaires » : RTD. com., 2023, 359.

37 CJUE, gde ch., 4 juillet 2023, C-252/21, Meta Platforms Inc.

Dans un domaine proche, celui des cookies, on a dit qu'il n'était pas interdit par principe d'offrir à l'internaute une alternative entre l'intrusive publicité ciblée et le paiement d'un abonnement mensuel. Cela implique de calculer la valeur de l'utilisation « gratuite » du service et de la comparer au montant demandé pour l'abonnement, afin de savoir si le prix exigé pour ce dernier n'est pas artificiellement élevé. On aurait pu imaginer un monde dans lequel cette appréciation économique d'une relation entre personnes privées aurait conduit à interroger un juge judiciaire, mais on se passera semble-t-il de lui.

Plus important encore peut-être : dans son étude conduisant à rejeter le paradigme propriétaire en matière de données personnelles, Mme Rochfeld concluait qu'une des voies les plus fructueuses pour améliorer la protection des individus passait par une représentation collective des personnes fichées³⁸. Au moins face aux plus grands responsables de traitement, un « syndicat » des utilisateurs serait bien plus à même que des individus isolés de comprendre la politique de confidentialité qui lui est transmise, de formuler des remarques ou des exigences, de négocier des équilibres, d'engager un rapport de force. Plusieurs branches du droit privé, à commencer par le droit des relations collectives de travail, pourraient fournir des modèles susceptibles d'alimenter de telles réflexions³⁹.

Même s'il faut se garder de tomber dans des explications excessivement simplistes, il nous semble que la doctrine de droit privé s'est laissée obséder par l'éternelle opposition, en forme d'aporie, entre approche patrimoniale et extra-patrimoniale des droits individuels en matière de données à caractère personnel. Nous avons tenté de démontrer que, si cette question n'est pas sans intérêt, l'attention qui lui est accordée est peut-être excessive. Il conviendrait de ne pas faire de la résolution de ce dilemme un préalable au travail sur des problèmes de droit privé très nombreux qui parsèment la matière, et qui ne dépendent que faiblement de cette alternative binaire.

38 J. Rochfeld, art. préc., spéc. n° 12 s., « la dimension collective ».

39 Cette recherche d'un pouvoir exercé collectivement est également menée par F. Masson sur le terrain du droit des biens, ce qui le conduit à revenir à des formes de propriété antérieures au Code civil : art.préc., n° 19 s.