



**Mathilde Cavalier**

## **La propriété des données de santé**

---

CAVALIER Mathilde. *La propriété des données de santé*, sous la direction de Marion Girer. - Lyon : Université Jean Moulin (Lyon 3). Thèse soutenue le 14/12/2016.

Disponible sur : [www.theses.fr/2016LYSE3071](http://www.theses.fr/2016LYSE3071)

---



Document diffusé sous le contrat Creative Commons « Paternité – pas de modification » : vous êtes libre de le reproduire, de le distribuer et de le communiquer au public à condition d'en mentionner le nom de l'auteur et de ne pas le modifier, le transformer ni l'adapter.



N°d'ordre NNT : 2016LYSE3071

## **THESE de DOCTORAT DE L'UNIVERSITE DE LYON**

opérée au sein de  
**l'Université Lyon 3 - Jean Moulin**

**Ecole Doctorale N° ED-492**  
**Ecole Doctorale de Droit**

**Discipline de doctorat** : Droit et Management des structures  
sanitaires et sociales

Soutenue publiquement le 14/12/2016, par :  
**Mathilde Cavalier**

---

# **La propriété des données de santé**

---

Devant le jury composé de :

Mme. Marion GIRER, Maître de Conférences habilité à diriger les recherches,  
Université Lyon 3-Jean Moulin, Directrice

M. Bruno PY, Professeur des Universités, Université de Lorraine, Rapporteur

M. François VIALLA, Professeur des Universités, Université de Montpellier,  
Rapporteur

M. Claude EVIN, Avocat au barreau de Paris, Cabinet Houdart et Associés,  
Examineur

Mme. Blandine MALLET-BRICOUT Professeur des Universités, Université Lyon 3-  
Jean Moulin, Examineur

M. Guillaume ROUSSET, Maître de Conférences habilité à diriger les recherches,  
Université Lyon 3-Jean Moulin, Examineur



*L'Université Jean Moulin n'entend accorder aucune approbation ni improbation  
aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme  
propres à leur auteur.*



*A ma mère,*  
*A mon père,*  
*A ma mamée,*  
*A mon papé,*  
*A Daniel,*



# REMERCIEMENTS

A Madame Marion Girer, pour son implication, la liberté dont j'ai bénéficiée, sa confiance, sa disponibilité, ses conseils et encouragements permanents. Merci infiniment.

A Monsieur Guillaume Rousset pour son investissement, son exigence et sa bienveillance. Merci de m'avoir autant accompagnée. A Maître Claude Evin, Madame la Professeure Blandine Mallet-Bricout, Messieurs les Professeurs Bruno Py et François Vialla qui me font le très grand honneur de juger mon travail.

A Monsieur le Professeur Jean-Pierre Claveranne pour m'avoir accueillie au sein de l'IFROSS et permis d'entreprendre ce travail au sein de ce laboratoire.

A Madame Isabelle Adenot, Président du Conseil National de l'Ordre des Pharmaciens, pour la force de ses convictions et pour ce qu'elle inspire à cette Institution. Mon admiration pour vous n'a d'égal que le respect que vous imposez.

A Madame Caroline Lhopiteau, Directeur Général de l'Ordre National des Pharmaciens, pour la richesse de nos échanges juridiques qui m'ont beaucoup apporté tout au long de ce travail.

A l'équipe du Dossier Pharmaceutique. A Sylvain, mon premier mentor, pour son soutien, sa bienveillance, ses conseils, sa confiance, nos combats et nos débats. J'espère t'avoir rendu fier. A Olivier, mon deuxième mentor, pour ce beau sujet, pour nos débats, nos échanges de juriste à ingénieur, la liberté et la confiance qui me sont accordées. A Asma, Eric, Micho, Nathalie et Virginie, pour leur soutien, leur amitié et leur professionnalisme. Vous êtes exceptionnels.

Aux amis qui ont pris de leur temps pour m'apporter leur aide pour ce travail. Nadia, Philippe et Renaud, merci pour votre soutien et votre amitié. A Laurent et Stéphanie, pour leur soutien, leur confiance et leur amitié. Il est rare qu'autant de qualités humaines et professionnelles soient réunies. A Michèle et Thierry, pour leur amitié, leur soutien de tous les instants et nos moments de partage. Je vous dois le début de ma carrière professionnelle. A toutes les personnes présentes à mes côtés tout au long de ce travail. Qu'ils trouvent ici le témoignage de mon amitié sincère. Avec une pensée particulière pour Aurélia.

A ma famille, pour leur soutien indéfectible et leur amour. Merci, sans vous je n'en serais pas là aujourd'hui.

A Daniel, pour son soutien de tous les instants, sa patience inébranlable, son optimisme permanent, les grands et petits moments de bonheurs partagés.



# SOMMAIRE

## – PARTIE 1 –

### LA POSSIBILITÉ D’UN DROIT DE PROPRIÉTÉ SUR LES DONNÉES DE SANTÉ

#### TITRE 1 : LA POSSIBILITÉ D’UN DROIT DE PROPRIÉTÉ SUR LES DONNÉES DE SANTÉ AU TRAVERS DE SES PRÉROGATIVES

Chapitre 1 : L’*usus*, pierre angulaire du droit positif sur les données de santé

Chapitre 2 : Le *fructus*, prérogative ambivalente sur les données de santé

Chapitre 3 : L’*abusus*, une déconstruction juridique nécessaire

#### TITRE 2 : LA POSSIBILITÉ D’UN DROIT DE PROPRIÉTÉ SUR LES DONNÉES DE SANTÉ AU TRAVERS DE SES CARACTÈRES

Chapitre 1 : L’identification d’un caractère absolu classique

Chapitre 2 : L’identification d’un caractère exclusif à géométrie variable

Chapitre 3 : L’identification d’un caractère perpétuel anachronique

## – PARTIE 2 –

### LA PERTINENCE D’UN DROIT DE PROPRIÉTÉ SUR LES DONNÉES DE SANTÉ

#### TITRE 1 : LA PROPRIÉTÉ, UN RÉGIME SÉDUISANT MAIS CARENCÉ

Chapitre 1 : Le droit de propriété, un régime avantageux

Chapitre 2 : Le droit de propriété, un régime risqué

#### TITRE 2 : LA PROPRIÉTÉ, UN RÉGIME PROMETTEUR MAIS INSUFFISANT

Chapitre 1 : Le modèle du droit d’auteur, un régime de conciliation

Chapitre 2 : Les modèles d’organisation juridique à repenser



# PRINCIPALES ABREVIATIONS

<b>AAI</b>	Autorité Administrative Indépendante
<b>Actu. Jurisanté</b>	Actualités JuriSanté
<b>ADSP</b>	Actualité et dossier en santé publique
<b>AJDA</b>	Actualité juridique de droit administratif
<b>al.</b>	alinéa
<b>ANSP</b>	Agence Nationale de Santé Publique (Santé Publique France)
<b>API</b>	Autorité Publique Indépendante
<b>ARCEP</b>	Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes
<b>Archives Phil. dr.</b>	Archives de philosophie du droit
<b>Art.</b>	Article
<b>ASIP Santé</b>	Agence des Systèmes d'Information Partagés de Santé
<b>Bibl. de droit privé</b>	Bibliothèque de droit privé
<b>BOCC</b>	Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
<b>Bull. civ.</b>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
<b>Bull. crim.</b>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
<b>Bull. Ordre méd.</b>	Bulletin de l'Ordre des médecins
<b>Bull. Ordre pharm.</b>	Bulletin de l'Ordre des pharmaciens
<b>CA</b>	Cour d'appel
<b>CAA</b>	Cour administrative d'appel
<b>Cah. dr. ent.</b>	Cahiers du droit de l'entreprise
<b>Cah. hosp.</b>	Les Cahiers hospitaliers
<b>CASF</b>	Code de l'action sociale et des familles
<b>C. assur.</b>	Code des assurances
<b>Cass. Ass. plén.</b>	Cour de cassation, Assemblée plénière
<b>Cass. ch. mixtes</b>	Cour de cassation, chambres mixtes
<b>Cass. civ.</b>	Cour de cassation, chambre civile
<b>Cass. com.</b>	Cour de cassation, chambre commerciale
<b>Cass. crim.</b>	Cour de cassation, chambre criminelle
<b>Cass. req.</b>	Cour de cassation, chambre des requêtes
<b>Cass. soc.</b>	Cour de cassation, chambre sociale
<b>C. civ.</b>	Code civil
<b>C. consom.</b>	Code de la consommation
<b>CE</b>	Conseil d'Etat
<b>CEDH</b>	Cour européenne des droits de l'homme
<b>CGCT</b>	Code générale des collectivités territoriales
<b>ch.</b>	chambre
<b>chron.</b>	chronique
<b>CJCE</b>	Cour de justice des communautés européennes
<b>CNAM</b>	Caisse Nationale d'Assurance Maladie
<b>CNIL</b>	Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés
<b>CNOM</b>	Conseil National de l'Ordre des Médecins

<b>CNOP</b>	Conseil National de l'Ordre des Pharmaciens
<b>coll.</b>	collection
<b>comm.</b>	commentaire
<b>concl.</b>	conclusion
<b>contra</b>	contrairement, solution contraire
<b>Contrats Conc.</b>	Contrats, concurrence, consommation
<b>Consom.</b>	
<b>Contrats marché publ.</b>	Contrats et marchés publics
<b>C. pén.</b>	Code pénal
<b>CSA</b>	Conseil Supérieur de l'Audiovisuel
<b>C. santé pub.</b>	Code de la santé publique
<b>CSS</b>	Code de la sécurité sociale
<b>C. trav.</b>	Code du travail
<b>D.</b>	Recueil Dalloz
<b>Defresnois</b>	Répertoire du notariat Defresnois
<b>dir.</b>	direction
<b>DMP</b>	Dossier Médical Partagé ou Personnel
<b>doct.</b>	doctrine
<b>DP</b>	Dossier Pharmaceutique
<b>Dr. adm.</b>	Droit administratif
<b>Dr. soc.</b>	Droit social
<b>éd.</b>	édition
<b>éd. perm.</b>	édition permanente
<b>fasc.</b>	fascicule
<b>Gaz. Pal.</b>	Gazette du Palais
<b>Gest. hosp.</b>	Gestions hospitalières
<b>HADOPI</b>	Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des droits sur Internet
<b>HAS</b>	Haute Autorité de Santé
<b>Ibid. Ibidem</b>	au même endroit
<b>IDS</b>	Institut des Données de Santé
<b>infra</b>	voir ci-dessous
<b>INVS</b>	Institut National de Veille Sanitaire
<b>IR</b>	Informations rapides
<b>J. Cl.</b>	Juris-Classeur
<b>JCP E</b>	La semaine juridique, édition entreprise
<b>JCP G</b>	La semaine juridique, édition générale
<b>JCP N</b>	La semaine juridique, édition notariat
<b>JO</b>	Journal officiel
<b>JOCE</b>	Journal officiel des communautés européennes
<b>jurisp.</b>	jurisprudence
<b>LGDJ</b>	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<b>loc. cit.</b>	à l'endroit cité
<b>Méd. et droit</b>	Médecine et Droit
<b>n°</b>	numéro
<b>NIR</b>	Numéro d'Inscription au Répertoire
<b>not.</b>	notamment
<b>obs.</b>	observations
<b>op. cit.</b>	dans l'ouvrage précité
<b>Ord.</b>	Ordonnance

<b>p.</b>	page
<b>par ex.</b>	par exemple
<b>LPA</b>	Les Petites Affiches
<b>préc.</b>	précité
<b>PUAM</b>	Presses universitaires d'Aix-Marseille
<b>PUF</b>	Presses universitaires de France
<b>rapp.</b>	rapport
<b>RCA</b>	Responsabilité civile et assurances
<b>RDP</b>	Revue du droit public et de la science politique
<b>RD sanit. soc.</b>	Revue de droit sanitaire et social
<b>Rép. Civ. Dalloz</b>	Répertoire civil Dalloz
<b>Rev.</b>	Revue
<b>RCC</b>	Revue de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
<b>RFAP</b>	Revue française d'administration publique
<b>RFAS</b>	Revue française des affaires sociales
<b>RPP</b>	Revue politique et parlementaire
<b>RSC</b>	Revue de sciences criminelles et de droit comparé
<b>RFDA</b>	Revue française de droit administratif
<b>RGDM</b>	Revue générale de droit médical
<b>RIDC</b>	Revue internationale de droit comparé
<b>RRJ</b>	Revue de la recherche juridique – Droit prospectif
<b>RTD civ.</b>	Revue trimestrielle de droit civil
<b>RTD com.</b>	Revue trimestrielle de droit commercial
<b>s.</b>	suivant
<b>S.</b>	Recueil Sirey
<b>SNIIRAM</b>	Système National d'Information Inter-Régimes de l'Assurance Maladie
<b>SNDS</b>	Système National des Données de Santé
<b>somm.</b>	sommaire
<b>spé.</b>	spécialement
<b>ss la dir.</b>	de sous la direction de
<b><i>supra</i></b>	voir ci-dessus
<b>suppl.</b>	supplément
<b>T.A</b>	Tribunal administratif
<b>T. civ.</b>	Tribunal civil
<b>TC</b>	Tribunal des conflits
<b>T. correc.</b>	Tribunal correctionnel
<b>TGI</b>	Tribunal de grande instance
<b>TI</b>	Tribunal d'instance
<b>v.</b>	Voir
<b>vol.</b>	volume



# INTRODUCTION

1. "S'agissant des données de santé, informations éminemment sensibles, la tentation est exacerbée de se prévaloir d'un droit de propriété pour se garantir une meilleure protection contre tout usage préjudiciable"<sup>1</sup>. Ce sujet de la propriété des données<sup>2</sup> et plus spécialement de la propriété des données de santé<sup>3</sup> a été parfois abordé, mais de manière toujours succincte comme s'il était évident que discuter de propriété des données de santé tenait à l'absurdité. Or, il est vrai qu'envisager l'application d'un tel droit aux données de santé semble contre-nature tant les règles régissant ces dernières s'opposent à ce type de droit.

2. Pourtant, l'idée d'une propriété des données de santé mérite sans doute un travail d'ampleur au regard des enjeux tant juridiques qu'économiques qui y sont attachés. Le numérique est la dernière révolution de notre monde et le droit ne saurait échapper aux changements profonds opérés par les nouvelles technologies. Cette récente révolution fait du numérique un objet encore difficile à être saisi et appréhendé par le droit, d'autant plus que le rythme de l'innovation technologique reste considérablement plus élevé que la temporalité juridique, où la réglementation peine à anticiper et se contente d'être en réaction tardive aux besoins d'encadrement.

3. Le droit a commencé à se saisir de ce sujet en écho à des préoccupations sociétales et individuelles croissantes tenant aux libertés et droits fondamentaux de chacun. L'informatique qui permet la collecte massive et l'exploitation efficace

---

<sup>1</sup> N. MALLET-POUJOL, " Droit à et droit sur l'information de santé " in " Le droit des données de santé ", *RGDM*, Numéro spécial, LEH, 2004, p. 77.

<sup>2</sup> Voir notamment : F. MATTATIA & M. YAICHE, "Être propriétaire de ses données personnelles : peut-on recourir aux régimes traditionnels de propriété ? ", *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2015; I. FALQUE-PIERROTIN, " Ceux qui pensent être propriétaires de nos données se trompent ", *Les Echos*, 25 novembre 2014; A. LECHENET & M. UTERSINGER, " Isabelle Falque-Pierrotin : « Je ne crois pas du tout à la fin de la vie privée » ", *Le Monde* (édition numérique), 19 mai 2014; M. UTERSINGER, " Isabelle Falque-Pierrotin : « Il ne faut pas que les données personnelles soient échangées contre de la banane ! » ", *Le Monde* (édition numérique), 8 décembre 2014; A. BENSOUSSANT & E. BARBRY, « La vie privée des objets », *Annales des Mines, Réalités industrielles*, 2013/2 (Mai 2013), p. 61-65.

<sup>3</sup> Voir notamment : L. TILMAN, « La délicate question de la propriété des données de santé », *RGDM*, n° 53, 2014, p. 49-54; N. MALLET-POUJOL, *op.cit.*

de données personnelles apparaît comme une innovation pouvant porter atteinte à la vie privée des individus. Gustave Flaubert disait "*innovation : toujours dangereuse*"<sup>4</sup>. Or, les innovations informatiques et numériques soulèvent des questionnements profonds, car elles créent, pour les responsables de traitement, une faculté jusqu'alors sans commune mesure, celle de disposer d'une connaissance détaillée de la vie, plus ou moins intime, des personnes. C'est à cause de cette peur, catalysée dans un seul objet -la donnée-, que le droit est entré sur cette scène de la révolution numérique. La crainte était celle d'un contrôle de l'État sur des données, sur les informations personnelles de chacun et cette appréhension s'est exacerbée lorsqu'il s'agissait d'informations touchant au plus intime des individus comme par exemple la santé. Le fichier SAFARI (Système Automatisé pour les Fichiers Administratifs et le Répertoire des Individus), base de données centralisée de toute la population avec le numéro de sécurité sociale comme identifiant des individus, insurgença la société et les médias, le journal le Monde titrant même "SAFARI ou la chasse aux Français"<sup>5</sup>. Le gouvernement et le législateur furent priés de répondre aux angoisses et c'est ainsi que la loi Informatique et Libertés naquit<sup>6</sup>, sur fond de questionnements "*sur le devenir des libertés individuelles et publiques dans la quête permanente à l'information*"<sup>7</sup>. Ce texte ambitionne de soumettre l'informatique à des principes de respect de libertés et droits humains : "*l'informatique doit être au service de chaque citoyen. [...]. Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à*

---

<sup>4</sup> G. FLAUBERT, *Dictionnaire des idées reçues*, 1913.

<sup>5</sup> P. BOUCHET, " SAFARI ou la Chasse aux Français ", *Le Monde*, 21 mars 1974

<sup>6</sup> Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 dite " Loi Informatique et Libertés, " *JORF*, 7 janvier 1978 p. 227, telle que modifiées par les textes suivants : Loi n° 88-227 du 11 mars 1988, *JORF*, 12 mars 1988, p. 3290; Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992, *JORF*, n° 0298, 23 décembre 1992, p. 17568 ;Loi n° 94-548 du 1er juillet 1994, *JORF*, n°152, 2 juillet 1994, p. 9559;Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999, *JORF*, n°0172, 28 juillet 1999, p. 11229; Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, *JORF*, n°0088, 13 avril 2000, p. 5646 ; Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, *JORF*, 5 mars 2002, p. 4118 ; Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, *JORF*, n°66, 19 mars 2003, p. 4761; Loi n° 2004-801 du 6 août 2004, *JORF*, n°182, 7 août 2004, p. 14063 ; Loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, *JORF*, n°0020, 24 janvier 2006, p. 1129 ; Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, *JORF*, n°0110, 13 mai 2009, p. 7920 ; Loi n° 2011-334 du 29 mars 2011, *JORF*, n°0075, 30 mars 2011, p. 5504 ; Ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011, *JORF*, n°0197, 26 août 2011, p.14473 ; Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013, *JORF*, n°0238 du 12 octobre 2013, p. 16829; Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, *JORF*, n°0065, 18 mars 2014, p. 5400; Ordonnance n°2015-948 du 31 juillet 2015, *JORF*, n°0177, 2 août 2015, p. 13236; Ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015, *JORF*, n°0248, 25 octobre 2015, p. 19872; Loi n°2016-41 du 26 janvier 2016, *JORF*, n°0022, 27 janvier 2016; Ordonnance n°2016-462 du 14 avril 2016, *JORF*, n°0089, 15 avril 2016; Loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016, *JORF*, n°0235, 8 octobre 2016.

<sup>7</sup> J. THYRAUD, sénateur et auteur du rapport de la Commission des lois sur le projet de loi relatif à l'informatique et aux libertés : Rapport n° 72 (1977-1978) de M. Jacques THYRAUD, fait au nom de la commission des lois, déposé le 10 novembre 1977.

*la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques*"<sup>8</sup>. Il crée de nouveaux droits et obligations pour les personnes et les responsables des traitements de données personnelles c'est-à-dire les responsables de " *toute opération ou tout ensemble d'opérations portant sur de telles données, quel que soit le procédé utilisé, et notamment la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction* "<sup>9</sup>. Cette loi élabore aussi un régime à géométrie variable selon la nature de la donnée dont il est question. Les données de santé sont ainsi plus protégées que d'autres types de données, d'autant plus qu'elles obéissent à un corpus juridique spécifique intégré dans le Code de la Santé Publique. D'ailleurs, les différentes législatures ont toujours été plus soucieuses des droits des malades et patients, notamment vis-à-vis de l'information médicale<sup>10</sup>. Ces craintes et préoccupations ne sont pas une particularité française, de nombreux autres pays se saisissaient de ce sujet au même moment qu'en France. Les États-Unis adoptent en janvier 1974 un " Privacy Act "<sup>11</sup> qui énonce des principes liés aux données personnelles détenues par l'Administration ( et uniquement elle). En Europe, l'Allemagne fut le premier pays européen à se doter d'une législation relative à la protection des données personnelles en 1977<sup>12</sup> et la Cour Constitutionnelle allemande dégaga en 1983<sup>13</sup> un nouveau droit constitutionnel qualifié de "*droit à l'autodétermination informationnelle*".

---

<sup>8</sup> Article 1er, Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 dite " Loi Informatique et Libertés, *op.cit.*

<sup>9</sup> Article 2, *Idem.*

<sup>10</sup> Voir notamment : Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JORF*, 5 mars 2002, p. 4118; Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, *JORF*, n°0167, 22 juillet 2009, p.12184; Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, *JORF*, n°0022, 27 janvier 2016.

<sup>11</sup> The Privacy Act of 1974, Pub.L. 93-579, 88 Stat. 1896, enacted December 31, 1974, 5 U.S.C. § 552a. Long title : An Act to amend title 5, United States Code, by adding a section 552a, to safeguard individual privacy from the misuse of Federal records, to provide that individuals be granted access to records concerning them which are maintained by Federal agencies, to establish a Privacy Protection Study Commission, and for other purposes.

<sup>12</sup> Loi fédérale du 21 janvier 1977 portant protection contre l'emploi abusif de données d'identification personnelle modifiée par la loi du 20 décembre 1990 sur la protection des données.

<sup>13</sup> Cour constitutionnelle allemande, 15 décembre 1983 : traduction en français de Y. POULLET & A. ROUVROY, " Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie ", in *Etat de Droit et virtualité*, K. BENYKHELF & P. TRUDEL (ss. dir. de), Montréal, Thémis, 2009.

L'Espagne inscrit quant à elle directement dans sa Constitution de 1978<sup>14</sup> le principe de respect de l'intimité des personnes en cas d'utilisation de l'informatique et, contrairement aux autres pays européens et notamment la France, les données personnelles de santé ne bénéficiaient pas d'un statut de protection maximale comme à la France, mais intermédiaire. Enfin, l'Union Européenne a fini par se saisir de ce sujet pour harmoniser et créer un socle commun à tous les États adhérents par l'adoption d'une directive en 1995<sup>15</sup> et d'un règlement en 2016<sup>16</sup> qui traitent tout deux spécifiquement des données de santé comme étant des données sensibles.

4. Pourtant, malgré une réglementation des données de santé fournie et régulièrement réformée, Mme Mallet-Poujol parle bien du droit de propriété comme d'une potentielle "*meilleure protection*". Il semblerait donc que la réglementation existante ne soit pas ou plus suffisante. Aussi, les différents droits reconnus au travers de la loi Informatique et Libertés et des différents corpus spécifiques aux données de santé ne seraient pas satisfaisants, comme en témoigne la prolifération des dispositions à cet égard dans des textes de l'année 2016 : loi de modernisation du système de santé<sup>17</sup>, loi pour une République Numérique<sup>18</sup>, règlement européen relatif à la protection des données personnelles<sup>19</sup>. Ces trois textes contiennent des dispositions qui visent à renforcer les droits des personnes à l'égard de leurs données de santé face au constat d'une réglementation relativement peu efficace. En effet, les tensions économiques sur le numérique cumulées à la mondialisation du secteur en font un point névralgique de tensions juridiques et expliquent le balbutiement régulier et persistant des droits sur les données de santé. On constate ainsi que malgré des droits forts reconnus aux

---

<sup>14</sup> Article 18§ 4 : " *La loi limitera l'usage de l'informatique pour garantir l'honneur et l'intimité personnelle et familiale des citoyens et le plein exercice de leurs droits.* ", Constitution espagnole Approuvée par les Cortès réunies en séances plénières du Congrès des Députés et du Sénat célébrées le 31 octobre 1978, Ratifiée par le peuple espagnol par le référendum du 6 décembre 1978, Sanctionnée par S.M. le Roi devant les Cortès le 27 décembre 1978.

<sup>15</sup> Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

<sup>16</sup> Règlement (UE) 2016/679 du Parlement Européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 96/46/CE (règlement général sur la protection des données).

<sup>17</sup> Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, *op. cit.*

<sup>18</sup> Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, *JORF*, n°0235, 8 octobre 2016.

<sup>19</sup> Règlement (UE) 2016/679 du Parlement Européen et du Conseil du 27 avril 2016, *op. cit.*

patients, ces derniers sont dépouillés non seulement de leurs données de santé, mais aussi de leurs droits sur celles-ci. Les enjeux économiques et sanitaires issus de l'exploitation massive des données santé sont d'une telle ampleur que la tentation de sacrifier les droits des patients sur leurs données est grande. Malgré une réglementation protectrice des patients et de leurs données, on constate que l'importance des enjeux pour les collecteurs a engendré une asymétrie de pouvoirs, de droits entre collecteurs et patients. Ce déséquilibre ainsi créé empêche les patients de connaître et d'exercer leurs droits, de consentir librement à la collecte de leurs données, en d'autres termes de jouer à jeu égal avec des collecteurs qui les devance, qui empêchent tout accès à leurs services sans cette contrepartie numérique qu'incarnent les données personnelles de santé. Ajoutés à cette perte de puissance juridique, les patients subissent aussi une certaine spoliation économique, car l'exploitation de leurs données rémunère les collecteurs sans qu'aucune contrepartie ne soit versée aux " premiers producteurs " de ces données.

5. En conséquence, se pose ainsi la question de la manière de rétablir cet équilibre économique et de mieux garantir les droits. Le droit de propriété est bien sur la solution naturellement avancée. Il permet d'en tirer toutes les utilités, d'assurer un lien d'exclusivité d'une force extrême entre une personne et une chose, et donc d'assurer la protection de ce lien. Instinctivement, il est légitime d'envisager que ce droit pourrait être à même d'assurer une meilleure maîtrise des données et de permettre une exploitation économique directe par les patients.

6. Mais avant d'élaborer la problématisation d'une étude sur cette rencontre entre le droit de propriété et les données de santé (§3), l'objet de celle-ci doit être clairement défini pour que le raisonnement juridique puisse s'en emparer (§1) et ses enjeux dépeints dans leur globalité, pour justifier un travail d'une telle ampleur (§2).

## **§1. Objet de l'étude**

7. La notion de donnée et ses différentes déclinaisons ne sont pas aisées à définir, mais il est nécessaire de les spécifier pour stabiliser les contours de notre principal objet d'étude, la donnée de santé (A). Le champ d'étude s'avérant très

large, une catégorisation des données de santé peut être élaborée. Elle est même nécessaire, car l'analyse juridique sera forcément différenciée en fonction de la nature de la donnée de santé en cause (B).

## A. Définition des objets

8. L'objet d'étude principal au cœur du sujet de la recherche est évidemment la donnée de santé (3). Mais pour pouvoir définir cet objet, il faut pouvoir spécifier tout d'abord la donnée (1) qui elle-même procède d'une autre notion délicate à saisir, l'information (2).

### 1. La donnée

9. *"Le Droit est [notamment] mis en difficulté parce que le terme de " donnée " assez nouveau n'est pas aisé à définir"*<sup>20</sup>. Pourtant la donnée est au cœur des technologies numériques et le Droit ne lui a toujours pas octroyé un sens juridique. Non pas que cela soit forcément nécessaire, mais cela faciliterait la prise du juriste sur ce territoire numérique encore très inexploré. Le dictionnaire la définit comme une *" représentation conventionnelle d'une information en vue de son traitement informatique "*<sup>21</sup>. Une donnée serait donc une molécule composée de deux atomes indissociables : l'information et l'informatique. En d'autres termes, ce serait une "information informatisée" ou plutôt une "information technologisée". Les juristes s'accordent sur cette définition. Ainsi, Mme De Lamberterie a affirmé qu'il *"ressort des définitions qu'une donnée est une information valorisée qui possède une valeur ajoutée d'ordre technologique "*<sup>22</sup> et Mme Frison-Roche l'envisage comme un *"élément de fait qu'une personne extrait du monde réel, c'est-à-dire une information"*<sup>23</sup>. Seul l'arrêté du 22 décembre 1981 relatif à l'enrichissement du vocabulaire informatique s'est risqué à l'exercice de la définition de la donnée et se rapproche des définitions doctrinales précédentes :

---

<sup>20</sup> M. - A. FRISON-ROCHE, " Les conséquences réglementaires d'une monde repensé à partir de la notion de "données "" , in *Internet, espace d'interrégulation* (ss. dir. M. - A. FRISON-ROCHE), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2016, p. 183, p.7

<sup>21</sup> Le Petit Larousse illustré, 2017

<sup>22</sup> I. DE LAMBERTERIE, " Qu'est-ce qu'une donnée de santé ? ", in " Le droit des données de santé ", *RGDM*, Numéro spécial, LEH, 2004, p. 13.

<sup>23</sup> M. - A. FRISON-ROCHE, *op. cit.*, p. 9.

*"représentation d'une information sous une forme conventionnelle destinée à faciliter son traitement"*<sup>24</sup>.

La donnée dans sa singularité a donc été peu définie par le droit mais celui-ci s'est par contre grandement saisi des ensembles de données par le biais de la notion de base de données notamment en droit de la propriété intellectuelle. Le législateur européen a ainsi encadré ces ensembles de données en 1996<sup>25</sup> par l'adoption d'une directive visant à harmoniser la législation des États membres dans un objectif de meilleure protection des bases de données. Ce texte, transposé en droit français en 1998<sup>26</sup>, visait avant tout à protéger les investissements économiques faits dans les bases de données soit dans *" un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou d'une autre manière "*<sup>27</sup>. Les textes ne viseraient donc pas les données, mais un ensemble de données, un regroupement, en d'autres termes le contenant et non le contenu. Il semble tout de même que l'objectif poursuivi fut celui de *" l'appropriation de la valeur économique que constitue l'information "*<sup>28</sup> grâce à l'interdiction de l'extraction ou de la réutilisation d'une partie substantielle de la base, sous réserve d'un investissement de la part du producteur.

**10.** On comprend au travers de ces définitions semblables de la donnée que le siège de cette notion réside dans le concept d'information.

## 2. L'information

**11.** À ce propos, la difficulté s'accroît. L'information peut être entendue de manière statique soit comme *"un message communicable à autrui par un moyen*

---

<sup>24</sup> Arrêté du 22 décembre 1981 relatif à l'enrichissement du vocabulaire informatique.

<sup>25</sup> Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données

<sup>26</sup> Loi n° 98-536 du 1er juillet 1998 portant transposition dans le code de la propriété intellectuelle de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données

<sup>27</sup> Article 1er de la Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données

<sup>28</sup> A. LUCAS, H.-J. LUCAS & A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4e éd. 2012, p. 45; v. contra cette opinion B. EDELMAN, " Les bases de données ou le triomphe des droits voisins ", *D.*, 2000, chron. p. 98

quelconque "<sup>29</sup> ou dynamique c'est-à-dire que " *l'information naît d'un travail de formulation seul apte à rendre perceptible un fait perçu ou une idée conçue [...]* L'intervention de l'homme est ainsi déterminante, au point que l'information, dans son origine, n'est autre qu'un produit du travail "<sup>30</sup>. Elle se distingue de l'idée, car "la pure idée abstraite n'est pas information avant d'être coulée en signes intelligible "<sup>31</sup>. La donnée ne serait donc qu'une forme d'information, une manière de rendre une idée communicable pour la transformer en information. Elle devrait ainsi naturellement obéir aux règles qui régissent l'information. Or, M. Catala tentait déjà dans son article de 1984 de créer un régime juridique de droit commun à l'information et force est de constater qu'il n'existe toujours pas. On peut retrouver des traces éparses dans le droit de la propriété intellectuelle et dans le droit des données. Le nouveau monde numérique a forcé législateur et juge à construire un foisonnement de règles régissant non pas l'information, mais les données, témoin de l'embarras du Droit face à cette terre inconnue.

### 3. La donnée de santé

**12.** Nous avons pu circonscrire la notion de donnée et d'information pour permettre de définir notre objet d'étude principal, la donnée de santé.

**13.** Si une donnée est une " information technologisée " alors une donnée de santé serait " une information technologisée de santé ". Cela nous impose donc de définir ce qu'est la santé. Classiquement, c'est la définition de l'Organisation mondiale de la Santé (OMS) qui est retenue : "*la santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité*"<sup>32</sup>. On pourrait en déduire que les données de santé peuvent être relatives à un état physique, mental ou social. Le Droit a dû se contenter d'une telle approche jusqu'à très récemment. En effet, la définition de données personnelles de santé n'existait pas dans les textes et c'est le dernier

---

<sup>29</sup> P. CATALA, *Ebauche d'une théorie juridique de l'information*, *D.*, 1984, *Chron.*, p. 97 et suiv., spéc., n°7.

<sup>30</sup> T. REVET, *La force de travail : étude juridique*, Thèse, Montpellier 1, 1991, n°460, p. 519.

<sup>31</sup> P. CATALA, *op.cit.*, p. 98.

<sup>32</sup> Préambule à la Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé, tel qu'adopté par la Conférence internationale sur la Santé, New York, 19-22 juin 1946; signé le 22 juillet 1946 par les représentants de 61 Etats. 1946; (Actes officiels de l'Organisation mondiale de la Santé, n°. 2, p. 100) et entré en vigueur le 7 avril 1948

règlement européen qui est venu remédier à ce vide en les décrivant comme " *les données à caractère personnel relatives à la santé physique ou mentale d'une personne physique, y compris la prestation de services de soins de santé, qui révèlent des informations sur l'état de santé de cette personne* " <sup>33</sup>. Pour reprendre la définition de la donnée, finalement la donnée de santé "*est le résultat d'une transformation d'une information médicale, destinée à la mettre sous une forme compatible avec un traitement défini* " <sup>34</sup>.

**14.** La difficulté à circonscrire la notion de donnée et notamment celle de donnée de santé ainsi que la particularité de ces objets, révèle tout l'intérêt d'une étude centrée sur ces éléments.

**15.** Les données de santé maintenant définies, il est possible d'en identifier quatre catégories distinctes qui seront utiles comme canevas pour cette étude.

## **B. Catégorisation des objets**

**16.** Au sein des données de santé on peut distinguer quatre natures différentes de données : les données personnelles (1) par opposition aux données anonymes (2), les données anonymisées qui en quelque sorte procède des deux premières catégories (3), et enfin les données publiques qui transcendent les classifications précédentes (4).

---

<sup>33</sup> Article 4 Règlement (UE) 2016/679 du Parlement Européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 96/46/CE (règlement général sur la protection des données) à lire à la lumière du considérant 53 : " *Les données à caractère personnel concernant la santé devraient comprendre l'ensemble des données se rapportant à l'état de santé d'une personne concernée qui révèlent des informations sur l'état de santé physique ou mentale passé, présent ou futur de la personne concernée. Cela comprend des informations sur la personne physique collectées lors de l'inscription de cette personne physique en vue de bénéficier de services de soins de santé ou lors de la prestation de ces services au sens de la directive 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil (1) au bénéfice de cette personne physique; un numéro, un symbole ou un élément spécifique attribué à une personne physique pour l'identifier de manière unique à des fins de santé; des informations obtenues lors du test ou de l'examen d'une partie du corps ou d'une substance corporelle, y compris à partir de données génétiques et d'échantillons biologiques; et toute information concernant, par exemple, une maladie, un handicap, un risque de maladie, les antécédents médicaux, un traitement clinique ou l'état physiologique ou biomédical de la personne concernée, indépendamment de sa source, qu'elle provienne par exemple d'un médecin ou d'un autre professionnel de la santé, d'un hôpital, d'un dispositif médical ou d'un test de diagnostic in vitro.* "

<sup>34</sup> F. GREMY, *Informatique Médicale : introduction à la méthodologie en médecine et santé publique*, Flammarion Médecine, coll. " Biologie ", 1987, p. 422.

## 1. Les données personnelles

17. Les données de santé peuvent être des données personnelles. Ce type de donnée a été le premier à être saisi par le droit.

18. Ainsi, le premier acte juridique notable en matière de droit des données a été la loi du 6 janvier 1978 dite Loi " Informatique et Libertés "<sup>35</sup>. Cette loi avait pour vocation de répondre aux grands enjeux juridiques du numérique, mais seulement via le prisme du risque pour les libertés publiques et individuelles<sup>36</sup>. Il s'agissait de protéger les individus, les personnes de toute atteinte à leur vie privée, que l'industrie informatique facilité. Est apparue alors une notion désormais bien connue du droit, celle de données personnelles. Paradoxalement, le droit s'est refusé à définir la notion de données en général, mais il a réussi à en construire une déclinaison. La loi Informatique et Libertés les définit comme suit : "*toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres* "<sup>37</sup>. La réglementation européenne s'appuie sur une définition presque identique<sup>38</sup>. Ces textes nationaux et européens sont arrivés en réponse à des problématiques juridiques ciblées sur ce type de données uniquement. Il s'agissait au départ de protéger les individus contre l'État. Cette législation s'est construite "*en défiance aux dérives des pouvoirs publics (aussi bien le ministère de l'Intérieur que l'administration fiscale)*"<sup>39</sup>. Mais l'évolution numérique impose aussi d'envisager comme " ennemi " des droits des personnes sur leurs données des entités privées, parfois très puissantes comme les

---

<sup>35</sup> Loi " Informatique et Libertés "; Etudes doctrinales, voir notamment : J. ARRIGHI DE CASANOVA & S. FORNERI, " Une nouvelle étape de l'amélioration des relations entre l'Administration et les citoyens : la loi « DCRA » du 12 avril 2000 ", *RFDA*, 2000, p.725; N. METALLINOS, " Maîtriser le risque Informatique et Libertés ", *Dr. soc.*, 2006. 378; A. DEBET, " Informatique et libertés : faut-il aujourd'hui réviser la directive 95/46/CE relative à la protection des données personnelles ? ", *D.*, 2011. 1034; A. MAITROT DE LA MOTTE, " La réforme de la loi informatique et libertés et le droit au respect de la vie privée ", *AJDA*, 2004. 2269; S. VULLIET-TAVERNIER, " Après la loi du 6 août 2004 : nouvelle loi « informatique et libertés », nouvelle CNIL ? ", *Dr. soc.*, 2004. 1055

<sup>36</sup> Article 1 : "*L'informatique doit être au service de chaque citoyen. Son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale. Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques.*"

<sup>37</sup> Article 2

<sup>38</sup> Règlement (UE) 2016/679 du Parlement Européen et du Conseil du 27 avril, *op. cit.*, Article 4 : "*toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable*".

<sup>39</sup> N. BINCTIN, "Le statut juridique des informations non appropriées", *Legicom*, 2013/1, n°49, p. 29-40.

GAFAs<sup>40</sup>. Ce constat révèle que si le droit n'a pas eu à cœur de s'attarder sur la donnée, il a été jugé fondamental de réglementer les données personnelles.

19. De manière sous-jacente, cette réglementation des données personnelles cherche à protéger la vie privée des individus, elle est un dérivé<sup>41</sup>, une excroissance moderne du droit au respect de la vie privée. Jusqu'à la Révolution de 1789, le pouvoir du souverain était absolu et il était donc normal que la vie des individus puisse être à la vue de tous et notamment celle du roi. À partir de 1789, que ce soit par confort social ou pour protéger une réputation, *"la demande de protection [ de la vie privée ] est alors particulièrement relayée, à partir de la Restauration, par les hommes politiques et notables, victimes privilégiées d'indiscrétions et de divulgation de leur vie privée dont la valeur marchande attise les convoitises"*<sup>42</sup>. L'acte juridique fondateur du droit au respect de la vie privée vint du droit pénal avec la sanction des atteintes à la vie privée faites dans la presse<sup>43</sup>. Le juge civil fut forcé de prendre le relais par le biais de la responsabilité civile, suite à l'aménagement des différents textes encadrant la presse. Ainsi le tribunal civil de la Seine interdit en 1858 la reproduction et la publication de l'image d'une personne sur son lit de mort<sup>44</sup>. Quelques temps plus tard et de l'autre côté de l'Atlantique, deux avocats firent émerger le "right of privacy"<sup>45</sup> qui fut ensuite décliné selon quatre catégories de torts *"l'intrusion physique ou autre dans l'intimité d'une personne, le fait de présenter quelqu'un sous un faux jour, la révélation de faits de nature privée en l'absence d'intérêt légitime du public et l'utilisation de l'image dans un but commercial"*. Il n'empêche qu'en droit français ou en droit européen, *"la notion de vie privée est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive"*<sup>46</sup>. Ainsi, ce droit protège tant l'identité (nom, adresse, numéros d'identification, informations économiques et patrimoniales) que l'intimité (intimité physique et morale dont l'état de santé, les informations génétiques et l'intimité sexuelle, intimité

---

<sup>40</sup> Google, Apple, Facebook, Amazon.

<sup>41</sup> *Contra* : l'ouvrage de J. - C. SAINT-PAU (ss. dir. de), *Droits de la Personnalité*, Traités, Lexis Nexis, 2013 à partir de la p. 545 autonomise le droit des données personnelles par rapport au droit au respect de la vie privée.

<sup>42</sup> J. - C. SAINT-PAU (ss. dir. de), *Droits de la Personnalité*, Traités, Lexis Nexis, 2013, p. 456.

<sup>43</sup> Loi du 11 mai 1868 sur la presse.

<sup>44</sup> T. civ. Seine, 16 juin 1858, *DP*, 1858, jurispr. p. 62.

<sup>45</sup> S. D. WARREN & L. D. BRANDEIS, "The right of privacy", *Harvard Law Review*, vol. 4, 1890, p. 193 à 220.

<sup>46</sup> CEDH, 8 janv. 2009, n°29002/06, *Schlumpf c/ Suisse*.

spirituelle et morale dont les convictions religieuses, politiques et philosophiques, intimité familiale), mais aussi le domicile, les correspondances, l'image et la voix<sup>47</sup>. Si l'on observe attentivement la Loi Informatique et Libertés, on remarque qu'elle est une extension, une adaptation au numérique de cette protection de la vie privée. Il s'agissait de préserver la vie privée du numérique en restreignant la liberté de collecte et de traitement de données et en permettant aux personnes de maîtriser leurs données personnelles.

**20.** Nous avons abordé la notion de donnée et celle de données personnelles, mais en sus de ce statut juridique particulier des données personnelles, certaines d'entre elles bénéficient d'une protection encore plus accrue : les données personnelles sensibles. Ces données jouissent d'un régime juridique spécifique du fait du type d'information particulièrement intime qu'elles contiennent. On y trouve les données personnelles relatives aux origines raciales ou ethniques, aux opinions politiques, philosophiques ou religieuses, à la vie sexuelle et enfin à la santé<sup>48</sup>. Si la donnée personnelle de santé jouit du statut de données sensibles c'est parce que son lien avec l'intimité, la vie privée est particulièrement fort, plus que pour d'autres données. Cet aspect montre bien toute la spécificité de la santé à l'égard du numérique, car les données personnelles concernant ce secteur ont trait à une dimension "intime de l'intime". Au-delà de la donnée de santé, c'est l'information de santé personnelle qui depuis plusieurs siècles est traitée spécifiquement pour asseoir le lien de confiance entre le patient et son médecin, son soignant. L'information de santé est tellement délicate<sup>49</sup> que les textes juridiques dès l'origine jusqu'à la loi Informatique et Libertés et de récentes lois de santé ont eu à cœur de lui octroyer une protection renforcée.

## *2. Les données anonymes*

**21.** *A contrario* des données de personnes de santé, il existe les données de santé anonymes. Aucun texte ne définit ces données, car même si le Droit s'est saisi des enjeux sur les données personnelles et notamment celles de santé, les données anonymes n'apparaissent pas. En effet, la seule définition qu'il est

---

<sup>47</sup> J. C. SAINT-PAU (ss. dir. de.), *op.cit.*, p. 723 à 761.

<sup>48</sup> Article 8 Loi " Loi Informatique et Libertés ".

<sup>49</sup> V. notamment n°197 et 198

possible de trouver est négative : une donnée anonyme est une donnée qui n'est pas personnelle, qui ne permet pas d'identifier un individu.

**22.** Nonobstant cet absence de définition dans les textes juridiques et donc une approche uniquement *a contrario* des données personnelles, ces données méritent au même titre que les autres d'être étudiés au sein de cette thèse pour lui assurer sa complétude.

**23.** À cheval entre ces données anonymes de santé et les données personnelles on retrouve les données anonymisées.

### *3. Les données anonymisées*

**24.** Les données anonymisées sont des "*données à caractère personnel rendues anonymes de telle manière que la personne concernée ne soit pas ou plus identifiable*"<sup>50</sup>. Il s'agit d'un changement de nature d'une donnée. Ces procédés techniques de transformation de la donnée personnelle en donnée anonyme sont particulièrement utilisés dans le domaine de la santé notamment dans la recherche. Une données anonymisée est en conséquence, et en premier lieu une donnée anonyme. Mais, elle n'est pas collectée à l'origine comme donnée anonyme. La collecte s'effectue sur une donnée personnelle qui est ensuite transformée en donnée anonyme.

**25.** On ne saurait exclure ce type de donnée au prétexte que grâce au processus d'anonymisation elles sont désormais devenues des données anonymes et intégreraient ainsi cette catégorie précédemment décrite . La "mue" d'une donnée personnelle de santé en donnée anonyme impacte profondément la question du transfert ou de la modification des droits sur la donnée primaire vers la donnée secondaire. Parce que la donnée anonymisée procède d'une donnée personnelle, qu'elle n'est pas nativement anonyme, elle mérite d'apparaître dans une catégorie à part entière et d'être étudiée.

---

<sup>50</sup> Considérant 26 du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement Européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 96/46/CE (règlement général sur la protection des données

26. Une dernière catégorie de données de santé qui transcende celles déjà étudiées mérite qu'on s'y attarde.

#### 4. Les données publiques

27. Les données publiques peuvent se définir comme : "*l'ensemble des informations collectées ou produites dans le cadre d'une activité de service public, quel que soit son caractère, administratif ou industriel et commercial*"<sup>51</sup>.

28. La dernière loi sur la République Numérique<sup>52</sup> a fait des données publiques l'un des axes majeurs de son contenu. Cette loi vise à répondre à la volonté d'une plus grande ouverture des données publiques (open-data) et elle élargit même les données potentiellement soumises à cette obligation d'ouverture en créant la notion de "donnée d'intérêt général" pour assurer l'ouverture des données d'organismes privés, mais en charge d'une mission de service public. Peu avant, spécifiquement dans le secteur de la santé, la dernière loi de santé créa le Système National de Données de Santé<sup>53</sup>.

29. Si cette notion de donnée publique dépasse celle de donnée personnelle, anonyme et anonymisée, c'est parce qu'une donnée publique peut appartenir à chacune de ces autres catégories. Toutefois, le caractère personnel d'une donnée publique l'empêchera par exemple d'être soumise à un libre accès pour d'autres que la personne concernée. C'est donc généralement un double nature de donnée qu'il faudra étudier en matière de données publiques.

---

<sup>51</sup> L. TERESI, *Droit de réutilisation et exploitation commerciale des données publiques*, La Documentation Française, Coll. Monde européen et international, 2011, p. 18.

<sup>52</sup> Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, *op. cit.*

<sup>53</sup> Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, article 193, extrait : " Art. L. 1461-1.-I.-Le système national des données de santé rassemble et met à disposition :

« 1° Les données issues des systèmes d'information mentionnés à l'article L. 6113-7 du présent code ;

« 2° Les données du système national d'information interrégimes de l'assurance maladie mentionné à l'article L. 161-28-1 du code de la sécurité sociale ;

« 3° Les données sur les causes de décès mentionnées à l'article L. 2223-42 du code général des collectivités territoriales ;

« 4° Les données médico-sociales du système d'information mentionné à l'article L. 247-2 du code de l'action sociale et des familles ;

« 5° Un échantillon représentatif des données de remboursement par bénéficiaire transmises par des organismes d'assurance maladie complémentaire et défini en concertation avec leurs représentants. [...] "

30. La spécificité de cette catégorie et notamment des acteurs particuliers dont il est question (personnes publiques et personnes privées en charge de missions d'une mission de service public) impliquera des développements axés précisément sur les données publiques.

31. Cette typologie des données structurera la présente analyse pour lui assurer clarté et complétude.

## §2. Justification de l'étude

32. Une étude portant sur les données de santé se justifie par l'ampleur des enjeux dont il est question (A). Cette importance considérable rejaillit inévitablement sur le droit qui reflète de fortes tensions entre les différents acteurs concernés par les données de santé (B).

### A. La maîtrise des données de santé, des enjeux considérables

33. Les enjeux entourant les données et plus particulièrement les données de santé sont considérables du fait à la fois de la masse colossale (1) de données et de la possibilité d'avoir à disposition des données personnelles (2) pour individualiser les analyses et services.

#### 1. La prolifération des données, l'or noir du Numérique

34. Il est vrai que *"l'information en tant que telle a toujours eu une valeur économique : le meilleur exemple est celui d'une information qui fut payée trente pièces d'argent ; et ainsi l'ère chrétienne commença"*<sup>54</sup>. Mais la révolution numérique a décuplé cette valeur en transformant l'information en donnée et donc en véritable produit industriel : *"Même si l'information ne se confond pas avec l'informatique, même si l'information a préexisté à l'informatique, c'est la dimension informatique qui ouvre largement le marché de l'information au travers des banques et des bases de données dont elle rend la constitution possible et dont elle facilite la commercialisation par la télématique.*

---

<sup>54</sup> V. FROSINI, *Law and Liberty in the Computer Age*, Coll. The Havard Papers, Otta, Ed. TANO, 1995, p.85; A propos des 30 deniers de Judas pour lesquels il trahit Jésus.

*L'information brute de collecte n'est pas sans valeur, mais c'est surtout l'information compilée, corrélée, enrichie qui peut être objet de négoce*"<sup>55</sup>. La profusion des données permet de recouper des informations, d'élaborer des profils, de calculer des risques, de prévoir l'avenir, " *c'est la dernière révolution informatique, celle de la data, de la recherche de patterns dans des données de toute forme, simple bruits en apparence, mais qui cachent des secrets que seuls des yeux numériques parviennent à discerner* "<sup>56</sup>. D'ailleurs, " *une [...] variante de la loi de Metcalfe*"<sup>57</sup> révèle que la valeur d'une donnée est proportionnelle au carré du nombre de données auxquelles elle est associée "<sup>58</sup>. Plus il y a de données, plus leur potentiel économique s'accroît. Alors bien entendu, certaines données offrent plus de possibilités que d'autres et les données personnelles occupent sur ce point la première marche du podium.

35. Le rapport du Conseil National du Numérique d'octobre 2015 constate que le secteur de la santé n'est pas épargné dans sa rencontre avec le numérique par les débats et les oppositions usuelles " *entre public et privé, enjeux économiques et enjeux sociaux, innovation et précaution, médical et non médical, curation et prévention, universalité et privatisation, solidarité et individualisation, sachant et profane* "<sup>59</sup>. La santé se trouve ainsi elle aussi bousculée par ce nouveau monde qui " *impulse des évolutions d'une ampleur et d'un rythme sans précédent* "<sup>60</sup> avec " *l'explosion des objets connectés et des applications mobiles en santé, l'exploitation du big data, l'avènement des NBIC*"<sup>61</sup> et l'offre florissante de nouveaux services de santé " et qui " *conduit à une transformation multidimensionnelle de notre système de santé*"<sup>62</sup>. En d'autres termes, " *le numérique dévore le monde et la santé n'y fait pas exception*"<sup>63</sup>. Elle serait même " *le secteur économique au plus fort potentiel de croissance avec un marché mondial de la e-santé chiffré à 2,4 milliards d'euros et une progression évaluée*

---

<sup>55</sup> P. GAUDRAT, *La commercialisation des données publiques*, Documentation Française, 1992, p. 7.

<sup>56</sup> G. BABINET, *L'ère numérique, un nouvel âge de l'humanité, Cinq mutations qui vont bouleverser notre vie*, éd. Le Passeur, 2014, p. 89.

<sup>57</sup> Loi économique expliquant les effets de réseau liés aux technologies de l'information.

<sup>58</sup> P. BELLANGER, *La souveraineté numérique*, éd. Stock, 2014, p. 47.

<sup>59</sup> Conseil National du Numérique, Rapport sur " La santé, bien commun de la société numérique ", 2015, p. 4.

<sup>60</sup> Conseil National du Numérique, *op.cit*, p. 6.

<sup>61</sup> Nanotechnologies, biotechnologies, informatique, sciences cognitives.

<sup>62</sup> Conseil National du Numérique, *op.cit*, p. 6.

<sup>63</sup> Conseil National du Numérique, *op.cit*, p. 22.

entre 4 à 7 % par an d'ici à 2019. Le marché mondial de la m-santé est quant à lui estimé à 19 milliards d'euros. L'utilisation des tablettes et téléphones intelligents au soutien de la santé pourrait ainsi concerner 3,4 milliards de personnes dans le monde (un utilisateur de smartphone sur deux) dès 2017 <sup>64</sup>. Les intérêts économiques et sanitaires du numérique en santé et notamment des données de santé dépassent presque l'entendement. Par exemple, grâce à l'utilisation de dispositifs innovants, 100 milliards de dollars pourraient être économisés par le système de santé en quatre ans aux États-Unis<sup>65</sup>. Au sein de cette industrie, les données relatives à la santé sont autant de diamants bruts qui ne demandent qu'à être récoltés et exploités.

## 2. Les données personnelles, diamants de l'économie numérique

**36.** "Le numérique [...] permet une mise en données du monde ",<sup>66</sup> mais il permet surtout une mise en donnée des personnes. L'individu est au centre de cette économie de la donnée, il s'agit d'en savoir le plus possible sur lui, sur ce qu'il est, ce qu'il fait et ce qu'il pense pour lui fournir des services adaptés à son profil, pour adapter les publicités selon ses goûts ou encore pour calculer sa prime d'assurance selon son mode de vie. L'accumulation et l'exploitation de données personnelles permettent le véritable " sur-mesure ". Par conséquent, "avec la numérisation des données, l'information sur la personne non seulement fait l'objet d'un traitement massif, mais est devenue partie intégrante d'un marché " <sup>67</sup> et " cette masse de données captées sur les individus est fondatrice de l'économie actuelle de l'Internet " <sup>68</sup>.

**37.** On assiste ainsi à une collision entre deux plaques tectoniques représentant des intérêts, des forces contradictoires : "tous les secteurs de l'économie reposent aujourd'hui sur la puissance des agents économiques à disposer de l'information,

---

<sup>64</sup> Etude Cabinet américain Research2guidance, 7 mars 2013 in Conseil National du Numérique , *op.cit.*, p. 24.

<sup>65</sup> <https://newsroom.accenture.com/news/digital-health-solutions-expected-to-save-us-healthcaresystem-more-than-100-billion-over-next-four-years-accenture-finds.htm>.

<sup>66</sup> M. DE SAINT PULGENT, " Les besoins d'interrégulation engendrés par Internet, Propos Introductifs ", in *Internet, espace d'interrégulation* (ss. dir. de M. - A. FRISON-ROCHE), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2016, p. 4.

<sup>67</sup> N. MALLET-POUJOL, " Appropriation de l'information : l'éternelle chimère ", *Recueil Dalloz*, 1997, p. 330.

<sup>68</sup> P. BELLANGER, *op.cit.*, p. 175.

à la mettre en masse pour mieux la segmenter jusqu'au plus près des contours de l'individu même [...] chaque individu constituant une cible, appelant une norme qui lui soit propre, ce qui implique un souci dans tous les secteurs pour les libertés puisqu'une norme qui s'ajuste à chaque individu est par définition un danger pour celui-ci, tandis que les secteurs qui reposent sur l'information, sa segmentation, sa mise en masse et sa reconstruction, sont de nouveaux gisements de richesse et de développement "<sup>69</sup>. La tentation économique et la protection des libertés individuelles s'affrontent au sein de ce nouvel espace numérique. Force est de constater que le profit et la rentabilité prennent le pas sur les droits des personnes.

**38.** Les données personnelles apparaissent comme de véritables marchandises sans que les individus y ait forcément consenti. "*Le sujet s'expatrie dans la valeur*"<sup>70</sup>, la frontière entre bien et personne s'estompe, et c'est "*aujourd'hui la forme marchande du sujet qui domine l'univers juridique*"<sup>71</sup>.

**39.** Les données personnelles de santé catalysent tous les enjeux liés aux données. Ces données ont aujourd'hui une valeur qui "*a dépassé sur le marché noir la valeur des numéros de sécurité sociale ou de cartes bancaires*"<sup>72</sup> et qui attirent les convoitises "*de nombreux tiers [aux patients] comme certains géants du numérique, professionnels de l'assurance, de la banque, hackers mal intentionnés*"<sup>73</sup>. Ces données ont un potentiel économique considérable pour des acteurs comme les assureurs, car grâce à ces données ils peuvent mieux gérer leur risque : "*[elles] ont une valeur capitale pour les entreprises : en théorie de l'information, une information se définit par rapport à l'incertitude. Une information est ce qui réduit l'incertitude. Et la réduction de l'incertitude a une valeur mesurable*"<sup>74</sup>. Un assureur est avant tout un gestionnaire de risques et la multiplication de données disponibles est autant de possibilités de réduire son risque. Il en va de même avec une banque par exemple lors de l'octroi de prêts bancaires. Ces données ne sont pas intéressantes que pour les assureurs privés,

---

<sup>69</sup> M. - A. FRISON-ROCHE, *op.cit.*, p. 13.

<sup>70</sup> B. EDELMAN, " De la propriété-personne à la valeur-désir ", *D.* , 2004, p. 155.

<sup>71</sup> *Idem.*

<sup>72</sup> <http://sante.lefigaro.fr/actualite/2015/02/13/23393-donnees-sante-attirenhackers>.

<sup>73</sup> Conseil National du Numérique, *op.cit.*

<sup>74</sup> P. BELLANGER, *op.cit.*, p. 176-177.

elles le sont aussi pour L'Assurance Maladie qui dans un contexte de déficit colossal et croissant cherche forcément à rationaliser ses dépenses. Des données pourraient lui permettre de mieux détecter la fraude, d'individualiser le niveau de cotisation selon le risque du profil de l'individu ou encore favoriser des services numériques, utilisant et collectant des données, mais qui réduiront les risques pour la santé et qui mécaniquement éviteront des indemnisations et donc des dépenses. Même si chaque acteur ne peut légalement accéder, croiser ses fichiers avec d'autres bases et notamment celles de l'Assurance Maladie, ils se lancent dans la constitution de leurs propres bases de données de santé afin justement de pouvoir élaborer leurs modèles économiques, leurs modèles de gestion de risque, etc.

**40.** Au-delà de ce pur potentiel économique, les données de santé revêtent aussi un intérêt sanitaire certain. L'exploitation des données de santé permettra d'individualiser, de personnaliser la prise en charge médicale des patients. Cette médecine du future, faisant appel à "*trois facteurs principaux : le développement des sciences "omiques", les liens de plus en plus étroits entre thérapies médicamenteuses et dispositifs médicaux, et l'intégration du potentiel du numérique dans la médecine*"<sup>75</sup>, jouera un rôle majeur dans l'amélioration à venir de l'état de santé des individus. Cette médecine permettrait "*de recourir à un profil de risque médical détaillé pouvant servir d'instrument supplémentaire pour des interventions ciblées, avec des résultats cliniques et une possible amélioration de ceux-ci en ligne de mire et la perspective d'une évolution dans le temps vers un meilleur rapport coût-efficacité des soins de santé*"<sup>76</sup>. Le développement de cette médecine individualisée suppose des innovations génétiques mais aussi un accroissement des capacités de collecte et d'analyse des données de santé pour approcher au plus proche du bon traitement pour chaque patient.

**41.** Ces enjeux colossaux influencent inévitablement la pratique et les droits des données de santé.

---

<sup>75</sup> R. PICARD, "Médecine personnalisée : de quoi parle-t-on ? une vision prospective" , *Annales des Mines - Réalités industrielles*, 2014/4 (Novembre 2014), p. 99-106.

<sup>76</sup> Conclusions du Conseil sur la médecine personnalisée pour les patients, *OJ-C 421*, 17.12.2015, p. 0002 - 0005

## **B. La maîtrise des données de santé, source de tensions juridiques**

42. De nombreux auteurs s'alarment de cette situation et en dressent un constat particulièrement sombre : *"en entrant sur le réseau, nous scellons, sans le savoir, une sorte de pacte, avec le diable : notre identité numérique contre des services en libre accès, toujours plus personnalisés. La valeur marchande de l'individu 2.0, maintenant 3.0, devrions-nous dire, n'est plus sa force de travail, mais son identité numérique qui sera revendue plusieurs fois, comme on le faisait sur les marchés aux esclaves"*<sup>77</sup>. Les personnes apparaissent comme faibles face aux exploitants de données que l'on qualifiera de collecteurs. Il est difficile pour les individus de mesurer l'ampleur du dépouillement dont ils sont l'objet soit par inconscience, car *"c'est la personne elle-même qui se livre, donnée par donnée à tous les exploitants qui le désirent, cette personne n'ayant pas l'impression que les livres de chair qu'on lui demande lui coûtent, puisqu'elle a la conviction de demeurer intacte en n'ayant transmis qu'une information, ne mesurant pas qu'elle se livre ainsi elle-même"*<sup>78</sup>; soit par la difficulté extrême à lire et comprendre dans le détail les diverses clauses contractuelles entourant les services numériques qui restent généralement hors d'atteinte juridique de par leur situation géographique : *"la France fait partie certainement des premiers exportateurs mondiaux de vie privée. [...] Nous avons accepté des contrats que nous n'avons jamais lus, aux clauses obscures et changeantes par ailleurs. Nous avons cédé les droits et la propriété de souvenirs, d'image, de notre passé, de nos pensées à des sociétés de services informatiques sur un autre continent régi par un autre droit, une autre langue [...]"*<sup>79</sup>.

43. De plus, *"Les individus et les organisations tirant de la valeur de l'exploitation de leurs données personnelles ne jouent pas aujourd'hui à armes égales"*<sup>80</sup> et le droit tente désespérément d'établir un équilibre dans un monde où *"[...] les internautes, producteurs de données bénévoles, sont exploités [...]"*<sup>81</sup>

---

<sup>77</sup> M. DUGAIN & C. LABBE, *L'homme nu, La dictature invisible du numérique*, Plon, 2016, p. 39.

<sup>78</sup> M. - A. FRISON-ROCHE, *op.cit.*, p. 186

<sup>79</sup> P. BELLANGER, *op.cit.*, p. 11

<sup>80</sup> CNIL, " Le corps nouvel objet connecté ", Cahier Innovation et Prospective, n°02, 2014, p. 21

<sup>81</sup> M. DUGAIN & C. LABBE, *op.cit.*, p. 39

,puisqu'ils ne semblent tirer aucun bénéfice de cette richesse alors même qu'il s'agit de leurs propres données et qu'ils ont des difficultés à maîtriser l'usage, la collecte, le traitement de ces dernières. C'est ainsi que ces derniers mois, les textes relatifs aux données personnelles ont été renforcés : le règlement européen sur les données personnelles<sup>82</sup> apporte un certain nombre de nouveaux droits aux personnes tout comme la loi sur la République Numérique<sup>83</sup>. C'est autant de nouveaux droits qui viennent tenter de contrer l'emprise croissante des collecteurs sur les données personnelles : droit à l'oubli, droit à la portabilité et à la récupération des données, loyauté des plateformes, renforcement des pouvoirs des autorités de régulation ...

**44.** Ces forts enjeux économiques mettent ainsi en tension les droits des patients et créent un déséquilibre de plus en plus probant. Ce dernier est tout d'abord de nature juridique, car les patients, comme n'importe quels individus, font face à une illisibilité des diverses clauses d'utilisation des données qui en conséquence empêche un "réel " consentement pris en connaissance de cause. Il est aussi de nature économique dans la mesure où les patients transmettent gratuitement des données personnelles qui seront par la suite exploitées par des collecteurs et qui donc apporteront à ces derniers un revenu sans que les patients aient été rémunérés pour cela. Il s'agit en fait d'un grave déficit de maîtrise économique et juridique des patients sur leurs données personnelles de santé.

**45.** Mais ces enjeux juridiques sont tout aussi importants pour les collecteurs. Ils apparaissent, au regard de ce que nous avons décrit, dans une situation favorable, profitant de leur avantage contre les patients. Mais la réponse à ce déséquilibre doit justement être élaborée avec équilibre. Il s'agit aussi pour les collecteurs de protéger leurs investissements, ainsi que leur activité et de ne pas non plus faire disparaître un pan de l'économie actuelle source de progrès et de bénéfices tant économiques que sanitaires pour les populations d'aujourd'hui et de demain. Le Droit s'était déjà inquiété de leurs intérêts en créant un droit particulier

---

<sup>82</sup> Règlement (UE) 2016/679 du Parlement Européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 96/46/CE (règlement général sur la protection des données)

<sup>83</sup> Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, *op. cit.*

sur les bases de données. Le législateur européen s'est saisi de ce sujet en 1996<sup>84</sup> par l'adoption d'une directive visant à harmoniser la législation des États membres dans un objectif de meilleure protection des bases de données. Ce texte, transposé en droit français en 1998<sup>85</sup>, visait avant tout à protéger les investissements économiques faits dans les bases de données soit dans "*un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou d'une autre manière*"<sup>86</sup>. Les textes ne viseraient donc pas directement les données, mais un ensemble de données, un regroupement, en d'autres termes le contenant et non le contenu. Il semble tout de même que l'objectif poursuivi soit celui de "*l'appropriation de la valeur économique que constitue l'information*"<sup>87</sup> grâce à l'interdiction de l'extraction ou de la réutilisation d'une partie substantielle de la base, sous réserve d'un investissement de la part du producteur.

**46.** On remarque donc que deux logiques sont à l'œuvre en ce qui concerne le droit des données : une logique de libertés et de protection des droits des personnes et une logique de protection de l'économie de la donnée. Ces deux doctrines témoignent d'un rapport de force, d'un point de friction entre les droits des individus et la course à la richesse des données. Et malgré les différentes réglementations de part et d'autre visant à établir un difficile équilibre entre les droits des collecteurs et les droits des patients, la balance penche aujourd'hui beaucoup trop du côté des collecteurs. Il est toutefois nécessaire de rester attentif en cas de tentative de rétablissement d'un équilibre de ne pas déstabiliser dans le sens inverse les rapports juridiques.

**47.** La réponse à ce défi pourrait venir de la propriété comme gardienne du lien de droit et du lien économique entre le patient et sa donnée, et le collecteur et sa donnée.

---

<sup>84</sup> Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données

<sup>85</sup> Loi n° 98-536 du 1er juillet 1998 portant transposition dans le code de la propriété intellectuelle de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, *JORF*, n°151, 2 juillet 1998, p. 10075.

<sup>86</sup> Article 1er de la Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données.

<sup>87</sup> A. LUCAS, H.-J. LUCAS & A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4e éd. 2012, p. 45; v. contra cette opinion B. EDELMAN, " Les bases de données ou le triomphe des droits voisins ", *D.*, 2000, chron. p. 98.

### §3. Problématisation de l'étude

48. Cette recherche a pour objet d'étudier l'application d'une solution, d'un droit avancé comme pouvant répondre aux déséquilibres précédemment constatés. Il s'agit donc d'analyser une éventuelle rencontre entre le droit de propriété et les données de santé (A) au travers d'une structure qui permettra une étude complète (B).

#### A. La rencontre du droit de propriété et des données de santé

49. Le droit de propriété peut apparaître comme un droit à même de répondre au déséquilibre et d'assurer un lien juridique pertinent entre chaque acteur et chaque type de donnée (1). Mais cette solution comporte initialement un certain nombre d'objections (2).

##### *1. Le droit de propriété, une solution*

50. Certains auteurs plaident pour une solution, à même de concilier protection juridique et intérêts économiques des personnes et collecteurs : créer un droit de propriété sur les données. En effet, "[le droit de propriété apparaît comme] *l'instrument juridique privilégié pour organiser les relations entre la personne et une chose, matérielle ou non, qui a une valeur* ",<sup>88</sup> mais aussi comme le droit pouvant garantir la plus grande maîtrise des personnes sur leurs données. On reprendra ici *in extenso* les plaidoyers de M. Attali et M. Bellanger à ce propos, car il est difficile d'exprimer plus clairement les motivations des partisans du droit de propriété sur les données :

51. *"Le droit doit être révisé : il faut que les données personnelles soient protégées directement par la loi. Non pas seulement au nom de la protection de la vie privée, mais comme une propriété commerciale. Plus généralement, chacun doit être considéré comme propriétaire de sa vie et de ce qu'il fait ; aucune de nos productions ne doit pouvoir être utilisée ou commercialisée par d'autres, sans notre accord pour le donner dans un acte altruiste, ou pour le*

---

<sup>88</sup> C. CARON, " Brèves observations sur l'abus des droits de la personnalité ", *Gaz. Pal.*, 18-19 mai, p. 47.

*vendre. Chaque vie est une œuvre ; elle est même la plus belle œuvre d'art que toute personne, tout artiste puisse créer. Et chacun doit être considéré comme le légitime propriétaire de cette œuvre-là*"<sup>89</sup>.

**52.** *"Jusqu'à présent, les pouvoirs publics abordent la question des données sous l'angle du contrôle de l'usage, cherchant à en modérer les abus par les entreprises et à garantir certains droits des utilisateurs. [...] Ce sont des demi-mesures qui ne s'en prennent pas à la racine du problème : la propriété des données. Il faut désormais étendre le statut de données personnelles à l'intégralité de la trace informatique d'une personne et lui reconnaître la nature de bien incorporel dont la propriété revient à la personne tracée. L'appropriation par les individus eux-mêmes des données informatiques qu'ils génèrent leur donne la possibilité d'en recueillir la valeur, de les utiliser, d'en interdire l'usage, de les céder ou de les détruire. Dès lors que les données sont un bien attribué au citoyen qui en est à l'origine, il reprend le pouvoir et il en décide librement de l'usage dans les limites du droit. [...] C'est une solution radicale, mais qui a le mérite de la simplicité"*"<sup>90</sup>.

**53.** Si la propriété émerge comme une solution, c'est parce que la place de ce droit dans notre ordre juridique est particulière dans la mesure où elle représente *"une institution centrale du Code civil français"*<sup>91</sup>. Elle possède en effet une véritable aura de part la formulation de l'article 544 qui dispose : *"la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements"*. La force donnée à ce droit en fait un donc candidat particulièrement pertinent en matière de maîtrise des choses. Si l'on considère les données y compris personnelles comme des choses, alors le droit de propriété pourrait potentiellement être cette solution aux problématiques juridiques des données parce qu'il est *"le droit de tirer d'une chose tous ses services sauf exceptions, et chaque service particulier peut, à l'occasion, faire partie des exceptions. La seule caractéristique du droit de propriété est d'être un droit général, c'est-à-dire un droit à tous les services de la chose qui sont libres et un arrière droit à ceux qui*

---

<sup>89</sup> J. ATTALI, " Etre propriétaire de soi ", *blog de l'Express*, 18 février 2013.

<sup>90</sup> P. BELLANGER, *op.cit.*, p. 202-203.

<sup>91</sup> F.ZENATI, " Pour une rénovation de la théorie de la propriété ", *RTD civ.*, 1993, p. 305.

*ne sont pas libres*"<sup>92</sup>. Pourtant la définition du droit de propriété tel que décrit par l'article 544 du Code Civil, qui date de 1804, n'est pas suffisante dans notre monde moderne. Déjà en 1940 M. Josserand disait " [la propriété] *n'est pas uniforme, mais multiforme, infiniment diverse et variée, il existe non pas une propriété, mais des propriétés, soumises à des statuts diversifiés et spécialisés* "<sup>93</sup> et plus récemment, M. Zenati observait " *la disparition du caractère unitaire du concept de propriété sous l'effet de la multiplication des réglementations propres à certaines formes de bien. Il n'y a plus un seul droit de propriété, mais autant de droits de propriété qu'il existe de catégorie particulière de bien* " <sup>94</sup>. Dans ce contexte, il semble difficile de déterminer une définition de la propriété car cette dernière apparaît multiple. Aussi, il est nécessaire de trouver les bases communes à toutes les propriétés pour saisir l'intérêt de l'application d'un tel droit aux données. La version classique veut en effet que la propriété, quelle qu'elle soit, s'organise autour de trois prérogatives, *usus, abusus et fructus* et trois caractères, absolu, exclusif et perpétuel. Pourtant M. Zenati, propose une définition plus restreinte, mais en conséquence plus souple de la propriété de par les mutations qu'elle subit. Ainsi, "*ce qui rend techniquement propriétaire, ce n'est rien d'autre aujourd'hui que les procédés par lesquels l'ordre juridique permet à une personne d'imposer à autrui une relation privative aux choses et de protéger cette relation*"<sup>95</sup>. La propriété semble ici se définir simplement par l'exclusivité entre un sujet et une chose, mais M. Zenati ne limite pas son approche à ce caractère, car si selon lui "*il ne faut pas définir la propriété par les usages qu'elle procure, mais par le mécanisme qui permet ses usages*" <sup>96</sup>. Cela implique donc de prendre en compte l'exclusivité, mais aussi la disposition et l'absolutisme. Ces différentes définitions de la propriété influenceront l'analyse qui s'autorisera à aborder tant les caractères que les prérogatives du droit de propriété pour l'étudier dans sa confrontation aux droits sur les données. Alors, nous pourrions peut être déterminer les composantes essentielles de la notion de propriété.

---

<sup>92</sup> Marquis de VAREILLES-SOMMIERES, " La définition et la notion juridique de la propriété ", *RTD civ.*, 1905, n°20, p. 455.

<sup>93</sup> L. JOSSERAND, " Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau ", in Mél. SUGIYAMA, Association japonaise des juristes de langue française, Maison France-Japon, Tokyo, 1940, p. 95.

<sup>94</sup> F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif*, Thèse, Université Lyon III Jean Moulin, 1981, p. 16.

<sup>95</sup> F.ZENATI, " Pour une rénovation de la théorie de la propriété ", *op.cit.*

<sup>96</sup> *Idem.*

**54.** Les discussions autour de ce qui fonde et permet d'identifier la propriété trouvent leurs origines dans le mouvement de dématérialisation des choses et des valeurs. Afin de s'approprier ces nouvelles choses, bien éloignées de la corporéité des immeubles, le droit a dû commencer à tordre le concept de propriété en créant la propriété intellectuelle pour protéger des individus, en l'espèce des auteurs ou inventeurs, mais aussi pour assurer la valorisation économique de ces nouveaux biens. C'est ainsi que la " *fonction économique de la propriété est devenue un élément déterminant de l'évolution du concept de propriété* " <sup>97</sup>. Là où il y a de la valeur économique se pose donc forcément la question de lui appliquer le droit de propriété ou à tout le moins une forme de propriété.

**55.** Par conséquent, c'est en toute logique qu' " *après la réservation des créations intellectuelles et des clientèles, la propriété brigue la fonction de protéger la confidentialité de l'information sous quelque forme qu'elle s'exprime* " <sup>98</sup> et aussi celle d'assurer sa juste exploitation économique. Il apparaît ainsi évident de se poser la question d'une propriété sur les données parce que " *l'information est devenue autonome, et plus encore une valeur économique autonome* " <sup>99</sup> car même si elle est " *traditionnellement réservée au monde des choses, elle s'est vue solliciter dans le domaine des personnes pour organiser la protection de certains de leurs attributs* " <sup>100</sup>.

**56.** L'analyse principale implique de faire se rencontrer un droit datant de plusieurs siècles avec un nouvel objet juridique datant de moins de quarante ans <sup>101</sup>. On peut remonter jusqu'à l'Antiquité pour trouver des traces de propriété tant collective qu'individuelle. Déjà en Égypte, à l'époque des pharaons on retrouve des propriétés diverses tout comme à Rome. Les romains conféraient ainsi dans la loi des XII tables " *un droit exclusif, souverain et perpétuel sur les choses* " <sup>102</sup> " à celui qui est investi du *dominium ex iure quiritium* " <sup>103</sup>. Le Moyen

---

<sup>97</sup> J.-P. DECORPS, Rapport de synthèse in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La propriété*, Journées vietnamiennes, Tome LIII, Société de législation comparée, 2003 in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La propriété*, Journées vietnamiennes, Tome LIII, Société de législation comparée, 2003.

<sup>98</sup> F. ZENATI, " Pour une rénovation de la théorie de la propriété ", *op.cit.*

<sup>99</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, *op. cit.*, p. 14.

<sup>100</sup> F. ZENATI, " Pour une rénovation de la théorie de la propriété ", *op.cit.*

<sup>101</sup> Si l'on considère la Loi " Informatique et Libertés " comme le point de départ du droit des données.

<sup>102</sup> R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. I, Scientia 1977, n° 260 à 262.

Âge voit s'organiser une propriété "partagée " où le suzerain accorde un certain nombre d'utilités de ses terres à ses vassaux. La Révolution renforcera et magnifiera le droit de propriété en l'inscrivant dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et enfin le point d'orgue de l'article 544 du Code civil achèvera cette cathédrale juridique. La conception figée du droit de propriété est remarquable depuis cette époque, malgré des évolutions majeures comme le droit de la propriété intellectuelle, et ce à tel point qu'elle en deviendrait dogmatique. Là où les Américains ont renoncé à ériger et à concevoir le droit de propriété comme un droit absolu pour finalement en percevoir sa fonction sociale et économique, les juristes français s'arcbutent à cristalliser le droit de propriété autour de cette idée d'absoluité où le propriétaire est un maître incontesté et incontestable de sa chose : "*grâce à un petit voyage en Amérique où, avec une autre méthode de construction du droit, bien moins dogmatique, les évolutions de la société ont provoqué non pas une, mais des rénovations théoriques successives et parfois concurrentes ou contradictoires de la notion de propriété. Là où en France, on a essayé de couler la réalité et ses évolutions dans un moule conceptuel préétabli, les Américains ont transformé le moule autant de fois que de besoin, prenant conscience que la propriété n'est rien d'autre qu'un instrument au service de la politique*"<sup>104</sup>. Certains auteurs de la doctrine française avaient pourtant avancé en droit français la théorie de la propriété sociale. Ainsi, Leon Duguit a dit : "*La propriété n'est pas un droit; elle est une fonction sociale. Le propriétaire, c'est-à-dire le détenteur d'une richesse, a, du fait qu'il détient cette richesse, une fonction sociale à remplir; tant qu'il remplit cette mission, ses actes de propriétaire sont protégés. S'il ne la remplit pas, ou la remplit mal, si par exemple il ne cultive pas sa terre, laisse sa maison tomber en ruine, l'intervention des gouvernants est légitime pour le contraindre à assurer l'emploi des richesses qu'il détient conformément à leur destination*"<sup>105</sup>. Dans cette perspective, toute atténuation ou entrave légale au caractère absolu du droit de propriété ne saurait dénaturer le droit de propriété, au contraire, elles seraient la conséquence de sa nature sociale.

---

<sup>103</sup> droit de propriété en vertu du droit romain

<sup>104</sup> J. -P. CHAZAL, " La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel ", *RTD Civ.*, 2014 p. 763.

<sup>105</sup> L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 2ème éd., Félix Alcan, 1912.

57. Malgré toutes les perturbations qu'a pu subir ce droit de propriété, les changements du monde auxquels il a été confronté, la doctrine française, positionne inlassablement et indéfectiblement le droit de propriété autour de ses caractères ou de ses prérogatives. Mais cette approche mène inexorablement au constat que chaque prérogative et chaque caractère perdent régulièrement du terrain, et ce à tel point que finalement "il n'y a pas d'accord doctrinal sur la définition du droit de propriété, de sorte qu'il faut reconnaître que les juristes ne savent pas précisément de quoi ils parlent lorsqu'ils utilisent le terme de propriété"<sup>106</sup>. En d'autres termes, "on enseigne que le droit est, en principe, absolu, mais un peu relatif et limité tout de même, exclusif, mais pas toujours, unitaire, mais seulement si on en retient une vision restreint"<sup>107</sup>. Alors, cette vision de la propriété est peut être dépassée, mais il n'empêche qu'elle prime encore en doctrine, et ce quel que soit le courant doctrinal. Cette pensée, cette vision et donc ce droit de propriété organisé autour de l'*usus*, du *fructus*, de l'*abusus*, de l'exclusivité, l'absoluité et la perpétuité est appelé par certains à rencontrer la donnée de santé.

58. Même si l'encadrement légal des données de santé est relativement récent, il emprunte à des considérations juridiques aussi anciennes que le droit de propriété: le secret médical. Le serment d'Hippocrate, toujours aux fondements de la pratique médicale actuelle, exige dans l'exercice de cet art le fait que : "*Admis(e) dans l'intimité des personnes, je tairai les secrets qui me seront confiés. Reçu(e) à l'intérieur des maisons, je respecterai les secrets des foyers et ma conduite ne servira pas à corrompre les mœurs*"<sup>108</sup>. Inébranlable, ce principe a traversé les siècles et constitue le socle à partir duquel le médecin peut construire sa relation de confiance avec son patient. Mais ce serment n'est pas le seul fondement juridique actuel et le secret médical s'est enrichi. Le code de la santé publique et plus spécialement le code de déontologie médicale fonde le secret médical<sup>109</sup>. Le

---

<sup>106</sup> J. -P. CHAZAL, *op.cit.*, p. 763.

<sup>107</sup> J. -P. CHAZAL, *op.cit.*, p. 763.

<sup>108</sup> <https://www.conseil-national.medecin.fr/le-serment-d-hippocrate-1311>.

<sup>109</sup> Article R. 4127-4 du Code de la Santé Publique : "*Le secret professionnel institué dans l'intérêt des patients s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi.*

*Le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris.* "; Voir notamment : B. PY, Le secret professionnel, L'Harmattan, coll. La justice au quotidien, 2005; " Le secret professionnel : une obligation de se taire ", JA, 2008, n°386, p. 12; " Le secret professionnel : une obligation de parler ", JA, 2008, n°386, p. 15.

droit pénal sanctionne sa violation<sup>110</sup> tout en apportant un certain nombre de cas permettant de le briser<sup>111</sup>. L'article L. 1110-4 du Code de la Santé Publique, créé par la loi du 4 mars 2002 et récemment modifié par la loi du 26 janvier 2016, pose le principe du secret et du respect de la vie privée pour tous les professionnels intervenant auprès du patient, mais aussi celui du "secret partagé"<sup>112</sup>. Tant la loi du 4 mars 2002 que celle du 26 janvier 2016 répondent aux exigences et aux inquiétudes liées à une pratique médicale désormais établie sur l'interdisciplinarité, mais aussi de plus en plus numérique permettant ainsi un partage d'informations, de données plus aisé. Ces deux lois, ainsi que les autres lois de santé entre 2002 et 2016, sont allées dans un sens du renforcement des droits des patients sur leurs données de santé tout en permettant au secret de s'adapter au nouvel environnement numérique de la pratique médicale. On ne s'attardera pas sur la différence entre secret et confidentialité en considérant ces deux termes comme synonyme<sup>113</sup>. On précisera aussi que dans nos travaux, les professionnels de santé ne sauraient être abordés au travers de leur statut médical

---

<sup>110</sup> Article 26-13 du Code Pénal : " la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende "

<sup>111</sup> Article 226-14 du Code pénal : " L'article 226-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret. [...] "

<sup>112</sup> Article L. 1110-4 du Code de la Santé Publique : " I.-Toute personne prise en charge par un professionnel de santé, un établissement ou un des services de santé définis au livre III de la sixième partie du présent code, un professionnel du secteur médico-social ou social ou un établissement ou service social et médico-social mentionné au I de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations le concernant.

*Excepté dans les cas de dérogation expressément prévus par la loi, ce secret couvre l'ensemble des informations concernant la personne venues à la connaissance du professionnel, de tout membre du personnel de ces établissements, services ou organismes et de toute autre personne en relation, de par ses activités, avec ces établissements ou organismes. Il s'impose à tous les professionnels intervenant dans le système de santé.*

*II.-Un professionnel peut échanger avec un ou plusieurs professionnels identifiés des informations relatives à une même personne prise en charge, à condition qu'ils participent tous à sa prise en charge et que ces informations soient strictement nécessaires à la coordination ou à la continuité des soins, à la prévention ou à son suivi médico-social et social.*

*III.-Lorsque ces professionnels appartiennent à la même équipe de soins, au sens de l'article L. 1110-12, ils peuvent partager les informations concernant une même personne qui sont strictement nécessaires à la coordination ou à la continuité des soins ou à son suivi médico-social et social. Ces informations sont réputées confiées par la personne à l'ensemble de l'équipe.*

*Le partage, entre des professionnels ne faisant pas partie de la même équipe de soins, d'informations nécessaires à la prise en charge d'une personne requiert son consentement préalable, recueilli par tout moyen, y compris de façon dématérialisée, dans des conditions définies par décret pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés.*

[...] "

<sup>113</sup> Sur cette différence, voir C. ZORN-MACREZ, *Données de santé et secret partagé, Pour un droit de la personne à la protection de ses données de santé partagées*, Presse Universitaires de Nancy, Coll. " Santé, qualité de vie et handicap ", 2010, p. 64 et suivantes.

ou plutôt en tant que tel. L'analyse les envisagera éventuellement sous la notion de collecteur, mais jamais sous celle de professionnel de santé. Leur statut ne leur permet pas de prétendre à un quelconque droit sur les données de santé et justifie d'ailleurs qu'aucun de leur soit accordé. Leur fonction, leur profession engendre nécessairement une implication totale, une donation complète de leurs compétences et de leur art au service de leurs patients. En conséquence, les informations et les données, même issues de leur pratique, de leur travail intellectuel ne sauraient leur appartenir.

**59.** Pourtant, même si cette approche du droit des données de santé par la propriété est séduisante, elle n'a rien d'évident.

## *2. Le droit de propriété, une confrontation*

**60.** Même si cela peut sembler logique, envisager le droit de propriété comme réponse aux enjeux juridiques et économiques des données n'est pas neutre juridiquement. Il heurte de plein fouet deux principes particulièrement ancrés dans notre droit. Le premier réside dans l'idée que l'information n'est pas appropriable. Le second, plus spécifique aux données personnelles, se fonde sur le fait que les droits des personnes sur leurs données personnelles procèdent des droits de la personnalité, droits par nature extrapatrimoniaux et donc forcément "non-proprétaires".

**61.** La question de l'appropriation de l'information a notamment été posée dès 1984 par un article majeur de M. Catala<sup>114</sup>. Dans cet article, l'auteur appelle de ses vœux la construction de principes juridiques de base, d'un droit commun de l'information. Il n'hésite pas à qualifier l'information de bien tout en y apportant assez rapidement un certain nombre d'atténuations notamment avec les informations personnelles. Il n'empêche que selon lui, le premier principe est bien celui selon lequel l'information est un bien et donc susceptible d'appropriation. Le débat n'a depuis eut de cesse de se renouveler, même si le législateur n'a pas érigé de grands principes régissant l'information. La doctrine n'a jamais tari sur la question d'une propriété de l'information pour toujours évacuer cette possibilité.

---

<sup>114</sup> P. CATALA, *op.cit.*, p. 97.

Ainsi de nombreux articles doctrinaux<sup>115</sup> s'opposent à la reconnaissance d'un droit de propriété sur l'information en premier lieu duquel les auteurs de propriété littéraire et artistique. On remarquera particulièrement l'inquiétude des juristes à ce propos lors de l'élaboration et de l'adoption de la directive de 1995 sur le droit des bases de données<sup>116</sup> dit droits voisins ou droit *sui generis*. En effet, cette question de l'appropriation de l'information dérive de celle de l'appropriation des idées. Or, "c'est un principe fondamental du droit de la propriété intellectuelle que les idées sont en elles-mêmes libre de parcours"<sup>117</sup>. Il en va de l'intérêt de la société. Autrement dit, les informations seraient des *res communes*, des choses communes<sup>118</sup>, c'est à dire "des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous"<sup>119</sup>.

**62.** Cette idée d'une information comme chose inappropriable est accréditée par la nature juridique particulière des droits des personnes sur leurs données personnelles. Ces droits sont qualifiés de droits de la personnalité et cette catégorie juridique s'est construite contre le droit de propriété dans le sens où il a été admis que les choses dont il était question étaient insusceptibles d'appropriation, mais qu'il fallait tout de même les protéger juridiquement : "les droits de la personnalité sont nés de l'impossibilité d'analyser les rapports de la personne avec les attributs qui lui sont propres en termes de propriété"<sup>120</sup>. Ces

---

<sup>115</sup> P. CATALA, "Ébauche d'une théorie juridique de l'information", *D.*, 1984, chron. p. 97; "La "propriété" de l'information", *Mélanges offerts à P. RAYNAUD*, 1985, p. 97; "Le marché de l'information (aspects juridiques)", in *Le droit à l'épreuve du numérique*, Jus ex machina, 1998, p. 232; M. VIVANT, "À propos des "biens informationnels"", *JCP*, 1984, I, 3132; "An 2000; l'information appropriée", *Mélanges offerts à J.-J. BURST*, 1997, p. 652; E. MACKAAY, "La possession paisible des idées, toute information doit-elle faire l'objet d'un droit de propriété?", *RD intell.*, 1986, p. 2; N. MALLET-POUJOL, "Appropriation de l'information, l'éternelle chimère", *D.*, 1997, chron. p. 330; D. DANET, "La question de l'information dans l'analyse de la compétition économique : bien commun ou actif incorporel?", *Mélanges en l'honneur de C. CHAMPAUD*, Dalloz 1997, p. 261; E. DARAGON, "Étude sur le statut juridique de l'information", *D.*, 1998, chron. p. 63; J. PASSA, "La propriété de l'information, un malentendu?", *Dr. et patrimoine*, mars 2001, p. 64.; M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, Thèse Paris 1, LGDJ, 2006, préf. G. LOISEAU, n° 128 s., p. 153.

<sup>116</sup> F. POLLAUD-DULIAN, "Brèves remarques sur la directive concernant la protection juridique des bases de données", *Dalloz Affaires* 1996, p. 539; N. MALLET-POUJOL, "La gageure de la protection privative", *DIT* 1996/1, p. 6; M. VIVANT, "An 2000 : L'information appropriée?", *Mélanges J.-J. BURST*, Litec, 1997, p. 651.

V. P. QUEAU, "Au nom de la propriété intellectuelle, Menaces sur Internet, Offensive insidieuse contre le droit du public à l'information", *Le Monde diplomatique*, févr. 1997, p. 27.

<sup>117</sup> A. LUCAS, H.-J. LUCAS & A. LUCAS-SCHLOETTER, *op.cit.*, p. 38.

<sup>118</sup> N. MALLET-POUJOL, *op.cit.*, p. 330.

<sup>119</sup> Alinéa 1er Article 714 du Code Civil.

<sup>120</sup> L. CADIET, "La notion d'information génétique en droit français", in *La génétique humaine, de l'information à l'informatisation*, Ed. Thémis/Litec diffusion, 1992, p. 60.

droits ont été créés pour signifier toute la particularité du lien qui unit la personne à ses éléments de la personnalité. C'est ainsi qu'" *imaginer des prérogatives de propriétaires sur ses propres informations est, du point de vue éthique, inconcevable dans la mesure où l'individu ne dispose pas de lui-même, pas plus qu'il ne vend ses informations* "121.

**63.** En d'autres termes, se poser la question de l'application d'un droit de propriété aux données, c'est accepter un défi juridique presque contre nature. Sous couvert de ces deux principes majeurs, "inappropriabilité " de l'information et des droits de la personnalité, ce sujet du droit de propriété sur les données est régulièrement évacué, et ce de manière rapide, sûrement trop rapide<sup>122</sup>. Le numérique est un tel bouleversement qu'il semble nécessaire de consacrer un travail conséquent à ces sujets conceptuels complexes et qui impliqueront parfois de dépasser des visions peut-être trop désuètes des notions.

**64.** Le droit propriété sur les données pourrait donc être une voie juridique permettant de concilier tant les aspects économiques des données que la maîtrise des sujets de droit, collecteurs ou personnes, sur celles-ci. Pourtant la réponse à ce questionnement général n'est pas aisée notamment en matière de données de santé.

La confidentialité et le secret sont donc depuis longtemps à l'œuvre en matière médicale et les textes relatifs à la projection des données personnelles n'en sont qu'une adaptation au regard du développement du numérique. L'adoption dans un temps relativement récent de nombreuses dispositions à ce propos témoigne à la fois de la préoccupation, mais aussi de l'urgence à adapter cette confidentialité aux données de santé. Alors il est vrai que l'on peut finalement se demander pourquoi ces deux droits si anciens, propriété et confidentialité, déjà distinctes il y a plusieurs siècles, se rejoindraient aujourd'hui. L'ampleur de la révolution numérique l'exige peut-être. Après tout le secret de quelque nature qu'il soit, la confidentialité et la réglementation en matière de données personnelles de santé sont autant de moyens de gérer juridiquement les conditions de la

---

<sup>121</sup> N. MALLEY-POUJOL, *op.cit.*, p. 330

<sup>122</sup> Voir notamment : F. MATTATIA & M. YAICHE, *op.cit.*; I. FALQUE-PIERROTIN, *op.cit.*; A. LECHENET & M. UTERSINGER, *op.cit.*; M. UTERSINGER, *op.cit.*; A. BENSOUSSANT & E. BARBRY, *op.cit.*

Voir notamment sur la santé : L. TILMAN, *op. cit.*; N. MALLEY-POUJOL, *op.cit.*

désappropriation d'une information médicale par un patient vers une autre personne et celles de l'appropriation de cette information par cette autre personne. Le droit de propriété mériterait donc bien d'entrer dans cette partie (à supposer qu'il n'y soit pas déjà), et l'essor du numérique est l'occasion pour lui d'être envisagé comme le nouveau droit capable de répondre aux enjeux de la protection et de la valorisation de l'information de santé à l'ère numérique.

## **B. Structure de l'étude**

**65.** Dans cette tentative d'union entre le droit de propriété et le droit des données de santé, la première question à laquelle il faudra répondre est celle qui déterminera s'il est possible d'envisager et de concevoir un droit de propriété sur les données de santé (Partie 1). Cette partie de l'analyse est évidemment nécessaire et viendra à la fois étudier cette possibilité, mais s'attarder aussi sur les traces du droit de propriété que l'on pourrait déjà retrouver dans les droits portants actuellement sur les données de santé. Il s'agira donc essentiellement d'observer, " d'autopsier " le droit positif des données de santé et de le comparer avec les différents éléments constitutifs du droit de propriété. Autrement dit, les droits sur les données de santé peuvent-ils ou pourraient-ils être qualifiés de droit de propriété ? Somme-nous déjà en présence d'un ou de plusieurs droits de propriété sur les données de santé ou alors est-ce que les droits portant sur les données aujourd'hui possèdent des caractéristiques qui permettraient de glisser facilement vers un droit de propriété ?

**66.** Mais la problématique induite par l'éventualité d'un droit de propriété sur les données de santé ne peut pas se limiter à la question de sa possibilité juridique, encore faut-il que l'application du droit de propriété soit pertinente (Partie 2). Le droit se doit d'être efficace, de répondre aux objectifs fixés pour s'assurer que l'analyse n'est pas simplement tournée vers le conceptuel et le théorique et puisse survivre à l'épreuve de la réalité. Ce second temps de l'étude impliquera de faire appel à d'autres droits comme le droit de propriété intellectuelle, le droit de la régulation ou encore le droit fiscal. Nous nous attacherons à vérifier la potentielle efficacité du droit de propriété pour répondre aux enjeux du numérique dans la

santé et pour le cas où il s'avérerait ne pas être la bonne solution, des ébauches d'autres voies possibles seront élaborées.

# PARTIE 1

## LA POSSIBILITE D'UN DROIT DE PROPRIETE SUR LES DONNEES DE SANTE

**67.** La première étape de l'analyse impose d'identifier l'existence ou en tout cas la possibilité de l'existence d'un droit de propriété sur les données de santé. La reconnaissance d'un tel droit pose nécessairement la question des critères d'identification de ce dernier.

**68.** L'une des possibilités d'étude serait de se concentrer sur l'objet du droit. En effet, le droit de propriété ne peut s'appliquer qu'aux biens. Le dictionnaire CORNU les définit comme suit : " *toute chose matérielle susceptible d'appropriation* "<sup>123</sup>. En d'autres termes, seuls les biens seraient susceptibles d'être l'objet du droit de propriété et les choses ne pourraient être qualifiées de biens que si elles sont sujettes à un droit de propriété. En conséquence, la caractérisation de la donnée, et spécifiquement de la donnée de santé comme étant un bien, emporterait nécessairement la possibilité d'un droit de propriété sur ces dernières.

Cette définition alerte toutefois par son anachronisme et relève d'une conception dépassée de la notion de bien. Cette "*vision corporéiste des biens léguée par les romanistes et perpétuée par une partie importante de la doctrine [...] a conduit à énoncer en axiome le caractère exceptionnel de l'appropriation des choses dépourvues de consistance corporelle* "<sup>124</sup>. Le monde actuel ne permet pas de limiter le bien à une chose corporelle. La société moderne a vu apparaître tout un système juridique de propriété, qualifié de propriété intellectuelle<sup>125</sup>, composée de

---

<sup>123</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 2011.

<sup>124</sup> F. ZENATI-CASTAING & T. REVET, *Les biens*, 3ème éd, PUF, coll. Droit Fondamental, 2005, n°66.

<sup>125</sup> Sur la propriété littéraire et artistique : R. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2011/2012; N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, coll. Manuels, 2° éd., 2012; J. -M. BRUGUIERE, *Droit des propriétés intellectuelles*, 2° éd., Ellipses, 2011; C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3° éd., Lexis Nexis, 2013; C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Dalloz 9° éd., 1999; H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz 3° éd., 1978; R. DUMAS, *La propriété littéraire et artistique*, PUF Thémis 1987; A. FRANCON, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Les Cours du droit 2001; P. -Y. GAUTIER,

la propriété littéraire, artistique et industrielle, et traitant de biens dits incorporels. Un colloque organisé par l'Association Henri Capitant en 2003 les qualifiera de nouveaux biens <sup>126</sup> dont la propriété peut être protégée par l'intermédiaire des mêmes actions judiciaires que celles de biens corporels <sup>127</sup>. De plus, les biens ne

---

*Propriété littéraire et artistique*, 9<sup>e</sup> éd., PUF, Droit fondamental, 2015; X. LINANT DE BELLEFONDS, *Droits d'auteur et droits voisins*, Cours Dalloz 2<sup>e</sup> éd. 2004; X. LINANT DE BELLEFONDS & C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Delmas 1996; A. LUCAS, *Propriété littéraire et artistique*, 5<sup>e</sup> éd., Connaissance du droit, Dalloz 2015; *Propriété littéraire et artistique*, J.-Cl. civ., fasc. annexe; *Droit d'auteur et droits voisins*, éd. F. Lefebvre, 1996; A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec 4<sup>e</sup> éd. 2012; L. MARINO, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF 2013; F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, 2<sup>e</sup> éd., Economica, sept. 2014; P. SIRINELLI, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 2<sup>e</sup> éd., Mémento Dalloz 2004; *Lamy Droit des médias et de la communication*; P. TAFFOREAU & C. MONERIE, *Droit de la propriété intellectuelle*, Gualino éd., coll. Master, 2015; P. TAFFOREAU (ss. la dir. de), *Pratique de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis 2012; S. VISSE-CAUSSE, *Droit de la propriété intellectuelle*, Gualino, coll. Mémentos LMD, 2015; M. VIVANT & J. -M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, Précis Dalloz, 2<sup>e</sup> éd. 2012.

Sur la propriété industrielle : J. AZEMA & J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, Précis, 7<sup>e</sup> éd., 2012; C. BERNAULT & J. -P. CLAVIER, *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle*, Ellipses, 2<sup>e</sup> éd., 2015; N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, coll. Manuels, 2<sup>e</sup> éd., 2012; E. BOUCHET-LE MAPPIAN, *Propriété intellectuelle et droit de propriété*, PU Rennes, 2013; N. BRONZON, *Propriété intellectuelle et droits fondamentaux*, L'Harmattan 2006; J. -M. BRUGUIERE, *Droit des propriétés intellectuelles*, Ellipses, 2<sup>e</sup> éd., 2011; *La propriété intellectuelle, entre autres droits*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009; J. -M. BRUGUIERE, N. MALLET-POUJOL & A. ROBIN (sous la direction de), *Propriété intellectuelle et droit commun*, PU Aix-Marseille, 2007; M. BUSTIN, *Le juge en droit de la propriété intellectuelle – Étude sur l'influence de la prévisibilité des décisions de justice dans l'évitement du procès*, thèse Paris II, 2010; C. CARON, *Prop. ind.* 2015. Étude 13 (trois remarques sur l'impression contrefaisante en trois dimensions); COLLOQUE DU CENTRE PAUL-ROUBIER, *Quel droit de la propriété industrielle pour le 3<sup>e</sup> millénaire?*, Litec, 2001.; COLLOQUE IRPI, *La fiscalité de la propriété industrielle*, Litec, 1989; M; A. FRISON-ROCHE & A. ABELLO, *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005; H. GAUMONT-PRAT, *Droit de la propriété industrielle*, LexisNexis, 2013; IRPI, colloque, *Approche stratégique de la propriété industrielle*, LexisNexis, 2011; B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, PU Aix-Marseille, 2007; P. LE TOURNEAU, *Le parasitisme*, Litec, 1998; L. MARINO, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013; *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., 2013; J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle*, tome 1, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2009; tome 2, LGDJ, 2013; *Contrefaçon et concurrence déloyale*, Litec, 1997; Mélanges Françon, Dalloz, 1995; F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, Economica, 2010; P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey 1952-54; J. SCHMIDT-SZALEWSKI (mélanges en l'honneur de), *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé*, LexisNexis, 2014; P. TAFFOREAU, *Droit de la propriété intellectuelle*, Gualino éditeur, coll. Manuels, 3<sup>e</sup> éd., 2012; S. VISSE-CAUSSE, *Droit de la propriété intellectuelle*, Gualino, coll. Mémentos LMD, 2015; M. VIVANT (ouvrage collectif sous la direction de), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2015; *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise?*, Dalloz, 2004; J. DE WERR, *La résolution des litiges de propriété intellectuelle*, Schulthess-Bruylant, LGDJ, 2010.

<sup>126</sup> ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La propriété*, Journées vietnamiennes, Tome LIII, Société de législation comparée, 2003.

<sup>127</sup> J.-P. DECORPS, Rapport de synthèse in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La propriété*, Journées vietnamiennes, Tome LIII, Société de législation comparée, 2003.

sont pas seulement des choses, mais aussi des droits<sup>128</sup>, ce qui peut aboutir à une définition large: " *choses corporelles et incorporelles appropriées ainsi que les droits dotés d'une valeur patrimoniale* "<sup>129</sup>. Cette dernière définition s'inspire de la proposition de réforme du droit des biens réalisée par l'Association Henri Capitant : " *toutes les choses corporelles ou incorporelles faisant l'objet d'une appropriation, ainsi que les droits réels et personnels* "<sup>130</sup>. Ainsi, " *le seul constat de l'existence d'une nouvelle catégorie de choses incorporelles suffit à la reconnaissance de son appropriabilité chaque fois qu'elle est porteuse d'utilités et d'objets de convoitise* "<sup>131</sup>. En d'autres termes, la corporalité n'est pas un critère d'identification d'un bien, c'est plutôt l'exclusivité du rapport entre la personne et la chose et la possibilité pour le titulaire du droit d'en faire quelque chose qui doivent être prises en compte: " *constitue donc un bien toute entité identifiable et isolable, pourvue d'utilités et objet d'un rapport d'exclusivité* "<sup>132</sup>. La corporalité du bien n'est aujourd'hui plus un critère pour qu'il soit susceptible d'appropriation et évite ainsi de clore d'ores et déjà le débat sur la propriété des données de santé qui, par nature, sont des objets incorporels.

**69.** Cet anachronisme sémantique balayé, la question de la qualification de la donnée en tant qu'objet juridique reste entière. La donnée peut-elle déjà appartenir à la catégorie des choses avant même celle de bien ? En effet, " *les biens sont des choses* "<sup>133</sup>. Le dictionnaire CORNU nous donne la définition suivante d'une chose : " *objet matériel considéré sous le rapport de droit ou comme objets de droits* "<sup>134</sup>. En faisant l'abstraction du caractère corporel nécessaire au regard du développement précédent, la donnée et bien sûr la donnée de santé semblent pouvoir correspondre à la définition de la chose dans le sens où cette catégorie englobe celle des biens : " *le mot chose, dans la flexibilité indéfinie de ses*

---

<sup>128</sup> Ainsi peuvent être regroupés sous la catégorie des biens incorporels selon F. ZENATI-CASTAING & T. REVET, *op.cit.*, n°45 à 82:

1) Les droits incorporels

2) Les propriétés incorporelles avec les fonds incorporels et les propriétés intellectuelles

Voir aussi F. TERRE & P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, Dalloz, Précis, 8ème éd., 2010, n°53 à 63.

<sup>129</sup> M. -C. DE LAMBERTYE, Fasc. Biens, Distinctions, art 516 du Code Civil, Jurisclasseur, 23 février 2015.

<sup>130</sup> Avant-projet de réforme du droit des biens, Association Henri Capitant, art. 520, 15 mai 2009.

<sup>131</sup> F. ZENATI-CASTAING & T. REVET, *op.cit.*, n°67.

<sup>132</sup> *Idem*, n°2.

<sup>133</sup> F. ZENATI-CASTAING & T. REVET, *op.cit.*, n°2.

<sup>134</sup> G. CORNU, *op.cit.*

*acceptions, comprend tout ce qui existe, non seulement les objets qui peuvent devenir la propriété de l'homme, mais même tout ce qui, dans la nature, échappe à cette appropriation exclusive : l'air, la mer, le soleil... Aussi tous les biens sont-ils des choses, quoique toutes les choses ne soient pas des biens* "<sup>135</sup>. Un chose est donc un objet qui existe.

**70.** La donnée, et notamment la donnée de santé, sous-tendent nécessairement un ensemble de droits la concernant, lesquels varient selon les catégories de données telles qu'elles ont été décrites en introduction<sup>136</sup>. Ainsi, la donnée personnelle de santé sera objet de droits tenant aux droits de la personnalité. Toutefois, en posant cette affirmation on touche à une première dichotomie majeure du droit français entre les choses et les personnes : si l'on suit la théorie des droits de la personnalité, la donnée personnelle n'est pas une chose en elle-même, elle n'existe que par la personne et ne relève donc pas de la catégorie des choses, mais de la catégorie qui lui fait face, celle des personnes. À l'inverse, les trois autres catégories de données, anonymes, anonymisées, et publiques, soulèvent moins de difficultés sous ce prisme de la notion de chose. La question du détachement de la donnée personnelle de la personne elle-même sera abordée plus tard dans l'analyse<sup>137</sup> et nous demandons au lecteur de bien vouloir faire l'hypothèse à ce stade que la donnée de santé, quelle que soit la classification à laquelle elle appartient, peut acquérir le statut juridique de chose.

**71.** La première étape de qualification étant franchie, reste la question de l'appréciation de la donnée de santé en tant que bien. Pour ce, il est nécessaire de répondre à l'interrogation suivante : la donnée, en tant que chose, est-elle susceptible d'appropriation ? La réponse réside dans la détermination du caractère appropriable. Or, ce caractère se définit par l'existence d'un droit de propriété sur la chose. En conséquence, avant même de pouvoir qualifier la donnée de bien, il faut identifier le droit de propriété. Le premier axe d'analyse de l'identification d'un droit de propriété sur les données ne peut donc se baser sur cette notion de bien, la qualification de bien ne sera que la conséquence de l'existence du droit de propriété. De retour au point de départ de l'analyse, il apparaît nécessaire de

---

<sup>135</sup> C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, Traité de la distinction des biens*, t. X, 3e éd. Durand – Hachette, 1866, n°9, p. 5.

<sup>136</sup> *Supra*, n°16 à 31

<sup>137</sup> *Infra*, n°238 à 242

trouver un autre angle permettant de prouver la présence ou l'absence d'un droit de propriété.

**72.** Le Professeur Zenati aborde la question de la définition de la propriété sous un angle différent : " *Il est donc nécessaire de recoller au triptyque légué par la tradition pour comprendre la propriété dans son cadre juridique contemporain. Ce qui rend techniquement propriétaire, ce n'est rien d'autre aujourd'hui que les procédés par lesquels l'ordre juridique permet à une personne d'imposer à autrui une relation privative aux choses et de protéger cette relation.* " <sup>138</sup>

**73.** Exclusivité, disposition et absolutisme sont les trois éléments du triptyque <sup>139</sup> auquel il est fait référence dans cet article. Cependant, un autre triptyque gouverne le droit de propriété, celui des prérogatives du droit de propriété : *usus, fructus et abusus* <sup>140</sup>. Ainsi, le droit de propriété peut s'aborder sous l'angle de ses caractères c'est-à-dire du point de vue des éléments qui le caractérisent comme droit et aussi sous l'angle des prérogatives, des pouvoirs ou des utilités qu'il procure au titulaire de ce droit, le propriétaire. On peut donc légitimement penser que retrouver dans un droit tant les caractères que les prérogatives du droit de propriété amène ce droit à être qualifié de droit de propriété. La recherche de la qualification des droits pesant sur les données de santé s'articulera donc autour de ces deux triptyques qui gouvernent et constituent le droit de propriété <sup>141</sup>. Ainsi, dans un premier temps, chaque prérogative <sup>142</sup> du droit de propriété (*abusus, l'usus* et le *fructus*) sera abordée. Il s'agira de savoir si les personnes susceptibles d'être titulaires de pouvoirs sur la donnée de santé disposent des mêmes prérogatives qu'un propriétaire (Titre 1). Dans un second temps, l'étude portera sur chaque

---

<sup>138</sup> F.ZENATI, " Pour une rénovation de la théorie de la propriété ", *RTD civ.*, 1993, p. 305.

<sup>139</sup> F. TERRE et P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, Dalloz, Précis, 9ème éd., 2014; C. ATIAS, *Droit civil, Les biens*, Litec, 11ème éd., 2011; G., CORNU, *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, 11ème éd., Montchrétien, 2005; F. ZENATI-CASTAING & T. REVET, *op.cit.*

<sup>140</sup> *Idem.*

<sup>141</sup> Des auteurs se refusent à utiliser ces triptyques et tendent d'ailleurs plutôt à en élaborer un nouveau qui s'organise autour du caractère absolu et exclusif et de la prérogative de disposition. Voir en ce sens : F. ZENATI-CASTAING & T. REVET, *op.cit.*, n°192. Nous avons fait le choix d'utiliser les classifications classiques mais celle proposée par F. ZENATI-CASTAING & T. REVET peut aussi s'avérer pertinente et sera abordée régulièrement au cours de l'analyse.

<sup>142</sup> " *L'analyse que des jurisconsultes, inspirés à tort ou à raison du droit romain, ont dégagé à ce sujet s'est, à cet égard, transmise jusqu'à nous : le droit de propriété est composé de trois prérogatives liées, en d'autres termes du droit d'user (usus), de jouir (fructus) et de disposer (abusus) de la chose* " in F. TERRE et P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, Dalloz, Précis 8ème éd., 2010, n°120( F. TERRE et P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, Dalloz, Précis, 9ème éd., 2014)

caractère<sup>143</sup> du droit de propriété (absolu, exclusif et perpétuel) afin de déterminer si les droits pesants sur les données de santé revêtent ces mêmes attributs (Titre 2).

---

<sup>143</sup> " A s'en tenir présentement à une perspective principalement axée sur le droit privée, il convient se souligner l'existence de trois caractères : le droit de propriété est absolu, exclusif et perpétuel " in F. TERRE et P. SIMLER, *ibid*, n°140

# TITRE 1

## LA POSSIBILITE D'UN DROIT DE PROPRIETE SUR LES DONNEES DE SANTE AU TRAVERS DE SES PREROGATIVES

**74.** Le pouvoir sur la bien qui découle du droit de propriété se décompose en trois attributs : l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. Le droit de propriété réputé plein et entier cumule ces trois prérogatives, mais il arrive fréquemment que la propriété soit démembrée dans le sens où les attributs sont exercés par différentes personnes (comme par exemple l'usufruit)<sup>144</sup>.

L'analyse nécessitera donc d'aborder tour à tour chaque caractéristique indispensable à l'identification de l'exercice d'un droit de propriété. L'étude sera certes observationnelle, mais imposera aussi quelques projections et constructions juridiques. La principale problématique sous-jacente reste évidemment la particularité de la chose, objet éventuel de l'exercice de ces différents pouvoirs. Il faudra prendre en compte tout au long des développements les spécificités de la chose "données de santé". Nous avons pris le parti pris d'une définition en introduction<sup>145</sup> du présent travail, mais il n'empêche que la nature même de la donnée de santé impliquera des corpus juridiques différents de celui de la propriété classique et notamment relevant du droit de la propriété intellectuelle.

**75.** Nous commencerons par l'*usus* qui, comme nous le verrons, trouve toute sa place dans l'analyse juridique des pouvoirs des différents acteurs sur les données (Chapitre 1). Puis, l'identification de l'exercice d'un *fructus* sur les données de santé révélera de nombreuses difficultés tenant notamment aux données personnelles alors même que cette prérogative tend à apparaître par divers canaux (Chapitre 2). Enfin, l'ultime étape, et non des moindres, car considérée comme l'essence même du droit de propriété, nous emmènera sur le terrain de l'exercice

---

<sup>144</sup> Sur le démembrement du droit de propriété voir par exemple : F. TERRE et P. SIMLER, *ibid.*, °773 et suiv. (F. TERRE et P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, Précis, Dalloz, 9ème éd., 2014) ; *Avant projet de réforme du droit des biens*, Association Henri Capitant, 15 mai 2009: Titre IV " Des démembrements de la propriété " ; F. ZENATI-CASTAING & T. REVET, *op. cit.*

<sup>145</sup> Voir introduction de la présente thèse.

de l'*abusus* sur les données de santé. Cette partie de l'analyse obligera à repenser fondamentalement la notion de donnée personnelle de santé (Chapitre 3).

## CHAPITRE 1

### L'USUS, PIERRE ANGULAIRE DU DROIT POSITIF SUR LES DONNEES DE SANTE

76. L'*usus*, qui pourrait se définir comme le droit d'user de la chose se dédouble en deux aspects. Tout d'abord, " *positivement, le droit d'user de la chose, c'est le droit de s'en servir pour son agrément ou pour l'exploitation économique de la chose. [...] Ce droit permet aussi à son titulaire de choisir en principe librement l'usage qu'il entend faire de la chose [...] "*<sup>146</sup>. Ensuite, " *négativement, le droit d'user de la chose, c'est aussi le droit de n'en pas user, de ne pas s'en servir [...]* "<sup>147</sup>. Cependant, le triptyque *usus-fructus-abusus* est de plus en plus contesté au regard de son ancienneté (XVI<sup>e</sup> siècle) et parce que la frontière entre chaque prérogative est perméable et ce notamment en ce qui concerne l'*usus*. Selon les Professeurs Zenati-Castaing et Revet " *si l'on adopte une conception extensive de l'usus, cette utilité absorbe les deux autres [le fructus et l'abusus], qui sont des manières particulières d'utiliser une chose. Et, si l'on retient une acception étroite, il est loisible d'ajouter au triptyque traditionnel de nombreuses autres utilités "*<sup>148</sup>. Ainsi, si l'on reprend la définition positive des Professeurs Terre et Simler, l'exploitation économique fait partie de l'*usus*. Or, dans cette perspective, qu'est-ce que le *fructus* si ce n'est la possibilité d'exploiter économiquement son bien ? Aussi, la question de l'exploitation économique de la donnée sera abordée dans le chapitre suivant consacré au fructus.

77. Indépendamment de ces considérations, se pose la question de savoir ce que recouvre l'usage ou le non-usage d'une donnée (hormis son exploitation économique). La difficulté à cerner le contenu de la notion d'*usus*, et ce notamment au sujet des données de santé sera abordée et transparaîtra tout au long de l'étude. La tentative d'identification d'un *usus* fera l'objet d'une analyse en deux temps. Tout d'abord, la donnée personnelle, et donc la personne, seront placées au

---

<sup>146</sup> F. TERRE et P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, Dalloz, Précis, 9<sup>ème</sup> éd., 2014, n°121; B. MALLEY-BRICOUT, " Propriété, affectation, destination - Réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité ", *Revue Juridique Themis (RJTUM, Québec)*, 2014, 48 (2).

<sup>147</sup> *Idem*

<sup>148</sup> F. ZENATI-CASTAING & T. REVET, *op.cit.*, p. 333.

cœur de l'identification de l'exercice de cette prérogative qui s'affirmera logiquement comme un pouvoir appartenant à l'individu (Section 1). Cependant, les collecteurs de données ont eux aussi une emprise sur la détermination de l'usage des données de santé, et ce quelle que soit leur nature (Section 2).

## SECTION 1 : LE PATIENT, DECIDEUR NATUREL DE L'USAGE DE SES DONNEES PERSONNELLES

**78.** Le consentement apparait comme la pierre angulaire de l'usage de la donnée personnelle car il s'agit en fait pour le patient de consentir à un usage spécifique de cette donnée au regard de la loi Informatique et Liberté (I). Cependant, les conditions cumulatives de la législation actuelle en matière de collecte et d'utilisation de données personnelles de santé, soit la finalité et le consentement de la personne, empêchent le patient de plus en plus acteur de sa santé de déterminer par lui même l'usage qu'il souhaite faire de sa donnée (II).

### **§1. Le consentement du patient à la collecte de la donnée personnelle de santé, un consentement à l'usage de la donnée**

**79.** Le consentement du patient est une condition pour mettre en œuvre un traitement de données personnelles de santé et donc un ou des usages de ces données (A). Mais il l'est aussi pour la mise en place d'un procédé d'anonymisation des données personnelles (B).

#### **A. Un consentement affirmé à l'usage des données personnelles**

**80.** La nécessité d'un consentement au traitement des données personnelles est affirmée par les textes fondateurs du droit des données (1). Ce consentement existe du fait d'une utilisation variée et multiple des données personnelles (2).

## 1. Le consentement, une obligation

**81.** La réglementation entourant les données personnelles, y compris les données personnelles de santé relève de la Loi Informatique et Libertés<sup>149</sup>. Cette loi de 1978 est emblématique de la conciliation entre divers intérêts qui peuvent parfois s'avérer contradictoires. Il s'agissait dans un contexte du début des développements des Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication (NTIC) de garantir une protection de la vie privée des individus sans pour autant brider l'informatisation de la société.

Cette loi organise un système de régulation gradué avec comme arbitre la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL). Ainsi, les données personnelles sont divisées en deux catégories distinctes et ne répondant pas aux mêmes contraintes préalables à la mise en place du traitement informatique.

**82.** Les premières données que l'on qualifiera de " classiques " sont des données ne relevant pas de la seconde catégorie reprenant des données dites "sensibles". Les données classiques relèvent du régime de la déclaration comme formalité préalable<sup>150</sup> et sont donc les données personnelles qui ne relèvent pas de la catégorie spéciale des données personnelles sensibles.

**83.** À l'inverse, au regard de leur sensibilité et de leur proximité avec la vie privée des individus, les données sensibles relèvent quant à elles du régime de l'autorisation<sup>151</sup>. L'article 8 de la Loi Informatique et Libertés vise des catégories

---

<sup>149</sup> Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 dite " Loi Informatique et Libertés" telle que modifiées par les textes suivants : Loi n° 88-227 du 11 mars 1988; Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 ;Loi n° 94-548 du 1er juillet 1994;Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999; Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 ; Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 ; Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003; Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 ; Loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 ; Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 ; Loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 ; Ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 ; Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique ; Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014.

Etudes doctrinales, voir notamment : J. ARRIGHI DE CASANOVA & S. FORNERI, " Une nouvelle étape de l'amélioration des relations entre l'Administration et les citoyens : la loi « DCRA » du 12 avril 2000 ", *RFDA*, 2000, p.725; N. METALLINOS, " Maîtriser le risque Informatique et Libertés ", *Dr. soc.*, 2006. 378; A. DEBET, " Informatique et libertés : faut-il aujourd'hui réviser la directive 95/46/CE relative à la protection des données personnelles ? ", *D.*, 2011. 1034; A. MAITROT DE LA MOTTE, " La réforme de la loi informatique et libertés et le droit au respect de la vie privée ", *AJDA*, 2004. 2269; S. VULLIET-TAVERNIER, " Après la loi du 6 août 2004 : nouvelle loi « informatique et libertés », nouvelle CNIL ? ", *Dr. soc.*, 2004. 1055.

<sup>150</sup> Articles 23 et 24, Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 dite " Loi Informatique et Libertés".

<sup>151</sup> Articles 25 à 29, Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 dite " Loi Informatique et Libertés".

de données qui sont isolées des autres du fait de leur sensibilité et pour lesquelles est posé en conséquence de leur nature un principe d'interdiction de collecte : " *Il est interdit de collecter ou de traiter des données à caractère personnel qui font apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci.*"<sup>152</sup>. En 1990, l'Assemblée Générale des Nations Unies a souhaité, elle aussi, intervenir en la matière en adoptant des lignes directrices visant à règlementer les données personnelles et notamment les données dites "sensibles " comme les opinions religieuses, politiques et les données de santé<sup>153</sup>.

**84.** Quelle que soit la catégorie de données personnelles en jeu, deux points cardinaux guident la licéité d'un traitement de données personnelles : le consentement de la personne et la finalité du traitement.

**85.** Les données personnelles de santé appartiennent au régime des données dites sensibles<sup>154</sup> et leur traitement informatique doit donc nécessairement être autorisé par la CNIL. Il est à noter que les données personnelles de santé ont fait leur entrée au sein de la catégorie des données sensibles visées par l'article 8 de la Loi Informatique et Liberté seulement le 6 août 2004<sup>155</sup> en application de la directive du 24 octobre 1995<sup>156</sup>. Ce système très protecteur des données du patient se veut ainsi, par l'encadrement sur la finalité, garant d'un certain usage limité à un objectif déterminé et qui se doit déjà d'exister, d'être explicite ( cela "*impose l'obligation de communiquer, lors de la collecte, la finalité, c'est-à-dire la destination des informations collectées*"<sup>157</sup>), et enfin légitime ( cela " *impose le*

---

<sup>152</sup> Article 8, Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 dite " Loi Informatique et Libertés".

<sup>153</sup> ONU, rés. n° 45-95, 14 déc. 1990.

<sup>154</sup> Voir notamment : CNIL, Délibération, n°97-008 du 04 février 1997 portant adoption d'une recommandation sur le traitement des données de santé à caractère personnel; G. BRAIBANT, Rapport au Premier ministre, Données personnelles et société de l'information; Doc. fr., 1998; Rapport du Sénat, du 19 mars 1993, n°218, par Alex TURK.

<sup>155</sup> Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 dite " Loi Informatique et Libertés".

<sup>156</sup> Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

<sup>157</sup> A. BENSOUSSAN, *Informatique et libertés*, éd. Francis Lefebvre, 2ème éd, 2010, p. 50.

*respect de l'adéquation entre les intérêts de la personne concernée et ceux du responsable de traitement*"<sup>158</sup>).

**86.** L'usage de la donnée est difficile à caractériser et la définition du traitement de données à caractère personnel détaille de manière exhaustive toutes les opérations potentiellement faites sur une donnée personnelle : " *Constitue un traitement de données à caractère personnel toute opération ou tout ensemble d'opérations portant sur de telles données, quel que soit le procédé utilisé, et notamment la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction*"<sup>159</sup>.

Cet alinéa parle d'utilisation de la donnée, les autres opérations auxquelles il est fait référence peuvent aussi être considérées de manière extensive comme une forme d'usage de la donnée. En collectant, le responsable du traitement utilise cette donnée tout comme en l'enregistrant, en y accédant, etc.

## *2. Les usages de la donnée, source de l'obligation de consentement*

**87.** L'impérieuse exigence du consentement du patient au traitement de sa donnée correspond finalement au consentement à des usages de sa donnée dans un objectif déterminé. La personne consent à l'utilisation de ses informations, mais pour pouvoir donner un tel consentement encore faut-il qu'elle possède elle-même cette faculté. Ainsi, le patient consent tant à la collecte de sa donnée personnelle de santé que, parfois, à son partage entre plusieurs professionnels de santé.

**88.** Le cas de la télémédecine est intéressant car le patient donne une multitude de consentements qui correspondent, pour un certain nombre d'entre eux, à des consentements de traitement de données personnelles de santé. Le consentement est au cœur de la pratique de la télémédecine car il est en premier lieu exigé comme un consentement aux soins de la même manière que pour une consultation

---

<sup>158</sup> A. BENSOUSSAN, *Informatique et libertés*, éd. Francis Lefebvre, 2ème éd, 2010, p. 50.

<sup>159</sup> Article 2, Loi 78-17 du 6 janvier 1978 dite " Loi Informatique et Libertés".

ou un quelconque acte médical réalisé<sup>160</sup>. Ensuite, le patient doit consentir à la réalisation de l'acte par le biais de la télémédecine<sup>161</sup>. Ces deux consentements n'entraînent pas la réalisation d'un traitement de données de santé à caractère personnel. Cependant, la télémédecine en tant que telle et par nature, engendre des traitements informatiques et des traitements de données de santé à caractère personnel. Dans ce contexte, ces traitements de données se caractérisent à la fois par la collecte et la conservation de donnée, mais aussi par l'échange entre professionnels. Sur l'échange de données en matière de télémédecine, les textes n'exigent pas de consentement, mais une non-opposition<sup>162</sup>. Il en résulte tout de même que tout stockage et notamment s'il est externalisé doit avoir été accepté par le patient en vertu de la législation sur les hébergeurs agréés<sup>163</sup>. Le patient accepte

---

<sup>160</sup> Article L. 1111-4 du Code de la Santé Publique. Sur le consentement aux soins : AFDS, " Consentement et santé ", Dalloz, 2014; C. KUHN, " L'objet du consentement à l'acte médical ", *Rev. jur. Océan indien*, 2013, n° 16, p. 31; L. CLUZEL-METAYER, " Le droit au consentement dans les lois des 2 janvier et 4 mars 2002 ", *RDSS*, 2012. 442; S. BRISSY, A. LAUDE & D. TABUTEAU, " Refus de soins et actualités sur les droits des malades ", Presses EHESP, 2012; J. -P. CAVERNI, R. GORI & ALII, " Le consentement: Droit nouveau du patient ou imposture ? ", éd. In Press, coll. Champs libres, 2006; E. TERRIER, " Obligations de soins, autopsy de conflits juridiques ", *RGDM*, 2010, n° 35, p. 187; CCNE, " Refus de traitement et autonomie de la personne ", avis n° 87, 14 avr. 2005; L. FRIOURET, " Le refus de soins salvateurs ou les limites de la volonté du malade face à l'ordre public de conservation de la vie ", *RGDM*, 2005, n°15, p. 99; M. GIRER, " Le consentement contractuel: mythe et réalité. Pour une autre façon de penser les rapports patients-professionnels ", *RGDM*, 2004, n° 13, p. 41; C. ROUGE-MAILLARD & T. GACHES, " Le refus de soins des témoins de Jéhovah: une jurisprudence claire, une pratique médicale difficile ", *Journal de médecine légale*, 2004, p. 357; S. HENNETTE-VAUCHEZ, " Disposer de soi? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps ", L'Harmattan, 2004; N. - J. MAZEN, " Les nouvelles formes d'assentiment à l'acte médical ", *RGDM*, 2003, n° 10, p. 41.

<sup>161</sup> Article R. 6316-2 du Code de la Santé Publique. Sur la télémédecine : C. CORGAS-BERNARD, " Responsabilité civile médicale et nouvelles pratiques numériques: l'exemple de la télémédecine ", *LPA*, 14-15-18 août 2014, n° 162-163-164, p. 27; O. BOSKOVIC, " Télémédecine: aspects de droit international privé ", *RDSS*, 2011. 1021; C. BOURDAIRE-MIGNOT, " Téléconsultation: quelles exigences? Quelles pratiques? ", *RDSS*, 2011. 1003; L. GRYNBAUM, " La responsabilité des acteurs de la télémédecine ", *RDSS*, 2011. 996; C. LE GOFFIC, " Consentement et confidentialité à l'épreuve de la télémédecine ", *RDSS*, 2011. 987; C. MEYER-MEURET, " Les enjeux économiques de la télémédecine ", *RDSS*, 2011. 1013; C. PALEY-VINCENT & GOMBAULT, " Télémédecine, réglementation et responsabilité ", *Rev. Responsabilité*, déc. 2011, vol. 11, n° 44, p. 10; F. SAUER, " Europe et télésanté ", *RDSS*, 2011. 1029; Y. FERRARI, " La santé et la télémédecine ", *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2014, 108-supplément; P. DESMARAIS, " La télémédecine, source de nouveaux cas de responsabilité ", *Comm. com. électr.* n° 9, Septembre 2011, étude 16.

<sup>162</sup> Article R. 6316-2, al.2, du Code de la Santé Publique : " *Les professionnels participant à un acte de télémédecine peuvent, sauf opposition de la personne dûment informée, échanger des informations relatives à cette personne, notamment par le biais des technologies de l'information et de la communication* ".

<sup>163</sup> Article L. 1111-8 du Code de la Santé Publique; C. ZORN-MACREZ, " L'hébergement des données de santé sur support informatique ", *Droit médical et hospitalier*, Litec, fasc. 10, 2014.; J. -L. BRAS, " Gouvernance et utilisation des données de santé ", Rapport, Doc. fr., sept. 2013; P. DESMARAIS, " Quel régime pour la m-Health ? ", CCE 2013. Étude 5; P. BICLET, " L'hébergement des données de santé ", *Mélanges Michaud*, LEH, 2012, p. 177; P. BALLEET, "

donc ici trois usages différents de sa donnée : sa collecte, son hébergement et sa transmission. On se retrouve en plus ici dans un cas où le consentement est spécifique à chaque usage<sup>164</sup>.

**89.** Mais, ce cas reste particulier car de manière générale, le patient consentira à un traitement de données de santé qui regroupe une multitude d'usages différents de sa donnée. Il n'y a pas qu'une seule manière d'user d'une donnée, comme c'est le cas pour n'importe quelle autre chose ou bien.

Le patient ne se dessaisit pas des multiples usages de la chose, mais il octroie à une autre personne, le responsable de traitement, ces mêmes facultés, et ce uniquement dans le cadre d'une finalité jugée proportionnelle à l'objectif poursuivi. Nous touchons ici à la spécificité de l'objet de la donnée, qui du fait de son caractère ubiquitaire, comme nous le verrons plus tard<sup>165</sup>, ne peut réserver l'exercice d'un droit à une seule personne.

**90.** Afin d'éclairer le propos, il est possible de se servir d'un exemple concret d'un traitement de données personnelles de santé autorisé par la CNIL. Le Dossier

---

Dématérialisation des données de santé: quels référentiels ? ", *Gaz. Pal.*, 22 janv. 2011, n° 22, p. 22; M. BRAC DE LA PERRIERE & E. FERRE, " L'hébergement de données de santé: des textes à la pratique... ", *Gaz. Pal.*, 22-23 juill. 2011, p. 21; S. MARZOUG & B. DE LARD, " L'hébergement des données personnelles de santé: principes et limites ", *Actu. JuriSanté*, juin 2011, no 74, p. 4; J. BOSSI, " Comment organiser aujourd'hui en France la protection des données de santé ", *RDSS*, 2010. 208; G. KULLING & V. SCIORTINO, " L'accès au dossier médical hospitalier par le médecin-conseil de l'assurance maladie ", *RGDM*, 2010, no 37, p. 227; P. LE COZ, " Avis du CCNE à propos des questions soulevées par l'informatisation des données de santé ", *RGDM*, 2010, n° 37, p. 199; S. VULLIET-TAVERNIER, " De l'anonymat dans le traitement des données de santé ", *Méd. et droit*, janv. 2010, n° 100, p. 22; C. BERGOIGNAN-ESPER, " Le respect du secret médical dans la législation de notre pays: réalité ou illusion ? ", *D.* 2008. 1918; J. BOSSI, " La circulation des données de santé ", *RGDM*, sept. 2004, n° spéc., p. 55; L. DAUBECH, " La collecte des données de santé ", *RGDM*, sept. 2004, n° spéc., p. 41; I. DE LAMBERTERIE, " Qu'est-ce qu'une donnée de santé ? ", *RGDM*, sept. 2004, n° spéc., p. 11.; H. KHODOSS, " L'exploitation des données de santé ", *RGDM*, sept. 2004, n° spéc., p. 65; N. MALLET-POUJOL, " Droit à et droit sur l'information de santé ", *RGDM* sept. 2004, n° spéc., p. 77; VACARIEV, " La finalité des traitements de données de santé ", *RGDM*, sept. 2004, n° spéc., p. 27; M. -C. CHEMTOB-CONCE, " La protection des données de santé à caractère personnel ", *RGDM*, 2003, n° 10, p. 111; F. -J. PANSIER & C. CARBONNEAU, " La dématérialisation des données médicales et les enjeux de leur hébergement ", *Gaz. Pal.*, 15-17 déc. 2003, p. 23; I. VACARIE, " L'hébergement des données de santé: entre contrat et statut ", *RDSS*, 2002. 695; L. MAISNIER-BOCHE, " Hébergement des données de santé : bilan et perspectives de réforme ", *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2015, 111.

<sup>164</sup>Sur la télémédecine : C. CORGAS-BERNARD, *op. cit.*; O. BOSKOVIC, *op. cit.*; C. BOURDAIRE-MIGNOT, *op. cit.*; L. GRYNBAUM, *op. cit.*; C. LE GOFFIC, *op. cit.*; C. MEYER-MEURET, *op. cit.*; C. PALEY-VINCENT & GOMBAULT, *op. cit.*; F. SAUER, *op. cit.*; Y. FERRARI, *op. cit.*; P. DESMARAIS, *op. cit.*

<sup>165</sup>*Infra*, n°300

Pharmaceutique (DP)<sup>166</sup> peut être un bon exemple de consentement à l'usage de la donnée. Le DP a été autorisé par une délibération de la CNIL du 2 décembre 2008<sup>167</sup>. Le consentement du patient à la création de son DP est bien présent et irrigue une part non négligeable de la délibération de la CNIL, preuve de toute l'attention qui y est portée<sup>168</sup>.

Ce consentement n'est pas seulement un consentement à la création d'un dossier, il est aussi un consentement à la consultation de ce dossier par chaque pharmacien d'officine, de Pharmacie à Usage Intérieur (PUI) et médecin exerçant en établissement de santé, mais aussi à l'alimentation de ce dossier (donc à l'écriture de nouvelles données) à chaque dispensation dans une officine. Le patient consent

---

<sup>166</sup> Loi n° 2007-127 du 30 janvier 2007 ratifiant l'ordonnance n° 2005-1040 du 26 août 2005 relative à l'organisation de certaines professions de santé et à la répression de l'usurpation de titres et de l'exercice illégal de ces professions et modifiant le code de la santé publique, article 25; Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, article 50 : qui crée l'article L. 1111-23 du Code de la Santé Publique reprenant l'article L. 161-36-4-2 du Code de la Sécurité Sociale; puis modifié par Loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé.

Voir aussi : Décret n° 2008-1326 du 15 décembre 2008 relatif au dossier pharmaceutique; Décret n° 2012-1131 du 5 octobre 2012 relatif à la consultation et à l'alimentation du dossier pharmaceutique par les pharmaciens exerçant dans les pharmacies à usage intérieur; Décret n° 2013-31 du 9 janvier 2013 fixant les conditions de l'expérimentation relative à la consultation du dossier pharmaceutique par les médecins exerçant dans certains établissements de santé.

C. LE GAL, " Le dossier pharmaceutique : un outil technique de santé publique; *RDSS*, 2009. 301; N. FORT, " CNIL : la protection des données personnelles de santé à l'épreuve du Dossier Pharmaceutique ", *Chronique de l'atelier de jurisprudence des autorités de régulation, Droit Administratif*, n° 11, Novembre 2013, chron. 5, G. ROUSSET, " Le dossier pharmaceutique, une expérience originale d'informatisation en santé ", *Gaz. Pal.*, 2009, n° 326-328, p. 39.

<sup>167</sup> Délibération n°2008-487 du 2 décembre 2008 portant autorisation des traitements de données personnelles permettant la mise en œuvre généralisée du dossier pharmaceutique.

<sup>168</sup> Extrait Délibération n°2008-487 du 2 décembre 2008 portant autorisation des traitements de données personnelles permettant la mise en œuvre généralisée du dossier pharmaceutique : " *Les articles R.161-58-1 et R.161-58-3 précité du code de la sécurité sociale précisent que le consentement à la création d'un DP doit être un consentement « exprès ». Il va en de même du consentement à l'hébergement des données de santé, conformément aux dispositions de l'article L.1111-8 du Code de la santé publique. Il ressort du dossier soumis à la Commission que le **consentement du patient** est recueilli par le pharmacien après un entretien individuel, complété par la remise d'une notice d'information qui souligne en termes clairs que l'ouverture d'un DP est subordonnée à l'accord de l'assuré, que le refus de création ou d'alimentation du DP n'a aucune conséquence sur le remboursement des prescriptions par l'assurance maladie et la mise en œuvre du tiers payant et que l'assuré peut à tout moment décider de fermer son DP ou s'opposer à l'enregistrement de la dispensation de certains médicaments. Le traitement comporte la souscription, sous forme électronique, par le pharmacien d'un certificat attestant qu'après avoir procédé à l'information indiquée plus haut et après lecture par l'assuré de la notice d'information, il a effectivement recueilli le consentement de ce dernier ; une copie papier de cette attestation est remise à l'assuré. La Commission relève enfin que la production effective des attestations par le logiciel de gestion de pharmacie est l'un des points sur lesquels porte le contrôle du CNOP lors de la procédure de validation des logiciels de gestion d'officine qu'il a mise en place. Dans ces conditions et sous réserve que le CNOP continue à vérifier la bonne application dans les officines de cette procédure et l'édition des attestations, la Commission considère que le consentement du patient est recueilli valablement. " (C'est nous qui soulignons).*

donc ici à un usage de sa donnée par divers professionnels de santé et à des usages différents (consultation, alimentation ...).

**91.** Toutefois, cette analyse globale des différentes opérations sur une donnée personnelle doit être affinée. En effet, la collecte de la donnée ou sa suppression s'apparente plus à un acte de création et de disparition de la chose et non finalement à son utilisation. Or, en matière de droit de propriété, la création de l'objet et sa disparition entrent plus dans le champ de la disposition, soit de l'*abusus*<sup>169</sup>.

**92.** Le consentement est indissociable de la notion même de donnée personnelle de santé dans le sens où, sans celui-ci, les usages de la donnée par un tiers sont interdits. En matière de droit de propriété, l'*usus* est aussi la possibilité pour le propriétaire de ne pas utiliser cette dernière, c'est le droit " *d'abandonner son terrain à la mauvaise herbe et son automobile à la poussière du garage* "<sup>170</sup>.

**93.** Le consentement et de fait la volonté du patient déterminent un usage de sa donnée par un tiers qu'il soit professionnel de santé ou tiers technologique (hébergeur de données de santé, éditeur de logiciel ...).

**94.** La question de la préexistence de la donnée à ces usages reste entière car c'est généralement le consentement qui est le point de départ de l'existence même de la donnée. Elle n'existe pas toujours antérieurement à l'acte médical qui est l'évènement au cours duquel elle sera créée. Mais cette création emporte généralement nécessairement de nombreux usages de celle-ci car la collecte d'une donnée et donc sa création doit se faire dans un objectif déterminé pour être légal. La nécessité d'une finalité du traitement entraîne l'utilisation de cette donnée de santé car elle doit être créée dans un but défini et ce but recoupe un ou des usages tels que le partage, la conservation, etc.

**95.** Grâce au consentement, le patient peut donc autoriser l'utilisation et l'usage de la donnée. L'acte par lequel le patient accepte ces usages démontre de la possibilité pour lui de transférer l'utilisation de sa donnée ou, à tout le moins, d'autoriser l'utilisation de cette dernière. Pour pouvoir être accordé, ce droit

---

<sup>169</sup> *Infra*, n°222

<sup>170</sup> C. ATIAS, *Droit civil, Les biens*, Litec, 11ème éd., 2011, n°99.

d'usage doit déjà être "en possession" de la personne qui, par sa volonté et par l'acte juridique du consentement, en fait bénéficiaire des tiers. En conséquence, la prééminence du consentement dans le contexte du traitement de données de santé à caractère personnel témoigne de l'existence d'un droit d'usage du patient sur sa donnée.

**96.** Avant de continuer l'analyse concernant la place du consentement du patient dans les usages de la donnée, il est important de s'attarder sur le nouveau Règlement du Parlement européen et du Conseil *relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données*<sup>171</sup>. Concernant les données de santé ce texte semblerait avoir finalement peu d'impact sur le régime actuel : le principe reste l'interdiction de traitement<sup>172</sup> avec des exceptions sous autorisation<sup>173</sup> comme le

---

<sup>171</sup> Règlement (UE) 2016/679 du Parlement Européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 96/46/CE (règlement général sur la protection des données); T. DAUTIEU, " La proposition de règlement européen en matière de protection des données personnelles et ses conséquences sur la future stratégie de contrôle de la CNIL ", 15 janvier 2013, *D.*, 2015; C. BLOUD-REY, " Quelle place pour l'action de la CNIL et du juge judiciaire dans le système de protection des données personnelles ? ", *D.*, 2013. 2795; A. ASTAIX, " Réforme européenne de la protection des données : le processus suit son cours ", 31 janvier 2013. *D. Actualités*; N. MARTIAL-BRAZ, J. ROCHFELD & E. GATTONE, " Quel avenir pour la protection des données à caractère personnel en Europe ? ", *D.*, 2013. 2788; A. ASTAIX, " Protection des données personnelles : une réforme globale en vue ", 6 février 2012, *D. Actualités*; C. CASTETS-RENARD, " Brève analyse du règlement général relatif à la protection des données personnelles ", *Daloz IP/IT*, 2016, p. 335; G. DESGENS-PASANAU, " RGPD : entre incertitudes et occasions manquées ", *Daloz IP/IT*, 2016, p. 335; P. CADIO & . LIVENAIS, " Photographie du champ territorial du règlement des données personnelles : de nouveaux opérateurs concernés ? ", *Daloz IP/IT*, 2016, p. 347

<sup>172</sup> Extrait de l'article 9 du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement Européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 96/46/CE (règlement général sur la protection des données) : " 1. *Le traitement des données à caractère personnel qui révèle l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement des données génétiques, des données biométriques aux fins d'identifier une personne physique de manière unique, des données concernant la santé ou les données concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique sont interdits.* "

<sup>173</sup> Extrait de l'article 9 du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement Européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 96/46/CE (règlement général sur la protection des données) : " 2. *Le paragraphe 1 ne s'applique pas si l'une des conditions suivantes est remplie: a) la personne concernée a donné son consentement explicite au traitement de ces données à caractère personnel pour une ou plusieurs finalités spécifiques, sauf lorsque le droit de l'Union ou le droit de l'État membre prévoit que l'interdiction visée au paragraphe 1 ne peut pas être levée par la personne concernée; b) le traitement est nécessaire aux fins de l'exécution des obligations et de l'exercice des droits propres au responsable du traitement ou à la personne concernée en matière de droit du travail, de la sécurité sociale et de la protection sociale, dans la mesure où ce traitement est autorisé par le droit de l'Union, par le droit d'un État membre ou par une convention collective conclue en*

consentement du patient et l'existence pour le traitement de finalités légitimes. Quelques exceptions au principe d'interdiction sont toutefois notables et font référence notamment aux données créées par le patient lui-même et exposées publiquement (comme par exemple sur les forums de sites ayant vocation à informer sur la santé). Il s'agit de l'exception visée par l'article 9 au point e) : "*le traitement porte sur des données à caractère personnel manifestement rendues publiques par la personne concernée*". Cette exception prend en compte le cas où

---

*vertu du droit d'un État membre qui prévoit des garanties appropriées pour les droits fondamentaux et les intérêts de la personne concernée;*

*c) le traitement est nécessaire à la sauvegarde des intérêts vitaux de la personne concernée ou d'une autre personne physique, dans le cas où la personne concernée se trouve dans l'incapacité physique ou juridique de donner son consentement;*

*d) le traitement est effectué, dans le cadre de leurs activités légitimes et moyennant les garanties appropriées, par une fondation, une association ou tout autre organisme à but non lucratif et poursuivant une finalité politique, philosophique, religieuse ou syndicale, à condition que ledit traitement se rapporte exclusivement aux membres ou aux anciens membres dudit organisme ou aux personnes entretenant avec celui-ci des contacts réguliers en liaison avec ses finalités et que les données à caractère personnel ne soient pas communiquées en dehors de cet organisme sans le consentement des personnes concernées;*

*e) le traitement porte sur des données à caractère personnel qui sont manifestement rendues publiques par la personne concernée;*

*f) le traitement est nécessaire à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice ou chaque fois que des juridictions agissent dans le cadre de leur fonction juridictionnelle;*

*g) le traitement est nécessaire pour des motifs d'intérêt public important, sur la base du droit de l'Union ou du droit d'un État membre qui doit être proportionné à l'objectif poursuivi, respecter l'essence du droit à la protection des données et prévoir des mesures appropriées et spécifiques pour la sauvegarde des droits fondamentaux et des intérêts de la personne concernée;*

*h) le traitement est nécessaire aux fins de la médecine préventive ou de la médecine du travail, de l'appréciation de la capacité de travail du travailleur, de diagnostics médicaux, de la prise en charge sanitaire ou sociale, ou de la gestion des systèmes et des services de soins de santé ou de protection sociale sur la base du droit de l'Union, du droit d'un État membre ou en vertu d'un contrat conclu avec un professionnel de la santé et soumis aux conditions et garanties visées au paragraphe 3;*

*i) le traitement est nécessaire pour des motifs d'intérêt public dans le domaine de la santé publique, tels que la protection contre les menaces transfrontalières graves pesant sur la santé, ou aux fins de garantir des normes élevées de qualité et de sécurité des soins de santé et des médicaments ou des dispositifs médicaux, sur la base du droit de l'Union ou du droit de l'État membre qui prévoit des mesures appropriées et spécifiques pour la sauvegarde des droits et libertés de la personne concernée, notamment le secret professionnel; 4.5.2016 L 119/38 Journal officiel de l'Union européenne FR*

*j) le traitement est nécessaire à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques, conformément à l'article 89, paragraphe 1, sur la base du droit de l'Union ou du droit d'un État membre qui doit être proportionné à l'objectif poursuivi, respecter l'essence du droit à la protection des données et prévoir des mesures appropriées et spécifiques pour la sauvegarde des droits fondamentaux et des intérêts de la personne concernée.*

*3. Les données à caractère personnel visées au paragraphe 1 peuvent faire l'objet d'un traitement aux fins prévues au paragraphe 2, point h), si ces données sont traitées par un professionnel de la santé soumis à une obligation de secret professionnel conformément au droit de l'Union, au droit d'un État membre ou aux règles arrêtées par les organismes nationaux compétents, ou sous sa responsabilité, ou par une autre personne également soumise à une obligation de secret conformément au droit de l'Union ou au droit d'un État membre ou aux règles arrêtées par les organismes nationaux compétents. "*

le patient décide par lui même de divulguer sa donnée et donc potentiellement la créer. Nous étudierons plus tard l'impact de ce cas sur l'analyse<sup>174</sup>.

**97.** Quoi qu'il en soit, l'arrivée du nouveau règlement européen ne laisse pas présager, pour l'instant, d'un grand bouleversement dans la conception française du traitement de données de santé à caractère personnel. En effet, le raisonnement développé sur la place du consentement au sein des traitements de données de santé personnelles reste tout autant valable à l'échelle européenne et semble persister dans l'avenir.

**98.** Ces premiers développements montrent bien que " *cette attribution de pouvoir [le consentement] à la personne concernée représente incontestablement une expression forte de son autodétermination informationnelle : sa maîtrise sur l'information qui la concerne* <sup>175</sup>". Toutefois, le lien entre le consentement et l'utilisation d'une donnée de santé peut être plus distendu en matière de données anonymisées.

## **B. Un consentement tenu à l'usage des données anonymisées**

**99.** Le cadre juridique du traitement des données anonymisées présente la caractéristique de réduire, d'alléger le pouvoir du patient par un mécanisme de non-opposition plutôt que de consentement (1). Cependant, au regard des données en cause, cet allègement est justifié (2).

### *1. Le principe de non-opposition, le constat d'un allègement du pouvoir du patient*

**100.** L'action d'anonymisation d'une donnée de santé personnelle fait basculer cette donnée dans la catégorie des données anonymisées. Cette transformation de la donnée induit un changement fondamental de la chose de départ. Il ne s'agit pas d'une simple transformation de la donnée, elle change intégralement de statut et

---

<sup>174</sup> *Infra*, n°115 et 116

<sup>175</sup> J. HERVEG, " la gestion des risques spécifiques aux traitements de données médicales en droit européen ", *Système de santé et circulation de l'information : encadrement éthique et juridique*, D., 2007, p. 79.

devient une chose nouvelle. La question se pose donc de savoir si malgré ce changement d'état, le patient a tout de même une prérogative d'*usus*.

**101.** Cette mutation de la chose d'origine interroge nécessairement sur les différents usages de cette donnée anonymisée. En effet, malgré l'apparition d'une nouvelle chose, d'une nouvelle donnée, la donnée anonymisée procède et provient d'une donnée personnelle sur laquelle le patient, comme cela a été détaillé précédemment, a une maîtrise de l'usage par le biais de son consentement.

**102.** C'est ainsi que l'anonymisation de données personnelles de santé relève aussi de la législation sur la loi Informatique car, la création de cette nouvelle donnée s'est faite à partir d'une donnée personnelle de santé.

L'article 8, III, de la Loi Informatique et Liberté dispose : "*Si les données à caractère personnel visées au I sont appelées à faire l'objet à bref délai d'un procédé d'anonymisation préalablement reconnu conforme aux dispositions de la présente loi par la Commission nationale de l'informatique et des libertés, celle-ci peut autoriser, compte tenu de leur finalité, certaines catégories de traitements selon les modalités prévues à l'article 25*"<sup>176</sup>.

Deux conditions doivent donc être réunies pour que l'utilisation d'un tel procédé soit autorisée :

- "*une finalité légale, légitime et proportionnée*
- "*une anonymisation effectuée dans un bref délai.*"<sup>177</sup>

De prime abord, la condition du consentement de la personne n'apparaît pas et la Loi Informatique et Liberté par le biais des autorisations place la CNIL dans un rôle de distributeur d'autorisation d'usage des données anonymisées.

**103.** Toutefois, au regard de la jurisprudence, le patient n'est pas oublié. Par exemple dans la délibération du 8 septembre 2011 autorisant la société CELTIPHARM à procéder à l'anonymisation d'un certain nombre de données de santé, la CNIL semble tout de même avoir vérifié que le patient est informé sur le traitement et qu'il a à sa disposition des moyens pour obtenir de l'information : "

---

<sup>176</sup> Loi 78-17 du 6 janvier 1978 dite " Loi Informatique et Libertés", *op.cit.*

<sup>177</sup> A. BENSOUSSAN, *op. cit.*, p. 281.

*Des affichettes de présentation du traitement seront apposées dans les pharmacies participant au dispositif. Un numéro de téléphone vert et une adresse électronique seront mis à la disposition du public pour obtenir de l'information*<sup>178</sup>. On notera aussi la présence d'un droit d'accès : " *Le droit d'accès s'exercera directement auprès de l'officine* "<sup>179</sup>. Cependant, quelle est la possibilité pour le patient d'accéder à sa donnée anonymisée, alors même que justement elle est rendue non-identifiante donc non identifiable ? La création d'une nouvelle donnée anonyme à partir d'une donnée personnelle rend l'accès à la première impossible alors même qu'elle est le résultat de la transformation de la donnée première. Si la donnée est bien anonymisée, il semble effectivement impossible d'accéder individuellement et personnellement à celle-ci. L'utilisation d'un processus d'anonymisation crée une nouvelle donnée anonyme et sur laquelle aucun droit personnel ne peut être revendiqué par le patient, sujet de la donnée personnelle d'origine.

**104.** Indépendamment du droit d'accès, il ressort de ces différents éléments que la CNIL souhaite que le patient conserve une part de pouvoir sur la donnée, mais qui reste tout de même très légère.

**105.** La société CELTIPHARM a, quelques années plus tard, demandé une nouvelle autorisation d'anonymisation de données de santé à caractère personnel. La CNIL a rendu sa délibération le 28 novembre 2013 et détaille plus rigoureusement son raisonnement et ses exigences<sup>180</sup>. Selon la Commission " *Les données personnelles ayant fait l'objet d'un procédé d'anonymisation à bref délai au sens de l'article 8-III de la loi du 6 janvier 1978 modifiée, la Commission prend acte qu'aucun des droits prévus aux articles 38 à 40 de la même loi ne*

---

<sup>178</sup> La société Celtipharm souhaite pouvoir utiliser les feuilles de soin électroniques à des fins de statistiques épidémiologiques. Pour ce faire, elle utilise des procédés d'anonymisation de ces feuilles de soins afin d'empêcher toute réidentification des patients. Les données utilisées par la société Celtipharm sont donc des données issues de données personnelles de santé (en l'espèce les feuilles de soins) mais devenue anonymes pour permettre d'établir des statistiques épidémiologiques.

Délibération n° 2011 -246 du 8 septembre 2011 autorisant la mise en œuvre par la société CELTIPharm d'un traitement de données à caractère personnel ayant pour finalité la réalisation d'études épidémiologiques à partir de données issues des feuilles de soins électroniques anonymisées à bref délai.

<sup>179</sup> *Idem.*

<sup>180</sup> Délibération n° 2013-369 du 28 novembre 2013 autorisant la société Celtiph@rm à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la réalisation d'études et de veilles médico-économiques à partir des feuilles de soins électroniques émises par les professionnels de santé.

*pourra s'exercer*"<sup>181</sup>. En d'autres termes, l'accès à la donnée est impossible de par l'utilisation d'un procédé technique la rendant non identifiante. Toutefois, ces données procèdent nécessairement de données personnelles qui ne sont certes utilisées que pour les rendre anonymes, "*les personnes peuvent exercer leur droit d'opposition à la transmission des données vers l'OCT*" (Organisme concentrateur des données personnelles)<sup>182</sup>. Le patient conserve donc le pouvoir sur l'usage de ses données rendues anonymes uniquement par le biais d'un mécanisme de non-opposition au recueil de la donnée primaire nécessairement personnelle. Le recueil de la donnée de santé personnelle est subordonné à un consentement, alors que sa transformation en donnée anonymisée est soumise à une non-opposition. On remarque ici une certaine asymétrie de traitement entre la donnée personnelle et la donnée anonymisée, où le traitement des premières est plus contraignant que pour les secondes par le mécanisme de recueil du consentement. Dit de manière différente, le patient consent à un ou des usages de ses données dans une finalité précise alors que pour sa donnée personnelle anonymisée, le patient n'a pas à consentir, ne pouvant que s'opposer.

**106.** Le consentement est une démarche par laquelle le patient donne son accord et peut se définir comme "*toute manifestation de volonté, libre, spécifique éclairée et univoque par laquelle la personne concernée accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair, que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement*"<sup>183</sup>. En d'autres termes, cela suppose

---

<sup>181</sup> *Idem.*

<sup>182</sup> Délibération n° 2013-369 du 28 novembre 2013 autorisant la société Celtiph@rm à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la réalisation d'études et de veilles médico-économiques à partir des feuilles de soins électroniques émises par les professionnels de santé.

<sup>183</sup> Extrait article 4 du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement Européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 96/46/CE (règlement général sur la protection des données).

Ancienne définition à l'article 2, h), Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données : "*toute manifestation de volonté, libre, spécifique et informée par laquelle la personne concernée accepte que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement* "; M. - C. PONTTHOREAU, " La directive 95/46 CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données ", *RFDA*, 1997. 125; F. MAIANI, " Le cadre réglementaire des traitements de données personnelles effectués au sein de l'Union européenne ", *RTD eur.*, 2002. 283; P. BLANC-GONNET JONASON, " Vers une meilleure adaptation du droit de la protection des données personnelles à la réalité informationnelle ", *AJDA*, 2008. 2105; C. LAVERDET, " Données personnelles : bilan de

qu'une "action est effectivement nécessaire (à l'inverse d'une situation où le consentement pourrait être déduit d'une absence d'action) "<sup>184</sup>.

Consentir au traitement d'une donnée personnelle implique donc une action de la part du patient. Il est vrai que l'opposition du patient est une action en tant que telle et que, dans ce cas, on pourrait parler de consentement. Mais l'action du patient est ici bien différente. Dans le cas d'une donnée personnelle de santé, il doit donner son accord avant même que la collecte ne démarre, on peut même parler de consentement préalable. Cela suppose que le collecteur demande le consentement au patient. À l'inverse, le droit d'opposition engendre une collecte sans accord du patient, qui ne sera pas mise en œuvre que si celui-ci s'y oppose. La position du patient est donc bien différente car, dans le premier cas, on lui demande un accord, dans le second, il a la possibilité de manifester son désaccord, après avoir été tout de même informé de cette faculté.

Lorsqu'il s'agit de consentement, celui-ci est nécessairement préalable à tout traitement, alors que le droit d'opposition est l'un des droits du patient une fois que le traitement a déjà été mis en route : " *ce droit [le droit d'opposition] est un instrument différent [du consentement] s'exerçant à un autre stade du traitement, à savoir une fois que celui-ci a débuté et sur la base d'un fondement juridique distinct*"<sup>185</sup>. Le nouveau règlement européen détaille d'ailleurs toute l'importance du mécanisme de consentement plutôt que de non opposition en matière de collecte de données personnelles : " *Le consentement devrait être donné par un acte positif clair par lequel la personne concernée manifeste de façon libre, spécifique, éclairée et univoque son accord au traitement des données à caractère personnel la concernant, par exemple au moyen d'une déclaration écrite, y compris par voie électronique, ou d'une déclaration orale. [...] Il ne saurait dès lors y avoir de consentement en cas de silence, de cases cochées par défaut ou d'inactivité. [...]* "<sup>186</sup>.

---

1995 et réforme de 2014 ? ", *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2014, 104; A. DEBET, " Informatique et libertés : faut-il aujourd'hui réviser la directive 95/46/CE relative à la protection des données personnelles ? ", *D.*, 2011. 1034.

<sup>184</sup> Groupe de l'article 29, avis n° 15/2011, 13 juill. 2011, WP 187, p. 12.

<sup>185</sup> Groupe de l'article 29, avis n° 15/2011, 13 juill. 2011, WP 187, p. 9.

<sup>186</sup> Règlement (UE) 2016/679 du Parlement Européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à

**107.** Le consentement à la collecte d'une donnée de santé est plus contraignant pour le collecteur que le droit d'opposition à une anonymisation de sa donnée personnelle<sup>187</sup>.

*2. Le principe de non-opposition, un allègement justifié du pouvoir du patient*

**108.** Cette différence d'analyse et de contrainte entre les deux types de données peut s'expliquer par le fait que la donnée anonymisée, comme sa dénomination l'indique, n'a plus de lien avec la personne, l'individu, et est donc un nouvel objet juridique à part entière. Toutefois, le maintien d'un mécanisme utilisant la volonté du patient tient au fait que malgré l'apparition de cette nouvelle chose, elle procède d'une donnée personnelle. Le choix d'un mécanisme de non-opposition (qualifié d' "opt out" en droit anglo-saxon) permet de concilier l'idée que le lien avec la personne est consubstantiellement présent, mais tenu par rapport à une donnée personnelle. Il y a une gradation dans la prise en compte de la volonté du patient qui s'explique par la nature de la donnée en cause. Le traitement de données personnelles de santé oblige à un consentement du patient, un traitement de données anonymisées de santé oblige à respecter le droit d'opposition du patient, un traitement de données anonymes de santé n'est soumis à aucune contrainte relevant de la volonté du patient. L'existence du mécanisme de non opposition marque un lien entre le patient et la données anonymisée, semblant assurer une certaine maîtrise des usages par la patient. En d'autres termes, le patient aurait un usus aussi sur les données anonymisées.

**109.** Le nouveau règlement européen dans ses considérants notamment le n°26, semble vouloir établir la rupture du le lien entre la personne et la donnée anonymisée : "*Il y a lieu d'appliquer les principes relatifs à la protection des données à toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable. Les données à caractère personnel qui ont fait l'objet d'une pseudonymisation et qui pourraient être attribuées à une personne physique par le recours à des informations supplémentaires devraient être considérées comme*

---

la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 96/46/CE (règlement général sur la protection des données).

<sup>187</sup> *Infra*, n°259 à 267

*des informations concernant une personne physique identifiable. Pour déterminer si une personne physique est identifiable, il convient de prendre en considération l'ensemble des moyens raisonnablement susceptibles d'être utilisés par le responsable du traitement ou par toute autre personne pour identifier la personne physique directement ou indirectement, tels que le ciblage. Pour établir si des moyens sont raisonnablement susceptibles d'être utilisés pour identifier une personne physique, il convient de prendre en considération l'ensemble des facteurs objectifs, tels que le coût de l'identification et le temps nécessaire à celle-ci, en tenant compte des technologies disponibles au moment du traitement et de l'évolution de celles-ci. Il n'y a dès lors pas lieu d'appliquer les principes relatifs à la protection des données aux informations anonymes, à savoir les informations ne concernant pas une personne physique identifiée ou identifiable, ni aux données à caractère personnel rendues anonymes de telle manière que la personne concernée ne soit pas ou plus identifiable. Le présent règlement ne s'applique, par conséquent, pas au traitement de telles informations anonymes, y compris à des fins statistiques ou de recherche.*"<sup>188</sup>. L'affirmation de ce principe brouille la frontière entre données anonymes et les données anonymisées, ces dernières se fondant dans la catégorie des premières par l'absence de différence de régime juridique applicable.

**110.** Par le mécanisme du consentement, le patient autorise un certain usage de sa donnée personnelle ou par ricochet anonymisée. Toutefois, une fois le procédé d'anonymisation enclenché, le patient perd cette maîtrise de l'usage, la donnée changeant de nature et donc de régime juridique.

Dans un mécanisme d'anonymisation, le patient conserve les droits d'usage sur sa donnée personnelle, mais perd ses droits avec la création d'une nouvelle donnée à partir de sa donnée nominative. Ce processus aboutit à la création d'une nouvelle donnée anonyme et donc sans lien avec le patient et sur laquelle il est difficile de trouver l'*usus* d'un propriétaire-patient. Le patient n'a pas de droits d'utilisation sur ces données. Il ne peut qu'empêcher sa création en refusant l'utilisation de sa donnée personnelle à des fins d'anonymisation ou en refusant sa collecte. En ce

---

<sup>188</sup> Règlement (UE) 2016/679 du Parlement Européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 96/46/CE (règlement général sur la protection des données).

cas, la nouvelle donnée anonyme n'existe même pas. Mais dans le cas où elle serait créée, le patient ne peut en déterminer les usages. Le patient consent à la création d'une donnée anonymisée car il a la maîtrise de l'usage de sa donnée personnelle. Cette maîtrise ne lui donne aucun droit sur la donnée nouvellement créée car elle n'a aucun lien avec lui.

**111.** Toutefois, cette donnée n'existerait pas si le patient n'avait pas consenti à un tel usage de sa donnée personnelle ou, à tout le moins, ne s'y était pas opposé. L'existence même de la donnée anonymisée reste donc marquée par une volonté du patient qui est à l'origine de sa naissance. Cette caractéristique appuie le raisonnement précédent sur la donnée personnelle de santé sur laquelle le patient a un *usus*. Mais elle laisse aussi entendre que le patient au travers d'une manifestation de volonté a non seulement la maîtrise de l'existence d'une donnée anonymisée de santé, mais aussi de ses usages. Il est donc possible de conclure que le patient aurait un certain *usus* sur les données anonymisées produites à partir de ses données personnelles.

## **§2. L'apparition encore timide de la détermination de l'usage de la donnée personnelle par le patient**

**112.** Le patient, est aujourd'hui de plus en plus un acteur de sa santé<sup>189</sup> et de sa prise en charge par un ou plusieurs professionnels de santé. De ce positionnement découle nécessairement un statut du patient vis-à-vis de la donnée qui va bien au-

---

<sup>189</sup> Sur le patient au cœur de sa prise en charge et comme acteur de la santé, voir par exemple : A. LAUDE, " Le patient nouvel acteur de sa santé ? ", *D.*, 2007 p. 1151. Les textes législatifs suivants ont marqué ce repositionnement du patient tant au cœur de sa prise en charge qu'au cœur des décisions intéressant la mise en œuvre des politiques de santé (démocratie sanitaire) : Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

Sur cette loi et dans le sens du constat développé : " *Il s'agit en fait de mettre fin au protectionnisme médical afin que le patient acquière un rôle actif et devienne le principal acteur de sa santé. Au paternalisme et à l'opacité succèdent donc l'autonomie et la transparence qui sont désormais les leitmotifs de cette relation plus équilibrée entre professionnel de la santé et malade* ", P. MISTRETTA, " LA LOI n° 2002-303 DU 4 MARS 2002 RELATIVE AUX DROITS DES MALADES ET À LA QUALITÉ DU SYSTÈME DE SANTÉ - Réflexions critiques sur un Droit en pleine mutation ", *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 24, 12 Juin 2002, I, 141.

Autres analyse globale de cette loi : F. - J. PANSIER et C. CHARBONNEAU, " Commentaire de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades ", *Petites Affiches*, 13 et 14 mars 2002, n° 52 et 53 ; A. LAUDE (ss. dir. de), " La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé ", *Petites Affiches*, n° spécial, 19 juin 2002, n°122; Y. LAMBERT-FAIVRE, " La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé ", 3 partie, *D.*, 2002, fasc n° 15, 16 et 17, p. 1217, 1291 et 1367; M. BOUTEILLE, " La démocratie sanitaire ", *RGDM*, n° 23, 2007, p. 23-42.

delà du seul consentement à un usage prédéfini par une autorisation CNIL. Ainsi, il devient un véritable créateur autonome de données personnelles de santé (A) et qui, pourtant, n'a pas la complète maîtrise de l'usage qui en est fait (B). À la différence du paragraphe précédent, nous étudierons ici le cas où le patient est lui-même créateur de sa donnée et non pas seulement un donneur de consentement à la création de la donnée par un autre afin de savoir si cela a un impact sur les usages de celle-ci. Et, nous nous apercevrons que, quelle que soit la configuration de création de la donnée, la maîtrise des usages par le patient n'est en fait que très limitée.

### **A. Le patient, créateur de données de santé**

**113.** Primitivement, il était difficile pour un patient de s'approprier les informations concernant sa santé à tel point que l'information de santé n'était considérée comme telle que lorsqu'elle était retranscrite par un professionnel de santé. Cette idée n'était que la résultante d'une conception et d'une relation du patient au professionnel de santé traduite en "non-sachant" face au "sachant". La santé était affaire du médecin et le patient restait objet. Il n'en demeure pas moins que ces informations revêtaient (et revêtent toujours) un statut particulier couvert par le secret médical<sup>190</sup>. Cependant, le patient ne pouvait maîtriser leur prise en charge.

L'apparition des nouvelles technologies dans la société et dans le secteur de la santé a contribué à déplacer le curseur. Le patient n'est plus passif, mais devient

---

<sup>190</sup> Ordre national des médecins, Secret médical, Entre droit des patients et obligation déontologique, Bull. Ordre méd., n° spéc., nov.-déc. 2012; Le secret médical, dossier, in Les cahiers de droit de la santé du Sud-Est, n° 15, oct. 2012; CNIL, Guide des professionnels de santé, 2011; M. CONTIS, *Secret médical et évolutions du système de santé*, thèse, éd. LEH, 2010; C. ZORN-MACREZ, *Données de santé et secret partagé*, PU Nancy, 2010; " Le secret médical aujourd'hui ", Dossier, *D.*, 2009. 2619; M. COUTURIER, " Secret médical et protection des personnes atteintes de troubles psychiques ", *RDSS*, 2009. 277; P. SARGOS, " Les enseignements des secrets trahis de Jules Bastien-Lepage et François Mitterrand ", *D.*, 2009. 2625; M. BACACHE-GIBEILI, " Le secret médical partagé ", *Gaz. Pal.*, 30 déc. 2008, n° 365, p. 44; Rapport annuel de la Cour de cassation 2007, La santé dans la jurisprudence de la Cour de cassation, p. 90 et 207; M. PIERCHON, " A propos du secret médical devant les juridictions du contentieux technique ", *JCP S*, 2007, n° 1564; P. SARGOS, " Les principes d'immunité et de légitimité en matière de secret professionnel médical ", *JCP*, 2004. I. 187; P. SEGUR, " Confidentialité des données médicales. A propos des enquêtes de santé ", *AJDA*, 2004. 858; M. PENNEAU, " Le secret médical et la preuve ", Mél. Holleaux, Litec, 2000, p. 345; L. DUBOIS, " Feu le secret médical ", in Mél. Peiser, PU Grenoble, 1995, p. 205; D. THOUVENIN, *Le secret médical et l'information du malade*, PU Lyon, 1982.

actif. Cette "technologisation" permet à la fois au patient de se renseigner sur la santé et aussi de fait, d'accéder plus facilement aux données qui le concernent directement.

**114.** La combinaison de ces deux éléments place le patient au cœur de la gestion de sa santé et le rééquilibre dans sa connaissance face au professionnel de santé<sup>191</sup>. La maîtrise de la technologie par les patients (1) combinée à une volonté politique de placer le patient au cœur de sa prise en charge (2), permet de plus en plus aux patients de créer leurs propres données, mais aussi d'en maîtriser l'usage.

### *1. La création spontanée de données de santé*

**115.** Ainsi, concernant l'accès à des connaissances sur la santé, aujourd'hui de nombreux sites internet<sup>192</sup> permettent à des personnes de se renseigner sur tel ou tel symptôme ou encore pathologie. L'accès à ces informations est finalement aujourd'hui le premier acte de soin pratiqué par le patient qui avant d'aller voir un professionnel de santé, "se renseigne" sur ces sites, et, arrive chez son médecin traitant avec un début d'auto-analyse de ses symptômes.

**116.** Ces traces de connexion sur ces sites internet ainsi que les éventuelles discussions sur des forums retraçant des "retours d'expérience " ou décrivant des symptômes ne peuvent être considérées que comme des données de santé au

---

<sup>191</sup> Sur le patient au cœur de sa prise en charge et comme acteur de la santé, voir par exemple : A. LAUDE, " Le patient nouvel acteur de sa santé ? ", D. 2007 p. 1151. Les textes législatifs suivants ont marqué ce repositionnement du patient tant au cœur de sa prise en charge qu'au cœur des décisions intéressant la mise en œuvre des politiques de santé (démocratie sanitaire) : Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

Sur cette loi et dans le sens du constat développé : " *Il s'agit en fait de mettre fin au protectionnisme médical afin que le patient acquière un rôle actif et devienne le principal acteur de sa santé. Au paternalisme et à l'opacité succèdent donc l'autonomie et la transparence qui sont désormais les leitmotifs de cette relation plus équilibrée entre professionnel de la santé et malade* ", P. MISTRETTA, " LA LOI n° 2002-303 DU 4 MARS 2002 RELATIVE AUX DROITS DES MALADES ET À LA QUALITÉ DU SYSTÈME DE SANTÉ - Réflexions critiques sur un Droit en pleine mutation ", *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 24, 12 Juin 2002, I 141

Autres analyse globale de cette loi : F. - J. PANSIER et C. CHARBONNEAU, " Commentaire de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades ", *LPA*, 13 et 14 mars 2002, n° 52 et 53 ; A. LAUDE (ss. dir. de), " La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé ", *LPA* n° spécial, 19 juin 2002, n°122; Y. LAMBERT-FAIVRE, " La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé ", 3 partie, *D.*, 2002, fasc n° 15, 16 et 17, p. 1217, 1291 et 1367.

<sup>192</sup> Par exemple : [www.doctissimo.fr](http://www.doctissimo.fr); [www.e-sante.fr](http://www.e-sante.fr); [www.passeportsante.net](http://www.passeportsante.net); [www.medisite.fr](http://www.medisite.fr)  
...

regard de la définition choisie en introduction. Or, ces données semblent n'avoir qu'un statut de données personnelles et non pas de données personnelles de santé au regard de la "Charte données personnelles et cookies" du site Doctissimo<sup>193</sup> par exemple. En effet, elles n'émanent certes pas d'un professionnel de santé, mais elles restent relatives à un état de santé décrit par le patient lui-même et le concernant. Elles ne sauraient être exclues de l'analyse d'autant plus qu'elles touchent au plus près le patient dans le sens où elles sont créées directement par lui. Si l'on considère la création d'une donnée comme l'un de ses usages, il est ici exercé directement par le patient.

## *2. La création encouragée de données de santé*

**117.** D'autres outils technologiques impliquent le patient, dans un contexte plus collaboratif avec des professionnels de santé. Ainsi par exemple, de nombreuses nouvelles applications réservées à l'origine à une alimentation, une écriture des données par des professionnels de santé vont s'ouvrir pour impliquer le patient et lui permettre, soit parce qu'il le souhaite, soit parce que le professionnel n'est pas présent pour recueillir les données, de créer sa propre donnée de santé. On peut ainsi parler par exemple du carnet de vaccination électronique. La couverture vaccinale en France est aujourd'hui insuffisante et l'amélioration de cette couverture passe notamment par l'émergence de ce type d'outil<sup>194</sup>. Il s'agit, pour des professionnels de santé, d'implémenter un carnet de vaccination électronique lors de l'administration d'un vaccin par exemple ou seulement sa dispensation. Le patient pourrait lui-même inscrire ce type d'information. Certes, on suppose encore que l'intervention de professionnels de santé est nécessaire sur ce type de dossier afin d'assurer au maximum la fiabilité de l'information, mais le patient reste un acteur<sup>195</sup>.

---

<sup>193</sup> <http://www.doctissimo.fr/charte-donnees-personnelles-et-cookies.htm>; on ajoutera que de plus, ces données ne sont pas hébergées chez un hébergeur agréé de données de santé.

<sup>194</sup> Stratégie Nationale de Santé, Feuille de route, 23 septembre 2013

<sup>195</sup> Pour exemple : <https://www.mesvaccins.net/>; carnet de vaccination électronique accessible au patient et aux professionnels de santé.

**118.** Le cas du DMP (Dossier Médical Partagé) <sup>196</sup>, est une manifestation de la volonté des pouvoirs publics d'intégrer le patient au processus de création de données, quand bien même ce dossier soit très "institutionnalisé".

Ce dossier permet au patient "d'écrire" des données, de décider des informations qu'il contient et des professionnels habilités à y accéder. La maîtrise du patient sur son DMP est donc extrêmement poussée. En effet, l'article L. 1111-19 du Code de la Santé Publique dispose : " *Le titulaire accède directement, par voie électronique, au contenu de son dossier. Il peut également accéder à la liste des professionnels qui ont accès à son dossier médical partagé. Il peut, à tout moment, la modifier. Il peut, à tout moment, prendre connaissance des traces d'accès à son dossier.* " Le patient peut donc gérer son dossier médical, gérer les droits d'accès à ce dernier et accéder aux traces d'accès à son DMP. L'autorisation qui avait été délivrée par la CNIL avant la refonte du DMP de 2016 apporte plus de précisions quant aux possibilités pour le patient d'agir sur son DMP.

Ainsi sur l'accès général à son DMP, la CNIL avait eu l'occasion lors de précédentes réformes de ce dossier de se prononcer à propos de l'accès direct du patient : " *La Commission relève que le patient pourra accéder à son DMP directement sur internet depuis son poste informatique. Ce mode d'accès a vocation à être généralisé progressivement sur l'ensemble du territoire. La création d'un compte d'accès « patient » pourra intervenir à la création du DMP ou être réalisée ultérieurement par tout personnel habilité à créer un DMP. Ainsi doté d'un compte internet, le patient sera en mesure d'accéder au contenu de son DMP ainsi qu'à un journal d'événements récapitulant les accès à son DMP qui précisera la date, l'heure et les opérations effectuées sur les données contenues*

---

<sup>196</sup> Loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie, loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé et décret n° 2016-914 du 4 juillet 2016 relatif au dossier médical partagé. Sur le DMP : V. MESLI, " Quelles articulations entre le dossier médical personnel et le dossier médical en santé au travail ? ", *RDSS*, 2014. 266; Cour des comptes, " Le coût du dossier médical personnel depuis sa mise en place ", Communication à la Commission des finances de l'Assemblée nationale, juill. 2012; A. MONNIER, " Le dossier médical personnel: histoire, encadrement juridique et perspectives ", *RDSS*, 2009. 625; D. GIOCANTI, " Les différentes acceptions des termes «dossier médical» et, dans ce contexte, situation du dossier hospitalier ", *RGDM*, déc. 2010, p. 161; J. CAYOL, " Réflexion sur la responsabilité médicale à la suite de l'introduction du dossier médical personnel ", *Méd. et droit*, mai 2006, n° 78, p. 85.

*dans son DMP*<sup>197</sup>. Le nouvel article L. 1111-19 s'inscrit aussi dans cette accès direct du patient et il est légèrement précisé par l'article R. 1111-29 : " Il est également accessible à son titulaire par voie électronique depuis un site internet ou dans les conditions prévues à l'article R. 1111-35. " mais surtout par l'article R. 1111-35 : " *Sans préjudice des dispositions de l'article 39 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précitée et de l'article L. 1111-7, le titulaire accède aux données contenues dans son dossier médical partagé :*

*1° Directement, en utilisant ses propres moyens d'identification et d'authentification ;*

*2° Par l'intermédiaire d'un professionnel de santé autorisé à accéder à son dossier médical partagé ;*

*3° Par l'intermédiaire de l'hébergeur visé à l'article L. 1111-14, dans les conditions prévues par la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés. La Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés définit et met en œuvre les conditions techniques permettant au titulaire d'extraire ou de verser au moyen de logiciels des données dans son dossier médical partagé. Les logiciels permettant cette extraction ou ce versement doivent être conformes à des spécifications élaborées par la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés visant à garantir le respect des obligations qui découlent de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précitée ainsi que des référentiels visés à l'article L. 1110-4-1 du présent code. La Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés tient à jour sur son site internet la liste des logiciels homologués. "*

Pour la gestion des professionnels habilités, le patient a une grande marge de manœuvre et une grande maîtrise de ses choix comme le précise l'article R. 1111-41 : " [...] *Le titulaire peut indiquer dans son dossier médical partagé l'identité des professionnels de santé auxquels il entend interdire l'accès à son dossier. La liste de ces professionnels de santé peut être modifiée à tout moment par le titulaire. [...]* ".

---

<sup>197</sup> Délibération n°2010-449 du 2 décembre 2010 portant autorisation des traitements de données personnelles mis en œuvre par les professionnels et établissements de santé nécessaires à la première phase de déploiement généralisé du dossier médical personnel

Le pouvoir du patient va jusqu'au contrôle du contenu même du DMP soit en refusant l'apparition d'un document, soit en supprimant un document ou en masquant certains documents à certains professionnels voir même en ajoutant lui même des données selon les articles L. 1111-15 : " *Certaines informations peuvent être rendues inaccessibles par le titulaire du dossier médical partagé.* ", R. 1111-38 : " *Le titulaire peut décider que des informations le concernant contenues dans son dossier médical partagé ne soient pas accessibles aux professionnels de santé autorisés à accéder à son dossier. Ces informations restent cependant accessibles au professionnel de santé qui les a déposées dans le dossier médical partagé et aux professionnels de santé visés à l'article R. 1111-43. Cette décision est modifiable à tout moment par le titulaire.* ", R. 1111-41 " *Le titulaire peut indiquer dans son dossier médical partagé l'identité des professionnels de santé auxquels il entend interdire l'accès à son dossier. La liste de ces professionnels de santé peut être modifiée à tout moment par le titulaire* ", ou encore l'article R. 1111 - 30 qui précise que le DMP contient des données déposées par le patient .

La CNIL avait déjà relevé ses possibilités lors des précédentes version règlementaires de ce dossier : " *Le patient disposera, d'un droit d'opposition et de suppression (droit à l'oubli). Il aura la possibilité de demander que certains documents ne soient pas mentionnés dans le DMP. Il aura également la possibilité de demander la suppression d'un document ou de l'ensemble de son dossier en sollicitant l'intervention du médecin de l'hébergeur. Le patient disposera également d'un « droit de masquage » qui lui permettra de rendre inaccessibles à certains professionnels de santé des données présentes dans son DMP. L'existence de documents masqués ne sera pas signalée. Ce droit de masquage pourra être exercé par le patient lui-même si le dossier lui est accessible par internet ou par l'intermédiaire d'un médecin, après information par ce dernier sur les risques associés. En cas de masquage d'un document, le document restera visible à son auteur, au patient, au médecin traitant de celui-ci*

*et au médecin de l'hébergeur. Le patient disposera également d'un espace d'expression personnelle* <sup>198</sup>.

**119.** Le patient, en devenant acteur de sa santé est aussi devenu créateur de données de santé, de ses propres données. L'informatisation a fait sortir la santé du champ réservé aux professionnels. La création de la donnée par le patient lui-même abonde un peu plus dans le sens de l'existence d'un *usus* du patient sur sa données personnelle car cette faculté de création est finalement le paroxysme de l'utilisation d'une donnée puisqu'elle la fait naître, apparaître.

**120.** Cependant, alors que la création de données de santé par un patient devrait entraîner une maîtrise forte des usages de celle-ci, on s'aperçoit que finalement malgré son implication dans sa prise en charge, la décision du patient sur l'usage de sa donnée reste encore faible.

## **B. Le patient, acteur limité dans les usages de ses données**

**121.** Si le patient peut à la fois consentir à des utilisations de ses données et créer ses propres données, paradoxalement, il n'a pas la complète maîtrise dans la détermination de ces usages.

**122.** Tout d'abord, il n'a aucune maîtrise sur l'initiative et la finalité du traitement de données à caractère personnel. Le responsable de traitement est le seul décideur sur ces aspects. L'initiative d'un traitement lui est réservée et il est seul décisionnaire sur la finalité de ce traitement. Ainsi par exemple un traitement de données de santé à caractère personnel qui a pour finalité la coordination des soins pourrait tout aussi bien avoir d'autres objectifs (réalisation d'études statistiques ou scientifiques, santé publique...). Or, il ne sera mis en œuvre que dans cette optique-là tant que le responsable de traitement n'aura pas décidé de modifier son traitement en lui ajoutant une autre finalité.

On comprend bien l'intérêt du critère de la finalité qui permet d'éviter l'anarchie et la collecte inutile de données personnelles dans un souci de protection des

---

<sup>198</sup> Délibération n°2010-449 du 2 décembre 2010 portant autorisation des traitements de données personnelles mis en œuvre par les professionnels et établissements de santé nécessaires à la première phase de déploiement généralisé du dossier médical personnel.

personnes, mais c'est aussi dans cette condition que réside une carence dans la maîtrise de l'usage de ses données par le patient : le patient ne décide pas de la finalité d'utilisation de ses données, et ce même s'il le souhaitait et s'il y consentait. Cette impossibilité pour le patient de décider par lui-même de la finalité d'usage de ses données montre une restriction à l'exercice d'un *usus*. Le patient ne peut détourner de lui-même l'utilisation de sa donnée qui est traitée et utilisée dans un objectif déterminé par le responsable du traitement. Il n'a pas l'accès à sa donnée qui pourrait lui permettre de l'intégrer, de la faire naviguer au sein d'autres systèmes d'information, d'autres traitements ayant des finalités différentes que le traitement pour lequel la donnée a été créée et utilisée.

**123.** La maîtrise de l'usage de la donnée par le patient procède essentiellement de l'accessibilité de cette donnée. Or aujourd'hui, une donnée collectée pour un traitement spécifique, quand bien même elle serait utile au sein d'un autre outil, dans un autre cadre de prise en charge et par un autre professionnel de santé, ne peut pas ni techniquement ni juridiquement sortir de son environnement de collecte. Pour exemple, il n'est aujourd'hui pas possible d'utiliser les données présentes dans un Dossier Pharmaceutique en dehors du cadre prévu par la loi et des choix faits par le Conseil National de l'Ordre des Pharmaciens. En effet, les données du DP sont aujourd'hui collectées uniquement par des pharmaciens d'officine et de PUI et accessibles seulement à ces deux professions pharmaceutiques et aux médecins exerçant en établissement de santé<sup>199</sup>. De plus, le DP n'est aujourd'hui pas accessible numériquement au patient qui ne peut qu'en obtenir une copie papier auprès de tout pharmacien. Ces deux éléments combinés aboutissent au fait que le patient ne peut ni accéder à ses données (au sens technologique et numérique) techniquement ni les transmettre juridiquement à un autre professionnel de santé que ceux visés par la loi. La volonté du patient d'utiliser ses données en dehors du cadre légal ne prime pas sur ce qui a été défini

---

<sup>199</sup> Article L. 1111-23 du Code de la Santé Publique : " [...] *Sauf opposition du patient quant à l'accès du pharmacien à son dossier pharmaceutique et à l'alimentation de celui-ci, tout pharmacien d'officine est tenu d'alimenter le dossier pharmaceutique à l'occasion de la dispensation. Dans les mêmes conditions, les pharmaciens exerçant dans une pharmacie à usage intérieur peuvent consulter et alimenter ce dossier. Les informations de ce dossier utiles à la coordination des soins sont reportées dans le dossier médical partagé dans les conditions prévues à l'article L. 1111-15.*

*Sauf opposition du patient dûment informé, le médecin qui le prend en charge au sein d'un établissement de santé peut consulter son dossier pharmaceutique dans les conditions mentionnées au deuxième alinéa. [...]"*.

dans les textes. Or, le consentement est l'une des dérogations au principe d'interdiction de traitement relatif aux données personnelles sensibles telles que les données de santé. Les cas dans lesquels ce consentement ne peut suffire à lever le principe d'interdiction doivent être prévus par loi<sup>200</sup>.

**124.** Pour un patient, il semble pourtant naturel de pouvoir décider, par exemple, que ses résultats de biologie soient accessibles à tous les médecins qu'il croisera tout au long de son parcours de soin. Or aujourd'hui, la France ne bénéficie pas d'un cadre technique suffisant permettant à deux logiciels différents de communiquer entre eux si le patient a décidé que sa donnée pouvait être accessible au plus grand nombre et parfois dans une finalité différente de celle pour laquelle elle a été collectée.

**125.** L'idée d'un DMP, qu'il soit un dossier partagé ou personnel, est finalement celle-ci : que les données de santé d'un patient (ou du moins les plus importantes) soient réunies au sein d'un même dossier, d'une même application et accessible aux professionnels de santé avec un patient qui a la maîtrise sur la liste des professionnels habilités à accéder à son dossier.

**126.** La mise en place d'un système permettant de rendre au patient la maîtrise sur sa donnée et notamment dans ses usages, implique un recueil du consentement du patient plus global et moins fractionné qu'il ne l'est aujourd'hui dans l'e-santé<sup>201</sup>. On ne recense plus le nombre de consentements qu'il faut donner aujourd'hui selon l'environnement dans lequel se trouve le patient. Ce principe, qui se veut protecteur du patient n'est finalement qu'une perte d'efficacité dans le partage des données personnelles de santé et une perte de temps. Il ne s'agit pas de porter atteinte aux droits des patients, mais de lui offrir la possibilité de moduler lui-même son consentement sur l'usage d'une donnée en régissant à la fois son accessibilité et son usage. Le nouveau règlement européen dans son considérant 32 précise d'ailleurs cette nécessité d'un consentement global pour des finalités

---

<sup>200</sup> Loi Informatique et Libertés, Article 8, II, 1 " *Les traitements pour lesquels la personne concernée a donné son consentement exprès, sauf dans le cas où la loi prévoit que l'interdiction visée au I ne peut être levée par le consentement de la personne concernée* ".

<sup>201</sup> Voir par exemple en ce sens concernant la télémédecine qui multiplie les consentements : consentement au soin, consentement à la méthode de la télémédecine, non opposition au partage de données, consentement au traitement d'information, consentement à l'hébergement de données de santé : M. SEREZAT et M.CAVALLIER, " Le consentement à l'obscurité de la télémédecine ", in Consentement et Santé, ss. Dir de l'Association Française de Droit de la Santé, Dalloz, 2014

semblables : " [...] *Le consentement donné devrait valoir pour toutes les activités de traitement ayant la ou les mêmes finalités* [...] "<sup>202</sup>.

L'existence d'un consentement globalisé pour le recueil des données de santé, indépendamment des collecteurs qui pourraient et devraient rester contraints à effectuer cette collecte selon certaines finalités, n'est possible qu'à la condition d'une maîtrise du patient sur cette accessibilité.

**127.** La situation des données de santé en France et son écosystème aboutissent à un paradoxe : le patient est devenu acteur de santé, mais n'a finalement que très peu de maîtrise sur sa donnée qui reste enfermée dans un système d'information hospitalier, ou dans le cabinet de son médecin, dans son officine etc. ...

**128.** En matière de données personnelles et anonymisées de santé, le patient se retrouve au cœur de la problématique de l'usage de celles-ci. Par l'exigence d'un consentement, ou à tout le moins d'une non-opposition, ou d'une information, le patient autorise l'usage de sa donnée. Et, s'il a le pouvoir d'autoriser cet usage, c'est qu'il en a la maîtrise, qu'il exerce. Cependant, on remarque que ce pouvoir du patient n'est pas encore abouti et qu'il est limité par la définition d'une finalité ou la transformation de la donnée en donnée anonyme.

**129.** Il y a des traces fortes d'un *usus* du patient sur les données qui le concernent, et ce même lorsque le lien se distend avec un processus d'anonymisation. Cependant, cette prérogative "propriétaire" du patient reste restreinte par les prérogatives d'un autre acteur : le collecteur.

## SECTION 2 : LE COLLECTEUR, MULTI-DECIDEUR DE L'USAGE DES DONNEES

**130.** Le patient ne maîtrise que partiellement l'usage de ses données car un ou d'autres acteurs jouent un rôle capital : les collecteurs de données. En effet, quelque soit le type de donnée, le collecteur est loin d'être passif vis-à-vis d'elle :

---

<sup>202</sup> Règlement (UE) 2016/679 du Parlement Européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 96/46/CE (règlement général sur la protection des données).

il a les pleins pouvoirs concernant les données anonymes (§1), il est initiateur et maîtrise la finalité et les usages d'un traitement de données à caractère personnel (§2) et il peut être contraint d'utiliser des données publiques qui n'ont finalement de raisons d'existence que par l'usage (§3).

## **§1. La donnée anonyme, un usage libre**

**131.** La donnée anonyme, non identifiante et non personnelle est un objet dont le droit ne s'est pas saisi directement. À l'inverse des données personnelles et des données anonymisées, qui ont un corpus juridique tant national qu'europpéen qui leur est consacré, les données n'appartenant pas à ces deux catégories sont des choses plus diffuses dans notre droit.

Le seul pan du droit qui fait aujourd'hui référence aux données de manière générale<sup>203</sup> est le droit de la propriété intellectuelle et plus spécifiquement le droit d'auteur. En effet, le droit s'est saisi de la question de la propriété des bases de données par ce prisme. Leur régime est devenu spécifique avec la directive européenne du 11 mars 1996<sup>204</sup> transposée en droit national par la loi du 1er juillet 1998<sup>205</sup>. Toutefois, on remarque que la protection s'exerce à deux niveaux : la protection par le droit d'auteur et la protection par un droit conçu spécifiquement, le droit des producteurs des bases de données.

---

<sup>203</sup> On mettra ici à part le cadre spécifique de la Loi Informatique et Libertés.

<sup>204</sup> Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données; E. DERIEUX, " bases de données et droit à l'information ", *LPA*, 18 févr. 1998; G. KOUMANTOS, " Les bases de données dans la directive communautaire ", *RIDA*, janv. 1997. 79; S. LEMARCHAND & S. RAMBAUD, "Quelques clés d'application de la directive Bases de Données ", *Propr. intell.*, 2004, n° 13, p. 892; X. LINANT DE BELLEFONDS, " Protection des bases de données, brèves observations concernant la directive du conseil ", *Expertises*, n° 169, févr. 1994, p. 65; E. LOGEAIS, " La révolution numérique bouscule le droit européen des bases de données ", *Propr. intell.*, 2012, n° 43, p. 225; N. MALLET-PUJOL, " la directive concernant la protection juridique des bases de données: la gageure de la protection privative ", *Dr. inf. et téléc.*, 1996/1, p. 3; F. POLLAUD-DULIAN, " brèves remarques sur la directive du 11 mars 1996 ", *D. Affaires*, 1997. 539; B. WARUSFEL, " la protection des bases de données en question: un autre débat sur la propriété intellectuelle européenne ", *Propr. intell.*, 2004, n° 13, p. 896.

<sup>205</sup> Loi n° 98-536 du 1er juillet 1998 portant transposition dans le code de la propriété intellectuelle de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données; E. DERIEUX, *op.cit.*; G. KOUMANTOS, *op.cit.* ; S. LEMARCHAND & S. RAMBAUD, *op.cit.* ; X. LINANT DE BELLEFONDS, *op. cit.* ; E. LOGEAIS, *op.cit.*; N. MALLET-PUJOL, *op.cit.* ; F. POLLAUD-DULIAN, *op.cit.* ; B. WARUSFEL, *op.cit.*

132. L'article L. 112-3 du Code de la Propriété intellectuelle définit la base de données en ces termes : " *On entend par base de données un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen* " <sup>206</sup>. Malgré une référence explicite à la donnée, cette dernière n'est pas définie.

Le corpus juridique de protection des bases de données sur le fondement du droit d'auteur concerne à la fois les données et la base en tant que telle. L'application du droit d'auteur impose une condition d'originalité <sup>207</sup> pour que la chose fasse l'objet d'une protection <sup>208</sup>. Ainsi certaines données font l'objet d'une protection par un droit de propriété intellectuelle, celui du droit d'auteur. Cependant, "*la protection par le droit d'auteur des bases de données est inefficace lorsque les données elles-mêmes ne sont pas protégées par le droit d'auteur, puisqu'elle ne porte que sur la structure ou la présentation de la base et n'empêche pas la reprise de son contenu*

---

<sup>206</sup> Article L. 112-3 du Code de la Propriété Intellectuelle; M. CHOISY, " Banques de données, aspects contractuels ", *ADI*, 1983, spéc. p. 35 s.; H. DE BOISSE, " prééminence du droit de la concurrence sur le droit sui generis " , *Expertises, janv.*, 2003, p. 23; E. DERIEUX, " bases de données et droit à l'information " , *LPA*, 18 févr. 1998; G. HAAS & O. DE TISSOT, " protection d'une base de données et site Web " , *Les annonces de la Seine*, 19 juill. 1999, p. 6; A. LUCAS, *La protection des banques de données, Rapport général au Congrès de l'ALAI*, éd. Yvon Blais Inc., Québec, 1989; A. LUCAS & M. VIVANT, *Les nouvelles technologies de l'information. Recension technique et première analyse de leur impact sur la propriété littéraire et artistique*, IDATE, 1993; N. MALLET-POUJOL, *Commercialisation des banques de données*, CNRS, éd. 1993; D. MARTIN, " la directive base de données et sa transposition en droit français " , *Gaz. Pal.*, 15-16 mai 1998, Doctr. p. 16; B. NOUEL, " droit de la concurrence et les données publiques " , *Gaz. Pal.*, 19-20 févr. 1997, Doctr. p. 2; F. POLLAUD-DULIAN, " brèves remarques sur la directive du 11 mars 1996 " *D. Affaires*, 1997. 539; P. SIRINELLI, *Lamy Droit des médias et de la communication*, étude 136; M. VIVANT, " recueils, bases, banques de données, compilations, collections...: l'introuvable notion ? " , *D.*, 1995. Chron. 197.

<sup>207</sup> Pour la condition d'originalité en droit d'auteur : voir notamment R. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz action, 2010 (Chapitre 103); C. BERNAULT, Fasc. 1135 : *Objet du droit d'auteur – Oeuvres protégées. Règles générales* (CPI, art. L. 112-1 et L. 112-2), n° 38 à 171, *JurisClasseur Civil Annexes*, V° *Propriété littéraire et artistique*, 17 mai 2015; A. LUCAS et P. SIRINELLI, " L'originalité en droit d'auteur " , *JCP G*, 1993, I, 3681.

<sup>208</sup> Sur l'originalité des données : CA Paris 4<sup>ème</sup> ch. A, 15 janvier 1997, *Gaz. Pal.* 1998 som. p. 87 note L. TELLIER-LONIEWSKI.

Sur l'originalité des bases de données : CA Paris, 20 septembre 2006, *Groupe Moniteur c/ SEMBTP*, RG 05/11975; F. POLLAUD-DULIAN, *commentaire Civ. 1<sup>re</sup>*, 13 mai 2014, *Xooloo*, n° 12-25.900, D. 2014. 1150; CJUE, 1<sup>er</sup> mars 2012, aff. C-604/10, *Football Dataco Ltd et a. c/ Yahoo! UK Ltd et a.* : RIDA avr. 2012, p. 337, obs. P. SIRINELLI ; *Comm. com. électr.* 2012, comm. 47, note C. CARON ; *A&M* 2012, p. 331 ; *Prop. industr.* 2012, comm. 75, note J. LARRIEU ; *Prop. intell.* 2012, n° 45, p. 421, obs. V.-L. BENABOU : pour être protégée par le droit d'auteur, il faut "*que le choix ou la disposition des données qu'elle contient constitue une expression originale de la liberté créatrice de son auteur* " ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 mai 2014, n° 12-27.691 : *Prop. intell.* 2014, p. 260, obs. J.-M. BRUGUIERE ; *RLDI* 2014/105, n° 3490, obs. L. C.

<sup>209</sup>. Malgré l'application d'un droit permettant de protéger les droits exclusifs sur les bases de données, des risques persistent pour les collecteurs. En effet, le droit d'auteur protège la base de données, sa structure et ce difficilement car l'appréciation de critère d'originalité reste complexe. L'autre problématique qui s'est présentée était aussi celle de savoir comment protéger les données elles-mêmes et notamment tous les efforts fournis pour les réunir. Il s'agissait de permettre " *l'appropriation de la valeur économique que constitue l'information* <sup>210</sup>", ou, à tout le moins, les données ou " *plus exactement d'un ensemble informationnel* " <sup>211</sup>. Ce n'est pas la donnée qui a vocation à être protégée, mais plutôt les données réunies en un même lieu, une même base de données.

**133.** C'est ainsi qu'une protection spécifique a été créée afin de préserver les intérêts du producteur de la base de données. Toutefois, "*cette protection est indépendante et s'exerce sans préjudice de celles résultant du droit d'auteur ou d'un autre droit sur la base de données ou un de ses éléments constitutifs*" <sup>212</sup>. Certains auteurs n'y ont pourtant pas vu une appropriation des données : " *Le droit du producteur est un droit autonome qui ne conduit pas à instaurer un droit d'appropriation sur les données qui composent la base et ses éléments constitutifs, que ceux-ci soient protégés ou non, et encore moins à créer un nouveau droit sur l'information ; en revanche, il peut s'exercer concurremment aux autres droits affectant la base de données telle que le droit d'auteur de la base sur sa structure, celui de l'auteur du logiciel ou les droits d'auteurs de chacune des œuvres ou données protégées qui y sont intégrées* " <sup>213</sup>. Il s'agit d'assurer l'interdiction d'extraire et réutiliser le contenu d'une base de données dans son ensemble ou de manière substantielle, du fait de l'investissement substantiel effectué par le producteur de la base : " *Le producteur d'une base de données, entendu comme la personne qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants, bénéficie d'une protection du contenu de la base lorsque la constitution, la vérification ou la présentation de celui-ci atteste d'un investissement financier,*

---

<sup>209</sup> A. BENSOUSSAN, *Informatique, Télécoms, Internet*, éd. Francis Lefebvre, 2008, p. 93.

<sup>210</sup> A.LUCAS, Fasc. 1650 : Droits des producteurs de bases de données (CPI, ART. L. 112-3 ET L. 341-1 À L. 343-7), n°37, Jursiclasseur, Civil Annexes, 17 mai 2015

<sup>211</sup> *Idem*

<sup>212</sup> Article L. 341-1 al.2 du Code de la Propriété Intellectuelle

<sup>213</sup> A. BENSOUSSAN, *Informatique, Télécoms, Internet*, éd. Francis Lefebvre, 2008, p. 93

*matériel ou humain substantiel* <sup>214</sup>. Comme cela a été évoqué précédemment, même si l'appropriation de la donnée ne transparaît pas clairement, la valeur économique est investie pour constituer une base de données non pas seulement dans sa structure, mais aussi dans son contenu.

Pour peu que les données ne soient pas sujettes à des droits spécifiques comme celui du droit d'auteur (exemple : œuvre musicale) ou de la réglementation sur les données personnelles, les auteurs et producteurs des bases de données possèdent un droit d'utilisation des données contenues dans la base. Les données peuvent faire l'objet d'autres droits en elle-même tels que le droit d'auteur comme c'est le cas pour des œuvres musicales ou vidéo ou encore le droit des données personnelles. Dans ces cas, les droits coexisteront et devront se combiner.

**134.** Mais, indépendamment de ces autres droits pouvant exister sur les données, rien n'empêche le collecteur d'exploiter une base et ses données et donc de contractualiser sur leurs utilisations ou alors même de les exploiter lui-même. La mise à disposition d'une base de données est en fait une cession de l'usage des données qu'elle contient. Ainsi, un contrat d'exploitation d'une base de données peut aller jusqu'à la transmission des droits d'exploitations soit :

- " - *le droit de reproduction,*
- *le droit d'utilisation,*
- *le droit d'adaptation,*
- *le droit de représentation,*
- *le droit de modification.* <sup>215</sup>

Un certain nombre de droits d'usage de la donnée peuvent donc faire l'objet d'un transfert par le collecteur. Or, si celui-ci peut contractualiser sur la base de ces différents droits, cela implique que ces derniers lui appartiennent initialement.

**135.** En conséquence, pour les données anonymes, le collecteur utilise la donnée dans le respect de la réglementation des bases de données en vigueur à ce jour. Cependant, se pose la question de quels sont ses droits d'usage sur des données personnelles.

---

<sup>214</sup> Article L. 341-1 al.2 du Code de la Propriété Intellectuelle

<sup>215</sup> A.LUCAS, Fasc. 1650, *op.cit.*

## §2. Les données personnelles et anonymisées, un usage décidé et encadré par le responsable du traitement

136. Précédemment<sup>216</sup>, a été décrite en matière de données personnelles et notamment de données de santé la particularité du régime applicable du fait de la grande sensibilité de l'objet dont il est question. De ce fait, aucun traitement de données de santé à caractère personnel ne peut être mis en œuvre sans une autorisation de la CNIL et sous réserve que le patient ait consenti à cette collecte et que la finalité soit légitime.

137. La législation abordée dans le cadre du paragraphe précédent ne peut trouver à s'appliquer sur le contenu de la base de données personnelles, sauf sur la base elle-même. En effet, les auteurs s'accordent plutôt à dire que les producteurs de bases de données n'auraient des droits (d'auteur et *sui generis*) que sur l'ensemble des données qui constituent la base et non pas sur les données prises unitairement<sup>217</sup>. Ainsi une donnée isolée de sa base obéit soit à une logique d'appropriation par le droit d'auteur lorsqu'il s'agit par exemple d'une œuvre ; soit à une logique de libre circulation de l'information lorsque ce n'est qu'une information ou encore au droit au respect de la vie privée lorsqu'il s'agit de données personnelles. L'analyse selon laquelle ce sont les données dans leur ensemble qui sont protégées pour le producteur et non unitairement est accréditée par le fait que seule l'extraction complète ou substantielle de la base est sanctionnée et pas la simple extraction d'une donnée isolée<sup>218</sup>. A priori donc, le collecteur ne possède aucun droit d'usage des données personnelles alors même qu'il peut protéger juridiquement la base contenant ces données.

138. Nonobstant, le collecteur n'est pas absent de la problématique de l'usage des données personnelles.

---

<sup>216</sup> *Supra*, n°82 à 85

<sup>217</sup> A.LUCAS, *Ibid*

<sup>218</sup> Article L. 342-1 du Code de la Propriété Intellectuelle : " *Le producteur de bases de données a le droit d'interdire :*

*1° L'extraction, par transfert permanent ou temporaire de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu d'une base de données sur un autre support, par tout moyen et sous toute forme que ce soit ;*

*2° La réutilisation, par la mise à la disposition du public de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu de la base, quelle qu'en soit la forme. [...]"*

En effet, nous avons déjà évoqué précédemment<sup>219</sup> que le patient n'avait ni l'initiative du traitement ni l'initiative de sa finalité. Le collecteur, ici responsable du traitement<sup>220</sup>, est souverain sur ces sujets. Il prend la décision de proposer un traitement de données de santé personnelles auprès de la CNIL et il décide aussi de la finalité de ce traitement.

De plus, le terme "responsable" montre aussi qu'il est le garant de l'utilisation de ces données notamment par l'emploi de certains procédés techniques. Pour reprendre l'exemple du Dossier Pharmaceutique (DP), le Conseil National de l'Ordre des Pharmaciens a ainsi dû mettre en place un système d'information garantissant le fait que ce sont bien des pharmaciens qui créent, alimentent et consultent les DP des patients. Pour ce faire, l'usage de la Carte de Professionnels de Santé (CPS) de pharmacien est nécessaire ou en tout cas à minima un certificat CPS<sup>221</sup>. C'est donc un système d'information clos et qui n'est accessible qu'aux professionnels de santé dûment habilités, en l'espèce les pharmaciens d'officine et de PUI<sup>222</sup>.

Le responsable du traitement doit aussi se conformer au droit d'accès des personnes à leurs données et mettre en place toutes les mesures qui s'imposent

---

<sup>219</sup> *Supra*, n°122

<sup>220</sup> article 3, Loi 78-17 du 6 janvier 1978, " *Le responsable d'un traitement de données à caractère personnel est, sauf désignation expresse par les dispositions législatives ou réglementaires relatives à ce traitement, la personne, l'autorité publique, le service ou l'organisme qui détermine ses finalités et ses moyens* "

<sup>221</sup> Délibération n°2008-487 du 2 décembre 2008 portant autorisation des traitements de données personnelles permettant la mise en œuvre généralisée du dossier pharmaceutique : " *la connexion avec la plate forme d'hébergement implique toujours la présence dans le serveur central de l'officine d'une CPS permettant la sécurisation de la transaction* "

<sup>222</sup> Article L. 1111-23 du Code de la Santé Publique : " *Afin de favoriser la coordination, la qualité, la continuité des soins et la sécurité de la dispensation des médicaments, produits et objets définis à l'article L. 4211-1, il est créé, pour chaque bénéficiaire de l'assurance maladie, avec son consentement, un dossier pharmaceutique. Sauf opposition du patient quant à l'accès du pharmacien à son dossier pharmaceutique et à l'alimentation de celui-ci, tout pharmacien d'officine est tenu d'alimenter le dossier pharmaceutique à l'occasion de la dispensation. Dans les mêmes conditions, les pharmaciens exerçant dans une pharmacie à usage intérieur peuvent consulter et alimenter ce dossier. Les informations de ce dossier utiles à la coordination des soins sont reportées dans le dossier médical personnel dans les conditions prévues à l'article L. 1111-15. [...]*  " Toutefois, dans le cadre d'une expérimentation, certains médecins hospitaliers peuvent accéder au DP : Article 23, loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé : " *A titre expérimental et pour une durée de trois ans à compter de la publication de la présente loi, les médecins peuvent, dans certains établissements de santé et dans le cadre de la prise en charge des patients, consulter avec leur autorisation leur dossier pharmaceutique.* "

pour en assurer le respect<sup>223</sup>. Sur les traitements de données de santé à caractère personnel, un certain nombre d'accès à ces données s'exerce au travers du médecin de l'hébergeur, acteur instauré par la réglementation sur l'agrément d'hébergeur de données de santé<sup>224</sup> qui vient se cumuler à l'application de la Loi Informatique et Libertés.

**139.** Ces différents éléments démontrent que l'accès est l'une des actions représentatives de l'usage d'une donnée. Le collecteur, concernant les données personnelles, définit le périmètre de l'usage et en assure le respect, mais il ne semble pas exercer à proprement parler un droit d'usage sur ces données. Il détermine le cadre dans lequel ces données personnelles seront utilisées (que l'on parle de collecte ou d'accès à ces données) et il doit aussi en être le garant. La détermination du cadre d'utilisation et de la finalité du traitement permet-il d'identifier un *usus* du producteur sur les données personnelles dont il est le responsable ?

**140.** La réponse à cette question nous confronte à nouveau à celle de savoir ce que recouvre le fait d'utiliser une donnée. Chacune des actions énumérées dans la Loi Informatique et Libertés (sachant que la liste est non exhaustive) "*la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction*"<sup>225</sup>, pourrait être une des nombreuses possibilités d'usage de la donnée. Pourtant, le

---

<sup>223</sup> Délibération n°2008-487 du 2 décembre 2008 portant autorisation des traitements de données personnelles permettant la mise en œuvre généralisée du dossier pharmaceutique : "*La Commission constate que, pour ouvrir un DP ou le clôturer ou pour exercer son droit d'accès en se faisant remettre une copie des informations contenues dans son dossier, l'assuré se borne à remettre au pharmacien une carte vitale ne comportant pas de code porteur, ni le plus souvent de photographie.*"

<sup>224</sup> Le cadre législatif de l'activité d'hébergement de données de santé à caractère personnel est fixé par l'article L. 1111-8 du code de la santé publique issu de la Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé; Le décret n°2006-6 du 4 janvier 2006 définit les conditions d'agrément des hébergeurs de données de santé à caractère personnel sur support informatique; C. ZORN-MACREZ, *op. cit.*; J. -L. BRAS, *op. cit.*; P. DESMARAIS, *op. cit.*; P. BICLET, *op. cit.*; P. BALLEZ, *op. cit.*; M. BRAC DE LA PERRIERE & E. FERRE, *op. cit.*; S. MARZOUG & B. DE LARD, *op. cit.*; J. BOSSI, *op. cit.*; G. KULLING & V. SCIORTINO, *op. cit.*; P. LE COZ, *op. cit.*; S. VULLIET-TAVERNIER, *op. cit.*; C. BERGOIGNAN-ESPER, *op. cit.*; J. BOSSI, *op. cit.*; L. DAUBECH, *op. cit.*; I. DE LAMBERTERIE, *op. cit.*; H. KHODOSS, *op. cit.*; N. MALLET-POUJOL, *op. cit.*; I. VACARIE, *op. cit.*; M. -C. CHEMTOB-CONCE, *op. cit.*; F. - J. PANSIER & C. CARBONNEAU, *op. cit.*; I. VACARIE, *op. cit.*; L. MAISNIER-BOCHE, *op. cit.*

<sup>225</sup> Loi Informatique et Libertés, Article 2.

terme " *utilisation* " est à lui seul présent dans cette énumération. Or, tout traitement de données peut comporter des utilisations de données si l'on en croit cette définition dans la Loi Informatique et Liberté et de ce fait tout responsable de traitement est susceptible d'utiliser les données personnelles dont il est le producteur ou collecteur.

**141.** Non seulement les collecteurs peuvent bénéficier d'un *usus* sur les données personnelles, mais ils peuvent, en plus, limiter ce dernier pour les personnes en décidant de la finalité et du cadre d'utilisation. Cette autonomie de volonté reste toutefois limitée et encadrée par le contrôle qu'en fait la CNIL, notamment par le biais du mécanisme d'autorisation pour les données dites sensibles.

Cependant, le droit d'auteur et le droit du producteur s'exerceront concomitamment aux droits des patients sur leurs données personnelles de santé.

Ce raisonnement est d'autant plus valable pour les données anonymisées et ce y compris pour les données de santé.

Malgré la nécessité d'une autorisation pour l'anonymisation de données de santé à caractère personnel<sup>226</sup>, le collecteur peut user de la totalité de ses prérogatives telles qu'elles existent dans le code de la propriété intellectuelle à partir du moment où les données ne sont plus grevées d'autres droits.

Le collecteur doit être autorisé à mettre en œuvre un procédé d'anonymisation dans le respect d'une certaine finalité et sous réserve d'en informer le patient ; mais, rien ne l'empêche ensuite d'utiliser, d'exploiter cette base et son contenu.

**142.** La situation du collecteur à l'égard des données personnelles et anonymisées de santé en matière d'*usus* est globalement assez claire : il a un droit d'utilisation pour ces données, mais cette utilisation est contrôlée et doit être autorisée par la CNIL.

---

<sup>226</sup> Loi Informatique et Libertés, Article 8, III" *Si les données à caractère personnel visées au I sont appelées à faire l'objet à bref délai d'un procédé d'anonymisation préalablement reconnu conforme aux dispositions de la présente loi par la Commission nationale de l'informatique et des libertés, celle-ci peut autoriser, compte tenu de leur finalité, certaines catégories de traitements selon les modalités prévues à l'article 25. Les dispositions des chapitres IX et X ne sont pas applicables* ".

143. L'exigence d'un tel contrôle se justifie par la sensibilité des données où le principe reste, nous le rappelons, l'interdiction de traitement et donc de fait l'interdiction d'utilisation. Pour le cas où cette prohibition est levée, la liberté du collecteur est très encadrée. Cependant, cette maîtrise de l'utilisation des données personnelles de santé par les collecteurs n'entraîne pas l'absence d'un *usus*. Ce dernier est simplement borné et contrôlé.

### §3. Les données publiques, l'usage comme raison d'être

144. Les données publiques sont une catégorie qui transcende les précédentes. Elles s'entendent comme " *l'ensemble des informations collectées ou produites dans le cadre d'une activité de service public, quel que soit son caractère, administratif ou industriel et commercial* "<sup>227</sup>. Cette définition large reprend celle qui transparait dans la loi du 17 juillet 1978 telle que modifiée par l'ordonnance du 6 juin 2005 : " [...] *Sont considérés comme documents administratifs, au sens des chapitres Ier, III et IV du présent titre, quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support, les documents produits ou reçus, dans le cadre de leur mission de service public, par l'État, les collectivités territoriales ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une telle mission. Constituent de tels documents notamment les dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles, correspondances, avis, prévisions et décisions. Les actes et documents produits ou reçus par les assemblées parlementaires sont régis par l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires* "<sup>228</sup>.

145. Le présent paragraphe, même s'il abordera de manière conséquente les données publiques, s'attardera aussi sur l'usage de données même privées par les personnes publiques au sens large.

---

<sup>227</sup> L. TERESI, *Droit de réutilisation et exploitation commerciale des données publiques*, La Documentation Française, Coll. Monde européen et international, 2011, p. 18.

<sup>228</sup> Article 1, Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal.

**146.** L'usage (ou le non-usage) des données publiques peut s'analyser selon deux prismes différents : l'usage par la collectivité, l'administration, de ses propres données (A) et l'usage des données publiques par d'autres acteurs (B).

### **A. L'usage des données publiques par les personnes publiques**

**147.** Le développement de bases de données de plus en plus fournies engage l'Administration dans un nouveau mouvement qui tend vers une plus haute exigence de performance, d'anticipation et d'efficacité. Ce contexte technologique même s'il peut être favorable à de meilleures prises de décisions publiques augmente parallèlement la responsabilité de l'Administration. En effet, la multitude de données disponibles pourrait aboutir à une obligation pour l'Administration d'en tenir compte et donc de les utiliser, au premier rang desquelles figurent celles qu'elle produit elle-même. Par nature, la plupart des données générées par les institutions publiques (au sens large) ne sont que le résultat de l'accomplissement de leurs missions. Ainsi, dans ce contexte se télescopent toutes les autres catégories de données : l'administration générera et utilisera inévitablement des données anonymes, des données personnelles et des données anonymisées. Par exemple, l'Assurance Maladie collecte et analyse nécessairement des données personnelles afin de pouvoir lutter contre les fraudes ou tout simplement rembourser les bénéficiaires. En effet, ses missions imposent cette collecte de données personnelles. Afin de pouvoir assurer le remboursement des assurés, des données sont collectées et traitées : "*Dans l'intérêt de la santé publique et en vue de contribuer à la maîtrise des dépenses d'assurance maladie, les professionnels et les organismes ou établissements dispensant des actes ou prestations remboursables par l'assurance maladie à des assurés sociaux ou à leurs ayants droit communiquent aux organismes d'assurance maladie concernés le numéro de code des actes effectués, des prestations servies à ces assurés sociaux ou à leurs ayants droit, [...]*"

*Pour assurer l'exécution de leur mission, les caisses nationales mettent en œuvre un traitement automatisé des données mentionnées à l'alinéa précédent. [...]*"<sup>229</sup>.

---

<sup>229</sup> Article L. 161-29 du Code de la Sécurité Sociale.

Les professionnels de santé eux-mêmes sont tenus de collecter les données pour les transmettre à l'Assurance Maladie : " *I.- Les professionnels de santé et centres de santé mentionnés aux articles L. 162-14-1, L. 162-16-1 et L. 162-32-1 sont tenus d'assurer, pour les bénéficiaires de l'assurance maladie, la transmission électronique des documents visés à l'article L. 161-33 et servant à la prise en charge des soins, produits ou prestations remboursables par l'assurance maladie.*

*II.- Sans préjudice des dispositions de l'article L. 161-33, le non-respect de l'obligation de transmission électronique par les professionnels et centres de santé donne lieu à l'application d'une sanction conventionnelle [...]"<sup>230</sup>.*

L'Assurance Maladie possède donc une masse considérable de données personnelles dues à l'exercice de son activité d'assureur. Cette collecte et exploitation de données n'est pas une alternative pour l'Assurance Maladie, elle s'impose par le simple exercice de ses missions. De plus, la collecte n'est pas suffisante dans ce contexte, c'est aussi l'exploitation de ces données qui doit être effectuée.

L'existence de ces données nominatives au sein du système d'information de l'Assurance Maladie a conduit à ce que celles-ci soient anonymisées pour permettre l'accomplissement d'autres missions et finalités : " *Il est créé un système national d'information inter régimes de l'assurance maladie qui contribue :*

*1° A la connaissance des dépenses de l'ensemble des régimes d'assurance maladie par circonscription géographique, par nature de dépenses, par catégorie de professionnels responsables de ces dépenses et par professionnel ou établissement;*

*2° A la transmission en retour aux prestataires de soins d'informations pertinentes relatives à leur activité et leurs recettes, et s'il y a lieu à leurs prescriptions ;*

*3° A la définition, à la mise en œuvre et à l'évaluation de politiques de santé publique.*

---

<sup>230</sup> Article L. 161 - 35 du Code de la Sécurité Sociale.

*Le système national d'information inter régimes est mis en place par les organismes gérant un régime de base d'assurance maladie. Ces derniers transmettent au système national d'information inter régimes de l'assurance maladie les données nécessaires. [...]*

*Les données reçues et traitées par le système national d'information inter régimes de l'assurance maladie préservent l'anonymat des personnes ayant bénéficié des prestations de soins."<sup>231</sup>.*

Ce système d'information appelé SNIIRAM (Système National d'Information Interrégimes d'Assurance Maladie) provient notamment de données personnelles anonymisées issues de ces données personnelles collectées pour le remboursement.

**148.** Au-delà de ces données "naturelles" de par l'exercice même de la mission de l'administration, il existe aujourd'hui de nombreuses bases de données privées ou publiques utilisables<sup>232</sup>. Au regard de ce fort développement, il est intéressant de se questionner sur le fait de savoir si l'administration ne devra pas à terme utiliser ces bases afin que l'accomplissement de ses missions soit considéré comme rempli. Pour exemple, en matière de sécurité sanitaire et plus spécifiquement de crise sanitaire, il existe de nombreuses bases permettant de détecter certaines épidémies grâce à des marqueurs<sup>233</sup>. Or, l'administration n'a pas forcément produit ces données elle-même et doit donc avoir recours à des entités externes. En cas d'impact sanitaire majeur, si la puissance publique n'utilise pas ces informations, peut-elle être considérée comme responsable ? Il y a fort à parier que la tendance va aller en ce sens dans les années à venir. D'ailleurs, la Direction Générale de la Santé (DGS) a régulièrement recours à des prestataires pour avoir des données à sa disposition<sup>234</sup>.

**149.** L'usage de données est inévitable pour l'Administration. Elle les crée, les traite, les exploite pour mener à bien ses missions.

---

<sup>231</sup> Article L. 161-28-1 du Code de la Sécurité Sociale.

<sup>232</sup> Pour un aperçu de certaines bases de données des administrations (ici rendues publiques) : <https://www.data.gouv.fr/fr/>.

<sup>233</sup> Voir ici les bases de l'Agence Nationale de Santé Publique (Santé Publique France) : <http://www.santepubliquefrance.fr/>.

<sup>234</sup> Avis d'attribution 2013/S 87-147269.

## B. L'usage des données publiques par les personnes privées

150. Au-delà de ces nécessaires et parfois obligations d'utilisation de ses données, l'administration a aussi une obligation de mise à disposition de certaines de ses données. C'est en ce sens que la loi du 17 juillet 1978<sup>235</sup> a été adoptée : " *Le droit de toute personne à l'information est précisé et garanti par les dispositions des chapitres Ier, III et IV du présent titre en ce qui concerne la liberté d'accès aux documents administratifs* "<sup>236</sup>. L'administration doit ainsi garantir la mise à disposition de ses documents. On notera qu'il n'est ici pas question de données, mais plus de documents ou d'informations. Rien n'impose dans cette loi à l'administration de dématérialiser ces éléments. Toutefois, la tendance reste à la " technologisation " de l'information, y compris dans les institutions et nous continuerons donc l'analyse en utilisant le terme de " données ".

151. Le mouvement de l'*open data*, émergeant depuis de nombreuses années<sup>237</sup>, s'inscrit dans la lignée de la loi de juillet 1978 tout en y ajoutant la notion de "data", de donnée, en prenant en compte l'informatisation de l'Administration.

Ce principe repose sur le fait que des administrations déposent sur une plateforme des jeux de données qui pourront ensuite être réutilisés par qui le souhaite, personne physique ou personne morale. La France est dotée d'une plateforme nationale à ce sujet pour permettre cette mise à disposition et donc la réutilisation des jeux de données : [www.data.gouv.fr](http://www.data.gouv.fr)<sup>238</sup>. La santé n'a pas échappé à ce

---

<sup>235</sup> Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal

<sup>236</sup> article 1er, Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal

<sup>237</sup> Pour plus de détails sur la notion d'*open data* et son émergence voir : *Infra*, n°225; R. Lacombe, P.-H. BERTIN, F. VAUGLIN et A. VIELLEFOSSE, Pour une politique ambitieuse des données publiques: les données publiques au service de la transparence et de l'innovation, 13 juillet 2011

<sup>238</sup> Ce mouvement est coordonné par la mission ETALAB : [www.etalab.gouv.fr](http://www.etalab.gouv.fr). Mission : " Au sein du Secrétariat général pour la modernisation de l'action publique, Etalab coordonne l'action des services de l'Etat et de ses établissements publics pour faciliter la réutilisation la plus large possible de leurs informations publiques. Etalab administre le portail unique interministériel [data.gouv.fr](http://data.gouv.fr) destiné à rassembler et à mettre à disposition librement l'ensemble des informations publiques de l'Etat, de ses établissements publics et, si elles le souhaitent, des collectivités territoriales et des personnes de droit public ou de droit privé chargées d'une mission de service public. Etalab poursuit la mise à disposition gratuite des données publiques, conformément au principe général de réutilisation libre, facile et gratuite fixé par les circulaires du Premier ministre du 26 mai 2011 et du 13 septembre 2013 relatives à l'ouverture des données publiques, en mettant l'accent sur les données à fort impact sociétal (santé, éducation, etc.) et/ou à fort potentiel d'innovation économique et sociale. Etalab collabore étroitement avec les services

mouvement notamment du fait de l'initiative transparence santé qui, au travers d'un manifeste<sup>239</sup>, a souhaité qu'un grand nombre de données publiques soit mis à disposition sur cette plateforme notamment. Ainsi, l'Assurance Maladie a par exemple mis en ligne le 16 avril 2014 des informations sur les médicaments remboursés entre 2008 et 2013<sup>240</sup>.

**152.** Cette question de l'ouverture des données de santé tend toutefois à se renouveler ou à tout le moins à se préciser, au regard de la dernière loi de santé<sup>241</sup>. En effet, la loi prévoit à son article 193 la mise en place d'un "système national de données de santé". Le domaine de la santé faisait déjà preuve de particularité, car une entité a été spécialement créée pour la mise à disposition et l'utilisation de certaines bases : l'Institut des Données de Santé (IDS) devenu Institut National des Données de Santé : " *Un groupement d'intérêt public, dénommé : " Institut national des données de santé ", est constitué entre l'Etat, des organismes assurant une représentation des malades et des usagers du système de santé, des producteurs de données de santé et des utilisateurs publics et privés de données de santé, y compris des organismes de recherche en santé. Il est notamment chargé :*

*1° De veiller à la qualité des données de santé et aux conditions générales de leur mise à disposition, garantissant leur sécurité et facilitant leur utilisation dans le respect de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ;*

*2° D'assurer le secrétariat unique mentionné à l'article 54 de la même loi ;*

*3° D'émettre un avis sur le caractère d'intérêt public que présente une recherche, une étude ou une évaluation, dans les conditions prévues au même article 54 ;*

---

chargés de la modernisation de l'action publique, notamment ceux responsables de l'innovation au service des usagers et de la transformation numérique de l'Etat. "

<sup>239</sup> [www.opendatasante.com](http://www.opendatasante.com) ( NB : Ce site a aujourd'hui disparue suite à la dissolution de l'association : Dépêche TIC Santé du 10/10/2014 : " Open data: l'association Initiative transparence santé dissoute ", [http://www.ticsante.com/Open-data-l-association-Initiative-transparence-sante-dissoute-NS\\_2036.html](http://www.ticsante.com/Open-data-l-association-Initiative-transparence-sante-dissoute-NS_2036.html)).

<sup>240</sup> <https://www.data.gouv.fr/fr/datasets/medicaments-rembourses-par-lassurance-maladie/>

<sup>241</sup> Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé

*4° De faciliter la mise à disposition d'échantillons ou de jeux de données agrégées mentionnées au V dudit article 54, dans des conditions préalablement homologuées par la Commission nationale de l'informatique et des libertés ;*

*5° De contribuer à l'expression des besoins en matière de données anonymes et de résultats statistiques, en vue de leur mise à la disposition du public. "*

La dernière loi de santé a souhaité aller plus loin et refondre les données de santé publiques en France. Ainsi est décrit le système national des données de santé<sup>242</sup> à l'article L. 1461-1 du Code de la Santé Publique : " I.-Le système national des données de santé rassemble et met à disposition :

*1° Les données issues des systèmes d'information mentionnés à l'article L. 6113-7 du présent code ;*

*2° Les données du système national d'information interrégimes de l'assurance maladie mentionné à l'article L. 161-28-1 du code de la sécurité sociale ;*

*3° Les données sur les causes de décès mentionnées à l'article L. 2223-42 du code général des collectivités territoriales ;*

*4° Les données médico-sociales du système d'information mentionné à l'article L. 247-2 du code de l'action sociale et des familles ;*

*5° Un échantillon représentatif des données de remboursement par bénéficiaire transmises par des organismes d'assurance maladie complémentaire et défini en concertation avec leurs représentants.*

Ce système constitué de nombreuses bases sera régi et sous la responsabilité de l'Assurance Maladie<sup>243</sup>. Il a vocation à permettre l'élaboration de statistiques de

---

<sup>242</sup> J. BOSSI MALAFOSSE, " Les nouvelles règles d'accès aux bases médico-administratives ", *Dalloz IP/IT*, 2016. 205.

<sup>243</sup> Article L. 1461-1 du Code de la Santé Publique : " [...]Dans le cadre d'orientations générales définies par l'Etat, en concertation avec les organismes responsables des systèmes d'information et des données mentionnés au I, la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés réunit et organise l'ensemble des données qui constituent le système national des données de santé mentionné au même I. Elle est responsable du traitement. [...] '.

santé selon des finalités ciblées par la loi et selon des modalités et conditions d'accès particulièrement draconiennes<sup>244</sup>.

L'IDS a quant à lui été transformé en Institut National des données de santé avec des membres plus nombreux et des missions plus larges qu'auparavant. Il est chargé de veiller à la qualité des données de santé et aux conditions générales de leur mise à disposition garantissant leur protection et facilitant leur utilisation. À ce titre, il peut être saisi, sur le fondement des dispositions de l'article 54 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique et aux libertés pour donner un avis sur le caractère d'intérêt public que présente une recherche, une étude ou une évaluation.

Ces dispositions concernent essentiellement des données anonymisées<sup>245</sup> issues de différents systèmes d'information déjà existants. Les autres acteurs que la personne publique collectrice ou dont c'est la mission ne peuvent accéder à des données personnelles.

L'accès à ces différentes bases de données telles que le SNIIRAM est très encadré et règlementé<sup>246</sup>. En effet, seuls certains organismes sont habilités à accéder à cette base, et ce dans des envergures différentes selon les données. Cependant, malgré cette habilitation réglementaire, il est parfois nécessaire au regard de la spécificité de l'analyse envisagée, de demander une autorisation spécifique auprès de l'IDS. Et, selon le niveau de la demande, une autorisation CNIL sera peut-être en sus nécessaire.

**153.** Les données publiques de santé ont donc aussi vocation à être utilisées pas des entités privées, quelle soient anonymes ou anonymisées.

**154.** En conclusion sur le sujet de l'usage des données publiques, l'exemple le plus frappant se situe dans le domaine de la veille sanitaire. En effet, le concept même de la veille sanitaire, entendu comme "*l'ensemble des actions visant à reconnaître la survenue d'un évènement inhabituel ou anormal pouvant présenter un risque pour la santé humaine dans une perspective d'anticipation, d'alerte et*

---

<sup>244</sup> articles L. 1461-1 et L. 1461-3 du Code de la Santé Publique .

<sup>245</sup> article L. 1461-4 du Code de la Santé Publique.

<sup>246</sup> Arrêté du 19 juillet 2013 relatif à la mise en œuvre du Système national d'information interrégimes de l'assurance maladie.

*d'action précoce* <sup>247</sup>, est d'exploiter, d'utiliser des données. Elle inclut : " *des systèmes de surveillance qui reposent sur la collecte régulière d'information structurée avec productions d'indicateurs définis a priori [et] un dispositif de veille permettant le recueil et l'analyse des signaux divers* " <sup>248</sup>. Une entité a même été créée spécifiquement à cet effet, l'Institut National de Veille Sanitaire (INVS)<sup>249</sup>, qui n'a pour raison d'être que la collecte et l'utilisation de données de santé et récemment réformé par l'article 166 de la dernière loi de santé qui a créé une "super-agence " de santé publique réunissant à la fois l'INVS mais aussi l'Institut national de prévention et d'éducation (INPES) et l'Etablissement de Préparation de Réponses aux Urgences Sanitaires (EPRUS)<sup>250</sup> : l'Agence Nationale de Santé Publique (Santé Publique France).

**155.** Les données publiques et notamment dans le domaine de la santé sont au cœur de l'usage, elles en sont même l'essence. Une administration produit nécessairement des données pour accomplir ses missions et la législation impose l'accessibilité de ces données, autorise leur réutilisation et tend vers une mise à disposition de plus en plus large. Il y a donc bien un *usus* qui est ici exercé sur ces données, à la fois par la puissance publique, mais aussi par d'autres acteurs qui exploitent ces données.

---

<sup>247</sup> Institut National de Veille Sanitaire et Ministère de la Santé, *La veille et l'alerte sanitaire en France*, 2011, p. 11.

<sup>248</sup> Institut National de Veille Sanitaire et Ministère de la Santé, *La veille et l'alerte sanitaire en France*, 2011, p. 10.

<sup>249</sup> Loi n° 98-535 du 1 juillet 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme; J.-F. SEUVIC, " Veille et sécurité sanitaires ", *RSC*, 1998 p.815; P. - Y. VERKINDT, " Sécurité sociale et sécurité sanitaire : bref retour sur la loi du 1er juillet 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire ", *RDSS*, 1999. p. 37.

<sup>250</sup> article 166, Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé : " [...] instituer un nouvel établissement public, dénommé « Agence nationale de santé publique » et autorisé à employer dans sa communication nationale et internationale l'appellation « Santé publique France », reprenant l'ensemble des missions, des compétences et des pouvoirs exercés par l'Institut de veille sanitaire mentionné à l'article L. 1413-2 du code de la santé publique, par l'Institut national de prévention et d'éducation pour la santé mentionné à l'article L. 1417-1 du même code et par l'établissement mentionné à l'article L. 3135-1 dudit code, ainsi que leurs biens, personnels, droits et obligations. [...] ".

## CONCLUSION DU CHAPITRE 1

**156.** L'*usus* est une prérogative qui se retrouve à maintes reprises dans notre droit sur les données de santé, et elle est exercée par plusieurs acteurs. On remarque que ce pouvoir ne s'exerce cependant pas dans sa complétude naturelle pour les patients et des axes d'améliorations sur ce point sont à envisager. Les collecteurs, quant à eux bénéficient aujourd'hui de multiples cas d'usages des données, et ce quelle que soit la nature de la donnée.

Mais, quoi qu'il en soit, cet *usus* est bien présent et s'exerce sur des données de santé différentes par nature et par divers acteurs. Cette analyse nous permet de tendre vers la possibilité de l'existence du droit de propriété à partir du moment où déjà au moins une des prérogatives se retrouve.

Cependant, la présence d'un *usus* est certes nécessaire à la démonstration d'un droit de propriété sur les données de santé, mais pas suffisante. Les autres prérogatives classiques de ce droit doivent aussi être abordées, notamment le *fructus*.



## CHAPITRE 2

### LE *FRUCTUS*, PREROGATIVE AMBIVALENTE SUR LES DONNEES DE SANTE

157. Le *fructus* se définit comme " le droit de tirer de la chose tous les fruits et produits "<sup>251</sup> ou plus précisément le " droit de retirer tout ce que peut donner la chose, c'est le droit de tirer un profit de la chose par son exploitation. C'est également le droit d'user ou de disposer des fruits et produits de la chose "<sup>252</sup>. En effet, " certains biens ont, de la sorte, la vertu d'être productifs, d'engendrer de nouveaux biens ; ils sont générateurs de richesse "<sup>253</sup>. Comme nous l'avons déjà évoqué<sup>254</sup>, le choix a ici été fait d'intégrer dans l'exercice du *fructus*, l'exploitation économique des données. En effet, la frontière entre *usus* et *fructus* peut effectivement s'avérer perméable, car exploiter un bien économiquement revient aussi à l'utiliser. On s'accorde à ce sujet avec l'analyse des Professeurs Zenati-Castaing et Revet déjà cités précédemment sur ce point ; "si l'on adopte une conception extensive de l'*usus*, cette utilité absorbe les deux autres [le *fructus* et l'*abusus*], qui sont des manières particulières d'utiliser une chose. "<sup>255</sup>. L'exploitation économique est donc ici entendue comme l'exercice de la prérogative du *fructus* plutôt que celle d'*usus*. Il s'agira donc ici d'identifier à la fois l'existence de fruits ou de produits provenant des données pour en déduire l'existence d'un droit sur ceux-ci, au travers des détenteurs potentiels de cette prérogative : les collecteurs (Section 1) et les patients (Section 2). Le choix a ici été fait de commencer la démonstration par le droit des collecteurs, car celui-ci est plus aisé à saisir et à identifier. À l'inverse, l'existence d'un *fructus* pour les patients est, de prime abord, contre nature et nécessite une analyse nécessairement plus complexe et plus difficile.

---

<sup>251</sup> F. TERRE et P. SIMLER, *op. cit.*, p. 61 (F. TERRE et P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, Précis, Dalloz, 9ème éd., 2014).

<sup>252</sup> E. OOSTERLYNCK, Fascicule n° 10 : le droit de propriété, n°20 à 22, 22 juin 2012.

<sup>253</sup> F. ZENATI-CASTAING & T. REVET, *op.cit.*, p. 187.

<sup>254</sup> Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

<sup>255</sup> F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *ibid.*, p. 333.

## SECTION 1 : UNE PREROGATIVE AFFIRMEE POUR LES COLLECTEURS

**158.** Pour démontrer l'existence d'une telle prérogative pour les collecteurs, il est d'abord nécessaire de trouver une valeur économique de la donnée (§1), car c'est cette valeur qui permet de prouver l'existence de fruits potentiels. Toutefois, on observe que malgré le fait que les données représentent une réelle valeur, le droit ne s'est que très peu saisi des enjeux économiques liés à l'exercice du fructus (§2).

### **§1. L'identification de la valeur économique de la donnée**

**159.** Nous assistons depuis de nombreuses années à l'émergence de l'économie numérique qui se divise en " *deux dimensions fondamentales, l'une informationnelle, liée à la nature intrinsèque de l'information et l'autre technologique dans la mesure où le stockage, le traitement et le transport de l'information nécessitent une infrastructure technique* "<sup>256</sup>. Les auteurs D. Mabillet et N. Coutinet, analysent la structure de ce marché du point de vue économique et se posent la question de la détermination du prix des biens informationnels : en fonction du client, en fonction de la variété et en fonction du groupe de clientèle<sup>257</sup>. Au travers de cette analyse, il apparaît clairement que " *l'information est un bien auquel s'appliquent les questions traditionnelles de la science économique* "<sup>258</sup>. Or, si la discipline des sciences économiques se saisit d'un tel sujet, il semble difficile de ne pas reconnaître que la donnée comme une information technologisée qui a une valeur économique, car elle est au cœur d'un marché. Au-delà de ces principes généraux, chaque catégorie de données revêt pour le collecteur une valeur économique. Ainsi, les données personnelles sont les premières ressources de l'économie numérique (A) et les données publiques représentent une valeur universelle, c'est à dire tant pour l'Administration que pour le secteur privé (B).

---

<sup>256</sup> D. MABILLOT et N. COUTINET, Les biens informationnels : définition et mesures, in *Société de l'information : enjeux économiques et juridiques*, ss. dir. P. BARBET et I. LIOTARD, L'Harmattan, 2006, p. 29.

<sup>257</sup> D. MABILLOT et N. COUTINET, Les biens informationnels : définition et mesures, in *Société de l'information : enjeux économiques et juridiques*, ss. dir. P. BARBET et I. LIOTARD, L'Harmattan, 2006, p. 35 à 38.

<sup>258</sup> *Ibid*, p. 46.

## A. Les données personnelles, ressources premières des activités du numérique

**160.** Les données personnelles sont aujourd'hui au cœur d'un combat entre logique économique et protection de la vie privée des individus. La question de la valeur économique de la donnée du point de vue des personnes sera abordée ultérieurement,<sup>259</sup> mais pour les collecteurs " *n'est-il pas tentant, par exemple, de connaître les habitudes des clients potentiels pour leur proposer des produits adaptés à leurs habitudes d'achat ?*<sup>260</sup>". La guerre économique des acteurs des NTIC ne se joue pas seulement sur la prouesse technologique, mais sur la captation de données<sup>261</sup>. Il a été maintes fois répété que la donnée n'est autre que le pétrole du XXI<sup>e</sup> siècle<sup>262</sup>. Les enjeux sont dans le ciblage de la personne. Diverses techniques peuvent être utilisées et elles ne sont rien d'autre qu'une utilisation de données personnelles permettant d'assurer la rentabilité de la donnée. Ainsi, les cookies, qui " *sont des petits fichiers enregistrés depuis un site internet sur un répertoire prédéfini de l'ordinateur de l'internaute à des fins de personnalisation : lorsque l'internaute consulte un site, ce dernier place dans l'ordinateur de celui qui le visite un fichier où sont notés les traits principaux de sa navigation dans le site dont ses tendances et ses goûts... si bien que lorsqu'il revient sur ce site il est traité comme une personne déjà connue et orientée vers ce qui est censé lui plaire le plus* "<sup>263</sup>.

**161.** Les adresses IP des ordinateurs sont aussi utilisées pour obtenir des informations telles que la géolocalisation. La question de savoir si l'adresse IP d'un ordinateur est une donnée personnelle a été posée devant les juridictions<sup>264</sup>. La question semblait avoir été tranchée de manière contradictoire entre la

---

<sup>259</sup> *Infra*, n°204 à 207

<sup>260</sup> J.-M. VAN GYSEGHEM, " Introduction, L'opposition entre la protection de la vie privée et les intérêts économiques : dans quelle pièce joue-t-on ? ", in *Défis du droit à la protection de la vie privée, Perspectives du droit européen et nord-américain*, Cahiers du Centre de Recherche Informatique et Droit, Bruylant, 2008, p. 134.

<sup>261</sup> Sur ce sujet, lire notamment : S. CHIGNARD & L. - D. BENYAYER, *Datanomics Les nouveaux business models des données*, FYP éditions, 2015.

<sup>262</sup> Voir G. BABINET, *L'ère numérique, un nouvel âge de l'humanité, Cinq mutations qui vont bouleverser notre vie*, éd. Le Passeur, 2014; P. BELLANGER, *La souveraineté numérique*, éd. Stock, 2014.

<sup>263</sup> J. HUET et E. DREYER, *Droit de la communication numérique*, Manuel, LGDJ, 2011, p.327

<sup>264</sup> Pour plus d'approfondissement de cette question voir notamment : R. PERRYAY, Fasc. 4710 : Données à caractère personnel. – Introduction générale et champ d'application de la loi "Informatique et libertés", Jurisclasseur Communication, n°38, 31 mai 2015.

jurisprudence européenne qui leur accordait un statut de données personnelles<sup>265</sup> alors que la Cour de Cassation s'y refusait au motif que ce n'était que des données d'identification d'un appareil et non d'une personne<sup>266</sup>. Un début de revirement des juridictions nationales s'est fait sentir par une ordonnance du TGI de Paris du 17 juillet 2014 qui a reconnu à l'adresse IP le statut de donnée personnelle<sup>267</sup>. Des arrêts antérieurs permettaient de pressentir cette qualification. En effet, ils avaient reconnu que l'adresse IP combinée à d'autres éléments pouvait permettre l'identification de la personne<sup>268</sup>. Mais avant l'ordonnance de 2014, elle n'était pas reconnue isolément comme identifiante. Ce revirement a malgré tout été stoppé par un arrêt de la Cour d'Appel de Rennes en date du 28 avril 2015 qui revient sur la position antérieure selon laquelle les adresses IP ne sauraient être des données personnelles mêmes indirectement identifiantes<sup>269</sup>.

La question du statut juridique de l'adresse IP n'est pas encore définitivement tranchée. Le nouveau règlement européen sur les données personnelles ne semble pas tendre vers une clarification du débat. En effet, dans son considérant 30 il expose les éléments suivants : " *Les personnes physiques peuvent se voir associer, par les appareils, applications, outils et protocoles qu'elles utilisent, des identifiants en ligne tels que des adresses IP et des témoins de connexion («cookies») ou d'autres identifiants, par exemple des étiquettes d'identification par radiofréquence. Ces identifiants peuvent laisser des traces qui, notamment lorsqu'elles sont combinées aux identifiants uniques et à d'autres informations*

---

<sup>265</sup> CJUE, 29 janvier 2008, C-275/06 : *D.* 2008, p. 480, obs. J. DALEAU ; *RTD com.*, 2008, p. 302, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *RTDE*, 2008, p. 405, chron. J. SCHMIDT-SZALEWSKI ; *JCP G*, 2008, II, 10099, note E. DERIEUX ; *RLDI*, 2008, n° 37, n° 1129, L. SZUSKIN & M. DE GUILLENSCHMIDT ; *Comm. com. électr.*, 2008, comm. 32, note C. CARON ; *Propr. intell.*, 2008, n° 27, p. 239, note V.-L. BENABOU et CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, Scarlet Extended : *D.* 2011, p. 2925, C. MANARA ; *Gaz. Pal.*, 16 févr. 2012, n° 47, note L. MARINO ; *D.*, 2012, p. 2347, obs. P. TREFIGNY ; *D.*, 2012, p. 2836, obs. P. SIRINELLI ; *RSC*, 2012, p. 163, obs. J. FRANCILLON ; *RTDE*, 2012, p. 404, obs. F. BENOIT-ROHMER ; *RTDE*, 2012, p. 957, obs. E. TREPPOZ.

<sup>266</sup> Cass. crim., 13 janv. 2009, n° 08-84.088, SACEM et a. c/ Cyrille S. : *JurisData* n° 2009-046824 ; *Bull. crim.*, 2009, n° 1 ; *D.* 2009, p. 497, obs. J. DALEAU ; *Comm. com. électr.* 2009, comm. 120, note C. CARON ; *Dr. pén.*, 2009, comm. 66, obs. J.-H. ROBERT ; *Dr. pén.*, 2009, étude 10, L. FLAMENT ; *RLDI*, août-sept. 2009, n° 52, n° 1708, note L. COSTES ; *Légipresse*, 2009, n° 261, III, p. 98, note E. DERIEUX ; *RTD com.*, 2010, p. 310, obs. F. POLLAUD-DULIAN.

<sup>267</sup> TGI Paris, référés, 17 juillet 2014, Chantal M / Crédit Lyonnais.

<sup>268</sup> TGI Saint-Brieuc, 6 septembre 2007, *RLDI*, 2007, n°1028 ; TGI Paris, 3ème chambre, 24 juin 2009, *RLDI*, 2009/51, n°1686.

<sup>269</sup> CA Rennes, ch. com., 28 avr. 2015, n° 14/05708, SARL Cabinet Peterson c/ SARL Groupe Logisneuf, SARL C-Invest, SARL European Soft : E. CAPRIOLI, " L'adresse IP n'est pas forcément une donnée à caractère personnel ", *Comm. com. électr.*, n° 7, Juillet 2015, comm. 64

reçues par les serveurs, peuvent servir à créer des profils de personnes physiques et à identifier ces personnes. <sup>270</sup>. Ce texte européen se refuse à trancher cette question d'une manière ou d'un autre. Il n'exclut d'ailleurs aucune des deux possibilités. Il se borne à reconnaître que chaque cas d'espèce fera l'objet d'une appréciation et d'une qualification juridique différente de l'adresse IP. Ce positionnement laisse présager le fait que l'adresse IP ne saura acquérir un statut juridique tranché, chaque contexte et circonstance détermineront s'il s'agit d'une donnée personnelle ou pas.

**162.** Les données personnelles permettent aujourd'hui aux collecteurs de valoriser économiquement leur propre activité ou d'offrir ce service à d'autres acteurs souhaitant développer leur activité. En d'autres termes, l'exploitation de données personnelles par les collecteurs donne lieu à une production économique et donc à des fruits. Déjà en 2001, Isabelle De Lamberterie écrivait " *les conditions d'ordre économique pour la constitution d'un marché sont aujourd'hui très certainement réunies* " <sup>271</sup> avant de poursuivre en affirmant " *la logique marchande est assurément en train d'investir le monde des données personnelles*" <sup>272</sup>.

## **B. Les données publiques, ressources universelles**

**163.** Les données publiques revêtent elles aussi une valeur économique à la fois pour l'administration qui les collecte, mais aussi pour les autres acteurs du

---

<sup>270</sup> Règlement (UE) 2016/679 du Parlement Européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 96/46/CE (règlement général sur la protection des données); T. DAUTIEU, " La proposition de règlement européen en matière de protection des données personnelles et ses conséquences sur la future stratégie de contrôle de la CNIL ", 15 janvier 2013, *D.*, 2015; C. BLOUD-REY, " Quelle place pour l'action de la CNIL et du juge judiciaire dans le système de protection des données personnelles ? ", *D.*, 2013. 2795; A. ASTAIX, " Réforme européenne de la protection des données : le processus suit son cours ", 31 janvier 2013. *D. Actualités*; N. MARTIAL-BRAZ, J. ROCHFELD & E. GATTONE, " Quel avenir pour la protection des données à caractère personnel en Europe ? ", *D.*, 2013. 2788; A. ASTAIX, " Protection des données personnelles : une réforme globale en vue ", 6 février 2012, *D. Actualités*; C. CASTETS-RENARD, " Brève analyse du règlement général relatif à la protection des données personnelles ", *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 335; G. DESGENS-PASANAU, " RGPD : entre incertitudes et occasions manquées ", *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 335; P. CADIO & . LIVENAIS, " Photographie du champ territorial du règlement des données personnelles : de nouveaux opérateurs concernés ? ", *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 347.

<sup>271</sup> I. DE LAMBERTERIE et H.-J. LUCAS, *Informatique, libertés et recherche médicale*, CNRS DROIT, CNRS éditions, 2001, p. 13.

<sup>272</sup> *Ibid*, p. 14.

marché: " [ La donnée publique] *s'est muée en un bien économique pourvu d'une forte valeur d'échange au point qu'aujourd'hui elle représente une ressource économique considérable* <sup>273</sup>, d'autant plus que" *le secteur public par sa nature et par l'étendue de ses activités représente la plus grande ressource d'information à valeur ajoutée* <sup>274</sup>.

**164.** La valeur économique des données publiques est telle que les diverses réglementations concernant la mise à disposition de données publiques poursuivent, outre l'objectif de transparence de l'administration, celui de dynamiser le marché informationnel. La finalité est de " *faciliter la création de produits et de services d'information à l'échelle de la communauté basés sur les documents émanant du secteur public* " et de " *favoriser une utilisation transfrontalière efficace des documents du secteur public par les entreprises privées en vue de créer des produits et des services d'information à valeur ajoutée* " <sup>275</sup>. La donnée publique est donc ici une matière première dans la construction d'autres produits ou services et l'ont peut en conséquence en tirer des fruits ou produits : " *ces collections de données ont une valeur au-delà de leur utilisation par les administrations* " <sup>276</sup>.

Les données de santé n'échappent pas à ces différents constats, quelle que soit leur nature. La société de consulting McKinsey a évalué que les applications des *big data* en santé pourraient permettre de réduire de 300 milliards de dollars les coûts du système de santé américain grâce par exemple à la mise en place de modèles prédictifs permettant d'allouer les ressources en recherche et développement, à l'exploitation de données de santé pour assurer un support à la décision médicale ou pour personnaliser la médecine... <sup>277</sup> La révolution des objets connectés en matière de santé, bon exemple de l'impact économique des données de santé,

---

<sup>273</sup> . L. TERESI, *op. cit.*, p. 10.

<sup>274</sup> Commission des communautés européennes, " e Europe 2002 : créer un cadre communautaire pour l'exploitation de l'information émanant du secteur public ", Communication de commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au comité des régions, COM (2001) 607 final.

<sup>275</sup> COM(1998)585, PUBLIC SECTOR INFORMATION : A KEY RESOURCE FOR EUROPE GREEN PAPER ON PUBLIC SECTOR INFORMATION IN THE INFORMATION SOCIETY

<sup>276</sup> Lignes directrices de la Commission Européenne sur la synergie entre secteur public et privés sur les marchés de l'information, 1989.

<sup>277</sup> Big data: The next frontier for innovation, competition, and productivity, McKinsey Global Institute, June 2011.

arrive à grands pas, en témoigne le cahier de la CNIL qui leur est consacré<sup>278</sup>. Déjà en 2012 la Commission européenne s'était saisie des enjeux à venir de l'internet des objets. Les défis se jouent certes sur le terrain de la protection des données personnelles, d'autant plus que l'un des terrains d'élection de l'internet des objets est justement la santé, mais aussi sur le plan économique. Ces différents capteurs et collecteurs de données personnelles pourraient avoir un impact direct et indirect considérable sur l'économie<sup>279</sup>.

Des sociétés spécialisées dans la collecte, le traitement, et la valorisation des données de santé sont apparues et sont aujourd'hui très dynamiques. Par exemple, la société IMS Health, qui existe depuis 1954, a fait des données et de leur exploitation son activité principale et a racheté en 2014 la branche Data Strategic d'une autre société spécialisée sur le sujet Cegedim. En 2012, le chiffre d'affaires d'IMS s'élevait à 1,8 milliard de dollars.

**165.** La donnée, quelle que soit sa nature, est donc aujourd'hui au cœur d'échanges et d'activités économiques. Mais la question est de savoir quelle est la reconnaissance juridique de cette valeur économique de la donnée.

## **§2. La reconnaissance juridique timide de la valeur économique de la donnée**

**166.** La valeur économique d'une chose, en l'espèce la donnée, s'avère déterminante dans la qualification du droit de propriété, et ce pour deux raisons : la première est que le mouvement théorique du droit de propriété tend à faire de la

---

<sup>278</sup> CNIL, " Le corps nouvel objet connecté ", Cahier Innovation et Prospective, n°02, 2014.

Voir aussi : F. MEURIS, " Les dangers du « soi quantifié » ", *Comm. com. électr.*, n° 7-8, Juillet 2014, alerte 49; C. LAVERDET, " Les enjeux juridiques de l'Internet des objets ", *JCPG*, n° 23, 9 Juin 2014, 670; L. MARINO, " *To be or not to be connected* : ces objets connectés qui nous espionnent " , *D.*, 2014. 29.

<sup>279</sup> COMMUNICATION DE LA COMMISSION AU PARLEMENT EUROPÉEN, AU CONSEIL, AU COMITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIAL EUROPÉEN ET AU COMITÉ DES RÉGIONS L'internet des objets – Un plan d'action pour l'Europe, COM(2009) 278 final. Par exemple : " *Les responsables politiques et les pouvoirs publics de l'UE devront gérer nombre de ces transformations pour faire en sorte que l'utilisation des technologies et des applications liées à l'IdO favorisent la croissance économique et le bien-être des personnes, et répondent à certains problèmes sociétaux actuels* " (p. 5); " *Ligne d'action n° 5 – L'internet des objets en tant que ressource vitale pour l'économie et la société* " (p. 8); " *En adoptant une approche volontaire, l'Europe pourrait jouer un rôle de premier plan pour définir les modalités de fonctionnement de l'IdO et elle pourrait retirer les bénéfices qui en découlent en termes de croissance économique et de bien-être individuel, faisant ainsi de l'internet des objets un internet des objets pour les individus* " (p. 12).

valeur économique un point de départ de ce droit<sup>280</sup>; la seconde, indépendante de l'adhésion aux nouvelles théories du droit de propriété est que la notion de *fructus* et donc celle de fruits sont intimement liées à cette idée de valorisation économique dans le sens où le propriétaire a un droit sur celle-ci.

**167.** Malgré le constat d'une réelle valeur économique des données, y compris des données de santé, la prise de conscience juridique de cet aspect de la donnée est morcelée et manque parfois de substance. Le premier pan du droit qui reconnaît de manière détournée la valeur de la donnée est le droit des bases de données (A). Cependant, on s'aperçoit rapidement qu'il n'y a pas de corpus juridique actuel sur la donnée, mais seulement des règles sur certaines catégories de données<sup>281</sup>, ce qui traduit le manque de perception de la nécessité économique de prévoir un tel corpus (B).

#### **A. Le corpus juridique bicéphale du droit des bases de données : droit d'auteur et droit du producteur**

**168.** La question des droits pesant sur les bases de données a été abordée assez tôt, en témoigne par exemple un ouvrage de 1986 sur " *Les relations contractuelles des producteurs de bases et banques de données*".<sup>282</sup>Le traitement de cette thématique témoigne d'une préoccupation par les producteurs eux-mêmes: comment encadrer juridiquement les relations contractuelles (avec les personnes ou avec d'autres collecteurs) concernant une base de données ?

**169.** Ce questionnement résulte d'un besoin de sécurité juridique de ces relations contractuelles qui commençaient à peine à se développer à l'époque. Or, on le sait bien aujourd'hui, la sécurité juridique concourt au développement et à l'épanouissement économiques d'un secteur d'activité.

---

<sup>280</sup> J. L. BERGEL, Rapport général, sur les nouveaux biens, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La propriété*, Journées vietnamiennes, Tome LIII, Société de législation comparée, 2003 : "La question se pose de savoir si l'on peut admettre sans limites la consécration de nouveaux biens immatériels ou virtuels, dès lors qu'ils ont une valeur économique ou si une telle reconnaissance se heurte à des limites."

<sup>281</sup> T.SAINT-AUBIN, " Les nouveaux enjeux juridiques des données (big data, web sémantique et linked data). Les droits de l'opérateur de données sur son patrimoine informationnel "; *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2014.

<sup>282</sup> Groupement Français des Fournisseurs d'Information en Ligne (G.F.F.I.L), *Les relations contractuelles des producteurs de bases et banques de données*, Dalloz, 1986.

**170.** Le droit des bases de données s'est réellement matérialisé, en dehors des relations contractuelles, avec la loi du 1er juillet 1998<sup>283</sup> et par la directive européenne du 11 mars 1996<sup>284</sup>.

Le texte de 1998 permet à la base de données d'être protégée par un premier moyen, le droit d'auteur : " *Les auteurs de traductions, d'adaptations, transformations ou arrangements des œuvres de l'esprit jouissent de la protection instituée par le présent code sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale. Il en est de même des auteurs d'anthologies ou de recueils d'œuvres ou de données diverses, tels que les bases de données, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles. On entend par base de données un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen* " <sup>285</sup>.

L'application du corpus juridique lié au droit d'auteur nécessite une condition d'originalité de la base.

**171.** La directive, quant à elle, crée un droit *sui generis*, un régime de protection spécifique qui fait apparaître une composante économique et qui a été reprise au sein du Code de la propriété intellectuelle par la loi du 1er juillet 1998 : " *Le producteur d'une base de données, entendu comme la personne qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants, bénéficie d'une protection du contenu de la base lorsque la constitution, la vérification ou la*

---

<sup>283</sup> Loi n° 98-536 du 1er juillet 1998 portant transposition dans le code de la propriété intellectuelle de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données.

<sup>284</sup> Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données.

<sup>285</sup> article L. 112-3 du Code de la Propriété Intellectuelle; M. CHOISY, *op.cit.* .; H. DE BOISSE *op.cit.*; E. DERIEUX, *op.cit.*; G. HAAS & O. DE TISSOT *op.cit.*; A. LUCAS, *La protection des banques de données, Rapport général au Congrès de l'ALAI, op.cit.*; A. LUCAS & M. VIVANT, *op.cit.*; N. MALLET-POUJOL, *Commercialisation des banques de données, op.cit.*; MARTIN, *op.cit.*; B. NOUEL, *op.cit.*; F. POLLAUD-DULIAN, " brèves remarques sur la directive du 11 mars 1996 " *op.cit.*; M. VIVANT, " recueils, bases, banques de données, compilations, collections...: l'introuvable notion ? ", *op.cit.*

*présentation de celui-ci atteste d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel* <sup>286</sup>.

La volonté de la directive<sup>287</sup> était bien d'éviter un morcellement et des différences de protection des bases de données au sein de l'Union Européenne mais aussi

---

<sup>286</sup> article L. 341-1 du Code de la Propriété Intellectuelle.

<sup>287</sup> Voici quelques extraits des considérants de la directive décrivant ses objectifs :

" *Considérant que les bases de données ne sont actuellement pas suffisamment protégées dans tous les États membres par la législation en vigueur ; qu'une telle protection, lorsqu'elle existe, présente des caractères différents ;*

*(2) considérant que de telles disparités dans la protection juridique des bases de données qui est assurée par les législations des États membres ont des effets négatifs directs sur le fonctionnement du marché intérieur en ce qui concerne les bases de données et en particulier sur la liberté des personnes physiques et morales de fournir des biens et des services de bases de données en ligne sous un régime juridique harmonisé dans toute la Communauté; que ces disparités risquent de s'accroître à mesure que les États membres adopteront de nouvelles dispositions législatives dans ce domaine qui prend de plus en plus une dimension internationale;*

[...]

*(7) considérant que la fabrication de bases de données exige la mise en œuvre de ressources humaines, techniques et financières considérables, alors qu'il est possible de les copier ou d'y accéder à un coût très inférieur à celui qu'entraîne une conception autonome;*

*(8) considérant que l'extraction et/ou la réutilisation non autorisées du contenu d'une base de données constituent des actes pouvant avoir des conséquences économiques et techniques graves ;*

*(9) considérant que les bases de données constituent un outil précieux dans le développement d'un marché de l'information dans la Communauté ; que cet outil sera également utile dans beaucoup d'autres domaines ;*

[...]

*(12) considérant qu'un tel investissement dans des systèmes modernes de stockage et de traitement de l'information ne se fera pas dans la Communauté en l'absence d'un régime juridique stable et homogène protégeant les droits des fabricants de bases de données ;*

[...]

*(38) considérant que l'utilisation toujours croissante de la technologie numérique expose le fabricant d'une base de données au risque que le contenu de sa base de données soit copié et adapté électroniquement sans autorisation pour en faire une autre base de données, de contenu identique, mais qui ne violerait pas le droit d'auteur applicable à la disposition du contenu de la première base;*

*(39) considérant que, en plus de l'objectif d'assurer la protection du droit d'auteur en vertu de l'originalité du choix ou de la disposition du contenu de la base de données, la présente directive a pour objectif de protéger les fabricants de bases de données contre l'appropriation des résultats obtenus de l'investissement financier et professionnel consenti par celui qui a recherché et rassemblé le contenu, en protégeant l'ensemble ou des parties substantielles de la base de données contre certains actes commis par l'utilisateur ou par un concurrent;*

*(40) considérant que l'objet de ce droit sui generis est d'assurer la protection d'un investissement dans l'obtention, la vérification ou la présentation du contenu d'une base de données pour la durée limitée du droit; que cet investissement peut consister dans la mise en œuvre de moyens financiers et/ou d'emploi du temps, d'efforts et d'énergie;*

*(41) considérant que l'objectif du droit sui generis est d'accorder au fabricant d'une base de données la possibilité d'empêcher l'extraction et/ou la réutilisation non autorisées de la totalité ou d'une partie substantielle du contenu de la base de données; que le fabricant d'une base de données est la personne qui prend l'initiative et assume le risque d'effectuer les investissements; que cela exclut de la définition de fabricant notamment les sous-traitants;*

[...]

*(48) considérant que l'objectif de la présente directive, qui est d'assurer un niveau de protection appropriée et homogène aux bases de données, afin de garantir la rémunération du fabricant de la base, est différent de l'objectif poursuivi par la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du*

d'assurer pleinement cette protection en prenant en compte la dimension économique de cette activité, à la fois dans sa mise en œuvre où le droit apparaît à partir du moment où un investissement est engagé, mais aussi de protéger l'exploitation des bases de données.

Il est ainsi question dans cette directive, reprise par notre droit national<sup>288</sup>, de marché, d'investissement, de protection et de rémunération. Il s'agit donc bien ici de la prise en compte de la dimension économique des bases de données et aussi des fruits qu'elles génèrent. La protection accordée à la valeur économique des bases de données et des revenus qu'elles génèrent témoigne d'un droit de producteurs de bases sur ces éléments. En d'autres termes et sous le prisme du droit de propriété, le producteur des bases de données a un *fructus* sur celles-ci.

**172.** Toutefois, la protection est accordée à la base, au contenant, avant même d'en protéger le contenu, la donnée.

## **B. Le corpus juridique applicable à la donnée : une fausse absence**

**173.** Il est apparu dans les analyses précédentes que les bases de données bénéficiaient d'une double protection : celle du droit d'auteur et celle d'un droit spécifique, celui des producteurs. Ces mécanismes permettent de sécuriser un certain nombre d'acteurs et ainsi garantissent l'épanouissement économique de ce secteur.

**174.** Toutefois, la protection est assurée à la base de données et non pas à la donnée elle-même. Cependant, il est régulièrement fait référence au contenu de la base de données, et ce à plusieurs niveaux.

---

*traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (7), qui est d'assurer la libre circulation des données personnelles sur la base de règles harmonisées tendant à protéger les droits fondamentaux, notamment le droit à la vie privée qui est reconnu à l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales; que les dispositions de la présente directive sont sans préjudice de l'application de la législation en matière de protection des données".*

<sup>288</sup> Loi n° 98-536 du 1er juillet 1998 portant transposition dans le code de la propriété intellectuelle de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données.

Le droit des producteurs de bases de données permet de protéger un contenu en empêchant par exemple toute copie illicite de ce dernier.

Il est aussi dit que " *cette protection est indépendante et s'exerce sans préjudice de celles résultant du droit d'auteur ou d'un autre droit sur la base de données ou un de ses éléments constitutifs* "<sup>289</sup>. En d'autres termes, ce droit ne peut se placer au-dessus du droit d'auteur qui existe antérieurement sur le contenu de la base de données. Il s'agit ici notamment des bases regroupant des œuvres musicales, littéraires et artistiques. Deux voire trois droits coexistent dans ce cas : le droit du producteur de la base, le droit d'auteur du créateur de la base et le droit d'auteur détenu par les créateurs des œuvres retranscrites ici en données.

Ces cas de cumuls des droits existent aussi pour les bases de données personnelles, *a fortiori* des bases de données personnelles de santé. En effet, ici coexistent les droits des producteurs et auteurs des bases et les droits des personnes sur les données personnelles tels qu'envisagés par la loi " Informatique et Libertés ". Le producteur bénéficie de deux droits, celui du droit d'auteur et celui du producteur et les patients ont des droits sur les données qui les concernent.

Quant aux bases de données publiques, elles restent elles aussi soumises aux différents droits sur les bases de données et les données peuvent tout autant relever de réglementation sur les données personnelles que de celle sur le droit d'auteur. La jurisprudence reconnaît même le droit pour les personnes publiques de percevoir une redevance d'utilisation de ses bases de données publiques. Ainsi, dans les arrêts Direct Mail Promotion et Cegedim, le Conseil d'État accepte le principe de la rémunération pour exploitation d'une base et il va même jusqu'à accepter cette rémunération même si l'objectif poursuivi par la personne publique est uniquement commercial et financier: " *aucune disposition législative ou réglementaire, ni aucun principe ne fait obstacle à ce qu'une rémunération perçue à l'occasion de la communication par l'État à des tiers de données publiques en vue de leur commercialisation puisse être assortie (...) de la perception de droits*

---

<sup>289</sup> Article L. 341-1 du Code de la propriété intellectuelle.

*privatifs fixés par contrat et relevant de la propriété intellectuelle* <sup>290</sup> et " *l'État peut percevoir des droits privatifs à l'occasion de la communication de données publiques en vue de leur commercialisation, lorsque cette communication peut être regardée, au sens des lois sur la propriété littéraire et artistique, comme une œuvre de l'esprit* " <sup>291</sup>. Les personnes publiques bénéficient aussi de la protection du droit commun sur leurs bases de données. Cette protection leur permet de tirer profit, de faire fructifier, leurs droits intellectuels sur ces bases. C'est d'ailleurs peut-être justement parce que l'on pouvait exploiter économiquement ces choses que leur a été accordée la protection du droit commun. Si l'on suit ce raisonnement, l'application du droit de propriété intellectuelle a ainsi été enclenchée afin de protéger une valeur économique. La valeur économique pourrait donc bien être au fondement du droit de propriété. En matière de propriété publique immatérielle, la tendance actuelle est d'assimiler la notion de valeur à celle de bien <sup>292</sup>. Par conséquent, tout ce qui est évaluable dans le patrimoine des personnes publiques relève d'un droit de propriété. Par exemple, à propos de la Loi de finances de 2001, a été dit : " *La nouvelle loi organique du 1er août 2001 relative aux lois de finances impose à l'avenir à l'État d'intégrer domaine privé et public en valeur dans son budget* " <sup>293</sup>. " *Ces propriétés sont désormais envisagées compte tenu de leur valeur économique, de leurs potentialités d'exploitation. La propriété publique se comprend désormais comme un ensemble de ressources [...]* " <sup>294</sup>

**175.** Dans les cas où les données ne seraient ni personnelles, ni des œuvres, le droit du producteur s'applique de manière pleine et entière et garantit finalement tant la protection du contenant que du contenu. Par l'organisation d'une protection

<sup>290</sup> CE, 10 juill. 1996, n° 168702, Sté Direct Mail Promotion c/ Sté Centre d'études de gestion de documentation d'informatique et de marketing : JurisData n° 1996-050687 ; *RIDA*, 1996, n° 4, p. 207, note A. KEREVER ; *AJDA*, 1997, p. 189, note H. MAISL.

<sup>291</sup> CE, 29 juill. 2002, n° 200886, Sté CEGEDIM : JurisData n° 2002-064294 ; Rec. CE 2002, p. 280 ; *CJEG*, 2003, p. 16, concl. C. MAUGUE ; *AJDA*, 2002, p. 1072, note S. NICINSKI ; *D.* 2003, p. 901, obs. G. GONZALEZ ; *Dr. adm.*, 2002, comm. 173, note M. BAZEX et S. BLAZY.

<sup>292</sup> Voir sur ce point : P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préf. L. AYNES, LGDJ, 2007, n°3 et suivts.; M. MIGNOT, " la notion de bien : contribution à l'étude du rapport entre droit et économie ", *RJJ*, 2066/4, p. 1805; F. ZENATI, " L'immatériel et les choses " in *Le droit de l'immatériel Arch. phil. droit* 43, 1999, p. 89; M. XIFARAS, *La Propriété, Etude de philosophie du droit*, PUF, 2004, p. 359; B. MALLET-BRICOUT, Rapport français bien et immatériel, in *L'immatériel, Journées espagnoles, Tome LXIV/2014, Travaux de l'Association Henri Capitant, Bruylant*, p. 153 : " *Seul l'immatériel érigé en valeur économique ou sociale intéresse le droit et trouve alors une place de choix dans la réalité juridique de tous temps* ".

<sup>293</sup> C. LAVIALLE, "Regard sur l'appropriation publique," *Dr. et ville*, 2006, p. 250.

<sup>294</sup> C. MALWE, Fasc. 410 : Propriétés Publiques Immatérielles, 28 Février 2011, n°15.

des bases de données, le législateur a donc aussi souhaité protéger du contenu. Cependant, cette déduction doit être nuancée, car la jurisprudence sur l'application du droit des producteurs de bases de données ne protège pas complètement les données autant que la base elle-même. En effet, la création de données, même si elle représente un investissement conséquent, ne peut selon la jurisprudence européenne et nationale, intégrer le calcul de " l'investissement substantiel", condition nécessaire à la protection de la base. L'arrêt de la CJUE du 9 novembre 2004 explique clairement que la création de données quels que soient les investissements attachés à cette activité ne peuvent entrer en considération pour prétendre à la protection accordée par le droit des producteurs de bases de données : " *la notion d'investissement lié à l'obtention du contenu d'une base de données doit, comme le soulignent William Hill et les gouvernements belge, allemand et portugais, s'entendre comme désignant les moyens consacrés à la recherche d'éléments existants et à leur rassemblement dans ladite base, à l'exclusion des moyens mis en œuvre pour la création même d'éléments. Le but de la protection par le droit sui generis organisée par la directive est en effet de stimuler la mise en place de systèmes de stockage et de traitement d'informations existantes, et non la création d'éléments susceptibles d'être ultérieurement rassemblés dans une base de données* "<sup>295</sup>. En d'autres termes, les investissements liés à la collecte de données peuvent être pris en compte, mais pas ceux liés à la création de données. Par cette analyse, la Cour de Justice affirme le fait que " *la finalité de la directive est bien d'encourager l'essor d'une économie reposant sur la création de bases de données et non pas sur la création de données* "<sup>296</sup>. Cette solution a été reprise strictement par la Cour de Cassation dans un arrêt du 5 mars 2009 qui réitère le principe selon lequel les investissements "ne correspondaient pas à un investissement lié à la constitution de la base de données dans laquelle elles étaient intégrées, mais à la création des éléments constitutifs du contenu de cette base et à des opérations de vérification, purement formelle, pendant cette

---

<sup>295</sup> CJCE, 9 nov. 2004, aff. C-203/02, The British Horceracing Board Ltd e.a. c/ William Hill Organization Ltd : Rec. CJCE 2004, I, p. 10415 ; *Comm. com. électr.*, 2005, comm. 2, note C. CARON ; *D.*, 2005, p. 1495, obs. P. SIRINELLI ; *Légipresse*, 2005, n° 221, III, p. 85, note N. MALLEY-POUJOL ; *Prop. industr.*, 2005, comm. 7, note P. KAMINA ; *Prop. intell.*, 2005, n° 14, p. 99, note S. LEMARCHAND et S. RAMBAUD ; *RDLI*, mars 2005, n° 104, note M. VIVANT.

<sup>296</sup> N. MALLEY-POUJOL, Fasc. 6080 : Protection des bases de données, Jurisclasseur Communication, 6 février 2015, n°79.

*phase de création*"<sup>297</sup> et qui de fait ne peuvent permettre à la base de prétendre à la protection du droit des producteurs. La création des données n'est pas une valeur directement protégée par le droit, mais pourtant la législation, sous réserve qu'un investissement substantiel soit identifié, enclenche un mécanisme de protection dans le sens où l'atteinte à ce droit est caractérisée par une atteinte au contenu. L'article L. 341-1 dispose clairement que c'est le contenu de la base qui bénéficie de cette protection. De plus, les atteintes visées sont des extractions et des réutilisations du contenu de la base, mais ce de manière substantielle ou répétée<sup>298</sup>.

**176.** La valeur des données, ou du moins de leur création, n'est pas reconnue au stade de la qualification de l'investissement substantiel, condition nécessaire pour bénéficier de la protection du droit *sui generis* des producteurs, mais une fois cette qualification obtenue, le contenu et donc les données bénéficient d'une réelle protection, preuve d'une reconnaissance de leur valeur.

**177.** De plus, dans un arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne de janvier 2015, une nouvelle protection juridique est apparue pour les bases ne relevant pas de la protection du droit d'auteur et du droit *sui generis* : le droit des contrats. Cette décision affirme que : "*la directive 96/9 doit être interprétée en ce sens qu'elle n'est pas applicable à une base de données qui n'est protégée ni par le droit d'auteur ni par le droit sui generis en vertu de cette directive, si bien que les articles 6, paragraphe 1, 8 et 15 de ladite directive ne font pas obstacle à ce que le créateur d'une telle base de données établisse des limitations contractuelles à l'utilisation de celle-ci par des tiers, sans préjudice du droit*

---

<sup>297</sup> Cass. 1re civ., 5 mars 2009 : JurisData n° 2009-047354 ; Bull. civ. 2009, I, n° 46 ; *Comm. com. électr.*, 2009, comm. 43, note C. CARON ; *D.*, 2009, p. 948, obs. J. DALEAU ; *JCP G*, 2009, IV, 1570 ; *Prop. intell.*, 2009, n° 32, p. 275, obs. J.-M. BRUIGUIERE ; *RIDA*, juill. 2009, n° 221, p. 491, chron. P. SIRINELLI ; *RDLI*, avr. 2009, n° 1572 et *RDLI*, mai 2009, n° 1594, note S. RAMBAUD.

<sup>298</sup> Article L. 342-1 du Code de la Propriété Intellectuelle : "*Le producteur de bases de données a le droit d'interdire : 1° L'extraction, par transfert permanent ou temporaire de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu d'une base de données sur un autre support, par tout moyen et sous toute forme que ce soit ; 2° La réutilisation, par la mise à la disposition du public de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu de la base, quelle qu'en soit la forme [...]*".

Article L. 342-2 du Code de la Propriété Intellectuelle : "*Le producteur peut également interdire l'extraction ou la réutilisation répétée et systématique de parties qualitativement ou quantitativement non substantielles du contenu de la base lorsque ces opérations excèdent manifestement les conditions d'utilisation normale de la base de données.*".

*national applicable* <sup>299</sup>. En d'autres termes, si une base ne peut prétendre à la protection du droit d'auteur ou du droit sui generis il est tout à fait possible d'organiser contractuellement l'accès et l'utilisation d'une telle base, sous réserve des dispositions du droit national.

Le droit des contrats est donc aussi un mécanisme efficace de protection du contenu d'une base de données.

La valeur des données en tant que telles est également reconnue par le droit pénal. Tant la législation que la jurisprudence mettent en exergue un statut de bien de la donnée qui mérite une protection.

**178.** Tout d'abord concernant la législation la structure même du code pénal est significative : un chapitre est consacré aux "*atteintes aux systèmes de traitements automatisés de données*". Or, ce chapitre est intégré au titre II du Livre II intitulé "*des autres atteintes aux biens*". Les systèmes de traitements automatisés de données sont ainsi considérés comme des biens.

En sus de cette analyse d'ossature du Code Pénal qui ne vise pas spécifiquement les données, mais les systèmes de traitement automatisés de celles-ci, l'article 323-3 est encore plus explicite : "*Le fait d'introduire frauduleusement des données dans un système de traitement automatisé, d'extraire, de détenir, de reproduire, de transmettre, de supprimer ou de modifier frauduleusement les données qu'il contient est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende.*

*Lorsque cette infraction a été commise à l'encontre d'un système de traitement automatisé de données à caractère personnel mis en œuvre par l'État, la peine est portée à sept ans d'emprisonnement et à 300 000 € d'amende*". Les données sont ici directement visées par l'infraction et la sanction pénale. C'est bien l'atteinte au contenu même d'une base qui est en cause avec, on le remarquera, une sanction plus lourde pour les données personnelles et *a fortiori* pour les données personnelles de santé.

---

<sup>299</sup> CJUE 15 janvier 2015, aff. C-30/14, Ryanair c/ PR Aviation : F. POLLAUD-DURAND, *RTD Com.*, 2015, p. 294.

La chambre criminelle de la Cour de Cassation a d'ailleurs récemment rendue une décision notable à ce propos. Dans son arrêt du 20 mai 2015<sup>300</sup>, elle a caractérisé un vol de données tel que défini à l'article 311-1 du Code pénal sans se servir des articles dédiés aux systèmes de traitements automatisés de données. L'utilisation d'une telle disposition n'est pas anodine. En effet, sous le visa de cet article " *la Cour de Cassation reconnaît l'existence de choses immatérielles, à savoir les données. Ce qui aurait une portée considérable puisqu'il faudrait admettre qu'existe une propriété intellectuelle sur ces données [...]* " <sup>301</sup>. Cette décision a été critiquée notamment par M. Dreyer qui considère que l'article 323-3 du Code Pénal est la seule base légale apte à sanctionner le type d'infraction de l'espèce<sup>302</sup>. Il n'empêche que quelque soit le fondement employé et ce même avec l'utilisation de l'article 323-3, le vol de données est aujourd'hui reconnu par notre droit<sup>303</sup>.

**179.** Ce qui reste remarquable, c'est que la protection des bases de données et non des données elle même fait transparaître l'une des caractéristiques principales de la valeur économique des données et ce quel que soit leur statut : elles ont d'autant plus de valeur qu'elles sont en masse, regroupées et organisées.

**180.** Les cas où la donnée est envisagée pour elle même au sein du droit, indépendamment d'une logique de "mise en base " relève de réglementations spécifiques.

Ainsi, concernant les "données-œuvres", sur lesquelles il pèse un droit d'auteur, il s'agit de protéger la donnée dans son unicité et de conserver la cohérence avec la protection accordée aux œuvres non numérisées. Les éléments protégés par le droit d'auteur ont une double valeur qui leur est reconnue par le droit : une valeur purement économique et une valeur morale. La donnée dans ce cas possède donc en elle même, indépendamment de sa présence dans une quelconque base, une valeur économique. La base de données n'est pour elle qu'un moyen de se valoriser. Intrinsèquement, ces données sont une valeur économique.

---

<sup>300</sup> Cass. Crim. 20 mai 2015, n° 14-81. 336.

<sup>301</sup> E. DREYER, " Consécration - provisoire - du vol de données informatiques ", Crim. 20 mai 2015, n° 14-81.336, *AJ Pénal*, 2015, p. 413.

<sup>302</sup> *Idem*.

<sup>303</sup> E. CHAUVIN & F. VADILLO, " Quand la lutte antiterroriste fait évoluer la notion de vol : les modifications de l'article 323-3 du code pénal introduites par l'article 16 de la loi du 13 novembre 2014 ", *Gaz. Pal.*, 16 avr. 2015, n°106, p. 6.

**181.** Le cas des données personnelles est significativement différent. Elles sont protégées indépendamment de l'existence d'une base. La loi Informatique et Libertés a vocation à protéger chaque donnée personnelle au regard de son attachement à la personne. Cela n'empêche pas que le responsable de traitement, ou celui qui met en œuvre effectivement le service possède un droit d'auteur ou un droit du producteur sur la base qui réunit ces données personnelles. L'organisation de cette protection spécifique et unitaire par la Loi Informatique et Libertés marque l'existence, au même titre que pour les "données-œuvres", d'une ou plusieurs valeurs de la donnée personnelle. Dans un premier temps, la donnée personnelle représente une valeur pour la personne « sujet » de cette donnée au regard du droit intrinsèquement attachée à la personne humaine et qui justifie la mise en place d'une protection juridique spécifique incarnée par la loi Informatique et Libertés. Dans un deuxième temps, s'il a été jugé utile de protéger les données personnelles, c'est bien parce qu'il s'agit d'éléments possédant une valeur économique. Il s'agissait (et il s'agit toujours) de ne pas laisser les données nominatives en proie à des logiques économiques exacerbées et sans limites. La Loi Informatique et Libertés se veut protectrice tout en organisant un régime de conciliation, permettant aux acteurs, responsables de traitement, de tirer partie des avantages économiques de la collecte et de l'utilisation de données personnelles, mais sous certaines limites et avec quelques contraintes.

**182.** Concernant les données anonymisées, elles sont certes protégées par la nécessité d'une autorisation concernant l'anonymisation de données dites sensibles avec des contraintes moins importantes que pour les données personnelles. Comme cela a été vu précédemment<sup>304</sup>, la personne conserve nécessairement des droits sur la donnée personnelle d'origine, mais les perd sur la donnée anonymisée. Ainsi, concernant les bases de données anonymisées, le responsable du traitement possède un droit d'auteur et un droit du producteur sur la base, mais aussi sur son contenu, ce qui se rapporte au cas de principe décrit précédemment.

**183.** En conséquence, il apparaît clairement que deux éléments font la valeur de la donnée. Tout d'abord la masse, le volume de données valorise la donnée. Sous cet angle, la donnée n'a de valeur presque que si elle est noyée au milieu des

---

<sup>304</sup> *Supra*, n°101, n°108 à 111.

milliers d'autres. C'est ce qui a finalement abouti à la protection des bases de données en tant que contenant vide, mais aussi rempli afin d'éviter les recopies et vols de tout ou partie d'une base. Ensuite, la seconde valeur se retrouve du fait de la mise en place de mécanismes spécifiques de protection, le droit d'auteur (non pas sur les bases de données, mais sur les données elles-mêmes) et la réglementation Informatique et Libertés. Cette seconde valeur est attachée à la personne et relève aujourd'hui plus d'un droit de la personnalité et d'un droit moral, tel que cela est habituellement décrit dans le droit d'auteur, dans notre système juridique. Cependant, la valeur économique de ces données spécifiques a imposé la mise en place d'un corpus juridique de protection permettant de garantir le respect de la vie privée et du droit d'auteur tout en autorisant le traitement de ces données.

**184.** Cette valeur est le terrain fertile à partir duquel il est possible d'établir un droit de propriété, car elle justifie l'application d'un droit aussi protecteur que celui-ci. Ainsi, "*si le droit accorde une protection juridique à la valeur produite par l'activité de l'homme, un bien nouveau vient au jour*"<sup>305</sup>. Or, qui dit bien dit chose susceptible d'appropriation et donc susceptible d'un droit de propriété.

**185.** En conclusion, les données et les bases de données ont une valeur économique certaine, comme en témoigne l'arsenal juridique mis en place pour protéger tous les intervenants : personnes, auteurs et producteurs. Il a été jugé nécessaire d'organiser ces systèmes juridiques complexes pour assurer le développement économique de cette activité et protéger les individus. Il y a donc bien des fruits ou des produits qui sont tirés de ces activités, quel que soit le type de données sur lesquelles elles portent et qui pourraient s'avérer conséquents si le droit ne limitait pas leur exploitation eu égard à leur nature. Pourtant, les possibilités économiques des patients sont très limitées et peinent à être acceptées dans notre droit.

---

<sup>305</sup> P. CATALA, " La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne ", *RTD civ.*, 1966. 210.

## SECTION 2 : UNE PREROGATIVE TABOUE POUR LES PATIENTS

**186.** Il convient de s'attarder spécifiquement sur la question de l'identification d'éventuels fruits ou produits des données personnelles. Nous avons vu précédemment que l'exploitation de données personnelles pouvait donner lieu à valorisation économique. Toutefois, cette analyse se plaçait sous le prisme des collecteurs de données personnelles. La question qu'il convient ici d'aborder est celle de savoir si la donnée personnelle et notamment la donnée personnelle de santé peut représenter une valeur économique et donc éventuellement faire profiter de ses fruits à la personne elle-même. Cette question reste encore très mal perçue par notre logique juridique du fait même du caractère non patrimonial des droits de la personnalité dont relève le droit au respect de la vie privée, ici accentuée, par le lien à la santé et au corps humain (§1). Cependant, on observe depuis longtemps un mouvement de "patrimonialisation des droits de la personnalité " (§2) qui tend à remettre en cause leur nature juridique pour conduire vers le droit de propriété.

### **§1. La vie privée et la santé, concepts sources de difficultés juridiques**

**187.** Les données de santé personnelles revêtent nécessairement des particularités. Cela se traduit par l'application d'un régime spécifique au même titre que d'autres données dites "sensibles".

Les données de santé personnelles ont une singularité du fait de deux éléments : leur rapport puissant à la vie privée (A), au corps humain et à la personne humaine (B). Ainsi, *" il a été proposé de créer un droit des choses, afin de faire une place aux choses qu'il conviendrait de faire échapper au droit des biens parce que leur nature ou leur fonction appellerait le refoulement de la logique économique : [...] corps humain et ses produits [...]."*<sup>306</sup>.

---

<sup>306</sup> F. ZENATI-CASTAING & T. REVET, *op.cit.*, p. 27.

## A. Le droit au respect de la vie privée, un droit de la personnalité

188. Le droit au respect de la vie privée est relativement jeune dans notre droit interne et il fût l'un des premiers droits de la personnalité consacrés au sein du Code Civil. Ainsi, la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 introduit un article 9 dans le Code Civil qui dispose dans son premier alinéa : " *chacun a droit au respect de sa vie privée* ".

La notion de vie privée est complexe à définir et à saisir en droit et tant les jurisprudences nationales qu'extranationales sont fournies à la matière, la doctrine ne parvenant pas à un consensus sur le contenu de la notion. La vie privée recoupe notamment la vie familiale, la vie sentimentale, l'image, les convictions religieuses, le patrimoine et bien sûr la santé<sup>307</sup>. Chacun des ses pans a vocation à être couvert en matière de récolte et d'utilisation de données par la loi Informatique et Libertés et selon le degré de protection choisi en fonction du domaine que cela concerne.

On observe une gradation dans la vie privée qui démarre à l'intime pour aller jusqu'à la limite de la vie publique. Plus on est proche de l'intime, plus le régime de protection mis en œuvre sera contraignant.

---

<sup>307</sup> On ne détaillera pas ici toutes les jurisprudences tenant à la définition des contours de la vie privée en droit. On renverra donc le lecteur pour plus de détails vers notamment : A. LEPAGE, Les droits de la personnalité, Répertoires de droit civil, Dalloz, septembre 2009 (MAJ juin 2014); J.-P. ANCEL, R. 2000, p. 55; BEIGNIER, Archives Phil. dr., t. 41, 1997, p. 163; C. BRENNER, Dr. et patr., mars 2002, p. 65; BRUGUIERE, Mélanges Cabrillac, Litec, 1999, p. 69; D. 2011. Chron. 28; CHARLIN, Dr. et patr. mai 2010, p. 27; CLAPIE, Mélanges Mouly, Litec, 1998, t. 1, p. 267; DEBET, CCE 2005. Étude 40; F. DEBOISSY & J. - C. SAINT-PAU, " La divulgation d'une information patrimonial ", D., 2000. Chron. 267; DREYER, CCE 2005. Étude 18; DUMOULIN, Rev. sociétés 2006. 1; DUPUIS, RJPF, 2001-12/10; RLDC 2013/102, n°5015; FRAYSSINET, Dr. et patr., mai 2001, p. 76; H. GAUMONT-PRAT, " Aspect éthiques ds banques de tissus humains "obs. D. 1999. Somm. 344; " Aspects éthiques de l'informatisation des données de santé dans la société de l'information ", obs. D. 2001. Somm. 1432; GAUVIN, CCE 2004. Chron. 8; DE GIVRY, R. 2000, p. 93; HASSLER, LPA 7 déc. 2004; DE LAMY, Dr. fam. 1998. Chron. 8; LASSERRE-KIESOW, " La vérité en droit civil ", D., 2010. Chron. 907; A. LEPAGE, CCE 1999. Chron. 5; Dr. et patr., mars 2002, p. 61 ; MARINO, JCP 2012, suppl. n° 47, p. 14; MATHEY, RTD civ. 2008. 205; MOULIERE, D. 2012. Chron. 571; PASCUAL, RRJ 1998/3. 899; POLLAUD-DULIAN, JCP 1994. I. 3780; POUSSON-PETIT, Mélanges L. Boyer, PU Toulouse, 1996, p. 595; RIBS, Mélanges Gavalda, Dalloz, 2001, p. 263; RINGEL, RRJ 1999/4. 1049; ROMAN, D. 2005. Chron. 1508; SERNA, CCC 1999. Chron. 9; SOYER, Mélanges Terré, Dalloz/PUF/Juris-Classeur, 1999, p. 343; TOIS, R. 2001, p. 207; C. VAN MUYLDER, " Le droit au respect de la vie privée des étrangers ", RFDA, 2001. 797; WESTER-OUISSE, JCP 2009. I. 121; Légicom, n° 20, 1999/4; Gaz. Pal. 2007. Doctr. 1459, n° spécial Droits de la personnalité (actes du colloque du 13 nov. 2006); Dossier, AJ fam. 2008. 184.

189. Au-delà du fait que la réglementation sur les données personnelles relève bien du champ du droit au respect de la vie privée, la question est de savoir quelle est la nature de ce droit et s'il en découle un "potentiel fructifère".

190. Le droit au respect de la vie privée relève de la catégorie des droits dits de la personnalité, décrits par le dictionnaire CORNU comme "*des droits inhérents à la personne humaine qui appartiennent de droit à toute personne physique (innés et inaliénables) pour la protection de ses intérêts primordiaux*"<sup>308</sup> ou par M. SAINT-PAU comme des "*pouvoirs à contenu déterminé ayant pour objets des intérêts sociaux, exercés par une volonté autonome et protégés par une action en justice*"<sup>309</sup>. Même s'il "*semble tautologique de préciser que les droits de la personnalité ont pour fondement commun le respect de la personnalité. [...] cette évidence est nécessaire à rappeler*"<sup>310</sup>. Ces droits "*mettent en cause directement la personnalité*"<sup>311</sup>, entendue comme "*la personne humaine envisagée en tant qu'entité originale*"<sup>312</sup>. On parle bien ici de personne et non pas d'humain. C'est la personne en tant qu'individu unique qui est traitée par les droits de la personnalité et non l'espèce humaine<sup>313</sup>.

Malgré "l'évidence" des droits de la personnalité dans notre ordre juridique, l'avènement de cette catégorie de droits ne s'est pas fait facilement. Le premier auteur à la source de la matière est M. Perreau qui remarqua qu'en son temps "*notre Code civil, qui règlemente si minutieusement les droits du patrimoine, passe, à peu d'exceptions près, sous silence les droits de la personnalité*"<sup>314</sup>. Mais des auteurs, notamment le Doyen Roubier, se sont indignés de cette théorie des droits de la personnalité, considérée comme "*une des théories les plus absurdes du droit civil*" notamment du fait d'une "*absence de précision, une incertitude*

---

<sup>308</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 2011.

<sup>309</sup> J. - C. SAINT-PAU, Avant Propos in J. - C. SAINT-PAU (ss. dir. de), *Droits de la Personnalité*, Traité, Lexis Nexis, 2013, p. XXII.

<sup>310</sup> A. LEPAGE, Les droits de la personnalité, Répertoires de droit civil, Dalloz, 2009 (MAJ juin 2014).

<sup>311</sup> P. MALAURIE, *Les personnes, Les incapacités*, éd. Defrénois, 2007, n°280.

<sup>312</sup> F. ZENATI-CASTAING & T. REVET, *Manuel de droits des personnes*, 2006, PUF, p. 219

<sup>313</sup> J.-M. BRUIGUIERES, " Dans la famille des droits de la personnalité, je demande ... ", *D.*, 2011, p. 28.

<sup>314</sup> H. E. PERREAU, " Des droits de la personnalité ", *RTD civ.*, 1909. 501.

dans la terminologie employée "<sup>315</sup>. Nonobstant ces vives oppositions, la notion de droits de la personnalité a fini par triompher<sup>316</sup>.

L'objet de ces droits est " *en extension constante, et il y a aujourd'hui une tendance à faire entrer presque tout le droit civil dans les droits de la personnalité : le mariage, la liberté contractuelle, le droit de propriété, la filiation, le droit de succession, le droit moral de la propriété littéraire et artistique, mettent en cause la personnalité. De la même manière, on pourrait aussi rattacher l'ensemble du droit aux droits de l'homme. Tout serait-il droits de la personnalité ou droits de l'homme ? Ce serait une vue démesurée et confuse. Les droits de la personnalité sont plus précis : ils mettent en cause directement la personnalité* "<sup>317</sup>. Cette évolution juridique permanente engendre une " *difficulté de recenser les droits de la personnalité* "<sup>318</sup>. Trois domaines apparaissent comme le squelette des différents droits de la personnalité existant aujourd'hui : le corps humain vivant, l'image, et enfin la vie privée<sup>319</sup>. Le droit sur les données personnelles de santé procède de la Loi Informatique et Liberté qui n'est finalement qu'une prise en compte conjoncturelle des évolutions de la société et des défis de la protection de la vie privée face aux nouvelles technologies de l'information. Nous nous situons donc au cœur des droits de la personnalité.

**191.** Au regard de leur définition, ces droits possèdent certains attributs ou caractères consubstantiels à leur nature : ils sont extrapatrimoniaux, incessibles et insaisissables.

**192.** Dans la problématique du *fructus*, le caractère extrapatrimonial semble s'opposer nécessairement à la récolte de fruits ou de produits naissants de

---

<sup>315</sup> P. ROUBIER, in R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, Thèse, Lyon, 1939.

<sup>316</sup> Voir notamment : V. A. DECOCQ, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, thèse, Dijon, 1960, LGDJ; P. KAYSER, *Le secret de la vie privée et la jurisprudence civile*, Mélanges R. SAVATIER, 1965, Dalloz, p. 405 et s. ; " *Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques* ", *RTD civ.*, 1971. 444; P. ANCEL, *L'indisponibilité des droits de la personnalité, une approche critique des droits de la personnalité*, thèse, Dijon, 1978 ; C. FILIPPONE, *La contractualisation des droits de la personnalité*, 2004, PUAM ; A. LUCAS-SCHLOETTER, *Droit moral et droits de la personnalité : étude de droit comparé français et allemand*, PUAM, 2002. ; A.-M. LUCIANI, *Les droits de la personnalité. Du droit interne au droit international*, thèse, Paris I, 1996.

<sup>317</sup> Ph. MALAURIE, *Les personnes. Les incapacités*, 2007, Defrénois, n° 280.

<sup>318</sup> J.-C. SAINT-PAU, Avant Propos in J. - C. SAINT-PAU (ss. dir. de), *Droits de la Personnalité*, Traités, LEXIS NEXIS, 2013, p. XXIII.

<sup>319</sup> A. ZABALZA, Introduction, Propos in J. - C. SAINT-PAU (ss. dir. de), *Droits de la Personnalité*, Traités, LEXIS NEXIS, 2013, p. 29.

l'exploitation de données personnelles. L'extrapatrimonialité a très tôt été mise en avant dans la doctrine fondatrice des droits de la personnalité : " *d'après l'opinion reçue, [...], les droits patrimoniaux, sont ceux qui portent sur les biens [...]. Par une définition négative, nous engloberons tous les autres sous la rubrique droits de la personnalité* " <sup>320</sup>. Or, comme nous l'avons vu précédemment <sup>321</sup>, les collecteurs exploitent bien les données personnelles et en tirent ainsi des fruits. Si l'on se place du prisme de la personne elle-même, il semble, en l'état actuel de cette vision des droits de la personnalité, difficile pour la personne et le patient de profiter directement des fruits de cette exploitation, car cela est contre nature dans la logique des droits de la personnalité.

Le patient ne peut faire fructifier ses propres données alors même que le collecteur le peut. Cela s'explique par l'attachement à la personne et le conditionnement à la seule qualité d'être humain des droits de la personnalité. Certes, le collecteur peut les faire fructifier, car elles sont présentes en masse dans ses bases et c'est aussi en grande partie là que se situe la valeur de la donnée comme nous le disions, cette valeur s'accroît à mesure que les données s'accumulent. Cependant même si la masse donne une valeur considérable aux données, il n'empêche que chaque donnée est nécessaire dans cet ensemble. Chaque donnée a donc une valeur, même infime.

**193.** Dans le cas des données personnelles et des données personnelles de santé, il est évident qu'il existe une asymétrie de prérogatives, en l'espèce le *fructus*, entre les collecteurs et les personnes.

**194.** Pourtant, aujourd'hui, un patient pourrait-il se faire rémunérer pour l'exploitation de sa propre donnée de santé ? Pourrait-il tirer les fruits de ses données personnelles de santé ? La théorie et les fondements des droits de la personnalité semblent empêcher que cela se produise, mais quelle serait finalement la réaction d'un juge face à une telle exploitation ?

**195.** La jurisprudence sur le droit à l'image des personnes et son aspect patrimonial est un exemple majeur de tentatives de détournement d'un droit de la personnalité qui peut rapporter à la personne des fruits ou produits. Même si nous

---

<sup>320</sup> H. E. PERREAU, " Des droits de la personnalité ", *RTD civ.*, 1909. 501.

<sup>321</sup> *Supra*, n°174 à 185

aborderons plus précisément la question de la patrimonialisation des droits de la personnalité<sup>322</sup>, il reste intéressant de s'attarder sur la solution trouvée par la jurisprudence en la matière. Les juges du fond sont relativement décomplexés à l'égard de la reconnaissance du droit patrimonial d'une personne sur son image,<sup>323</sup> mais la Cour de Cassation reste beaucoup plus timide et retenue sur ce sujet<sup>324</sup>. En effet, " *la pratique a vu se développer des contrats qui portent sur l'image d'une personne* "<sup>325</sup> (ou sur sa voix). Ces conventions commercialisent l'image de la personne et lui donne une substance non plus seulement extra patrimoniale comme l'exige la théorie des droits de la personnalité, mais aussi patrimoniale. La personne tire ainsi "*profit de la valeur économique de son image* "<sup>326</sup>. Les débats doctrinaux ont fait rage (et continuent) sur ce sujet<sup>327</sup>, qui situe le droit à l'image aux confins du droit des biens et du droit des personnes. Dans son arrêt de 1998<sup>328</sup>, la Cour de Cassation, n'a pas reconnu l'existence d'un droit patrimonial sur l'image et cela a accredité " *la thèse qui estime inutile la reconnaissance d'un droit patrimonial à l'image au motif qu'est suffisant le recours à une convention par laquelle la personne renonce à l'exercice de son droit à l'image* "<sup>329</sup>. Même si le droit patrimonial n'est pas reconnu par la jurisprudence, des conventions sur l'image de la personne, y compris avec un angle économique, restent valables. En

---

<sup>322</sup> *Infra*, n°199 à 207

<sup>323</sup> TGI Paris, 22 sept. 1999, *CCE*, 2000. Comm. 59, obs. A. LEPAGE; CA Versailles, 22 sept. 2005, *D.*, 2006. Pan. 2705, obs. L. MARINO, *CCE*, 2006. Comm. 4, obs. C. CARON, *Légipresse*, 2006, III, p. 109, note J.-M. BRUGUIÈRE.

<sup>324</sup> Civ. 1ère, 13 janvier 1998, n° 95-13.694 Bull. civ. I, n° 14, *JCP*, 1998. II. 10082, note G. LOISEAU; *D.*, 1999. Somm. 167, obs. C. BIGOT qui se borne à l'article 9 du Code Civil. Mais, l'arrêt Civ. 1ère, 11 déc. 2008, n° 07-19.494 Bull. civ. I, n° 282, *JCP*, 2009. II. 10025; note G. LOISEAU, *Légipresse*, 2009, III, p. 109; note T. ROUSSINEAU, *CCC*, 2009. Comm. 68, obs. L. LEVENEUR; *RTD civ.* 2009. 342, obs. T. REVET; reconnaît la possibilité d'une cession du droit à l'image d'une personne.

<sup>325</sup> A. LEPAGE, Les droits de la personnalité, Répertoires de droit civil, Dalloz, septembre 2009 (AJ juin 2014), p. 35.

<sup>326</sup> *Idem*.

<sup>327</sup> En faveur de la reconnaissance d'un droit patrimonial sur l'image d'une personne, voir notamment : T. HASSLER, " Quelle patrimonialisation pour le droit à l'image des personnes ? Pour une recomposition du droit à l'image ", *Légipresse*, 2007, II, p. 123; G. LOISEAU, note sous Civ. 1re, 11 déc. 2008, no 07-19.494, *JCP*, 2009. II. 10025; G. LOISEAU, " Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français ", *McGill Law Journal*, 1997, p. 319; V. J.-M. BRUGUIÈRE, note sous Versailles, 22 sept. 2005, *Légipresse*, 2006, III, p. 109 ; C. CARON, Les contrats d'exploitation de l'image de la personne, in *L'image*, 2005, p. 95 ; P. TAFFOREAU, " L'être et l'avoir ou la patrimonialisation de l'image des personnes ", *CCE*, 2007. Étude 9.

Concernant l'inutilité de la reconnaissance d'un droit patrimonial sur l'image d'une personne, voir notamment : L. MARINO, obs. sous Versailles, 22 sept. 2005, *D.*, 2006. Pan. 2705, obs. A. Lepage ; " Les contrats portant sur l'image des personnes ", *CCE*, 2003. Étude 7.

<sup>328</sup> Civ. 1ère, 13 janvier 1998, n° 95-13.694 Bull. civ. I.

<sup>329</sup> A. LEPAGE, Les droits de la personnalité, Répertoires de droit civil, Dalloz, septembre 2009 (MAJ juin 2014), p. 35.

témoigne l'arrêt de la Cour de Cassation du 11 décembre 2008 qui dispose " *après avoir [...] énoncé à bon droit que les dispositions de l'article 9 du Code civil, seules applicables en matière de cession de droit à l'image, à l'exclusion notamment du code de la propriété intellectuelle, relèvent de la liberté contractuelle, a pu retenir qu'elles ne faisaient pas obstacle à celle-ci, dès lors que, comme en l'espèce, les parties avaient stipulé de façon suffisamment claire les limites de l'autorisation donnée quant à sa durée, son domaine géographique, la nature des supports, et l'exclusion de certains contextes* " <sup>330</sup>. Même si le droit à l'image est conforté dans son approche personnelle par le lien établi avec l'article 9 du Code Civil, il n'empêche que des conventions peuvent "patrimonialiser" ce droit.

Par analogie, une convention entre une personne physique et un collecteur, sur " la mise à disposition " de données personnelles par l'individu et qui serait rémunérée pourrait trouver à s'appliquer dans les mêmes conditions que le droit à l'image et ainsi permettre à la personne de percevoir les fruits de ses données. M. Saint-Pau exprime d'ailleurs cette possibilité qu'il considère même souhaitable dans son article de référence sur les droits de la personnalité : " *Y aurait-il autonomie d'un droit patrimonial à l'image ? Il faut d'abord préciser que la Cour de cassation reste réticente à l'admission d'un tel droit alors que, pourtant, elle admet que le nom soit à la fois l'objet d'un droit de la personnalité et d'un droit patrimonial puisque le nom commercial s'incorpore au fonds qu'il désigne et peut être cédé avec lui. La même distinction serait sans doute possible pour toute information personnelle envisagée comme un bien. Dans une société médiatique comme la nôtre, il n'est en effet pas inconcevable d'appréhender l'information comme un bien, et, partant, de considérer que chacun d'entre nous dispose d'un droit de propriété incorporel - un monopole d'exploitation des informations personnelles -, droit distinct du droit de contrôle légitime de ces informations, c'est-à-dire le droit de la personnalité. La consécration d'un tel droit par la Cour de cassation serait d'ailleurs souhaitable, car celui-ci existe déjà en filigrane par application des principes relatifs au droit des contrat.* " <sup>331</sup>.

---

<sup>330</sup> Civ. 1ère, 11 déc. 2008, n° 07-19.494.

<sup>331</sup> J. - C. SAINT PAU, " L'article 9 du code civil : matrice des droits de la personnalité ", Recueil Dalloz 1999, p.541. Suite de la citation : " *Chacun dispose en effet de la liberté contractuelle dans*

Cette réflexion de M. Saint-Pau envisage l'existence d'un droit dual avec d'un côté un droit de la personnalité et de l'autre un droit économique, un droit de propriété. Cette vision réconcilie les deux approches en permettant à chacune de s'exprimer clairement. Il serait donc possible, non pas de qualifier le droit sur les données de droit de propriété, mais de lui adjoindre un droit d'exploitation, un droit de propriété qui en droit des contrats existe déjà.

196. Toutefois, la spécificité des données personnelles de santé se confronte aussi à une logique semblable à celle du droit au respect de la vie privée : le corps humain.

## **B. Les données de santé, un lien majeur avec le corps humain et la personne humaine**

197. Les données personnelles de santé bénéficient d'une protection particulière au regard de leur sensibilité et de leur proximité avec l'intimité la plus forte de la personne. Leur objet, la santé, justifie cet arsenal juridique. On ne peut ignorer au sujet de la santé qu'elle reste liée au corps humain, support biologique de l'état de santé, qui répond lui aussi à des problématiques semblables à celles posées par les données personnelles de santé et qui fait partie du triptyque des objets des droits

---

*la limite de l'ordre public et des bonnes mœurs. Or les tribunaux n'annulent que très rarement des conventions ayant pour objet une information ou une prestation relative à un élément de la personnalité. Mannequins, stars contractent sur leur image, sur des informations relatives à leur vie privée. Ces contrats synallagmatiques ont nécessairement pour objet un droit pour les médias, celui d'utiliser commercialement l'information. Ce droit est évidemment un droit patrimonial qui préexiste le contrat puisque le débiteur s'est engagé à céder l'exploitation de cette information. Or, si ce droit patrimonial préexiste le contrat, on voit mal pourquoi une atteinte à ce droit, c'est-à-dire une utilisation commerciale sans convention, ne devrait pas être sanctionnée au moins sur le fondement de l'art. 1382 du Code Civil comme n'importe quelle autre atteinte au droit de propriété ?*

*Peut-on réellement parler d'atteinte à la personnalité lorsqu'un « top model » voit sa photo publiée dans un magazine alors que cette divulgation commerciale n'a pas été autorisée ? C'est bien d'un conflit de droits dont il s'agit, mais on se trompe de débat lorsqu'on oppose, dans ce type d'hypothèse, droit de la personnalité et liberté d'expression. Le juge doit seulement arbitrer un litige commercial entre, d'un côté, la liberté du commerce et de l'industrie et, de l'autre côté, un monopole d'exploitation des informations personnelles. Quoi qu'il en soit, la création d'un tel droit de propriété incorporelle n'aurait pas pour effet de permettre l'autonomie du droit à l'image, car un tel monopole porte nécessairement sur toutes les informations personnelles. Il n'existe en effet aucune raison de limiter la protection commerciale à celle de l'image. L'information que représente, par exemple, le contenu d'une éventuelle interview exclusive mérite également une protection ».*

de la personnalité<sup>332</sup>. Le Code Civil a d'ailleurs dans sa structure entériné une dichotomie entre le droit au respect de la vie privée<sup>333</sup> et le droit au respect du corps humain<sup>334</sup>. " *La distinction est cependant relative tant le corps et l'esprit apparaissent liés* "<sup>335</sup>. Les données personnelles de santé forment un lien entre le droit de la personnalité au respect de la vie privée et le droit au respect du corps humain de par leur objet : la personne.

**198.** Le droit au respect du corps humain est parfois exclu par la doctrine des droits de la personnalité, au motif qu'il ne protège pas la personnalité, l'individu, mais l'espèce humaine : " *Nous ne sommes pas certains que le corps humain participe de la construction de la personnalité. Mon corps ne révèle rien de ma personnalité. Il n'est pas le support de ma personnalité comme mon image ou ma vie privée. En somme, la distinction du corps et de la personnalité est un peu comme la distinction faite en matière de droit d'auteur entre l'œuvre et le support. Les deux sont totalement indépendants. [...]. Je ne nie pas le fait que le respect du corps humain est un droit de la personne, ni même que ce droit est fondamental. Je souligne juste que, à mon sens, le corps ne révèle rien a priori de ma personnalité. À ce titre, les droits de la personnalité ne devraient intégrer que les droits à l'intégrité morale* "<sup>336</sup>. Nous n'adhérons pas à cette position qui reste minoritaire dans la doctrine. La qualification de droit de la personnalité n'empêche en rien d'envisager tant la protection de l'espèce humaine que de l'individu avec comme fondement juridique et philosophique la dignité humaine<sup>337</sup>.

---

<sup>332</sup> A. ZABALZA, Introduction, Propos in J.-C. SAINT-PAU (ss. dir. de), *Droits de la Personnalité*, Traité, Lexis Nexis, 2013, p. 29 : image, corps humain et vie privée.

<sup>333</sup> Article 9 du Code Civil : " Chacun a droit au respect de sa vie privée. ".

<sup>334</sup> Article 16-1 du Code Civil : " Chacun a droit au respect de son corps ".

<sup>335</sup> J. - C. SAINT-PAU, Avant Propos in J.-C. SAINT-PAU (ss. dir. de), *Droits de la Personnalité*, Traité, Lexis Nexis, 2013, p. XXIII.

<sup>336</sup> J.-M. BRUIGUIERES, " Dans la famille des droits de la personnalité, je demande ... ", Recueil Dalloz, 2011, p. 28.

<sup>337</sup> A. GOGORZA, Titre 1-Chapitre II " La dignité humaine ", in J.-C. SAINT-PAU (ss. dir. de), *Droits de la Personnalité*, Traité, LEXIS NEXIS, 2013, p. 135 et suiv. :

- sur la protection de l'espèce humaine : notamment actes inhumains comme le génocide mais aussi dérives scientifique ; article 16-4 du Code Civil : " *Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine.* "

*Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite.*

*Est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée.*

*Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne " .*

Ainsi, le code civil dispose dans son article 16-1 : "*Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial.* " Cela a le mérite de la clarté. En d'autres termes, le corps est à la fois inviolable dans le sens où on ne peut lui porter atteinte et indisponible, car en dehors du commerce juridique. C'est donc le caractère indisponible du corps et de ses éléments qui intéressera l'analyse. Le consentement, la volonté de la personne ne peut changer le principe selon lequel le corps humain et tous ses éléments et produits ne peuvent revêtir un caractère patrimonial. Dans la plupart des cas, même si cela est sa volonté ou celle d'une autre, la personne ne peut faire fructifier son corps ou ses éléments. Ainsi, la liberté contractuelle ne peut prévaloir et le principe du respect du corps humain sanctionnerait immédiatement la valorisation économique de ces éléments, et ce même s'il s'agissait de l'exercice d'une volonté libre<sup>338</sup>.

---

- sur la protection de la personne : notamment droit de mourir dignement, droit de refus de soins, protection du corps humain (inviolabilité et indisponibilité).

<sup>338</sup> A.-B. CAIRE, " le corps gratuit: réflexions sur le principe de gratuité en matière d'utilisation de produits et d'éléments du corps humain ", *RDSS*, 2015. 865; B. EDELMAN, " la CEDH et l'homme de marché ", *D.*, 2011. Chron. 897; J. -C. GALLOUX, " utilisation des matériels biologiques humains: vers un droit de destination ? ", *D.*, 1999. Chron. 13; X. LABEE " *prélèvements d'organes et indisponibilité du corps humain; note ss. Amiens, 26 nov. 1996* ", *LPA* 11 juill. 1997; M. LANNOY, " personne humaine en droit de la responsabilité hospitalière ", *RDSS*, 2015. 117, J. LEONHARD, B. PY & F. VIALLA (ss. dir. de), *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau, Droit médical et éthique médicale : regards contemporains*, LEH, 2005.

Sur la non brevetabilité du corps humain et de ses éléments : Art. L. 611-17 du Code de la Propriété Intellectuelle : " *Ne sont pas brevetables les inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à la dignité de la personne humaine, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, cette contrariété ne pouvant résulter du seul fait que cette exploitation est interdite par une disposition législative ou réglementaire.* ".

X. BUFFET DELMAS D'AUTANE & A. DOAT, " la protection des plantes: entre brevet et certificat d'obtention végétale ", *Propr. ind.*, 2004. Chron. 8; CHEMTOB-CONCE, *La brevetabilité des inventions biotechnologiques appliquées à l'homme*, Paris, Éd. Tec & Doc, 3e éd., 2006; J. -C. GALLOUX, " vers la brevetabilité des animaux chimères en droit français ", *JCP* 1990. I. 3430; " brevetabilité des éléments et des produits du corps humain ou les obscurités d'une loi grand public ", *JCP* 1995. I. 3872; H. GAUMONT-PRAT, " les inventions biotechnologiques d'origine humaine et le brevet ", *Propr. ind.*, 2002. Chron. 12; E. GUTMANN " la protection juridique des inventions biotechnologiques dérivées d'éléments isolés à partir du corps humain ou autrement produits par des procédés techniques ", *RDPI*, sept. 2000, p. 11; " le brevet, l'éthique: au piège du langage ? ", *Propr. intell.*, 2003, n° 9, p. 348; D. HIRSCH, " la brevetabilité dans le domaine du vivant ", *Gaz. Pal.*, 20-21 mai 1998 ; D. HIRSCH & MORTREUX, " les inventions biotechnologiques: la voie étroite de la brevetabilité ", *Gaz. Pal.* 22-23 janv. 1999; IRPI, *Les inventions biotechnologiques: protection et exploitation*, Litec 1999; T. LAMBERT, " le brevet et la personne ", *D.*, 2005. Chron. 2005; B. MATHIEU, " la directive européenne relative à la brevetabilité des inventions biotechnologiques; le droit français et les normes internationales ", *D.*, 2001. Chron. 13; ROBERTS, " obtention de brevets relatifs à des plantes à travers le monde ", *PIBD* 1997, II, p. 36; P. TAFFOREAU, " la brevetabilité du génome humain ", *Propr. ind.*, 2005. Chron. 7; L. TELLIER - LONIESWSKI, " la protection des inventions biotechnologiques après l'adoption de la directive européenne ", *Gaz. Pal.*, 20-21 janv. 1999; D. VELARDOCCHIO, " la brevetabilité du vivant ", *Dr. patr.*, oct. 2000, p. 68.

Toutefois, quelques éléments du corps humain échappent à la non-commercialité et donc à l'impossibilité de faire "fructifier son corps ". C'est le cas des cheveux, des ongles, des poils et des dents,<sup>339</sup> mais aussi du lait maternel<sup>340</sup>.

Le corps humain et ses éléments et produits sont une notion à part entière dans notre droit et qui impliquent des interprétations différentes. Ainsi, par exemple, certains s'opposent au lien entre le corps humain et la personne. : " *Inscrire ces entités dans la mouvance des personnes est impossible, non seulement parce que les critères de la personnalité ne sauraient, sans artifice, s'appliquer à des portions de chair, de cellules et autres liquides corporels, mais encore parce qu'à s'engager dans cette voie, il deviendrait vite intenable de ne pas recevoir l'embryon et le fœtus comme sujets de droit, avec les conséquences que l'on devine*"<sup>341</sup>. Cette position n'est pourtant pas majoritaire. En effet, " *la relation des éléments de la personnalité au corps humain est essentielle* "<sup>342</sup>. " *L'importance du corps humain vivant est pourtant radicale, car il est le siège de la vie affective et sensible, existentielle et idéale de la construction de la personnalité* "<sup>343</sup>. Cependant, les lois de bioéthique<sup>344</sup> ont fait apparaître une distinction entre le

---

Art. L. 611-18 du Code de la Propriété Intellectuelle : " *Le corps humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement, ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments, y compris la séquence totale ou partielle d'un gène, ne peuvent constituer des inventions brevetables.*

*Seule une invention constituant l'application technique d'une fonction d'un élément du corps humain peut être protégée par brevet. Cette protection ne couvre l'élément du corps humain que dans la mesure nécessaire à la réalisation et à l'exploitation de cette application particulière. Celle-ci doit être concrètement et précisément exposée dans la demande de brevet.*

*Ne sont notamment pas brevetables:*

- a) Les procédés de clonage des êtres humains;*
- b) Les procédés de modification de l'identité génétique de l'être humain;*
- c) Les utilisations d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales;*
- d) Les séquences totales ou partielles d'un gène prises en tant que telles."*

<sup>339</sup> Décret n° 95-904 du 4 août 1995 relatif aux produits du corps humain non soumis aux dispositions du titre Ier du livre VI du code de la santé publique.

<sup>340</sup> Article L. 2323-1 du Code de la Santé Publique et Arrêté du 1er février 2002 fixant le prix de vente et de remboursement du lait humain.

<sup>341</sup> T. REVET, " *La chambre criminelle déduit de ce qu'en vertu de l'article 16-1 du code civil les prélèvements effectués sur le corps humain à des fins de recherches médico-légales ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial, qu'ils ne sont pas des objets susceptibles de restitution à la fin de procédure* ", Crim. 3 févr. 2010, n° 09-83.468, publié au Bulletin ; AJ pénal 2010, p. 250, obs. G. ROYER; Dalloz.fr, 11 mars 2010, obs. S. LAVRIC, *RTD Civ.*, 2010 p.354.

<sup>342</sup> A. ZABALZA, Introduction, Propos in J. - C. SAINT-PAU (ss. dir. de), *Droits de la Personnalité*, Traité, Lexis Nexis, 2013, p. 33.

<sup>343</sup> *Idem*.

<sup>344</sup> Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal; Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.

corps humain et les éléments et produits qui le composent. " *Le corps humain constitue la substance de la personne physique, même s'il n'est pas toute la personne et qu'il faut apporter des précisions quant aux frontières de son existence temporelle. De la même façon, les éléments et les produits qui le composent ne sont ni le corps ni la personne, mais ils font partie du corps et de la personne* " <sup>345</sup>.

Même si l'on sait que le corps humain et ses éléments ont une valeur économique (en témoignent les affaires récurrentes sur le trafic d'organes), elle n'est pas reconnue juridiquement. La dernière reconnaissance économique juridique du corps humain dans notre droit remonte à l'esclavage. Il est cependant aussi vrai que certains de ses éléments ont une valeur patrimoniale dans certains droits étrangers comme par exemple aux Etats-Unis et en Espagne où le don (qui de fait n'en est plus vraiment un) de gamètes est rémunéré. Il n'empêche que le vivant est devenu une ressource exploitable grâce aux avancées scientifiques et technologiques : des éléments biologiques peuvent ainsi être à la source d'un médicament, des bio banques immenses sont aujourd'hui constituées et l'ADN s'exploite <sup>346</sup>. Tous ces éléments ont amené au développement fulgurant des biotechnologies. Le vivant est désormais placé au cœur d'un marché de par la professionnalisation et l'industrialisation entourant son exploitation. C'est une chose en proie à la compétition économique internationale et dont l'exploitation économique est accréditée par la mise en place de mécanismes de protection juridique tenant au droit des brevets <sup>347</sup>.

Dans notre droit français, les articles 16-1 et 16-5 du Code Civil posent clairement le principe de non-patrimonialité du corps humain et de ses éléments et produits. Le principe d'indisponibilité empêchait toute cession à titre gracieux et donc bien évidemment le don d'organe et le choix a donc plutôt été fait de "seulement "

---

<sup>345</sup> A. ZABALZA, Introduction, Propos in J. - C. SAINT-PAU (ss. dir. de), *Droits de la Personnalité*, Traités, Lexis Nexis, 2013, p. 36.

<sup>346</sup> F. BELLIVIER et C. NOIVILLE, *Traité des Contrats, Contrats et Vivant*, LGDJ, 2006.

Voir aussi : Agence de la Biomédecine - Article L. 1418-1 du Code de la Santé Publique ; H. GAUMON-PRAT, " Aspects éthiques des banques de tissus humains ", *D.*, 1999, p. 334; Problèmes éthiques posés par les collections de matériel biologique et les données d'information associées : "biobanques", "biothèques", avis n° 77, 20 mars 2003 du CCNE.

<sup>347</sup> F. BELLIVIER et C. NOIVILLE, *Traité des Contrats, Contrats et Vivant*, LGDJ, 2006, p. 54 à 69.

empêcher sa patrimonialisation<sup>348</sup>. Ainsi, le caractère extra patrimonial n'exclut pas le corps humain et ses éléments et produits du commerce juridique, il exclut seulement la possibilité de payer dans le cadre de convention sur ces objets<sup>349</sup>. "*Une chose peut être dans le commerce sans forcément être patrimoniale*"<sup>350</sup>.

On touche ici du doigt une dimension fondamentale du droit de propriété au travers de notre analyse sur le fructus et la valeur économique des données de santé, quelle que soit d'ailleurs leur nature. Une chose est appropriable, mais pas forcément commercialisable. Si le droit de propriété est envisagé comme droit protecteur de toute valeur économique<sup>351</sup>, il est indéniable que le corps humain, ses éléments et produits ainsi que les données de santé et notamment les données personnelles de santé ont une valeur économique. Le choix a simplement été fait, non pas de renier leur caractère appropriable, mais de les extraire du commerce juridique par des corpus de règles spécifiques, et ce pour des considérations telles que l'éthique, la morale, etc. En effet, "*si le corps peut être considéré comme une chose c'est une chose dont la valeur incommensurable a pour effet de le sortir de la commercialité et des logiques de prix*"<sup>352</sup>.

Si l'on transpose le principe du don d'organe ou de gamètes aux données personnelles de santé, le consentement du patient au traitement de ses données pourrait être envisagé comme un don de ces données, car la loi empêche le caractère onéreux de cet acte juridique. Tant le droit sur le corps humain et ses éléments que celui sur les données personnelles pourraient presque s'apparenter à des régimes spéciaux du droit de propriété qui ampute dans l'exercice d'un tel droit la possibilité d'user de la prérogative " classique " du *fructus*.

---

<sup>348</sup> S. LAVROFF-DETRIE, *De l'indisponibilité à la non patrimonialité du corps humain*, Thèse Paris I, 1997; S. DUBERNAT, *La non patrimonialité du corps humain*, Thèse Bordeaux, 2000; A. - B. CAIRE, " Le corps gratuit : réflexions sur le principe de gratuité en matière d'utilisation de produits et d'éléments du corps humain ", *RDSS*, 2015. 865.

<sup>349</sup> I. MOINE, *Les choses hors-commerce. Une approche de la personne humaine juridique*, LGDJ, 1997.

<sup>350</sup> A. ZABALZA, Introduction, Propos in J. - C. SAINT-PAU (ss. dir. de), *Droits de la Personnalité*, Traités, LEXIS NEXIS, 2013, p. 37.

<sup>351</sup> J. L. BERGEL, Rapport général, sur les nouveaux biens, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La propriété*, Journées vietnamiennes, Tome LIII, Société de législation comparée, 2003 : "*La question se pose de savoir si l'on peut admettre sans limites la consécration de nouveaux biens immatériels ou virtuels, dès lors qu'ils ont une valeur économique ou si une telle reconnaissance se heurte à des limites.*"

<sup>352</sup> A. ZABALZA, Introduction, Propos in J. - C. SAINT-PAU (ss. dir. de), *Droits de la Personnalité*, Traités, LEXIS NEXIS, 2013, p. 37.

Même si les données personnelles de santé ne sont pas règlementées par le corpus juridique accordé au corps humain, on ne peut pas nier le fait que cet attachement au corps irrigue la problématique qui nous occupe. La protection des données de santé ne concerne pas la défense du corps humain et de ses éléments, mais bien celle de l'information d'un état de santé propre à un individu. Pourtant, les données de santé personnelles peuvent s'approcher de ce corpus par le fait que leur objet est intimement lié : l'état de santé est révélé par des composants, des variables du corps humain et la bonne santé n'est finalement qu'une normalité et la mauvaise santé une détection des écarts avec les variables du corps humain dit sain. Mais aussi par une logique juridique similaire : il s'agit d'éviter leur commercialité. La question de la " pécuniarisation " des données de santé frôle nécessairement la question de la patrimonialisation du corps humain. Il n'empêche, que reconnaître la possibilité pour un patient de valoriser ses données et donc d'user d'un *fructus* sur ces dernières, est aujourd'hui rejeté par notre droit du fait même de la nature du droit à l'œuvre, nécessairement non-patrimonial comme tout droit de la personnalité. Spécifiquement, en matière de données personnelles de santé, le dernier alinéa de l'article L. 1111-8 du Code de la Santé Publique est particulièrement explicite : "*Tout acte de cession à titre onéreux de données de santé identifiantes, directement ou indirectement, y compris avec l'accord de la personne concernée, est interdit sous peine des sanctions prévues à l'article 226-21 du code pénal*". Ainsi, le patient ne peut que faire "don" de ses données personnelles de santé.

Cependant, le caractère extrapatrimonial des droits de la personnalité tend à s'infléchir.

## **§2. Le mouvement de patrimonialisation des droits de la personnalité, trajectoire des droits sur les données personnelles**

**199.** Les droits de la personnalité, concept émergeant au XIXe siècle et définis comme des "*droits inhérents à la personne humaine qui appartiennent de droit à toute personne physique (innées et inaliénables) pour la protection des ses*

*intérêts primordiaux* <sup>353</sup> s'opposent traditionnellement au droit de propriété notamment dans leur nature extrapatrimoniale.

**200.** Ainsi, " *rigoureusement parlant, les droits de la personnalité, placés hors du commerce, sont incessibles, ou d'une façon plus générale, insusceptibles de conventions* " <sup>354</sup>. En d'autres termes, les droits de la personnalité, dont fait partie notamment le droit au respect de la vie privée et donc le respect de réglementation des données personnelles, ont un caractère normalement extrapatrimonial du fait de leur attachement à la personne.

Toutefois, " *ceci, c'est de la théorie ; mais en pratique, rien n'eut été plus fâcheux. Ainsi les tribunaux ont ils largement atténué cette idée* " <sup>355</sup>. Il est couramment affirmé que les droits de la personnalité font face à une patrimonialisation en constante augmentation, <sup>356</sup> et ce essentiellement autour de la jurisprudence du droit à l'image des personnes. Kayser disait déjà en 1990 : " *le droit de la personne sur son image a une double nature juridique. Il ne protège pas uniquement l'intérêt moral d'une personne à ce que son image ne soit pas réalisée et publiée quand elle est dans sa vie privée, et son intérêt moral à ce que son image ne la présente pas au public d'une manière inexacte. Il assure aussi la protection de son intérêt matériel à ce que son image ne soit pas exploitée sans son autorisation ; il lui confère le monopole d'exploitation de son image. Il est donc un droit de la personnalité, c'est-à-dire un droit extrapatrimonial, en protégeant des intérêts moraux et il est un droit patrimonial en assurant la protection d'intérêts matériels* " <sup>357</sup>.

**201.** Les droits portant sur le nom patronymique et sur l'image sont symptomatiques de ce mouvement de patrimonialisation.

---

<sup>353</sup> G. CORNU, *op. cit.*

<sup>354</sup> E.-E.-H. PERREAU, " Des droits de la personnalité ", *RTD civ.* 1909. 503.

<sup>355</sup> *Idem.*

<sup>356</sup> G. LOISEAU, note sous *Civ. 1re*, 11 déc. 2008, n° 07-19.494, *JCP* 2009. II. 10025; G. LOISEAU, note sous *Civ. 1re*, 13 janv. 1998, *JCP* 1998. II. 10082; G. LOISEAU, " Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français ", *McGill Law Journal* 1997, p. 319; V. J.-M. BRUGUIÈRE, note sous Versailles, 22 sept. 2005, *Légipresse* 2006, III, p. 109; C. CARON, " Les contrats d'exploitation de l'image de la personne ", *in* *L'image*, 2005, 2005, p. 95 et s., C. CARON, obs. sous Versailles, 22 sept. 2005, *CCE* 2006. Comm. 4; Th. HASSLER, art. préc., *Légipresse* 2007, II, p. 123; T. ROUSSINEAU, note sous *Civ. 1re*, 11 déc. 2008, *Légipresse* 2009, III, p. 109; P. TAFFOREAU, " L'être et l'avoir ou la patrimonialisation de l'image des personnes ", *CCE* 2007. Étude 9.

<sup>357</sup> P. KAYSER, *La protection de la vie privée*, 1990, *Economica PUAM*, n° 95.

**202.** Sur le nom patronymique, le droit va même plus loin organisant la possibilité d'un droit de propriété intellectuelle<sup>358</sup>.

Ainsi certains n'hésitent pas à employer le terme de " bien de la personnalité ", dans le sens où des éléments étroitement liés à l'identité de la personne comme le nom, la voix ou l'image, relèvent à la fois des droits extra patrimoniaux et patrimoniaux. On parle même de " degré de patrimonialité " lorsque par exemple l'atteinte à l'intégrité physique fait l'objet d'une réparation monétaire<sup>359</sup>.

Les mécanismes de réparation des atteintes notamment par le biais de la responsabilité civile délictuelle vont assurer une réservation indirecte de valeur qu'il n'est pas possible ou qui n'a pas voulu être reconnue par le droit des biens.

**203.** Un autre exemple majeur dans la jurisprudence nationale a été celui du droit à l'image des biens. Cette évolution jurisprudentielle nous intéresse au même titre que celle sur l'image des personnes dans le sens où la donnée personnelle et a fortiori la donnée personnelle de santé, sont considérées comme des choses nécessairement extrapatrimoniales du fait qu'elles ne sont qu'une représentation de la personne (droit à l'image des personnes), mais elles pourraient être aussi envisagées comme des biens à part entière sur lesquels la personne ou le patient a un droit de propriété<sup>360</sup>. Or, une telle conception impacte la maîtrise de

---

<sup>358</sup> Article L. 711-1 du Code de la Propriété Intellectuelle : " *La marque de fabrique, de commerce ou de service est un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale.*

*Peuvent notamment constituer un tel signe :*

*a) Les dénominations sous toutes les formes telles que : mots, assemblages de mots, noms patronymiques et géographiques, pseudonymes, lettres, chiffres, sigles ; [...]"*

Cass. Com. , 12 mars 1985, *Bordas, Bull. civ. 1985 IV, n°95; D., 1985 jurispr. 471, note J. GHESTIN; JCP G ,1985 II; 20400, concl. MONTANIER, note G. BONNET; H. CAPITANT, F. TERRE & Y. LEQUETTE, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 1, Dalloz, 11ème éd. 2000, n°20 : " *Le principe d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité du nom patronymique, qui empêche son titulaire d'en disposer librement pour identifier du même titre une autre personne physique, ne s'oppose pas à la conclusion d'un accord sur l'utilisation de ce nom comme dénomination sociale ou nom commercial [...] [le nom patronymique devient] un signe distinctif qui s'est détaché de la personne physique qui le porte, pour s'appliquer à la personne morale qu'il distingue, et devenir ainsi objet de propriété incorporelle*".*

Sur le droit de propriété intellectuelle des personnes physiques sur leur nom patronymique : voir : Cass. com. , 6 mai 2003, *Bull. civ. 2003, IV, n°69; D. 2003, jurispr. 2228, G. LOISEAU; JCPG 2003, II, 10169, note E. TRICOIRE; RTD civ., 2003, p. 679, obs. J. HAUSER, Rev. sociétés, 2003, p. 548, G. PARLEANI ; Cass. com. , 24 juin 2008, *D. ,2008, jurispr. 2569, note A. MENDOZA-CAMINADE.**

<sup>359</sup> J. L. BERGEL, Rapport général, sur les nouveaux biens, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, La propriété, Journées vietnamiennes, Tome LIII, Société de législation comparée, 2003.

<sup>360</sup> *Infra*, n°299

l'exploitation des données personnelles par le sujet lui-même (droit à l'image des biens).

La question des droits du propriétaire sur l'image de son bien fût à l'origine d'une véritable saga jurisprudentielle. Le 10 mars 1999, la Cour de Cassation dans l'affaire du " Café Gondrée " considéra que " *l'exploitation du bien sous sa forme photographique porte atteinte au droit de jouissance du propriétaire* "<sup>361</sup>. Cette solution extrémiste a pour conséquence de réserver au propriétaire du bien objet de la photographie toutes les utilités de ce dernier. Ainsi, même le droit d'auteur du photographe n'existe plus face au droit du propriétaire qui peut enclencher à tout moment son droit sans même avoir à démontrer un préjudice. La Cour de Cassation entama un revirement de jurisprudence le 2 mai 2001 à propos de l'îlot du Roch Arhon : « [...] *préciser en quoi l'exploitation de la photographie par les titulaires du droit incorporel de son auteur portait un trouble certain au droit d'usage ou de jouissance du propriétaire* »<sup>362</sup>. Cet arrêt marque la nécessité pour le propriétaire de démontrer un trouble dans la jouissance de son bien. La Cour de Cassation termina son avancée jurisprudentielle le 7 mai 2004 en Assemblée Plénière en affirmant la règle de principe qui permet de concilier tous les intérêts : " « *le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci ; il peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal* »<sup>363</sup>. Cette ultime approche par les juges évite la reconnaissance d'un droit patrimonial du propriétaire sur l'image de son bien, mais ne dément certainement pas que l'image du bien a une valeur patrimoniale. Cette valeur ne se situe pas dans le patrimoine du propriétaire (même si elle n'en est pas forcément exclue s'il décide d'exploiter lui même l'image de son bien), elle est à la disposition des " artistes ", notamment

---

<sup>361</sup> Civ. 1, 10 mars 1999, arrêt dit "Café Gondrée", Bulletin 1999 I N° 87 p. 58.

<sup>362</sup> Civ 1, 2 mai 2001, Bulletin 2001 I N° 114 p. 74; J. - P. GRIDDEL, " Droit du propriétaire de s'opposer à la diffusion de l'image de son bien, action en justice des associations : un arrêt doublement instructif ", *D.*, 2001. 1973; T. REVET, " Image des biens ", *RTD civ.*, 2001. 618; M. BRUSCHI, " La protection du droit à l'image sur ses biens suppose la preuve d'un trouble certain au droit d'usage ou de jouissance du propriétaire ", *RDI*, 2001. 358.

<sup>363</sup> Cass, AP, 7 mai 2004, Bulletin 2004 A. P. N° 10 p. 21; T. REVET, " Image des biens ", *RTD civ.*, 2004. 528; N. REBOUL-MAUPIN, " Image des biens : droit exclusif et trouble anormal ", *D.*, 2004. 2406; J.-M. BRUGUIERE, " Image des biens : la troublante métamorphose ", *D.*, 2004. 1545; E. GAVIN-MILLAN-OOSTERLYNCK, " L'épilogue de la quête d'un équilibre entre les intérêts contradictoires du propriétaire du bien et des professionnels de l'image ", *RDI*, 2004. 437; E. DREYER, " L'image des biens devant l'Assemblée plénière : ce que je vois et à moi... ", *D.*, 2004. 1545; C. ATIAS, " Les biens en propre et au figuré ", *D.*, 2004. 1459.

photographes, qui peuvent la reproduire et ensuite l'exploiter ou céder des droits d'exploitation et donc faire fructifier cette image. L'affirmation de ce principe par la Cour de Cassation est d'autant plus troublante que la sémantique utilisée rappelle la théorie des troubles anormaux de voisinage mise en œuvre par la jurisprudence afin de limiter l'exercice du droit de propriété. Or, si l'on parle de limitation de l'exercice d'un droit de propriété, cela veut bien dire que primordialement, originellement, ce droit de propriété existe. Dans le cas de l'image des biens, le droit de propriété est celui du propriétaire sur son bien qui exercerait de manière abusive son droit de propriété s'il s'opposait à l'exploitation de l'image de son bien par d'autres à moins de démontrer que cette exploitation lui cause un trouble. Le propriétaire du bien n'est donc pas propriétaire de la photographie de son bien, son droit de propriété s'arrête devant l'exercice de l'activité d'une autre personne, en l'occurrence des photographes qui sont quant à eux propriétaires de l'image du bien, à la condition bien sûr de ne pas lui causer un trouble anormal.

**204.** La donnée personnelle de santé envisagée comme un bien ne pourrait donc être protégée de tout acte de copie (photographie) et donc d'exploitation par la suite par des tiers comme les collecteurs, à moins que cela ne trouble le patient sujet de ces données. La réglementation actuelle ne fait finalement qu'enclencher de manière automatique ce trouble. L'utilisation et l'exploitation économique par d'autres que la personne elle-même, sans son accord, portent atteinte à son droit au respect de la vie et donc lui cause un trouble.

Finalement quel que soit le contexte dans lequel on décide de se placer, droit à l'image des personnes ou des biens, rien n'interdit l'exploitation économique de ces objets et le fait ne pouvoir en tirer des fruits. La donnée personnelle de santé, qu'elle soit une chose-image de la personne ou une chose extérieure à la personne sur laquelle elle a un droit de propriété, pourrait fructifier. Et c'est justement parce qu'elle pourrait fructifier que le législateur a exclu cette possibilité dans le dernier alinéa l'article L. 1111-8 du Code de la Santé Publique. Si le législateur n'avait pas prévue explicitement cette interdiction, le marché se serait saisi d'une possibilité d'exploitation économique (directement par le patient ou par les collecteurs) des données personnelles de santé. Les droits de la personnalité et notamment les droits sur les données personnelles sont irrésistiblement attirés dans la sphère

marchande sans intervention du législateur, de la jurisprudence et de la théorie originelle des droits de la personnalité.

**205.** Un auteur s'oppose pourtant à la tendance de "patrimonialisation des droits de la personnalité".

Selon M. Antippas, beaucoup de droits de l'homme ont des aspects économiques (par exemple la liberté du commerce et de l'industrie ou le droit de grève) et aucun d'entre eux n'entre dans le patrimoine pour autant<sup>364</sup>. Ainsi, "*Le caractère extrapatrimonial n'implique pas nécessairement le caractère extra-économique*". La logique économique et les principes théoriques à la source des droits de la personnalité peuvent donc coexister sans pour autant qualifier certains droits de la personnalité de droits patrimoniaux. Selon lui, la conséquence juridique de ce glissement s'avère perverse. La sanction d'un droit par le mécanisme de la responsabilité civile impose de réunir plusieurs conditions : la faute, le préjudice et le lien de causalité ; alors même que normalement en matière de droits de la personnalité la simple atteinte est sanctionnée<sup>365</sup>.

**206.** Pourtant, la jurisprudence reconnaît le préjudice économique et pas seulement le préjudice moral de l'atteinte aux droits de la personnalité. Même si à la différence des juges du fond<sup>366</sup>, la Cour de Cassation<sup>367</sup> ne se prononce pas explicitement sur la nature du préjudice, "*elle n'en indemnise pas moins des préjudices économiques dès lors qu'elle admet la réparation dans des hypothèses*

---

<sup>364</sup> J. ANTIPPAS, " Propos dissidents sur les droits dits "patrimoniaux" de la personnalité ", *RTD Com.*, 2012, p. 35.

<sup>365</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 5 nov. 1996 : *JCP G* 1997, II, 22805, note J. RAVANAS : "*la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation*" ; P. JOURDAIN, " Les droits de la personnalité à la recherche d'un modèle : la responsabilité civile ", in *les Droits de la personnalité : bilan et perspectives, actes du colloque du 13 nov. 2006, Gaz. Pal.*, 18-19 mai 2007, n°13, p. 52.

<sup>366</sup> Voir par exemple : TGI Paris, 3 déc. 1975, Piéplu : *D.*, 1977, jurispr. 211, note R. LINDON; *JCP G*, 1978, II, 19002, note D. BECOURT; CA Paris, 5 juin 1979 : *JCP G* 1980, II, 19343; CA PARIS, 14 juin 1983 : *D.* 1984, jurispr. 75, note R. LINDON; CA VERSAILLES, 21 mars 2002 : *Légipresse* 2002, n° 93, III, 138; TGI PARIS, ord. réf., 5 février 2008, Carla Bruni Tedeshi : *RTD civ.*, 2008, p. 273, obs. J. HAUSER.

<sup>367</sup> Voir par exemple : Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 24 septembre 2009, n° 08-11.112 : *Bull. civ.* 2009, I, n° 184; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 9 juill. 2009 : *Bull. civ.*, 2009, I, n° 175.

*où seule est sollicitée l'indemnisation d'un manque à gagner, et non celle d'un préjudice moral résultant de l'atteinte à des intérêts extrapatrimoniaux* <sup>368</sup>.

**207.** Nonobstant, il est aujourd'hui cruellement nécessaire d'admettre que "*L'exploitation économique des attributs de la vie privée s'ajoute aux paradoxes déjà évoqués. Elle transforme l'inspiration initiale sous deux aspects : elle patrimonialise un droit conçu à l'origine comme non patrimonial, et elle jette dans la circulation publique un bien qui n'avait au départ d'autre prix que celui de l'intimité. La cession à autrui du droit d'exploiter les attributs de la personnalité et, à plus forte raison, l'exploitation professionnelle de ceux-ci ont pour effet de les rendre publics, de les projeter dans la sphère publique. Patrimonialisation et publicisation vont ici de pair. Fausse à l'origine, l'idée que chaque personne a un droit de propriété sur sa propre image devient vraie quand le sujet lui-même transforme son droit « non patrimonial » exclusif en droit de propriété*". <sup>369</sup>

---

<sup>368</sup> R. OLLARD, Titre II, Chapitre II " Qualification de droits extrapatrimoniaux ", Propos in J. - C. SAINT-PAU (ss. dir. de), *Droits de la Personnalité*, Traités, LEXIS NEXIS, 2013, p. 309

<sup>369</sup> <http://asmp.fr> - Groupe d'études Société d'information et vie privée, F. RIGAUX Les paradoxes de la protection de la vie privée, p. 46



## CONCLUSION CHAPITRE 2

**208.** La question de l'existence d'un *fructus* ramène à la question de savoir si le caractère économique de l'objet en cause détermine la possibilité d'un droit de propriété. Nous l'avons vu, la donnée de santé, et même la donnée personnelle de santé, a bien une valeur économique. Si le choix était fait de limiter l'identification d'un droit de propriété par la simple présence d'une valeur économique, notre travail pourrait presque s'arrêter ici. Ce n'est pourtant pas si implacable comme logique du fait même de la nature de certains objets qui nous occupent et notamment des données personnelles de santé. Des droits décrits par nature comme extrapatrimoniaux et que l'on se refuse à faire entrer dans le commerce se retrouvent aujourd'hui confrontés à des logiques de marchandisation de la personne et de son image; la pression se fait de plus en plus sentir et les données n'échappent pas à celle-ci en témoigne l'émulation juridique actuelle à leur sujet : loi sur la République Numérique<sup>370</sup>, nouveau règlement européen<sup>371</sup>, rapport de la commission de réflexions et de propositions sur le droit et les libertés à l'âge numérique<sup>372</sup>...

**209.** Les collecteurs exercent aujourd'hui un *fructus* sur toutes les natures de données de santé ; mais à l'inverse, le patient bénéficie en droit positif d'un droit extrapatrimonial sur ses données qui semble exclure toute possibilité d'exercice d'un *fructus*. Pourtant, d'autres droits de la personnalité montrent le chemin d'une possible exploitation par la personne de ses données, de la même manière qu'elle pourrait exploiter son image ou l'image d'un bien. De plus, se pose la question de savoir si finalement, ce critère économique, de patrimonialité du droit de propriété mis en exergue par une analyse du *fructus*, est nécessaire dans la qualification de ce droit ? En d'autres termes, la patrimonialité est-elle une condition pour parler de propriété ? Nous n'en sommes pas si sûrs, à l'instar d'autres auteurs<sup>373</sup>, mais

---

<sup>370</sup> Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, *op.cit.*

<sup>371</sup> Règlement (UE) 2016/679 du Parlement Européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 96/46/CE (règlement général sur la protection des données)

<sup>372</sup> Commission de réflexions et de propositions sur le droit et les libertés à l'âge numérique,

<sup>373</sup> Voir notamment, F. ZENATI-CASTAING, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse, Lyon III, 1981; F. ZENATI-CASTAING, " Pour une rénovation de la théorie de la propriété ", *RTD civ.*, 1993, p. 312; T. REVET, La propriété de la personnalité in les Droits de la personnalité : bilan et perspectives, actes du colloque du 13 nov.

cela suppose, et nous l'aborderons, d'abandonner en partie ce triptyque *usus*, *abusus* et *fructus* pour privilégier le second qui s'organise autour de l'exclusivité, la perpétuité et l'absoluité<sup>374</sup>.

**210.** Il n'empêche que la valeur économique peut aussi s'envisager comme un fondement du droit de propriété, droit par excellence pour la protection de cette valeur : " *le bien patrimonial le plus pleinement incorporel s'appellera finalement "valeur" ou encore "ainsi se dessine, dominant le patrimoine, un bien technique incorporel par excellence : la valeur patrimoniale [...] le discernement de la valeur patrimoniale exprimerait le réalisme juridique. Car le bien des juristes doit rejoindre, aussi exactement que possible, la richesse des économistes. La communion entre le droit et l'économie politique suppose que le droit, régissant légalement les biens dans leur circulation juridique, donne aux économistes, par des moyens sincères, la faculté de suivre, à travers ces biens, le mouvement des richesses* "<sup>375</sup>. Si la valeur économique engendre automatiquement une protection du droit de propriété, on pourrait alors dire qu'aujourd'hui les données des santé et même les données personnelles de santé sont saisies d'un droit de cette nature et ce même si ce régime est particulier eu égard à la spécificité de la chose en cause. C'est à dire que même amputés de leur commercialité par l'article L. 1111-8 du Code de la Santé Publique, les droits pesants sur les données sont de nature propriétaire.

**211.** Même si nous avons fait le choix d'étudier les aspects économiques du droit de propriété dans ce chapitre sur le *fructus*, tant l'*usus* que l'*abusus* en sont aussi des émanations. L'*abusus* à lui seul peut permettre de vendre un bien par exemple. Mais c'est aussi une prérogative confrontée à des obstacles conceptuels des droits de la personnalité.

---

2006, *Gaz. Pal.*, 18-19 mai 2007, n°13, p. 49; F. ZENATI-CASTAING & T. REVET, *op.cit.*; F. ZENATI-CASTAING & T. REVET, *Manuel de droit des personnes*, PUF, coll. Droit Fondamental, 1ère éd. 2006.

<sup>374</sup> Voir Partie 1, Titre 2.

<sup>375</sup> R. SAVATIER, " Essai d'une présentation des biens incorporels ", *RTD civ.*, 1958, p. 331

## CHAPITRE 3

### L'ABUSUS, UNE DECONSTRUCTION JURIDIQUE NECESSAIRE

Chapitre 3 : L'abusus, une déconstruction juridique nécessaire

**212.** L'*abusus*<sup>376</sup> est la prérogative qualifiée d'essentielle afin de pouvoir déterminer l'existence d'un droit de propriété. Ainsi, Mirabeau disait (à replacer dans un contexte ancien qui limitait la propriété aux biens matériels voire seulement immobiliers) : "*La propriété ne s'entend que de celui qui peut aliéner le fonds*"<sup>377</sup>. *Abusus* signifie littéralement en latin " *utilisation jusqu'à épuisement* " ou *consommation complète*". Dans le contexte du droit de propriété, il s'agit du " *droit pour le propriétaire d'en disposer par tous les actes matériels ou juridiques de transformation, de consommation, de destruction, d'aliénation, ou d'abandon*"<sup>378</sup>. L'*abusus* est reconnu dans l'article 537 du Code Civil : " *Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois* " et est aussi garanti par la Constitution<sup>379</sup>.

**213.** L'analyse autour de l'existence d'un *abusus* par les différents acteurs du domaine des données de santé se concentrera essentiellement sur l'action de vente des données, notamment par facilité de compréhension, mais aussi, car, comme nous l'avons vu précédemment<sup>380</sup>, la donnée de santé revêt une valeur économique certaine et nous verrons qu'au regard des particularités de la donnée, *abusus* et *fructus* tendent à se confondre.

---

<sup>376</sup> Les Professeurs F. ZENATI-CASTAING et T. REVET distinguent le pouvoir de disposer et l'*abusus* : " *ces deux notions sont étrangères l'une à l'autre. Alors qu'en abusant de la chose le propriétaire accomplit un acte purement matériel, en disposant, il accomplit exclusivement un acte juridique.* " in *Les biens*, coll. Droit Fondamental, PUF, 3ème éd., 2008, p. 335. Ces deux facettes seront confondues et abordés dans notre analyse.

<sup>377</sup> MIRABEAU, *Discours sur la suppression ou le rachat des dîmes*, 10 août 1789.

<sup>378</sup> G. CORNU, *op. cit.*

<sup>379</sup> Décision n° 83-162 DC du 20 juillet 1983, Rec. p. 49. Cependant, les limites au droit de disposition restent admises : " *Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la loi, sans remettre en cause le droit de propriété, définit une limitation à certaines modalités de son exercice qui n'a pas un caractère de gravité tel que l'atteinte qui en résulte en dénature le sens et la portée et soit, par suite, contraire à la Constitution* " in Décision n° 89-254 DC du 04 juillet 1989, *D.*, 1990, 209, note F. LUCHAIRE, *RTD civ.*, 1990, 519, obs. ZENATI.

<sup>380</sup> *Supra*, n°160 à 162.

214. L'identification d'un *abusus* passe nécessairement par l'analyse des actions juridiques utilisées par les potentiels "propriétaires ", les collecteurs (Section 1) et les personnes (Section 2). Une fois de plus, l'appréhension d'une telle prérogative se fait plus facilement du point de vue des collecteurs alors que pour les données personnelles et plus spécifiquement du point de vue des patients, cette question se heurte à des principes fondamentaux dans notre droit.

## SECTION 1 : LA LIBRE DISPOSITION RELATIVE DES DONNEES DE SANTE PAR LES COLLECTEURS

215. L'étude de l'existence d'un droit de disposition des données de santé pour les collecteurs nous amènera à l'identifier par le biais des limites qui sont posées lors des traitements de données personnelles ou anonymisées de santé (§1). Ce droit est même aujourd'hui fortement encouragé notamment auprès des personnes publiques, mais aussi des acteurs privés dans le cadre de la philosophie "open-data" (§2).

### **§1. La disposition des données personnelles et anonymisées encadrée par le principe de finalité**

216. Comme cela a été abordé précédemment<sup>381</sup>, en matière de traitement de données et notamment de données à caractère personnel de santé ou de données personnelles de santé anonymisées, les responsables de traitement bénéficient d'un usage de la donnée encadrée par la finalité du traitement tel qu'autorisé par la CNIL.

217. Par exemple, prenons le cas de la base de données anonymisées de Celtipharm autorisée par la CNIL. La délibération du 8 septembre 2011<sup>382</sup> flèche une finalité cadre : " *la réalisation d'études épidémiologiques à partir de données issues des feuilles de soins électroniques anonymisées* " déclinée de la manière suivante :

---

<sup>381</sup> *Supra*, n°136 à 143.

<sup>382</sup> Délibération n° 2011-246 du 8 septembre 2011 autorisant la mise en œuvre par la société CELTIPharm d'un traitement de données à caractère personnel ayant pour finalité la réalisation d'études épidémiologiques à partir de données issues des feuilles de soins électroniques anonymisées à bref délai.

- Mise en place d'indicateurs sanitaires avancés
- Suivi longitudinal de la consommation médicamenteuse en temps réel des médicaments prescrits ou non
  - Mesure de l'efficacité des recommandations sanitaires auprès des professionnels de santé et de leurs patients,
  - Détection des variations atypiques de délivrance des médicaments ainsi que les tendances de délivrances
  - Amélioration de la connaissance des usages post autorisation de mise sur le marché (AMM) des médicaments.
  - Les analyses seront effectuées à partir d'un panel d'officines représentatives de l'ensemble des officines françaises dont les résultats sont extrapolés à l'ensemble du territoire. Les données recueillies permettent de modéliser les comportements pour anticiper une évolution probable de l'état de santé de la population.

La délibération de la CNIL du 28 novembre 2013<sup>383</sup> autorise des finalités semblables : " *La finalité du traitement consiste à permettre la réalisation d'études et de veilles médico-économiques à partir de FSE (Feuilles de Soins Electroniques) émises par les professionnels de santé. Le traitement a vocation à permettre au responsable de traitement de disposer de données permettant :*

- *de mener des analyses des consommations de soins par territoire et par bassin de population,*
- *de réaliser un suivi spatio-temporel de la consommation de soins par territoire,*
  - *d'en mesurer les variations économiques,*
  - *d'établir des indicateurs avancés sanitaires,*
  - *et d'identifier l'adéquation entre l'offre de soin et la population. "*

On notera le terme utilisé par la CNIL ici : " disposer ".

---

<sup>383</sup> Délibération n° 2013-369 du 28 novembre 2013 autorisant la société Celtiph@rm à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la réalisation d'études et de veilles médico-économiques à partir des feuilles de soins électroniques émises par les professionnels de santé.

À première vue, la finalité n'encadre pas tant la disposition des données, mais plutôt l'usage qui en est fait par le responsable de traitement : la réalisation d'études statistiques. Ce sont les études statistiques qui seront vendues et non pas les données. Dans cette optique, le collecteur de données anonymisées de santé ne dispose pas des données en tant que telles, il ne fait que les utiliser pour produire des statistiques. Toutefois, rien ne l'empêche de céder à titre gratuit ou onéreux des jeux de données (ensemble de données) afin que l'acquéreur de ces derniers les utilise. Se pose toutefois la question du respect des finalités autorisées par la CNIL. Il est possible d'imaginer que le contrat entre le cédant et l'acquéreur reprenne ces obligations. Ainsi, les données ne sont créées que pour être utilisées dans cette finalité. Le cédant a l'obligation d'inclure cette clause dans toutes les conventions qu'il contracte afin que le lien ne soit pas dissout contractuellement sur le respect des finalités.

**218.** Toutefois, malgré ce principe de finalité, rien ne s'oppose à la cession ni même à la cession commerciale de données anonymisées de santé dans le sens où elles sont devenues anonymes et donc sorties du champ de la Loi Informatique et Libertés. La CNIL s'attache à vérifier les finalités de l'anonymisation et les procédés utilisés pour ce faire. Mais une fois les données rendues anonymes rien n'empêche le collecteur de les céder, et ce même commercialement.

**219.** Concernant les données personnelles sensibles et notamment de santé, il semble aujourd'hui difficile pour le collecteur de céder ces données par contrat, et ce même si le contrat apporte toutes les garanties nécessaires au respect d'une délibération CNIL. Il s'agit d'un cas qui n'est pas abordé directement par la loi Informatique et Libertés. Un seul contrat apparaît dans cette réglementation c'est celui de sous-traitance pour le cas où un prestataire (informatique) met en œuvre techniquement la solution de traitement des données personnelles, mais n'est pas le responsable de traitement. Il doit cependant respecter un certain nombre d'obligations.

A l'origine, aucun autre texte ne prévoyait une interdiction de ces cessions. La CNIL s'en était d'ailleurs alertée dans sa délibération du 08 mars 2001 portant adoption d'une recommandation sur les sites de santé destinés au public : "*Les données de santé revêtant un caractère directement ou indirectement nominatif,*

*qu'elles aient été communiquées au site par l'internaute et/ou par un professionnel de santé, ne devraient pas pouvoir être exploitées à des fins commerciales ni transmises à quiconque à des fins commerciales ou de prospection commerciale. Le respect de ce principe devrait s'imposer aux sites web de santé appelés à recueillir des données nominatives de santé, mais aussi aux sociétés et organismes susceptibles de gérer et de conserver, pour le compte de professionnels de santé ou d'établissements de santé, des dossiers médicaux accessibles sur Internet "*<sup>384</sup>.

Le Code de la Santé Publique prévoit une telle interdiction pour les prescriptions dans son article L. 4113-7 : " *Sans préjudice des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, sont interdites la constitution et l'utilisation à des fins de prospection ou de promotion commerciales de fichiers composés à partir de données issues directement ou indirectement des prescriptions médicales ou des informations médicales mentionnées à l'article L. 161-29 du code de la sécurité sociale, dès lors que ces fichiers permettent d'identifier directement ou indirectement le professionnel prescripteur "*. La loi du 13 août 2004<sup>385</sup> a intégré un alinéa à l'article L. 1111-8 du Code de la Santé Publique : " *Tout acte de cession à titre onéreux de données de santé identifiantes, directement ou indirectement, y compris avec l'accord de la personne concernée, est interdit sous peine des sanctions prévues à l'article 226-21 du code pénal "*. Sans cette règle explicite, le principe de finalité qui encadre les données collectées (et donc potentiellement vendables) permettait de minimiser les risques de dévoiement de ces traitements, car la commercialisation est en tant que elle une finalité de traitement. Et, elle ne saurait être acceptée par la CNIL dans le cadre des traitements de données à caractère personnel de santé au regard de sa position. En conséquence, commercialiser des données personnelles de santé reviendrait à s'écarter de la finalité autorisée par la CNIL et se mettre en infraction.

**220.** Cependant, on aurait pu imaginer ce type de contrat dans un strict respect des finalités. Simulons un cas concret : le DMP est entièrement déployé et une

---

<sup>384</sup> Délibération n° 01-011 du 08 mars 2001 portant adoption d'une recommandation sur les sites de santé destinés au publics.

<sup>385</sup> Loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie.

bonne partie des patients français bénéficie d'un tel dossier. La question d'une meilleure coordination des soins sur des régions transfrontalières pourrait alors se poser. On peut donc imaginer que des données personnelles de santé issues du DMP soient mises à la disposition d'autres États européens transfrontaliers de la France et inversement. Cependant, cette mise à disposition de données personnelles de santé ne permet pas au responsable de traitement non français de les utiliser dans n'importe quelle finalité. Il doit obligatoirement se conformer à finalités autorisées par la CNIL. En d'autres termes, la finalité commerciale est ici inexistante et le traitement se borne à respecter celle de coordination des soins. Le contrat est soumis à un certain nombre de règles juridiques dont font partie à la fois la Loi Informatique et Libertés, mais aussi ses autorisations. Même si dans l'absolu ce type de mise à disposition semble possible, cela impliquera très certainement une modification de l'information du patient voire une modification de son consentement et une information de modification de traitement telle qu'exigée par la Loi Informatique et Libertés<sup>386</sup>.

**221.** La disposition des données personnelles de santé n'est donc pas libre ; mais il n'en demeure pas moins qu'elle est possible dans le respect de ces limites. En effet, l'article L. 1111-8 du Code de la Santé Publique n'interdit pas la cession à titre gratuite mais celle à titre onéreux. Il est d'ailleurs notable de voir que le terme "cession" est employé dans ce texte.

Par conséquent, aujourd'hui rien n'empêche forcément la cession de données personnelles même sensibles, mais elles sont grevées de plusieurs entraves : la première est que le responsable de traitement originel, celui que la CNIL a autorisé reste responsable du respect de l'autorisation CNIL et notamment, des finalités d'utilisation de ces données voire même du consentement du patient. La seconde est l'interdiction légale de les céder à titre onéreux. Ces règles assurent aujourd'hui dans les faits que les données personnelles de santé ne puissent être vendues. La valeur économique peut ainsi s'en trouver réduite de par les contraintes juridiques trop fortes.

---

<sup>386</sup> Article 30 Loi Informatique et Libertés : " [...] II. - Le responsable d'un traitement déjà déclaré ou autorisé informe sans délai la commission :  
- de tout changement affectant les informations mentionnées au I ;  
- de toute suppression du traitement."

**222.** Enfin, un point majeur se dégage des différents éléments apportés et qui irriguent toute la discussion autour d'un *abusus* du collecteur (voire même de la personne). La vente d'une donnée n'implique pas nécessairement sa disparition du patrimoine du cédant, car la donnée est par nature ubiquitaire. Rare est le cas où la cession d'une donnée implique la disparition de cette dernière de la base du cédant. Ainsi, sauf cas exceptionnel comme la cession d'entreprise, la cession d'une donnée aboutie en fait à la création d'une copie de cette donnée dans les bases de l'acquéreur qui en acquiert à son tour la maîtrise et la disponibilité sous réserve du respect des lois et règlements et du contrat. Une cession de données peut se faire à titre non exclusif. Nous faisons face à un objet, la donnée, qui par nature peut facilement être cédé sans l'être complètement. Il peut continuer d'exister dans le patrimoine d'un collecteur alors même que celui-ci l'a cédé. La cession de données à titre non exclusif est donc en fait un acte créateur de données. Il y a bien eu une action de disposition de la part du collecteur, mais qui n'a pas forcément abouti à la disparition de cet objet de son patrimoine.

**223.** Même si cet aspect montre toute la particularité et l'originalité de l'objet qui nous occupe, cela ne permet pas d'infirmier l'existence d'un *abusus* pour les collecteurs. Le cas de la cession de données est un exemple parmi tant d'autres. Pour donner un autre exemple, un collecteur peut décider de détruire ses données. Mais, cet exemple révèle aussi l'obligation pour un certain nombre de collecteurs l'obligation de conserver ses données et donc l'impossibilité pour eux de les céder ou de les abandonner<sup>387</sup>. Nous avons vu l'obligation pour les collecteurs personnes publiques d'utiliser les données<sup>388</sup> qu'ils collectaient, mais l'autre versant de cette obligation est aussi l'impossibilité pour eux de se départir de leurs missions et donc de leurs données.

---

<sup>387</sup> Par exemple, l'article R. 1111-20-11 du Code de la Santé Publique prévoit que les données du Dossier Pharmaceutique sont conservées 36 mois. La destruction de ces données avant le terme des 36 mois mettrait le responsable de traitement dans une situation irrégulière au regard de ces textes.

<sup>388</sup> *Supra*, n°147 à 149.

## §2. La disposition encouragée des données publiques

224. Les producteurs de données publiques, qui comme nous l'avons vu utilisent et font fructifier ces données<sup>389</sup>, semblent aussi exercer un abus sur ces dernières.

225. La disposition de ces données se caractérise aujourd'hui notamment par le biais du mouvement "open - data " qui pourrait se définir comme : "*l'ouverture et le partage de données publiques*"<sup>390</sup>. Cette philosophie repose sur l'idée selon laquelle le citoyen a un droit de regard sur l'activité de son administration, mais aussi sur le fait que l'ouverture et le partage numérique des informations publiques permettent d'entrer dans un cercle économique vertueux, favorisant la croissance d'entreprises spécialisées ou accompagnant le développement de certains secteurs.

Toutefois, même si définition ne sera pas retenue ici, le qualificatif d'*open-data* ne se limite pas toujours aux données publiques : "*La notion d'open data appliquée à la sphère privée, et principalement aux sociétés commerciales, n'a pas encore fait son chemin en France, contrairement par exemple à la Silicone Valley où les entreprises allient leurs savoirs tant elles sont convaincues que le partage d'informations constitue une richesse et une force pour l'innovation*"<sup>391</sup>. Cette approche où même le secteur privé est mis à contribution dans cette ouverture des données n'est pour l'instant pas l'axe retenu en France et restreindra donc notre analyse.

En d'autres termes, l'*open-data* n'est rien d'autre qu'une mise à disposition de données publiques. Cette mise à disposition peut être obligatoire au regard de l'obligation d'accès aux documents administratifs, elle peut être libre et décidée par le collecteur, elle peut être faite à titre gratuit ou à titre onéreux.

226. Ainsi, le Conseil d'État a reconnu un statut de liberté publique au droit d'accès aux documents administratifs en 2002<sup>392</sup>, dans la continuité de la

---

<sup>389</sup> *Supra*, n°147 à 149.

<sup>390</sup> Secrétariat général pour la modernisation de l'action publique, Vade-Mecum sur l'ouverture et le partage des données publiques, septembre 2013.

<sup>391</sup> A. CHERON, " Open data et valorisation du patrimoine immatériel ", *AJ Collectivités Territoriales*, 2013 p. 123.

<sup>392</sup> CE 29 avr. 2002, n° 228830, Gabriel Ullmann, Lebon 157, Document InterRevue ; *AJDA*, 2002. 691, note P. RAIMBAULT ; *RFDA*, 2003. 135, concl. D. PIVETEAU.

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui dispose dans son article 15 que « *La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration* ». Par la suite, la directive européenne du 17 novembre 2003 a posé un cadre à la réutilisation des informations publiques avec pour principe que les documents publics puissent être réutilisés à des fins commerciales ou non-commerciales<sup>393</sup>. Enfin, la gratuité reste un principe et les exceptions ne peuvent être que limitativement énumérées par décret : " *Lorsqu'il est envisagé, notamment dans les conditions prévues par l'article 3 du décret n° 2009-151 du 10 février 2009 relatif à la rémunération de certains services rendus par l'État consistant en une valorisation de son patrimoine immatériel, de soumettre au paiement d'une redevance la réutilisation d'informations publiques contenues dans des documents produits ou reçus par l'État, la liste de ces informations ou catégories d'informations est préalablement fixée par décret après avis du conseil d'orientation de l'édition publique et de l'information administrative*"<sup>394</sup>.

Les personnes publiques disposent de leurs données, mais elles y sont contraintes et forcées de par leur statut, missions et obligation. La disposition n'est ici plus un pouvoir, mais une contrainte pour les personnes publiques "obligées" de l'exercer.

**227.** Les données publiques du champ sanitaire et social n'échappent pas à ces règles. Ainsi, l'Assurance Maladie a publié sur le site data.gouv<sup>395</sup> de nombreux jeux de données. La nature sanitaire et sociale de ces informations publiques n'influe en rien sur le droit de disposition de l'Administration. Il est identique à celui décrit en amont, il est forcé et encouragé depuis quelques années ; c'est à la fois une obligation, mais aussi une opportunité économique de les mettre à disposition numériquement sur différentes plateformes. Cependant, l'actualité récente a montré un vif débat et intérêt sur l'ouverture des données de ce secteur. Un mouvement en 2013 a lancé une pétition s'intitulant " open data santé ... libérez nos données de santé "<sup>396</sup>. Ce mouvement, porté par l'association Initiative

---

<sup>393</sup> Directive 2003/98/CE du Parlement européenne et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public; note F. POLLAUD-DULIAN, *RTD com.*, 2004, 469.

<sup>394</sup> Décret n° 2011-577 du 26 mai 2011 relatif à la réutilisation des informations publiques détenues par l'Etat et ses établissements publics administratifs.

<sup>395</sup> <https://www.data.gouv.fr/fr/>.

<sup>396</sup> [www.opendatasante.com](http://www.opendatasante.com). ( NB : Ce site a aujourd'hui disparue suite à la dissolution de l'association : Dépêche TIC Santé du 10/10/2014 : " Open data: l'association Initiative transparence

Transparence Santé regroupait un nombre varié de personnalités et d'organisations du monde de la santé qui souhaitaient encourager et provoquer une ouverture des données de santé et notamment celles issues des bases de données de l'assurance maladie tel que le SNIIRAM.

Cette forte pression du monde sanitaire et social a abouti à la rédaction et à la publication d'un rapport commandé par la Ministre de la Santé auprès de Pierre-Louis Bras et André Loth sur " la gouvernance et l'utilisation des données de santé "<sup>397</sup>. Le principe de gouvernance des bases de données dans le champ de la santé et pour lesquelles le collecteur est un organisme public est un réel point de questionnement, et ce notamment au regard de la question du droit de propriété, car c'est celui qui est reconnu propriétaire qui aura la maîtrise de cette gouvernance. En d'autres termes, la logique d'open data peut porter atteinte au droit de propriété sur des bases de données ou alors encadrer justement cette propriété en forçant à la mise à disposition de données.

**228.** Cette dernière approche implique un droit de propriété spécifique au regard des personnes propriétaires des bases et de leurs missions particulières. On touche ici à certaines caractéristiques de la propriété publique. Mais en plus des spécificités de la propriété publique, la propriété publique immatérielle<sup>398</sup> présente ses propres spécificités au sein de ce régime déjà exorbitant du droit commun : "*on ne peut pas s'empêcher de se dire que le droit administratif éprouve des difficultés singulières à les appréhender (...) Notre droit des biens publics est un droit des routes, des ponts et des gares, il peine à devenir un droit des brevets, des logiciels, des droits d'auteur* "<sup>399</sup>. Cette propriété publique immatérielle est avant tout caractérisée par deux conditions cumulatives : "*le rapport de droit établi (droit de propriété) et la qualité du titulaire du droit de propriété (personne publique)* "<sup>400</sup>. Contrairement à la propriété publique classique divisée entre le domaine public et le domaine privé, il semblerait que cette propriété immatérielle

---

santé dissoute ", [http://www.ticsante.com/Open-data-l-association-Initiative-transparence-sante-dissoute-NS\\_2036.html](http://www.ticsante.com/Open-data-l-association-Initiative-transparence-sante-dissoute-NS_2036.html)).

<sup>397</sup> A. LOTH et P. -L. BRAS, " la gouvernance et l'utilisation des données de santé ", septembre 2013.

<sup>398</sup> Sur l'historique de la notion voir notamment : C. MALWE, Fasc. 410 : Propriétés Publiques Immatérielles, 28 Février 2011, n°6 à 18.

<sup>399</sup> J.-B. AUBY, *L'immatériel dans l'État : Dr. adm. 2007, repère 6.*

<sup>400</sup> C. MALWE, Fasc. 410 , *op. cit.*, n°23.

obéisse aux règles de droit commun et ainsi relève du domaine privé des personnes publiques autorisant donc leur aliénabilité. Finalement, le régime de la propriété publique immatérielle ne présente pas ou peu de spécificité. Ainsi, par exemple, rien n'empêche une personne publique de céder ses droits sur une de ses bases de données<sup>401</sup>.

La logique d'*open data* en santé, ou même dans les autres secteurs, menée auprès des différentes entités publiques ou organismes de droit privé avec des missions de service public ne serait finalement qu'une obligation spécifique attachée à ces biens particuliers que sont les données récoltées dans le cadre de la mise en œuvre de missions de service public liées à la santé. Paradoxalement, le fait de mettre à disposition ces données "force" à les rendre aliénables alors même que les règles de la domanialité publique empêchent en temps normal l'aliénation. La mise à disposition de données par les organismes publics pourrait donc contribuer à faire sortir ces données du domaine public pour les faire rentrer dans le domaine privé et ainsi les rendre disponibles. Il ne s'agit pas simplement d'un droit d'accès, la mise à disposition de données permet bien plus qu'un accès, elle permet par exemple la recopie ou cession de données. Ces possibilités ouvertes par la technologie en cause forcent à repenser le principe d'inaliénabilité du domaine public en matière de données et bases de données.

**229.** Toutefois, par exemple, l'Assurance Maladie ne pourrait jamais se dessaisir totalement des données du SNIIRAM car indispensables à l'accomplissement de sa mission. Il s'agit en fait ici de l'expression de tous les avantages de la donnée de par son ubiquité, l'Administration peut et parfois doit, par le biais de la politique d'*open-data*, rendre disponible les données, ou plutôt leur copie, dont elle dispose tout en conservant les originaux, car elles y sont obligées et que cela leur est nécessaire. Ainsi les mêmes données peuvent à la fois relever du domaine public et du domaine privé. De cette manière, la logique propriétaire des données publiques n'est pas incompatible avec l'*open-data* et ainsi " le droit d'empêcher

---

<sup>401</sup> Par exemple, arrêts déjà précités : CE, 10 juill. 1996, n° 168702, Sté Direct Mail Promotion c/ Sté Centre d'études de gestion de documentation d'informatique et de marketing : JurisData n° 1996-050687 ; RIDA 1996, n° 4, p. 207, note A. KEREVER ; *AJDA*, 1997, p. 189, note H. MAISL ; CE, 29 juill. 2002, n° 200886, Sté CEGEDIM : JurisData n° 2002-064294 ; Rec. CE 2002, p. 280 ; CJEG 2003, p. 16, concl. C. MAUGUE ; *AJDA*, 2002, p. 1072, note S. NICINSKI ; *D.*, 2003, p. 901, obs. G. GONZALEZ ; Dr. adm. 2002, comm. 173, note M. BAZEX et S. BLAZY.

*l'extraction et la réutilisation des données [présenté comme] contraire à une politique d'open data* <sup>402</sup> retrouve tout son sens. Pourtant, il est communément admis que les données publiques ouvertes doivent être mises à disposition gratuitement. Or, " *le paradoxe serait alors que l'on exige des entités publiques qu'elles se démunissent gratuitement de leur patrimoine informationnel pour donner un avantage concurrentiel à des entités privées qui factureraient ensuite aux citoyens des services de valorisation de données*"<sup>403</sup>. Investir les données publiques par l'angle du droit de la propriété publique dans ses deux composantes, domaine public et domaine privé, permettrait ainsi aux personnes publiques de facturer cette mise à disposition. Cependant, afin de respecter la philosophie de l'*open data*, il s'avérerait nécessaire de définir différents paliers de jeux de données, certains étant mis à disposition gratuitement et d'autres à titre onéreux.

**230.** Ces aspects ne concernent évidemment que les données publiques anonymes ou anonymisées, car les données personnelles détenues par les personnes publiques, même si elles cumulent les deux statuts (celui de données personnelles et celui de données publiques) ne peuvent être mises à disposition par nature. Ainsi, du point de vue de l'Administration, les données personnelles qu'elle récolte et utilise dans le cadre de l'exercice de ses missions sont indisponibles et strictement limitées à des usages d'accomplissement de missions de service public. Cependant, on notera que les données personnelles de nature publique (au sens organique) peuvent être croisées afin de permettre la mise en œuvre de certaines politiques publiques. Pour exemple, dans le cadre de la lutte contre la fraude sur les prestations sociales, il est possible de croiser les données fiscales et les données sociales. Le répertoire national commun de la protection sociale (RNCPS) peut permettre ce type de croisement de données<sup>404</sup>. Dans ce contexte, les données personnelles collectées par une personne publique dans le cadre de ses prérogatives sont bien mises à disposition d'autres organismes afin d'accomplir une mission.

---

<sup>402</sup> C. CASTETS-RENARD, " Les opportunités et risques pour les utilisateurs dans l'ouverture des données de santé : big data et open data ", Actes du colloque " Santé et nouvelles technologies en Europe ", Revue Lamy droit de l'immatériel, 2014.

<sup>403</sup> *Idem.*

<sup>404</sup> article L. 114-2-1 du Code de la Sécurité Sociale.

231. Cette question de la disposition des données personnelles publiques couplée à la disposition des données anonymisées donc provenant de données personnelles, amène naturellement l'analyse vers un autre prisme, celui de la personne, du patient.

## SECTION 2 : LA LIBRE DISPOSITION REFUSEE DES DONNEES DE SANTÉ PAR LES PATIENTS

232. La question de la disposition des données personnelles par la personne elle-même est certainement l'une des questions les plus délicates à aborder. En effet, classiquement les données personnelles sont envisagées sous l'angle d'un droit de la personnalité c'est à dire de manière consubstantielle à la personne elle-même et de fait absolument inaliénables (§1). Pourtant la " technologisation " de l'information amène à se questionner sur la " détachabilité " de la donnée personnelle de l'individu concerné (§2).

### **§1. La barrière juridique de l'inaliénabilité de la personne**

233. Comme cela a été évoqué précédemment, le droit de la personne sur ses informations personnelles relève du droit au respect de la vie privée, droit reconnu à chaque être humain dans son unicité. L'existence des droits de la personnalité repose sur la confrontation à la logique du droit de propriété. Ces deux catégories sont dans notre logique juridique nécessairement antinomique, car « *les droits de la personnalité sont nés de l'impossibilité d'analyser les rapports de la personne avec les attributs qui lui sont propres en termes de propriété* »<sup>405</sup>.

234. Le principe de l'aliénation, et donc de l'*abusus*, repose sur l'idée que le propriétaire peut entièrement disposer de son bien et notamment le faire disparaître de son patrimoine par la destruction ou la vente.

Les informations personnelles sont dans notre droit non pas envisagées comme des objets à part entière, mais comme les attributs de la personne elle-même. En conséquence, la personne ne peut s'aliéner au sens propriétaire du terme. Au

---

<sup>405</sup> L.CADIET, *La notion d'information génétique en droit français*, in *La génétique humaine, de l'information à l'informatisation*, Ed. Thémis/Litec diffusion, 1992, p. 60.

même titre que le corps humain et ses éléments, tout ce qui compose la personne organiquement et/ou juridiquement ne peut être détaché de la personne par un quelconque acte de vente, d'abandon ou de destruction. Il est certes parfois difficile d'envisager la disposition des éléments de la personnalité dans le sens où il s'agit de choses immatérielles ce qui les rend difficilement destructibles : " *si une idée se démode, elle ne peut être détruite* "406. Le principe d'indisponibilité des droits de la personnalité semble être acquis et personne ne peut abdiquer définitivement ses droits, mais rien n'empêche de céder, de renoncer au droit d'exploitation de ces attributs407. " *L'analyse repose [...] sur l'idée suivant laquelle ce sont moins les biens de la personnalité en eux même qui sont cédés que le droit d'exploitation portant sur eux* "408. On ne parlerait donc pas de " *cession des éléments de la personnalité, mais de transmission du droit d'exploitation commerciale portant sur ces éléments* "409.

**235.** Dans la jurisprudence, certains droits de la personnalité et notamment le droit à l'image des personnes, ont vu leur versant patrimonial reconnu par les juridictions du fond,410 mais farouchement, la Cour de Cassation avance en cercles concentriques sans jamais atteindre explicitement la possibilité d'un droit d'exploitation et de cession de ce dernier. Pourtant, outre sa jurisprudence explicite sur le nom patronymique, elle a pu consacrer le fait le que " *les dispositions de l'article 9 du Code Civil, seules applicables en matière de cession du droit à l'image [...], relèvent de la liberté contractuelle* "411. " *C'est dire d'abord que l'article 9 du Code Civil est le siège d'une liberté d'exploiter*

---

<sup>406</sup> R. OLLARD, Titre II, Chapitre II " Qualification de droits extrapatrimoniaux ", Propos in J. - C. SAINT-PAU (ss. dir. de), *Droits de la Personnalité*, Traités, LEXIS NEXIS, 2013, p. 302.

<sup>407</sup> Voir par exemple : M. FABRE-MAGNANT, " Propriété, patrimoine et lien social ": *RTD civ.*, 1997, p. 583; P. TAFFOREAU, " L'être et l'avoir ou la patrimonialisation de l'image des personnes ", *Comm. com. électr.*, 2007, étude 9, note ss. TGI PARIS, 22 nov. 2006, n°12.

<sup>408</sup> R. OLLARD, Titre II, Chapitre II " Qualification de droits extrapatrimoniaux ", Propos in J. - C. SAINT-PAU (ss. dir. de), *Droits de la Personnalité*, Traités, LEXIS NEXIS, 2013, p. 303.

<sup>409</sup> *Idem.*

<sup>410</sup> Voir notamment : TGI LYON, 17 déc. 1980, D. 1981, p. 202, note R. LINDON et D. AMSON; CA AIX EN PROVENCE, 21 mai 1991, Bull. inf. C. Cass., 1991, n°331, *RJDA*, 1991, n°756, p. 665; CA Versailles, 22 sept. 2005, JurisData n°2005-288693, D., 2006, pan. 2702, obs. A. LEPAGE, L. MARINO & C. BIGOT, *Comm. com. électr.*, 2006, n°4, p. 29, obs. C. CARON; *Légipresse*, juin 2006, p. 109, note J.-M. BRUGUIERE; CA PARIS, 14 nov. 2007, *Comm. com. électr.*, 2008, comm., 18, obs., C. CARON; *Légipresse*, 2008, n° 250, III, p. 41, obs. P. GUEZ : " *Lorsque l'image d'une personne acquiert une valeur pécuniaire du fait de l'activité professionnelles de cette personne, sa reproduction, sans son autorisation, constitue une atteinte à ses droits patrimoniaux, alors même qu'elle ne touche pas à sa vie privée* ".

<sup>411</sup> Cass. 1ère civ., 11 déc. 2008, n° 07-19.494: *JCP G* 2009, II, 10025, note G. LOISEAU; *RTD civ.*, 2009, p. 342, obs. T. REVET

*commerciallement, par convention, sa personnalité* <sup>412</sup>. Il s'agit d'une cession d'un droit à l'exploitation d'une image avalisée par la Haute juridiction sur l'un des fondements majeurs des droits de la personnalité, l'article 9 du Code civil. Or ces droits sont par principe incessibles, car inaliénables. La Cour de Cassation a bien reconnu par ce biais l'existence d'un droit patrimonial à l'image donc un droit cessible et susceptible d'un *abusus*. Ce raisonnement pourrait aussi valoir pour les droits des personnes sur leurs données de santé.

**236.** Malgré cette tendance jurisprudentielle, les oppositions au droit de propriété restent tenaces en la matière.

Pour continuer l'analogie avec le corps humain comme cela a été déjà été fait dans les analyses précédentes, le corps humain et ses éléments et produits sont qualifiés d'indisponibles au motif que " *le corps humain n'est pas une chose ; c'est la personne même. Il s'agit de l'être et non de l'avoir ... Le droit ne fait qu'entériner ce que le fait rend évident : que le corps est la personne en chair et en os, la personne incarnée*"<sup>413</sup>.

De plus, de nombreux auteurs conçoivent la propriété comme une maîtrise externe à la personne, " Or, *en l'occurrence s'il y a droit de propriété, il serait interne. Le sujet ne peut être en même temps le support du droit exercé et le titulaire du droit. [...]La maîtrise du corps ne peut être analysée que sur le plan des libertés publiques : reconnaissance d'une certaine autonomie par l'État* "<sup>414</sup>.

Les informations personnelles et notamment celles de santé naturellement liées au corps humain sont ainsi nécessairement conçues par ces auteurs comme inaliénables, car cela supposerait un rapport de sujet-propriétaire à objet de propriété que nous récusons. " *Imaginer des prérogatives de propriétaires sur ses*

---

<sup>412</sup> R. OLLARD, Titre II, Chapitre II " Qualification de droits extrapatrimoniaux ", Propos in J. - C. SAINT-PAU (ss. dir. de), *Droits de la Personnalité*, Traités, LEXIS NEXIS, 2013, p. 306

<sup>413</sup> G., CORNU, *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, 11ème éd., Montchrétien, 2005, p. 211

<sup>414</sup> C. NEIRINK, Le corps humain, in D. TOMASIN (ss. dir.), Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat, Les travaux de l'IFR Mutation des Normes Juridiques, n°5, 2006

*propres informations est, du point de vue éthique, inconcevable dans la mesure où l'individu ne dispose pas de lui-même, pas plus qu'il ne vend ses informations*"<sup>415</sup>.

Ainsi," *Ce lien, ce prolongement corporel ou intellectuel de la personne par l'information la concernant nourrit, en effet, un rapport de droit bien particulier* "<sup>416</sup> et justifie l'appartenance de ce lien à une catégorie qui exclut le droit de propriété.

L'identification d'un éventuel abus des personnes sur leurs données personnelles serait donc en entière contradiction avec le principe selon lequel " *l'individu ne dispose pas de lui-même* "<sup>417</sup>.

**237.** La jurisprudence sur les droits de la personnalité a infléchi nettement l'impossibilité d'une disposition de ces derniers, ou à tout le moins de leur composante patrimoniale. Mais cette analyse doit encore être approfondie dans le contexte qui nous occupe et notamment par l'étude détaillée de l'objet "donnée". Ce passage est nécessaire, car les positions doctrinales à l'égard de la disposition de soi-même restent fortes et ce d'autant plus lorsque l'on touche à la santé humaine et donc de très près au corps humain et à ses éléments.

## **§2. La donnée, objet détachable et aliénable de la personne**

**238.** Le paragraphe précédent fait en partie état d'une impossibilité conceptuelle de reconnaître un droit qualifié d'abus sur les données personnelles.

Ce constat repose sur des considérations tenant à l'inaliénabilité de la personne et donc de ses données. En d'autres termes, personne et données personnelles se confondent aujourd'hui dans notre droit et justifient l'application des droits de la personnalité<sup>418</sup>.

---

<sup>415</sup> N. MALLET-POUJOL, " Appropriation de l'information : l'éternelle chimère ", Recueil Dalloz, 1997, p. 330.

<sup>416</sup> *Idem.*

<sup>417</sup> N. MALLET-POUJOL, "Droit à et droit sur l'information de santé in" Le droit des données de santé ", RGDM, Numéro spécial, LEH, 2004, p. 79.

<sup>418</sup> N. MALLET-POUJOL, Droit à et droit sur l'information de santé in" Le droit des données de santé ", RGDM, Numéro spécial, LEH, 2004, p. 79.

Il s'agit cependant d'étudier l'hypothèse où la donnée et notamment la donnée de santé pourrait être considérée comme étant un objet détachable de la personne et donc pouvant faire l'objet d'une libre disposition par la personne et le patient.

**239.** Afin de continuer sur l'analogie entre le corps humain et ses éléments, intrinsèquement liés à la question des données personnelles de santé, certains auteurs positionnent le curseur différemment : le corps humain n'est pas inaliénable, il est seulement non commercialisable. Ainsi, M. Lambert a posé un regard critique sur les lois de bioéthique<sup>419</sup> qui n'ont pas complètement appliqué la directive<sup>420</sup> qu'elles transposaient : *" Le texte [La directive] a été fort justement interprété comme présentant une distinction fondamentale entre la matière se trouvant à l'intérieur du corps, qui n'est pas brevetable, et celle se situant à l'extérieur et qui le devient. L'idée justifiant l'approche est simple : le corps est la personne alors que les éléments qui le composent et qui en sont détachés ne le sont plus ; de la sorte les opérations juridiques et économiques portant sur ces éléments, objets de droit, sont évidemment d'une autre nature que celles qui*

---

<sup>419</sup> Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique ; J.-C. GALLOUX, " La loi n° 2004-800 du 6 août 2004 sur la bioéthique ", *D.* 2004, Chron. p. 2379 ; " La loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique ", *RTD com.* 2004, p. 707 ; H. GAUMONT-PRAT, " Loi de bioéthique et droit des brevets : alliance féconde ou liaison difficile [la pénultième péripétie de la transposition de la directive (CE) 98-44] ", *Petites affiches*, 18 févr. 2005, n° 35, p. 51 ; F. BELLIVIER, " Réflexion au sujet de la nature et de l'artifice dans les lois de bioéthique ", p. 10 ; A. LECA, " La question de la brevetabilité du « matériel génétique » d'origine humaine est-elle réglée avec l'article 17 de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 ? ", p. 63 ; H. GAUMONT-PRAT, " La laborieuse transposition de la directive n° 98-44-CE du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions technologiques suite et fin ? ", *Propr. ind.*, mars 2005, p. 8 ; J.-F. CHRETIEN, " La directive communautaire n° 98-44-CE sur la protection juridique des inventions biotechnologiques : une saga européenne ; le contenu et ses conséquences ; témoignage et point de vue d'un praticien ", p. 13 ; P. TAFFOREAU, " La brevetabilité du génome humain ", p. 21 ; J.-E. SCHOETTL, note sous Cons. const. 29 juill. 2004 (déc. n° 2004-498 DC), *Petites affiches*, 17 août 2004, p. 3.

<sup>420</sup> DIRECTIVE 98/44/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques ; F. CHRETIEN, " la directive communautaire n° 98/44/CE sur la protection juridique des inventions biotechnologiques: une saga européenne ", *Propr. ind.*, 2005. Chron. 6 ; J. -C. GALLOUX, " premières vues sur la directive 98/44 " , *JCP*, 1998, I, n° 172 ; H. GAUMONT-PRAT, " les tribulations en France de la directive du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques " *PIBD*, 2002, II, p. 39 ; " la laborieuse transposition de la directive no 98/44/CE du 6 juillet 1998 relative à la protection des inventions biotechnologiques, suite et fin? " *Propr. ind.*, 2005. Chron. 5 ; " médicaments issus des biotechnologies et brevetabilité " *Propr. ind.*, 2014 Chron. 6 ; E. GUTMANN, " la protection juridique des inventions biotechnologiques dérivées d'éléments isolés à partir du corps humain ou autrement produits par des procédés techniques: vrais et faux problèmes ", *RDPI*, sept. 2000, p. 11 ; D. HIRSCH & MORTREUX, " les inventions biotechnologiques: la voie étroite de la brevetabilité ", *Gaz. Pal.*, 1999. 1. Doctr. 129 ; C. MASCRET, " la brevetabilité des gènes ", *LPA*, 16 juin 1999, p. 14 ; B. MATHIEU, " la directive européenne relative à la brevetabilité des inventions biotechnologiques, le droit français et les normes internationales ", *D.*, 2001. Chron. 13 ; L. TELLIER-LIONIEWSKI, " la protection juridique des inventions biotechnologiques après l'adoption de la directive européenne ", *Gaz. Pal.*, 1999. 1. Doctr. 107.

*concernent le sujet envisagé à travers le corps. Mais précisément, l'idée suppose une conception du corps appréhendée autrement que comme une universalité biologique confondue avec la personne qui, elle, est intouchable, ce que peut-être le droit français est rétif à faire* <sup>421</sup>.

Le constat posé est clair : il est difficile en droit français d'imaginer détacher les éléments du corps humain pour les faire entrer dans le commerce juridique et avant tout pour les rendre disponibles et susceptibles d'un droit de propriété intellectuelle, en l'espèce d'être brevetable.

Certains auteurs considèrent même que les éléments du corps humain font seulement l'objet d'une aliénabilité limitée dans notre droit, soit uniquement à titre gratuit, par le don <sup>422</sup>. Or, cela ne veut pas dire que l'aliénation des éléments sur corps humain est impossible elle est seulement très encadrée <sup>423</sup> et force est de constater qu'il y a de plus en plus de conventions qui portent sur ces éléments du corps humain <sup>424</sup>. Le droit d'en disposer est certes accordé à leur titulaire, mais dans une certaine mesure. <sup>425</sup>

Il en résulte que " *les éléments du corps humain détachés de la personne posent une interrogation particulière : n'abritant pas ou plus un sujet, peuvent-ils entrer dans un cadre qui laisse la place à l'exercice d'un droit réel particulier ?* " <sup>426</sup>. Au regard de l'analyse faite par M. Lambert il semblerait que cela soit effectivement le cas. Il pourrait en aller de même pour les données personnelles de santé.

**240.** Pourtant la même question se pose pour les droits de la personnalité et les droits des personnes sur leurs données personnelles.

M. Zenati-Castaing, auteur unique d'une théorie de la propriété qui s'érige face à la théorie classique envisage la question d'un droit de propriété des droits de la

---

<sup>421</sup> T. LAMBERT, " Le brevet et la personne, Brefs propos sur un double rendez-vous manqué ", *D.*, 2005 p. 2005.

<sup>422</sup> I. MOINE, *Les choses hors commerce. Une approche de la personne humaine juridique*, LGDJ, 1997.

<sup>423</sup> T. REVET, Rapport français in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La propriété*, Journées vietnamiennes, Tome LIII, Société de législation comparée, 2003.

<sup>424</sup> Rapport de synthèse par Me J.-P. DECORPS in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La propriété*, Journées vietnamiennes, Tome LIII, Société de législation comparée, 2003.

<sup>425</sup> Rapport de synthèse par Me J.-P. DECORPS in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La propriété*, Journées vietnamiennes, Tome LIII, Société de législation comparée, 2003.

<sup>426</sup> Y. STRICKLER, *Les biens*, PUF, Thémis Droit, 1ère édition, 2006, p. 34.

personnalité en raison d'une conception différente de celle présentée habituellement<sup>427</sup>.

En effet, la principale difficulté soulevée par l'exercice de l'*abusus*, que ce soit sur les éléments du corps humain, les droits de la personnalité ou les droits sur les données personnelles n'est finalement pas tant celui de la disposition de ces différentes choses, mais celui de leur disposition à titre onéreux. Sous couvert d'indisponibilité, ce que le droit veut en fait protéger c'est l'entrée dans le commerce juridique patrimonial de ces objets.

De ce fait, M. Zenati-Castaing propose de réviser la nature du droit de propriété en lui enlevant le carcan du caractère patrimonial, qui permet d'envisager que l'homme soit objets de droit de propriété. Tout bien, peut, selon lui, constituer l'objet d'un droit subjectif.

Il résulte de cette approche que " *c'est la personnalité qui a la particularité d'être inaliénable non pas les droits de la personnalité* "<sup>428</sup> et que savoir si le nom, l'image ou le bien sont objet d'un droit de la personnalité ou d'un droit de propriété revient finalement à la même chose.

Force a été de constater que les droits de la personnalité rencontraient un mouvement de patrimonialisation et de monétarisation<sup>429</sup>. Le premier terrain sur lequel se retrouve cette idée est bien sûr celui de la sanction en matière de responsabilité civile, considéré souvent comme un préalable à la reconnaissance d'un droit de propriété.

---

<sup>427</sup> Voir notamment, F. ZENATI-CASTAING, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse, Lyon III, 1981; F. ZENATI-CASTAING, " Pour une rénovation de la théorie de la propriété ", *RTD civ.*, 1993, p. 312.

<sup>428</sup> F. ZENATI-CASTAING, " La propriété, mécanisme fondamental du droit ", in D. TOMASIN (ss. dir.), *Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat*, Les travaux de l'IFR Mutation des Normes Juridiques, n°5, 2006, p. 248.

<sup>429</sup> Voir notamment : L. MARINO, " Les nouveaux territoires des droits de la personnalité ", *Gaz. Pal.*, 19 mai 2007, n° 139, p. 22 et s; P. CATALA, " La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne ", *RTD civ.*, 1966. 210; D. HUET- WEILLER, " La protection juridique de la voix humaine ", *RTD civ.*, 1982. 497 ; M. SERNA, " La voix et le contrat : les contrats sur la voix ", *CCC*, 1999. 9; G. LOISEAU, " Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français ", *Revue de droit de McGill*, juin 1997. 328; T. GISCLARD, *La personnalité humaine comme élément du patrimoine*. Étude de droit comparé, Thèse Paris I, 2012; J.-M. BRUGUIERE & L. CARRIE, " Rémunération de l'image des mannequins : rétribution du travail et/ou exploitation de la notoriété ? ", *CCE*, 2014. Étude 1; C.-A MAETZ, *La notoriété. Essai sur l'appropriation d'une valeur économique*, préf. J. MESTRE & D. PORACCHIA, PUAM, 2010; J.-M. BRUGUIERE, *L'exploitation de l'image des biens*, Victoires Éditions, 2005; J. - M. BRUGUIERE, " « Droits patrimoniaux » de la personnalité ", *RTD civ.*, 2016. 1.

Même indépendamment de cette monétarisation actée par la jurisprudence, " *aussi essentielles que soient les prérogatives liées à la personnalité, on a bien été obligé d'admettre qu'elles pouvaient faire l'objet de certaines opérations juridiques directement ou indirectement. Directement, parce qu'on peut y renoncer de façon limitée et provisoire, à titre gratuit ou à titre onéreux (mais c'est alors une renonciation qu'on qualifiera d'in favorem donc plutôt une cession !)* Indirectement, parce que nécessairement certains contrats entraînent volens nolens une certaine abdication de ces droits. Toute la nuance est de n'admettre ces abandons que de façon limitée, de les interpréter de façon stricte, voire restrictive, et de réserver toujours l'abus que pourrait en faire le bénéficiaire "<sup>430</sup>.

Ce constat et ces préconisations de la part de M. Hauser concilient les logiques antinomiques à l'œuvre : la disponibilité des droits de la personnalité est possible d'autant plus qu'elle est aujourd'hui réelle à la condition qu'elle soit bien encadrée et que certains gardes fous soient mis en place.

**241.** Suite à ces différents éléments, la question n'est donc pas tant de savoir si les droits de la personnalité sont aliénables, mais à quelles conditions peuvent-ils l'être de manière acceptable ?

La question de la propriété de l'information et plus particulièrement des données personnelles n'échappe pas à cette interrogation. De manière générale, " *s'agissant de l'information, s'il est vrai que les tiers y ont accès et que leur détenteur ne peut s'y opposer, c'est néanmoins parce qu'il en est propriétaire qu'il est en droit d'exiger pour cet accès une contrepartie financière. Il faut alors reconnaître à la fois un droit de propriété de l'information pour celui qui la produit et un droit des tiers d'accéder à cette information. Or, c'est parce que les tiers peuvent accéder à cette information que son auteur peut en être qualifié de propriétaire*". Il en découle que " *l'articulation du droit de l'un sur l'information et du droit de l'autre à l'information est nécessairement révolutionnaire*"<sup>431</sup> et justifie de dépasser la

---

<sup>430</sup> J. HAUSER, " L'indisponibilité relative des droits de la personnalité : conventions directes et indirectes sur le droit au respect de la vie privée et le droit au secret ", RTD Civ. 2000 p. 801.

<sup>431</sup> J. L. BERGEL, Rapport général, sur les nouveaux biens, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, La propriété, Journées vietnamiennes, Tome LIII, Société de législation comparée, 2003.

conception originelle selon laquelle l'information et les informations personnelles sont indisponibles et inaliénables.

Le droit ne peut ignorer la casuistique sur cette question, la révolution numérique et notamment la révolution économique induite par la donnée y compris la donnée personnelle passe inévitablement par une nouvelle conception de ces objets dans leur rapport juridique avec les différents acteurs et notamment les personnes.

Cette nouvelle conception est abordée par Me Bensoussan qui introduit le concept d'identité numérique distincte de l'identité classique de la personne. La conséquence de la création de ce nouvel avatar n'est autre que la suivante : "*l'identité numérique tend à devenir partie intégrante de nous-mêmes. Il est essentiel de la protéger par une reconnaissance des droits sur la propriété des données*"<sup>432</sup>.

Ne pas reconnaître l'existence d'un *abusus* c'est nier la valeur économique de la donnée personnelle et lui refuser une protection appropriée tant dans sa composante personnelle que dans sa composante patrimoniale.

La donnée personnelle doit donc pouvoir s'envisager juridiquement comme un objet détachable de la personne, ou plutôt à côté de cette dernière, qui intrinsèquement conservera un lien avec l'individu sujet<sup>433</sup>, mais pourra circuler librement tout en bénéficiant d'une protection adéquate.

**242.** La donnée personnelle n'est pas l'individu, elle n'en est qu'une image. La conclusion la plus appropriée n'est finalement que de reprendre un tableau célèbre de René Magritte qui représente une pipe avec l'inscription " ceci n'est pas une pipe" et qui s'intitule pour faire écho à ce qui nous occupe " la trahison des images". Nous dirons à propos des données personnelles : " ceci n'est pas la personne ", c'est seulement l'image de cette personne. Et force est de constater pour reprendre l'œuvre de Magritte que la personne propriétaire de la pipe n'est pas forcément celle qui est propriétaire du tableau et qui en dispose ...

---

<sup>432</sup> A. BENSOUSSAN, " Faut-il réguler la marchandisation des données personnelles sur internet ? ", 30 janvier 2013, blog du Figaro, <http://blog.lefigaro.fr/bensoussan/>.

<sup>433</sup> Nous verrons dans des développements ultérieurs la manière d'organiser juridiquement ce lien

La donnée n'étant qu'un image de la personne, un *abusus* est possible sur cette image, que ce soit pour le patient ou pour le collecteur.

## CONCLUSION CHAPITRE 3

**243.** Les collecteurs semblent exercer un droit de disposition à l'égard des données de santé, mais qui varie dans son envergure selon le type de données. En effet, les données personnelles et anonymisées ne lui permettent pas de prétendre pleinement à une libre disposition de ces dernières. On ne peut les caractériser comme choses indisponibles, car un certain nombre d'actes juridiques de disposition restent possibles pour les collecteurs.

**244.** Les personnes et en l'espèce les patients peuvent au regard de notre analyse disposer de leurs données à condition d'accepter qu'elles soient détachables de la personne, qu'elles ne soient pas la personne elle-même, seulement une image.

**245.** En conclusion et en d'autres termes, le droit de disposer des données, est le droit de vie ou de mort sur celles-ci au sein d'un patrimoine. Les patients ont ce droit jusque dans le patrimoine des collecteurs qui, eux mêmes, peuvent, dans une certaine mesure, avoir le pouvoir sur les données.



## CONCLUSION TITRE 1

**246.** Au regard de tous les *corpus* juridiques à l'œuvre sur les données, que ce soit la réglementation sur les données personnelles, celle sur les données publiques ou encore celle en matière de propriété des bases de données, on remarque une volonté de donner toujours plus de maîtrise aux différents sujets de droit concernés.

**247.** Or, le droit amenant le plus de maîtrise sur un objet est bien le droit de propriété, reconnu comme le droit des droits, préexistant à tout autre droit. Ainsi, certains auteurs n'hésitent pas à exprimer le fait que finalement, tout est susceptible d'un droit de propriété.

**248.** Cette analyse est possible pour peu que l'on s'affranchisse de certaines conceptions classiques et parfois dépassées ou erronées du droit de propriété. Par exemple, l'extracommercialité n'implique pas nécessairement que le bien en cause est insusceptible de droit de propriété, il ne peut seulement pas faire partie du commerce juridique. Les prérogatives du propriétaire sont insuffisantes pour conclure à la possible existence d'un droit de propriété sur les données de santé, même s'il est vrai, on les retrouve dans les droits exercés à l'égard des données de santé. Effectivement, elles existent toutes ou pourraient à tout le moins toutes exister. Que ce soit collecteurs ou patients, ils utilisent, font fructifier ou pourraient faire fructifier et disposent des données de santé. Malgré la multiplication de régimes spécifiques pour chaque nature de données qui tente de les faire échapper à une application du droit de propriété, nous ne pouvons que constater que ces efforts restent vains eu égard aux prérogatives du droit de propriété, car ce foisonnement de règles ne fait que les reconstituer. Toutefois, il est vrai que certaines de ces prérogatives restent grevées de limites. On peut donc légitimement se demander si finalement, le droit des données, mais aussi celui des données de santé n'est pas un régime spécial du droit de propriété. Spécial dans le sens où les règles du droit commun ne peuvent s'appliquer intégralement et le droit doit ainsi faire preuve de quelques spécificités du fait de l'objet en cause.

**249.** En dehors même de la question d'un droit spécial, si l'on admet que la propriété est au commencement du droit, de chaque droit subjectif, qu'elle y

préexiste, les particularités des droits sur les données ne sont que des exceptions aménagées à un régime de droit commun occupé par le droit de propriété. Sans ces aménagements, le droit qui aurait trouvé à s'appliquer aurait été celui du droit de propriété.

**250.** Les données de santé, anonymes, personnelles, anonymisées et publiques, sont un modèle de toutes les prérogatives que l'on a voulu octroyer aux différents sujets concernés. Malgré un contexte et une nature juridique parfois difficiles à analyser au regard des prérogatives du droit de propriété (notamment concernant les données personnelles de santé), on ne peut que constater que le droit a voulu doter à la fois les patients et les collecteurs de prérogatives similaires à celles du droit de propriété sans jamais vouloir se l'avouer du fait de la singularité de la chose en question.

**251.** Il s'agit désormais d'envisager l'analyse au travers des caractères du droit de propriété pour déterminer si en plus des prérogatives, les patients et les collecteurs possèdent des droits de même nature.

## TITRE 2

### LA POSSIBILITE D'UN DROIT DE PROPRIETE SUR LES DONNEES DE SANTE AU TRAVERS DE SES CARACTERES

**252.** L'identification de l'existence d'un droit de propriété doit aussi passer par la reconnaissance des caractères de ce droit. On remarque que les théories modernes du droit de propriété tendent à privilégier ces caractères dans la définition du droit de propriété bien plus finalement que les prérogatives<sup>434</sup>.

**253.** L'appel aux caractères du droit de propriété pour défendre et reconnaître l'existence d'un droit de propriété s'est avéré d'autant plus nécessaire avec l'apparition de biens immatériels et de la propriété dite intellectuelle car cette propriété a acquis ce titre juridique du fait des caractères des droits plus que du triptyque classique des prérogatives.

La propriété se conçoit plus aujourd'hui comme une sphère de liberté que comme limitée à trois utilités : " *un propriétaire peut tout faire, sauf ce qui lui est interdit ; le titulaire de n'importe quel autre droit réel ne peut faire que ce qui lui est simplement accordé* "<sup>435</sup>.

**254.** L'analyse de la potentialité d'un droit de propriété sur les données de santé, sous cet angle, implique comme précédemment de s'attarder sur chacun des caractères<sup>436</sup> : le caractère absolu (Chapitre 1), le caractère exclusif (Chapitre 2) et le caractère perpétuel (Chapitre 3).

---

<sup>434</sup> Voir notamment F. ZENATI-CASTAING & T. REVET, *Les Biens, op. cit.*

<sup>435</sup> B. PARANCE, *La possession des biens incorporels*, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, Université Paris I, Tome 15, Lextenso éditions,

<sup>436</sup> Les Professeurs Zenati-Castaing et Revet remettent en cause les deux triptyques gouvernant le droit de propriété en se fondant sur un seul triptyque qualifiés lui aussi de caractère et qui emprunte à la fois au prérogatives et caractère classiques du droit de propriété : l'exclusivité, le droit de disposer et enfin le caractère absolu in *Les biens*, coll. Droit Fondamental, PUF, 3ème éd., 2008, p. 313 et suiv.



## CHAPITRE 1

### L'IDENTIFICATION D'UN CARACTERE ABSOLU CLASSIQUE

**255.** Le caractère absolu du droit de propriété a été affirmé très tôt par la déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen qui dispose dans son article 17 que " *La propriété étant un droit inviolable et sacré* " et dans le Code civil qui dans son article 544 affirme clairement que " *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue* ".

Cette absoluité signifie " *simplement que la propriété confère à son titulaire le maximum de prérogatives qu'une personne puisse avoir sur un bien* "<sup>437</sup>, " *une maîtrise illimitée* "<sup>438</sup> ou encore qu'il s'agit de " *la forme la plus complète du droit subjectif* "<sup>439</sup>, " *que c'est la plénitude du droit sur la chose* "<sup>440</sup>. C'est aussi un caractère qui implique que " *toute personne est tenue de respecter son droit [...]* *Autant dire que l'absolu du droit de propriété traduit l'idée d'opposabilité* "<sup>441</sup>.

**256.** Les droits pesant sur les données de santé empruntent à ce caractère avec peu d'hésitation (Section1). Mais, comme pour le droit de propriété sur les autres biens, le paradoxe réside dans l'existence de limites telles qu'édictees dans la suite de l'article 544 : " *qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ". Ces nombreuses limites se retrouvent aussi dans l'exercice des droits sur les données de santé (Section 2).

---

<sup>437</sup> P. SIMLER, Qu'est ce que la propriété ?, in D. TOMASSIN (ss. dir.de), *Qu'en est-il de la propriété ?L'appropriation en débat*, Actes du colloque du 27 et 28 octobre 2015, Les travaux de IFR , Mutation des normes juridiques n°5, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2006, p. 251.

<sup>438</sup> F. TERRE & P. SIMLER, *Droit Civil, Les biens*, Précis, Dalloz, 9ème éd., 2014, p. 148; Voir aussi :P. MALAURIE & L. AYNES, *Les biens, Droit civil*, Defrenois, Lextenso éditions, 5ème éd. 2013, p. 136.

<sup>439</sup> P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, 1963, p. 29.

<sup>440</sup> P. JOURDAIN, *Les Biens, Droit civil*, Dalloz, 1995, p. 46.

<sup>441</sup> F. ZENATI-CASTAING & T. REVET, *op. cit.*, p. 343.

## SECTION 1 : L’AFFIRMATION DU CARACTERE ABSOLU DES DROITS SUR LES DONNEES DE SANTE

**257.** Nous utiliserons ici aussi la technique précédente en envisageant dans un premier temps le caractère absolu du point de vue du patient (§1). Puis nous envisagerons la question du point de vue du collecteur qui, dans sa sphère de droit, exerce aussi un droit au caractère absolu, mais toutefois bien éloigné de celui du patient (§2).

### **§1. Le patient comme maître de sa donnée**

**258.** L'un des moyens d'identifier l'absoluité du droit de la personne sur ses données de santé est l'analyse de la maîtrise qui lui est octroyée sur sa donnée notamment au travers du consentement qui s'avère être la quintessence de cet absolutisme juridique (A) et qui se renouvelle aujourd'hui par la revendication d'un droit à l'oubli (B).

#### **A. Le consentement, pierre angulaire de l'absolutisme juridique du régime de la donnée de santé**

**259.** *" Il y a une [...] dimension primordiale en même temps qu'unique dans la propriété, qui est la volonté, témoin de ce que la propriété et le droit subjectif sont une seule et même notion. C'est parce qu'il est volonté que le droit de propriété expose, comme la liberté, son titulaire à une déclaration de responsabilité. La manière de retirer de son bien les utilités qu'il offre est un choix. L'exercice de son monopole est encore une manière de choisir, qu'il s'agisse de refuser ou d'accorder à autrui l'utilité de son bien [...] "*<sup>442</sup>.

La volonté est un des points cardinaux du droit de propriété, tout comme " *La volonté individuelle est le pivot de la réalisation non contentieuse des droits de la personnalité* "<sup>443</sup> .

---

<sup>442</sup> F. ZENATI-CASTAING & T. REVET, *op.cit.*, p. 314.

<sup>443</sup> A. LEPAGE, Droits de la personnalité, Répertoire de droit civil, septembre 2009, actualisé en 2015, n° 182.

**260.** En matière de données personnelles, et d'autant plus pour les données qualifiées de sensibles, le régime juridique place le consentement de la personne au cœur de la licéité du traitement.

Le principe de l'interdiction d'un traitement de données personnelles sensibles dont les données de santé font partie peut être levé sous la double condition de la finalité de ce traitement et du consentement de la personne.

La condition du consentement de la personne est obligatoire, c'est un principe directeur inscrit dans l'article 7 de la loi informatique et libertés : "*Un traitement de données à caractère personnel doit avoir reçu le consentement de la personne concernée*"<sup>444</sup>. Il est absolument nécessaire. Ainsi, "*le consentement de la personne intéressée est la clé de voute de la mise en œuvre du traitement de ses données de santé*"<sup>445</sup>.

On notera cependant que parfois, le consentement ne suffit pas, tel que cela a été prévu dans la Loi « informatique et Libertés » dans son article 8 :

" *II. - Dans la mesure où la finalité du traitement l'exige pour certaines catégories de données, ne sont pas soumis à l'interdiction prévue au I :*

*1° Les traitements pour lesquels la personne concernée a donné son consentement exprès, sauf dans le cas où la loi prévoit que l'interdiction visée au I ne peut être levée par le consentement de la personne concernée* ". Pour exemple, la vente de

---

<sup>444</sup> Des exceptions sont aussi édictées par ce même article : "*Un traitement de données à caractère personnel doit avoir reçu le consentement de la personne concernée ou satisfaire à l'une des conditions suivantes :*

*1° Le respect d'une obligation légale incombant au responsable du traitement ;*

*2° La sauvegarde de la vie de la personne concernée ;*

*3° L'exécution d'une mission de service public dont est investi le responsable ou le destinataire du traitement ;*

*4° L'exécution, soit d'un contrat auquel la personne concernée est partie, soit de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci ;*

*5° La réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le destinataire, sous réserve de ne pas méconnaître l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée."*

<sup>445</sup> C. ZORN-MACREZ, *Données de santé et secret partagé, Pour un droit de la personne à la protection de ses données de santé partagées*, Presse Universitaires de Nancy, Coll. " Santé, qualité de vie et handicap ", 2010, p. 227

données personnelles de santé n'est pas possible même avec le consentement de la personne<sup>446</sup>.

Toutefois, le consentement reste un cadre général d'exception à l'interdiction d'un principe d'un traitement de données de santé à caractère personnel. On notera, tout comme Mme Zorn, que le patient n'a pas à consentir au traitement effectué directement par le professionnel de santé qui, lui, bénéficie de l'exception du sixième point de l'article 8: "*Les traitements nécessaires aux fins de la médecine préventive, des diagnostics médicaux, de l'administration de soins ou de traitements, ou de la gestion de services de santé et mis en œuvre par un membre d'une profession de santé, ou par une autre personne à laquelle s'impose en raison de ses fonctions l'obligation de secret professionnel prévue par l'article 226-13 du code pénal*".

**261.** Ainsi, du fait de leur statut, les professionnels de santé sont donc soumis au secret professionnel et ils peuvent ne pas recueillir le consentement du patient pour leur propre dossier informatique d'exercice, leur dossier local sauf s'ils externalisent l'hébergement de leurs données chez un hébergeur agréé. Dans ce dernier cas, le consentement du patient doit être recueilli<sup>447</sup>.

Cette asymétrie de traitement a été pointée par Mme Zorn qui a qualifié l'exception du 6e alinéa de l'article 8 de la loi Informatique et Liberté de "*conception tutélaire*"<sup>448</sup> et plaide pour "*la totale maîtrise des informations qui la [la personne] concerne*" soit pour un "*droit à l'auto détermination informationnelle*"<sup>449</sup>.

La création et l'application d'un droit à l'auto détermination informationnelle rend la personne et en l'occurrence, le patient tout puissant sur ses données. En d'autres termes, cela lui confère un droit absolu sur ses données. Comme le signale Mme

---

<sup>446</sup> Article L. 1111-8 du Code de la Santé Publique.

<sup>447</sup> Article L. 1111-8 du Code de la Santé Publique : "*Les professionnels de santé ou les établissements de santé ou la personne concernée peuvent déposer des données de santé à caractère personnel, recueillies ou produites à l'occasion des activités de prévention, de diagnostic ou de soins, auprès de personnes physiques ou morales agréées à cet effet. Cet hébergement de données, quel qu'en soit le support, papier ou informatique, ne peut avoir lieu qu'avec le consentement exprès de la personne concernée.*"

<sup>448</sup> C. ZORN-MACREZ, *Données de santé et secret partagé, Pour un droit de la personne à la protection de ses données de santé partagées*, Presse Universitaires de Nancy, Coll. " Santé, qualité de vie et handicap ", 2010, p. 230.

<sup>449</sup> C. ZORN-MACREZ, *Ibid*, p. 231.

Zorn, cela pointe un risque, celui que le consentement devienne la seule clé de déverrouillage de la circulation de certaines données telles que les données génétiques. Toutefois, à juste titre, rien n'empêche le législateur d'utiliser l'alinéa 1 du II de l'article 8 en interdisant le fait que pour certaines catégories de données le consentement seul puisse autoriser le traitement.

**262.** De plus, indépendamment de l'existence d'un consentement de la personne, encore faut-il que celui-ci revête certaines qualités, notamment qu'il soit libre et éclairé. Il s'agit pour la personne et pour le patient de consentir en toute connaissance de cause.

Le consentement doit être libre, ce qui suppose une information préalable permettant que ce consentement soit éclairé, une formulation spécifique, un état de non-dépendance et la révocabilité de ce dernier<sup>450</sup>.

Sans ces qualités, le consentement n'est pas valable. Une analogie est ici possible et nous rapproche du droit des contrats et potentiellement du droit de propriété, droit sujet à de nombreux actes contractuels. Le consentement loin d'être réservé à la sphère des droits de la personnalité est aussi un élément essentiel du droit des contrats. En effet, en droit des contrats, la volonté des parties est placée au cœur de sa formation entraîne et des sanctions des vices du consentement. L'article 1109 du Code civil dispose : "*il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol*". Nous ne détaillerons pas ici ces aspects du droit des contrats,<sup>451</sup> mais on remarque que les vices du consentement constituent "*un obstacle à la validité des actes juridiques*"<sup>452</sup>. Le domaine de la santé et plus particulièrement les actes médicaux sont aussi irrigués par cette notion de consentement et par la question de la qualité de ce consentement. Cela s'explique déjà par le fait que la relation de soins a d'abord été contractuelle dans notre droit : "*qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant pour le praticien, l'engagement, sinon, bien évidemment de guérir le malade, (...), du moins de lui*

---

<sup>450</sup> A. BENSOUSSAN, *Informatique et libertés*, éd. Francis Lefebvre, 2ème éd., 2010, p. 65.

<sup>451</sup> F. TERRE, P. SIMLER & Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Précis, Dalloz, 11ème éd., 2013; P. MALINVAUD, D. FENOUILLET & M. MEKKI, *Droit des obligations*, Manuel, LexisNexis, 2014.

<sup>452</sup> B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ, éd. Lextenso, 4ème éd., 2013, p. 91.

*donner des soins, non pas quelconques, (...), mais consciencieux, attentifs, et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science*"<sup>453</sup>. Depuis la loi du 4 mars 2002, ce fondement contractuel s'est atténué dans le sens où désormais le fondement de l'obligation d'information et de recueil du consentement du patient est devenu légal<sup>454</sup>. Ce consentement et ses qualités ont été inscrits dans le Code de la Santé Publique<sup>455</sup> à l'article L. 1111-4 : "*Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé. [...] Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment*". Et, ce consentement ne peut être de qualité, soit libre et éclairé, qu'à la condition que le patient ait été bien informé. La loi du 4 mars 2002 a définitivement installé et considérablement élargi le droit à l'information pour les patients dans l'article L. 1111-2 du Code de la Santé Publique<sup>456</sup>. Les

---

<sup>453</sup> Cass. civ., 20 mai 1936 : DP 1936, 1, p. 88, concl. Matter, rapp. JOSSERAND, note E.P. ; S. 1937, 1, p. 321, note BRETON.

<sup>454</sup> Voir en ce sens : M. GIRER, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins, Essai de remise en cause du contrat médical*, coll. Thèses, avril 2008; Cour de Cassation, Quatrième Partie, Jurisprudence de la Cour, Responsabilité Médicale, Rapport annuel, 2010; revirement de jurisprudence : Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 14 octobre 2010, Bull. 2010, I, n° 200, pourvoi n° 09-69.195 : la responsabilité médicale ne repose plus sur un fondement contractuel mais un fondement légal; P. SARGOS, " Confirmation et approfondissement du nouveau fondement de la responsabilité civile médicale et de la problématique et méthodologie de la perte de chance ", *D.*, 2010. 2682.

A. LAUDE " Droit de la santé "; *D.* 2011. 2565; P. JOURDAIN, " Le changement de nature de la responsabilité médicale ", *RTD civ.*, 2011. 128; P. BRUN, " Responsabilité civile ", *D.*, 2011. 35

<sup>455</sup> La référence au consentement en matière médicale avait déjà été faite légalement par exemple dans l'article 16-3 du Code Civil : "*Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui.*

*Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir.*"

<sup>456</sup> Article L. 1111-2 du Code de la Santé Publique : "*Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus. Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver. Cette information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables. Seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent l'en dispenser.*

*Cette information est délivrée au cours d'un entretien individuel.[...] "*

professionnels ont désormais une obligation d'information large concernant leurs actes<sup>457</sup>.

Le droit de la santé a au cœur de son rapport avec les patients cette notion de consentement et il est naturel que le régime des droits de la personnalité et spécialement celui du traitement de données sensibles et des données de santé soit en partie calqué sur ce modèle. Les actes découlant d'un traitement de données personnelles sont viciés si le consentement du patient n'a pas été recueilli valablement, ce qui entraîne leur nullité.

**263.** Des dossiers de santé partagés ayant une existence spécifique mettent aussi à l'œuvre un recueil du consentement qui témoigne du pouvoir absolu de la personne sur ses données de santé.

**264.** Pour premier exemple, certainement le plus significatif en matière de pouvoir absolu, était le Dossier Médical Personnel (DMP)<sup>458</sup>, avant la loi de santé de 2016. Le patient bénéficiait d'un arsenal " consentatoire " dans la gestion de son DMP. La volonté du patient était placée directement au cœur de ce dossier. Le patient consentait à sa création, à son alimentation<sup>459</sup> et en gérât les droits d'accès<sup>460</sup>. Ainsi, le patient décidait qui pouvait accéder à son DMP, pouvait

---

<sup>457</sup> Voir aussi l'article L. 1111-3 du Code de la Santé Publique concernant l'information sur les frais médicaux; BAZIN-BEUST, " La santé et les droits du consommateur, *RGDM*, déc. 2010, n° spécial, p. 129.

Voir aussi par exemple : M. HARICHAUX, " Les droits à information et consentement de l'usager du système de santé » après la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 " , *RDSS*, 2002. 673.

<sup>458</sup> M.-T. PAIN-MASBRENIER, " Le Dossier Médical Personnel ", *RGDM*, n°18, 2006, p. 217; J.-L. ROMANENS, " Le DMP : un dossier médical personnel encore mal partagé ", *Revue Droit & Santé*, n°47, p. 358. ; C. BOURDAIRE-MIGNOT, " Le dossier médical personnel (DMP), un outil de stockage des données de santé en vue d'une utilisation partagée ", *RGDM*, n°44, 2012, p. 295; A.-I. POUILLE, " Le dossier médical personnel à l'épreuve ", *Revue Droit & Santé*, n°15, p. 130; E. MARTINEZ, " Le C.C.N.E., le « dossier médical personnel » (D.M.P.) et l'informatisation des données de santé (Avis n° 104 du C.C.N.E.) ", *Revue Droit & Santé*, n° 26, p. 695; V. MESLI, " La transmission d'informations via le dossier médical personnel : quel partage des données médicales ? " , *RGDM*, n°53, 2014, p. 65.

<sup>459</sup> Article L. 1111-14 du Code de la Santé Publique et Article L. 1111-8 du Code de la Santé Publique.

<sup>460</sup> Articles L. 1111-15, L. 1111-16 et L. 1111-18 du Code de la Santé Publique (avant le 26 janvier 2016).

Délibération de la CNIL n°2010-449 du 2 décembre 2010 portant autorisation des traitements de données personnelles mis en œuvre par les professionnels et établissements de santé nécessaires à la première phase de déploiement généralisé du dossier médical personnel.

masquer certaines informations à l'un des professionnels y ayant accès et peut aussi masquer le fait qu'il y a des informations masquées<sup>461</sup>.

Cet enchaînement de facultés pour le patient a engendré de vives critiques à l'égard du DMP et est peut-être aussi l'une des explications de son échec : il existe depuis la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie et à ce jour à peine plus de 550 000 DMP<sup>462</sup>, pour un coût total de plus de 500 millions d'euros<sup>463</sup>. La toute-puissance du patient et de sa volonté expliquent peut être l'inefficacité opérationnelle d'un tel dossier. Mais ce n'est sûrement pas la seule explication possible. La " nouvelle version " du DMP réduit cependant grandement les pouvoirs des patients : si le patient refuse l'alimentation de son DMP, celui-ci doit présenter des " motifs légitimes "<sup>464</sup> et, s'il décide de masquer certaines informations elles restent accessibles pour le médecin traitant<sup>465</sup>.

D'autres dossiers spécifiques comme le Dossier Pharmaceutique (DP), placent aussi le consentement de la personne dans un processus de collecte de données ou à tout le moins la faculté d'opposition du patient : le consentement à la création d'un DP qui emporte consentement à la consultation et à l'alimentation sauf opposition du patient : "*Afin de favoriser la coordination, la qualité, la continuité des soins et la sécurité de la dispensation des médicaments, produits et objets définis à l'article L. 4211-1, il est créé, pour chaque bénéficiaire de l'assurance maladie, avec son consentement, un dossier pharmaceutique.*

*Sauf opposition du patient quant à l'accès du pharmacien à son dossier pharmaceutique et à l'alimentation de celui-ci, tout pharmacien d'officine est tenu*

---

<sup>461</sup> Délibération de la CNIL n°2010-449 du 2 décembre 2010 portant autorisation des traitements de données personnelles mis en œuvre par les professionnels et établissements de santé nécessaires à la première phase de déploiement généralisé du dossier médical personnel.

<sup>462</sup> <http://www.dmp.gouv.fr/>.

<sup>463</sup> Rapport de la Cour des Comptes, Le coût du dossier médical personnel depuis sa mise en place, juillet 2012.

<sup>464</sup> Article R. 1111-36 du Code de la Santé Publique : "*Une fois que le bénéficiaire de l'assurance maladie a consenti à la création de son dossier médical partagé, il ne peut, sauf motif légitime, s'opposer à ce que les professionnels de santé qui le prennent en charge versent dans son dossier médical partagé les informations utiles à la prévention, la continuité et la coordination des soins qui lui sont ou seront délivrés.*"

<sup>465</sup> Article R. 1111-38 du Code de la Santé Publique : "*Le titulaire peut décider que des informations le concernant contenues dans son dossier médical partagé ne soient pas accessibles aux professionnels de santé autorisés à accéder à son dossier. Ces informations restent cependant accessibles au professionnel de santé qui les a déposées dans le dossier médical partagé et aux professionnels de santé visés à l'article R. 1111-43. Cette décision est modifiable à tout moment par le titulaire.*"

*d'alimenter le dossier pharmaceutique à l'occasion de la dispensation. Dans les mêmes conditions, les pharmaciens exerçant dans une pharmacie à usage intérieur peuvent consulter et alimenter ce dossier. Les informations de ce dossier utiles à la coordination des soins sont reportées dans le dossier médical personnel dans les conditions prévues à l'article L. 1111-15[...]"<sup>466</sup>.*

Le régime de consentement du DP se révèle assez particulier dans le sens où son consentement à la création implique son consentement à son alimentation et à sa consultation. Une fois le DP créé, le patient n'a plus qu'une faculté d'opposition. C'est donc à lui de manifester sa volonté de non-alimentation ou non-consultation de son DP. Le consentement est la manifestation d'une volonté avant que le traitement de la donnée ne soit effectif, c'est une volonté *a priori*. À l'inverse, la non-opposition traduit la possibilité pour le patient d'arrêter un traitement de ses données déjà en place, c'est une manifestation de la volonté *a posteriori*. Ce régime peut sembler moins protecteur dans le sens où " l'atteinte " à la vie privée est créée d'office.

Concernant le DP, lors de la création, le patient est censé avoir été dûment informé de tous ses droits et donc de cette faculté d'opposition pour l'alimentation et la consultation. Le premier consentement, celui pour la création, "contamine " positivement le traitement dans son ensemble.

De manière générale, notre droit prévoit<sup>467</sup>, en-dehors du cas des données sensibles plutôt un mécanisme de non-opposition, mais que l'on qualifiera d'hybride dans le sens où doit être proposé à la personne la possibilité de s'opposer, ce qui revient finalement à un consentement préalable, qui sera en fait une non-opposition préalable<sup>468</sup>.

---

<sup>466</sup> Article L. 1111-23 du Code de la Santé Publique.

<sup>467</sup> Article 38, Loi Informatique et Libertés : " Toute personne physique a le droit de s'opposer, pour des motifs légitimes, à ce que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement.[...]"

<sup>468</sup> Pour plus de détails sur ce point, voir notamment : M. BENEJAT, Titre I, Chapitre II, Partie II " Les droits sur les données personnelles ", Propos in J. - C. SAINT-PAU (ss. dir. de), Droits de la Personnalité, Traités, LEXIS NEXIS, 2013, p. 582 à 593.

Force est de constater que le consentement du patient est nécessairement présent et témoigne de l'absoluité du droit de la personne sur ses données, c'est " *un pivot de l'exercice des droits de la personnalité* " <sup>469</sup>.

**265.** Le nouveau règlement européen n'apporte rien de nouveau à ce constat de prééminence du consentement. Ainsi, dans son article 9 on retrouve le principe d'interdiction et les exceptions classiques telles que le consentement de la personne <sup>470</sup>.

Ce passage du règlement permet aussi de bien replacer le consentement au cœur du traitement des données de santé et comme un marqueur du caractère absolu du droit du patient sur ses données de santé, sa volonté érigée comme l'unique possibilité de passer outre une interdiction de principe.

**266.** Cette caractéristique d'absoluité apparaît commune au droit de propriété et aux droits de la personnalité : " *Il [le propriétaire] exercerait ainsi sur ce droit [le droit de propriété] un pouvoir souverain, caractéristique, que seuls présentent les droits de la personnalité* " <sup>471</sup>. Et se traduit par le consentement pour les données personnelles de santé. Ce caractère partagé par les deux droits qui nous occupent dévoile leur similitude dans l'intégralité des pouvoirs donnés à leur titulaire et notamment dans leur caractère absolu.

**267.** Cette notion de consentement et la question des droits de la personne à l'égard des données qui la concerne sont modernisées par l'introduction d'un débat sur le droit à l'oubli numérique.

## **B. Le droit à l'oubli, nouvelle figure de proue de l'absolutisme juridique de la donnée personnelle**

**268.** Le droit à l'oubli est une excroissance juridique du droit au respect de la vie privée (1). Pourtant, ce droit a pris beaucoup d'importance dans l'époque récente,

---

<sup>469</sup> A. LEPAGE, Droits de la Personnalité, Rep. Droit civ, Dalloz, n°22.

<sup>470</sup> Règlement (UE) 2016/679 du Parlement Européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 96/46/CE (règlement général sur la protection des données).

<sup>471</sup> J. -P. DECORPS, *Le droit de propriété : évolutions et adaptations in Les droits fondamentaux : inventaire et théorie générale* - Beyrouth, novembre 2003.

au point de devenir un droit autonome et qui vise à renforcer les droits des personnes sur leurs données (2).

### 1. Origine et définition du droit à l'oubli

**269.** Le droit à l'oubli<sup>472</sup> n'est pas un concept récent et son introduction en droit français remonte à l'ordonnance du 6 mai 1944<sup>473</sup> qui complète la loi sur la presse du 29 juillet 1881<sup>474</sup>.

Ce droit à l'oubli connaît un regain d'intérêt et un renouveau avec le développement des nouvelles technologies. Ces discussions concernent aujourd'hui spécifiquement le droit à l'oubli numérique dans le sens où il "*oblige les tiers à limiter dans le temps la détention des données à caractère personnel d'autrui*"<sup>475</sup>. Ainsi, "*L'aspiration à l'oubli numérique s'est faite jour avec le développement de la vie en réseau et le rôle prépondérant des moteurs de recherche*"<sup>476</sup>.

**270.** Ce droit intimement lié au droit au respect de la vie privée a été repris dans une formule attribuée à Lyon-Caen : « *L'oubli est une valeur essentielle, il tient à la nature même de l'homme et refuser un droit à l'oubli c'est nourrir l'homme de remords, qui n'a d'autre avenir que son passé, dressé devant lui comme un mur qui bouche l'issue* »<sup>477</sup>. Le droit à l'oubli est en fait "*un droit au retour à l'anonymat*"<sup>478</sup>.

Les évolutions technologiques permettent de ne perdre aucune information et de les conserver pour une durée illimitée : « (...) *si l'oubli procédait jadis des faiblesses de la mémoire humaine, de sorte qu'il n'y avait pas à consacrer un "droit à l'oubli" la nature y pourvoyant, la société numérique, la libre*

---

<sup>472</sup> Voir notamment, D. DECHENAUD (ss. dir. de), *Le droit à l'oubli numérique, données nominatives, approche comparée*, Larcier, 2015.

<sup>473</sup> Ordonnance du 6 mai 1944 relative à la répression des délits de presse.

<sup>474</sup> Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

<sup>475</sup> M. BENEJAT, Titre I, Chapitre II, Partie II " Les droits sur les données personnelles ", Propos in J. - C. SAINT-PAU (ss. dir. de), *Droits de la Personnalité, Traités*, LEXIS NEXIS, 2013, p. 596

<sup>476</sup> D. FOREST, Google et le « droit à l'oubli numérique » : genèse et anatomie d'une chimère juridique "; *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2014.

<sup>477</sup> TGI Seine, 14 octobre 1965, Mme S. c. Soc. Rome Paris Film, JCP 1966 I 14482, n. Lyon-Caen, confirmé en appel, CA Paris 15 mars 1967.

<sup>478</sup> J.-C. SAINT-PAU, *L'anonymat et le droit*, Thèse Bordeaux, 1998, n°223.

*accessibilité des informations sur internet, et les capacités sans limites des moteurs de recherche changent considérablement la donne et justifient pleinement qu'un tel droit soit aujourd'hui revendiqué, non comme un privilège qui s'opposerait à la liberté d'information, mais comme un droit humain élémentaire à l'heure de la société de conservation et d'archivage numérique sans limites de toute donnée personnelle et de l'accessibilité immédiate et globalisée à l'information qui caractérisent les technologies contemporaines et la fascinante insouciance qu'elles suscitent »<sup>479</sup>.*

Or, ce droit à l'oubli numérique « renvoie en réalité au droit de demander l'effacement des données personnelles »<sup>480</sup>.

## *2. Autonomie et fonction du droit à l'oubli*

**271.** Le droit à l'oubli apparaît comme un dérivé du droit au respect de la vie privée, de l'exigence légale de la limitation de la durée de conservation des données personnelles et du principe de révocabilité du consentement de la personne. Dans cette perspective, le droit à l'oubli numérique est " contaminé " par l'absoluité du droit des personnes sur leurs données personnelles. Il est aujourd'hui un pouvoir, un véritable droit pour la personne dans la maîtrise des données qui la concerne. Toutefois, la volonté qui transparait dans les débats actuels est celle de voir reconnaître un droit à l'oubli numérique autonome pour renforcer la défense des intérêts des personnes au regard de leurs données personnelles dans un contexte de croissance exponentielle de l'Internet et des services assimilés : " *Cette question est devenue d'autant plus sensible aujourd'hui que le droit à l'oubli numérique est utilisé afin de militer en faveur du respect de la vie privée et de la tranquillité de chacun. Ainsi, l'internaute ne doit pas être exposé et subir une intrusion venant de l'extérieur, notamment par le biais de la publicité sur internet. Il doit pouvoir conserver la maîtrise de ses données personnelles. L'internaute doit également disposer du droit de se raviser après avoir diffusé des données accessibles sur internet* "<sup>481</sup>. La doctrine tend

---

<sup>479</sup> TGI Paris, ord. réf., 25 juin 2009, n° 09/55437.

<sup>480</sup> J.-M. BRUGUIERE, " Le « droit à » l'oubli numérique, un droit à oublier "; *D.*, 2014, p. 299.

<sup>481</sup> M. BERGUIG & C. THIÉRACHE, " L'oubli numérique est-il de droit face à une mémoire numérique illimitée ? "; *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2010; Cyberlex, rapport « *L'oubli numérique est-il de droit face à une mémoire numérique illimitée ?* », 25 mai 2010.

ainsi à l'envisager comme un droit à part entière, indépendamment du droit au respect de la vie privée<sup>482</sup>.

Face à la multiplication exponentielle de la récolte de données, il semble que le droit au respect de la vie privée et la législation sur les données personnelles aient besoin de s'enrichir d'un arsenal juridique plus conséquent dont fait partie le droit à l'oubli numérique.

Le droit de retrait, tout comme son droit filial, le droit à l'oubli numérique " *est le droit de se retirer de l'espace marchand dans l'économie numérique. Un droit en quelque sorte de deuxième ou plutôt de troisième génération des droits de l'homme, droit à ne pas subir de « pollution » publicitaire suite à la captation de données personnelles. Ou alors, plus simplement, droit de circuler librement sur internet* "<sup>483</sup>.

Le droit à l'oubli numérique est donc perçu comme un droit de la personnalité au même titre que ses ascendants (droit au respect de la vie privée, droit de retrait ...).

De fait afin d'être complètement opérant son régime juridique doit être équivalent aux autres droits de la personnalité. En conséquence, " *L'idée d'un véritable droit à l'oubli est vidée de son sens s'il faut justifier d'un motif légitime à chaque fois (atteinte à la vie privée, à l'honneur, etc.). S'il est possible de comprendre le refus de tout droit à l'oubli lorsque ce dernier entre en conflit avec un intérêt concurrent tel que la recherche historique, ce refus est difficilement justifiable lorsqu'il n'y en a pas. Sans un intérêt concurrent légitime, il est difficile en effet d'expliquer cette volonté de conserver des informations contre la volonté de la personne concernée. Ces informations peuvent en outre perdre leur caractère privé avec le temps, ce qui empêche définitivement leur retrait faute de motif légitime. Un véritable droit à l'oubli, qui se suffit à lui-même, à supposer que cela soit techniquement possible, attend donc toujours sa consécration législative* "<sup>484</sup>.

---

<sup>482</sup> C.COSTAZ, " Le droit à l'oubli ", *Gaz. Pal.*, 27 juillet 1995, II, doct., p. 961.

<sup>483</sup> J.-M. BRUGUIERE, " Le « droit à » l'oubli numérique, un droit à oublier ", *D.*, 2014, p. 299.

<sup>484</sup> M. BERGUIG et C. THIÉRACHE, " L'oubli numérique est-il de droit face à une mémoire numérique illimitée ? "; *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2010.

Une décision de la CJUE en 2014 <sup>485</sup>a marqué un véritable tournant dans la consécration juridique de ce droit à l'oubli.

Cette décision reconnaît le statut de responsable de traitement de données à caractère personnel pour les moteurs de recherche. Elle considère les textes européens applicables à partir du moment où " *l'exploitant d'un moteur de recherche crée dans un État membre une succursale ou une filiale destinée à assurer la promotion et la vente des espaces publicitaires proposés par ce moteur et dont l'activité vise les habitants de cet État* " <sup>486</sup>. Elle constate que le traitement effectué par un exploitant d'un moteur de recherche est susceptible de porter atteinte à des droits fondamentaux notamment au droit au respect de la vie privée et enfin conclut sur la portée notamment temporelle du droit qu'il « *convient d'examiner si la personne concernée a un droit à ce que l'information sur sa personne ne soit plus, au stade actuel, liée à son nom par une liste de résultats affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir de son nom, sans pour autant que la constatation d'un tel droit présuppose que l'inclusion de l'information en question dans cette liste cause un préjudice à cette personne. Cette dernière pouvant demander que l'information en question ne soit plus mise à la disposition du grand public [...]. Ces droits prévalent, en principe, non seulement sur l'intérêt économique de l'exploitant du moteur de recherche, mais également sur l'intérêt du public à accéder à ladite information. [...] Cependant, tel ne serait pas le cas s'il apparaissait, pour des raisons particulières, telles que le rôle joué par la personne dans la vie publique, que l'ingérence dans ses droits fondamentaux est justifiée par l'intérêt prépondérant du public à avoir accès [...] à l'information en question* ». En d'autres termes, passé un certain délai, la personne n'a pas à démontrer un quelconque préjudice pour exiger d'être retirée d'une liste de résultats d'un moteur de recherche, signe de l'absoluité du droit à l'oubli numérique.

---

Lamy Droit des Médias et de la Communication Partie 4, Télécommunications, réseaux et Internet Réseaux et Internet.

<sup>485</sup> CJUE, gde ch., 13 mai 2014, aff. C-131/12, Google Spain SL, Google Inc. c/ Agencia Española de Protección de Datos e.a. : JurisData n° 2014-009597 ; *Comm. com. électr.*, 2014, étude 13, A. Debet ; *JCP E*, 2014, 1326, note M. GRIGUER ; *JCP E*, 2014, 1327, note G. BUSSEUIL.

<sup>486</sup> S. MAUCLAIR, " Vers un droit à l'oubli numérique...", *Revue Juridique Personnes et Famille*, 2014.

Un tel principe peut s'appliquer, quelle que soit la nature de la donnée personnelle, et y compris pour les données de santé.

**272.** " *Chacun espère ainsi beaucoup du droit à l'oubli en vue d'obtenir la suppression définitive et effective de ses données personnelles sur Internet* ",<sup>487</sup> car l'arsenal juridique n'apparaît plus suffisant. La protection des données personnelles est ressentie comme carencée alors même que le respect de la vie privée et ses dérivés sont des droits absolus qui restent malgré tout, comme cela sera envisagé plus tard, confrontés à d'autres impératifs<sup>488</sup>.

Le nouveau règlement européen va peut être répondre à cette forte demande, car il instaure expressément dans son article 17 un " droit à l'oubli numérique et à l'effacement " : *La personne concernée a le droit d'obtenir du responsable du traitement l'effacement, dans les meilleurs délais, de données à caractère personnel la concernant et le responsable du traitement a l'obligation d'effacer ces données à caractère personnel dans les meilleurs délais, lorsque l'un des motifs suivants s'applique: a) les données à caractère personnel ne sont plus nécessaires au regard des finalités pour lesquelles elles ont été collectées ou traitées d'une autre manière; b) la personne concernée retire le consentement sur lequel est fondé le traitement, conformément à l'article 6, paragraphe 1, point a), ou à l'article 9, paragraphe 2, point a), et il n'existe pas d'autre fondement juridique au traitement; c) la personne concernée s'oppose au traitement en vertu de l'article 21, paragraphe 1, et il n'existe pas de motif légitime impérieux pour le traitement, ou la personne concernée s'oppose au traitement en vertu de l'article 21, paragraphe 2; d) les données à caractère personnel ont fait l'objet d'un traitement illicite; e) les données à caractère personnel doivent être effacées pour respecter une obligation légale qui est prévue par le droit de l'Union ou par le droit de l'État membre auquel le responsable du traitement est soumis; f) les données à caractère personnel ont été collectées dans le cadre de l'offre de services de la société de l'information visée à l'article 8, paragraphe 1. 2. Lorsqu'il a rendu publiques les données à caractère personnel et qu'il est tenu de les effacer en vertu du paragraphe 1, le responsable du traitement, compte tenu des*

---

<sup>487</sup> M. BERGUIG et C. THIÉRACHE, " L'oubli numérique est-il de droit face à une mémoire numérique illimitée ? "; *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2010, Cyberlex, rapport « *L'oubli numérique est-il de droit face à une mémoire numérique illimitée ?* », 25 mai 2010.

<sup>488</sup> Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

*technologies disponibles et des coûts de mise en oeuvre, prend des mesures raisonnables, y compris d'ordre technique, pour informer les responsables du traitement qui traitent ces données à caractère personnel que la personne concernée a demandé l'effacement par ces responsables du traitement de tout lien vers ces données à caractère personnel, ou de toute copie ou reproduction de celles-ci..*"<sup>489</sup>

Le droit à l'oubli numérique deviendrait donc, par ce texte, un droit autonome. Même si ce texte semble exiger des motifs pour que la personne puisse retirer les données qui le concernent; il n'en demeure pas moins que ces cas restent très larges et notamment le b). En effet, la personne peut retirer à tout moment son consentement au traitement, et ce sans donner de raison particulière. La volonté est une fois de plus replacée au centre des droits des personnes sur leurs données afin de leur assurer une maîtrise qui ne dépend que d'elles et de leurs désirs.

On notera en matière de santé le récent article 190 de la loi de santé du 26 janvier 2016 créant les articles L. 1141-5 et 1141-6 du Code de la Santé Publique<sup>490</sup>, qui affirme le droit à l'oubli pour les pathologies cancéreuses afin d'éviter toute majoration des tarifs des assurances.

Le droit à l'oubli vient renforcer l'analyse sur l'absoluité des droits des patients sur leurs données personnelles. L'importance du consentement permettait déjà de caractériser cet aspect des droits. L'ajout de nouveaux droits comme le droit à l'oubli vient encore renforcer cette maîtrise absolue des patients sur leurs données.

---

<sup>489</sup> A. LEPAGE, Droits de la Personnalité, Rep. Droit civ, Dalloz, n°22.

<sup>489</sup> Règlement (UE) 2016/679 du Parlement Européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 96/46/CE (règlement général sur la protection des données.

<sup>490</sup> Art. L. 1141-5 du Code de la Santé Publique : " La convention nationale mentionnée à l'article L. 1141-2 détermine les modalités et les délais au-delà desquels les personnes ayant souffert d'une pathologie cancéreuse ne peuvent, de ce fait, se voir appliquer une majoration de tarifs ou une exclusion de garanties pour leurs contrats d'assurance ayant pour objet de garantir le remboursement d'un crédit relevant de ladite convention. La convention prévoit également les délais au delà desquels aucune information médicale relative aux pathologies cancéreuses ne peut être recueillie par les organismes assureurs dans ce cadre. [...] "

Art. L. 1141-6 du Code de la Santé Publique : " Les personnes atteintes ou ayant été atteintes d'une pathologie pour laquelle l'existence d'un risque aggravé de santé a été établi ne peuvent se voir appliquer conjointement une majoration de tarifs et une exclusion de garantie au titre de cette même pathologie pour leurs contrats d'assurance ayant pour objet de garantir le remboursement d'un crédit relevant de la convention nationale mentionnée à l'article L. 1141-2 ".

Les personnes ont un pouvoir si fort sur leurs données que la question de savoir si les collecteurs peuvent revendiquer des prérogatives d'une telle nature sur ces mêmes données semble s'avérer vaine.

## **§2. Le collecteur, autre maître des données**

**273.** Le collecteur est concerné, à l'inverse de l'individu, par toutes les catégories de données : ainsi, alternativement il a des droits sur des données personnelles, des données anonymisées, des données publiques et des données anonymes.

**274.** Les données anonymes sont le cas le plus simple. Ces données, même si elles ne sont aujourd'hui pas saisies directement en tant qu'objet par le droit, n'ont nécessairement pas d'autre statut que celui de bien et donc susceptible d'un droit de propriété au profit du collecteur. Or, si ces données sont régies dans les faits par un droit de propriété, le droit qui pèse sur elle est par nature absolu puisque caractéristique du droit de propriété.

**275.** La question des droits du collecteur sur les données personnelles est plus délicate. Même si comme cela a été décrit précédemment<sup>491</sup>, il a la maîtrise d'un usage par le biais du mécanisme de finalité et par le biais de la propriété des bases de données, il n'a pas la maîtrise de la donnée qui peut lui être retirée à tout moment. Cependant, il en reste le maître techniquement, il agit comme un opérateur de confiance auprès de la personne qui accepte de lui transmettre sa donnée sous la réserve du respect d'une finalité et de fait aussi du respect de droits d'accès. En matière de données personnelles de santé, cela est flagrant. Les collecteurs doivent respecter un certain nombre de contraintes techniques légales telles que l'agrément hébergeur<sup>492</sup> ou les autorisations CNIL qui exigent le respect d'éléments techniques notamment de sécurité. Les droits du collecteur sur la donnée ne sont finalement pas tant juridiques, mais plutôt techniques. Il est donc difficile, voire impossible, de dire qu'à l'heure actuelle le collecteur posséderait un droit et encore moins un droit absolu sur les données personnelles qu'il collecte. Il a un droit sur la base de données personnelles mais pas sur l'objet qu'est la

---

<sup>491</sup> *Supra*, n°136 à 143.

<sup>492</sup> Article L.1111 -8 du Code de la Santé Publique et décret n° 2006-6 du 4 janvier 2006 relatif à l'hébergement de données de santé à caractère personnel et modifiant le code de la santé publique.

donnée. Comme cela était expliqué dans le paragraphe précédent, le patient a plein pouvoir sur cette dernière et il est donc impossible qu'une autre personne, en l'espèce le collecteur possède lui aussi un droit absolu sur la donnée. La personne a l'absoluité du droit de la personnalité. Le collecteur ne peut revendiquer aucun droit alors même qu'aujourd'hui ces données sont valorisées économiquement et qu'il en retire des bénéfices économiques. On se situe ici aux confins d'une zone de non-droit pour le collecteur, mais de fait aussi nécessairement pour la personne. Les collecteurs profitent aujourd'hui de l'absence d'effectivité ou de clarté des droits qui sont attachés à ces données pour ainsi les valoriser. Reconnaître un droit de propriété pour le collecteur sur ces données pourrait être une solution sous réserve que soit préservé le droit des personnes. La logique de conciliation n'est pas forcément contradictoire avec le caractère absolu d'un droit. Les droits fondamentaux de la personne qui sont absolus par définition subissent pour la plupart des atténuations à l'exception de certains qui eux ne peuvent subir aucune altération ni être justifiés<sup>493</sup>. Ainsi, la justice doit souvent trancher un conflit entre ces droits par une technique de conciliation qui consiste " *à reconnaître les intérêts en présence, à évaluer leur force respective, à les peser, en quelque sorte, avec la balance de la justice, en vue d'assurer la prépondérance des plus importants, d'après un critérium social, et finalement d'établir entre eux l'équilibre éminemment désirable* "<sup>494</sup>. Les autres droits apparaissent comme des limites<sup>495</sup>. Il est difficile de conclure sur ce sujet car il semble que dans les faits les collecteurs possèdent un droit absolu et donc un droit de propriété sur les données personnelles de santé. Mais, les patients ont quant à eux aussi des droits qui non pas dans les faits mais dans les textes apparaissent aussi comme absolu. L'une des possibilité pourrait être la copropriété mais elle ferait perdre beaucoup de pouvoir au patient qui ne pourrait décider seul du sort de ses données. Or, le régime que l'on observe n'est pas de ce type. Il est seulement possible de déduire de ces éléments contradictoire que le droit tente de ménager ou d'aménager des

---

<sup>493</sup> Sur l'idée d'une hiérarchie des droits de la convention EDH et la différence entre les droits intangibles et les droits limités, voir notamment : M. AFROUKH, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour EDH*, Bruxelles, Bruylant, 2012; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, coll. Droit Fondamental, PUF, 12ème éd., 2015.

<sup>494</sup> F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2<sup>e</sup> éd., 1932, Sirey, t. II, p. 167, n° 178.

<sup>495</sup> *Infra*, n°285 à 292.

droits pour les collecteurs et les patient, sur les données personnelles, qui sont de même nature.

**276.** À l'inverse, malgré la nécessité d'une information des patients et d'une autorisation de la CNIL, les données anonymisées semblent pouvoir accueillir plus facilement un droit du collecteur et ce d'autant plus si ce dernier est une personne publique.

**277.** Le statut public au sens organique de la donnée, qu'elle soit personnelle ou anonymisée, implique ici un droit quasi absolu du collecteur. Le collecteur, pour accomplir sa mission, doit collecter des données personnelles et même le refus de cette collecte par l'individu ne peut l'empêcher. Au-delà d'un seul droit absolu, il s'agit ici de toute l'expression de la puissance publique et notamment dans l'exercice de ses compétences régaliennes. En matière de santé, jusqu'à présent deux logiques existent. La première est l'absence de nécessité d'un consentement de la personne à la collecte à partir du moment où le collecteur est un professionnel de santé ou assimilé en vertu de l'article 8 de la Loi Informatique et Libertés. La seconde est la nécessité d'un consentement à partir du moment où cette collecte de données de santé est "externalisée"; soit dans tous les autres cas que celui de l'article 8. Par exemple, le DMP nécessite le consentement du patient pour collecter des données et le curseur reste positionné sur le droit absolu du patient. Le " web médecin " appelé aussi l'historique des remboursements de l'Assurance Maladie, place le droit absolu du patient à un niveau différent. En effet, pour l'historique des remboursements, la collecte de données est effectuée sans l'accord du patient au regard des missions de l'Assurance Maladie et le patient n'a de droit que sur l'accès par son médecin à cet historique<sup>496</sup>. Le fait que

---

<sup>496</sup> Voir Délibération n°2007-194 du 10 juillet 2007, Délibération autorisant la mise en place généralisée par la Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés d'un traitement permettant aux médecins d'accéder aux données relatives aux prestations servies aux bénéficiaires de l'assurance maladie. Historique des remboursements ou WEB MEDECIN., qui stipule concernant le consentement du patient : *"S'agissant du recueil du consentement des personnes concernées, le décret indique que les organismes des différents régimes de base d'assurance maladie informent leurs ressortissants des modalités de mise en oeuvre du service.*

*L'article R. 162-1-12 du code de la sécurité sociale prévoit en outre que :*

*"Le médecin ayant recours à ce service est tenu d'informer ses patients à l'occasion de la réalisation des soins de l'objet et des conditions de cette procédure. Il recueille l'accord du patient, préalablement à la consultation des données le concernant. Cet accord porte sur l'ensemble de ces données. Le consentement du patient est réputé obtenu par l'utilisation de sa carte Vitale. Le refus du bénéficiaire n'emporte aucune conséquence en matière de remboursement. [...]"*

dans la loi de santé de 2016 l'Assurance Maladie devient opérateur du DMP va poser la question de l'insertion de ses données<sup>497</sup> qui sont obligatoirement collectées du fait de l'exercice des missions de la CNAM et qui lui donne un droit absolu sur cette collecte, au sein du DMP<sup>498</sup>. Dans ce contexte, les données préexistent et leur collecte est le fruit de l'exercice d'un droit absolu du collecteur, et le changement de destination de la donnée ou plutôt l'ouverture d'une possibilité d'accès au médecin, redonne du pouvoir au patient. En d'autres termes, l'assuré est "sans droits " face à la collecte de données, et le patient a tous les droits pour l'accès à sa donnée de santé, qui initialement était une donnée sociale.

Les collecteurs publics peuvent aussi avoir un droit absolu sur les données anonymisées quand elles rentrent dans le champ de leur mission . Tel est le cas de l'Agence Nationale de Santé Publique. La collecte de données anonymisées fait partie de son cœur de métier, elle est nécessaire à l'accomplissement de ses missions<sup>499</sup>. En effet, elle est en charge de " *L'observation épidémiologique et la surveillance de l'état de santé des populations*" et de " *La veille sur les risques sanitaires menaçant les populations*". Et, pour ce faire, elle " *Identifie, rassemble, analyse, actualise et diffuse les informations, données et connaissances sur l'état*

---

*Rappelant les termes de sa délibération du 15 mars 2005, la Commission considère que l'information diffusée auprès des bénéficiaires de l'assurance maladie doit préciser les modalités d'utilisation de la carte vitale afin de leur permettre de distinguer sans ambiguïté les différentes opérations qui seront réalisées avec la carte c'est-à-dire la télétransmission et l'accès au relevé de prestations "*

Ainsi, sur simple remise de sa carte Vitale, le patient autorise le médecin à accéder à ses données de remboursement dans un contexte de prise en charge. Le patient n'a jamais consenti à la création de cette donnée car cette dernière s'impose à lui tant qu'assuré.

<sup>497</sup> Cette possibilité était déjà prévue : Délibération n°2010-449 du 2 décembre 2010 portant autorisation des traitements de données personnelles mis en œuvre par les professionnels et établissements de santé nécessaires à la première phase de déploiement généralisé du dossier médical personnel : " *Il est également envisagé, à terme, de permettre la consultation de l'historique des remboursements, prévu par l'article L.162-4-3 du Code de la sécurité sociale, à partir du DMP "*.

Nouvel article R. 1111-30 du Code de la Santé Publique : " *Le dossier médical partagé contient : [...d) Les données nécessaires à la coordination des soins issues des procédures de remboursement ou de prise en charge, détenues par l'organisme d'assurance maladie obligatoire, dont relève chaque bénéficiaire. A cette fin, la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés met en œuvre pour l'ensemble des bénéficiaires de l'assurance maladie ayant créé un dossier médical partagé un traitement de données à caractère personnel visant à recevoir et organiser les données visées au présent point d "*.

<sup>498</sup> Article L. 1111-14 du Code de la Santé Publique : " [...]La Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés assure la conception, la mise en œuvre et l'administration du dossier médical partagé, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés. Elle participe également à la conception, à la mise en œuvre et à l'administration d'un système de communication sécurisée permettant l'échange d'informations entre les professionnels de santé [...] ".

<sup>499</sup> Article L. 1413-1 du Code de la Santé Publique.

de santé des populations et sur les risques sanitaires les menaçant, leurs causes et leurs évolutions. Elle crée, à cet effet, des systèmes d'information lui permettant d'accéder, dans les meilleurs délais, à des données scientifiques, sanitaires, démographiques, comportementales, sociales, climatiques, environnementales, statistiques, industrielles et commerciales, notamment en matière de déterminants, de morbidité et de mortalité ". Afin de mener à bien cette mission, les principaux moyens dont est doté l'Agence sont donc essentiellement des systèmes d'informations et de bases de données<sup>500</sup>. Elle a même le pouvoir de mobiliser à la fois des entités publiques, mais aussi des entités privées<sup>501</sup>.

L'*open data*, abordé précédemment<sup>502</sup>, est un mécanisme qui impose ou à tout le moins incite fortement l'Administration à mettre à disposition ses données anonymisées (et anonymes) du fait de leur statut. Le droit absolu est ici encore détenu par les personnes en tant que citoyens qui sont en droit d'exiger l'accès aux documents administratifs et aujourd'hui une mise à disposition de données. La mise à disposition de données en masse de la part de l'Administration n'est pour l'instant pas contraignante, mais il s'agit seulement d'encouragements à aller dans cette voie car considérée comme répondant à des objectifs de transparence et d'émulation économique. Toutefois, depuis la loi du 17 juillet 1978, l'accès aux documents administratifs, qu'ils soient sous forme de papier ou de données, est un droit pour les personnes et une obligation d'y répondre pour l'Administration<sup>503</sup>.

---

<sup>500</sup> Article R. 1413-1 du Code de la Santé Publique.

<sup>501</sup> Articles L. 1413-6, L.1413-7 et L. 1413-8 du Code de la Santé Publique.

<sup>502</sup> *Supra*, n°147 à 149.

<sup>503</sup> Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal; Étude du Conseil d'État, Pour une meilleure transparence de l'administration, Doc. fr. 1998; Commission d'accès aux documents administratifs, Guide de l'accès aux documents administratifs, 3e éd., Doc. fr. 1997 (le contenu actualisé de ce document est disponible sur le site [www.cada.fr](http://www.cada.fr)); Commission d'accès aux documents administratifs, «Transparence et secret», Colloque pour le XXVe anniversaire de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs, CADA et l'IFSA, Paris 16 et 17 oct. 2003, Doc. fr. 2004; Dossier spécial AJCT sept. 2011, L'accès aux documents administratifs locaux (état civil, police, urbanisme, action sociale, gestion des agents, réutilisation des données publiques); S. BOISSARD, " Le droit d'accès aux documents administratifs depuis l'intervention de la loi du 12 avr. 2000 ", *AJDA*, 2003. 1309; " Quelles sont les obligations des collectivités territoriales en matière de communication de documents? ", *Gaz. cnes*, 2003. 56; " De l'information au droit d'accès: quelles sont les obligations des collectivités territoriales en matière de communication de documents? ", *BJCL*, 4/2003.234; E. CARTIER, " Publicité, diffusion et accessibilité de la règle de droit dans le contexte de la dématérialisation des données juridiques ", *AJDA*, 2005. 1092; J. CHEVALLIER, " La transformation de la relation administrative: mythe ou réalité? ", *D.*, 2000. 575; B. DELAUNAY, " L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés, contribution à l'étude des réformes entreprises depuis 1945 ", *BDP*, LGDJ 1993, t. 172; " De la loi du 17 juill. 1978 au droit à l'information en matière d'environnement ", *AJDA*,

Cependant, ce mécanisme d'accès se fait sur demande. À l'inverse, le mouvement de mise à disposition des données publiques est proactif dans le sens où c'est l'Administration qui de sa propre volonté met à disposition des jeux de données sans demande de la part d'un quelconque citoyen.

Le droit absolu des personnes publiques sur les données anonymisées est donc finalement parfois plus une obligation qu'une prérogative.

**278.** La question du caractère absolu des droits des collecteurs sur les données est moins tranchée que pour les personnes et patients. Toutefois, ce caractère apparaît de moins en moins identifiant pour le droit de propriété, car comme beaucoup de droits il a de nombreuses limites.

---

2003. 1316; M. GJIDARA, " Le droit général d'accès aux documents administratifs, notamment au plan local et dans le cadre associatif ", *Quot. jur.*, 1983, n° 50. 3 et 57. 3; Y. GOUNIN & L. LALUQUE, " La réforme du droit d'accès aux documents administratifs ", *AJDA*, 2000. 486; O. HENRARD, " L'information du public en matière de sécurité nucléaire après la loi du 13 juin 2006 ", *AJDA*, 2006. 2112; Y. JEGOUZO, " Le droit à la transparence administrative ", *EDCE*, 1992, n°43; " La loi du 17 juillet 1978 a vingt-cinq ans ", *AJDA*, 2003. 1297; G. KOUBI, " Des ou déconnexions administratives en messages électroniques ", *JCP Adm.*, 2008. 2170; A. KUREK, " L'application de la transparence administrative aux rapports des inspections générales ministérielles ", *RFDA*, 2003. 1175; A. LALLET, " Documents administratifs (accès et réutilisation) ", *Répertoire de contentieux administratif Dalloz*; A. LALLET & J. - P. THIELLAY, " La Commission d'accès aux documents administratifs a trente ans ", *AJDA*, 2008. 145; B. LASSERRE, " Six ans après le vote de la loi du 17 juillet 1978: une administration plus transparente? ", *EDCE*, 1983-1984, n° 35. 99; P. LANGENIEUX-VILLARD, *L'administration en questions*, La Documentation française, 1995; J. LAVEISSIERE, " Le «droit à l'information» à l'épreuve du contentieux. À propos de l'accès aux documents administratifs ", *D.*, 1987. 275; " En marge de la transparence administrative: le statut juridique du secret ", *Mélanges Auby*, 1992; J. LEMASURIER, " Vers une démocratie administrative: du refus d'informer au droit d'être informé ", *RD publ.*, 1980. 1239; R. LETTERON, " Le modèle français de transparence administrative à l'épreuve du droit communautaire ", *RFDA*, 1995. 813; D. MAILLARD DESGREES DU LOU, *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, PUF, Thémis, 2000; V. K. MICHELET, " La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la procédure administrative non contentieuse ", *AJDA*, 2002. 949; F. MODERNE, *Conception et élaboration de la loi du 17 juillet 1978*, Actes du Colloque XXVe anniversaire CADA, Doc. fr. 2004. 19; G. MORANGE, " Le secret en droit public français ", *D.*, 1978. 1.; H. OBERDORFF, " L'émergence d'un droit de comprendre l'administration et le droit ", *EDCE*, 1992, n° 43; M. PUYBASSET, " Le droit à l'information administrative ", *AJDA*, 2003. 1307; A. ROBINEAU-ISRAEL & B. LASSERRE, " Administration électronique et accès à l'information administrative ", *AJDA*, 2003. 1325; P. SABLIERE, " Une nouvelle source du droit?, Les «documents référents» ", *AJDA*, 2007. 66; J. SOUBEYROL, " La communication des documents administratifs aux administrés ", *AJDA*, 1958. 43; L. TROUVET & J. -H. STAHL, " Accès aux documents administratifs ", *AJDA*, 1994. 679. ; C. WIENER, " L'utilisateur a-t-il la parole? ", *EDCE*, 1992, n° 43; J. - Y. VINCENT & E. CADEAU, *Accès aux documents administratifs. Régime général. Loi du 17 juillet 1978*, fasc. 109-10, J.-cl. adm.; *Accès aux documents administratifs. Régimes spéciaux. Fichiers. Archives*, fasc. 109-20, J.-Cl. Adm.; C. WIENER & M. LE CLAINCHE (sous dir. de), *Le citoyen et son administration*, Impr. nat. 2000.

## SECTION 2 : L'EXISTENCE CLASSIQUE DE LIMITES AU CARACTERE ABSOLU

**279.** Malgré l'identification de droits absolus pour les acteurs concernés par les données de santé, il existe des limites à cette absoluité, tant pour les patients (§1) que pour les collecteurs (§2).

### **§1. Les limites impérieuses face au patient**

**280.** Les limites des droits des patients sont issues d'un principe relativement classique et qui se retrouve tant dans le droit de propriété que dans les droits de la personnalité (A). Les droits sur les données de santé n'échappent pas à cette limitation (B).

#### **A. Le principe de restriction des droits**

**281.** Le droit de la personne et du patient sur ses données se heurte à de nombreuses limites.

**282.** Cette notion de limites n'est pas absente de l'article 544 du Code Civil qui tout en affirmant le caractère absolu de droit de propriété le circonscrit à un champ qui ne doit pas dépasser les barrières posées par la loi : "*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*". L'existence de limites n'empêche ainsi en rien l'affirmation du caractère absolu du droit de propriété et elles y sont même consubstantielles. Notre analyse s'attachera donc aussi à envisager les limites aux droits des patients sur leurs données personnelles qui ne remettent pas en cause leur absoluité.

**283.** En matière de droits fondamentaux et de droits de la personnalité, la logique est la même que pour le droit de propriété, il existe un droit et des limites à celui-ci. Quelques exceptions existent car certains droits ne peuvent subir aucune altération comme par exemple l'interdiction de traitements inhumains telle qu'envisagée dans la Convention européenne des droits de l'homme et dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH). Ces droits

qualifiés d'intangibles ne sauraient souffrir de restrictions dans le sens où rien ne permet de justifier leur atteinte. Dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme (Convention EDH) par exemple, l'article 3 sur l'interdiction de la torture n'a qu'un seul paragraphe alors qu'à l'inverse les autres articles sont structurés en deux paragraphes, le premier sur l'affirmation du droit, le second avec les atteintes acceptées comme c'est le cas pour l'article 8 relatif au droit au respect de la vie privée et familiale<sup>504</sup>. Ces limites sont qualifiées de "clauses d'ordre public " et obéissent au même schéma. Chaque restriction à un droit doit obéir à trois conditions : être prévue par la loi, viser un but légitime et être nécessaire dans une société démocratique<sup>505</sup>. Le droit au respect de la vie privée est toujours mis en balance avec d'autres droits et l'un prendra l'avantage sur l'autre selon différents critères.

**284.** Ainsi, pour le traitement de données personnelles de santé, le patient peut se voir opposer un certain nombre d'obligations qui vont lui enlever sa toute-puissance à l'égard de ses données.

## **B. Les restrictions aux droits sur les données de santé**

**285.** Par exemple, des considérations de santé publique peuvent être dégagées et imposer la divulgation, plutôt le signalement de certaines maladies afin d'éviter des crises sanitaires majeures. Ainsi le Chapitre III du Livre 1er de la Troisième Partie du Code de la Santé Publique s'intitule : " *Transmission obligatoire des données individuelles à l'autorité sanitaire* "et est composé d'un seul article,

---

<sup>504</sup> Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales.

telle qu'amendée par les Protocoles n° 11 et n° 14 \*; Rome, 4.XI.1950 :

" *Article 3 – Interdiction de la torture*

*Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. "*

" *Article 8 – Droit au respect de la vie privée et familiale. "*

*Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.*

*Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. "*

<sup>505</sup> Sur ces différents points, voir notamment : F. SUDRE, Droits de l'homme, Répertoire de droit international, Dalloz, actualisé en 2015; F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, PUF, Que sais-je ?, 2015; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Droit fondamental, 2015; F. SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, Thémis, 2015.

l'article L. 3113-1 qui dispose : " *Font l'objet d'une transmission obligatoire de données individuelles à l'autorité sanitaire par les médecins et les responsables des services et laboratoires de biologie médicale publics et privés :*

*1° Les maladies qui nécessitent une intervention urgente locale, nationale ou internationale ;*

*2° Les maladies dont la surveillance est nécessaire à la conduite et à l'évaluation de la politique de santé publique "*.

Les procédures de signalement et de déclaration sont très encadrées et tentent au mieux d'être respectueuses du patient et de ses droits sur ses informations et données de santé ; ces éléments n'étant accessibles qu'aux médecins, ou à tout le moins des personnes astreintes au secret professionnel et mettant en œuvre des procédés d'anonymisation. Cependant, malgré tout, le patient n'a pas le choix et n'a pas de consentement à donner sur cette collecte de données, car elle est rendue obligatoire du fait d'impératifs de santé publique. Il s'agit ici d'une limite au pouvoir absolu du patient sur ses données. La volonté est outrepassée par des considérations de santé publique.

**286.** Comme cela a été vu précédemment<sup>506</sup>, le patient peut être contraint de transmettre des données dans le cadre de la solidarité nationale, notamment à l'Assurance Maladie.

Le traitement des remboursements nécessite cette collecte de données et le patient pour être remboursé ne peut ni consentir à ce traitement ni s'y opposer. La seule marge de manœuvre qu'il possède est un droit d'accès. La question de la nature des données de remboursement détenues par l'Assurance Maladie a longtemps fait débat : certains (et notamment la CNAMTS) revendiquaient pour ces données un statut de données sociales uniquement, alors que d'autres affirmaient que ces données étaient aussi des données de santé au regard de l'information contenue et du fait que le remboursement était associé à un acte ou un médicament par exemple. Le développement des services tel que le " Web médecin "<sup>507</sup> montre

---

<sup>506</sup> *Supra*, n°147 à 149

<sup>507</sup> Article L162-4-3 du code de la Sécurité Sociale : " *Les médecins peuvent, à l'occasion des soins qu'ils délivrent et sous les conditions prévues à l'article L. 161-31, consulter les données issues des procédures de remboursement ou de prise en charge qui sont détenues par l'organisme dont relève*

enfin la valeur sanitaire de ces données qui peuvent être utiles à la prise en charge des patients et à la coordination des soins. Toutefois, on ne manquera pas de remarquer que ces données sont collectées d'office et de manière obligatoire pour le patient s'il souhaite être remboursé. La seule possibilité aujourd'hui pour le patient de garder la maîtrise de ces données issues de l'historique des remboursements de l'Assurance Maladie dans un contexte de prise en charge par un professionnel de santé est de s'opposer à cette consultation alors que le consentement à cette dernière est matérialisé par la simple remise de la carte Vitale<sup>508</sup>. Même s'il est inscrit dans les textes qu'un refus d'accès à l'historique des remboursements n'emporte aucune conséquence sur le remboursement, il n'empêche que la remise de la carte Vitale est quasi-systématique lors d'une consultation médicale et laisse présager de confusions certaines du fait d'une matérialisation du consentement biaisée. Ces différents éléments montrent toute la difficulté à lier les données de remboursement et les données de santé qui sont pourtant les mêmes, mais répondent à des objectifs et usages différents. Les premières sont nécessairement et obligatoirement collectées alors que les secondes en théorie exigent un consentement du patient. Nous sommes ici confrontés à un changement de nature de la donnée selon son contexte. Or, la

---

*chaque bénéficiaire de l'assurance maladie. Dans ce cas, ils en informent préalablement le patient. Le bénéficiaire des soins donne son accord à cet accès en permettant au médecin d'utiliser, à cet effet, la carte mentionnée à l'article L. 161-31.*

*Le relevé des données mis à la disposition du médecin contient les informations nécessaires à l'identification des actes, produits ou prestations pris en charge pour les soins délivrés en ville ou en établissement de santé, au regard notamment des listes mentionnées aux articles L. 162-1-7, L. 165-1 et L. 162-17. Il comporte également le code prévu pour les identifier dans ces listes, le niveau de prise en charge et, pour les patients atteints d'une affection de longue durée, les éléments constitutifs du protocole de soins mentionné au septième alinéa de l'article L. 324-1. Il ne contient aucune information relative à l'identification des professionnels de santé prescripteurs."*

Voir aussi : Décret n° 2006-143 du 9 février 2006 relatif aux modalités d'accès des médecins aux données relatives aux prestations servies aux bénéficiaires de l'assurance maladie et modifiant le code de la sécurité sociale et Délibération n°2007-194 du 10 juillet 2007 autorisant la mise en place généralisée par la Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés d'un traitement permettant aux médecins d'accéder aux données relatives aux prestations servies aux bénéficiaires de l'assurance maladie. Historique des remboursements ou WEB MEDECIN.

<sup>508</sup> Article L162-4-3 du code de la Sécurité Sociale : " [...] *Le bénéficiaire des soins donne son accord à cet accès en permettant au médecin d'utiliser, à cet effet, la carte mentionnée à l'article L. 161-31 [...]* ".

Décret n° 2006-143 du 9 février 2006 relatif aux modalités d'accès des médecins aux données relatives aux prestations servies aux bénéficiaires de l'assurance maladie : " [...] *En outre, le médecin ayant recours à ce service est tenu d'informer ses patients à l'occasion de la réalisation des soins de l'objet et des conditions de cette procédure. Il recueille l'accord du patient, préalablement à la consultation des données le concernant. Cet accord porte sur l'ensemble de ces données. Le consentement du patient est réputé obtenu par l'utilisation de sa carte qui lui a été délivrée en application de l'article L. 161-31, sous réserve de la validité de cette dernière.* ".

donnée primaire est obligatoirement collectée du fait de sa fonction première et son usage en est ensuite dérivé. C'est pour cela que les données de l'Assurance Maladie dans le cadre de l'activité de remboursement sont régies par des dispositions spécifiques à l'égard du consentement et encadrées par une autorisation CNIL dans le contexte sanitaire.

**287.** Enfin parfois, et ce même en matière de données de santé, le droit du patient sur les informations concernant son état de santé est confronté au droit à l'information du public et à la liberté d'expression. Une affaire est emblématique de cette confrontation de droits : l'affaire du livre intitulé le " Grand Secret ". Ce livre a été écrit par le Docteur Claude Gublert, médecin de l'ancien Président de la République, François Mitterrand. Ce livre publié quelques jours après le décès de François Mitterrand dévoile son état de santé et notamment son cancer. Les juges ordinaires, civils et pénaux ont parlé d'une seule et même voix sur ce sujet : le Dr Gubler est radié de l'Ordre des médecins pour violation du secret professionnel<sup>509</sup> et condamné à plusieurs mois de prison avec sursis et à une amende de plusieurs milliers d'euros sur ce même fondement<sup>510</sup>. Dans la jurisprudence nationale, le respect de la vie privée l'a emporté sur la liberté d'expression et la liberté d'information. La Cour européenne a été saisie à ce sujet afin d'arbitrer entre ces deux droits. La CEDH juge conforme l'interdiction de publication faite par le juge des référés français du fait de son caractère temporaire et au regard de la promiscuité entre la date de décès de l'ancien chef de l'État et celle de la publication du livre. Toutefois, l'interdiction de publication rendue ensuite définitive ne trouve, selon la Cour EDH, pas de justification au regard notamment de la personnalité en cause et elle condamne ainsi cette interdiction définitive sur le fondement de la liberté d'expression et d'information<sup>511</sup>. Le fondement de l'interdiction de diffusion ne pouvait cependant pas se baser sur l'atteinte à la vie privée dans le sens où la personne concernée était décédée, ces droits s'éteignant en principe avec la personne. Les sanctions ont donc été prononcées sur la base du non-respect du secret médical. Si la publication de ce livre s'était faite avant le décès du Président de la République, l'un des fondements aurait très certainement

---

<sup>509</sup> CE 29 déc. 2000, G., Lebon p. 676.

<sup>510</sup> T. corr. Paris, 5 juill. 1996, Conc. méd. 1<sup>er</sup> mars 1997.339, comm. J.-P. Alméras.

<sup>511</sup> Cour européenne des droits de l'Homme, 18 mai 2004, Plon (société) c/ France, D., 2004.1838, note A. GUEDJ, *RTD civ.*, 2004.483, obs. J. HAUSER.

été l'atteinte à la vie privée et les juges, nationaux et européens, auraient concilié différents droits. Mais force est de constater que même après le décès de la personne, la liberté d'expression peut finalement l'emporter.

**288.** Pour autre exemple, la Cour européenne a déjà validé l'atteinte à la vie privée et plus particulièrement en matière de données de santé (en l'espèce la divulgation d'un dossier médical par un établissement à une caisse de remboursement) au motif que l'établissement en question " *avait des raisons pertinentes et satisfaisantes de communiquer à la caisse le dossier de Mme M. S. et que la mesure n'était pas disproportionnée au but légitime poursuivi* "<sup>512</sup>.

**289.** Le patient dans l'exercice de ses droits sur ses données de santé peut donc se heurter à des limites, des atteintes légitimes; et ce malgré toute l'absoluité de son droit. Cela ne remet pas en cause l'absoluité des droits et l'analogie avec le droit de propriété car ce dernier est aussi limité dans son exercice.

Mais, il n'est pas le seul, les collecteurs sont aux aussi contraints dans leurs droits sur les données.

## **§2. L'existence d'autres droits face aux collecteurs**

**290.** Les collecteurs font face, plus encore que les patients, à des contraintes et des limites dans l'exercice de leur activité.

**291.** Tout d'abord, et comme cela a déjà été évoqué<sup>513</sup>, les collecteurs sont confrontés au bon vouloir des personnes lorsqu'il s'agit de données personnelles. Du point de vue des collecteurs, la Loi Informatique et Libertés est une limite à l'exercice de leur activité et à leur droit sur les données et ce tant pour le droit de collecte (donc de quasi-crédation de l'objet donnée) que par la suite dans les droits d'accès et autres. Pour les données de santé, le principe reste l'interdiction de la collecte et l'impossibilité même de créer la donnée de santé. Et, même lorsque cette collecte est autorisée par la CNIL, elle doit toutefois être consentie par le patient.

---

<sup>512</sup> Cour européenne des droits de l'Homme, 27 août 1997, M. S. c/Suède.

<sup>513</sup> *Supra*, n°80 à 98.

Les seuls collecteurs qui semblent traités avec plus de souplesse sont les professionnels de santé eux même. Cependant, cette collecte, même si elle est justifiée au regard de la prise en charge des patients est limitée par un autre corpus juridique, celui du secret professionnel.

Les droits des patients priment nécessairement sur les droits des collecteurs. La loi Informatique et liberté est explicite quant à son champ d'application : les collecteurs, dans ce contexte qualifiés de responsable de traitements doivent respecter les dispositions de cette loi<sup>514</sup>.

De manière générale, le droit de la propriété des bases de données a aussi été très clair : " *Cette protection [accordée au producteur de la base de données] est indépendante et s'exerce sans préjudice de celles résultant du droit d'auteur ou d'un autre droit sur la base de données ou un de ses éléments constitutifs*"<sup>515</sup>. Le droit des producteurs ne peut donc porter atteinte aux droits des personnes sur leurs données. On assiste ici potentiellement à une multiplicité des droits sur les données. Par exemple, une base de données musicale même si elle peut bénéficier d'une protection (plutôt d'ailleurs *a priori* sur la base du droit d'auteur) ne permet pas à l'entreprise qui a constitué cette base de se voir reconnaître un quelconque droit de propriété sur la donnée en tant que telle, l'œuvre musicale reste potentiellement la pleine propriété de son auteur (qui conserve nécessairement le droit moral sur son œuvre, et ce même s'il a cédé totalement ou partiellement les droits patrimoniaux sur son œuvre à la plateforme de téléchargement ou d'écoute musicale).

Le Code de la Propriété Intellectuelle reconnaît clairement un droit de propriété sur les bases et tout comme l'article 544 du Code Civil, il y apporte déjà des limites constituées par les sphères juridiques d'autres sujets de droit potentiellement en jeu et pour ce qui nous occupe les droits des patients sur leurs données.

L'Administration est elle aussi confrontée à des obligations qui grèvent ses données. Outre l'obligation de les collecter, car nécessaire à l'exercice des missions qui lui sont assignées, elle doit mettre les informations à disposition soit

---

<sup>514</sup> Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

<sup>515</sup> Article L. 341-1 du Code de la propriété intellectuelle.

par le biais de la Loi CADA qui impose l'accès aux documents administratifs ou par le biais de la politique d'open-data aujourd'hui menée qui est simplement la technologisation de la loi CADA. Cependant, l'open-data ne revêt pas encore aujourd'hui de caractère vraiment obligatoire, mais reste fortement encouragé et deviendra peut-être un jour une obligation pour les personnes publiques.

**292.** Spécifiquement pour les données santé, il existe des règles qui encadrent certains pans d'activité. Ainsi, l'hébergement de ces données doit être effectué chez un hébergeur agréé spécialement à cet effet<sup>516</sup>. Tout hébergement externalisé de données à caractère personnel doit être fait chez un hébergeur agréé. Cet agrément impose un certain nombre de règles techniques et juridiques que l'hébergeur doit respecter. Tout collecteur de données de santé personnelles doit faire appel à un hébergeur agréé s'il souhaite être en conformité avec la loi sauf s'il est professionnel de santé ou établissement de santé et qu'il héberge lui-même ses données. Cette réglementation restreint un peu plus le pouvoir du collecteur sur les données personnelles de santé.

Tout comme le patient, le collecteur a lui aussi des limites à ses droits sur les données de santé. Mais, comme nous l'avons déjà dit, l'existence de limites n'empêche en rien de constater l'existence d'un droit de propriété qui, lui aussi, est limité.

---

<sup>516</sup> Article L. 1111-8 du Code de la Santé Publique.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 1

**293.** La question des limites au caractère absolu des droits des collecteurs sur les données montre le foisonnement des contraintes auxquelles ils sont exposés. Cependant, cette profusion de barrières n'est pas à même de contrarier la démonstration de l'existence d'un caractère absolu aux droits pesant sur les données. Le droit de propriété "classique " n'est dans les faits pas complètement absolu, car comme presque chaque droit, mais aussi comme chaque liberté, il est nécessairement circonscrit et confronté à des limites légales, réglementaires, d'ordre public et aux droits et libertés des autres personnes. Dans ce contexte, si le droit de propriété "classique " peut souffrir de limitations, l'existence de telles frontières en matière de droits des données de santé, ne saurait empêcher leurs qualification de droits propriétaires. Les données et notamment les données de santé sont des catalyseurs de télescopage de droits entre les droits des patients, ceux des professionnels de santé, ceux des collecteurs privés, et ceux des collecteurs publics.

De fait, de manière générale, le droit de propriété n'étant plus réellement dans notre droit un droit absolu, ce caractère a une capacité identifiante du droit de propriété très limitée et ne permet pas, de manière positive comme de manière négative d'affirmer l'existence ou l'absence d'un droit de propriété sur les données.

**294.** L'analyse du second caractère du droit de propriété sera plus à même de marquer l'existence de similitudes entre les droits sur les données de santé et le droit de propriété.



## CHAPITRE 2

### L'IDENTIFICATION D'UN CARACTERE EXCLUSIF A GEOMETRIE VARIABLE CLASSIQUE

**295.** Le caractère exclusif est l'un des critères majeurs de l'identification du droit de propriété en prolongeant l'absolutisme<sup>517</sup>. Il permet au propriétaire d'être " *le seul titulaire des prérogatives que le droit lui reconnaît sur la chose*"<sup>518</sup>; " *d'empêcher les tiers de retirer quelque avantage que ce soit de son bien, même si cela ne lui cause aucun préjudice* " <sup>519</sup>. En d'autres termes, " *la propriété confère un monopole* " <sup>520</sup>. " *L'exclusivité protège le propriétaire contre les tiers. Le rapport qu'elle établit confère à la personne à laquelle le bien appartient le pouvoir d'exclure. Grâce à cette prérogative, le propriétaire peut en toute liberté et sans autres limites que celles résultant de la loi, retirer les utilités de la chose, lesquelles apparaissent, par suite comme des avantages consécutifs à l'exclusivité* " <sup>521</sup>. Les développements qui vont suivre ne reprennent pas cette dichotomie entre pouvoir d'exclure et utilités de la chose, mais chacune de ces deux facettes du caractère exclusif est abordée tout au long de l'analyse.

**296.** Le droit civil des biens n'a, à l'origine, pensé le droit de propriété que pour des choses corporelles. L'arrivée des nouveaux biens soit des bien immatériels et donc des choses incorporelles a soulevé la problématique de l'exclusivité des droits dans la multiplicité à la fois des objets (Section 1), mais aussi des détenteurs de ces droits (Section 2) : " *où l'on voit que la chose corporelle ne supporte qu'un seul contrat là où la chose incorporelle pourra être " occupée " simultanément par plusieurs locataires au titre de contrats distincts.* " <sup>522</sup>

---

<sup>517</sup> F.TERRE & P. SIMLER, *op.cit.* , p. 144 (F.TERRE & P. SIMLER, Droit civil, *Les biens*, Précis, Dalloz, 9ème éd., 2014).

<sup>518</sup> Y. STRICKLER, *Les biens*, PUF, Thémis Droit, 1ère édition, 2006.

<sup>519</sup> J.-BERGEL, M. BRUSCHI & S. CIMAMONTI, (ss. dir de J. GHESTIN), *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2ème éd., 2010, p. 109.

<sup>520</sup> Y. STRICKLER, *Ibid.*

<sup>521</sup> T. REVET & F. ZENATI-CASTAIN, *les Biens, op. cit.*, p. 315.

<sup>522</sup> J. RAYNARD, " Entre brevet et droit d'auteur. Les quatre points cardinaux de la propriété intellectuelle " *JCP G*, n°14, 1er avril 2013, doct. 399.

297. L'analyse qui va suivre va nécessairement s'envisager sous l'angle de la propriété intellectuelle qui " *tient fondamentalement dans un monopole d'exploitation constitué de prérogatives légales qui réservent à l'auteur comme au breveté certaines utilités économiques de la chose.* "<sup>523</sup>. L'exclusivité, l'idée de monopole et de réservation sont au cœur même de l'analyse d'un droit de propriété sur les biens intellectuels tels que les données.

## SECTION 1 : UNE EXCLUSIVITE MULTIPLE DU FAIT DU CARACTERE UBIQUITAIRE DE LA DONNEE

298. L'exclusivité des droits sur une donnée est d'autant plus difficile à saisir que la donnée est par nature ubiquitaire, terme qui se définit comme la capacité à être présent en tous lieux de manière simultanée. En conséquence, pour pouvoir trouver un lien d'exclusivité, il est nécessaire que la donnée présente une unicité en tant qu'objet, que chose (§1) alors même que le caractère ubiquitaire entraîne la multiplication de ces objets qui restent pourtant souvent similaires (§2).

### **§1. L'unicité de la " chose-donnée "**

299. La donnée est une chose à part entière qui procède d'une information technologisée qui correspond à une inscription informatique dans une base, et ce dans un langage particulier. Il s'agit de reprendre contact avec la matérialité de la donnée sur cet aspect. La donnée est un mot écrit en informatique. Et c'est ce qui lui donne son caractère unique en tant qu'objet. Mais, au-delà du simple mot, ce dernier contient une information.

La collecte d'une donnée de santé peut avoir pour fonction notamment la création de cette donnée. L'acte de collecte d'une donnée, qu'elle soit personnelle ou non, peut ainsi être l'acte créateur de la donnée dans le sens où même si l'information préexiste à cette création, elle est rendue lisible et signifiante en la technologisant sous la forme d'une donnée. Même deux données identiques sur l'information qu'elles contiennent sont considérées comme deux choses à part entière.

---

<sup>523</sup> *Idem.*

Le lieu matériel de présence ou plutôt en l'espèce de stockage de la donnée est ici majeur. Car envisager la donnée comme une chose c'est aussi retourner à sa matérialité et donc à sa situation que l'on pourrait qualifier de géographique. Cet aspect se situe sur la distinction entre la collecte et le stockage de la donnée face à l'accès à cette donnée. L'accès à une donnée, au même titre que l'accès à l'information ne signifie pas forcément détenir cette donnée. On peut certes la "détenir " dans le sens immatériel du terme, c'est-à-dire mémoriser l'information contenue dans la donnée, mais ne pas détenir l'objet "donnée " pour autant.

Par exemple, il est possible de consulter des documents en ligne qui sont une donnée ou plutôt un ensemble de données. Le document a été créé et est conservé par une personne et le lire en ligne n'est qu'un accès à la donnée. Par contre, télécharger ce document, et l'enregistrer sur un ordinateur participe en fait d'un processus de création d'une nouvelle donnée, identique certes à l'original dans son contenu informatique, mais qui est aujourd'hui retranscrite dans une autre base que sa base d'origine.

Même s'il est vrai que d'autres droits peuvent persister sur la donnée recopiée et donc créée (comme par exemple les droits d'auteurs), l'auteur de la copie devient détenteur matériel de cette donnée. Il ne s'agit ni plus ni moins finalement de faire un comparatif avec des choses corporelles telles qu'une chose produite en série comme une table ou une chaise. Ces choses corporelles identiques sont envisagées dans leur unicité et non pas dans leur similitude lorsqu'il est question de droit de propriété.

Le même processus est à l'œuvre avec le droit à l'image des biens dont nous avons fait l'inventaire jurisprudentiel<sup>524</sup>. La jurisprudence a d'abord tenté d'incorporer l'image du bien au bien lui-même pour finalement aboutir à la solution selon laquelle l'image d'un bien n'est pas le même bien. Et la solution serait la même pour l'image d'un bien qui reste une chose distincte avec un détenteur matériel voire même un propriétaire, et ce malgré la persistance de droits tels que le droit d'auteur.

---

<sup>524</sup> *Supra*, n°203

Le bien sur lequel le propriétaire exerce son droit ne s'étend pas jusqu'à la photographie, la représentation de son bien qui est finalement un processus créatif d'un autre bien, celui de l'image du premier bien. La recopie de cette image obéira tout de même à un statut particulier, encore faut-il qu'elle ait été autorisée.

La solution de l'Assemblée plénière sur l'image d'un bien dispose expressément que le propriétaire de ce dernier n'a pas de droit exclusif donc pas de droit de propriété sur l'image de son bien : « *le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci ; il peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal* »<sup>525</sup>. Les limites sont posées pour la création d'une représentation photographique ou autre d'un bien. Cependant, la copie de cette même image sera elle, limitée par un droit de propriété intellectuelle sur cette dernière. Le bien initial, sujet de la photographie n'a pas son image protégée au titre du droit de propriété alors qu'à l'inverse la photographie est, quant à elle, protégée par ce droit. On crée ainsi un bien différent du sujet initial reproduit et contenu dans ce bien.

L'analyse peut être semblable avec l'objet qui nous occupe : la donnée. La chose de départ étant l'information, protégée par divers droits, mais pas celui de propriété. L'emprisonnement, la mise en image, en l'espèce la mise en donnée de cette information, crée un bien susceptible d'être protégé par un droit de propriété, certainement intellectuel. La recopie de cette image, de cette donnée, peut soit créer un autre bien ou simplement faire usage de prérogatives accordées comme un droit d'utilisation dans un contexte particulier. Chaque donnée même identique matériellement est formellement une chose unique.

On comprend ici que même deux données identiques sont des choses et potentiellement des biens différents, qui ont leur unicité. On remarque aussi que la donnée d'origine peut conserver en elle le droit de propriété et simplement en donner des usages.

---

<sup>525</sup> Cass, AP, 7 mai 2004, Bulletin 2004 A. P. N° 10 p. 21; J. AZEMA, " Dépôt d'un dessin à titre de marque ", *RTD com.*, 2004. 712; T. REVET, " Image des biens ", *RTD civ.*, 2004. 528; N. REBOUL-MAUPIN, " Image des biens : droit exclusif et trouble anormal "; *D.*, 2004. 2406; J.-M. BRUGUIERE, " Image des biens : la troublante métamorphose ", *D.*, 2004. 1545; E. GAVIN-MILLAN-OOSTERLYNCK, " L'épilogue de la quête d'un équilibre entre les intérêts contradictoires du propriétaire du bien et des professionnels de l'image ", *RDI*, 2004. 437; E. DREYER, " L'image des biens devant l'Assemblée plénière : ce que je vois et à moi...", *D.*, 2004. 1545; C. ATIAS, " Les biens en propre et au figuré ", *D.*, 2004. 1459.

L'exclusivité s'envisage alors potentiellement donnée par donnée même si ces dernières sont identiques à tous points de vue.

## §2. La réplique de la chose-donnée

**300.** Cette exclusivité sur la donnée est d'autant plus complexe à envisager que les données stockées et utilisées, même si elles ont leur unicité, peuvent être en tout point semblables, que ce soit en termes de format informatique ou de contenu. La problématique réside dans le fait que " *l'une des composantes essentielles de la donnée numérique est sa capacité à être clonée très rapidement* „<sup>526</sup>.

Nous avons donc affaire à la même chose matériellement, mais qui, juridiquement, sera envisagée comme deux choses distinctes.

Une précision à apporter est la distinction entre l'accès à une donnée et la donnée elle-même. Accéder à une donnée ce n'est pas créer une nouvelle donnée, c'est simplement en faire usage. À l'inverse, recopier une donnée (comme par exemple en téléchargement et en enregistrant cette dernière sur un disque) n'est autre qu'un processus de création d'une donnée qui peut potentiellement rester grevée de contraintes, soit imposées par le détenteur origine, soit du fait de sa nature comme par exemple la donnée personnelle et ainsi soumise à la loi informatique et liberté au consentement de la personne et au respect notamment d'une finalité.

La création d'une donnée identique à la donnée d'origine provoque l'apparition d'une nouvelle chose et d'un nouveau détenteur qui dispose d'une maîtrise plus ou moins large sur cette donnée. On assiste donc à l'apparition d'un nouveau monopole d'exploitation, car il s'agit de l'apparition d'une nouvelle donnée.

On retombe ici dans l'analyse du caractère exclusif du droit qui pèse sur un bien meuble parfaitement identique dans sa forme et sa fonction comme une table ou une chaise et qui pourtant a été produit en de nombreux exemplaires identiques. Cette similitude n'empêche en rien d'exercer un droit de propriété sur ces biens.

---

<sup>526</sup> T. SAINT-AUBIN, " Les nouveaux enjeux juridiques des données (*big data*, web sémantique et *linked data*) Les droits de l'opérateur de données sur son patrimoine numérique informationnel ", *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2014.

Même si la capacité ubiquitaire d'une donnée est sans limites et nécessairement facile et rapide, il ne faut pour autant pas confondre l'accès à la donnée de l'existence même de la "chose-donnée".

Cette analyse se positionne donc plus sur la capacité de la chose-objet de l'étude qui nous occupe à accepter et à supporter un droit d'exclusivité ou un monopole d'exploitation malgré ses caractéristiques matérielles intrinsèques, en l'espèce sa capacité ubiquitaire. Le caractère ubiquitaire de la donnée n'empêche en rien l'exercice d'un tel droit, car en fait chaque donnée est unique, et ce même dans sa similarité avec d'autres. Les données n'ont finalement rien de bien différent avec certaines choses corporelles produites en série qui sont elles susceptibles de droit de propriété et donc *a fortiori* d'un pouvoir d'exclusivité.

L'ubiquité de la donnée peut donc faire apparaître une exclusivité multiple. Malgré la similarité de certaines données, notamment du fait de l'information qu'elles contiennent, il est possible d'envisager une exclusivité sur la même information " technologisée " dans le sens où cela autorise en fait une exclusivité sur une multitude de données prises dans leur unicité.

**301.** La barrière que constitue l'objet de l'étude, la donnée, vis-à-vis du concept même d'exclusivité est ici franchie, car chaque donnée s'apprécie en un élément unique. Il est donc possible de détenir un droit exclusif sur une donnée, mais se pose désormais la question de savoir si les acteurs qui sont en jeu dans cette problématique ont des droits sur les données de santé de nature à leur conférer un monopole de leur exercice.

## SECTION 2 : DES DETENTEURS D'EXCLUSIVITE VARIES SELON LES DONNEES

**302.** Nous avons vu que la chose "donnée " est susceptible d'être l'objet d'un droit exclusif, et ce malgré des caractéristiques complexes. Il s'agit dorénavant de déterminer qui est susceptible d'être détenteur d'un droit exclusif sur la donnée selon les différentes catégories de données. Dans un premier temps, l'analyse se tournera vers les données personnelles et anonymisées (§1) puis, dans un second temps, vers les données publiques (§2).

### **§1. L'exclusivité sur les données personnelles et anonymisées**

**303.** La personne, et notamment le patient, apparaît comme susceptible de détenir un droit exclusif, un "monopole " d'exploitation sur les données personnelles (A) qui pourtant a du mal en droit positif à s'étendre aux données anonymisées (B)

#### **A. Les données personnelles, une exclusivité indiscutable**

**304.** Les droits pesants sur les données personnelles établissent une relation d'exclusivité entre la personne et la donnée (1) et, cette exclusivité est d'ailleurs régulièrement renforcée (2) et semble tracer les contours d'un monopole d'exploitation (3).

##### *1. Les droits sur les données personnelles, sources d'exclusivité*

**305.** Le droit des données personnelles et plus spécifiquement celui des données personnelles de santé n'est rien d'autre que l'organisation d'un droit exclusif de la personne sur ses données.

La place laissée au consentement et la multiplication des droits dérivés de ce dernier marquent la volonté d'accorder à la personne la complète maîtrise de l'exploitation de sa donnée. Dans notre droit, aucun traitement de données de santé personnelles ne peut être mis en œuvre sans l'accord du patient. Et comme nous

l'avons vu<sup>527</sup>, le patient peut ainsi déterminer la création de sa donnée, son usage et les droits d'accès.

Le patient est donc bien aujourd'hui le seul à pouvoir décider de la vie juridique de sa donnée, de son existence à sa destruction en passant par son usage. Le droit de la personnalité qui pèse sur cette donnée crée une sphère d'exclusivité de la personne sur cette dernière au même titre qu'un droit de propriété. En effet, par construction et par principe, la donnée personnelle est intimement attachée à une personne, ou un patient et non pas à l'espèce humaine. Ainsi, en ce sens, le droit qui porte sur la donnée est bien accordé à un individu et ce droit lui confère l'exclusivité sur sa donnée.

Le patient peut à tout moment retirer son consentement, exiger la disparition de sa donnée et limiter les droits d'accès à cette donnée. Le monopole d'exploitation étant entendu comme la capacité du détenteur de ce droit à évincer d'autres prétendants à ce droit et en conséquence d'être le seul à pouvoir prétendre user et disposer de la chose.

Le patient est au cœur du circuit des données personnelles, il est le seul à pouvoir accorder l'usage de sa donnée et retirer ce même usage.

Si nous prenons l'exemple du DMP, le patient autorise la création de données en consentant à la création de son dossier dans une finalité et un usage défini et encadré; il peut déterminer les droits d'accès aux données contenues dans ce dossier en appliquant le principe du masquage et celui du masquage du masquage<sup>528</sup>.

**306.** Synthétiquement, les personnes et *a fortiori* les patients disposent de "*prérogatives de maîtrise de l'inviolabilité des données personnelles* " et des "

---

<sup>527</sup> *Supra*, n°113 à 119.

<sup>528</sup> Délibération n°2010-449 du 2 décembre 2010 portant autorisation des traitements de données personnelles mis en œuvre par les professionnels et établissements de santé nécessaires à la première phase de déploiement généralisé du dossier médical personnel.

*prérogatives de contrôle de l'intégralité des données personnelles* " qui forment les contours de l'exclusivité de leur droit sur leurs données<sup>529</sup>.

**307.** Ainsi, les premières recourent le droit d'opposition ou le consentement<sup>530</sup> et le droit à l'oubli<sup>531</sup>. Les secondes concernent le droit d'accès et le droit de rectification. Le droit d'accès est inscrit à l'article 39<sup>532</sup> de la Loi Informatique et Libertés<sup>533</sup>.

La personne a donc un véritable droit de regard sur le traitement de ses données et peut à tout moment en demander communication sans justifier sa motivation<sup>534</sup>.

---

<sup>529</sup> Distinction faite par M. BENEJAT, Titre I, Chapitre II, Partie II " Les droits sur les données personnelles ", Propos in J. - C. SAINT-PAU (ss. dir. de), *Droits de la Personnalité*, Traité, LEXIS NEXIS, 2013, p. 582.

<sup>530</sup> *Supra*, n°259 à 267.

<sup>531</sup> *Supra*, n° 268 à 272

<sup>532</sup> Article 39, Loi Informatique et Libertés : " I. - Toute personne physique justifiant de son identité a le droit d'interroger le responsable d'un traitement de données à caractère personnel en vue d'obtenir :

1° La confirmation que des données à caractère personnel la concernant font ou ne font pas l'objet de ce traitement ;

2° Des informations relatives aux finalités du traitement, aux catégories de données à caractère personnel traitées et aux destinataires ou aux catégories de destinataires auxquels les données sont communiquées ;

3° Le cas échéant, des informations relatives aux transferts de données à caractère personnel envisagés à destination d'un État non membre de la Communauté européenne ;

4° La communication, sous une forme accessible, des données à caractère personnel qui la concernent ainsi que de toute information disponible quant à l'origine de celles-ci ;

5° Les informations permettant de connaître et de contester la logique qui sous-tend le traitement automatisé en cas de décision prise sur le fondement de celui-ci et produisant des effets juridiques à l'égard de l'intéressé. Toutefois, les informations communiquées à la personne concernée ne doivent pas porter atteinte au droit d'auteur au sens des dispositions du livre Ier et du titre IV du livre III du code de la propriété intellectuelle.

Une copie des données à caractère personnel est délivrée à l'intéressé à sa demande. Le responsable du traitement peut subordonner la délivrance de cette copie au paiement d'une somme qui ne peut excéder le coût de la reproduction. [...]"

<sup>533</sup> Ce droit est aussi inscrit dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, 2012/C 326/02, article 8 : " [...] Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant [...]"

<sup>534</sup> Sur les modalités pratiques de l'exercice du droit d'accès : Décret n°2005-1309 du 20 octobre 2005 pris pour l'application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés - Article 98 - :

" La demande d'accès peut être effectuée par écrit.

Lorsque le responsable du traitement permet la consultation des données sur place, celle-ci n'est possible que sous réserve de la protection des données personnelles des tiers. Sauf disposition législative ou réglementaire contraire, une copie des données à caractère personnel du demandeur peut être obtenue immédiatement.

Afin que le demandeur puisse en prendre pleinement connaissance, le responsable de traitement met à la disposition de l'intéressé toutes les données qui le concernent et pendant une durée suffisante.

Lors de la délivrance de la copie demandée, le responsable de traitement atteste, le cas échéant, du paiement de la somme perçue à ce titre".

Ce droit d'accès présente toutefois une certaine spécificité dans le domaine de la santé. Ainsi, l'article 43 de la Loi Informatique et Liberté permet qu'un médecin fasse l'intermédiaire : " *Lorsque l'exercice du droit d'accès s'applique à des données de santé à caractère personnel, celles-ci peuvent être communiquées à la personne concernée, selon son choix, directement ou par l'intermédiaire d'un médecin qu'elle désigne à cet effet, dans le respect des dispositions de l'article L. 1111-7 du code de la santé publique* ". Cette particularité pour les données de santé personnelles peut se justifier par la nécessité d'accompagner le patient dans la prise de connaissance de ce type de donnée afin de lui permettre par exemple de mieux les comprendre. L'une des raisons tient aussi à la sensibilité de ces données dans le sens où pour permettre l'accès du patient à celles-ci, cela implique qu'une tierce personne les cherche avant de pouvoir les lui remettre. De fait, comme ce sont des données de santé, il était nécessaire que seul un professionnel de santé soit habilité à permettre ce droit d'accès garantissant ainsi la confidentialité grâce au secret médical auquel il est astreint. Cette exigence se retrouve aussi, par exemple, comme l'une des conditions de l'agrément d'hébergeur de données de santé. Pour être agréé, un hébergeur doit disposer d'un médecin : " *Toute personne physique ou morale souhaitant assurer l'hébergement de données de santé à caractère personnel sur support informatique, mentionné à l'article L. 1111-8, et bénéficier d'un agrément à ce titre doit remplir les conditions suivantes : [...]*<sup>6</sup> *Identifier les personnes en charge de l'activité d'hébergement, dont un médecin, en précisant le lien contractuel qui les lie à l'hébergeur* "<sup>535</sup>. Elle existe aussi par le biais du médecin responsable de l'information médicale en établissement de santé<sup>536</sup>. Par conséquent, toute nécessité d'accès à des données de santé

---

Voir aussi : Guide de la CNIL, Droit d'accès, éd. 2015. [http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/Guides\\_pratiques/CNIL\\_Droit\\_d\\_acces.pdf](http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/Guides_pratiques/CNIL_Droit_d_acces.pdf).

Antérieurement, une délibération CNIL avait décrit les modalités du droit d'accès : Délibération n° 80-010 du 1er avril 1980 portant adoption d'une recommandation relative à la mise en œuvre du droit individuel d'accès aux fichiers automatisés.

<sup>535</sup> Article R. 1111-9 du Code de la Santé Publique.

<sup>536</sup> Article L. 6113-7 du Code de la Santé Publique : " *Les établissements de santé, publics ou privés, procèdent à l'analyse de leur activité.*

*Dans le respect du secret médical et des droits des malades, ils mettent en œuvre des systèmes d'information qui tiennent compte notamment des pathologies et des modes de prise en charge en vue d'améliorer la connaissance et l'évaluation de l'activité et des coûts et de favoriser l'optimisation de l'offre de soins.*

*Les praticiens exerçant dans les établissements de santé publics et privés transmettent les données médicales nominatives nécessaires à l'analyse de l'activité et à la facturation de celle-ci au médecin responsable de l'information médicale pour l'établissement dans des conditions*

personnelles, si elle n'est pas directe, doit être effectuée par un médecin. On considère cette particularité comme une garantie et non pas comme une contrainte. Cependant, on relèvera aussi le fait que ce n'est pas obligatoire, car cette communication peut aussi se faire directement permettant au patient d'accéder plus facilement aux données de santé qui le concerne, sans forcément nécessiter la présence d'un médecin.

L'article 40 de la loi Informatique et Liberté ouvre quant à lui une multitude de possibilités pour la personne tenant à la rectification de ses données<sup>537</sup> : "*Toute personne physique justifiant de son identité peut exiger du responsable d'un traitement que soient, selon les cas, rectifiées, complétées, mises à jour, verrouillées ou effacées les données à caractère personnel la concernant, qui sont inexactes, incomplètes, équivoques, périmées, ou dont la collecte, l'utilisation, la communication ou la conservation est interdite*". À la fois la personne peut exiger la modification de ses données, mais aussi faire cesser par elle-même une atteinte aux droits sur ses données dans le sens où leur collecte et utilisation n'est pas légale (soit par défaut de consentement, soit par un détournement de finalité). À la différence du droit d'accès, il n'y a pas pour ce droit de spécificité liée aux données de santé personnelles.

**308.** C'est ainsi tout un ensemble de prérogatives qui garantit l'entière maîtrise de la personne et elle seule sur ses données. Cette caractéristique est en tout point semblable à l'exclusivité dont bénéficie un propriétaire sur son bien. Les possibilités des patients quant à leurs données sont multiples et elle marque la volonté de leur accorder un droit exclusif sur celles-ci.

---

*déterminées par voie réglementaire après consultation du Conseil national de l'ordre des médecins.*

*Les praticiens transmettent les données mentionnées au troisième alinéa dans un délai compatible avec celui imposé à l'établissement.*

*Sous l'autorité des chefs de pôle, les praticiens sont tenus, dans le cadre de l'organisation de l'établissement, de transmettre toutes données concernant la disponibilité effective des capacités d'accueil et notamment des lits. A la demande du directeur, ce signalement peut se faire en temps réel.*

*Le praticien responsable de l'information médicale est un médecin désigné par le directeur d'un établissement public de santé ou l'organe délibérant d'un établissement de santé privé s'il existe, après avis de la commission médicale ou de la conférence médicale. Pour ce qui concerne les établissements publics de santé, les conditions de cette désignation et les modes d'organisation de la fonction d'information médicale sont fixés par décret [...]."*

<sup>537</sup> Ce droit est aussi inscrit dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, 2012/C 326/02, article 8 : "*[...] Toute personne a le droit [...]d'en obtenir la rectification*".

## *2. Les tentatives de renforcement de l'exclusivité des droits*

**309.** Pourtant, la question du droit exclusif de la personne sur ses données personnelles de santé reste circonscrite à un cadre fixé par la loi et/ou par les autorisations CNIL. Le patient n'a par exemple aujourd'hui pas la possibilité de "transporter ", transposer voire recopier ses données dans les systèmes d'information qu'il souhaite.

Cette idée est incarnée dans le principe de portabilité des données retranscrit dans le nouveau règlement européen qui le consacre dans son article 20 : "*1. Les personnes concernées ont le droit de recevoir les données à caractère personnel les concernant qu'elles ont fournies à un responsable du traitement, dans un format structuré, couramment utilisé et lisible par machine, et ont le droit de transmettre ces données à un autre responsable du traitement sans que le responsable du traitement auquel les données à caractère personnel ont été communiquées y fasse obstacle, lorsque:*

*a) le traitement est fondé sur le consentement en application de l'article 6, paragraphe 1, point a), ou de l'article 9, paragraphe 2, point a), ou sur un contrat en application de l'article 6, paragraphe 1, point b);*

*et b) le traitement est effectué à l'aide de procédés automatisés.*

*2. Lorsque la personne concernée exerce son droit à la portabilité des données en application du paragraphe 1, elle a le droit d'obtenir que les données à caractère personnel soient transmises directement d'un responsable du traitement à un autre, lorsque cela est techniquement possible.*

*3. L'exercice du droit, visé au paragraphe 1 du présent article s'entend sans préjudice de l'article 17. Ce droit ne s'applique pas au traitement nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement. [...]"<sup>538</sup>*

---

<sup>538</sup> Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

Ce droit à la portabilité des données tend à redonner à la personne une prise sur ses données en lui permettant de transmettre ces dernières à n'importe quel autre responsable de traitement. Cette disposition a pour objectif d'assurer une meilleure circulation des données par le seul biais de la volonté et du consentement du patient et finalement lui rendre l'exclusivité d'utilisation de ses données et d'en déterminer la finalité ainsi que les dépositaires et responsables.

Toutefois, se pose la question pour les données de santé qui sont par principe interdites de traitement, de savoir si les données collectées dans le cadre d'un traitement autorisé spécifiquement par la CNIL pour un responsable désigné pourront être "portées " vers une autre entité, un autre responsable par le seul usage de ce droit ou si le patient sera contraint par la réglementation sur les données de santé et donc limité dans son choix.

De plus, cette portabilité des données reste tout de même limitée techniquement, car la personne devra pour ce faire en obtenir une copie sur un format numérique afin de transmettre ces éléments au responsable auprès duquel il souhaite aussi les rendre disponibles. Il s'agira ici d'interpréter largement cette disposition dans le sens où il est possible d'imaginer des mécanismes de transits simples et dématérialisés de ces données. Le principe est donc d'organiser des échanges de données entre acteurs avec le consentement du patient.

Cette approche très centrée sur la volonté de la personne a des impacts significatifs sur le nombre de données potentiellement disponibles pour les collecteurs qui ne disposeraient pas du réseau de collecte.

Par exemple, dans le contexte des données de santé, si nous prenons le cas du DP, le patient pourrait numériquement accorder une recopie de sa donnée chez d'autres opérateurs que le CNOP qui met en œuvre le DP aujourd'hui. À la lecture de l'article 20 du règlement européen, le patient pourrait décider que les données de son DP soient copiées dans les bases d'un établissement de santé ou dans celles de son assureur. La question se pose vraiment pour les données de santé, car aujourd'hui ce système semble incompatible avec la réglementation spécifique sur ces données qui exige un responsable de traitement défini et une finalité de ce dernier. Dans notre cas d'espèce fictif, la finalité de traitement du DP n'est pas

compatible avec celles potentiellement poursuivies par un assureur. La mise en œuvre du droit à la portabilité impliquerait donc forcément d'ériger la volonté du patient comme seul paramètre dans la légalité d'un traitement de données.

En définitive, ce droit à la portabilité aboutit à la création d'une nouvelle donnée, chez un autre collecteur que le collecteur initial et ce de par la volonté de la personne. On se demande cependant s'il ne vaudrait pas mieux privilégier un droit au partage des données pour la personne plutôt qu'un droit à la portabilité qui rend nécessaire cette création de données par le biais d'une copie. Le champ des possibles s'ouvre pour les collecteurs, car ils pourront inciter les personnes à déposer des données chez eux alors qu'elles ont été collectées par un autre responsable de traitement par le biais d'un réseau de collecte dont ils ne bénéficiaient pas. À l'inverse, cela peut être décourageant pour les collecteurs qui ayant investi dans un traitement de données personnelles voient des données identiques constituer d'autres bases chez de potentiels concurrents.

**310.** Un droit à l'accessibilité des données aurait sans doute été plus judicieux car il préserve les intérêts de chacun : la personne peut donner accès à ses données à d'autres responsables de traitement, mais la chose donnée reste dans les bases de celui qui a investi dans sa collecte. Cette approche permettrait de favoriser la coopération entre collecteurs afin d'encourager les échanges et les dynamiques de coopération. Le droit à la portabilité devrait quant à lui rester aussi possible pour la personne qui porte une attention particulière à l'emplacement physique de sa donnée. Ce droit à la portabilité permet une plus grande prise matérielle de la personne sur ses données, à tel point que cela peut contribuer à " *rapprocher le cadre juridique de la donnée de celui applicable à la propriété : c'est la consécration d'un véritable droit réel de l'individu sur ses données, qui renforcera le degré d'appropriation* " <sup>539</sup>.

**311.** Ce droit à la portabilité " *vient conforter un véritable "droit privatif" de la personne sur les données qui la concernent* " <sup>540</sup> dans le sens où il affirme un peu

---

<sup>539</sup> T. SAINT-AUBIN, Les nouveaux enjeux juridiques des données (*big data*, web sémantique et *linked data*) Les droits de l'opérateur de données sur son patrimoine numérique informationnel, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* ; 2014.

<sup>540</sup> M. DUPUIS, " La vie privée à l'épreuve des réseaux sociaux ", *Revue Lamy Droit Civil* ; 2013.

plus l'exclusivité du pouvoir de la personne sur ses données. Il dessine ainsi un peu plus les contours d'un droit de propriété sur les données.

**312.** L'arsenal juridique entourant les traitements de données personnelles et d'autant plus les données personnelles de santé qu'il soit existant ou à venir témoigne de l'ampleur des droits réservés à la personne et au patient. La maîtrise de ces données est exclusive pour les patients et cette maîtrise est même protégée pénalement.

Ainsi les articles 226-16 à 226-24 du Code pénal<sup>541</sup> prévoient des sanctions en cas de traitement illégal de données personnelles. L'application du droit pénal démontre la gravité de l'atteinte en cas de plainte et rien n'empêche ensuite la personne de demander réparation en responsabilité civile sur le fondement de l'article 1382 du Code civil.

### *3. Exclusivité et monopole d'exploitation*

**313.** Avant de continuer l'analyse sur les autres types de données, il convient de s'attarder, car utile à notre approche, sur la notion de monopole d'exploitation. Cette terminologie a déjà été utilisée dans notre étude et plus particulièrement dès la définition même de l'exclusivité. Cette notion apparaît dans le cadre du droit la propriété intellectuelle et représente la part d'exclusivité économique du titulaire de ce droit.

**314.** L'apparition de la notion de propriété intellectuelle a cristallisé un débat sur les fondements même du droit de propriété, car s'est rapidement posée la question de savoir si cette propriété en était vraiment une<sup>542</sup>.

**315.** Au début de l'avènement du droit d'auteur, de nombreux auteurs défendaient l'idée selon laquelle l'auteur bénéficiait d'un privilège et non d'un droit de propriété<sup>543</sup>. Cette idée reposait sur le fait que l'auteur de l'œuvre ne tirait son génie, sa créativité que de la société et de fait son œuvre ne lui appartenait pas. Mais, il méritait tout de même une récompense d'où son privilège. Finalement,

---

<sup>541</sup> Voir notamment : Art. 226-18 à Art. 226-22 du Code Pénal.

<sup>542</sup> Pour un panorama des débats voir notamment M. VIVANT & J. - M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Précis, Dalloz, 2ème éd., 2013, p. 7 à p. 60.

<sup>543</sup> R. RENOARD, *Traité des droits d'auteurs*, t. I, Paris 1838.

l'idée d'un droit de propriété s'est assez rapidement imposée : " *La pensée révolutionnaire entraînait irrésistiblement l'extension de la propriété des biens matériels à la propriété intellectuelle. Il était nécessaire de donner aux œuvres de l'esprit le même régime qu'aux biens matériels, car ils sont indissolublement liés du point de vue de l'épanouissement de la personne humaine. On ne se posa guère la question de savoir si la nature même des œuvres de l'esprit n'était pas rebelle à l'idée de propriété ; il parut suffisant, pour en respecter la spécificité, d'en limiter la durée : ainsi les merveilles de l'intelligence humaine viendraient, à terme, féconder le domaine public, pour le plus grand bien de la nation, après avoir apporté, à leur auteur, le bonheur d'être propriétaire*"<sup>544</sup>. L'idée d'une spécificité du régime commençait à émerger par la limitation de sa durée dans le temps à l'inverse du droit de propriété classique. Pourtant, cette transposition pure et simple de l'article 544 du Code civil aux œuvres s'est révélée inadaptée : " *Cette propriété n'a pas l'œuvre pour objet ; elle s'applique exclusivement à sa représentation matérielle... ; cet objet matériel n'est pas l'œuvre, il n'en est que le signe. Quant à l'œuvre, elle reste ce qu'elle était avant d'être rendue sensible, c'est-à-dire une idée essentiellement immatérielle... Cette idée ne peut donc servir d'assiette à un droit de propriété, puisque le droit ne reconnaît que des personnes, des choses matérielles et des rapports soit entre deux personnes différentes, soit entre une personne et une chose* "<sup>545</sup>.

Il n'en demeure pas moins que le droit a souhaité accorder une protection à la potentielle valeur que représente une œuvre pour son auteur. Il est vrai que la propriété trouve son terrain fertile dans la protection d'une valeur marchande, mais en matière de propriété intellectuelle, elle crée aussi cette valeur<sup>546</sup>.

Notre droit a finalement abouti à la définition d'un droit moral de l'auteur et impliqua aussi la création d'un droit économique et donc patrimonial au côté de ce droit : le monopole d'exploitation. Ainsi, " *le droit d'auteur [...], confère une valeur de marché à l'œuvre, en érigeant une barrière propre à sortir ce bien de*

---

<sup>544</sup> M.A. HERMITTE, *Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation*, Arch. Phil. dr., t. 30, Sirey 1985, p. 335.

<sup>545</sup> M. MORILLOT, *De la protection accordée aux oeuvres d'art, aux photographies, aux dessins et modèles et aux brevets d'invention, dans l'Empire d'Allemagne*, Paris 1878, p. 98.

<sup>546</sup> M. VIVANT & J. - M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Précis, Dalloz, 2ème éd., 2013, p. 10 à 12.

*l'usage commun* <sup>547</sup>. " [Le système ] *qui s'exprime dans la catégorie juridique de la propriété intellectuelle consiste à réserver au créateur le marché potentiel de sa création* <sup>548</sup>, lui assurer un monopole d'exploitation sur son œuvre.

**316.** Ce monopole d'exploitation est la traduction d'un rapport d'exclusivité auquel l'auteur a droit. Il peut protéger son droit et en exclure les tiers par le biais d'une action en contrefaçon, mais aussi exploiter et céder librement ce monopole. " *Il est bien l'arme la plus efficace au service des auteurs [...] que [ cette exclusivité ] place en position de force*"<sup>549</sup>.

Ces débats doctrinaux sur la qualité "propriétaire" des droits intellectuels marquent toute l'importance du caractère exclusif de ce droit et tendent finalement à ne placer la problématique de l'existence du droit de propriété que sur l'existence d'un rapport exclusif et de la possibilité de le patrimonialiser. La notion de monopole d'exploitation recoupe à elle seule ces deux critères : le monopole assure l'exclusivité et son exploitation permet sa patrimonialité.

**317.** Pour ce qui est des données personnelles de santé, le rapport d'exclusivité, nous l'avons démontré existe. La question de savoir s'il est exploitable a elle aussi été abordée précédemment<sup>550</sup>. Il est difficile de parler de monopole d'exploitation pour les patients à l'égard de leurs données personnelles : un fructus a été identifié mais pourtant la loi interdit ce type d'exploitation. A défaut du versant économique, l'exclusivité se retrouve dans les droits des patients sur leurs données, leurs donnant un peu plus la forme d'un véritable droit de propriété.

Pourtant, malgré un rapport exclusif entre les patients et leurs données personnelles, celui-ci ne perdure pas en matière de données anonymisées.

---

<sup>547</sup> M. VIVANT & J. - M. BRUGUIERE, *Ibid*, p. 12

<sup>548</sup> M. VIVANT & J. - M. BRUGUIERE, *Ibid*, p. 13

<sup>549</sup> A. LUCAS, H. - J. LUCAS & A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété Littéraire et artistique*, coll. Traités, Litec, 4ème éd. , 2012, n°19

<sup>550</sup> *Infra*, n°199 à 207.

## **B. Les données anonymisées, une distorsion d'exclusivité au profit des collecteurs**

**318.** Les données anonymisées sont des données personnelles transformées, rendues anonymes par des procédés techniques divers et variés.

Même si, comme nous l'avons vu précédemment, l'objet qu'est la donnée permet une duplication créant ainsi autant d'objets susceptibles de droit; le lien entre les données personnelles et les données anonymisées est indéniable<sup>551</sup>.

Pourtant, les droits de la personne sur ces dernières sont sensiblement différents. Certes, le processus d'anonymisation fait disparaître le lien avec la personne lui faisant ainsi perdre toutes les prérogatives de l'individu sur sa donnée. Le seul lien qui reste tangible est que la personne doit être informée de l'utilisation de ce procédé. Or, même si la personne retire sa donnée personnelle en décidant par exemple sa suppression, la donnée anonymisée ne sera pas nécessairement elle aussi supprimée, car sa vie juridique et technique lui est propre.

Sous le prisme de l'exclusivité, la donnée anonymisée relève du même statut que les données anonymes: le collecteur exerce clairement un droit à caractère exclusif, un monopole d'exploitation sur ces dernières. En matière de données de santé anonymisées cela est moins vrai, car l'anonymisation de données sensibles, même si le patient doit être informé, est encadrée par un principe de finalité. Mais indépendamment, ce principe de finalité n'empêche en rien notamment la commercialisation de ces données sans que le patient ou la personne ne soit rétribué alors même qu'il a finalement fourni la matière première.

Cette analogie avec la matière première est fondamentale. Les données sont régulièrement qualifiées de pétrole du XXI<sup>e</sup> siècle<sup>552</sup> et nous assistons peut-être ainsi à la naissance de la première matière première artificielle et non pas naturelle.

---

<sup>551</sup> *Infra*, n°100 à 111.

<sup>552</sup> Voir G. BABINET, *L'ère numérique, un nouvel âge de l'humanité, Cinq mutations qui vont bouleverser notre vie*, éd. Le Passeur, 2014; P. BELLANGER, *La souveraineté numérique*, éd. Stock, 2014.

Dans un processus de production classique, les matières premières telles que le pétrole sont acquises en d'autres termes achetées et font l'objet d'un transfert de propriété du producteur à l'industriel qui va s'en servir pour à son tour produire un autre bien.

Le processus juridique qui opère entre la donnée personnelle et la donnée anonymisée est aujourd'hui bien différent dans notre droit positif. La personne consent au traitement de ses données personnelles, ces dernières étant ensuite anonymisées puis exploitées. Le transfert de matière, de la donnée personnelle vers la donnée anonymisée n'est aujourd'hui pas considéré comme un transfert de propriété, car la personne, n'a selon notre droit pas de droit de propriété sur ses données. Ce transfert n'est finalement que très peu appréhendé par notre droit. On comprend la difficulté soulevée par l'objet lui-même dans le sens où la donnée personnelle reste dans le "patrimoine " de l'individu malgré un transfert qui permet la création d'une donnée anonymisée. Contrairement aux matières premières naturelles qui seront, elles, détruites, consommées, transformées pour aboutir à une autre chose, le processus d'anonymisation des données procède presque de celui de la division cellulaire : la cellule initiale enfante une cellule fille qui sera cependant différente, car anonymisée. Les conséquences actuelles de notre droit sont manifestes : la personne n'a aucun droit exclusif ces données anonymisées alors même qu'elle autorise un transfert et une transformation de sa donnée personnelle qui donnera naissance à une donnée anonymisée appartenant juridiquement à un collecteur.

L'exclusivité, le monopole d'exploitation de la donnée anonymisée est donc du côté du collecteur et non pas de la personne, ce qui crée un biais évident au regard de la donnée première et nécessaire à la formation de la donnée anonymisée. Cette dernière peut être valorisée économiquement alors que les données personnelles sont dans le droit positif hors commerce et non patrimonialisables.

**319.** Pour conclure, la capacité d'exclusion pour les collecteurs que ce soit pour les données anonymes ou les données anonymisées se retrouve dans sa capacité à

interdire l'exploitation de sa base que ce soit par extraction ou par utilisation<sup>553</sup>, grâce au droit des producteurs de base de données.

**320.** Les collecteurs publics ont eux aussi une exclusivité sur leurs données mais qui apparaît comme une obligation.

## **§2. L'exclusivité forcée sur les données publiques**

**321.** Les données publiques au sens organique sont divisées en deux catégories. Les données personnelles sur lesquelles les administrés n'ont que peu de prise : elles sont généralement obligatoirement collectées par l'Administration, et les données anonymes et anonymisées.

**322.** Concernant les données personnelles et plus particulièrement les données personnelles de santé, il existe celles qui sont obligatoirement collectées au regard de la mission de la personne publique-collecteur concernée comme par exemple l'Assurance Maladie. Les données de remboursement de soins propres à chaque individu sont collectées et traitées pour que l'Assurance Maladie puisse remplir sa mission. Le patient, ici assuré, ne consent donc pas à la collecte de sa donnée, car la puissance publique cumulée à la solidarité nationale lui impose cette collecte de données. Il garde cependant la possibilité d'y accéder et éventuellement de demander une modification de ses données. Il en est presque de même pour la constitution dans un établissement public de santé d'un dossier médical interne à l'établissement. Ce dossier relève de l'exception de l'article 8 de la Loi Informatique et Liberté qui autorise la mise en œuvre du traitement informatique sans le consentement du patient à la condition que les professionnels soient soumis au secret professionnel. La question se pose cependant de savoir si le patient qui s'y oppose peut ne pas voir son dossier ouvert. L'article L. 1110-4 du Code de la Santé Publique marque une certaine complexité dans l'appréhension du droit des patients sur ses données de santé collectées au sein d'un établissement de santé (qu'il soit d'ailleurs public ou privé).

Le premier alinéa pose un principe clair : *" Toute personne prise en charge par un professionnel, un établissement, un réseau de santé ou tout autre organisme*

---

<sup>553</sup> Articles L.342-1 et L. 324-2 du Code de Propriété Intellectuelle.

*participant à la prévention et aux soins a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant ". Le respect de la vie privée est un droit pour le patient. Cependant, la suite de l'article part du principe que le patient accepte que ses données, avant même d'être partagées, soient collectées. En effet, il n'est ensuite fait référence qu'au partage d'information : " Deux ou plusieurs professionnels de santé peuvent toutefois, sauf opposition de la personne dûment avertie, échanger des informations relatives à une même personne prise en charge, afin d'assurer la continuité des soins ou de déterminer la meilleure prise en charge sanitaire possible. Lorsque la personne est prise en charge par une équipe de soins dans un établissement de santé, les informations la concernant sont réputées confiées par le malade à l'ensemble de l'équipe ".*

Paradoxalement, le guide à l'attention des professionnels de santé établi par la CNIL présente un modèle d'affichette qui indique ceci : " *Ce service hospitalier dispose d'un système informatique destiné à faciliter la gestion des dossiers des patients et à réaliser, le cas échéant, des travaux statistiques à usage du service. Les informations recueillies lors de votre consultation ou de votre hospitalisation feront l'objet, sauf opposition justifiée de votre part, d'un enregistrement informatique. Ces informations sont réservées à l'équipe médicale qui vous suit ainsi que pour les données administratives, au service de facturation* "<sup>554</sup>.

La mise en place de ces dossiers internes aux établissements n'est donc pas soumise à autorisation de la CNIL (mais à déclaration), d'ailleurs aucune trace de jurisprudences à ce sujet dans les délibérations de la CNIL, et pourtant cette affiche affirme que le patient peut s'opposer au traitement informatique avec toutefois une particularité étonnante : cette opposition doit être justifiée par le patient. Le patient doit donc justifier du fait qu'il ne souhaite pas que ses informations soient technologisées, transformées en données. Normalement, le patient n'a pas à donner de raisons à son refus de consentir à un traitement ou à son opposition à un traitement et dans ce cas il doit pourtant apporter une raison valable. On peut alors se demander ce qu'est une justification permettant à un patient de ne pas voir sa donnée collectée.

---

<sup>554</sup> Guide professionnels de santé, CNIL, éd. 2011.

**323.** La création d'un dossier patient informatisé au sein d'un établissement de santé n'est finalement pas soumise à autorisation CNIL au titre des exceptions de la Loi « Informatique et Libertés » (mais restent soumis à déclaration), il n'est donc pas non plus nécessaire d'obtenir le consentement du patient à sa création. Il suffit de l'informer et ce dernier peut éventuellement s'y opposer s'il le justifie et il peut aussi s'opposer au partage de ses informations et donc à fortiori de ses données.

Le statut public des données personnelles amoindrit les droits des patients. Pour ce qui est de l'exemple de l'Assurance Maladie, ils sont inexistant à la formation de la donnée ou à sa suppression au motif qu'il s'agit de la mission de service public de cette entité privée et c'est donc cette dernière qui possède un monopole d'exploitation sur ces données, mais du fait de sa mission. Les établissements de santé sont traités différemment et il est donc difficile de savoir qui du patient ou de l'établissement a la prise sur les données personnelles, mais, force est tout de même de constater, que ce dernier possède un droit d'opposition à la collecte.

**324.** Concernant les données de santé publiques, mais anonymes ou anonymisées et notamment celles mises à disposition dans le cadre de l'open data, le monopole d'exploitation est aussi difficile à appréhender.

Ce monopole est même double, il est forcé, car il répond aux missions de certaines entités publiques qu'elles se doivent de mettre en œuvre. On pense notamment ici par exemple au cas de l'Agence Nationale de Santé Publique. Au regard de l'article L. 1413-1 du Code de la Santé Publique<sup>555</sup>, elle a des mission de surveillance, de veille et donc de traitements de données.

---

<sup>555</sup> Article L. 1413-1 du Code de la Santé Publique : " *L'Agence nationale de santé publique est un établissement public de l'Etat à caractère administratif, placé sous la tutelle du ministre chargé de la santé.*

*L'agence a pour missions :*

*1° L'observation épidémiologique et la surveillance de l'état de santé des populations ;*

*2° La veille sur les risques sanitaires menaçant les populations ;*

*3° La promotion de la santé et la réduction des risques pour la santé ;*

*4° Le développement de la prévention et de l'éducation pour la santé ;*

*5° La préparation et la réponse aux menaces, alertes et crises sanitaires ;*

*6° Le lancement de l'alerte sanitaire.*

*L'agence assure la mise en œuvre d'un système national de veille et de surveillance sanitaire, dont elle définit les orientations, anime et coordonne les actions, dans le respect des missions dévolues aux agences régionales de santé.*

Toutefois, le processus d'exploitation des données traitées par Santé Publique France est complexe et ces dernières proviennent de nombreuses sources différentes en témoigne des articles du Code de la Santé Publique<sup>556</sup>

Le réseau de collecte de cette Agence est tentaculaire et toutes les données collectées sont mises au service de ses missions. Elle dispose donc d'un monopole sur ces données qu'il obtient grâce aux prérogatives de puissance publique que lui confère la loi.

Une autre entité a été reformée par la dernière loi de santé à l'article L. 1462 -1 du code de la Santé Publique « *Un groupement d'intérêt public, dénommé : " Institut national des données de santé ", est constitué entre l'Etat, des organismes assurant une représentation des malades et des usagers du système de santé, des producteurs de données de santé et des utilisateurs publics et privés de données de santé, y compris des organismes de recherche en santé.*

*Il est notamment chargé :*

*1° De veiller à la qualité des données de santé et aux conditions générales de leur mise à disposition, garantissant leur sécurité et facilitant leur utilisation dans le respect de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ;*

*2° D'assurer le secrétariat unique mentionné à l'article 54 de la même loi ;*

*3° D'émettre un avis sur le caractère d'intérêt public que présente une recherche, une étude ou une évaluation, dans les conditions prévues au même article 54 ;*

*4° De faciliter la mise à disposition d'échantillons ou de jeux de données agrégées mentionnées au V dudit article 54, dans des conditions préalablement homologuées par la Commission nationale de l'informatique et des libertés ;*

*5° De contribuer à l'expression des besoins en matière de données anonymes et de résultats statistiques, en vue de leur mise à la disposition du public ».*

---

*Elle met en œuvre, en lien avec les régimes obligatoires d'assurance maladie et les services statistiques des départements ministériels concernés, un outil permettant la centralisation et l'analyse des statistiques sur les accidents du travail, les maladies professionnelles, les maladies présumées d'origine professionnelle et de toutes les autres données relatives aux risques sanitaires en milieu du travail, collectées conformément à l'article L. 1413-7.*

*Elle assure, pour le compte de l'Etat, la gestion administrative, financière et logistique de la réserve sanitaire et de stocks de produits, équipements et matériels ainsi que de services nécessaires à la protection des populations face aux menaces sanitaires graves. Elle assure la gestion des réservistes sanitaires et l'animation de leur réseau.."*

<sup>556</sup> Articles L. 1413-6, L. 1413-7 et L. 1413-8 du Code de la Santé Publique.

L'Institut National des données de santé (INDS) a donc pour mission principale d'assurer la mise à disposition de données auprès d'acteurs désignés. Il n'est cependant pas un collecteur, sa raison d'être est seulement d'être un organisme garant et moteur dans la mise à disposition de certaines données de Santé.

Toutefois, dans le cadre de *l'open-data* et bien au-delà de la nouvelle Agence Nationale de Santé Publique uniquement, les administrations et y compris les administrations du secteur de la santé mettent à disposition des jeux de données et en quelque sorte autorisent la recopie de ces dernières à des fins d'utilisations diverses et variées. Comme nous le disions, la recopie de ces données veut donc dire réutilisation de ces dernières. En effet, aujourd'hui le site [data.gouv.fr](http://data.gouv.fr) met à disposition des jeux de données pour assurer leur réutilisation, il ne met pas à disposition un accès aux bases de données. La mise à disposition de jeux de données entraîne la recopie de ces dernières et donc en crée de nouvelles. En d'autres termes, *l'open data*, tel qu'il est conçu aujourd'hui et même s'il s'agissait de donner accès à des bases plutôt que de mettre à disposition des données, ne permet pas de dire que l'Administration n'a pas de monopole d'exploitation sur ses données. Elle choisit grâce à son monopole ou on lui impose de donner accès à ses bases ou d'autoriser la copie et l'utilisation de jeux de données.

Le caractère obligatoire de ces mises à disposition ou de la mise en place d'un droit d'accès est simplement dû à la qualité du collecteur en cause qui doit être en capacité de rendre des comptes à ses administrés. On pourrait donc dire que finalement ce sont les administrés qui ont ce monopole d'exploitation, mais la personne publique n'est elle pas aussi l'émanation de ces derniers ? De part sa qualité spéciale de collecteur publique, l'Administration dessaisie les patients de leur exclusivité à son profit mais c'est un profit qui n'est autre que l'intérêt général. Mais on l'oblige aussi, par le biais de *l'open data*, à " partager " son exclusivité, à s'ouvrir.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 2

**325.** En conclusion du présent chapitre, il ressort que malgré les caractéristiques "physiques" de la donnée telles que l'incorporéité et l'ubiquité, cela n'empêche en rien que des droits exclusifs pèsent sur elle.

En conséquence, les patients ont, grâce au consentement, à la fois la capacité d'exclure les tiers de la sphère juridique qui les lie à leurs données, mais aussi de s'en assurer toutes les utilités même si cela reste perfectible (voir par exemple avec le droit à la portabilité des données).

Toutefois, les droits exclusifs sont effacés par une transformation de la donnée, l'anonymisation. Cette mutation opère un changement d'exclusivité au profit du collecteur. Force est de constater que cette exclusivité même si elle n'est pas remise en question pour le collecteur n'est pas traitée juridiquement aujourd'hui vis-à-vis de la donnée personnelle à l'origine de cette donnée anonymisée.

**326.** Les données publiques obéissent à des règles d'exclusivité généralement contraintes dans le sens où l'Administration peut "forcer" les personnes dans la collecte de leur donnée, mais elle est aussi à son tour contrainte d'exploiter les utilités des données qu'elle collecte.

Du seul point de vue de l'exclusivité, on peut déduire que les patients ont un droit de propriété sur leurs données personnelles de santé, à l'exception des données obligatoirement collectées par l'Administration. Les collecteurs, quant à eux, exercent un droit exclusif sur les données anonymisées. Et, enfin, les collecteurs publics, ont une exclusivité très limitée de part leur statut d'autorité publique qui les soumet à un certain nombre d'obligations.

**327.** Le dernier caractère du droit de propriété doit maintenant lui aussi être analysé.



## CHAPITRE 3

### L'IDENTIFICATION D'UN CARACTERE PERPETUEL ANACHRONIQUE

**328.** L'ultime caractère attaché habituellement au droit de propriété est celui de son imprescriptibilité et de sa perpétuité<sup>557</sup>. " Elle n'est pas mentionnée à l'article 544 du Code civil. Pourtant, elle prolonge son caractère absolu, car le pouvoir du propriétaire de jouir, d'user, de ne pas jouir ou de ne pas user n'est jamais altéré par l'écoulement du temps"<sup>558</sup>. Ce caractère est indépendant de l'usage qui est fait du droit et reste donc attaché à l'existence du bien. Il ne s'éteint que lorsque la chose disparaît et non pas quand le titulaire change ou qu'il meurt. Le droit de propriété est donc un droit imprescriptible et transmissible aux héritiers; il "repose sur sa libre transmissibilité qui implique le droit de la conserver indéfiniment, par soi-même ou ses ayants droit"<sup>559</sup>.

Ce caractère du droit de propriété est si fort que malgré les règles de prescription des actions en revendication, la Cour de Cassation a affirmé : "malgré la généralité des termes de l'article 2262 du Code civil, qui décide que toutes les actions tant réelles que personnelles sont prescriptibles par trente ans, ce texte ne s'applique pas à l'action en revendication intentée par le propriétaire dépossédé de son immeuble ; la propriété ne se perdant pas par le non-usage, l'action en revendication peut être exercée aussi longtemps que le défendeur ne justifie pas être lui-même devenu propriétaire de l'immeuble revendiqué par le résultat d'une possession contraire réunissant tous les caractères exigés pour la prescription acquisitive"<sup>560</sup>.

---

<sup>557</sup> Voir pour une étude général : ARBIERI, *Perpétuité et perpétuation dans la théorie des droits réels*, thèse Toulouse, 1977, p. 167 et s.; C. POURQUIER, *Propriété et perpétuité. Essai sur la durée du droit de propriété*, PUAM, 2000.

<sup>558</sup> É. OOSTERLYNCK; Fasc. 10 : PROPRIÉTÉ . - Éléments. Caractères. Limitations, Jurisclasseur, dernière MAJ 22 juin 2012.

<sup>559</sup> J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI & S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2e éd. 2010., n° 97.

<sup>560</sup> Cass. req., 12 juill. 1905, GAJ civ. : Dalloz, 11e éd. 2000, n° 61 ; DP 1907, 1, p. 141, rapp. POTIER ; S. 1907, 1, p. 273, note A. WAHL.

Le lien qui unit ce caractère au droit de propriété est tel que la Cour de Cassation refuse la création d'autres droits réels possédant cette même caractéristique : " *en statuant ainsi alors que, lorsque le propriétaire consent un droit réel, conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien, ce droit, s'il n'est pas limité dans le temps par la volonté des parties, ne peut être perpétuel et s'éteint dans les conditions prévues par les articles 619 et 625 du Code civil, la cour d'appel a violé les textes susvisés [dont l'article 544 du Code Civil ]*"<sup>561</sup>.

Ce caractère lui a même été reconnu au regard de sa nature de droit fondamental dans l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : " *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression.* "

" L'immensité " de ce droit de par ce caractère, le lie intimement au caractère absolu : " *l'absolutisme reconnu à ce droit est à lui seul suffisant pour lui conférer un caractère imprescriptible* "<sup>562</sup>. Ce caractère a contribué au débat entourant la question de savoir si la propriété intellectuelle était une "vraie " propriété.

**329.** L'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose : " *L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous* ". Ce premier alinéa fait référence aux caractères absolu et exclusif du droit de propriété, mais ne mentionne en aucun cas le caractère perpétuel. Pourtant, la question de la durée des droits de propriété intellectuels " *est indissociablement liée à l'existence même de ce dernier*" selon la Cour de justice des communautés européennes<sup>563</sup>. En effet, la notion de durée des droits comme le droit d'auteur par exemple est le résultat de la confrontation de deux logiques : l'intérêt individuel de l'auteur de pouvoir exploiter son œuvre et l'intérêt du public de pouvoir y accéder.

Ce débat s'est finalement amoindri pour qu'aujourd'hui le statut de la propriété intellectuelle comme droit de propriété ne soit pas remis en question sur ce

---

<sup>561</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 28 janv. 2015, n° 14-10.013, D. 2015, p. 699, note B. MALLET-BRICOULT.

<sup>562</sup> T. LAMARCHE, " L'imprescriptibilité et le droit des biens ", *RTD Civ.*, 2004 p. 403.

<sup>563</sup> CJCE, 24 janv. 1989, aff. 341/87, EMI Electrola c/ Patrician : *RIDA*, juill. 1989, p. 235, note A. KEREVER ; *JCP G*, 1989, II, 21241, concl. DARMON ; *RTD com.*, 1989, p. 464, obs. A. FRANCON ; *RTDE*, 1990, p. 733, obs. BONET.

fondement<sup>564</sup>. Nous étudierons ce caractère tout en gardant à l'esprit qu'il n'est finalement plus tant une preuve de l'existence d'un droit de propriété et que sa limitation dans le temps reste possible sans porter atteinte à la nature du droit. D'ailleurs, les auteurs utilisent de plus en plus l'idée d'une vocation à la perpétuité<sup>565</sup> du droit plutôt que celle d'un droit perpétuel en tant que tel. Il sera aussi nécessaire de s'attarder sur la transmissibilité du droit, dérivée du caractère perpétuel, comme élément essentiel d'identification du droit de propriété.

**330.** Il s'agira donc de déterminer la durée des droits pesant sur les données qui, comme nous le verrons, s'aligne pour les collecteurs sur un régime classique de limitation dans le temps des droits (Section 1) alors que pour les personnes, c'est le régime classique des droits de la personnalité qui s'applique soit la fin du droit lors du décès de la personne. Or, nous verrons que dans le contexte des données personnelles, cette conception des droits de la personne sur ses données est inadaptée (Section 2).

## SECTION 1 : L'ALIGNEMENT SUR LE REGIME DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE POUR LES COLLECTEURS

**331.** Comme nous l'avons vu précédemment les règles qui s'appliquent aux données anonymes, anonymisées (§1) et publiques (§2) obéissent à des normes qui s'inscrivent dans le champ des droits de propriété intellectuelle et plus spécialement dans celui des droits voisins du droit d'auteur. Ainsi les bases de données sont à la fois soumises au droit d'auteur et au droit des producteurs de bases de données.

### **§1. L'alignement aisé sur les règles de la propriété intellectuelle pour les données anonymes et anonymisées**

**332.** Les bases de données sont soumises concomitamment au droit d'auteur (A) et au droit des producteurs (B). L'application de ces corpus juridiques aboutit à l'application des règles de durée attachées à ces droits.

---

<sup>564</sup> Y. STRICKLER, *Les biens*, PUF, Thémis Droit, 1ère édition, 2006.

<sup>565</sup> V. par exemple : T. LAMARCHE, " L'imprescriptibilité et le droit des biens ", *RTD civ.* 2004. 403; B. MALLET-BRICOUT, " Le fiduciaire propriétaire ? ", *JCP E*, n° 8, 25 Février 2010, 1191

## A. Le droit d'auteur sur les bases de données

**333.** Les droits de propriété intellectuelle, qu'ils soient de nature littéraire, artistique ou industrielle sont conçus comme des droits limités dans le temps qui s'éteignent au-delà d'une certaine durée. : " *il faut faire la part entre la rétribution de l'auteur et l'intérêt du public à ce que les œuvres soient de libre accès au bout d'un certain temps* "<sup>566</sup>.

**334.** Plus spécifiquement, le droit d'auteur, celui qui nous intéresse le plus dans le cadre de notre analyse du fait de son application aux bases de données, se distingue par sa dualité. L'auteur qui possède à la fois des droits moraux et des droits patrimoniaux sur son œuvre voit deux principes distincts s'appliquer à chacune de ces catégories.

Tout d'abord, les droits moraux sont conçus comme des droits possédant notamment comme qualités la perpétuité et l'imprescriptibilité, en témoigne l'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle : " *L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son oeuvre. Ce droit est attaché à sa personne. Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible. [...]* "

Le droit moral de l'auteur possède ainsi le caractère perpétuel classiquement attaché à la propriété et la suite de l'article le déclare en plus transmissible : " *[...]Il est transmissible à cause de mort aux héritiers de l'auteur. L'exercice peut être conféré à un tiers en vertu de dispositions testamentaires* ".

Nous sommes donc là en présence d'un paradoxe et non des moindres de notre droit : comme nous le verrons dans le paragraphe suivant, le droit moral est un droit qui relève d'un droit de la personnalité, car il est le lien personnel qui unit intimement l'auteur à son œuvre. Or, les droits de la personnalité sont de fait censés s'éteindre avec la personne.

Le droit moral de l'auteur a complètement incorporé la chose au point que le lien qui les unit reste indélébile. M. Tafforeau emploie une formule très juste : " *Ainsi, de simple droit de la personnalité, il devient devoir d'assurer la mémoire et*

---

<sup>566</sup> P. - Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. Droit Fondamental, 8ème éd., 2012, n°390.

*le respect de l'œuvre du défunt. En somme de droit-pouvoir, il se transforme en un droit-fonction "* <sup>567</sup>.

Paradoxalement, sur le plan du caractère perpétuel et transmissible, il n'y a pas plus "propriétaire " que le droit moral de l'auteur sur son œuvre.

Adapté à notre contexte, le droit des collecteurs, propriétaires des bases de données anonymes et anonymisées par le biais du droit d'auteur <sup>568</sup> bénéficient en conséquence de cette perpétuité et transmissibilité.

**335.** Ensuite, les droits patrimoniaux du droit d'auteur obéissent à des règles différentes à ce sujet. En effet, ils sont limités dans le temps. " *Tous les droits pécuniaires sont concernés, y compris le droit de suite. L'expiration de la protection fonctionne pratiquement comme une prescription extinctive : plus de propriété exclusive à l'issue d'une certaine période "* <sup>569</sup>. Cette temporalité trouve ses justifications dans plusieurs fondements. Pour le logiciel<sup>570</sup>, il deviendra nécessairement obsolète du fait des avancées technologiques et techniques et donc l'intérêt d'assurer une protection perpétuel n'est pas rempli. L'un des autres fondements est basé sur la conception des droits patrimoniaux de l'auteur qui s'envisage comme un droit d'exploitation qui fait figure de dérogation à la liberté du commerce et de l'industrie. " *Autrement dit, le législateur souhaite, avec l'exclusivité, rémunérer un investissement créatif sur une durée raisonnable "* <sup>571</sup>. À l'expiration de ce délai, l'œuvre est rendue au public. Il s'agit d'éviter les privilèges perpétuels et donc héréditaires sur une œuvre : " *des privilèges accordés pour des temps illimités semblent plutôt être un patrimoine héréditaire qu'une récompense personnelle à l'inventeur "* <sup>572</sup>.

Le principe fixé par le code est celui de l'article L. 123-1 du Code de la propriété intellectuelle : " *L'auteur jouit, sa vie durant, du droit exclusif d'exploiter son*

---

<sup>567</sup> P. TAFFOREAU, *Droit de la propriété intellectuelle*, Gualino, 2007, p. 128.

<sup>568</sup> *Infra*, n°170

<sup>569</sup> P. - Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. Droit Fondamental, 8ème éd., 2012, n°390.

<sup>570</sup> Le droit d'auteur s'applique aux logiciels; c'est donc les règles de durée du droit d'auteur qui s'appliquent. Exclusion du droit des brevets par l'article L. 611-1 du Code de Propriété Intellectuelle, application du droit d'auteur par l'article L. 112-2 du Code de la Propriété Intellectuelle.

<sup>571</sup> M. VIVANT et J. - M. BRUGUIERE, *op. cit.*, p. 375.

<sup>572</sup> Déclaration du Roi du 24 décembre 1762.

*œuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire. Au décès de l'auteur, ce droit persiste au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les soixante-dix années qui suivent* ". Nous ne détaillerons pas ici les exceptions à ce régime telles que le délai portant sur les œuvres collectives, les œuvres de collaboration, les œuvres anonymes ou pseudonymes<sup>573</sup> .

En conséquence, lorsque les bases de données sont protégées par le droit d'auteur, les droits moraux de ce dernier sont perpétuels et les droits patrimoniaux obéissent à la règle des soixante-dix ans post mortem. Et, si les données contenues sont anonymes ou anonymisées, ces mêmes règles s'appliquent.

Au bout d'une certaine durée, la base, si elle est protégée au titre du droit d'auteur tombera donc dans le domaine public. Ainsi, la base et les données qu'elle contient vont changer de statut et devenir publiques. Comme cela a déjà été évoqué au travers des développements précédents<sup>574</sup>, l'acquisition d'un statut public fera obéir la base et les données à des règles et des logiques juridiques spécifiques comme par exemple la mise en open-data. Le passage d'une base de données privée à une base de données publique qui sera normalement mise en open data (sous réserve de la présence uniquement de données anonymes ou anonymisées) par le biais des mécanismes temporels du droit d'auteur est un exemple parfait de l'esprit même de ce droit d'auteur.

En effet, si le droit d'auteur est limité dans le temps, c'est parce que toutes les utilités de l'œuvre seront remises à terme entre les mains de la collectivité, à partir du moment où la protection aura expiré. Cette idée répond à la théorie collectiviste des droits de propriété intellectuelle selon laquelle " *ces droits appartiennent ab initio à la collectivité. Si le créateur a bien un droit intellectuel, ce n'est qu'à titre provisoire et comme simple usufruitier. La société, elle, est nue-propriétaire et a vocation à retrouver l'intégralité de ses prérogatives de propriétaire dès l'extinction du monopole temporaire* "<sup>575</sup> .

Le régime des droits de propriété intellectuels en France et ce notamment pour le droit d'auteur emprunte pour partie à cette théorie, car après expiration de la

---

<sup>573</sup> Voir M. VIVANT & J. - M. BRUGUIERE, *op. cit.*, p. 376-377.

<sup>574</sup> *Infra*, n° 147 à 155.

<sup>575</sup> P. TAFFOREAU, *Droit de la propriété intellectuelle*, Manuels, Gualino éditeur, 2007, p. 53.

protection, les œuvres sont déplacées dans le domaine public. Les bases de données protégées par le droit d'auteur n'échappent pas à cette règle et peuvent donc ainsi à terme être récupérées dans le domaine public et en toute logique intégrer le mouvement de l'*open data* aujourd'hui préconisé pour les bases de données publiques.

En résumé, l'application du droit d'auteur, implique des règles directement issues de ce droit de propriété.

Mais le droit des producteurs peut trouver à s'appliquer avec des règles spécifiques qui pourraient empêcher les données de tomber dans le domaine public.

## B. Le droit des producteurs

**336.** Le droit des producteurs<sup>576</sup> sur les bases de données, et donc sur les données elles-mêmes quand elles sont anonymes ou anonymisées, peut trouver à s'appliquer.

---

<sup>576</sup> Titre IV, du Livre III du Code de la Propriété Intellectuelle : " Droit des producteurs de bases de données ".

H. BITAN, *Droit des créations immatérielles (logiciels, bases de données, autres œuvres du Web 2.0)*, Lamy, Axe droit, 2010; M. - G. CHOISY, " banques de données, aspects contractuels ", *ADI*, 1983, *spéc. p.* 35 s.; E. DERCLAYE, " droits de propriété intellectuelle sur l'information et pouvoir de marché: comparaison entre les protections européenne et américaine des bases de données ", *Prop. intell.*, 2007, n° 22, p. 19 ; P. - Y. GAUDRAT, " champ de la protection par le droit *sui generis* ", *RTD com.*, 1999. 86 ;B. EDELMAN, " les bases de données ou le triomphe des droits voisins ", *D.*, 2000. Chron. 89; P. - Y. GAUDRAT, " commentaire de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1998 ", *RTD com.*, 1998. 600; *ibid.* 1999. 86; *ibid.* 1999. 411; D. KABRE, " droit des bases de données et pays en développement ", *RIDA*, avr. 2009, p. 3; G. KOUMANTOS, " les bases de données dans la directive communautaire ", *RIDA*, janv. 1997, p. 79; A. LUCAS & M. VIVANT, *Les nouvelles technologies de l'information, Recension technique et première analyse de leur impact sur la propriété littéraire et artistique*, IDATE, 1993; A. LUCAS, *La protection des banques de données*, Rapport général au Congrès de l'ALAI, éd. Yvon Blais Inc., Québec, sept. 1989; *Droit d'auteur et numérique*, Litec, 1998; N. MALLET-POUJOL, " la directive concernant la protection juridique des bases de données: une gageure ", *DIT*, 1996, n° 1, p. 6 ; *La création multimédia et le droit*, Litec, 2000; C. MEYRUEIS-PEBEYRE, " actualité de la protection des bases de données – 2005 ", *Prop. ind.*, 2006. Étude 19; E. PIERRAT, " le nouveau droit des bases de données ", *Légipresse*, 1998, II, p. 120; F. POLLAUD-DULIAN, " brèves remarques sur la directive du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données ", *D. Affaires* 1996. 539; P. SIRINELLI, *Lamy Droit des médias et de la communication, étude 136*; M. VIVANT, " recueils, bases, banques de données, compilations, collections...: l'introuvable notion? ", *D.*, 1995. 197; A. STROWEL & J. - P. TRIAILLE, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia*, Story-Scientia et Bruylant, 1997; B. WARUSFEL, " la protection des bases de données en question: un autre débat sur la propriété intellectuelle européenne ", *Prop. intell.*, 2004, n° 13, p. 896.

Or ce droit des producteurs obéit à une limite temporelle. Il s'éteint au bout de quinze ans à compter de l'achèvement de la base si elle n'est pas publiée. Sinon le point de départ est le 1er janvier de l'année suivant sa mise à disposition du public en d'autres termes sa communication au public ou sa mise sur le marché, tel qu'en dispose l'article L. 342-5 du Code de la propriété intellectuelle : "*Les droits prévus à l'article L. 342-1 prennent effet à compter de l'achèvement de la fabrication de la base de données. Ils expirent quinze ans après le 1er janvier de l'année civile qui suit celle de cet achèvement. Lorsqu'une base de données a fait l'objet d'une mise à la disposition du public avant l'expiration de la période prévue à l'alinéa précédent, les droits expirent quinze ans après le 1er janvier de l'année civile suivant celle de cette première mise à disposition [...]*".

Cependant, cette durée de quinze ans peut être prorogée si elle remplit la condition énoncée dans la suite de l'article L. 342-5 du Code de la propriété intellectuelle : "*Toutefois, dans le cas où une base de données protégée fait l'objet d'un nouvel investissement substantiel, sa protection expire quinze ans après le 1er janvier de l'année civile suivant celle de ce nouvel investissement*". En conséquence, les bases peuvent régulièrement faire l'objet d'investissements pour éviter la perte du droit du producteur et ainsi n'être "*jamais achevées... par conséquent toujours protégées*"<sup>577</sup>

Un arrêt de la Cour d'Appel de Paris a considéré par exemple que "*la simple mise à jour annuelle de l'annuaire résultant de l'aboutissement du cursus des élèves, qui se trouvent ainsi érigés au rang d'anciens, susceptibles de faire partie de l'annuaire, ne suffit pas à caractériser l'existence d'un nouvel investissement substantiel permettant de faire courir une nouvelle durée de protection de quinze ans*"<sup>578</sup>.

La directive du 11 mars 1996<sup>579</sup> apporte des éléments supplémentaires à la question de la qualification d'investissements substantiels, mais sans pour autant la simplifier. Selon elle, une "vérification substantielle du contenu de la base de données" peut permettre de faire démarrer un nouveau délai de quinze ans.

---

<sup>577</sup> P. TAFFOREAU, *Droit de la propriété intellectuelle*, Gualino, 2007, p. 275.

<sup>578</sup> CA Paris, 4e ch. A, 28 févr. 2007.

<sup>579</sup> Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données.

Comme le dit justement M. Lucas : " *Déjà, le concept de " modification substantielle" est difficile à cerner, mais celui de " vérification substantielle" l'est bien davantage encore* "<sup>580</sup>.

En définitive, la limitation temporelle du droit des producteurs est facile à contourner grâce à la règle de "l'investissement substantiel" ; "*il faudra sans doute le faire exprès pour ne pas avoir un droit perpétuel*"<sup>581</sup>.

**337.** Il est ainsi possible de déduire des analyses qui précèdent, que, sous le régime du droit d'auteur ou sous le régime des droits du producteur, la base de données et les données qui la peuplent sous la réserve qu'elles soient anonymes ou anonymisées , font l'objet d'un droit perpétuel juridique (du fait des règles du droit d'auteur à l'égard du droit moral) et pratique (du fait des possibilités faciles de la prorogation du droit des producteurs grâce à la notion d'investissement substantiel). Toutefois, même si la durée des droits sur les bases de données et donc sur les données anonymes et anonymisées semble claire en droit positif, se pose la question de savoir si une telle application " logique " ou " facile " est possible pour les données publiques.

## **§2. L'alignement peu évident des règles de la propriété intellectuelle pour les données publiques**

**338.** La présente analyse sera construite comme précédemment car sera abordée successivement la question de la durée du droit d'auteur (A) et celle du droit des producteurs (B).

### **A. La protection par le droit d'auteur**

**339.** Le cas des données publiques peut être sensiblement comparable au cas précédent en ce qui concerne les données anonymes et anonymisées publiques.

---

<sup>580</sup> A. LUCAS, Fasc. 1650 : Droits des producteurs de bases de données (CPI, ART. L. 112-3 ET L. 341-1 À L. 343-7), JURISCLASSEUR, 3 Novembre 2010, dernière mise à jour : 16 Février 2015.

<sup>581</sup> P. GAUDRAT, " La loi de transposition de la directive 96/9 du 11 mars 1996 sur les bases de données ", *RTD Com.*, 1998 p. 598.

**340.** Tout d'abord, à propos de " *la réservation des bases de données publiques par le droit d'auteur* " <sup>582</sup> et notamment des données qui les composent montre toute la difficulté de l'appropriation de l'information.

La base de données est protégeable par ce droit pour peu qu'elle respecte le critère d'originalité. Ce critère, même s'il est difficile à saisir, précède à toute reconnaissance d'un droit d'auteur. Cependant se pose la question de savoir quelle est la latitude laissée à l'administration dans l'organisation et la constitution de sa base et qui pourraient ainsi lui permettre de s'adonner à un acte créatif justifiant l'application du droit d'auteur ? Cette question est d'autant plus difficile que la collecte de données peut revêtir un caractère obligatoire et donc laisser peu de place à l'initiative de la personne publique.

En effet, l'article L. 112-3 du Code de la propriété intellectuelle dispose que les bases de données peuvent faire l'objet d'une protection à condition que "[...] *par le choix ou la disposition des matières, [les bases de données] constituent des créations intellectuelles*".

Or, si la collecte de ces données est obligatoire (tant pour le citoyen que pour l'administration), elle ne peut, du point de vue du collecteur, faire preuve d'originalité, car il n'y a pas de "choix" de la part de l'Administration : " *le caractère obligatoire [de la collecte de données] conduit à retirer à l'opérateur public toute latitude d'appréciation dans le choix des données à collecter : les bases ont vocation à l'exhaustivité*" <sup>583</sup>. La seule possibilité envisageable est celle où l'Administration prend pour initiative de collecter des données non obligatoires, car compatibles et nécessaires pour parfaire l'accomplissement de sa mission.

Cependant, l'organisation de la base, " *la disposition des matières* " comme l'indique l'article L. 112-3 du Code de la Propriété Intellectuelle pourrait quant à elle constituer une originalité.

---

<sup>582</sup> L. TERESI, *Droit de réutilisation et exploitation commerciale des données publiques*, La Documentation Française, Coll. Monde européen et international, 2011, p. 411.

<sup>583</sup> L. TERESI, *Droit de réutilisation et exploitation commerciale des données publiques*, La Documentation Française, Coll. Monde européen et international, 2011, p. 422.

Concernant le contenu de la base et donc les données en tant que telles et l'application d'un droit d'auteur sur les données avec ses règles de durée, met en jeu l'appropriation de l'information par une personne publique par le biais du droit d'auteur. L'Administration récolte un certain nombre de données brutes et indépendamment de la question plus générale de l'appropriation de l'information, il ressort que ce type de données ne saurait faire preuve d'originalité, d'activité créatrice de la part des collecteurs publics. C'est un avis partagé par bon nombre d'auteurs comme par exemple M. Teresi ou encore M. Lucas qui s'insurge contre l'amalgame fait entre les œuvres et les informations : " *il s'explique sans doute par le fait qu'une fois numérisées, toutes les œuvres se présentent (apparemment au moins) sous la forme de données brutes, et par le constat que celles qui voyagent sur les réseaux planétaires sont pour une bonne part des œuvres factuelles, dont la valeur économique ne repose que sur le contenu informationnel. Elle n'en est pas moins regrettable. Le droit d'auteur, pour ne s'en tenir qu'à lui, ne saisit que les œuvres pas les informations* "<sup>584</sup>.

**341.** Un arrêt d'Assemblée du Conseil d'État, début d'une longue chronique appelée "CEGEDIM", rendu en 1996<sup>585</sup>, soit avant l'existence en droit national du droit des producteurs de bases de données, s'oppose à l'approche de Ms. Teresi et Lucas.

La question posée est celle de la légalité de la rémunération, du montant de la redevance perçu par l'INSEE pour la mise à disposition du répertoire SIRENE. Il ressort des faits que cette rémunération ne se contente pas d'absorber les coûts de cette mise à disposition, mais va au-delà. La Haute juridiction administrative considère que le tarif appliqué comporte à la fois l'absorption des coûts, mais aussi la rémunération de " droits privatifs " relevant du droit d'auteur : " *Considérant qu'aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe ne font obstacle à ce qu'une rémunération perçue à l'occasion de la communication par l'État à des tiers de données publiques en vue de leur commercialisation puisse*

---

<sup>584</sup> A. LUCAS, note sous CE, 29 juillet 2002, Société CEGEDIM, *Propriétés Intellectuelles*, janv. 2003, p. 57.

<sup>585</sup> CE, Ass., 10 juillet 1996, 168702 168734 169631 169951, publié au recueil Lebon; M. DENIS-LINTON; " La rémunération des prestations fournies par l'INSEE au regard du droit de propriété intellectuelle ", *RFDA*, 1997. 115; H. MAISL, " Régime de la protection juridique des bases de données publiques ", *AJDA*, 1997. 189.

*être assortie, au titre des produits prévus à l'article 5 de l'ordonnance susvisée du 2 janvier 1959, de la perception de droits privatifs fixés par contrat et relevant de la propriété intellectuelle, à la condition que cette communication puisse être regardée, au sens des lois sur la propriété littéraire et artistique, comme une oeuvre de l'esprit ".*

Le principe étant posé sur la légalité des droits de propriété intellectuelle perçus par une entité publique, le Conseil d'État a dû ensuite s'attacher à déterminer l'originalité et donc l'activité créatrice mise en œuvre par l'INSEE. Cette originalité s'identifie selon au travers de plusieurs éléments :

*a. ensemble organisé et structuré d'informations*

*b. enrichissement des informations*

*c. qualité d'œuvre collective* <sup>586</sup>

L'INSEE possède donc un droit d'auteur tant sur le contenant, la base, que sur le contenu, les données.

Cette décision a été très discutée et a fait l'objet de nombreuses critiques. Certains l'ont justifiée par le droit des producteurs de base de données qui émergeait au niveau européen à ce moment-là. Or, dans les arrêts ultérieurs, malgré la reconnaissance en droit national<sup>587</sup> du droit des producteurs de données, le Conseil

---

<sup>586</sup> CE, Ass., 10 juillet 1996, 168702 168734 169631 169951, publié au recueil Lebon : " *constitue non une simple collection de données mais un ensemble organisé et structuré d'informations relatives à l'identité et à l'activité des entreprises ; qu'en outre l'INSEE ajoute aux données brutes qui lui sont fournies par les entreprises des informations qu'il élabore, relatives notamment au chiffre d'affaires, au taux d'exportation et à l'implantation géographique de ces entreprises ; que l'ensemble ainsi susceptible d'être cédé par l'INSEE aux sociétés requérantes en vue de sa rediffusion par celles-ci, constitue une base de données qui doit être regardée comme une œuvre collective pouvant légalement inclure des droits relevant de la propriété intellectuelle au profit de l'INSEE, donc de l'Etat* ".

<sup>587</sup> Loi n° 98-536 du 1er juillet 1998 portant transposition dans le code de la propriété intellectuelle de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données; J. -F. SEUVIC, " La loi n° 98-536 du 1er juillet 1998 (JO, 2 juill., p. 10075) porte « transposition dans le code de la propriété intellectuelle de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données », *RSC*, 1998 p.814; P. GAUDRAT, " La loi de transposition de la directive 96/9 du 11 mars 1996 sur les bases de données ", *RTD Com.*, 1998 p. 598.

d'État est resté sur cette même approche de droits privatifs relevant du droit d'auteur<sup>588</sup>.

La conséquence de cette application du droit d'auteur pour des bases de données et des données publiques pour le sujet qui nous occupe est donc l'application des délais du droit d'auteur classique soit soixante-dix ans après la mort de l'auteur.

Toutefois, la disparition d'une entité publique reste très rare et lorsque c'est le cas, ses actifs remontent généralement à l'entité "mère ". Si l'INSEE était amené à disparaître, c'est l'État qui serait directement titulaire de ces droits, donc autant dire que ces droits ne feront jamais l'objet dans les faits d'une extinction des droits d'auteurs pesant sur eux. On revient presque à une propriété intellectuelle, à un droit d'auteur perpétuel qui se rapproche de la propriété classique, mais s'éloigne de l'esprit de celui de la propriété intellectuelle qui veut qu'au bout d'un certain délai, l'œuvre rejoigne le domaine public et que toutes ses utilités soient accessibles à tous.

**342.** Le droit d'auteur applicable aux bases de données entraîne l'application des règles de durée qui lui sont attachées. Les données sont donc saisies d'un droit de propriété en l'occurrence d'un droit d'auteur. Il en va de même pour le droit des producteurs de bases de données.

## **B. La protection par le droit des producteurs**

**343.** La protection par le droit des producteurs implique, comme nous l'avons noté précédemment<sup>589</sup>, la protection d'un investissement économique, d'une prise de risque qui se doit d'être substantielle.

Pour M. Gaudrat, le caractère obligatoire de la collecte des données publiques empêche de reconnaître un investissement substantiel, du moins sur cette collecte : *" lorsque la base est constituée par une administration à partir des données qu'elle recueille dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique, l'investissement ne peut exister que dans la plus-value apportée par la*

---

<sup>588</sup> Conseil d'Etat, 10 / 9 SSR, du 29 juillet 2002, 200886, publié au recueil Lebon, G. GONZALEZ, " Application et instrumentalisation des règles de concurrence par le Conseil d'Etat", D. 2003. 901; S. NICINSKI, " Abus de position dominante et tarifs publics ", AJDA, 2002. 1072.

<sup>589</sup> *Supra*, n°336 et 337.

*structuration, la présentation ou la vérification, non dans la production de l'information elle-même ni sa collecte* <sup>590</sup>.

Les entités publiques bénéficiant d'un "avantage " sur la collecte des données, du fait de son caractère obligatoire, il ne peut y avoir d'investissement substantiel reconnu sur ce point. L'administration ne crée pas du contenu dans ce type de cas selon M. Teresi<sup>591</sup>, elle ne fait que le collecter.

En conséquence et en application de la jurisprudence communautaire<sup>592</sup> sur le critère de l'investissement substantiel, il n'est pour M. Teresi pas possible de reconnaître un droit du producteur sur ce contenu qui existe avant d'être collecté et donc rassemblé au sein d'une base. Et le raisonnement s'applique aussi en cas de création de contenu informationnel, la CJCE<sup>593</sup> ayant refusé d'analyser les fonds attachés à la création de ce contenu comme pouvant faire partie de l'investissement substantiel permettant de reconnaître un droit du producteur sur sa base de données. Il apparaît que les investissements substantiels doivent être réalisés à la marge ou sous d'autres champs que celui de la création de contenu mais plutôt finalement sur leur originalité de disposition par exemple.

Cet arrêt de la CJCE est très critiquable et fait perdre un peu de son intérêt au droit des producteurs, car ne semblant pas protéger la mise en place d'un réseau de collecte et de création de données. Même si l'investissement effectué dans ces créations de données ne permet pas de caractériser un investissement substantiel on ne peut en déduire le fait que le contenu de la base ne bénéficie pas pour autant d'une protection au titre du droit *sui generis* des producteurs de base de données. La caractérisation d'un investissement substantiel permet uniquement d'identifier le droit et non pas ce sur quoi il porte. En conséquence, à partir du moment où un investissement substantiel est reconnu et à condition qu'il porte sur autre chose

---

<sup>590</sup> P. GAUDRAT, " La loi de transposition de la directive 96/9 du 11 mars 1996 sur les bases de données ", *RTD Com.*, 1998 p. 598.

<sup>591</sup> L. TERESI, *op. cit.*, p. 422.

<sup>592</sup> CJCE, 9 nov. 2004, aff. C-203/02, The British Horseracing Board Ltd e.a. c/ William Hill Organization Ltd : Rec. CJCE 2004, I, p. 10415 ; *Comm. com. électr.* 2005, comm. 2, note C. CARON ; *D.*, 2005, p. 1495, obs. P. SIRINELLI ; *Légipresse*, 2005, n° 221, III, p. 85, note N. MALLET-POUJOL ; *Propr. industr.*, 2005, comm. 7, note P. KAMINA ; *Propr. intell.*, 2005, n° 14, p. 99, note S. LEMARCHAND et S. RAMBAUD ; *RDLI*, mars 2005, n° 104, note M. VIVANT.

<sup>593</sup> CJUE, aff. C-46/02 du 9 novembre 2004, Fixtures Marketing Ltd., concl. STIX-HACL, 8 jui 2004 & aff. C-203/02, British Horseracing Board Ltd. & aff. C-338/02, Svenska Spel AB & aff. C-444/02, OPAP.

que la création de données, c'est la base et son contenu (et donc y compris ces données créées ou collectées) qui sont protégés.

Le délai de protection sera donc ici le même pour la personne publique soit quinze ans renouvelables si un nouvel investissement substantiel est identifié.

Pour les données anonymes, anonymisées et publiques, les règles de durée des droits de propriété intellectuelle s'appliquent classiquement. Sans être perpétuels, leur nature "propriétaire " n'est pour autant pas remise en question et ils restent transmissibles. Les collecteurs ont donc, sous le prisme du caractère perpétuel et de la transmissibilité, des droits de propriété. La question s'avère plus délicate à l'égard des données personnelles de santé.

## SECTION 2 : UNE TRANSMISSION DES DROITS DIFFICILE POUR LES DONNEES ATTACHEES AUX PATIENTS

**344.** La question est ici de savoir si les droits des patients sur leurs données ont en droit positif un caractère similaire au caractère perpétuel du droit de propriété.

L'application du corpus juridique des droits de la personnalité dont font partie les droits des patients sur leurs données empêche aujourd'hui la reconnaissance d'un caractère perpétuel ainsi que la transmissibilité de ces droits (§1). Ce dogme juridique repose sur une conception qui apparaît désormais anachronique pour les données personnelles, l'informatique et notamment le net émergeant comme une mémoire illimitée (§2).

### **§1. La conception classique de l'extinction du droit au respect de la vie privée de la personne du fait de son décès**

**345.** Le principe guidant la catégorie générale des droits de la personnalité est celui de leur intransmissibilité<sup>594</sup>. Ce caractère d'un droit de la personnalité est dû

---

<sup>594</sup> Voir notamment sur ce point : Cass. 1re civ., 14 déc. 1999 : Bull. civ. 1999, I, n° 345 ; *JCP G*, 2000, II, 10241, concl. PETIT ; *Comm., com. électr.*, 2000, comm. 39, note A. LEPAGE ; *D.*, 2000, p. 266, obs. C. CARON ; *ibid.* p. 372, note B. BEIGNIER ; *RTD civ.*, 2000, p. 291, obs. J. HAUSER ; Cass. 1re civ., 15 févr. 2005, n° 03-18.302 : *JurisData* n° 2005-026965 ; Bull. civ. 2005, I, n° 86 ; *D.*, 2005, p. 2644, obs. A. LEPAGE ; *RJPF*, juin 2005, p. 14, note E. PUTMAN ; P. BLONDEL, *La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits*

au fait que ces droits sont liés à une personne dans son individualité et que de fait, avec le décès de celle-ci, les droits de la personnalité s'éteignent. Cette exigence est aussi liée à l'impossible circulation économique de ces droits qui ne font donc pas partie du patrimoine que la personne transmettra à ses héritiers.

**346.** La problématique de la transmissibilité de ce droit a été tranchée dans l'affaire du Grand Secret, évoquée précédemment<sup>595</sup>. Dans cette affaire, la Cour de Cassation pose le principe : "*attendu que le droit d'agir pour le respect de la vie privée s'éteint au décès de la personne concernée, seule titulaire de ce droit*"<sup>596</sup>. le caractère intransmissible a été par la suite clairement affirmé dans un autre arrêt de la Haute juridiction : "*à la date de la publication incriminée Patrick X... était décédé et qu'il n'a pu être personnellement atteint par les informations divulguées, que ses héritiers ne bénéficient pas du droit d'agir en son nom*"<sup>597</sup>. Le droit à l'image, branche du droit au respect de la vie privée, se voit appliquer les mêmes règles : "*attendu que le droit d'agir pour le respect de la vie privée ou de l'image s'éteint au décès de la personne concernée, seule titulaire de ce droit*"<sup>598</sup>.

Cette dernière décision revêt un caractère spécial, car les ayants droit revendiquaient en l'espèce un " droit patrimonial " au respect de la vie privée du défunt qui leur aurait été transmis. En effet, une photographie du défunt avait servi à illustrer une pochette de disque sans autorisation. La Cour de Cassation a donc "*affirmé de façon générale l'extinction du droit d'agir pour le respect de la vie privée et de l'image, montrant ainsi qu'elle n'entendait pas introduire, au moins ici, de différence de régime entre un droit extra patrimonial et un droit*

---

*patrimoniaux à caractère personnel*, thèse, Lyon, LGDJ, 1969; G. CORNU, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, 12ème éd., 2005 n°528; P. KAISER, *La protection de la vie privée par le droit. Protection du secret de la vie privée*, PUAM-Economica, 3ème éd., 1995, n°183.

<sup>595</sup> *Supra*, n°287.

<sup>596</sup> Civ. 1ere, 14. déc. 1999, n°97-15.756; J. HAUSER, " Droit à l'image, vie privée, cadavre et nécessités de l'information ", *RTD civ.*, 2000. 291; B. BEIGNIER, " La vie privée : un droit des vivants ", *D.*, 2000. 372; C. CARON, " Les morts n'ont pas de vie privée ", *D.*, 2000. 266.

<sup>597</sup> Civ. 2ème, 20 nov. 2003, n°02-12.297.

<sup>598</sup> Civ. 1ere, 15 févr. 2005, n°03-18.302; J. HAUSER, " Droit à l'information : la dignité des morts ", *RTD civ.*, 2005. 363; A. LEPAGE, " Droits de la personnalité : panorama 2004-2005 ", *D.*, 2005. 2643.

*patrimonial sur l'image, dont l'existence n'est pas reconnue en tant que telle par la Cour de Cassation*<sup>599</sup>.

Une autre affaire, liée au Président Mitterrand, a suscité des inflexions dans ce principe. En l'espèce, un photographe avait réussi à photographier la dépouille du Président. La solution dégagée par la chambre criminelle montre toute la difficulté et toute l'ambiguïté de la protection des défunts et de leur image, car la solution retenue envisage ce dernier comme une personne alors même que la mort lui fait perdre cette qualité : " *la fixation de l'image d'une personne, vivante ou morte, sans autorisation préalable des personnes ayant pouvoir de l'accorder, est prohibée et que la diffusion ou la publication de ladite image sans autorisation entre nécessairement dans le champ d'application des articles 226-1, 226-2 et 226-6 du Code pénal* "<sup>600</sup>. Le défunt se voit donc ici reconnaître un statut de personne alors même que juridiquement il ne l'est normalement plus. Si l'analyse de cette décision s'arrête ici, il est possible d'en conclure que le droit au respect de la vie privée persiste après la mort de la personne et que donc ce droit ne s'éteint pas avec la personne. De fait, ce sont donc les ayants droits, les héritiers qui peuvent faire valoir ce droit qui leur est transmis. Cependant se pose la question de savoir quelle vie privée le juge a-t-il voulu protéger ? Celle du défunt ou celle des ayants droit ? M. Beignier considère qu'en l'espèce il s'agit bien de la vie privée des ayants droit et non pas de la personne décédée : " *Ceux qui sont les maîtres de ce droit [droit au respect de la vie privée], hormis le cas des dernières volontés expresses du défunt, sont les héritiers et eux seuls, sous réserve, au demeurant, du principe général du droit imposant le respect des morts. Ils disposent de ce droit non-pas en tant que successeurs à la personne du défunt, mais à titre personnel : c'est leur vie intime qu'ils peuvent protéger non celle du mort* "<sup>601</sup>.

**347.** La temporalité limitée des droits n'est pas absente du droit Informatique et Liberté, dérivé du droit au respect de la vie privée afin de prendre en compte les nouveaux enjeux liés à l'informatisation. Toutefois, l'approche est différente. C'est

---

<sup>599</sup> A. LEPAGE, Les droits de la personnalité, Répertoires de droit civil, Dalloz, septembre 2009 (MAJ juin 2014).

<sup>600</sup> Crim. 20. oct. 1998, n° 97- 84.621; B. BEIGNIER, " Photographie de la dépouille mortelle, dernier « portrait d'un artiste » ", *D.*, 1999. 106.

<sup>601</sup> B. BEIGNIER, Photographie de la dépouille mortelle, dernier « portrait d'un artiste », *op.cit.*

le traitement qui est limité dans le temps et pas forcément les droits de la personne.

En effet, dans les différentes conditions de licéité générale d'un traitement de données à caractère personnel, qu'elles soient sensibles ou non, est posé un principe de limitation de la durée du traitement<sup>602</sup> : " *Elles [les données] sont conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée qui n'excède pas la durée nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées* "<sup>603</sup>.

Cette disposition montre normalement l'impossibilité d'une conservation sans limites de durée des données personnelles. Cette durée doit être limitée dans le temps et être justifiée par la finalité du traitement.

**348.** En matière de dossier médical, les durées de conservation sont complexes et surtout parfois indéfinies juridiquement pour les professionnels de santé exerçant en dehors d'un établissement de santé.

Ainsi, l'article R. 1112-7 du Code de la Santé Publique pose le principe d'une durée de conservation de vingt ans avec quelques exceptions<sup>604</sup>.

---

<sup>602</sup> Article 226-1 du Code Pénal qui pose la sanction au non respect de ce principe : " *Le fait de conserver des données à caractère personnel au-delà de la durée prévue par la loi ou le règlement, par la demande d'autorisation ou d'avis, ou par la déclaration préalable adressée à la Commission nationale de l'informatique et des libertés, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende, sauf si cette conservation est effectuée à des fins historiques, statistiques ou scientifiques dans les conditions prévues par la loi.*

*Est puni des mêmes peines le fait, hors les cas prévus par la loi, de traiter à des fins autres qu'historiques, statistiques ou scientifiques des données à caractère personnel conservées au-delà de la durée mentionnée au premier alinéa "*

<sup>603</sup> article 6, Loi 78-17 du 6 janvier 1978.

<sup>604</sup> Article R. 1112-7 du Code de la Santé Publique : " *Les informations concernant la santé des patients sont soit conservées au sein des établissements de santé qui les ont constituées, soit déposées par ces établissements auprès d'un hébergeur agréé en application des dispositions à l'article L. 1111-8.*

*Le directeur de l'établissement veille à ce que toutes dispositions soient prises pour assurer la garde et la confidentialité des informations ainsi conservées ou hébergées.*

*Le dossier médical mentionné à l'article R. 1112-2 est conservé pendant une durée de vingt ans à compter de la date du dernier séjour de son titulaire dans l'établissement ou de la dernière consultation externe en son sein. Lorsqu'en application des dispositions qui précèdent, la durée de conservation d'un dossier s'achève avant le vingt-huitième anniversaire de son titulaire, la conservation du dossier est prorogée jusqu'à cette date. Dans tous les cas, si la personne titulaire du dossier décède moins de dix ans après son dernier passage dans l'établissement, le dossier est conservé pendant une durée de dix ans à compter de la date du décès. Ces délais sont suspendus par l'introduction de tout recours gracieux ou contentieux tendant à mettre en cause la*

On remarque que les règles sont plutôt claires pour les établissements de santé, mais aujourd'hui inexistantes pour les professionnels de santé en dehors du contexte hospitalier. Ainsi L'Ordre des médecins a recommandé aux médecins de ville de s'aligner sur ce principe,<sup>605</sup> mais à ce jour il n'existe toujours pas de règles officielles.

**349.** On remarque aussi dans le dernier alinéa de l'article une possibilité de conservation à durée indéterminée, mais pour des finalités précises : statistiques, historiques ou scientifiques. Cette disposition fait clairement écho à un des autres alinéas de l'article 6 de la Loi informatique et Libertés : "*Elles sont collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes et ne sont pas traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités. Toutefois, un traitement ultérieur de données à des fins statistiques ou à des fins de recherche scientifique ou historique est considéré comme compatible avec les finalités initiales de la collecte des données, s'il est réalisé dans le respect des principes et des procédures prévus au présent chapitre, au chapitre IV et à la section 1 du chapitre V ainsi qu'aux chapitres IX et X et s'il n'est pas utilisé pour prendre des décisions à l'égard des personnes concernées*".

**350.** C'est ici non seulement la durée de conservation des données personnelles et plus spécifiquement des données personnelles de santé qui est limitée, mais aussi l'existence même de la donnée. Il est vrai que nous ne sommes pas dans une mesure de limitation des droits de la personne et même du patient, car cette mesure s'inscrit dans l'idée d'une meilleure protection des données personnelles

---

*responsabilité médicale de l'établissement de santé ou de professionnels de santé à raison de leurs interventions au sein de l'établissement.*

*A l'issue du délai de conservation mentionné à l'alinéa précédent et après, le cas échéant, restitution à l'établissement de santé des données ayant fait l'objet d'un hébergement en application de l'article L. 1111-8, le dossier médical peut être éliminé. La décision d'élimination est prise par le directeur de l'établissement après avis du médecin responsable de l'information médicale. Dans les établissements publics de santé et les établissements de santé privés participant à l'exécution du service public hospitalier, cette élimination est en outre subordonnée au visa de l'administration des archives, qui détermine ceux de ces dossiers dont elle entend assurer la conservation indéfinie pour des raisons d'intérêt scientifique, statistique ou historique."* SEGUI, Le délai de conservation de certaines archives hospitalières, Rev. hosp. France, no 496, janv. 2004, p. 62 et no 499, juill. 2004, p. 46, O. DUPUY, " La réforme des règles de durée de conservation des dossiers médicaux gérés par les établissements de santé ", RDS, n° 11, 2006, p. 294-297; I. BEAUJEAN, " L'inquiétant devenir des dossiers des patients conservés par les établissements publics de santé au-delà du délai de 25 ans ", RDS, n° 45, 2012, p. 36-46.

<sup>605</sup> Conseil National de l'Ordre des Médecins, Dossier Médicaux, Conservation-Archivage, mai 2009.

dans la droite ligne du débat plus général du droit à l'oubli<sup>606</sup>. Cependant, cette question de la limite dans le temps de la conservation des données montre toute l'importance de la notion de durée en matière de données personnelles. Tant l'existence de la donnée que les droits des personnes sur celle-ci ne peuvent être perpétuels et de fait transmissibles.

Cependant, l'article 36 de la loi Informatique et Libertés expose clairement la possibilité de "proroger " la durée de conservation des données pour ces finalités en les faisant passer dans la catégorie dite " d'archives " : *Les données à caractère personnel ne peuvent être conservées au-delà de la durée prévue au 5° de l'article 6 qu'en vue d'être traitées à des fins historiques, statistiques ou scientifiques ; le choix des données ainsi conservées est opéré dans les conditions prévues à l'article L. 212-4 du code du patrimoine. Les traitements dont la finalité se limite à assurer la conservation à long terme de documents d'archives dans le cadre du livre II du même code sont dispensés des formalités préalables à la mise en œuvre des traitements prévues au chapitre IV de la présente loi. Il peut être procédé à un traitement ayant des finalités autres que celles mentionnées au premier alinéa :*

- *soit avec l'accord exprès de la personne concernée ;*
- *soit avec l'autorisation de la Commission nationale de l'informatique et des libertés ;*
- *soit dans les conditions prévues au 8° du II et au IV de l'article 8 s'agissant de données mentionnées au I de ce même article " .*

La durée de conservation de ces données à statut spécifiques, car données qualifiées " d'archives ", est nécessairement longue voire illimitée. On comprend bien les finalités, qui sont d'ailleurs clairement fléchées dans cet article.

Lors de la vie du patient, celui-ci est le seul habilité à accéder à son dossier médical. Toutefois, ce droit d'accès est, suite au décès du principal intéressé, exercé par les ayants droit. On ne peut pas parler de transfert, de transmission d'un droit d'accès ou au mieux de transmission incomplète, notamment car les ayants droit qui souhaitent avoir accès au dossier médical du patient doivent justifier d'une finalité : " *Le secret médical ne fait pas obstacle à ce que les informations concernant une personne décédée soient délivrées à ses ayants droit, dans la*

---

<sup>606</sup> *Supra*, n° 269 à 272

*mesure où elles leur sont nécessaires pour leur permettre de connaître les causes de la mort, de défendre la mémoire du défunt ou de faire valoir leurs droits, sauf volonté contraire exprimée par la personne avant son décès*<sup>607</sup>.

Les ayants droit ont donc une partie du droit d'accès aux données médicales du défunt. Toutefois, ces données perdurent et survivent généralement au patient au regard des règles sur la durée de conservation du dossier médical. Cette volonté d'organiser un droit d'accès pour les ayants droit témoigne de la nécessité de faire perdurer au-delà de la mort certains droits de la personne même si ce statut de droit transmissible lui est aujourd'hui nié par le droit.

Cette entorse au caractère intransmissible des droits sur les données personnelles de santé en matière d'accès au dossier médical témoigne de la nécessité de repenser la conception de ce droit et notamment dans la perspective de l'existence d'un droit patrimonial sur ces données<sup>608</sup>.

## **§2. Le nécessaire renouvellement de la conception classique**

**351.** La règle est que la personne décédée n'a plus de droits de la personnalité, car son décès entraîne la perte de sa personnalité juridique<sup>609</sup> : "*la personnalité juridique joue, en fait, comme un fil directeur des droits de la personnalité*"<sup>610</sup>.

**352.** Cette disparition juridique de la personne est d'autant plus prégnante sous le prisme des droits de la personnalité qui dans leur structure, leur essence, sont

---

<sup>607</sup> Article L. 1110-4 du Code de la Santé Publique.

<sup>608</sup> *Supra*, n°199 à 207.

<sup>609</sup> Sur la notion de personnalité juridique : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 2011: " aptitude à être titulaire de droits et assujettis à des obligations ". Voir aussi : F. ZENATI-CASTAING & T. REVET, *op.cit.*, n°1; C. ATIAS, *Les personnes. Les incapacités*, PUF, 1985, n°4; R. MARTIN, " Personne et sujet de droit ", *RTD civ.*, 1981, p. 785; B. TEYSSIE, *Les personnes*, Litec, 11ème éd., 2010; G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil- Les personnes*, LGDJ, 1989, n°271.

Sur la fin de la personnalité juridique et la notion de mort, voir notamment : L. - M. RAYMONDIS, " Problème juridique d'une définition de la mort. A propos des greffes d'organes ", *RTD civ.*, 1969, p.29; R. NERSON, " L'influence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit civil ", *RTD civ.*, 1970, p. 661; article R. 1232-1 du Code de la Santé Publique.

Sur le lien entre personnalité juridique et droits de la personnalité : L. DUMOULIN, " Les droits de la personnalité des personnes morales ", *Rev. sociétés*, 2006, p. 1; A. LEPAGE, *Rép. civ. Dalloz*, n°16.

<sup>610</sup> : L. DUMOULIN, " Les droits de la personnalité des personnes morales ", *Rev. sociétés*, 2006, p. 1.

attachés à l'individu. Le droit considère donc que les droits de la personnalité s'éteignent avec la mort de la personne.

**353.** Or, on constate, que les informations concernant la personne et d'autant plus les données restent, elles, bien " en vie".

Les forts débats autour du droit à l'oubli<sup>611</sup> cristallisent pour partie les peurs liées à cette forte tentation des nouvelles technologies de créer une mémoire illimitée.

Les données liées au décès d'une personne sont aujourd'hui d'une accessibilité et d'une utilisation très restreintes<sup>612</sup>. À tel point, que cette information qui pourrait, en plus d'être une donnée personnelle, être considérée comme une donnée de santé, ne peut être que très rarement être utilisée dans des traitements de données à caractère personnel. Or, cette information sur le statut juridique d'une personne pourrait s'avérer nécessaire pour entraîner la destruction de ses données.

**354.** La réalité fait qu'aujourd'hui, bon nombre de données perdurent suite au décès. Le réseau social Facebook s'est emparé de ce sujet d'une manière innovante et plutôt éloignée de notre conception juridique. En effet, une nouvelle fonctionnalité permet désormais au titulaire d'un compte de désigner de son vivant le devenir de son compte après son décès. La situation antérieure permettait aux ayants droit sous réserve de produire un certificat de décès de créer un "profil commémoratif". La nouvelle fonctionnalité permet de désigner une personne qui

---

<sup>611</sup> *Supra*, n° 269 à 272

<sup>612</sup> Le Répertoire National d'Identification des Personnes Physiques est un fichier hautement sensible auquel la CNIL porte une attention particulière quant à son utilisation : Décret n°82-103 du 22 janvier 1982 modifié par les décrets n°98-92 du 18 février 1998, n°2000-910 du 14 septembre 2000 et n°2006-278 du 8 mars 2006; Délibération n°81-68 du 09 juin 1981 portant avis sur la gestion automatisée d'un répertoire des personnes physiques; Délibération n°83-58 du 29 novembre 1983 portant adoption d'une recommandation concernant la consultation du Répertoire National d'Identification des Personnes Physiques (RNIPP) et l'utilisation du numéro d'inscription au répertoire (NIR); Délibération n° 2004-099 du 9 décembre 2004 portant avis sur le projet de décret présenté par l'INSEE modifiant le décret n° 82-103 du 22 janvier 1982 modifié relatif au répertoire national d'identification des personnes physiques et portant extension à l'outre-mer de l'identification au répertoire.

Plus spécifiquement sur l'utilisation de l'information de décès : Décret n° 98-37 du 16 janvier 1998 autorisant l'accès aux données relatives au décès des personnes inscrites au Répertoire national d'identification des personnes physiques dans le cadre des recherches dans le domaine de la santé.

pourra effectuer tout ou partie des actions disponibles pour la personne après sa mort et selon sa volonté. La suppression du compte sera aussi possible<sup>613</sup>.

Cet exemple fait figure d'exception et la mort de la personne n'entraîne aujourd'hui aucune destruction automatique de ses données, soit par l'impossibilité d'avoir accès à l'information de décès, soit aussi potentiellement pour des raisons économiques et propres aux intérêts des collecteurs.

**355.** Pour exemple, les trois grands dossiers de santé nationaux traitent différemment la notion de décès.

Le Dossier Pharmaceutique (DP) ne prévoit pas de possibilité de fermeture ou de destruction (subtilité qui n'existe pas dans le corpus juridique du DP) lors du décès de la personne. Encore une fois cela s'explique par l'inaccessibilité à la donnée de décès d'une personne. Toutefois, l'article R. 1111-20-4 du Code de la Santé Publique prévoit qu'au bout de trois ans d'inactivité, c'est à dire où rien ne se passe sur ce dossier, et l'on peut supposer qu'une personne décédée ne se voit pas dispenser de médicaments, il est supprimé : " [...] *Le dossier pharmaceutique est automatiquement clos par l'hébergeur mentionné à l'article R. 1111-20-10 du Code de la Santé Publique, s'il n'a fait l'objet d'aucun accès pendant une durée de trois ans. Lorsque le dossier pharmaceutique est clos, son contenu est détruit dans sa totalité par l'hébergeur* ". En d'autres termes, suite au décès de la personne, son DP sera, au bout de 3 ans automatiquement supprimé.

L'historique des remboursements ou web médecin a un statut particulier et ne possède pas en tant que tel de durée de conservation. En effet, comme il s'agit principalement de données de remboursement, elles sont conservées de manière illimitée. Toutefois, leur transformation en donnée de santé par le simple fait de leur accès lors d'une prise en charge limite leur utilisation, et ce notamment si la personne est décédée. En effet, l'accès se faisant sur remise de la carte Vitale et lors d'une prise en charge, une personne décédée est dans l'incapacité d'effectuer ces deux opérations. Cependant, même si les données de remboursement ne sont plus accessibles en tant que données de santé, il n'empêche qu'elles continuent d'exister dans la sphère assurantielle. Or, on comprend bien que ce changement de

---

<sup>613</sup> M. UTERSINGER, " Vous pourrez décider de ce qui arrivera à votre compte Facebook après votre mort ", *Le Monde*, 12 février 2015.

statut de la donnée est tout de même très artificiel et ne correspond pas à la définition de la données de santé qui ne saurait se caractériser par un contexte de prise en charge. La durée d'existence et de conservation de ces données n'est donc aujourd'hui pas limitée et il est difficile pour une personne décédée de faire valoir un droit à ce que ces données soient supprimées, alors même qu'elles n'ont plus de raison d'être. En effet, on ne rembourse plus les soins d'un mort !

Les dossiers de santé n'échappent pas à leur durabilité face au décès de la personne, et ce malgré le fait que l'information de décès est rarement éloignée de ces différents dossiers, ou à tout le moins des données qu'ils contiennent.

Le seul rempart face à cette potentialité d'éternité de la donnée est la règle de la conservation des données limitée dans le temps. Ainsi en toute logique, une donnée personnelle, y compris de santé, doit nécessairement disparaître à un moment ou à un autre. En effet, une donnée personnelle en viendra à se détruire de par l'obligation d'une conservation limitée dans le temps.

Or, on sait aujourd'hui toute la difficulté à faire appliquer ce type de règle, notamment auprès des géants de l'internet et des nouvelles technologies. Ces difficultés se traduisent aussi dans les débats autour du droit à l'oubli qui se préoccupe autant des vivants que des morts.

**356.** L'une des solutions à ces dérives serait de reconnaître la possibilité pour les ayants droit d'agir sur ces données, de leur donner au moins la possibilité de demander l'effacement ou alors de laisser la possibilité à la personne de régir elle même ses données avant son décès, comme par exemple par le biais d'un testament<sup>614</sup>.

L'article 63 de la loi pour une République Numérique<sup>615</sup> crée un droit pour la personne à " *définir des directives relatives à la conservation, à l'effacement et à la communication de ses données à caractère personnel après son décès. Ces directives sont générales ou particulières.*". De plus, même les héritiers peuvent

---

<sup>614</sup> Voir par exemple : CNIL, Mort numérique ou éternité virtuelle : que deviennent nos données après la mort ?, 31 oct. 2014.

<sup>615</sup> Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, *op.cit.*; Sur ce sujet voir : C. PERES, " Les données à caractère personnel et la mort, Observations relatives au projet de loi pour une République Numérique ", *D.*, 2016, p. 90.

exercer les droits relatifs aux données de la personne décédée dans le cas où elle n'aurait pas laissé de directives. Il s'agit ici ni plus ni moins de la reconnaissance d'un caractère perpétuel et transmissible des droits sur les données personnelles. Or, ces deux caractéristiques rapprochent un peu plus ces droits du droit de propriété. La volonté d'ancrer juridiquement ces caractères démontre le manque de pertinence du régime des droits de la personnalité pour les données personnelles.

**357.** Au regard des développements précédents, si l'on admet l'hypothèse selon laquelle il y a un droit patrimonial sur les données personnelles, celui-ci sera, du fait de sa nature, nécessairement transmissible. Un certain nombre de décisions jurisprudentielles ont ouvert la possibilité d'un tel raisonnement<sup>616</sup>.

**358.** Il s'agit en fait d'arriver à reconstituer du lien entre la personne et ses données, et ce même dans la mort. Ainsi, tout comme le patrimoine aujourd'hui, il apparaît nécessaire d'ouvrir la possibilité à la personne de décider du devenir de ses données suite à son décès ou alors de transmettre ce droit de décision aux ayants droit. Ces nouveaux droits exigent de percevoir, encore une fois, la donnée, et notamment la donnée personnelle ainsi que les droits qui y sont attachés, différemment de la manière dont ils sont perçus aujourd'hui juridiquement.

---

<sup>616</sup> TGI Aix-en Provence, 24 nov. 1988, *JCP G*, 1989, II, 21329, note J. HENDERYCKSEN, confirmé par CA Aix-en-Provence, 21 mai 1991, *RJDA* 1991, n°756, p. 665; CA Paris, 10 sept. 1996, *RIDA* 1996, p. 345 : " *Les héritiers [...] sont admis à agir en réparation de l'entier préjudice patrimonial* ", " *lorsque l'intéressé aura par son activité ou sa notoriété conféré une valeur commerciale à son image* "; TGI Paris, 1ère ch., 1ère sect., 22 oct. 1997, P. De Gaulle c/ Scté Trésor du Patrimoine, *Légipresse* 1998, I, p. 18 : " *le tribunal pose que le droit à l'image, comme le droit au nom, est essentiellement attaché à la personne de leur titulaire, mais présente également un caractère patrimonial qui permet d'en monnayer l'exploitation commerciale et se transmet aux héritiers et que les descendants d'une personne défunte sont en droit de protéger sa mémoire, sa réputation et sa pensée* "; CA Versailles, 12ème ch., 2ème sect., 22 sept. 2005, n°03/06185, SAS Calendrier Jean Lavigne c/ Scté Universal Music, *JurisData* n°2005-288693; *Comm. com. électr.*, 2006, comm. 4, obs. C. CARON, *Légipresse*, 2006, III, p. 109, obs., J. - M. BRUIGUIERE, *D.* 2006, chron., 2705, obs. L. MARINO.

A l'inverse : CA Paris, 7 juin 1983, aff. Claude François, *Gaz. Pal.*, 1984, 2, p. 528, note LAMOUREUX & B. BOCHON : " *l'exploitation de l'image relève du droit de la personnalité et n'entre pas dans le patrimoine* ".

Pour une analyse en droit comparé : T. GISCLARD, *La personnalité humaine comme élément du patrimoine*, thèse Paris 1, 2012



## CONCLUSION CHAPITRE 3

**359.** Les collecteurs, de part l'application de droits de propriété intellectuelle, ont des droits sur les données qui ne sont certes pas perpétuels mais qui obéissent à des règles issues d'un régime propriétaire.

**360.** Les droits de la personnalité et plus spécialement les droits sur les données personnelles de santé ne sauraient aujourd'hui avoir un caractère perpétuel et transmissible dans notre droit. Toutefois, on ne peut se satisfaire de ce constat. La réalité numérique impose de repenser ces caractéristiques. Le projet de loi pour une République Numérique souhaite, en l'état, tendre vers la possibilité d'une transmissibilité de ces droits sur les données. De plus, si l'on prend en compte l'hypothèse selon laquelle il existe un droit patrimonial sur les données, cette nature emporte inévitablement une dimension de transmissibilité. Les évolutions du droit sur les données personnelles tendent donc à le rapprocher sensiblement du droit de propriété.



## CONCLUSION TITRE 2

**361.** L'approche du droit de propriété par ses caractères s'avère au moins tout aussi pertinente que celle par les prérogatives. Toutefois, on s'aperçoit que ces caractères n'ont pas tous la même pertinence.

**362.** Tout d'abord, le caractère perpétuel a déjà été bien entamé par l'arrivée dans notre droit, des droits de propriété intellectuelle. Ces droits sont limités dans le temps et pourtant leur nature propriétaire n'est que très peu remise en question. Les collecteurs, qui bénéficient de ces droits (droit d'auteur et droit des producteurs) sur les bases de données ont donc un droit de propriété intellectuelle sur les données aussi, et ce malgré la limitation des droits dans le temps. Cette limitation, acceptée en matière de propriété intellectuelle marque le peu de pertinence comme critère d'identification du droit de propriété. Pourtant, on s'aperçoit que pour les patients, leurs droits sur leur données ont pour limite leur mort et ne peuvent pas se transmettre. Cet aspect pourrait nous amener à conclure que dans ce cas, nous ne sommes pas en présence d'un droit de propriété. Mais, les réflexions sur l'évolution de ce cadre, nous amènent à penser qu'un droit proche de la perpétuité ou à tout le moins transmissible va apparaître dans notre droit pour "costumer" un peu plus ces droits des patients sur les données personnelles en droit de propriété.

**363.** Ensuite, le caractère absolu du droit de propriété, même s'il est toujours cité, s'assimile plus à une affirmation rhétorique qu'à une réalité juridique. Les limites au droit de propriété sont nombreuses tout comme celles aux droits de la personnalité. Les droits des collecteurs connaissent des restrictions et ceux des patients aussi. Finalement, on pourrait tout autant conclure à l'absoluité de leurs droits qu'à leur relativité. Pourtant, l'existence de limites à l'exercice d'un droit ne saurait remettre en cause sa valeur juridique. Le caractère absolu n'est donc pas ou plus un critère d'identification du droit de propriété .

**364.** Enfin, et c'est certainement le plus important, le caractère exclusif apparaît comme la pierre angulaire de la détermination de l'existence d'un droit de propriété. Or, patients et collecteurs possèdent cette capacité d'éviction, cette

maîtrise exclusive sur les données, qui s'apparente, à n'en pas douter, à un droit de propriété.

# CONCLUSION PARTIE 1

**365.** La question qui guidait l'analyse de la première partie de ce travail était : les droits qui pèsent sur les données de santé pourraient ils être un droit de propriété ?

Pour répondre à cette interrogation il a fallu calquer l'analyse sur les six critères d'identification du droit de propriété : les trois premiers constituent les prérogatives de ce droit et les autres, ses caractères. Nous nous sommes donc attachées à identifier les similitudes entre ces droits et le droit de propriété.

**366.** Or, force est de constater, que ces droits sur les données, qu'elles soient personnelles, anonymes, anonymisées ou publiques, et quel que soit le titulaire de ceux ci, collecteur ou patient, présentent de fortes similitudes avec le droit de propriété. Ces ressemblances sont telles que la première conclusion est que finalement un droit de propriété sur les données existe déjà.

**367.** Pourtant, le calque avec le droit de propriété n'est pas parfait : des éléments manquent parfois à l'appel ou sont fortement diminués. L'analyse s'est d'autant plus trouvée perturbée qu'un critère d'identification du droit de propriété, autre que les prérogatives et caractères, "serpentait" entre chaque étape de l'étude : la patrimonialité. Ce critère de la patrimonialité est difficilement acceptable dans l'analyse des droits sur les données personnelles de santé notamment car contre nature avec la théorie des droits de la personnalité.

**368.** On ne peut toutefois s'empêcher de remettre en cause les différents critères d'identification du droit de propriété qui soit se recourent trop (fructus et usus par exemple), soit sont très surfaits (comme le caractère absolu) ou déjà remis en cause dans notre droit (comme le caractère perpétuel avec le droit de la propriété intellectuelle). Le seul critère qui semble rester pertinent est celui de l'exclusivité. Si la propriété doit se définir comme un rapport d'exclusivité à une chose, on pourrait presque dire que tout est droit de propriété et notamment les droits pesant sur les données de santé, y compris les données personnelles.

Le caractère patrimonial des données personnelles de santé même si il est contesté n'est pas inexistant. L'article L. 1111-8 du Code de la Santé Publique les extraits

du champ du commerce juridique mais pas de la patrimonialité, à l'identique du régime des éléments et produits du corps humain. La réalité attire irrésistiblement des choses vers le commerce juridique et pour s'en prémunir au regard de considérations comme le respect de la personne ou de la dignité humaine, on ampute la possibilité juridique d'une exploitation mercantile mais pas celle d'une exploitation non-cupide. Etre hors commerce juridique ce n'est pas être hors du champ du droit de propriété.

**369.** Par conséquent, on ne peut que conclure que les droits attachés aux données de santé, toutes catégories confondues, sont des droits de propriété ou à tout le moins un régime spécial du droit de propriété.

**370.** Mais que l'on adhère ou pas à cette conclusion, la possibilité d'un droit de propriété ne suffit pas à elle seule pour assumer ou créer un droit de propriété sur les données de santé, encore faut-il que ce soit pertinent.

## PARTIE 2

### LA PERTINENCE D'UN DROIT DE PROPRIÉTÉ SUR LES DONNÉES DE SANTÉ

**371.** La question de l'identification d'un droit de propriété et l'examen de sa possibilité d'existence sur les données de santé ne peuvent suffire à satisfaire la réflexion. Même s'il a été reconnu précédemment que les différents droits pesant sur les données de santé, et ce pour toutes les catégories examinées, peuvent s'analyser comme autant de traces d'exercice d'un droit de propriété, il apparaît nécessaire de pousser la réflexion dans un champ plus prospectif.

Nous ne pouvons nous contenter de la possibilité de la reconnaissance d'un droit de propriété. La pertinence de cette reconnaissance est l'un des enjeux fondamentaux de la problématique qui nous occupe. En effet, cette question nécessite d'imaginer les impacts d'un droit de propriété sur les données dans notre droit et de s'interroger sur l'utilité d'un tel droit.

**372.** Le droit de propriété présente de nombreux avantages. Il est perçu comme le droit permettant la plus grande prise sur l'objet. Pour ce qui est des données personnelles, il apparaît à même de concilier besoin de protection et valorisation économique de ces dernières : " la marchandisation des données personnelles, pousse bon nombre de personnes dans cette direction afin de mieux les protéger, mais aussi de coller au mieux à cet aspect économique des données personnelles<sup>617</sup>".

Il s'agit aussi de mieux protéger les acteurs économiques dans leurs choix stratégiques et permettre ainsi le véritable développement d'une filière industrielle et de services basée sur la production et l'exploitation de données. La propriété confère aux acteurs économiques la sécurité juridique nécessaire pour permettre le développement de leur activité en toute sérénité, sans flou juridique.

---

<sup>617</sup> N. MALLET-POUJOL, " Droit à et droit sur l'information de santé " in " Le droit des données de santé ", *RGDM*, Numéro spécial, LEH, 2004.

Le juriste ne peut pas nier la pression économique de plus en plus forte qui s'exerce sur ce secteur et qui provoque des points de friction entre valorisation des données et protection des personnes, et ce dans tous les secteurs et particulièrement dans celui de la santé. Toutefois, le juriste semble aujourd'hui se contenter des divers et multiples corpus juridiques et se satisfaire de la situation. La réponse aux enjeux économiques sur les données s'est traduite soit par la création d'un nouveau droit de propriété intellectuelle, celui des producteurs ou par l'élaboration de corpus juridique de protection des personnes et notamment des patients.

Une partie de ce corpus a été récemment réformée au niveau européen<sup>618</sup> et montre bien toute l'importance accordée à ces différents enjeux et intérêts par nature antinomiques.

Pour l'instant, le droit se contente de ces différentes règles (règlement européen, loi Informatique et Libertés, droit de la propriété intellectuelle et notamment droit d'auteur et droit des producteurs) et se satisfait des résultats de la mise en œuvre de ces dernières et des philosophies qu'elles sous-tendent. Cependant, on ne peut que constater que les choix qui ont été faits et même ceux qui sont en train d'être faits pour protéger les personnes ou pour favoriser l'exploitation économique des données manquent cruellement de modernité, d'audace et d'efficacité. La réforme du cadre juridique européen sur les données personnelles en est la preuve. Une trop forte pression se fait sentir sur ces données et la réaction juridique est de réformer le droit pour assurer protection aux personnes et permettre aussi aux

---

<sup>618</sup> Règlement (UE) 2016/679 du Parlement Européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 96/46/CE (règlement général sur la protection des données); T. DAUTIEU, " La proposition de règlement européen en matière de protection des données personnelles et ses conséquences sur la future stratégie de contrôle de la CNIL ", 15 janvier 2013, *D.*, 2013; C. BLOUD-REY, " Quelle place pour l'action de la CNIL et du juge judiciaire dans le système de protection des données personnelles ? ", *D.*, 2013. 2795; A. ASTAIX, " Réforme européenne de la protection des données : le processus suit son cours ", 31 janvier 2013. *D. Actualités*; N. MARTIAL-BRAZ, J. ROCHFELD & E. GATTONE, " Quel avenir pour la protection des données à caractère personnel en Europe ? ", *D.*, 2013. 2788; A. ASTAIX, " Protection des données personnelles : une réforme globale en vue ", 6 février 2012, *D. Actualités*; C. CASTETS-RENARD, " Brève analyse du règlement général relatif à la protection des données personnelles ", *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 335; G. DESGENS-PASANAU, " RGPD : entre incertitudes et occasions manquées ", *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 335; P. CADIO & . LIVENAIS, " Photographie du champ territorial du règlement des données personnelles : de nouveaux opérateurs concernés ? ", *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 347.

acteurs économiques d'évoluer dans un cadre juridique soi-disant plus clair et donc plus stable et plus sécurisant. Or, les innovations juridiques de ce texte restent finalement faibles, essentiellement procédurales (en facilitant les procédures, cela facilitera les initiatives dans la mise en œuvre de traitements de données à caractère personnel). Les créateurs de droit refusent d'aller vers un arsenal juridique avec une philosophie différente.

**373.** La question de la reconnaissance d'un droit de propriété sur les données, même si elle a tout de même déjà été abordée par la doctrine notamment<sup>619</sup>, pourrait permettre de renouveler le débat et d'étudier si, finalement, l'exercice d'un tel droit ne permettrait pas de mieux concilier les intérêts en jeu tout en simplifiant grandement le corpus juridique sur cette thématique. La réponse à ce questionnement ne sera pas forcément faite dans le sens d'une recommandation de l'application du droit de propriété et nous nous apercevons peut être que le cadre actuel est plutôt adapté.

Il est vrai que la propriété apparaît souvent comme le droit qui permet d'assurer la meilleure protection des intérêts que ce soit sous le prisme économique ou sous celui de la maîtrise de la personne sur ses données et donc de la protection de cette dernière face aux intérêts économiques débridés.

**374.** Même si le droit de propriété, que l'on qualifiera de "classique" c'est à dire dénué d'approche spécifique comme le droit de la propriété intellectuelle, peut s'avérer séduisant à bien des égards, il présente un certain nombre d'éléments qui pourraient le rendre inapte à une transposition classique aux données de santé et notamment aux données personnelles de santé (Titre 1). Le choix d'un premier temps du raisonnement sans aborder la propriété intellectuelle en tant que telle

---

<sup>619</sup> Voir par exemple : N. MALLET-POUJOL, Droit à et droit sur l'information de santé in " Le droit des données de santé ", *RGDM*, Numéro spécial, LEH, 2004; L. TILMAN , « La délicate question de la propriété des données de santé », *RGDM*, n° 53, 2014, p. 49-54.; T. SAINT-AUBIN, " Les nouveaux enjeux juridiques des données (big data, web sémantique et linked data) Les droits de l'opérateur de données sur son patrimoine numérique informationnel ", *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* , 2014 ; F. MATTATIA & M. YAICHE, "Être propriétaire de ses données personnelles : peut-on recourir aux régimes traditionnels de propriété ? ", *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* , 2015.

permettra d'identifier les atouts et les inconvénients du droit de propriété dans son acception la plus fondamentale, la plus originelle et la plus transverse possible.

Le constat de cette inadaptation du droit de propriété "classique "aux données de santé ne permet pas de clore le débat, car il est possible de trouver un modèle basé sur un régime de propriété déjà existant, celui du droit d'auteur, qui peut gommer toutes les imperfections du droit de propriété classique et être porteur d'évolutions modernes et salutaires de notre droit sur les données (Titre 2).

## TITRE 1

### LA PROPRIETE, UN REGIME SEDUISANT MAIS INSUFFISANT

**375.** La propriété, envisagée sous l'angle de sa fonction, est multiple. C'est cette multiplicité de "fonctionnalités" qui en font un régime séduisant à appliquer aux données de santé.

**376.** En premier lieu, la propriété apparaît comme une reconnaissance de la valeur économique d'une chose et donc d'un bien. Cette reconnaissance économique assure tant la réservation que la protection et la circulation de cette valeur. C'est en ce sens que certains auteurs ont pu évoquer le fait que là où il y avait valeur économique, il y avait droit de propriété. L'identification de la propriété ne se ferait plus que par l'identification de la valeur économique d'une chose. En second lieu, charge au législateur ou à la jurisprudence de brider ce droit dans des cas contraires par exemple à l'ordre public, aux bonnes mœurs, à l'éthique ...Ainsi, "*La question se pose de savoir si l'on peut admettre sans limites la consécration de nouveaux biens immatériels ou virtuels, dès lors qu'ils ont une valeur économique ou si une telle reconnaissance se heurte à des limites.*"<sup>620</sup>

**377.** Mais, bien au-delà de cette question économique, qui reste un enjeu fondamental du sujet qui nous occupe, la propriété présente aussi des atouts juridiques. Le droit de propriété est un droit roi dans notre système juridique, aucun autre droit n'a réussi à le détrôner de cette place si particulière. Ainsi lors de la rédaction et de l'adoption du Code civil en 1804 on a pu entendre : "*Propriété ! propriété ! tu es, disait un orateur, la cause première de l'ordre des familles et de la force des nations ; tu es le principe des mœurs, du patriotisme et du bonheur*

---

<sup>620</sup> J. L. BERGEL, " Rapport général, sur les nouveaux biens ", in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La propriété*, Journées vietnamiennes, Tome LIII, Société de législation comparée, 2003.

/ "621. Portalis, l'un des rédacteur du Code civil disait lui même que le droit de propriété " est comme l'âme universelle de toute la législation "622.

**378.** Contrairement à la partie précédente, il ne s'agira pas ici de s'attacher à identifier les droits de chacun des acteurs, mais bien d'imaginer les avantages et inconvénients qu'ils pourraient retirer de l'application du droit de propriété sur les données.

Dans cette perspective, le choix a été fait d'exclure de l'analyse les données dites anonymes. En effet, les patients ne sont évidemment pas concernés en qualité de propriétaires sur ces données. Le présent titre, même s'il évince ces données anonymes, permettra tout de même de tirer les conclusions de la pertinence de l'application du droit de propriété sur ces données.

**379.** Le premier axe s'attachera à détailler les points forts du droit de propriété et qui en font, de fait, tout son attrait (Chapitre 1). Cependant, nous verrons que l'application d'un régime classique de propriété peut présenter de nombreux inconvénients, notamment au regard du régime actuel du droit des données de santé (Chapitre 2).

---

<sup>621</sup> Du tribun DELPIERRE, au Tribunal, 29 frimaire an X, 10 décembre 1801 : Arch. parlem., 2e série, t. 3, p. 204, col. 1

<sup>622</sup> PORTALIS, in *Nature humaine et Révolution française. Du Siècle des Lumières au Code Napoléon*, Éd. Dominique Martin Morin, Bouère, 2002, p. 264–265.

## CHAPITRE 1

### LE DROIT DE PROPRIÉTÉ, UN RÉGIME AVANTAGEUX

**380.** Si la question s'est posée dans cette étude de savoir si un régime de propriété pouvait exister et s'il était pertinent, c'est bien parce que ce régime juridique est séduisant. La suite de cette analyse nous oblige à envisager plus en détail ce qui constitue l'attrait de la parure du droit de propriété.

**381.** Deux catégories de " fonctionnalités " du droit de propriété se détachent particulièrement pour faire pencher la balance en faveur du droit de propriété : ses fonctions juridiques en tant que telles (Section 1), mais aussi de sa fonction économique (Section 2).

#### SECTION 1 : DES FONCTIONS JURIDIQUES AVANCÉES

**382.** Les fonctions du droit de propriété sont avant tout juridiques. C'est dans un premier temps une fonction sécurisante que l'on retrouve aux confins et à l'origine de ce droit (§1). Et, sa valeur dans notre ordonnancement juridique atteint, dans un second temps, des sommets, car au-delà du droit civil, il est aussi un droit fondamental de l'Homme (§2).

##### **§1. La sécurité juridique, un atout majeur du droit de propriété**

**383.** La sécurité juridique procurée par le droit de propriété est décrite par les philosophes comme l'un des fondements de notre société (A) mais c'est aussi une fonction de ce droit qui reste particulièrement moderne (B).

##### **A. La sécurité comme fondement philosophique du droit de propriété**

**384.** Le droit de propriété est apparu très tôt comme une pierre angulaire pas seulement de notre droit, mais de toute l'organisation de notre société. Dans l'ouvrage Du Contrat Social et le Discours sur l'origine et les fondements de l'

inégalité parmi les hommes, Jean Jacques Rousseau écrivait déjà que la propriété était le point de départ de nos sociétés modernes : "*Le premier qui, ayant enclos un terrain, s'avisait de dire : Ceci est à moi, et trouva des gens assez simples pour le croire, fut le vrai fondateur de la société civile. Que de crimes, de guerres, de meurtres, que de misères et d'horreurs n'eut point épargnés au genre humain celui qui, arrachant les pieux ou comblant un fossé, eût crié à ses semblables : Gardez-vous d'écouter cet imposteur ; vous êtes perdus, si vous oubliez que les fruits sont à tous, et que la terre n'est à personne*"<sup>623</sup>.

Le droit de propriété est même selon Rousseau la contrepartie aux renoncements engendrés par le contrat social : "*ce que l'homme perd par le contrat social; c'est sa liberté naturelle et un droit illimité à tout ce qui le tente et qu'il peut atteindre; ce qu'il gagne c'est la liberté civile et la propriété de tout ce qu'il possède*"<sup>624</sup>.

La reconnaissance de la propriété par le droit est ainsi un garant de la paix sociale au sein de la société. Cette fonction "pacifiste" du droit de propriété était déjà connue des Romains « *Ceci est en effet le propre d'une cité et d'une ville que librement et sans inquiétude chacun y garde son bien* »<sup>625</sup>. Le fait de garantir la sécurité des personnes, mais aussi des biens est au fondement de la création même de l'État, ou plutôt de notre ordre social et du pacte à son origine. Il s'agissait pour l'Homme de "*trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque association, et par laquelle chacun s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant*"<sup>626</sup>.

La fonction de la propriété est de créer une relation de possession à un bien et celle du droit de propriété est de garantir le respect de cette relation. Sans reconnaissance du droit de propriété et de toutes les garanties applicables au respect de ce droit, aucune relation privative à un bien n'est sécurisée et sécurisante.

---

<sup>623</sup> J.-J. ROUSSEAU; *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, 1755.

<sup>624</sup> J.-J. ROUSSEAU, *Le Contrat Social*, 1762, I, 6 et 7.

<sup>625</sup> CICERON, *Des devoirs*, II, 22.

<sup>626</sup> J.-J. ROUSSEAU, *Le Contrat Social*, 1762, I, 6 et 7.

**385.** Le caractère absolu qui a été abordé précédemment<sup>627</sup> procède de cette volonté de rassurer sur le droit de propriété. L'opposabilité *erga omnes* du droit de propriété permet à son titulaire de protéger sa propriété contre tous. Le caractère absolu du droit de propriété provient, selon la philosophie de John Lock, de notre conception de la liberté individuelle : " *La propriété s'acquiert par les fruits de son travail. Or seul l'homme libre peut prétendre à ceux-ci, car le produit des efforts de l'esclave appartient à son maître. Si bien que la propriété individuelle est le prolongement naturel de la liberté individuelle, au point qu'elle lui emprunte fidèlement et nécessairement ses caractères. Une propriété limitée ne saurait être que l'effet d'une liberté qu'il l'est aussi, si bien qu'en proclamant que la propriété est absolue, on prétend, au prix d'un renversement logique, rendre l'homme absolument libre* "<sup>628</sup>. Évidemment, la propriété, mais aussi la liberté ne sont pas sans limites (intérêts particuliers et intérêt général), mais le droit de propriété apparaît comme la figure de prou du libéralisme économique en affirmant en premier lieu un droit sans contrainte et donc particulièrement protecteur des intérêts du titulaire de ce dernier.

**386.** C'est avec ce caractère sécurisant que le droit de propriété présente un avantage pour les collecteurs de données et ce y compris pour les collecteurs de données de santé.

## **B. La sécurité juridique comme fondement moderne du droit de propriété**

**387.** La création du droit des producteurs de base de données, dit droit *sui generis*, par la directive du 11 mars 1996 répond, pour parti, à un objectif de sécurisation juridique de ces acteurs.

Le premier considérant marque bien la volonté de répondre à des inquiétudes du fait d'un manque de protection : " *considérant que les bases de données ne sont actuellement pas suffisamment protégées dans tous les États membres par la*

---

<sup>627</sup> *Supra*, n°255 à 294.

<sup>628</sup> W. DROSS, " Que l'article 544 du code civil nous dit-il de la propriété ? ", *RTD Civ.*, 2015, p. 27.

*législation en vigueur [...]* "<sup>629</sup>. La structure même de ce droit qui trouve sa source dans un "investissement substantiel " a vocation à "récompenser" un risque financier, humain et techniquement mis en œuvre par le producteur. Cette prise de risque n'est acceptable que si le producteur peut en tirer une relation privative, des droits exclusifs qui lui sont garantis.

**388.** La fonction protectrice du droit de propriété suppose aussi son application par les juridictions notamment dans le positionnement de ce droit dans notre hiérarchie des normes. . Or, outre le fait que nous ne débattons pas de la qualité de notre système judiciaire, il n'empêche que la justiciabilité du droit de propriété et du droit des producteurs des bases de données est pleine et entière.

Le Conseil Constitutionnel a affirmé en 1982 lors de lois de nationalisations la valeur constitutionnelle du droit de propriété à la fois dans sa "fondamentalité", mais aussi dans les garanties accordées aux titulaires : « *Les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit* »<sup>630</sup>.

La reconnaissance constitutionnelle du droit de propriété apporte une valeur supplémentaire à ce droit désormais intégré explicitement dans la norme nationale au rang le plus élevé et surtout dans le contrôle juridictionnel du respect de cette norme. Mais au-delà du droit de propriété seul ce sont aussi les garanties apportées à ce dernier ou plutôt à ses titulaires qui sont aussi placées au plus haut de notre hiérarchie juridique.

La "justiciabilité " du droit de propriété devient complète et totale par cette insertion dans le bloc de constitutionnalité. En effet, " *le droit est désormais*

---

<sup>629</sup> Directive n° 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données.

<sup>630</sup> Cons. const. 16 janv. 1982, *D.*, 1983. 169, note L. HAMON, *JCP*, 1982. II. 19788, note NGUYEN QUOC DINH & C. FRANCK, *Gaz. Pal.*, 1982. 1. 67, note A. PIEDELIEVRE et J. DUPICHOT, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, par L. FAVOREU et L. PHILIP, 14<sup>e</sup> éd., n° 28.

*opposable au législateur lui même. [...] Un droit fondamental est, avant tout, le droit opposable aux pouvoirs publics* <sup>631</sup>.

Le droit de propriété est donc à la fois garanti horizontalement, c'est-à-dire entre particuliers, grâce au Code civil et pénal, et verticalement, afin de le prémunir contre 'une atteinte des pouvoirs publics grâce à sa constitutionnalisation <sup>632</sup>.

**389.** Par la suite ce sont aussi les droits de propriété intellectuelle qui rejoignent cette protection constitutionnelle dans une décision du Conseil de 1991 : « *les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi, depuis 1789, une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux ; que, parmi ces derniers figurent les droits de propriété intellectuelle et notamment le droit d'auteur et les droits voisins* ». <sup>633</sup>

Le droit de propriété dans son acception la plus large, c'est à dire y compris les droits de propriété intellectuelle, a dans notre droit une valeur très forte.

**390.** Le droit de propriété est à la base de la création de notre état social, politique et donc juridique comme l'a décrit Jean Jacques Rousseau. Sans sa reconnaissance, les personnes ne peuvent sentir la "possession" de leur bien protégée. Cette fonction protectrice des biens est l'un des atouts du droit de propriété. L'introduction de nouvelles choses dans le champ du droit de propriété, comme ce fut le cas pour les droits intellectuels, montre une volonté de protéger ces choses ou plutôt d'accorder à leur possesseur un droit leur permettant de protéger leur relation privative à ces choses.

La sécurisation juridique de la propriété des choses est une composante essentielle de notre société et plus spécialement comme " *la base de l'économie de marché et assurer la sécurité du commerce* " <sup>634</sup>.

---

<sup>631</sup> Association Henri Capitant, Y. HIGUCHI, Rapport Général, Les garanties de la propriété dans une mutation de la vie économique, p. 497.

<sup>632</sup> Association Henri Capitant, Y. HIGUCHI, Rapport Général, Les garanties de la propriété dans une mutation de la vie économique, p. 497.

<sup>633</sup> Cons. const. 8 janv. 1991, n° 90-283 DC, JO 10 janv., p. 524, Rec. 11 : marques de fabrique ; Cons. const. 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, JO 3 août, p. 11541, D. 2006. 2157, chron. C. CASTETS-RENARD, *RTD civ.*, 2006. 791, obs. T. REVET : droit d'auteur et droits voisins.

<sup>634</sup> Association Henri Capitant, Y. HIGUCHI, Rapport Général, Les garanties de la propriété dans une mutation de la vie économique, p. 497.

**391.** Le droit de propriété apporte la sécurité nécessaire au développement des échanges économiques. Même si ce point sera abordé ultérieurement<sup>635</sup>, le droit de propriété et sa garantie sont le préalable nécessaire à tout échange économique sécurisé.

Cet atout fondamental du droit de propriété est tout autant valable pour les personnes. L'organisation de la société, la paix sociale ne sont bien évidemment pas garanties que pour les collecteurs, elles le sont aussi pour les patients. La reconnaissance d'un droit de propriété sur les données personnelles ou anonymisées pour les patients leur garantirait aussi une forte sécurité juridique, à tout le moins équivalente aux droits de la personnalité applicables aujourd'hui dans notre droit positif.

Puisque le droit de propriété est avant tout la capacité d'exclure les autres sujets de droit de toutes les formes d'utilisations d'un bien, on réserve et préserve les biens et leurs propriétaires. Le constat est donc particulièrement positif que ce soit du point de vue des collecteurs que de celui des patients.

**392.** On ne peut aussi échapper à la même conclusion pour les personnes publiques ou personnes privées en charge d'une mission de service en matière de droit de propriété sur les données publiques de santé. Même si la question de la nature du droit de propriété des personnes publiques est vivement discutée en doctrine<sup>636</sup>, il n'empêche que malgré ces divergences et une "propriété contrainte "

---

<sup>635</sup> *Infra*, n°410 et 411.

<sup>636</sup> Sur ces aspects voir notamment : J. LAMARQUE, *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, LGDJ 1960, préface J. -B. AUBY & J. BRETHER DE LA GRESSAYE.; Y. BRARD, *Domaines public et privé des personnes publiques*, Dalloz, 1994; *Domaine public-domaine privé: Dix ans de jurisprudence 1991-2001*, Éd. du Jurisclasseur 2001; O. DE DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, *La justification actuelle de la distinction entre le domaine public et le domaine privé*, thèse Aix-Marseille 1994; P. YOLKA, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, LGDJ, 1997, préface Y. GAUDEMET.; H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, LGDJ, 2001, préface D. TRUCHET.; B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, éd. Panthéon-Assas 2002, préface J. -J. BIENVENU; B. GARIDOU, *Recherche sur la théorie de la propriété publique en droit administratif français*, thèse Toulouse, 2003; LATOURNERIE, *Point de vue sur le domaine public*, Montchrestien 2004; C. CHAMARD, *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, Dalloz 2004, préface J. UNTERMAIER; M. XIFARAS, *La propriété. Étude de philosophie du droit*, PUF, 2004; P. HANSEN, *La propriété publique en 90 questions.*, Le Moniteur 2012, préface T. DAL FARRA.; M. CHOUQUET, *Le domaine privé des personnes publiques. Contribution à l'étude du droit des biens publics*, Thèse Bordeaux, 2013; B. SCHMALTZ, *Les personnes publiques propriétaires*, Thèse Lyon 3, 2014; H. CAPITANT, DP 1933. 3. 49 (note ss. CE 17 févr. 1932, Cne de Barran); J.-B. AUBY, " Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration

par la poursuite de l'intérêt général, le modèle du droit de propriété apporte les mêmes garanties de sécurité juridique.

## **§2. Le statut de droit fondamental, une valorisation majeure du droit de propriété**

**393.** L'une des caractéristiques ou plutôt l'un des aspects de la nature du droit de propriété permet et garantit l'absence de perte de "valeur normative " avec un glissement du droit de la personnalité (en l'occurrence le droit au respect de la vie privée) vers le droit de propriété. Cette dimension est celle du statut de droit fondamental du droit de propriété, consacré par notre droit (A) notamment du fait de sa place majeure dans les fondements de notre société (B).

### **A. La consécration de droit fondamental**

**394.** Le droit de propriété a très tôt été reconnu comme l'un des droits de l'homme. Il fait partie des droits fondamentaux de première génération et il a été reconnu pour la première fois dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ce texte fondateur fait référence au droit de propriété par deux fois.

**395.** Tout d'abord, l'article 2 dispose que "*Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression*". L'association des Hommes a donc pour objectif premier de garantir notamment la propriété. Le texte consacre ensuite un article spécifique au droit de propriété, l'article 17 : "*La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige*

---

",EDCE, 1958, n° 12, p. 35; P. DELVOLLE, " Droit de propriété et droit public ", Mélanges Braibant, Dalloz, 1996. 149. ; J. -P. AMADEI, " Sur la nature du droit de propriété du domaine privé ", *RD publ.*, 1998. 505; J. CAILLOSSE, " Faut-il en finir avec la domanialité publique? ", *Ét. fonc.*, 2002, n° 100, p. 7. ; H. -G. HUBRECHT, " L'exorbitance du droit administratif en question(s), l'exorbitance du droit des propriétés publiques ", Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, LGDJ 2004. 219; M. XIFARAS, " Le Code hors du Code. Le cas de la «transposition» de la propriété au droit administratif ", *Droits*, 2006, n° 42, p. 49; P. YOLKA, " Personnalité publique et patrimoine, la personnalité publique ", *Litec*, 2007, p. 35; J. CAILLOSSE, " Le «droit administratif des biens» constitue-t-il un champ juridique spécifique? ", Mélanges Hostiou, Litec 2008. 85.

*évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité "*. Des textes extra nationaux ont eux aussi reconnu le droit de propriété comme un droit de l'homme. En premier lieu, la déclaration universelle des droits de l'homme<sup>637</sup> qui dispose que " 1. *Toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété. 2. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété "*.

**396.** En second lieu, dans son premier protocole additionnel<sup>638</sup> la convention européenne des droits de l'homme reconnaît elle aussi le droit de propriété qui de fait dont la protection sera assurée par les mécanismes juridictionnels de cette convention et par la Cour européenne des droits de l'homme : " *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes"*.

**397.** Enfin, la Charte européenne des droits fondamentaux<sup>639</sup> qui s'est vue conférer une force juridique contraignante avec le Traité de Lisbonne<sup>640</sup> expose dans son article 17 : " *Toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer. Nul ne peut être privé de sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, dans des cas et conditions prévus par une loi et moyennant en temps utile une juste indemnité pour sa perte. L'usage des biens peut être règlement par la loi dans la mesure nécessaire à l'intérêt général. 2. La propriété intellectuelle est protégée. "* . Ce droit avait toutefois été reconnu très tôt par la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) désormais Cour de Justice de l'Union

---

<sup>637</sup> Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, 10 décembre 1948, ( Résolution 217 A (III)).

<sup>638</sup> Protocole additionnel à la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, 20 mars 1952, STE 5.

<sup>639</sup> Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, 2000/C 364/01, 18 décembre 2000.

<sup>640</sup> Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, 2007/C 306/01.

Européenne (CJUE) : " *le droit de propriété l'un des droits fondamentaux dont la Cour de justice des Communautés assure le respect* " <sup>641</sup>.

**398.** L'une des avancées juridictionnelles majeures dans notre droit positif et national concernant cette reconnaissance du droit de propriété comme droit fondamental et à valeur constitutionnelle a été faite par le Conseil Constitutionnel lors de son examen des lois de nationalisation : . « *Les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit* » <sup>642</sup>.

Le droit de propriété au même titre que le droit au respect de la vie privée a donc le statut, le niveau juridique le plus "noble" et le plus élevé dans la hiérarchie des normes. La conséquence majeure de ce statut juridique est que pour la personne et notamment le patient, que ses données soient protégées par le droit au respect de la vie privée ou le droit de propriété, les normes ont toutes deux le même échelon juridique. En d'autres termes, pour les patients, passer d'une protection des données personnelles par le droit au respect de la vie privée à une protection par le droit de propriété lui assure de garder la "fondamentalité " de ses droits.

Les collecteurs peuvent aussi bénéficier de ce droit fondamental et donc y compris de cette fondamentalité du droit de propriété. D'ailleurs, le droit au respect de la vie privée a déjà été reconnu pour les personnes morales <sup>643</sup>. L'application d'un droit de propriété sur leur données leur garanti un droit de "qualité " juridique

---

<sup>641</sup> CJCE 13 déc. 1979, aff. C-44/79, Hauer c/ Reinhard-Pfalz, Rec. 3727.

<sup>642</sup> Cons. const. 16 janv. 1982, D. 1983. 169, note L. Hamon, JCP 1982. II. 19788, note Nguyen Quoc Vinh et C. Franck, Gaz. Pal. 1982. 1. 67, note A. PIEDELIEVRE et J. DUPICHOT, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, par L. FAVOREU et L. PHILIP, 14<sup>e</sup> éd., n° 28.

<sup>643</sup> Voir par exemple sur ce point : Cass. Com., 8 juillet 2003, Banque internationale pour le commerce et l'industrie de Guinée, Bull. IV, n°121 ; CC, n°2011-129 QPC, 13 mai 2011, Synd. des fonctionnaires du Sénat; Cass. AP, 12 juillet 2000, Soc. Citroën, Bull. AP, n°7 ; Cour EDH 22 mai 1990, Autronic AG, série A n° 178; Com. EDH, déc., 5 mai 1979, Church of Scientology / Suède, D.R. 16, p. 75; Cass. Civ. 3, 12 juin 2003, Soc. Arlatex, Bull. III, n°125 ; CE ord., 30 mars 2007, Ville de Lyon, n°304053; CE, 31 mai 2007, Synd. CFDT Interco 28, Rec. p. 222; CE ord., 19 août 2002, Front National, Rec. p. 311; CE ord., 26 mai 2006, S.Y.C.I.M, Rec. p. 265; CC, n°2011-175 QPC, Soc. Travaux industriels maritimes et terrestres; CJCE, 14 février 2008, Varec / Belgique, C-450/06 ; Cass. Soc., 5 mars 2008, Soc. TNS Secodip, Bull. V, n°55; CEDH, 16 avril 2002, Soc. Colas / France, Rec. 2002-III ; CE Sect., 6 novembre 2009, Soc. Inter-Confort, n°304300, Cass. Com., 12 octobre 2010, Soc. Alternance, n°09-70740.

élevée et peut notamment les préserver contre des atteintes injustifiées à ce droit du fait d'actions étatiques.

## B. Une consécration justifiée

**399.** Selon les approches philosophiques et juridiques, le droit de propriété est à l'origine du besoin d'organisation en société ou en Etat et donc antérieur à ce dernier, mais il n'est aussi peut être que la conséquence de ce choix d'organisation.

**400.** Ainsi, par exemple, Dans l'approche fondationnelle, l'État qui assure l'unité du système juridique a pour finalité essentielle la garantie des libertés fondamentales, constitutives de la dignité humaine. Selon le Libéralisme politique de Rawls, ces libertés comprennent notamment [...] *la propriété* [...]"<sup>644</sup> À l'inverse d'autres approches considèrent que " *la propriété n'est point antérieure à la société; car sans l'association qui lui donne une garantie, elle ne serait que le droit du premier occupant, en d'autres mots, le droit de la force, c'est-à-dire un droit qui n'en est pas un. La propriété n'est point indépendante de la société, car un état social, à la vérité très misérable, peut être conçu sans propriété, tandis qu'on ne peut imaginer de propriété sans état social* " <sup>645</sup>; en d'autres termes, la propriété ne serait qu'une variable d'organisation sociale. Enfin, John Locke plaide quant à lui pour la théorie du droit de propriété, droit naturel de l'homme : " *cette peine et cette industrie étant sa peine et son industrie propre et seule, personne ne saurait avoir droit sur elle qui a été acquis par cette peine et cette industrie, surtout s'il reste aux autres assez de semblables et d'aussi bonnes choses communes* " <sup>646</sup>. Finalement, " *la propriété apparaît comme le lien tendu entre l'essence de l'homme et son existence* " <sup>647</sup>. En conséquence, " *la question de la justification de la propriété ne devait pas s'envisager à partir de l'appropriation du sol, mais en se fondant sur les besoins de l'individu* " <sup>648</sup>. Le droit de propriété, quelle que soit la théorie privilégiée reste toutefois proche, très proche, de notre choix d'organisation sociétale et juridique. Il en est soit à l'origine, soit la conséquence

---

<sup>644</sup> R. SEVE, *Philosophie et théorie du droit*, Cours, Dalloz, 2007, p. 149-150.

<sup>645</sup> B. CONSTANT, *Principes de Politiques*, 1815, Hachette, coll. " Pluriel", 1997, p. 176.

<sup>646</sup> J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, 1690.

<sup>647</sup> R. LIBCHABER, *La propriété droit fondamental*, in *Liberté et droits fondamentaux*, Dalloz, 15ème éd., 2009, p. 665.

<sup>648</sup> R. LIBCHABER, *Ibid.*, p. 667.

directe. C'est cette promiscuité avec la formation de notre organisation qui fait que ce droit apparait comme fondamental.

L'objectif d'une organisation sociale, juridique et étatique reste la protection, la sureté de l'individu en premier lieu, puis juste après celle de ses biens. Tout comme le droit au respect de la vie privée, il s'agit de protéger une sphère privée. Mais, à l'inverse du droit au respect de la vie privée qui se tourne vers la protection de l'individu lui-même, la vie privée n'étant en fait qu'une composante de lui même, le droit de propriété protège quant à lui une relation établie entre l'individu et une chose.

Il ne s'agit pas ici d'établir une hiérarchie des droits fondamentaux, en l'occurrence une hiérarchie entre le droit de propriété et le droit au respect de la vie privée afin de savoir quel est le droit le plus fondamental, le plus humain ou le plus originel. Ce débat semble vain et apparait même potentiellement très subjectif, car il s'agirait de porter un jugement de valeur sur l'un de ces deux droits.

**401.** Toutefois, la conclusion qu'il est à ce stade possible de tirer, est que les individus et donc les patients n'auraient pas à souffrir d'un appauvrissement juridique de la protection de leurs données de santé en cas de glissement de la protection de leurs données personnelles de santé du droit au respect de la vie privée vers le droit de propriété. Ces deux droits sont aujourd'hui reconnus comme des droits fondamentaux de l'homme, et ce à tous les niveaux de notre structure juridique. Les collecteurs, quant à eux, bénéficieraient aussi d'un droit autant garanti que les droits de propriété intellectuelle dont ils jouissent aujourd'hui, car, on le rappelle, ils sont constitutionnalisés<sup>649</sup> et de fait intégrés au droit de propriété comme droit fondamental.

**402.** L'aspect "qualitatif" du droit de propriété est insuffisant pour assurer sa pertinence à l'égard des données, il apparaît donc nécessaire de s'attarder sur une autre fonction du droit de propriété.

---

<sup>649</sup> Décision du 27 juillet 2006 n° 2006-540 DC; V. -L. BENABOU, " Patatras ! À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 ", *Propri. intell.*, 2006, n° 20, p. 240; R. CASSIN, " L'intégration, parmi les droits fondamentaux de l'homme, des droits des créateurs des oeuvres de l'esprit ", *Mélanges Plaisant*, 1960, Sirey, p. 225; C. CASTETS-RENARD, " La décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 du Conseil constitutionnel sur la loi du 1er août 2006 : une décision majeure ", *D.*, 2006. 2157

## SECTION 2 : UNE FONCTION ECONOMIQUE SEDUISANTE

**403.** Au-delà du simple aspect juridique et si l'on adhère à une conception patrimoniale et donc économique du droit de propriété, l'intérêt du droit de propriété réside dans la possibilité de valoriser et d'exploiter les données de santé.

Nous verrons ainsi que l'application du droit de propriété aux données représente une véritable opportunité économique de manière générale et notamment selon l'analyse économique du droit (§1). Cela permettrait aussi de rétablir l'équilibre économique entre les patients et les collecteurs qui reste aujourd'hui très en faveur de ces derniers (§2). Enfin, pour les personnes publiques, cette voie économique ouvre des possibilités, mais qui ont récemment été fortement limitées (§3).

### **§1. La valorisation économique des données, une opportunité**

**404.** La question de la patrimonialité et du lien entre le droit de propriété et la valeur économique d'une chose est au cœur de la problématique entourant un éventuel droit de propriété sur les données de santé. Le droit de propriété permet de donner une dimension (A) et une protection (B) juridique à une valeur économique, à tel point que cette dernière devient un nouveau critère d'application du droit de propriété (C), droit crucial dans le fonctionnement de nos économies (D).

#### **A. Le droit de propriété, un droit de reconnaissance d'une valeur économique**

**405.** Le droit de propriété est aussi et par essence un outil de valorisation et de circulation économiques des biens. La fonction de sécurisation des rapports juridiques et du vivre ensemble décrite précédemment<sup>650</sup> est essentielle dans l'analyse de la fonction économique du droit de propriété.

Cette sécurisation ne se contente pas d'assurer le lien privatif entre une personne et un bien, elle garantit aussi l'exploitation économique (qui, de la même manière, passe par la circulation) des biens. En d'autres termes, le droit de propriété à lui

---

<sup>650</sup> *Infra*, n°384 à 386

seul consacre la possibilité d'une exploitation et d'une circulation de la valeur économique. C'est donc toute la question de son transfert qui se trouve au cœur des enjeux économiques. Le lien privatif établi entre la personne et un bien doit pouvoir être transféré à une autre personne pour que la circulation des biens puisse s'effectuer en toute sérénité pour le propriétaire "primaire " et pour le propriétaire " secondaire ". L'aspect économique du droit de propriété, dans une approche statique ou mouvante de ce droit, est fondamental. Là où il y a valeur économique, il ya une potentialité de propriété, la propriété étant l'un des mécanismes juridiques qui permet de protéger cette dernière.

Le droit de propriété qui reconnaît à une personne un droit privatif sur une chose devenue de fait un bien. Il s'agit ici de garantir une appartenance. Or, la chose objet de cette appartenance, par la possibilité du droit de propriété revêt une valeur économique et la valeur économique est acceptée par le droit sous couvert du droit de propriété.

**406.** La logique classique veut qu'un bien ne soit susceptible d'appropriation et donc d'un droit de propriété qu'à partir du moment où ce dernier est dans le commerce juridique. La valeur économique est acceptée juridiquement par le mécanisme du droit de propriété. En effet, un certain nombre de choses sont qualifiées hors commerce et ce pour de nombreuses raisons. Par exemple, les substances illicites ne peuvent être objet d'un droit de propriété pour des raisons d'ordre public et de santé publique et elles sont donc placées hors du commerce juridique. Cela ne veut pas dire que la drogue n'a pas de valeur économique, mais la reconnaissance juridique de cette valeur lui est refusée pour des motifs légitimes.

Un peu plus proche du sujet qui nous occupe, les éléments du corps humain sont effectivement, pour la plupart, et en tout cas dans notre droit, mis en dehors du droit de propriété. Il est difficile de nier que les organes humains n'ont pas de valeur économique et sont aujourd'hui la proie d'un trafic illicite. Mais, le droit français a considéré que des valeurs étaient supérieures à cette valeur économique et les sortir du champ du commerce juridique c'est protéger ces valeurs. Ainsi, comme cela a déjà été rapidement abordé précédemment, il en va des principes de respect du corps humain et d'indisponibilité du corps. Pourtant, ce n'est pas tant

l'indisponibilité du corps humain que l'on cherche à protéger en matière d'éléments et produits du corps humain, mais plutôt empêcher toute exploitation économique par l'instauration d'un principe de gratuité<sup>651</sup>.

**407.** Concernant les données anonymes et anonymisées, nous avons vu que le droit de propriété était à la fois identifiable au travers de ses prérogatives et caractères, et à la fois reconnu par notre code de la propriété intellectuelle et par le droit européen. Ces données sont donc bien dans aujourd'hui dans le commerce juridique et ce parce que leur valeur économique a de fait aussi été expressément reconnue.

En dehors de tout cadre juridique, l'exploitation des données n'est pas impossible, mais elle n'est pas reconnue ni protégée.

**408.** Concernant les données personnelles, on se retrouve dans cette configuration. Il est difficile de conceptualiser un droit de propriété sur les données personnelles pour les collecteurs même si pourtant on sait que ces données sont exploitées par ces derniers. Or, aujourd'hui, le droit permet difficilement de les protéger d'une atteinte économique et notamment d'une

---

<sup>651</sup> C. BYK, "Règlementation des recherches", *Dr. fam.*, 2012. Études. 11; A.-B. CAIRE, "le corps gratuit: réflexions sur le principe de gratuité en matière d'utilisation de produits et d'éléments du corps humain", *RDSS*, 2015. 865; B. EDELMAN, "la CEDH et l'homme de marché", *D.*, 2011. Chron. 897; J. -C. GALLOUX, "utilisation des matériels biologiques humains: vers un droit de destination?", *D.*, 1999. Chron. 13; X. LABBE, "prélèvements d'organes et indisponibilité du corps humain; note ss. Amiens, 26 nov. 1996", *LPA*, 11 juill. 1997; M. LANNOY, "personne humaine en droit de la responsabilité hospitalière", *RDSS*, 2015. 117; A. B. CLAIRE, "Le corps gratuit: réflexions sur le principe de gratuité en matière d'utilisation de produits et d'éléments du corps humain", *RDSS*, 2015, p. 865.

Sur la brevetabilité: X. BUFFET DELMAS D'AUTANE & A. DOAT, "la protection des plantes: entre brevet et certificat d'obtention végétale", *Prop. ind.*, 2004. Chron. 8; M. C. CHEMTOB-CONCE, *La brevetabilité des inventions biotechnologiques appliquées à l'homme*, Paris, Éd. Tec & Doc, 3e éd., 2006; J. -C. GALLOUX, "vers la brevetabilité des animaux chimères en droit français", *JCP*, 1990. I. 3430; "brevetabilité des éléments et des produits du corps humain ou les obscurités d'une loi grand public", *JCP*, 1995. I. 3872; H. GAUMONT-PRAT, "les inventions biotechnologiques d'origine humaine et le brevet", *Prop. ind.*, 2002. Chron. 12; E. GUTMANN, "la protection juridique des inventions biotechnologiques dérivées d'éléments isolés à partir du corps humain ou autrement produits par des procédés techniques", *RDPI*, sept. 2000, p. 11; "le brevet, l'éthique: au piège du langage?", *Prop. intell.*, 2003, n° 9, p. 348; M. R. HIRSCH, "la brevetabilité dans le domaine du vivant", *Gaz. Pal.*, 20-21 mai 1998; HIRSCH & MORTREUX, "les inventions biotechnologiques: la voie étroite de la brevetabilité", *Gaz. Pal.*, 22-23 janv. 1999; IRPI, *Les inventions biotechnologiques: protection et exploitation*, Litec 1999; LAMBERT, "le brevet et la personne", *D.*, 2005. Chron. 2005; MATHIEU, "la directive européenne relative à la brevetabilité des inventions biotechnologiques; le droit français et les normes internationales", *D.*, 2001. Chron. 13; P. TAFFOREAU, "la brevetabilité du génome humain", *Prop. ind.*, 2005. Chron. 7; L. TELLIER-LONIEWSKI, "la protection des inventions biotechnologiques après l'adoption de la directive européenne", *Gaz. Pal.*, 20-21 janv. 1999; D. VELARDOCCHIO, "la brevetabilité du vivant", *Dr. patr.*, oct. 2000, p. 68.

atteinte à un quelconque droit de propriété. En d'autres termes, l'exploitation économique de ces données évolue dans un vide juridique certain pour les collecteurs et pour les patients.

409. Toutefois, la valeur économique de ces données est telle que même l'absence de sécurisation juridique n'empêche pas leur exploitation.

## **B. Le droit de propriété, un droit de sécurisation de l'exploitation économique**

410. La reconnaissance d'un droit de propriété sur les données personnelles pour les collecteurs aurait le mérite de décupler le potentiel économique de celles-ci en sécurisant leur appropriation, leur exploitation et circulation par la possibilité d'un droit de propriété sur ces dernières. La fonction de protection est une fonction statique et qui se borne à la reconnaissance d'une valeur économique qui "mérite" d'être protégée.

Le droit de propriété sur les données permet aux collecteurs de protéger leur valeur économique et aussi de s'assurer toutes les fonctions économiques de cette dernière comme par exemple la sûreté. La fonction de sûreté est l'un des éléments dynamiques de la fonction économique du droit de propriété, car il s'agit ici de traiter (potentiellement dans le cas des sûretés) le mouvement, le transfert de propriété.

En effet, bénéficiaire du droit de propriété c'est aussi avoir la possibilité de se défaire tout ou partie du lien entre la chose et la personne. Il est consubstantiel au droit de propriété de pouvoir "abuser" du bien, c'est-à-dire en disposer et donc potentiellement le transférer. La propriété permet la circulation des richesses et, dans notre cas, la circulation des données, non pas seulement économique, mais aussi juridique et encadrée et protégée par le droit.

On ne détaillera point ici toutes les possibilités de transfert de tout ou partie du droit de propriété, mais reconnaître un droit de propriété sur les données pour les collecteurs (et cela est déjà le cas pour les données anonymes et anonymisées)

permettra d'utiliser toutes les techniques aujourd'hui disponibles dans notre droit pour valoriser ces données : vente, droit d'usage, etc.

**411.** Mais ce lien logique entre valeur économique et droit de propriété n'est pas forcément si évident et ce à tel point que s'est posée et se pose toujours la question de la valeur économique comme élément de reconnaissance et d'identification d'un bien et donc d'un droit de propriété.

### **C. La valeur économique, nouveau critère d'identification discutable du droit de propriété**

**412.** La première partie de ce travail s'est attachée à aborder tour à tour, les six critères classiques d'identification du droit de propriété (*usus, abusus, fructus*, exclusivité, absolu et perpétuel), mais l'un n'a pas été abordé, car il est sujet à controverse.

La valeur économique d'un élément, d'une chose peut elle être un critère suffisant pour la reconnaissance d'un droit de propriété ?

**413.** Des auteurs modernes semblent considérer que le simple fait qu'une chose ait une valeur économique la rend susceptible d'un droit de propriété. Cette logique est en partie à l'origine de la reconnaissance des biens incorporels. En effet, "*L'apparition de nouveaux biens est inhérente à la " nouvelle économie " dans laquelle les biens incorporels comme le talent, la propriété intellectuelle, les marques, les clientèles et les modèles financiers ont une valeur sensiblement plus grande que les produits de base*"<sup>652</sup>. C'est même l'incorporéité qui est à la source de ce glissement vers un critère économique d'identification du droit de propriété : "*Du fait de leur immatérialité, virtualité, la valeur économique s'est substituée à la matérialité comme critère de détermination des biens*"<sup>653</sup>. L'information elle-même a pu parfois être qualifiée de bien du fait de cette valeur économique : "*On peut ainsi admettre que l'information, sous ses formes les plus diverses, dénominateur commun de l'informatique, de la télématique, des médias ou des*

---

<sup>652</sup> J. L. BERGEL, Rapport général, sur les nouveaux biens, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, La propriété, Journées vietnamiennes, Tome LIII, Société de législation comparée, 2003.

<sup>653</sup> *Idem.*

*logiciels, constitue un bien incorporel, dès lors qu'elle a une valeur marchande en raison du public qui la convoite*"<sup>654</sup>.

Ce critère de la valeur économique semble pertinent pour identifier un bien et de fait un droit de propriété. Toutefois, force est de constater que dans cette approche, tout est bien, et donc tout est susceptible d'un droit de propriété. Et c'est là toute la subtilité. Tout est effectivement susceptible d'un droit de propriété, mais le droit n'accorde pas ce droit à toutes les choses.

Nous touchons ici finalement à l'aspect fondamental du travail qui nous occupe. Il semble donc que les données et notamment les données de santé sont susceptibles d'un droit de propriété, que ce soit par le biais du critère économique ou par les prérogatives ou caractères de ce droit, mais, la question est l'acceptabilité de la reconnaissance de ce droit. Être susceptible d'un droit de propriété n'entraîne pas automatiquement la reconnaissance d'un tel droit.

Paradoxalement, même si la valeur économique d'une chose peut être un élément déterminant pour qu'une chose soit susceptible d'un droit de propriété, M. Zenati-Castaing ne lie pas propriété et patrimonialité. La propriété n'est qu'une manière de créer une relation privative et surtout exclusive entre une personne et une chose. De fait, il traite sans difficulté les choses intimement liées à la personne. La révision de la nature du droit de propriété en lui enlevant le carcan du caractère patrimonial permet d'envisager que l'homme soit objet de droit de propriété. Tout bien, peut constituer l'objet d'un droit subjectif<sup>655</sup>. Ainsi, " *c'est la personnalité qui a la particularité d'être inaliénable non pas les droits de la personnalité* "<sup>656</sup>.

En d'autres termes, à partir du schéma du droit subjectif élaboré par M. Zenati-Castaing, savoir si le nom, l'image ou le bien sont objets d'un droit de la personnalité ou d'un droit de propriété revient à la même chose.

**414.** Le droit de propriété peut donc être envisagé sans composante ou fonction économique. Ainsi, un droit de propriété pourrait être reconnu sur les données de

---

<sup>654</sup> A. LUCAS, *La protection des créations industrielles abstraites*; Litec, 1975.

<sup>655</sup> E. SABATHIE, *La chose en droit civil*, thèse Université Paris 2, Panthéon Assas, 2004.

<sup>656</sup> F. ZENATI-CASTAING, La propriété, mécanisme fondamental du droit, in D. TOMASIN (ss. dir.), *Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat*, Les travaux de l'IFR Mutation des Normes Juridiques, n°5, 2006, p. 248.

santé, sans pour autant les faire entrer dans le commerce juridique. C'est la logique qui a globalement été retenue pour les organes et le don d'organes : la personne est propriétaire de son organe, mais elle ne peut le faire rentrer dans le commerce juridique. Pourtant, force est de constater qu'aujourd'hui cette dimension économique et patrimoniale reste fondamentale dans la conception du droit de propriété. En témoigne même la matière de l'analyse économique qui s'est saisie du sujet.

#### **D. La fonction économique de la propriété, fonction identifiée par l'analyse économique du droit**

**415.** Une partie de l'analyse économique du droit s'est penchée sur la question du droit de propriété ou plutôt des droits de propriété, car la définition retenue n'est pas aussi restrictive qu'en droit et englobe tous les droits organisant une certaine exclusivité. Ainsi, l'aspect "sécuritaire " de la propriété a été relevé par les économistes : "*lorsque le nombre de membres du groupe devient trop important pour la surveillance réciproque, apparaît alors un risque de resquillage qui donne lieu à des conflits; la propriété individuelle est une institution qui permet d'éviter ces conflits* " <sup>657</sup>. En effet, "*la propriété joue un rôle coordonnateur, pacificateur, civilisateur, en apportant une façon de gérer la rareté* " <sup>658</sup>; elle "*met fin aux conflits qui naissent du fait de la rareté émergente* " <sup>659</sup>.

Indépendamment de cet aspect déjà développé, il a été démontré par des économistes que la propriété joue un rôle fondamental dans la croissance économique : "*le rôle essentiel de la propriété dans le développement a été souligné par les tenants de l'histoire économique, à commencer par Douglas North, prix Nobel en 1993*" <sup>660</sup>. À ses yeux, *l'Occident n'a pu prendre son essor que parce qu'on y a réussi à mettre en place des institutions politiques qui protègent la propriété, tout en limitant leur potentiel de la spolier ou de freiner indument les*

---

<sup>657</sup> E. MACKAY & S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, coll. Méthode du droit, Dalloz, éd. Thémis, 2008, 2ème éd., p. 206.

<sup>658</sup> *Idem.*

<sup>659</sup> E. MACKAY & S. ROUSSEAU, *Ibid.*, p. 207.

<sup>660</sup> voir par exemple D. NORTH & R. P. THOMAS, *The Rise of the Western World: A New Economic History*, Cambridge University Press, 1973; JONES 2003; N ROSENBERG & L. E. BIRDZELL, *How The West Grew Rich: The Economic Transformation Of The Industrial World*, 1986; MACKAY 1997; D. LANDES, *The Wealth and Poverty of Nations: Why Some are So Rich and Some So Poor*, 1998; BERNSTEIN 2004.

*innovations qui la font fructifier. Une étude récente démontre que les différences dans le degré de développement des pays africains<sup>661</sup> sont liées justement à la mesure où les institutions politiques qui leur ont été léguées à l'époque coloniale résistent effectivement à la tentation de spoliation "<sup>662</sup>.*

La propriété présente, selon les économistes, deux fonctions majeures qui lui confèrent un atout économique indéniable : " *Elle informe sur la valeur relative de l'usage actuel du bien. Elle incite à rechercher éventuellement à inventer, l'usage le plus valorisé. Ces deux fonctions distinguent la propriété d'autres modes de gestion de la rareté comme l'attribution par l'autorité compétente, l'accès égal pour tous ou la loterie "<sup>663</sup>. Un troisième élément vient assoir cette suprématie économique du droit de propriété le positionnant comme indissociable de l'économie de marché : " *l'avantage comparatif de la propriété parmi les institutions utilisées pour gérer la rareté tient aux deux traits évoqués (information et incitation) et à un troisième, qui est son caractère entièrement décentralisé : la qualité des résultats est jugée par les acteurs eux-mêmes, à travers leurs décisions d'acheter et de vendre et non par quelque autorité publique. L'attrait continu de l'institution de la propriété de nos jours repose sur ces trois caractéristiques. Elles expliquent pourquoi les droits de propriété effectifs sont une condition essentielle pour le fonctionnement de l'économie d'une économie de marché. En outre toute structure réunissant ces caractéristiques, quel qu'en soit le nom juridique, aura les effets du droit de propriété en ce sens large "<sup>664</sup>.**

**416.** Une approche plus dynamique de la propriété a aussi été abordée par l'économie du droit avec la question de l'introduction de nouveaux biens et de la manière de les soumettre à la propriété: " *Si l'institution de choix pour la gestion de la rareté est la propriété, il importe de savoir comment son emprise sera étendue aux nouveaux objets rares; en d'autres mots, par quel processus les droits sur de nouveaux objets seront définis. La première réponse, évidente dans notre*

---

<sup>661</sup> D. ACEMOGLU et al., " The Colonial Origins of Comparative Development: An Empirical Investigation ", *The American Economic Review*, Vol. 91, n°. 5, 2001, pp. 1369-1401. 2001 ; HADDOCK 2003, 165,187.

<sup>662</sup> E. MACKAYY & S. ROUSSEAU, *op.cit.*, p. 208.

<sup>663</sup> E. MACKAYY & S. ROUSSEAU, *Ibid*, p. 210-211.

<sup>664</sup> E. MACKAYY & S. ROUSSEAU, *Ibid*, p. 211.

*culture juridique moderne avec sa panoplie de lois, sera la formulation explicite de nouveaux droits par l'État. [...] Ce n'est pas cependant la seule voie pour arriver à une reconnaissance des droits. La reconnaissance peut aussi intervenir par voie privée. [...] Elle opère de façon informelle et décentralisée avant même une éventuelle consécration par la loi et possiblement en vue de la préparer* <sup>665</sup>.

**417.** En matière de propriété comme en matière d'analyse économique de ce droit, " *le facteur névralgique est, sans doute, l'exclusivité* " <sup>666</sup>.

Ce qui intéresse en premier lieu l'analyse économique du droit de propriété c'est l'arsenal des outils existants permettant d'assurer cette exclusivité. En effet, de l'efficacité de ces éléments dépend le niveau de sécurité juridique et économique du droit de propriété. Ainsi, " *l'exclusivité peut être assurée par un éventail ouvert de moyens matériels ou commerciaux, ainsi que par le contrat ou par le droit de la responsabilité civile et pénale, à l'encontre de ceux avec qui on ne peut conclure de contrat. Convenons d'appeler "clôtures" toute cette gamme d'outils [...] conçus et employés pour assurer une mesure de contrôle exclusif sur une ressource rare* " <sup>667</sup>.

La propriété étant entendue au sens large dans l'analyse économique, l'exclusivité des collecteurs et patients montrée précédemment <sup>668</sup>, tient lieu et place de quasi-droit de propriété. Que ce soit par le biais du droit des producteurs de base de données ou des droits de la personnalité, l'analyse économique pourrait d'or et déjà considérer qu'un droit de propriété est déjà assuré. L'efficacité des outils d'exclusivité existants semble être globalement performante et l'intérêt économique d'un droit assurant l'exclusivité est finalement censée être identique : " *la propriété, quelle qu'en soit la forme, même prototypique, crée une incitation à la gestion prudente et à l'innovation; elle provoque la création de marchés dont la mission est de faciliter la rencontre des offrants et des demandeurs d'objets et renforce les effets incitatifs de la propriété* " <sup>669</sup>. Cette analyse pourrait nous amener à conclure que tant que l'exclusivité est garantie, le droit mis en place est

---

<sup>665</sup> E. MACKAYY & S. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 213.

<sup>666</sup> E. MACKAYY & S. ROUSSEAU, *Ibid.*, p. 214.

<sup>667</sup> E. MACKAYY & S. ROUSSEAU, *Ibid.*, p. 215.

<sup>668</sup> Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

<sup>669</sup> E. MACKAYY & S. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 228.

efficace économiquement. Or, les droits de la personnalité, les droits des producteurs et le droit d'auteur assure cette exclusivité et l'application d'un droit de propriété n'apporterait donc pas ou peu de bénéfices, selon l'analyse économique.

**418.** Cependant, une question n'est toujours pas tranchée : qui des collecteurs ou des patients peut se voir reconnaître un droit de propriété ? Même si le droit actuel présente les avantages du droit de propriété en matière économique, il n'en demeure pas moins que notamment pour les données personnelles, elles sont exclues du commerce juridique pour les patients. Or, "*L'analyse économique du droit pose que la propriété devrait appartenir à la personne qui est le mieux à même d'assurer la mise en valeur (ou l'exploitation profitable) de la ressource. Si cette personne n'avait pas la propriété au départ, il faut s'attendre, [...] à ce qu'elle l'achète à quiconque en serait titulaire, puisqu'elle en ferait un usage plus valorisé (plus rentable) que ce dernier, alors que la transaction inverse est exclue, étant donné qu'un rendement inférieur ne permet pas de dédommager complètement le titulaire "plus productif" pour l'amener à céder sa propriété. En ces circonstances, il vaut mieux attribuer immédiatement la propriété à la personne en question de manière à faire l'économie d'une transaction*"<sup>670</sup>. Si l'on suit ce raisonnement, il apparaît aujourd'hui que les collecteurs devraient être reconnus propriétaires des données personnelles de santé étant les plus à même de valoriser économiquement ces dernières. Les patients seraient donc exclus pour garantir la performance économique des mécanismes juridiques alors que leur octroyer un droit de propriété pourrait justement les rendre acteurs sur ce marché, comblant ainsi le déséquilibre manifeste qui existe avec les collecteurs.

## **§2. La valorisation économique par les patients, le rétablissement d'un équilibre**

**419.** Malgré une définition large de la propriété, l'analyse économique présage d'une introduction des droits de la personnalité dans le champ du droit de propriété et notamment dans le champ du marché du fait de la réunion d'un contexte économique et technologique : "*La formulation des droits de la*

---

<sup>670</sup> E. MACKAY & S. ROUSSEAU, *Ibid.*, p. 229.

*personnalité devrait suivre la dynamique générale de l'émergence des droits privés. L'opportunité d'explicitier un droit privé sur un nouvel objet ne sera ressentie qu'au moment où plusieurs usages deviennent envisageables (rareté). Pour les droits de la personnalité, l'intérêt de les articuler à notre époque est venu justement de ce que les nouvelles technologies permettent de leur porter atteinte qui jusqu'alors étaient pratiquement exclues en raison de leur coût prohibitif.*"<sup>671</sup>.

En effet, aujourd'hui, " *les choses hors commerce font figure de témoin d'un temps révolu et leur existence comme chose hors commerce est sans cesse remise en question par la pression du modèle économique marchand.*"<sup>672</sup>.

Outre le fait que juridiquement le droit de propriété se positionne comme un droit protecteur et un droit fondamental, la reconnaissance de ce droit pour les patients présente une opportunité économique de taille pour ces derniers.

Le droit de propriété apporte certes une protection au titulaire, mais il lui permet de valoriser son bien et d'en tirer des fruits et aussi d'en tirer une certaine somme s'il s'en débarrasse par un acte de vente par exemple. Donner un droit de propriété au patient sur ses données de santé c'est lui offrir la possibilité de se faire rétribuer économiquement en cas de collecte ou d'utilisation de cette dernière. En d'autres termes, le patient aurait la possibilité pour chaque acte de collecte ou chaque usage d'une de ses données de se voir rétribuer un certain somme d'argent au titre de son droit de propriété transféré ou utilisé. Il s'agit là de l'une des conséquences de l'application du droit de propriété aux données personnelles de santé. Le corpus juridique applicable aux données personnelles ne serait donc plus la loi informatique et Libertés, mais un droit de propriété "classique". La mise en œuvre d'un tel droit permet de patrimonialiser les données personnelles, de les faire entrer dans le patrimoine de la personne.

**420.** Selon la théorie personnaliste d'Aubry et Rau<sup>673</sup>, le patrimoine trouve son fondement dans la personnalité juridique ce qui induit que seules les personnes

---

<sup>671</sup> E. MACKAYY & S. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 226.

<sup>672</sup> F. ZENATI, " Choses hors commerce ", *RTD Civ*, 1996, p. 420.

<sup>673</sup> AUBRY & RAU, *Droit civil français*, t. VI, LGDJ, 6e éd. 1951; F. ZENATI, " Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine ", *RTD civ.*, 2003, p. 667; A. DENIZOT, " L'étonnant destin de la théorie du patrimoine ", *RTD civ.*, 2014, p. 547 et s.

peuvent avoir un patrimoine, et seulement un, et enfin que toutes les personnes ont un patrimoine. Le patrimoine est composé d'un actif et d'un passif. Le premier, l'actif, peut se définir comme " *tous les biens qui peuvent être évalués en argent et qui représentent une valeur positive* " <sup>674</sup>.

Nous avons déjà abordé le fait que les données personnelles et particulièrement les données personnelles de santé représentaient une valeur économique qui n'était aujourd'hui pas reconnue par le droit, ou du moins pas pour les personnes elles-mêmes. Or, la reconnaissance d'un droit de propriété pour les personnes intègre les données dans le patrimoine de la personne. Ce mécanisme est le résultat de la reconnaissance juridique de la valeur économique de la donnée personnelle en tant que bien et qui fait donc partie de l'actif de la personne : " *L'universalité des données détenues et produites par une personne physique ou morale constitue un patrimoine numérique, composante de son patrimoine immatériel* " <sup>675</sup>.

**421.** Des services d'achat et de revente ont déjà vu le jour aux États Unis. Par exemple, le site internet Datacoup <sup>676</sup> permet aux personnes de mettre à disposition leurs données sur un marché. Cette mise à disposition est rémunérée selon le type et la quantité de données. Cette application s'intéresse à tout type de données et notamment aux données de santé. Cette interface est un exemple de ce qui pourrait se passer si un droit de propriété était reconnu sur les données personnelles y compris pour les données personnelles de santé. On verrait ainsi se développer des acteurs relais permettant de mettre en relation directement les individus avec des acheteurs de données, et ce contre rémunération. Les données personnelles qui sont aujourd'hui exploitées au seul bénéfice des collecteurs seraient désormais aussi disponibles économiquement pour les personnes et patients.

Concernant les données de santé, par exemple, la société Apple a mis en place un ensemble d'application qui collectent et traitent des données de santé au travers de deux environnements appelés "Health kit " et " Research kit". La mise en place

---

<sup>674</sup>G. CORNU, *op.cit.*

<sup>675</sup> T.SAINT-AUBIN, " Les nouveaux enjeux juridiques des données (big data, web sémantique et linked data). Les droits de l'opérateur de données sur son patrimoine informationnel "; *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2014, p. 1.

<sup>676</sup> <http://www.datacoup.com>.

d'environnements spécifiques montre plusieurs choses. Tout d'abord, la valeur ajoutée de services concernant la santé des personnes est très nette. Une entreprise voit ici un intérêt à développer des applications liées à la santé. Le deuxième élément que l'on peut remarquer est que la santé n'est pas traitée comme n'importe quelle autre thématique. Les applications santé sont délimitées du fait de la sensibilité et peut être aussi de la valeur économique des données qu'elles utilisent. En effet, les données de santé qui transitent et sont stockées dans le cadre du health kit sont gérées de manière particulière dans le sens où elles sont en premier lieu stockées sur l'appareil<sup>677</sup>. Le Research kit permet à chaque personne de mettre à disposition ses données de santé dans le cadre d'études de recherche médicales. La recherche médicale est ici l'un des débouchés potentiels du health kit et de ses données de santé, mais c'est aussi une source de données considérable pour des assureurs santé par exemple<sup>678</sup>.

Cette richesse aujourd'hui profite avant tout au collecteur primaire (en l'espèce Apple) et aux collecteurs secondaires (créateurs d'applications) qui peuvent ainsi avoir à disposition des données personnelles ou à tout le moins anonymisées et dégager des bénéfices économiques (mais aussi des bénéfices scientifiques).

**422.** On remarque donc que les données de santé sont perçues de manière distincte par les collecteurs à la fois du fait de leur sensibilité et de la réglementation qui y est attachée mais aussi du fait de leur valeur scientifique et économique. La collecte et le traitement de données de santé sont devenus de véritables stratégies d'entreprise. Preuve en est, la société IBM s'est associée à la société Apple afin de créer une plateforme qui centralisera toutes les données de santé collectées via les terminaux de la marque à la pomme et d'utiliser Watson

---

<sup>677</sup> Voir <https://www.apple.com/fr/ios/whats-new/health/> et sur les données : " *L'app Santé vous permet de centraliser toutes vos données de santé et de forme au même endroit sur votre appareil. Et sous votre contrôle. Car vous êtes le seul à pouvoir utiliser et partager ces informations. Choisissez quelles données figurent dans l'app Santé et quelles apps peuvent y accéder. Lorsque votre iPhone est verrouillé par un code ou Touch ID, toutes vos informations de forme et de santé contenues dans l'app Santé sont chiffrées. Vous pouvez sauvegarder les données de l'app Santé sur iCloud, où elles sont également chiffrées, qu'elles soient au repos ou en transit. Les apps accédant à HealthKit doivent appliquer une politique de confidentialité. Avant d'autoriser une app à accéder à vos données de forme et santé, assurez-vous de bien lire sa politique*".

<sup>678</sup> L'accès des assureurs et complémentaires aux données de santé est règlementé en France. Sur ce sujet voir par exemple : article 190 de Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé; Convention AERAS (s'Assurer et Emprunter avec un Risque Aggravé de Santé) : <http://www.aeras-infos.fr/>.

(un super ordinateur de calcul) qui permettra de traiter ces données afin d'en extraire toutes les utilités, qu'elles soient scientifiques ou économiques<sup>679</sup>.

La conclusion de cet exemple n'est autre que les patients qui acceptent la collecte de leurs données contribuent, en plus de la recherche médicale et du service qui leur est rendu par les différentes applications, à l'augmentation du revenu du collecteur qui tire une valeur économique de leurs données de santé. Or, cette valeur économique n'est jamais restituée, même en partie, au patient.

**423.** On pourrait dire que la "rétribution " du patient ne se fait pas par le versement d'une certaine somme d'argent à la collecte, mais plutôt de manière indirecte. Pour la recherche médicale, on comprend aisément qu'il n'y ait pas de valorisation économique pour une participation à une étude qui aura peut-être des retombées médicales pour la société. Pour l'utilisation d'autres applications de santé, il est possible d'envisager que le service rendu et attendu de l'application utilisée par le patient ait une rétribution suffisante. Ainsi, une application qui collecte des données de santé rend dans un premier temps service à l'utilisateur. Cette collecte est même parfois nécessaire pour le fonctionnement de l'application. Certaines de ces applications étant gratuites, elles trouvent des sources de revenus dans l'exploitation des données de santé des patients utilisateurs en dehors du simple champ de l'application qui se base sur un service individuel, mais pour d'autres finalités. C'est la seule possibilité qui existe pour permettre à ces entreprises d'être viables en dehors du fait de proposer des services complémentaires payants.

Comme nous l'avons déjà dit précédemment<sup>680</sup>, conférer un droit de propriété aux personnes sur leurs données de santé pourrait faire émerger des acteurs ne proposant aucun service lié à la santé, mais étant uniquement comme des courtiers de données permettant à un véritable marché de se constituer : "*L'approche patrimoniale des données personnelles induit de façon pratiquement obligatoire l'apparition de nouveaux acteurs qui auraient vocation à agréger les données*

---

<sup>679</sup> Voir par exemple <http://www.zone-numerique.com/watson-health-cloud-un-partenariat-entre-apple-et-ibm-pour-les-professionnels-de-sante.html> ou <http://www.linformaticien.com/actualites/id/36346/nouveau-partenariat-entre-ibm-et-apple-autour-de-la-sante.aspx>.

<sup>680</sup> *Supra*, n°199 à 207.

*personnelles des particuliers puis à les vendre sur le marché pour le compte de leurs mandataires* <sup>681</sup>. La valorisation économique direct s'avère difficile parce que les données ont, pour la plupart, un valeur lorsqu'elles sont en masse et car il est difficile pour un patient d'avoir les connaissance et le temps nécessaire pour gérer de manière optimale ses données. L'émergence de nouveaux acteurs intermédiaires entre patient et marché des données s'avère, dans un contexte propriétaire, inévitable.

**424.** Le déséquilibre économique entre les patients et les collecteurs est aujourd'hui une réalité. Même si les patients se voient rendre un service par le biais de différents logiciels ou applications, les données qui sont collectées sont exploitées bien en dehors des finalités du service premier. Cette conclusion reste valable même si ce sont des données anonymisées de santé qui sont utilisées, car elles proviennent de données personnelles. Or, sans cette matière première, le produit dérivé, en l'occurrence les données anonymisées, ne pourrait être exploité par les collecteurs.

**425.** La question de la valorisation économique et de la pertinence du droit de propriété se pose aussi pour les personnes publiques ou les personnes privées avec des missions de service public.

### **§3. La valorisation économique des données publiques, une opportunité avortée**

**426.** Les données de santé revêtent un intérêt majeur pour les personnes publiques dans le cadre de leur action, que ce soit au long court, c'est-à-dire pour leur permettre de piloter, mais aussi de manière ponctuelle dans des cas de gestion de crise sanitaire.

Malgré les obstacles juridiques, le besoin de données existe pour les pouvoirs publics en matière de santé : "*Il n'est pas de domaine où la tension soit plus forte que celui de santé entre les exigences de circulation de l'information et celles de protection des données personnelles appelées circuler. Ces données relèvent, en*

---

<sup>681</sup> A. BELLEIL, « La régulation économique des données personnelles ? », *Legicom*, 2009/1, n° 42, p. 143-151.

*effet, de l'intimité de la vie privée. Or, le pilotage du système de santé dans toutes ses composantes (maitrises des dépenses de santé, gestion du risque, épidémiologie et veille sanitaire) requiert une connaissance de plus en plus fine pour ne pas dire personnalisée, de ces données"* <sup>682</sup>.

Les besoins de l'Administration sont donc multiples à la fois dans la nature des données et dans leur finalité.

La récolte de données personnelles est parfois nécessaire dans un objectif de sécurité sanitaire. C'est par exemple le cas des maladies à déclaration obligatoire. Cet aspect a déjà été décrit dans la première partie de ce travail<sup>683</sup>. Ce recueil et cette exploitation de données personnelles sont nécessaires dans un objectif de santé publique. Toutefois, on s'accordera à dire que reconnaître une propriété de la personne publique sur ces données représente ici peu d'avantage ou d'intérêt. En effet, la finalité poursuivie permet aux personnes publiques de " se passer" d'un mécanisme aussi fort que le droit de propriété dans le sens où les prérogatives de ces dernières leur permettent de "préempter " ces données.

Cependant, en cas de reconnaissance d'un droit de propriété des patients sur ses données, ce mécanisme de recueil obligatoire des données reviendrait presque à un mécanisme " d'expropriation " des patients de leurs données.. L'Administration récupérerait la propriété d'une donnée de santé à des fins, non pas d'utilité publique, mais de santé publique.

Quoi qu'il en soit, les prérogatives de puissance publique permettent, indépendamment d'un quelconque droit de propriété de recueillir des données personnelles. En conséquence, droit de propriété ou pas, cela ne semble pas changer le contexte d'utilisation, de recueil et de traitement des données par l'Administration.

Cette analyse peut aussi s'appliquer au contexte de données recueillies dans le cadre de l'Assurance Maladie. En effet, ces données sont nécessaires au fonctionnement de l'Assurance Maladie et récoltée dans le sens ou sans ces données aucun remboursement n'est possible. La question se pose cependant

---

<sup>682</sup> Rapport annuel de la CNIL, XXIIIe rapport; 2002, p. 201.

<sup>683</sup> *Supra*, n°147 à 149.

concernant ces données qui sont utilisées par la suite dans un contexte médical. À ce jour, l'accès à l'historique des remboursements dans un contexte médical et qui transforme donc cette donnée sociale en donnée médicale est autorisé par simple fait de remise de la carte Vitale. Or, le patient n'a pas pu consentir au recueil de ces données, car il est obligatoire dans la sphère sociale. Mais il n'a pas consenti à ce que cette donnée soit recueillie pour un usage en tant que donnée de santé. Cette mutation de nature de la donnée semble aujourd'hui très discutable au regard de notre droit positif car le patient n'a pas eu l'occasion de consentir ni au recueil de sa données sociale (ce qui est normal au regard des missions de l'Assurance Maladie), ni au recueil de cette même donnée mais mutée en données de santé. À l'inverse si le patient avait un droit de propriété sur ses données et notamment ses données sociales et qu'ils transféraient de droit (en l'occurrence de manière forcée par le même mécanisme que pour les maladies à déclaration obligatoire), l'Assurance Maladie, pourrait, si l'on suit les principes classiques du droit de propriété en faire usage de la manière qu'elle souhaite et donc les "transformer" en données de santé.

Outre les données personnelles, les personnes publiques peuvent aussi récolter et utiliser des données anonymes et des données anonymisées. Nous avons vu précédemment<sup>684</sup> qu'au même titre de toutes les autres données de ces catégories, ces données publiques sont l'objet d'un droit de propriété, en l'espèce d'un droit de propriété publique.

**427.** Ce droit de propriété, qui reste spécifique, peut être grevé d'un certain nombre de contraintes et, les personnes publiques peuvent être forcées de faire usage de ce droit et utiliser ces données dans le cadre de l'accomplissement de leurs missions. Or, les exigences qui pèsent sur l'Administration sont aujourd'hui de plus en forte, et ce dans tous les contextes. On attend de l'administration qu'elle soit toujours plus performante dans son action<sup>685</sup>. En matière de santé cela passe notamment par l'amélioration du pilotage de la politique de santé et aussi la gestion des crises sanitaires. Le perfectionnement de ces éléments passe nécessairement par du recueil et de l'exploitation de données. À cette fin, des

---

<sup>684</sup> *Infra*, n°321 à 324

<sup>685</sup> Sur ce point voir notamment : J. CAILLOSSE, " Le droit administratif contre la performance publique ? ", *AJDA*, 1999. 195.

réseaux de collecte ont été développés et même une agence d'État. En effet, l'Agence Nationale de Santé Publique a pour vocation à mettre en place des systèmes de collecte de données et à traiter ces données afin de fournir, des éléments de pilotage ou des éléments de gestion de crise. De même, une direction spécifique existe afin d'effectuer des statistiques diverses sur notre système de santé : la DREES (Direction de la Recherche, des Etudes, de l'Evaluation et des Statistiques ).

Il s'agit d'une quête sans cesse réaffirmée d'un plus grand nombre de données pour permettre à l'action publique d'être la plus adaptée et la plus efficace. La mise en place du système nationale de données de santé dans la loi du 26 janvier 2016 marque cette recherche et cette rationalisation croissance et des bases de données disponibles<sup>686</sup>.

La propriété de ces données pour les personnes publiques pourrait présenter des intérêts essentiellement économiques.

**428.** Le premier est dépendant de la propriété des données par les autres collecteurs non publics. En effet, la propriété des collecteurs sur les données leur permet de vendre des données et ce y compris aux personnes publiques. En conséquence, les données disponibles pour l'Administration s'accroissent considérablement, car elle peut de fait acheter des données pour ses besoins. Aujourd'hui, cela est déjà possible pour les données anonymes et anonymisées. La Direction Générale de la Santé lance régulièrement des appels d'offre afin d'acheter des données statistiques auprès de sociétés spécialisées. Il en va de même pour l'Agence Nationale de Sécurité du Médicament et des produits de santé (ANSM). La propriété des données permet la circulation de ces dernières et les rend donc disponibles pour les personnes publiques.

L'une des conséquences du développement d'acquisition de données peut permettre à l'Administration de limiter la construction de nouveaux réseaux de collecte potentiellement tout aussi coûteux voir plus que d'acheter des données déjà disponibles auprès de collecteurs privés. De fait, l'Administration pourrait aussi réduire son propre réseau afin de réaliser des économies et se contenter de

---

<sup>686</sup> L. 1461-1 et suivants du Code de la Santé Publique; J. BOSSI MALAFOSSE, " Les nouvelles règles d'accès aux bases médico-administratives ", *Dalloz IP/IT*, 2016. 205.

développer des réseaux de collecte uniquement pour des données jugées peu rentables et peu intéressantes pour les acteurs du marché.

**429.** Le second intérêt pour les personnes publiques se trouve dans leur propre propriété sur leur donnée. En effet, aujourd'hui même si le développement de l'*open data* tend à se faire dans la gratuité, il n'est pas inenvisageable, voire même souhaitable, que certaines de ses données ne soient rendues disponibles que sur redevances. Il s'agit ici de permettre à l'Administration de valoriser économiquement ses données auprès d'autres acteurs qu'ils soient publics ou privés, en les leur vendant. Cela dégagerait des fonds de fonctionnements et d'investissements pour le recueil et l'analyse de données.

La loi du 28 décembre 2015<sup>687</sup> modifiant la loi du 17 juillet 1978 pose le principe d'une gratuité d'une réutilisation des informations publiques. Dans cette configuration, l'apport économique pour les personnes publiques s'amointrit. Cependant, il existe une exception à cette règle : "*Toutefois, les administrations mentionnées à l'article 1er peuvent établir une redevance de réutilisation lorsqu'elles sont tenues de couvrir par des recettes propres une part substantielle des coûts liés à l'accomplissement de leurs missions de service public*". Un certain nombre d'Administration pourront donc continuer à demander des redevances, car elles leur sont nécessaires pour perdurer.

La volonté du législateur a ici été de limiter l'introduction de l'Administration sur le marché des données. Même si l'Administration est un acteur économique, il faut que ses actions restent en adéquation avec ses missions et la poursuite de l'intérêt général. Or, faire des bénéfices sur la vente de données est incompatible avec cette finalité et parfois même le simple fait de vendre sans poursuivre un intérêt mercantile est refusé avec cette loi.

En l'état actuel du droit positif, l'intérêt du droit de propriété pour les personnes publiques l'est finalement plus en tant qu'acquéreur qu'en tant que vendeur (sauf pour les exceptions visées).

---

<sup>687</sup> Loi n° 2015-1779 du 28 décembre 2015 relative à la gratuité et aux modalités de la réutilisation des informations du secteur public; L. CLUZEL-METAYER, " Les limites de l'open data ", *AJDA*, 2016. 102; S. MANSON, " La mise à disposition de leurs données publiques par les collectivités territoriales ", *AJDA*, 2016. 97; H. VERDIER & S. VERGNOLLE, " L'Etat et la politique d'ouverture en France ", *AJDA*, 2016. 92

430. Enfin, ces différentes possibilités offertes pour l'Administration grâce à l'acquisition de données présentent un intérêt par ricochet pour les patients qui sont aussi citoyens. En effet, le traitement et l'exploitation de données en masses se développant c'est normalement l'efficacité de l'Administration qui s'en ressent et donc la satisfaction de l'intérêt général. Une Administration mieux informée, avec une plus grande connaissance du terrain et ce de manière très fine, et avec des données toujours plus "fraîches" peut permettre en matière de santé d'assurer l'efficacité des politiques publiques de santé, mais aussi la gestion de crise sanitaire. M. Tabuteau souligne toute l'importance accordée à ce sujet dans la loi du 13 août 2004<sup>688</sup> : *"Le trait commun le plus marquant des deux textes est sans doute l'importance accordée aux systèmes d'information. Dans la loi du 9 août 2004, un chapitre leur est consacré (chapitre III du titre III) et plusieurs dispositions favorisent le rapprochement des données de santé et leur exploitation dans l'intérêt de la santé publique"*<sup>689</sup>. Les données sont donc au coeur de l'avenir et de l'efficacité de l'Administration, et ce notamment en matière de santé. Le rapport du Conseil National du Numérique préconise d'ailleurs dans sa recommandation n°13 la mise en place de mécanismes permettant à la puissance publique de bénéficier de données : *Proposition n°13 : encourager - et en cas de crise sanitaire rendre obligatoire - le partage de données d'acteurs privés au service d'objectifs de santé publique, dans le respect des droits fondamentaux et de l'équilibre des intérêts des parties prenantes :*

*Prévoir l'ouverture de certaines données collectées ou produites par des organismes dans le cadre d'un service dont la puissance publique participe à la mise en place, au fonctionnement ou au financement*

*Encourager, dans une approche casuistique et sur la base du volontariat, l'ouverture et la mise en commun de certaines données de la part des acteurs économiques et de la société civile*

---

<sup>688</sup> Loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie,

<sup>689</sup> D. TABUTEAU, " Politique d'assurance maladie et politique de santé publique, cohérence et incohérences des lois des 9 et 13 août 2004 ", *Droit Social*, 2006, p. 200

*Penser des processus adaptés pour la mise à disposition de données d'acteurs privés à des fins d'impératifs de santé publique, sur demande des pouvoirs publics*<sup>690</sup>.

**431.** La propriété des données peut s'avérer pertinente pour l'Administration projetée comme acquéreur potentiel et nécessaire de données dans la conduite de son action.

---

<sup>690</sup> Conseil National du Numérique, Rapport sur " La santé, bien commun de la société numérique ", 2015, p.17

## CONCLUSION CHAPITRE 1

**432.** Le droit de propriété déploie un arsenal de fonctions variées mais surtout pertinentes et utiles. Malgré la tautologie de la formule, on peut que dire que le droit de propriété est un droit utile et qui peut s'avérer pertinent.

De nombreux atouts de ce droit de propriété permettent de justifier son application au contexte des données de santé.

**433.** Ce droit est avant tout la meilleure protection juridique qui existe sur le " marché des droits ". La fonction première est même celle à l'origine de la création de ce droit voire de de tout notre système juridique. Elle assure la protection du lien qui unit le sujet de droit à la chose. En l'espèce, le droit de propriété permet, quel que soit le titulaire, patient ou collecteur, de " privatiser " à son maximum et assurer la maîtrise et sûreté de ce lien avec la donnée de santé.

Néanmoins, face aux droits des patients sur leurs données personnelles, le droit de propriété n'apparaît pas forcément comme plus pertinent et plus sécurisant. Mais il présente d'autres avantages.

**434.** Qualitativement, le droit de propriété n'a pas à rougir de son positionnement dans l'ordre juridique face au droit au respect de la vie privée. En effet, il sont tous deux reconnus comme des droits fondamentaux et constitutionnels. L'application du droit de propriété aux données de santé ne réduirait en rien la valeur juridique des droits de chacun.

**435.** Enfin, le droit de propriété, séduisant juridiquement, l'est aussi, par voie de conséquence, économiquement. Si la question de son application se pose régulièrement ce n'est pas seulement pour assurer une meilleure protection des droits des personnes, mais aussi pour assurer le plein développement des potentialités économiques des données. Force est de constater que cet aspect du droit de propriété a de quoi séduire les tentations mercantiles de tous les acteurs en cause, collecteurs, publics ou privés, et patients en permettant d'organiser un marché des données rétribuant et contribuant à la réalisation des objectifs de chacun.

**436.** Cependant, le tableau particulièrement avantageux du droit de propriété, doit être nuancé car son introduction dans notre droit des données présente des inconvénients majeurs.

## CHAPITRE 2

### LE DROIT DE PROPRIÉTÉ, UN RÉGIME RISQUÉ

**437.** L'application du droit de propriété n'est pas forcément la réponse à toutes les carences et insuffisances du régime actuel des données de santé. Malgré des atouts incontestables, il n'en demeure pas moins que ce droit présente aussi des défauts parfois identiques à ceux du droit positif.

Ainsi, même si le droit de propriété est souvent défini comme un droit absolu, il souffre de nombreuses limites, au même titre que le droit au respect de la vie privée et donc que le droit des données personnelles (Section 1).

De plus, les effets induits par le droit de propriété peuvent s'avérer particulièrement pervers et tous les avantages de ce droit sont ainsi réduits à néant (Section 2).

#### SECTION 1 : DES DROITS INÉVITABLEMENT LIMITÉS

**438.** Les droits sont par principe limités (§1) et nous verrons que tant le droit de propriété que le droit au respect de la vie privée comportent des barrières (§2).

##### **§1. Le principe de la limitation des droits**

**439.** La nature de droit fondamental, même si elle paraît comme très forte et puissante ne suffit pas à ce que ces droits ne souffrent d'aucune limite. Et ce aussi malgré l'affirmation du caractère absolu du droit de propriété.

À la lecture de la convention européenne des droits de l'homme, on remarque des différences selon les articles. En effet, la plupart des articles prévoient expressément des possibilités de "légitimation " d'atteinte aux droits. Par exemple et pour ce qui nous concerne l'un des droits qui nous occupe, le droit au respect de la vie privée , l'article 8 de la convention énonce le droit dans son premier paragraphe : " *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de*

*son domicile et de sa correspondance "*. Mais, le second paragraphe apporte des possibilités d'atteinte à ce dernier : " *Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui "*.

Le droit au respect de la vie privée souffre d'une atteinte légitime portée par l'autorité publique, et ce sous certaines conditions et dans certaines finalités.

À l'inverse , l'interdiction de la torture telle que présentée dans l'article 3 de la convention ne peut être mise à mal. En effet, aucun élément de cet article ne permet d'exceptions : " *Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants*".

On peut donc distinguer deux catégories dans ces droits fondamentaux : les droits absolus et les droits relatifs. Le droit au respect de la vie privée se trouve dans la deuxième catégorie, car il est possible d'y porter atteinte.

**440.** Le droit de propriété, tel qu'écrit dans le premier protocole additionnel à la convention européenne des droits de l'homme s'inscrit dans le même schéma que le droit au respect de la vie privée : " *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes*".

Le droit de propriété souffre aussi de limites : " *ce droit [de propriété] n'est pas du reste sans limites; il est limité, fortement limité, par le pouvoir social et dans l'intérêt social.* " <sup>691</sup>

**441.** Le droit au respect de la vie privée et le droit de propriété se situent sur un pied d'égalité, de prime abord. Il peut être porté atteinte et ce de manière légitime tant à l'un qu'à l'autre.

Protéger les données personnelles par le droit au respect de la vie privée ou par le droit de propriété ne met donc pas à l'abri les personnes, les patients et les collecteurs d'une atteinte légale à ces données. Le droit fixe des frontières, des limites. C'est la fonction même du droit. Si aucune limite n'était envisagée ou envisageable, il n'y aurait pas besoin de droit. Nous l'avons déjà vu <sup>692</sup>, mais le droit de propriété a été introduit dans nos sociétés pour justement fixer les limites et frontières d'un lien entre une personne et une chose, objet de son droit de propriété. Il s'agissait d'empêcher les autres de bénéficier et de s'approprier cette même chose. En élaborant les contours d'un droit de propriété, on a par la même occasion défini le seuil au-delà duquel les droits des autres ne peuvent aller.

L'autorité publique en tant que législateur doit pouvoir être à même de régler et restreindre les droits dans un objectif de préservation de l'intérêt général. C'est là tout le sens donné par les seconds paragraphes des articles de la Convention européenne des droits de l'homme. Le juge dans le cas des droits fondamentaux ne se borne pas à identifier des atteintes, il fait la balance entre l'atteinte aux droits et la justification de cette dernière.

**442.** Ces premières observations ne permettent pas de privilégier l'un de ses deux droits sur l'autre, et ce dans la perspective où l'un serait plus protecteur qu'un autre.

Toutefois, il convient d'analyser un peu plus en détail quelques atteintes légales à ces droits afin de savoir si, éventuellement, l'un s'avère être un meilleur garant des droits sur les données personnelles et anonymisées de santé.

---

<sup>691</sup> J. CARBONNIER, *Communauté, - communisme- Propriété, Agriculture et communauté*, 1944, Paris, Librairie de Médecis, p. 17-39.

<sup>692</sup> *Supra*, n°384 à 386.

## §2. Les limites existantes au droit de propriété et au droit au respect de la vie privée

443. Nous aborderons successivement les limites du droit de propriété (A), celle au droit au respect de la vie privée (B) et enfin les limites à la modification du droit (C).

### A. Le droit de propriété, un droit limité

444. Les droits européen et communautaire distinguent deux types d'atteintes au droit de propriété<sup>693</sup> : la privation de propriété et la restriction d'usage. Ainsi, en matière de restriction d'usage, il a été pu être jugé comme une atteinte légitime au droit de propriété des réglementations liées au droit de la concurrence et au bon fonctionnement du marché<sup>694</sup>, à la lutte contre des maladies animales<sup>695</sup>, à la protection de la santé publique<sup>696</sup>, à la pratique de la chasse<sup>697</sup>, au besoin de logements.<sup>698</sup> Concernant la privation de propriété, la CJCE a par exemple considéré comme illégales des mesures d'expropriation moins favorables aux

---

<sup>693</sup> Convention européenne des droits de l'homme, article 1er du 1er protocole additionnel du 20 mars 1952 : " *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international . Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes .*"

Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, article 17 : " *Toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer. Nul ne peut être privé de sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, dans des cas et conditions prévus par une loi et moyennant en temps utile une juste indemnité pour sa perte. L'usage des biens peut être réglementé par la loi dans la mesure nécessaire à l'intérêt général. 2. La propriété intellectuelle est protégée .*"

<sup>694</sup> TPI, 23 oct. 2003, Van den Bergh Foods c/ Commission, aff. T-65/98, Rec. II. 4653.

<sup>695</sup> CJCE, 10 juill. 2003, Booker Aquaculture et Hydro Seafood, aff. jointes C-20/00 et C-64/00, Rec. I. 7411 ; TPI, 15 avr. 1997, Schröder et Thamann c/ Commission, aff. T-390/94, Rec. II. 501

<sup>696</sup> CJCE, 29 avr. 1999, Minister of Agriculture, aff. C-293/97, Rec. I. 2603.

<sup>697</sup> CE 13 oct. 2008: JCP 2009. II. 10007, note DAMAREY (absence de contrariété à l'art. 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la Conv. EDH); Dans le même sens: CEDH , 22 sept. 2011, n° 29953/08: D. 2011. Actu. 2335; CEDH , gr. ch., 26 juin 2012, Herrmann c/ Allemagne: n° 9300/07 (violation), adoptant la position inverse de celle prise par CEDH , sect. V, 20 janv. 2011: n° 9300/07; CEDH , gr. ch., 4 oct. 2012, Chabauty c/ France, n° 57412/08: D. 2012. 2391, et les obs.; RTD civ. 2012. 703, obs. MARGUENAUD; CEDH 4 oct. 2012, Chabauty c/ France, n° 57412/08.

<sup>698</sup> CEDH 21 févr. 1986, James et a. c/ Royaume-Uni: Série A, n° 98; CEDH 19 déc. 1989, Mellacher et a. c/ Autriche: Série A, n° 169; CEDH 21 nov. 1995, Velosa Barretto c/ Portugal: Série A, n° 334; CEDH , sect. II, 21 févr. 2010, Ferreira c/ Portugal: n° 41696/07 ; CEDH 28 sept. 1995, Spadia et Scalabrino c/ Italie: n° 315-B.

ressortissants d'un autre Etat membre qu'au citoyen du pays en question<sup>699</sup>. La CEDH a jugé compatible avec la convention les politiques d'austérité visant à réduire les pensions des fonctionnaires<sup>700</sup>. La Cour de Cassation a elle aussi validé le mécanisme de l'expropriation<sup>701</sup> au regard de la convention européenne des droits de l'homme. Outre ces divers cas non exhaustifs, la jurisprudence de la Cour de Cassation a été innovante et créatrice sur deux limites majeures à l'usage du droit de propriété : les troubles anormaux de voisinage<sup>702</sup> et l'abus de droit<sup>703</sup>.

<sup>699</sup> CJCE, 6 nov. 1984, *Fearon c/ Irish Land Commission*, aff. 182/83, Rec. 3677.

<sup>700</sup> CEDH, sect. I, 7 mai 2013, *Koufaki et Adedy c/ Grèce*: n<sup>os</sup> 57665/12 et 57657/12; CEDH, sect. II, 8 oct. 2013, *D. C. M. et S. J. c/ Portugal*: n<sup>os</sup> 62235/12 et 57725/12.

<sup>701</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 29 mai 2002: Bull. civ. III, n<sup>o</sup> 117.

<sup>702</sup> G. CHANTEPIE & N. LEBLOND, " rapports de voisinage en lotissement ", *Defrénois*, 2012. 943; M. MIGNOT, " construction, troubles de voisinage et obligation in solidum ", *RDI*, 2008. 408; B. BOREL, " de la réparation à la prévention ", *RDI*, 2007. 313; P. MALINVAUD, " dommages aux voisins dus aux opérations de construction ", *RDI* 2001. 479; A. PENNEAU, " nature du trouble; responsabilité propre des constructeurs ", *RLDC*, 2006/23, n<sup>o</sup> 947; H. PERINET-MARQUET, " extension du champ d'application ", *RDI*, 2005. 161; V. PERRUCHOT-TRIBOULET, " perspectives de réforme ", *RLDC*, 2011/80, n<sup>o</sup> 4161; N. REBOUL-MAUPIN, " constructeurs et troubles anormaux de voisinage ", *LPA*, 25 oct. 2007; L. SERMET, " le sommeil et le droit ", *RRJ*, 1995/3. 713; P. STOFFEL-MUNCK, " principe de précaution, antennes relais ", *D.*, 2009. Chron. 2817.

Civ. 2e, 3 janv. 1969: *D.* 1969. 323; *JCP* 1969. II. 15920, note J. MOURGERON; Lyon, 23 déc. 1980: *D.*, 1983. 605, note J. -L. AUBERT; Paris, 2 mai 1983: *Gaz. Pal.* 1983. 2. 457, note M. MORAND ; Civ. 2e, 12 janv. 1966: *D.* 1966. 473; Civ. 2e, 11 mai 1966: *D.* 1966. 753, note P. AZARD; 27 avr. 1979: *JCP*, 1980. II. 19408, note N. MOURROCK.; Dijon, 2 avr. 1987, *Gaz. Pal.* 1987. 2. 601, note C. GOGUEY; Riom, 7 sept. 1995: *JCP*, 1996. II. 22625, note A. DJIGO; Civ. 2e, 14 juin 2007: Bull. civ. II, no 164; *RDI*, 2007. 393, note F. TREBULLE; *AJDI*, 2008. 320, obs. V. FOREST; Civ. 3e, 27 juin 1973, *JCP*, 1975. II. 18014, note F. JAUBERT; Agen, 2 févr. 1971: *Gaz. Pal.*, 1971. 1. 328 ; Civ. 2e, 28 avr. 2011: *RCA*, 2011, n<sup>o</sup> 254 ; Civ. 3e, 18 janv. 2011: *D.* 2011. 2298, obs. N. REBOUL-MAUPIN; Civ. 3e, 14 nov. 1990: Bull. civ. III, n<sup>o</sup> 234; Civ. 3e, 18 juill. 1972: Bull. civ. III, n<sup>o</sup> 478; R. 1972-1973, p. 59; *JCP*, 1972. II. 17203, rapport FABRE ; 26 janv. 1993: *Gaz. Pal.*, 1993. 1. 277, note G. LIET-VEAUX; 14 janv. 2004: Bull. civ. III, n<sup>o</sup> 9; *D.*, 2004. Somm. 2409, obs. N. REBOUL-MAUPIN; Civ. 1re, 8 juin 2004: Bull. civ. I, n<sup>o</sup> 159; *JCP N*, 2005. 1219, note G. LIET-VEAUX ; Civ. 3e, 21 oct. 2009: Bull. civ. III, n<sup>o</sup> 231; *D.*, 2010. Pan. 2183, obs. B. MALLET-BRICOUT; *AJDI*, 2010. 388, obs. D. TOMASIN; *RDI*, 2010. 161, obs. F. NESI; Civ. 2e, 24 févr. 2005: Bull. civ. II, n<sup>o</sup> 50; *JCP*, 2005. II. 10100, note F. TREBULLE; *AJDI*, 2005. 593, note J. PRIGENT; *LPA*, 1er juin 2006, note M. -A. RAKOTOVAHINY ; Civ. 2e, 22 oct. 1964: *D.* 1965. 344, note R. RAYMOND; *JCP* 1965. II. 14288, note P. ESMEIN ; Civ. 1re, 1er mars 1977: Bull. civ. I, n<sup>o</sup> 112 ; Civ. 2e, 30 janv. 1985: *ibid.* II, n<sup>o</sup> 24 ; Civ. 3e, 9 nov. 1976: *D.* 1977. 561, note A. DENIS ; Civ. 2e, 29 nov. 1995: Bull. civ. II, n<sup>o</sup> 298; Civ. 3e, 9 mai 2001: *RD rur.*, 2002. 229, note H. MEMETEAU; Civ. 3e, 12 févr. 1992: Bull. civ. III, n<sup>o</sup> 44; Civ. 3e, 25 oct. 1972: Bull. civ. III, n<sup>o</sup> 560; R. 1972-1973, p. 59; *D.* 1973. 756, note I. SOULEAU; *JCP*, 1973. II. 17491, note G. GOUBEAUX; 8 févr. 1977: Bull. civ. III, n<sup>o</sup> 66; 8 mai 1979: *Gaz. Pal.*, 1980. 2. 684, note I. PLANCQUEEL.; Civ. 3e, 13 avr. 2005: Bull. civ. III, n<sup>o</sup> 99; *Defrénois*, 2006. 72, obs. H. PERINET-MARQUET; *RDI*, 2005. 279, obs. E. GAVIN-MILLAN-OOSTERLYNCK et 299, obs. P. MALINVAUD; Civ. 2e, 5 févr. 2004: Bull. civ. II, n<sup>o</sup> 49; *D.* 2004. 2520, note BEAUGRENDRE; *ibid.* Somm. 2468, obs. N. REBOUL-MAUPIN; *RDI*, 2004. 258, obs. F. TREBULLE; *RCA*, 2004, n<sup>o</sup> 137, note H. GROUTEL; *RTD civ.*, 2004. 740, obs. P. JOURDAIN; TGI Nanterre, 18 sept. 2008: *D.*, 2008. AJ 2502, obs. I. GALLMEISTER; *JCP* 2008. II. 10208, note J. - P. BOREL; *RDI*, 2008. 489, obs. F. TREBULLE; *RLDC*, 2008/55, n<sup>o</sup> 3215, obs. J. -P. BUGNICOURT; Versailles, 4 févr. 2009: *D.*, 2009. 1369, note F. FELDMAN; *JCP*, 2009, n<sup>o</sup> 38, p. 41, obs. P. STOFFEL-MUNCK; *AJDA*, 2009. 712, S. BOURILLON; *RCA*, 2009, n<sup>o</sup> 75, obs. G. COURTIEU; *RLDC*, 2009/59, n<sup>o</sup> 3374, note C. QUEZEL-AMBRUNAZ;

Ainsi, " le droit pour un propriétaire de jouir de sa chose de la manière la plus absolue, sauf usage prohibé par la loi ou les règlements, est limité par l'obligation qu'il a de ne causer à la propriété d'autrui aucun dommage dépassant les inconvénients normaux du voisinage "<sup>704</sup> et " L'installation sur un terrain d'un dispositif ne présentant aucune utilité et n'ayant d'autre but que de nuire à autrui constitue un abus du droit de propriété " <sup>705</sup>. Cependant, force est de constater que ces deux principes sont difficilement transposables en matière de propriété immatérielle et donc pour le sujet qui nous occupe. En conséquence, ces limites pourraient ne pas exister en cas de reconnaissance d'un droit de propriété sur les données. Certains droits d'opposition du patient sous tendent pourtant une telle pensée. Par exemple, l'article R. 1111-36 du Code de la Santé Publique exige un "motif légitime" d'opposition du patient à l'alimentation de son Dossier Médical Partagé. Cette exception, même réglementaire, soulève l'idée selon laquelle le patient abuserait de son droit s'il refusait le partage des données le concernant.

Quoi qu'il en soit, les lois et règlements, même si ces mesures peuvent être contrôlées dans leur compatibilité à l'égard de la constitution ou du droit communautaire et européen, peuvent porter atteinte au droit de propriété.

**445.** Une autre atteinte classique au droit de propriété mérite que l'on s'y attarde : la perte de propriété par décision de l'autorité publique.

Le premier cas est celui de l'expropriation<sup>706</sup>. La mise en œuvre de cette procédure permet " l'acquisition soit à l'amiable, soit par voie judiciaire d'un bien privé, en général immobilier moyennant une indemnité devant couvrir l'intégralité du préjudice direct, matériel et certain découlant de cette dépossession "<sup>707</sup>. La

---

Chambéry, 4 févr. 2010: *JCP* 2010, n° 531, note B. PARANCE; Bastia, 21 juill. 2010: *JCP*, 2011, n° 435, § 5, obs. P. STOFFEL-MUNCK; Lyon, 3 févr. 2011: CCE 2011, n° 35, obs. P. STOFFEL-MUNCK.

<sup>703</sup> Req. 3 août 1915, *Coquerel c/ Clément-Bayard*: GAJC, 12e éd., no 67; DP 1917. 1. 79. M. GIANNOTTI, " L'abus du droit de propriété et l'empiètement sur le terrain d'autrui ", *RDI*, 1991. 303.

<sup>704</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 4 févr. 1971 (deux arrêts): *Bull. civ. III*, n° 78 et 80; *R. 1970-1971*, p. 46; *GAJC*, 12<sup>e</sup> éd., n° 79-80 (II); *JCP* 1971. II. 16781, note Lindon.

<sup>705</sup> Req. 3 août 1915, *Coquerel c/ Clément-Bayard*: GAJC, 12<sup>e</sup> éd., n° 67; DP 1917. 1. 79.

<sup>706</sup> J. FERBOS et A. BERNARD, *Expropriation des biens*, 10e éd., 2002, Le moniteur; J. LEMASURIER, *Le droit de l'expropriation*, 2e éd., 2001, Economica ; *Le droit de l'expropriation*, 1998, Que-sais-je ?, PUF. - D. MUSSO, *Le régime juridique de l'expropriation*, 4e éd., 1989, Delmas.

<sup>707</sup> C. MOREL, *Expropriation pour cause d'utilité publique*, Répertoire de droit civil, Dalloz, 2003 (MAJ 2015).

simple définition de l'expropriation permet d'évacuer rapidement cette atteinte au droit de propriété dans le sens où elle ne concerne que les biens immeubles est inapplicable au cas qui nous occupe<sup>708</sup>.

La seconde possibilité d'atteinte au droit de propriété est la réquisition. Ce procédé peut se définir comme l' " *acte d'autorité par lequel l'Administration impose certaines prestations de services ou une activité déterminée à une ou plusieurs personnes* " <sup>709</sup>. Ce procédé, même s'il peut concerner des biens meubles, reste limité dans son acception aux services et personnes, aucun bien immatériel n'est ici non plus concerné.

Force est de constater qu'aujourd'hui la "spoliation" par l'autorité publique de la propriété d'objets immatériels est inexistante ou du moins aucune procédure récurrente et générale ne le permet.

**446.** Des cas particuliers de privation du droit de propriété peuvent cependant intéresser les biens immatériels.

Tout d'abord le cas des nationalisations est particulièrement intéressant. Le Conseil Constitutionnel l'a défini comme " *le transfert de propriété d'une entreprise résulte d'une décision de la puissance publique à laquelle le ou les propriétaires sont obligés de se plier* " <sup>710</sup>. Les lois de nationalisation de 1982 ont donné l'occasion au Conseil Constitutionnel de se prononcer sur une nationalisation de propriété de valeurs mobilières<sup>711</sup> et l'autorité publique s'est trouvé à cette occasion dans son bon droit.

Dans une autre affaire, à propos des dispositions légales relatives à l'exploitation numérique des livres indisponibles du 20ème siècle et spécifiquement sur le droit de propriété immatériel, il a jugé que " *le régime de gestion collective applicable au droit de reproduction et de représentation sous forme numérique des "livres indisponibles" n'entraîne pas de privation de propriété au sens de l'article 17 de*

---

<sup>708</sup> Il est prévu dans de rares cas des expropriations de biens meubles : par exemple l'article L. 613-20 du Code de la Propriété Intellectuelle : " *L'Etat peut, à tout moment, par décret, exproprier, en tout ou partie, pour les besoins de la défense nationale, les inventions, objet de demandes de brevet ou de brevets* ".

<sup>709</sup> R. DE BELLESCIZE, " Réquisitions de personnes et de services ", Fasc. 252, Jcl. administratif, 2015.

<sup>710</sup> Décision n° 83-167 DC du 19 janvier 1984.

<sup>711</sup> Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982.

*la Déclaration de 1789 ; que, d'autre part, l'encadrement des conditions dans lesquelles les titulaires de droits d'auteur jouissent de leurs droits de propriété intellectuelle sur ces ouvrages ne porte pas à ces droits une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi ; que, par suite, les griefs tirés de l'atteinte au droit de propriété doivent être écartés "* Il est vrai que cette décision n'établit pas de privation de propriété, mais ne l'empêche pas non plus. La privation de propriété de biens meubles immatériels est donc possible au même titre que des biens immeubles.

On remarque cependant que les privations de propriété du fait de l'autorité publique concernant les biens immatériels sont le fait d'une loi. Cela signifie qu'aucune procédure du type de l'expropriation n'existe aujourd'hui dans notre droit pour ce type de bien.

Dans le cas qui nous occupe si un droit de propriété sur les données de santé était reconnu aux collecteurs ou patients, la privation de leur droit serait possible du fait d'une loi. Cette privation est d'autant plus risquée que le contrôle du Conseil Constitutionnel semble assez souple sur le sujet au regard de sa jurisprudence se bornant à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation de la part du législateur : *" l'appréciation portée par le législateur sur la nécessité des nationalisations décidées par la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ne saurait, en l'absence d'erreur manifeste, être récusée par celui-ci "*<sup>712</sup>.

Le droit actuel des données de la Loi Informatique et Liberté prévoit dans l'alinéa 3 de l'article 38 cette atteinte au droit de propriété *" Toute personne physique a le droit de s'opposer, pour des motifs légitimes, à ce que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement.*

*Elle a le droit de s'opposer, sans frais, à ce que les données la concernant soient utilisées à des fins de prospection, notamment commerciale, par le responsable actuel du traitement ou celui d'un traitement ultérieur.*

---

<sup>712</sup> Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982.

*Les dispositions du premier alinéa ne s'appliquent pas lorsque le traitement répond à une obligation légale ou lorsque l'application de ces dispositions a été écartée par une disposition expresse de l'acte autorisant le traitement* <sup>713</sup>.

L'article 7 acte de manière plus générale la licéité d'un traitement s'il est nécessaire à " 3° *L'exécution d'une mission de service public dont est investi le responsable ou le destinataire du traitement* ".

Par ces mécanismes, la Loi Informatique et Liberté organise une sorte "expropriation " légale des données personnelles et y compris des données personnelles de santé. Le patient ne peut s'opposer aux traitements de données personnelles comme c'est par exemple le cas auprès de l'Assurance Maladie pour les données de remboursement. Les récents textes règlementaires sur le dossier médical partagé témoignent même d'un encadrement de ce droit d'opposition au partage des données qui ne peut se faire qu'avec "un motif légitime ".

**447.** L'application d'un droit de propriété sur les données de santé et notamment les données personnelles de santé n'empêcherait pas ces différents procédés de limitation du droit d'être mis en œuvre. Mais le droit au respect de la vie privée n'est pas non plus exempte de limites.

## **B. Le droit au respect de la vie privée, un droit non absolu**

**448.** Le droit au respect de la vie privée n'échappe pas non plus à des restrictions et limites et un certain nombre d'atteintes peuvent se justifier. Ainsi, l'accord, la volonté de la personne lui permet de porter atteinte à sa vie privée. Par exemple, en matière de droit à l'image, la personne peut contractuellement autoriser la reproduction de son image<sup>714</sup>. Cette possibilité d'atteinte à la vie privée est particulièrement intéressante dans le contexte qui nous occupe, car il est possible ici de faire le parallèle avec les données de santé. En effet, rien n'empêcherait dans

---

<sup>713</sup> Loi " Informatique et Libertés ", *op.cit.*

<sup>714</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 11 déc. 2008: Bull. civ. I, n° 282; D., 2009. AJ 100; JCP, 2009. II. 10025, note G. LOISEAU; CCC, 2009. n° 68, obs. L. LEVENEUR; RLDC, 2009/58, n° 3340, obs. L. POULIQUEN; RTD civ., 2009. 295, obs. J. HAUSER; RTD com., 2009. 141, obs. F. POLLAUD-DULIAN; RDC, 2009. 477, obs. Y. -M. LAITHIER.: " *les dispositions de l'art. 9 ne font pas obstacle à la liberté contractuelle dès lors que les parties ont stipulé de façon suffisamment claire les limites de l'autorisation donnée pour la reproduction d'une image quant à sa durée, son domaine géographique, la nature des supports, et l'exclusion de certains contextes*".

ce contexte pour un patient de conclure des contrats relatifs à la mise à disposition de ces données. C'est d'ailleurs déjà le cas aujourd'hui. On peut dire que le mécanisme juridique par lequel le patient consent aux traitements de ses données est un mécanisme contractuel. La seule restriction est le caractère onéreux de ce contrat, en vertu de l'article L. 1111-8 du Code de la Santé Publique.

Le droit au respect de la vie privée est aussi limité dans son exercice par d'autres droits et la recherche d'une conciliation entre les différents intérêts en présence s'avère nécessaire afin de déterminer les atteintes : " *Le droit au respect de l'intimité de la vie privée peut se heurter aux droits d'information du public et de la liberté d'expression garantis par l'art. 10 Conv. EDH; dans un tel cas il revient au juge de dégager un équilibre entre ces droits antagonistes qui ne sont ni absolus, ni hiérarchisés entre eux, étant d'égale valeur dans une société démocratique* " <sup>715</sup>. Le considérant 4 du règlement européen sur les données personnelles du 27 avril 2016 est d'ailleurs plus que limpide à ce propos : " *Le traitement des données à caractère personnel devrait être conçu pour servir l'humanité. Le droit à la protection des données à caractère personnel n'est pas un droit absolu; il doit être considéré par rapport à sa fonction dans la société et être mis en balance avec d'autres droits fondamentaux, conformément au principe de proportionnalité* " <sup>716</sup>.

Les législations sur les données personnelles sont en elles-mêmes l'organisation de la légitimation d'atteintes à la vie privée des personnes. En matière de données personnelles de santé, l'affaire européenne *M.S. c/ Suède* est un bon exemple des atteintes à la vie privée et spécifiquement aux données personnelles de santé, justifiées et donc acceptables <sup>717</sup>.

---

<sup>715</sup> Paris, 19 déc. 2013: *D.* 2014. 79, obs. R. MESA.

Voir aussi : " *Il appartient au juge de concilier la liberté de l'information avec le droit de chacun au respect de sa vie privée* " : Civ. 1<sup>re</sup>, 23 avr. 2003. " *Les droits au respect de la vie privée et à la liberté d'expression, revêtant, eu égard aux art. 8 et 10 de la Conv. EDH et 9 C. civ., une identique valeur normative, font ainsi devoir au juge saisi de rechercher leur équilibre et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime* " ; Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juill. 2003: *JCP* 2003. II. 10139, note J. RAVANAS; *Gaz. Pal.*, 2003. 3112, note D. AMSON; *CCE*, 2003, n° 115, note A. LEPAGE.

<sup>716</sup> Règlement (UE) 2016/679 du Parlement Européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 96/46/CE (règlement général sur la protection des données).

<sup>717</sup> CEDH, *M. S. c. Suède*, 27 août 1997, n° 20837/92.

Dans cette affaire une patiente s'est aperçue que sa caisse de sécurité sociale détenait dans le cadre d'une demande de pension de validité la totalité de son dossier médical contenant des informations (comme un avortement) sans lien avec la pathologie intéressant son invalidité. La Cour Européenne reconnaît que " *le dossier médical en question comportait des données de nature hautement personnelle et sensible concernant Mme M. S. ... Tout en demeurant confidentiel, il est passé d'une autorité publique à une autre et un nombre accru d'agents publics ont donc pu en prendre connaissance.* " et que " *Si les informations avaient été collectées et conservées au service de gynécologie en rapport avec un traitement médical, leur communication ultérieure servait un but différent... Il ne résultait pas du fait que celle-ci s'était fait soigner au service de gynécologie qu'elle consentirait à la communication des données à la caisse.* ". En d'autres termes, la Cour reconnaît ici l'atteinte à la vie privée. Pourtant, elle estime que " *le service de gynécologie avait des raisons pertinentes et satisfaisantes de communiquer à la caisse le dossier de Mme M. S. et que la mesure n'était pas disproportionnée au but légitime poursuivi* " et de fait qu'en l'espèce l'atteinte à la vie privée s'en trouve justifiée, car " *la communication des renseignements... était potentiellement décisive pour l'allocation de fonds publics à des demandeurs remplissant les critères. Elle peut donc passer pour avoir tendu à protéger le bien-être économique du pays* ".

Cette décision se démarque par sa souplesse et sa complaisance à l'égard de la marge de manœuvre laissée aux États dans les atteintes légitimes à la vie privée et aux informations relatives à la santé en considérant ici que la transmission du dossier médical complet était parfaitement justifiée et offrait les garanties nécessaires du fait de l'obligation de confidentialité du personnel de la caisse d'assurance. L'existence d'une telle liberté pour les Etats amène au constat que " *La portée d'un droit peut devenir très réduite, voire nulle, si les modalités de son exercice sont abandonnées à la législation interne des Etats ayant reconnu ce droit* "<sup>718</sup>.

---

<sup>718</sup> I. LAURENT-MERLE, " Le secret des données médicales et la protection de la vie privée : un secret de polichinelle ? ", *D.*, 2000, p. 521.

Le droit au respect de la vie privée au travers du prisme des données personnelles de santé peut donc être mis à mal régulièrement sous couvert de justifications généralement, il faut le dire, fondées.

Un aspect n'a cependant pas été abordé et sera plus amplement détaillé ultérieurement,<sup>719</sup> mais la principale limite à ces deux droits c'est la personne, le sujet de droit lui-même. En effet, il peut tant renoncer à sa propriété qu'à ses données du fait de sa propre volonté.

Par conséquent, quel que soit le droit applicable, propriété ou respect de la vie privée, chacun d'entre eux souffre inévitablement d'atteintes qui sont juridiquement acceptées. Il est donc difficile de savoir lequel de ces droits est le plus intéressant juridiquement pour les collecteurs ou les patients.

De fait, l'opportunité de recourir à un régime différent de celui du droit positif s'avère inutile, voire même contre-productive.

### **C. La modification du droit, un possibilité encadrée**

**449.** Cette sécurisation provoquée par la reconnaissance en droit positif d'un droit de propriété peut être amoindrie par la multiplication d'autres droits concurrents et par le manque de lisibilité juridique.

Le développement foisonnant des droits de propriété intellectuels en est un bon exemple : "*plus les droits de propriété intellectuelle ont gagné du terrain, plus ils ont perdu en lisibilité [du fait de ] leur nombre [...] de leur mise en œuvre [...] sur les véritables bénéficiaires de la protection*"<sup>720</sup>.

Or, depuis une décision du Conseil Constitutionnel de 1999, le principe d'intelligibilité de la loi est une exigence constitutionnelle : "*cette finalité répond au demeurant à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ; qu'en effet l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et « la garantie des droits » requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne*

---

<sup>719</sup> *Infra*, n° 462 à 470.

<sup>720</sup> C. GEIGER, " La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle ", *D.*, 2010. 510.

*disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables ; qu'une telle connaissance est en outre nécessaire à l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel « tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas »*<sup>721</sup>.

**450.** Outre la qualité de la norme ici questionnée par le Conseil Constitutionnel, c'est plus largement du principe de sécurité juridique<sup>722</sup> dont il s'agit. Ce principe recoupe aussi le sujet de la prévisibilité de la norme.

---

<sup>721</sup> D. RIBES, " Codification par ordonnances ", *D.* 2000. 425; E. MARIE, " La simplification des règles de droit ", *Droit social*, 2002. 379; N. MOLFESSIS, " Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique ", *RTD civ.*, 2000. 186 ; J. -E. SCHOETTL, " Loi habilitant le gouvernement à procéder par voie d'ordonnances à l'adoption de certains codes ", *AJDA*, 2000. 31

<sup>722</sup> G. EVEILLARD, " Sécurité juridique et dispositions transitoires. Huit ans d'application de la jurisprudence KPMG ", *AJDA*, 2014. 492; A.-C. BEZZINA, " 2004-2014: les dix ans de la jurisprudence AC! ", *RFDA*, 2014. 735; B. BONNET " L'analyse des rapports entre administration et administrés au travers du prisme des principes de sécurité juridique et de confiance légitime ", *RFDA*, 2013. 718; D. LE PRADO, " La modulation dans le temps des effets des décisions de justice ", *Just. et cass.*, 2012. 231; B. MATHIEU, " La norme, le juge et la sécurité juridique ", *Just. et cass.* 2012. 67; " La dangereuse notion de «prévisibilité raisonnable» et l'exigence de sécurité juridique ", *RMCUE*, 2012. 516; F. TRAIN, " L'influence du droit communautaire sur le droit administratif français en matière de droit transitoire ", *AJDA*, 2010. 1305; J. DE CLAUSEDADE, J.-J. URVOAS & J.-L. WARSMANN, " La qualité de la loi en débat ", *Constitutions*, 2010. 195; F. CHALTIEL, " Le principe de sécurité juridique et le principe de légalité ", *AJDA*, 2009. 1650; J. ROBBE, " Sécurité juridique et requalification jurisprudentielle des contrats (note sous T. confl. 21 mai 2007, SA Codiam, req. no 3609) ", *AJDA*, 2008. 200; M. CANEDO-PARIS, " Contrats administratifs et sécurité juridique: nouvelles avancées jurisprudentielles (note sous CE, ass., 16 juill. 2007, Sté Tropic Travaux Signalisation, req. no 291545) ", *RFDA*, 2007. 935.

F. MODERNE, " Sur la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence (note sous CE, ass., 16 juill. 2007, Sté Tropic Travaux Signalisation, req. n° 291545) ", *RFDA*, 2007. 917; M. GUYOMAR, " Sécurité juridique et mesures transitoires (concl. sur CE, sect., 13 déc. 2006, Mme Lacroix, req. no 287845) ", *RFDA*, 2007. 6; F. LENICA & J. BOUCHER, " Recours des tiers contre les contrats et modulation dans le temps des effets des changements de jurisprudence: «Never say never» (chron. sous CE, ass., 16 juill. 2007, Sté Tropic Travaux Signalisation, req. no 291545) ", *AJDA*, 2007. 1577; " Le droit transitoire: arrêt sur image (chron. Sous CE, sect., 13 déc. 2006, Mme Lacroix, req. no 287845) ", *AJDA*, 2007. 358; O. BUI-XIAN, " Application du droit dans le temps et obligation d'édicter des mesures transitoires (note sous CE, sect., 13 déc. 2006, Mme Lacroix, req. no 287845) ", *D.*, 2007. 847; F. DIEU, " La modulation des effets des annulations contentieuses ou comment concilier principe de légalité et principe de sécurité juridique ", *AJDA*, 2006. 2428; J. FRANCES-LAGARRIGUE, " Retrait des actes administratifs et sécurité juridique ", *AJDA*, 2006. 2361; L. TESOKA, " Principe de légalité et principe de sécurité juridique en droit administratif français ", *AJDA*, 2006. 2214; G. LANDAIS & F. LENICA, " Sécurité juridique: la consécration (chron. sous CE, ass., 24 mars 2006, Sté KPMG et a., req. no 288460) ", *AJDA*, 2006. 1028; F. MELLERAY, " L'arrêt KPMG consacre-t-il vraiment le principe de sécurité juridique? ", *AJDA*, 2006. 897; B. MATHIEU, " Le principe de sécurité juridique entre au Conseil d'État ", *AJDA*, 2006. 841; P. CASSIA, " La sécurité juridique, un «nouveau» principe général du droit aux multiples facettes (chron. sous CE, ass., 24 mars 2006, Sté KPMG et a., req. no 288460) ", *D.*, 2006. 1190; J. DE CLAUSEDADE, " «Sécurité juridique et complexité du droit»: considérations générales du Conseil d'État ", *D.*, 2006. 737; F. MODERNE,

**451.** La cour de Justice des Communautés européennes a elle aussi affirmé ce principe<sup>723</sup> tout en allant au-delà de nos juridictions nationales en consacrant aussi le principe de confiance légitime<sup>724</sup>. Il en est de même pour la Cour Européenne des droits de l'homme<sup>725</sup>.

Parce que " *L'insécurité juridique inquiète les citoyens, en particulier les plus faibles, et décourage les opérateurs économiques* " <sup>726</sup> " *Il faut être sobre de nouveautés en matière de législation.* " <sup>727</sup> .

**452.** Malgré l'apport "sécuritaire " du droit de propriété, on se doit de prendre aussi en compte l'impact de l'application d'un tel droit (ou de tout autre d'ailleurs), car il engendre une modification substantielle du corpus juridique applicable aux données. Ces perturbations juridiques peuvent s'avérer contreproductives et, à l'inverse du but recherché, créer un sentiment d'insécurité juridique d'autant plus inutile que le droit de propriété n'est pas un droit sans limites.

## SECTION 2 : UN DROIT NEFASTE

**453.** Le droit de propriété induit de nombreuses conséquences néfastes en particulier pour les patients (§1) qui se retrouveraient livrés à eux mêmes sur un marché des données gouverné par les collecteurs. Mais ce n'est pas le seul effet

---

" Sécurité juridique et sécurité financière (note sous CE, ass., 24 mars 2006, Sté KPMG et a., req. no 288460) ", *RFDA*, 2006. 483; Y. AGUILA, " Le contrôle juridictionnel du code de déontologie des commissaires aux comptes (concl. sur CE, ass., 24 mars 2006, Sté KPMG et autres, req. no 288460) ", *RFDA*, 2006. 463; M. DELAMARRE, " La sécurité juridique et le juge administratif français ", *AJDA*, 2004. 186; B. MATHIEU, " Le juge et la sécurité juridique: vues du Palais-Royal et du quai de l'Horloge ", *D.*, 2004. 1603; A. CRISTAU, " L'exigence de sécurité juridique ", *D.*, 2002. 2814; M. HERRS, " La sécurité juridique en droit administratif français: vers une consécration du principe de confiance légitime? ", *RFDA*, 1995. 963; B. PACTEAU, " La sécurité juridique, un principe qui nous manque? " , *AJDA*, n° spécial 1995. 151

<sup>723</sup> CJCE, 6 avril 1962, affaire 13/61, De Geus en Uitdenbogerd/Bosch ; CJCE, affaire 18/89, 7 février 1991, Tagaras c/ Cour de justice : " *le principe de sécurité juridique, qui fait partie de l'ordre juridique communautaire, exige que tout acte de l'administration produisant des effets juridiques soit clair, précis et porté à la connaissance de l'intéressé de telle manière que celui-ci puisse connaître avec certitude le moment à partir duquel cet acte existe et commence à produire ses effets juridiques, notamment au regard des délais de recours*"

<sup>724</sup> affaire 7/56, 12 juillet 1957, Algera c/ Assemblée commune de la CECA : « la sauvegarde de la confiance légitime dans la stabilité » des situations juridiques, confirmé par 157. CJCE, affaire 81/72, 5 juin 1973, Commission contre Conseil. 158. CJCE, affaire 112/77, 3 mai 1978, Töpfer c/ Commission. 159. CJCE, affaire 112/80, 5 mai 1981, Dürbeck/ Hauptzollamt Frankfurt Am Main-Flughafen.

<sup>725</sup> CEDH, 13 juin 1979, Marckx c/ Belgique

<sup>726</sup> *Rapport public du Conseil d'Etat, Sécurité Juridique et complexité du droit*, 2006, p. 5

<sup>727</sup> PORTALIS, *Discours préliminaire du Code civil*, 1804

nocif du droit de propriété. Paradoxalement, l'avantage de l'exclusivité créé par le droit de propriété se retrouve être un immense désavantage face au régime actuel qui a finalement su établir un certain équilibre où chacun des acteurs peut revendiquer des droits sur les données de santé (§2).

### **§1. Les difficultés liées à la patrimonialisation des données personnelles pour les patients**

**454.** La question de la reconnaissance d'un droit de propriété des personnes et notamment des patients sur leurs données de santé montre des avantages économiques certains et qui semblent rétablir un équilibre aujourd'hui très en défaveur de la personne.

Pourtant malgré tous les atouts du droit de propriété, son application sur les données personnelles présente de nombreux risques qui expliquent certainement le fait que cette question soit aujourd'hui aussi vite abordée que rejetée<sup>728</sup>. Ainsi, le droit de propriété tranche avec la philosophie des droits de la personnalité dans le sens où il crée des inégalités dans les droits où certains peuvent en être titulaires et pas d'autres (A), et qu'il amène aussi à " déshumaniser " le droit des données personnelles (B) qui ne peut être contrebalancé par l'autonomie de la volonté (C).

#### **A. La dimension patrimoniale du droit de propriété, un vecteur d'inégalités**

**455.** Le premier risque identifiable dans l'application du droit de propriété tient à la nature de ce droit et à celle des droits de la personnalité aujourd'hui applicables aux données personnelles de santé. Pourtant, cette répulsion à l'application d'un droit de propriété en lieu et place d'un droit de la personnalité vient avant tout chose à une acception du droit de propriété envisagé comme droit patrimonial<sup>729</sup>.

---

<sup>728</sup> Voir par exemple : H.KHODOSS, L'exploitation des données de santé in " Le droit des données de santé ", RGDM, Numéro spécial, LEH, 2004; L. TILMAN , " La délicate question de la propriété des données de santé ", RGDM, n° 53, 2014, p. 49-54; P. DESMARAIS, " Une donnée de santé n'est pas appropriable ! ", <http://www.desmarais-avocats.fr/blog/donnee-de-sante-nest-pas-appropriable/>.

<sup>729</sup> Sur la construction des droits de la personnalité par opposition aux droits patrimoniaux : B. BEIGNIER, *Le droit de la personnalité*, PUF, coll. " Que sais-je "? , 1992; A. DECOCQ, " Essai d'une théorie générale des droits sur la personnalité ", LGDJ, 1960; E. DREYER, " Image de la

Le débat sur la question de l'application d'un droit de propriété sur les données de santé se cristallise sur cette dimension patrimoniale et donc économique.

En effet, les droits de la personnalité reposent sur un idéal d'égalité dans le sens où ce sont les droits que toute personne acquiert dès sa naissance et qu'elle gardera tout au long de sa vie. Ainsi il a pu être dit que " [ le droit de la personnalité ] est devenu le droit des humbles, de ceux qui n'ont parfois pour seule richesse que leur personnalité " <sup>730</sup>. Reconnaître un droit de propriété sur les données personnelles notamment en les " patrimonialisant " crée une inégalité de fait entre les personnes.

Une personne au niveau de vie modeste et dans le besoin qui bénéficierait d'un droit de propriété sur ses données aurait comme possibilité de vendre ses données afin d'obtenir un complément de revenu. À l'inverse, une personne aisée n'aurait pas besoin de vendre ses données. En conséquence, la protection de la vie privée deviendrait un luxe que seules des personnes avec un niveau de vie suffisant pourraient s'offrir : " les plus pauvres pourraient être tentés de vendre leurs données, tandis que les données des plus riches seraient plus facilement préservées " <sup>731</sup>. Pour des personnes en situation difficile, la logique " propriétaire " poussée à l'extrême sur les données personnelles aboutirait à ce que ces personnes bradent leurs données, leur vie privée en échange d'une somme d'argent. En d'autres termes, la personne vendrait sa vie privée.

**456.** Aujourd'hui si les données personnelles sont hors commerce c'est en partie pour ces raisons et pour éviter de vicier le consentement de la personne à sa collecte de données. Même si la personne reçoit en retour un service, le fait de percevoir une rémunération pour ses données personnelles pousserait certaines catégories de personnes à "accepter" leur collecte de données parce que rémunérée.

---

personne ", Jcl. Communication, Fasc. 3750, n°74 et suiv.; P. KAYSER, " Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques ", *RTD civ.*, 1971, p. 445; P. KAYSER, " Le droit à l'image ", in Mél. ROUBIER, 1961, 73; R. LINDON, " Dictionnaire juridique des droits de la personnalité ", *D.*, 1983, p. 113; R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, préf. ROUBIER, thèse Lyon, éd. BOSC et RIOU, 1939; J. RAVANAS, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, LGDJ, t. CLIII, 1978, n°375; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963.

<sup>730</sup> B. BEIGNER, *Le droit de la personnalité*, PUF, coll. " Que sais-je ? ", 1992, p. 21.

<sup>731</sup> CNIL, *Vie privée à l'horizon de 2020*, Cahiers innovation et prospective, n° 1, 2012, p. 55-56.

La dimension patrimoniale du droit de propriété en rééquilibrant la position des personnes face aux collecteurs, déséquilibre la position des individus entre eux. La vie privée et plus particulièrement le refus du traitement de données personnelles deviendrait l'apanage des riches.

457. Malgré un principe d'égalité civile, c'est-à-dire un principe "*selon lequel les hommes doivent être égaux devant la loi, c'est à dire doivent se voir appliquer les mêmes règles, quel que soit leur race, leur naissance, leur religion leur fortune ou leur sexe*"<sup>732</sup>, dans notre droit, l'application du droit de propriété sur les données personnelles et plus particulièrement sur les données de santé aboutit à une inégalité de fait dans laquelle la fortune des individus comptera dans l'exercice de ce droit.

" *Les droits de la personnalité comme les droits fondamentaux présentent la particularité [...] d'être attribués universellement. Ainsi, tous les individus n'ont pas simplement la faculté d'acquérir ces droits particuliers, ils sont indiscutablement bénéficiaires de ces droits.*"<sup>733</sup> Ces droits existent du simple fait d'une qualité d'individu ou plus juridiquement du simple fait de bénéficier de la personnalité juridique<sup>734</sup>.

La reconnaissance d'un droit propriété implique donc la disponibilité de ces droits et leur "transférabilité" irréversible. Ainsi en dehors même du champ économique et de l'inégalité que cela peut créer, reconnaître un droit de propriété implique que les patients perdent définitivement leur droit sur leurs données de santé et la philosophie d'égalitarisme des droits de la personnalité en tant que droit humain serait entièrement vidée de sa substance. La reconnaissance d'un tel droit de propriété serait accepter la dépossession définitive pour certains individus de droits attachés à leur personne, à leur simple qualité d'être humain. Or, "*l'individu ne dispose pas de lui-même*"<sup>735</sup>.

---

<sup>732</sup> R. CABRILLAC, *Dictionnaire de vocabulaire juridique*, Litec, 3ème éd., 2008

<sup>733</sup> J. - C. SAINT-PAU (ss. dir. de), *Droits de la Personnalité*, Traité, Lexis Nexis, 2013, p. 439

<sup>734</sup> Pour les personnes morales : elle bénéficient aussi de droits de la personnalité " elles sont seulement privées de ceux de ces droits donc l'existence a un lien nécessaire avec la personnalité humaine " in P. KAYSER, " Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques ", *RTD civ.*, 1971, p. 490;

<sup>735</sup> N. MALLET-POUJOL, " Droit à et droit sur l'information de santé " in " Le droit des données de santé ", *RGDM*, Numéro spécial, LEH, 2004, p. 79.

458. En matière de données de santé notamment, les conséquences de l'application du droit de propriété n'ont pas potentiellement des effets négatifs que sur le patient même, mais aussi pour tous ses semblables, pour la société : " *“un acte de renonciation à un droit comme la vie privée n'est pas qu'un self-regarding act: il a aussi un impact sur la société, car la divulgation volontaire par certains d'informations personnelles dans des contextes compétitifs comme celui de l'emploi ou de l'assurance oblige tous les autres à divulguer eux aussi des informations du même type sous peine de subir un désavantage compétitif ou de voir leur refus de divulgation interprété - par l'employeur, par l'assureur - comme un indice de mauvais risque”*<sup>736</sup>. Finalement par l'abandon à outrance de données relatives à sa santé, les patients entraineront inévitablement les autres dans leur sillage. Un patient souhaitant préserver ses données apparaîtra comme suspect. Le droit de mentir sera d'autant plus un luxe que des acteurs tels que les assureurs augmenteront leurs tarifs du fait d'un risque jugé plus élevé par l'absence de communication de données de santé. Ici aussi, seuls les plus riches pourront se permettre de conserver leurs données à l'abri des regards des collecteurs et assumer tous les coûts en résultant.

## **B. Le droit de propriété, un droit " inhumain "**

459. Au-delà de cette dimension égalitaire, la conception extrapatrimoniale du droit de propriété provient d'une conception idéologique et philosophique de l'individu<sup>737</sup> : " *appartenant à un ordre de valeur morale et visant la satisfaction des intérêts non économiques, le droit de la personnalité est conçu comme un droit pur, vierge de tout lien avec l'argent, qui avilie* "<sup>738</sup>.

Il semble toutefois que " *cette analyse n'apparaît plus aujourd'hui conforme à la réalité* "<sup>739</sup>. Même l'analyse économique du droit penche dans le sens d'une patrimonialisation des droits de la personnalité. Ainsi Duxbury considère que

---

<sup>736</sup> A. ROUVROY, <http://directory.unamur.be/staff/arouvroy>.

<sup>737</sup> C. CARON, " Les contrats d'exploitation de l'image de la personne " , in *L'image*, Travaux Association H. CAPITANT, Dalloz, 2005, p. 95, n°5; G. GOUBEAUX, *Les Personnes*, LGDJ, 1989, n°315; A. BERTRAND, *Droit à la vie privée et droit à l'image*, Litec, 1999, n°304; J.-C. SAINT-PAU, JCcl. Civil Code, art. 9, fasc. 10, 2010.

<sup>738</sup> R. OLLARD, in *Droits de la personnalité* (ss. dir. de J.-C. SAINT-PAU), Traité, LEXIS NEXIS, 2013, p. 278.

<sup>739</sup> *Idem*

l'exclusion de certains biens du marché doit pouvoir être remise en question ne serait-ce que parce que " *la question de savoir ce qui relève proprement des marchés et ce qui doit en rester distinct est sujet à apprentissage* " <sup>740</sup> et donc nécessairement évolutif : " *il ne faut pas présumer trop vite que nous ayons atteint les limites de ce qu'il convient d'aborder en termes de marché* " <sup>741</sup>.

À ce risque de dérive inégalitaire et presque "inhumaine" s'ajoute comme nous l'avons abordé, un deuxième biais du droit de propriété. Lors d'un transfert de droit de propriété, le "retour-arrière" du seul fait du vendeur n'est pas possible (en dehors de cas légaux et contractuels). En temps normal, ce transfert est ferme et définitif. En matière de données personnelles, le transfert de propriété de la personne vers un collecteur empêche ensuite cette dernière de récupérer la donnée, et ce pour quelque raison que ce soit, à moins de la racheter.

Aujourd'hui un traitement de données à caractère personnel peut permettre à la personne de retirer, supprimer ses données si elle le souhaite, et ce sans motifs et sans frais pour elle. Le transfert de propriété est beaucoup plus impactant, car il ne permet pas à la personne à l'origine de cette donnée de décider par la suite de "retirer " le droit de propriété de la personne à laquelle elle l'a transféré, et ce contre rémunération.

**460.** Le principe en jeu ici est celui de la libre disposition des données personnelles soit "*la possibilité des les aliéner, c'est à dire de perdre de vue les utilisations ultérieures qui en seront faites* " <sup>742</sup>. En effet, l'encadrement des finalités d'un traitement de données et spécialement d'un traitement de données personnelles de santé, permet d'assurer un équilibre et une certaine maîtrise sur l'utilisation des données au même titre que les droits de la personne sur ses données dans la législation Informatique et Libertés. C'est selon cet axe que Madame Falque Pierrotin, Présidente de la CNIL s'est opposée à la reconnaissance d'un tel droit : " *a priori séduisante, cette démarche impose en réalité une grande prudence, car la privatisation de ses données, et donc leur possible cession ou*

---

<sup>740</sup> DUXBURY, 1975 in E. MACKAY & S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, coll. Méthode du droit, Dalloz, éd. Thémis, 2008, 2ème éd., p. 241.

<sup>741</sup> DUXBURY, 1975 in E. MACKAY & S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, coll. Méthode du droit, Dalloz, éd. Thémis, 2008, 2ème éd., p. 240.

<sup>742</sup> N. OCHOA, " Pour en finir avec l'idée d'un droit de propriété pour ses données personnelles : ce que cache véritablement le principe de libre disposition ", *RFDA*, 2015, p. 1157.

*vente, revêt un caractère d'irréversibilité préoccupant pour l'individu. Les droits une fois vendus, comment reprendre la main sur ses données ?*<sup>743</sup>.

Même si comme nous l'avons vu précédemment<sup>744</sup> la donnée doit être entendue comme un élément unique, et ce malgré son ubiquité de contenu informationnel, il n'empêche que ce contenu et cette donnée auront été vendus à un collecteur et que la personne n'aura de fait plus aucune prise sur celle-ci. Le régime du droit de propriété classique est donc bien moins protecteur de la personne que le régime actuel des données personnelles et notamment des données personnelles de santé.

**461.** La législation actuelle encadre ainsi très fortement la liberté des personnes et des patients sur la disposition de leurs données. La question de la propriété des données de santé amène inévitablement le débat sur la place et la limite à donner à l'autonomie de la volonté des personnes et des patients quant à leurs données, leur devenir, leur utilisation, leur mise à disposition ...

### **C. Le droit de propriété, annonciateur des dangers de l'autonomie de la volonté**

**462.** La première intuition sur une autonomie de la volonté non bridée est celle d'une plus grande liberté et maîtrise des patients sur leurs données. Il s'agit de leur accorder la toute-puissance sur leurs données et d'être ainsi seul et unique décideur de leur collecte et leur usage. Le consentement et donc la volonté de la personne seraient ainsi érigés comme seul et unique déterminant de tout ce qui concerne les données personnelles. De fait, en apparence, le patient s'affirme comme maître plein et entier sur ses données. Les choix faits concernant ses données seraient donc forcément valables dans le sens où ils n'auraient été faits que parce que la personne en aurait eu la volonté. L'expression autonomie de la volonté désigne " *le fait pour la volonté de se donner à elle seule ses propres lois* "<sup>745</sup>. De cette autonomie de la volonté découle la liberté contractuelle dans car les obligations contractuelles ne reposent que sur la volonté des parties comme en dispose l'article 1134 du Code Civil : " *Les conventions légalement formées*

---

<sup>743</sup> CNIL, Rapport d'activité 2013, 2014, p. 8.

<sup>744</sup> *Supra*, n°299 à 301

<sup>745</sup> D. TERRE-FORNACCIARI, " L'autonomie de la volonté ", *Rev. sc. morales et politiques*, 1995, p. 256.

*tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ". Cette liberté implique pour les patients et personnes de pouvoir conclure tout type de contrat avec toute personne concernant leurs données personnelles de santé. C'est par ce biais que pourra s'effectuer le mouvement de patrimonialisation et donc d'entière disposition des données de santé par les patients. Il serait ainsi possible de vendre ses données, les louer, les donner ...

Cette conception, même si elle est séduisante, car elle réhabilite complètement le patient et la personne comme unique source de décisions concernant le devenir des données personnelles, se base sur des hypothèses qui restent bien éloignées de la réalité.

**463.** Dans un premier temps, l'autonomie de la volonté et plus spécifiquement la liberté contractuelle ne sont pas conçues sans limites dans notre droit. En effet, l'article 6 du Code Civil dispose : "*On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ". La loi limite donc les possibilités de la volonté. Ces limites peuvent être établies pour des raisons variées, mais notamment pour des raisons de protection.

**464.** En l'espèce, dans un deuxième et troisième temps, il nous faut nous attarder sur la protection de la personne d'elle-même et la protection de la personne envers les autres acteurs en jeu.

**465.** Sur la question de la protection de la personne elle-même, il s'agit là d'une réglementation supposant que la personne n'est pas à même de décider ce qui est bon pour elle. Dans le cas qui nous occupe, nous l'avons déjà évoqué, il s'agit d'éviter pour des personnes en situation de difficulté économique de " brader " leur vie privée et leurs données personnelles de santé. L'analyse économique du droit de propriété qualifie ce type de réglementation de paternalisme. Il s'agit soit d'un autopaternalisme c'est à dire qui "*procède du souci, imputable au titulaire lui-même, de se prémunir contre ses propres moments de faiblesse à venir*"<sup>746</sup> ou du paternalisme pur soit le "*cas où l'autorité publique, en s'appuyant sur des*

---

<sup>746</sup> DUXBURY, 1975 in E. MACKAY & S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, coll. Méthode du droit, Dalloz, éd. Thémis, 2008, 2ème éd., p. 241.

*opinions d'experts, s'estime mieux placer que l'intéressée pour juger de ce qui est dans l'intérêt de ce dernier ou, plus souvent, ce qui y est contraire* <sup>747</sup>.

Dans notre réglementation actuelle sur les données personnelles de santé et plus largement des données personnelles, le choix a été fait de réguler ce marché et donc de restreindre les possibilités des collecteurs bien sûr, mais aussi des patients en matière de disposition de leurs données pour les protéger d'eux même, mais aussi de ces mêmes collecteurs.

En effet, les patients et personnes ont un désavantage car " *il est faux que tout ce qui est contractuel soit juste* " <sup>748</sup>. En d'autres termes, la volonté n'est pas toujours source de profit de quelque nature que ce soit. Ou du moins, pas pour les deux parties. La volonté comme source de droit acceptable n'est possible que " *si les parties étaient placées sur un pied de rigoureuse égalité tant au point de vue économique que dans leurs qualités d'intelligence et d'aptitude à négocier* " <sup>749</sup>. La primauté de l'individu et de sa volonté a des limites <sup>750</sup>.

Ériger la volonté de l'individu comme unique voie de gestion et d'exploitation des données personnelles de santé répond à une " *vision optimiste [nous dirons même idéaliste] d'un individu considéré comme le meilleur juge de ses intérêts* " <sup>751</sup>.

**466.** Même les économistes remettent en cause l'efficacité économique d'une telle conception. La volonté comme seule source du droit des données personnelles place les individus dans une position délicate vis-à-vis du marché et vis-à-vis des collecteurs.

---

<sup>747</sup> DUXBURY, 1975 in E. MACKAY & S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, coll. Méthode du droit, Dalloz, éd. Thémis, 2008, 2ème éd., p. 241.

<sup>748</sup> L. BOYER, *Contrats et Convention*, août 1933 (MAJ avril 2015).

<sup>749</sup> L. BOYER, *op.cit.*

<sup>750</sup> Sur les théories de l'autonomie de la volonté, voir notamment : E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé; Contribution à l'étude critique de l'individualisme*, th. Dijon, 1912; R. TISON, *Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit français*, th. Paris, 1931; V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, 1980, préf. J. - Ph. LEVY; J. GHESTIN, G. LOISEAU & Y. -M. SERINET, *La formation du contrat, Tome 1: Le contrat - Le consentement, Traité de droit civil*, 4ème éd., LGDJ, 2013, p. 147 à 158. Sur les critiques de la théorie de l'autonomie de la volonté, voir notamment : G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1965; H. KELSEN, *La théorie juridique de la convention*, Arc. phil. dr., 1940; J. GHESTIN, G. LOISEAU & Y. -M. SERINET, *La formation du contrat, Tome 1: Le contrat - Le consentement, Traité de droit civil*, 4ème éd., LGDJ, 2013, p. 159 à 174.

<sup>751</sup> N. OCHOA, " Pour en finir avec l'idée d'un droit de propriété pour ses données personnelles : ce que cache véritablement le principe de libre disposition ", *RFDA*, 2015, p. 1157.

Face au marché qui s'ouvre à eux, le défaut d'information de la personne sur toutes les opportunités qui s'offrent l'empêche de faire un choix rationnel et donc économiquement efficient. IL s'agit dans ce cas de la théorie de la rationalité limitée d'Herbet Simon : " *le comportement d'un individu unique, isolé, ne peut en aucun cas atteindre un degré de rationalité élevé. Le nombre d'alternatives qu'il doit étudier est si grand, l'information qui serait nécessaire pour les apprécier est si étendue qu'il est même difficile de concevoir qu'on puisse se rapprocher de la rationalité objective* "<sup>752</sup>.

Face au collecteur, c'est le déséquilibre de fait, originel entre eux et les patients qui biaise le mirage de la volonté individuelle comme meilleure mère protectrice des données personnelles. Il s'agit d'un déséquilibre informationnel qui " *porte aussi bien sur l'information relative au droit encadrant cette transaction que sur les conséquences purement factuelles de cet échange* "<sup>753</sup>. Le degré de cette inégalité peut varier, mais reste très important même à son niveau le plus faible. Cet aspect se traduit de manière générale par des contrats d'adhésion<sup>754</sup>. Aujourd'hui, les conditions générales d'utilisation par exemple de n'importe quel site internet ne sont pas ou peu lues et voire même incompréhensibles : " *on peut être certain que ceux qui prennent le temps de lire ces conditions ne constituent qu'une part infime des internautes et donc que le clic censé attester de la prise de connaissance donne pour vrai ce que l'on sait être faux* "<sup>755</sup>. Les paroxysmes de cet aspect sont atteints avec la logique du consentement "opt-out", c'est-à-dire le traitement de données par principe et la nécessité pour la personne de manifester son opposition; et avec les clauses d'adhésions à des services du type "take it or leave it ", c'est-à-dire l'obligation d'accepter le traitement de données si l'on

---

<sup>752</sup> H. SIMON, *Administration et processus de décision*, Economica, 1983, p. 72.

<sup>753</sup> N. OCHOA, *ibid.*, p. 1157.

<sup>754</sup> Article 1110 du Code civil issu de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 : " [...]Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties. " ; G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, 1973, LGDJ; F. - X. TESTU, " Le juge et le contrat d'adhésion ", *JCP*, 1993. I. 3673; F. CHENEDE, " Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme ", *D.*, 2015. 1226.

<sup>755</sup>D. COHEN, « Ampleur et qualités du consentement donnée par clic de souris », *LPA*, 14-15-16 août 2014, n° 162-163-164, p. 4-5.

souhaite bénéficier du service : " *refuser de consentir à un traitement de données personnelles équivaut au refus de la prestation qu'il implique* "<sup>756</sup>.

Le Conseil d'État dans son rapport de 2014 estime qu'avec l'application du droit de propriété " *le rapport de force entre l'individu, consommateur isolé et l'entreprise, resterait marqué par un déséquilibre structurel* "<sup>757</sup>.

Le choix dans notre droit positif a été celui d'établir un marché régulé des données personnelles pour notamment protéger les individus d'eux mêmes et surtout de leur ignorance.

**467.** La question est donc de savoir entre les enjeux économiques et les enjeux conceptuels et philosophiques, lesquels faut-il servir ? Il s'agit là d'une version très manichéenne de la problématique à laquelle nous devons faire face et une troisième voie conciliant vie privée et valorisation économique de celle-ci est sûrement possible et sera abordée ultérieurement<sup>758</sup>. On remarque que la reconnaissance d'un droit de propriété sur les données personnelles de santé pour les patients ne les place pas forcément dans une position favorable par rapport au droit actuel. L'asymétrie de pouvoir entre eux et les collecteurs provoque les effets inverses de ceux recherchés par l'application d'un tel droit : les patients se retrouveraient livrés à eux-mêmes sur le marché des données personnelles, démunis face à la toute-puissance des collecteurs.

Un autre inconvénient ressort de l'application du droit de propriété : paradoxalement le principal atout, l'établissement d'un rapport d'exclusivité, déprécie considérablement le régime du droit de propriété face au régime actuel.

**468.** Enfin, l'ultime constat que l'on déduit de l'application d'un droit de propriété sur les données personnelles et anonymisées est celui de l'annihilation des intérêts économiques de celui-ci pour les collecteurs.

En effet, on constate une forte valorisation économique des données personnelles de santé par les collecteurs en l'état actuel du droit. Si un glissement s'opère vers

---

<sup>756</sup> N. OCHOA, " Pour en finir avec l'idée d'un droit de propriété pour ses données personnelles : ce que cache véritablement le principe de libre disposition ", *RFDA*, 2015, p. 1157.

<sup>757</sup> Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, Étude annuelle 2014, p. 264-266.

<sup>758</sup> *Infra*, n°493 à 536

un droit de propriété patrimonial des patients, les collecteurs devront acquérir ces données en les achetant. Si l'on compare à la situation actuelle, cela réduirait considérablement les bénéfices économiques des collecteurs sur leurs activités liées à l'exploitation des données de santé.

Néanmoins, cela permettrait de rétablir l'équilibre économique aujourd'hui très en défaveur des patients qui certes mettent à disposition leurs données de santé afin de bénéficier d'un service, mais ne profitent pas de la valorisation économique faite par les collecteurs de ces données, y compris après anonymisation.

**469.** Quelle est la limite que l'on souhaite donner à l'autonomie et à la liberté individuelle ? La volonté de la personne peut-elle aller aussi loin que la vente de ses propres données personnelles de santé ou faut-il au contraire la protéger de lui-même ?

L'analyse économique appréhende sans difficulté les biens hors commerce et semble les accepter comme tel. Ainsi, l'une des raisons de l'inaliénabilité d'un bien est ce qui est appelée en analyse économique du droit de propriété le paternalisme pur : c'est à dire le "*cas où l'autorité publique, en s'appuyant sur des opinions d'experts, s'estime mieux placer que l'intéressée pour juger de ce qui est dans l'intérêt de ce dernier ou, plus souvent, ce qui y est contraire*"<sup>759</sup>.

Le Conseil National du Numérique dans son rapport de 2014 sur la neutralité des plateformes a résumé ces différentes objections et limites à la reconnaissance d'un droit de propriété sur les données personnelles : "*La reconnaissance d'un droit de propriété sur les données personnelles aux individus est souvent avancée comme moyen de rééquilibrer les pouvoirs avec les entités collectrices. Le Conseil invite à exclure cette option :*

- *Parce qu'elle renvoie à l'individu la responsabilité de gérer et protéger ses données, renforce l'individualisme et nie le rapport de force entre consommateurs et entreprises ;*
- *Parce qu'elle ne pourrait que générer des revenus anecdotiques pour les usagers et susciter à l'inverse un marché de la gestion protectrice des données numériques ;*

---

<sup>759</sup> E. MACKAYY & S. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 242

– *Parce qu'elle déboucherait à un renforcement des inégalités entre citoyens en capacité de gérer, protéger et monétiser leurs données et ceux qui, par manque de littératie, de temps, d'argent ou autre, abandonneraient ces fonctions au marché* <sup>760</sup>.

**470.** L'approche du droit de propriété par sa dimension patrimoniale soulève des difficultés qui vont bien au delà des aspects économiques et qui s'étendent à notre conception même de l'individu, de sa liberté, et de sa capacité à décider ce qui est bon pour lui. Les enjeux de l'application d'un tel droit nous amènent aussi à nous interroger sur l'impact de la titularité et du transfert de celle-ci.

## **§2. Un régime excluant**

**471.** L'analyse élude un point fondamental qui cristallise toutes nos réflexions : des collecteurs ou des patients, qui peut être qualifié de propriétaire ? En effet, si le choix est fait d'accorder le droit de propriété à l'un et non pas à l'autre, l'un de ces deux acteurs se retrouve nécessairement lésé et donc dans une situation loin d'être sécurisante. Dans cette configuration, si le collecteur de données de santé se voit reconnaître la qualité de propriétaire, le patient perd tous ses droits à l'égard des données personnelles ou anonymisées et ainsi le système juridique propriétaire présente fort peu d'atouts par rapport au corpus juridique existant aujourd'hui. Il en va de même dans le schéma inverse.

L'une des solutions qui pourrait apparaître instinctivement est celle consistant à reconnaître deux droits de propriété sur les données personnelles et anonymisées, l'un pour le collecteur et l'un pour le patient. Or, le droit de propriété ne peut être détenu que par un seul et même sujet de droit sauf en cas de copropriété ou de démembrement du droit de propriété.

**472.** Le régime de la copropriété semble inapplicable, car il se limite à une situation caractéristique inadaptée au contexte qui nous occupe. En effet, l'objet qui nous occupe, la donnée, empêche que plusieurs sujets soient en même temps propriétaires. Ce régime s'applique à des biens divisibles et donc des immeubles.

---

<sup>760</sup> Conseil national du numérique, Neutralité des plateformes : réunir les conditions d'un environnement numérique ouvert et soutenable, 2014, p. 37

La solution de reconnaître plusieurs propriétaires d'une même donnée de santé est impossible, pourtant le droit de la propriété intellectuelle reconnaît des cas de copropriété sur des œuvres comme par exemple les œuvres collaboratives<sup>761</sup>.

L'application d'un droit de propriété classique exclut nécessairement le patient ou le collecteur, public ou privé, de tous les bénéfices de ce droit.

Dans la configuration où le patient est reconnu propriétaire de ses données personnelles, il bénéficie de toutes les utilités de ces dernières. Il a tous les pouvoirs. Il peut ainsi décider de vendre, mettre à disposition, utiliser dans n'importe quelle condition et dans n'importe quelle finalité ses données. Au regard du droit actuel, cette situation semble particulièrement avantageuse et rééquilibre la personne face aux collecteurs. Le patient a aussi la capacité de se déposséder de son bien, de sa donnée. Or, cette capacité implique qu'il perde tout droit sur celle-ci. Un collecteur-acheteur récupérerait donc l'entièreté des droits par acquisition sur les données personnelles de santé. La configuration serait aussi la même si un droit de propriété est reconnu aux collecteurs. L'autre conséquence de l'application du droit de propriété implique un surcoût pour les collecteurs ou pour les patients. En effet, l'acquisition de données personnelles de santé se ferait notamment par l'établissement d'un prix et donc d'une transaction onéreuse.

**473.** Pour les autorités publiques, la problématique rencontrée est la même et imposerait d'utiliser des mécanismes forçant le transfert de propriété, un bon

---

<sup>761</sup>Article L. 113-2 du Code de la Propriété Intellectuelle : " *Est dite de collaboration l'œuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques. Est dite composite l'œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière. Est dite collective l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé* "; Article L. 113-3 du Code de la Propriété Intellectuelle : " *L'œuvre de collaboration est la propriété commune des coauteurs. Les coauteurs doivent exercer leurs droits d'un commun accord. En cas de désaccord, il appartient à la juridiction civile de statuer. Lorsque la participation de chacun des coauteurs relève de genres différents, chacun peut, sauf convention contraire, exploiter séparément sa contribution personnelle, sans toutefois porter préjudice à l'exploitation de l'œuvre commune* "; C. CARON, " le festival confronté à la qualification d'œuvre collective ", *RIDA avr.*, 2001, p. 3; J. CEDRAS, *Œuvres collectives en droit français*, thèse Paris 2, 1978 ; " œuvre collective en droit français ", *RIDA*, oct. 1979, p. 3; J. FOURNIER, *La collaboration littéraire et artistique*, thèse Grenoble, 1947; A. GIRARDET, " la notion d'œuvre collective dans la jurisprudence ", *Légicom*, 2003, n° 29, p. 35; A. LATREILLE, " la notion d'œuvre collective ou l'entonnoir sur la tête ", *CCE*, 2000. Étude 10; REBOUL, " la création de salarié, la notion d'œuvre collective ", Actes du colloque de l'INPI, Lamy 1988, p. 95 ; N. SARRAUTE, " œuvre collective et droit d'auteur ", *Gaz. Pal.*, 1968. Doctr. 83.

nombre de données personnelles étant nécessaire à l'accomplissement de leurs missions. Or, ces mécanismes existent déjà dans notre législation sur les données personnelles (article 7 et 38 de la Loi Informatique et Libertés) ou dans des textes plus spécifiques comme pour le cas des maladies à déclaration obligatoire.

La particularité reste que " *L'exploitation des données de santé à des fins de santé publique donc d'intérêt général, se heurte à une difficulté de départ : il s'agit d'utiliser pour une utilité collective des données qui sont recueillies et produites avant tout dans l'intérêt d'un malade singulier, dans le cadre d'une relation thérapeutique fondamentalement individuelle* " <sup>762</sup>. Or afin d'assurer cette possibilité aux autorités et de remplir au mieux leurs missions de santé publique, le régime du droit de propriété par nature excluant empêche d'établir ce juste équilibre et imposera nécessairement la mise en œuvre de mécanismes particuliers propres à l'exécution de ces missions d'intérêt général.

**474.** Paradoxalement le caractère exclusif du droit de propriété qui a l'avantage de "réserver" et préserver la valeur d'une chose pour le seul et unique détenteur de ce droit, exclut nécessairement les autres sujets. Le droit de propriété classique ne laisse pas de place au compromis contrairement au régime actuel qui aboutit à l'existence de divers droits pour chacun des acteurs concernés.

**475.** L'une des possibilités que nous n'avons pas encore examinée est celle de l'existence d'un droit de propriété démembré. On pourrait par exemple retenir un démembrement du droit de propriété calqué sur celui de l'usufruit <sup>763</sup>. En conséquence, le patient pourrait détenir la "nue propriété " de ses données et le collecteur l'"usufruit". Cependant, concevoir l'application d'un droit de propriété sous cet angle implique tout de même la possibilité de réunification du droit. Or, cette situation nous ramène au cas précédent.

---

<sup>762</sup> H.KHODOSS, " L'exploitation des données de santé " in " Le droit des données de santé ", RGDM, Numéro spécial, LEH, 2004I.

<sup>763</sup> J. AULAGNIER, " l'investissement en nue-propriété ", *Dr. et patr.*, oct. 2013, p. 30; V. DEPADT-SEBAG, " usufruit temporaire des personnes physiques ", *RTD civ.*, 2010. 669; R. LIBCHABER, " cession temporaire d'usufruit ? ", *Deffrénois*, 2008. 1656; F. PLANCKEEL, " usufruit et bail ", *RTD civ.*, 2009. 639.

**476.** Le principe même du droit de propriété est bien d' « empêcher tout autre que lui d'en retirer aucun service ni aucun avantage »<sup>764</sup>. Ainsi, " tous les usages, toutes les utilités de toutes les choses se perdent pour les tiers lorsqu'on en jouit "<sup>765</sup>. Pothier récuse, malgré l'existence de système de ce type l'idée de propriété commune : " *C'est pourquoi, lorsque j'ai le droit de propriété d'une chose, un autre ne peut per rerum naturam devenir propriétaire de cette chose, que je ne cesse de l'être ; & il ne peut en avoir la propriété pour aucune part, qu'en cessant par moi d'avoir la propriété que j'avais pour la part qu'il en aurait. La raison est que propre & commun sont contradictoires. Si on suppose qu'un autre que moi soit propriétaire d'une chose dont je suis propriétaire, dès lors cette chose est commune entre nous ; & si elle est commune, on ne peut plus dire qu'elle me soit propre pour le total, & que j'en aie la propriété pour le total : car propre & commun sont deux choses contradictoires.*"<sup>766</sup>.

**477.** Pourtant, en matière de créations de l'esprit les droits privatifs des uns ne restreignent pas les droits privatifs des autres : « *Les créations de l'intelligence, les œuvres littéraires, scientifiques ou artistiques, les découvertes ou les inventions de l'art et de l'industrie, peuvent, en même temps, profiter à tous et à chacun, entièrement, complètement, sans que la jouissance de l'un empêche ou diminue la jouissance de l'autre.* »<sup>767</sup>

Comparativement au régime actuel, l'application d'un droit de propriété sur les données personnelles apparaît finalement comme moins intéressante et moins favorable aux intérêts des acteurs. Un tel droit implique en effet une circulation des données comme n'importe quel autre bien c'est-à-dire un transfert de droit irréversible pour les patients et onéreux pour tous.

Le démembrement du droit est plus facilement envisageable, mais lèse tout de même l'une ou l'autre des parties par rapport au droit actuel.

**478.** Nous avons vu dans la partie précédente que tant les collecteurs que les patients possèdent des droits similaires au droit de propriété, mais finalement il est

---

<sup>764</sup> C. DEMOLOMBE, CCN (4), IX, n° 550, p. 469.

<sup>765</sup> XIFARAS, *La propriété. Étude de philosophie du droit*, PUF, 2004, p. 136.

<sup>766</sup> R.-J. POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété*, t. I, n° 16, p. 19.

<sup>767</sup> C. DEMOLOMBE., CCN (4), IX, n° 537, p. 456.

impossible de trancher en faveur de l'un ou l'autre quant à l'application du droit de propriété tant la situation pourrait être désavantageuse.

Il n'empêche, que dans l'absolu, s'il était décidé d'appliquer un droit de propriété sur les données personnelles et anonymisées de santé pour les collecteurs ou les patients, l'acteur bénéficiaire de ce droit serait dans une situation juridique particulièrement sécurisée et confortable à l'inverse de l'autre qui sera lui dépossédé de tout droit.

## CONCLUSION CHAPITRE 2

**479.** Le droit de propriété dans son acception classique présente un certain nombre de limites et d'inconvénients.

**480.** Tout d'abord, malgré l'affirmation du caractère absolu de ce droit, il n'empêche qu'il souffre de nombreuses limites au même titre que le droit au respect de la vie privée. L'analyse de ces différents cas rend la pertinence de l'application d'un tel droit plus délicate voire même inexistante. En effet, quel que soit le droit applicable, les titulaires pourraient se retrouver dans des situations où leur pouvoir, l'exercice de leur droit serait borné. Dans cette configuration on peine à justifier la translation des droits actuels sur les données de santé vers un droit de propriété.

**481.** Ensuite, au delà de ces limites, ce sont les effets particulièrement néfastes qui resurgissent en cas d'introduction d'un droit de propriété sur les données de santé. Le droit de propriété engendre une inégalité entre les individus et entre les individus et les collecteurs. Or, c'est justement ce déséquilibre que le droit actuel sur les données tente de gommer. Le droit de propriété ne permet pas d'égaliser la situation juridique des individus dans le sens où ils auraient tous les même droits, quelle que soit leur condition matérielle. Il ne permet pas non plus de rétablir cet équilibre entre collecteurs et patients, ce rapport étant vérolé par une asymétrie d'information et de poids sur le marché.

**482.** Enfin, la conséquence négative la plus paradoxale de l'application du droit de propriété tient dans sa plus grande qualité et qui permet de lui conférer tous les avantages décrits précédemment : l'exclusivité. Certes, le droit de propriété garantit une sphère de pouvoir au propriétaire mais de ce fait, il exclut tous les autres de cet "bulle". Or, si l'on compare au droit positif, celui-ci arrive à organiser un régime juridique selon lequel patients et collecteurs ont chacun des droits sur la donnée de santé. Le droit de propriété "classique" ne permet pas d'établir un régime de synthèse.



## CONCLUSION TITRE 1

**483.** Le droit de propriété "classique " est intuitivement un droit 'refuge " vers lequel il semble évident de se tourner alors que l'on cherche à organiser à la fois une exclusivité et une valorisation économique d'une chose.

Ce droit présente en effet des caractéristiques particulièrement pertinentes juridiquement et économiquement : sécurité et valeur juridique, organisation d'un rapport d'exclusivité et possibilité d'une valorisation économique des données.

**484.** Pourtant, le droit de propriété n'apparaît pas comme un droit adéquat à la situation juridique des données de santé car ses revers sont trop importants face à ses qualités : la valorisation économique des données est à elle seule un risque majeur pour le patient qui se retrouverait ainsi démuné de tout pouvoir sur ses données. Appliquer le droit de propriété "classique "aux données de santé personnelles c'est abandonner le patient aux collecteurs en laissant une trop grande place à l'autonomie de la volonté comme seul système de régulation des décisions contractuelles.

**485.** La solution se trouve certainement plutôt dans un droit de propriété capable nativement de réunir des intérêts par nature incompatibles . Les droits de propriété intellectuels et notamment le droit d'auteur, tout en empruntant au droit de propriété classique, ont déformé la structure originelle de ce droit pour concilier des intérêts antinomiques. Pour compléter l'analyse, il convient donc de s'attarder sur ces droits.



## TITRE 2

### LE MODELE DU DROIT D'AUTEUR, UN REGIME PROMETTEUR MAIS INSUFFISANT

**486.** Après avoir envisagé l'extrême de la propriété "basique", droit inadapté, mais digne d'intérêt, se pose la question de l'élaboration d'une voie médiane, d'un droit de synthèse permettant l'appropriation des données de santé.

**487.** Et, avant même d'imaginer révolutionner toutes nos constructions juridiques et théoriques, le bon sens veut que l'on se penche sur des modèles déjà existants. Les sens du terme "modèle" vont pouvoir nous éclairer sur la source d'inspiration que nous cherchons. Ainsi, un modèle est défini comme " *ce qui est donné pour servir de référence* ", " *Personne ou objet possédant certaines qualités ou caractéristiques propres à en faire le type d'une catégorie* ", ou encore " *Personne citée ou choisie à titre d'exemple pour qu'on s'inspire de sa conduite* "<sup>768</sup> et juridiquement ce terme revêt deux acceptions : " *création à trois dimensions destinée à orner des objets d'utilité, qui, à condition de ne pas être brevetable, donne prise aux droits d'auteur ou à un régime spécial* " et " *œuvre législative dont la valeur exemplaire fait une source d'inspiration en législation comparée* "<sup>769</sup>. Il s'agit donc de trouver un droit-référence qui possède certaines qualités, et notamment celles du droit de propriété et des droits de la personnalité, dont il serait possible de s'inspirer comme d'un exemple apte à concilier tous les intérêts en jeu. Un ouvrage collectif de 2012 intitulé " *les modèles propriétaires* " <sup>770</sup> montre bien que le droit de propriété n'est pas unique, mais multiple. On ne peut aujourd'hui décemment pas parler de la propriété, mais bien des propriétés.

**488.** Une des excroissances majeures que le droit de propriété a connu et qui est notamment de celles qui lui ont fait perdre son unicité est une matière du droit qui ne rougit pas de comporter dans son intitulé même le terme de propriété : le droit de la propriété intellectuelle. L'emploi du singulier à l'égard de cette propriété

---

<sup>768</sup> Le grand Larousse illustré, 2016.

<sup>769</sup> G. CORNU, *op. cit.*

<sup>770</sup> H. - J. LUCAS (ss. dir. de), *Les modèles propriétaires*, Actes du colloque international organisé par le CECOJI, Presses Universitaires Juridiques de Poitiers, LGDJ, 2012.

pourrait d'ailleurs induire en erreur, car même si la propriété incorporelle peut se définir de manière générale comme le " *droit d'exploiter une chose créée par l'esprit, dans les conditions matérielles et morales posées par celui qui est à son origine* " <sup>771</sup>, elle regroupe une diversité d'approches selon les objets dont elle a à se saisir. Ainsi, on y retrouve, la propriété industrielle, déclinée principalement entre le droit des brevets <sup>772</sup> et le droit des marques <sup>773</sup>, et la propriété littéraire et artistique <sup>774</sup>, comportant les droits d'auteur et les droits voisins <sup>775</sup>. Cette multitude

---

<sup>771</sup> P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 9ème éd., coll. Droit fondamental, 2015, p. 24.

<sup>772</sup> P. CORBEL, C. LE BAS & S. CHEVREUIL, *Les nouvelles fonctions du brevet: approches économique et managériale*, Economica, 2011; J. FOYER & M. VIVANT, *Le droit des brevets*, PUF 1991.; J. - M. MOUSSERON, *Traité des brevets*, Litec 1994; F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien 1999; IRPI (colloque), *Les inventions biotechnologiques*, Litec 1999; M. VIVANT & J. M. BRUGUIERE, " réinventer l'invention ? ", *Prop. intell.*, 2003, n° 8, p. 286; M. VIVANT (ouvrage collectif sous la direction de), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2e éd., 2015; M. VIVANT, *Le droit des brevets*, Connaissance du droit Dalloz, 2e éd. 2005.

<sup>773</sup> Y. BASIRE, *Les fonctions de la marque, essai sur la cohérence du régime juridique d'un signe distinctif*, LexisNexis, 2015; A. BERTRAND, *Droit des marques*, Dalloz Action, 2005; A. CHAVANNE & J. J. BURST, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 5e éd., 1998; N. DREYFUS, *Marque et internet. Protection, valorisation, défense*, Lamy, coll. Axe droit, 2011; N. DREYFUS & B. THOMAS, *Marque, dessins et modèles*, Delmas, 2e éd., 2006; F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien 1999; P. ROUBIER, *Droit de la propriété industrielle*, Sirey 1952/1954; M. VIVANT (ouvrage collectif sous la direction de), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2e éd., 2015; P. VIVANT, *La portée du droit de marques*, Thèse Montpellier I, 2007.; Y. BASIRE, " la renommée de la marque ou l'émergence d'un droit moral des marques ", *Légipresse*, 2015. 217; O. BOMSEL, " copyright et droit des marques à l'ère numérique ", *Prop. ind.* 2010. Étude 16; C. DE HAAS, " les fonctions d'identification de la marque, la bonne fonction essentielle qui éclipe toutes les autres ", *Prop. intell.*, 2013, n° 46, p. 4; M. JUGLAR, " la procédure pénale au service de la propriété intellectuelle ", *JCP E*, 2016, n° 1209; T. LAMBERT, " la marque, garantie de qualité ", *D.* 2015. 2087; V. SCORDAMAGLIA, " la fonction du droit de marque ", *Prop. ind.*, 2010, Dossier n° 1, art. n° 6.

<sup>774</sup> A. R. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2011/2012; N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, coll. Manuels, 2e éd., 2012; J. - M. BRUGUIERE, *Droit des propriétés intellectuelles*, Ellipses, 2e éd., 2011; C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 3e éd. 2013; C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Dalloz 9e éd., 1999; H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz 3e éd., 1978; R. DUMAS, *La propriété littéraire et artistique*, PUF Thémis 1987; A. FRANCON, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Les Cours du droit, 2001; P. Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, Droit fondamental, 9e éd. 2015; X. LINANT DE BELLEFONDS, *Droits d'auteur et droits voisins*, Cours Dalloz 2e éd. 2004; X. LINANT DE BELLEFONDS & C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Delmas 1996; A. LUCAS, *Propriété littéraire et artistique*, *Connaissance du droit*, Dalloz 5e éd. 2015; *Propriété littéraire et artistique*, J.-Cl. civ., fasc. annexe; *Droit d'auteur et droits voisins*, éd. F. Lefebvre, 1996. – A. LUCAS, H.-J. LUCAS & A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec 4e éd. 2012. – L. MARINO, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF 2013; F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2e éd., sept. 2014; P. SIRINELLI, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Mémento Dalloz 2e éd. 2004; V. STERIN & C. DRUEZ-MARIE, *Le guide de la propriété intellectuelle*, Delmas, 2009; P. TAFFOREAU & C. MONNERIE, *Droit de la propriété intellectuelle*, Gualino éd., coll. Master, 2015; P. TAFFOREAU (ss. la dir. de), *Pratique de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis 2012; S. VISSE-CAUSSE, *Droit de la propriété intellectuelle*, Gualino, coll. Mémentos LMD, 2015; M. VIVANT & J. - M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, Précis Dalloz, 2e éd. 2012.; C. BERNAULT & J. - P. CLAVIER, *Dictionnaire de droit*

a inspiré une image à M. Foyer et M. Vivant : " celle d'un archipel où chaque droit privatif chacun constitué sur une création de l'esprit particulière émerge comme une île d'un océan soumis au régime de la liberté, ou celle, peut être plus heureuse, car préservant mieux un certain flou qu'on peut constater dans la réalité, d'une nébuleuse dans laquelle ces mêmes droits privatifs apparaîtraient

---

de la propriété intellectuelle, Ellipses, 2e éd., 2015; N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ 2010; H. BITAN, *Droit des créations immatérielles (logiciels, bases de données, autres œuvres du web 2.0)*, Lamy, Axe droit, 2010; E. BOUCHET-LE MAPPIAN, *Propriété intellectuelle et droit de propriété*, PU Rennes, 2013; J. - M. BRUGUIERE(ss. la dir. de), *Droit d'auteur et culture*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2007; *La propriété intellectuelle, entre autres droits*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009; *L'articulation des droits de propriété intellectuelle*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011; *Les contrats de la propriété intellectuelle*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2013; J. - M. BRUGUIERE, N. MALLET-POUJOL & A. ROBIN (ss. la dir. de), *Propriété intellectuelle et droit commun*, PU Aix-Marseille, 2007; N. BRONZO, *Propriété intellectuelle et droits fondamentaux*, L'Harmattan 2006; C. CASTETS-RENARD, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, L'Harmattan, 2003; S. CHOISY, *Le domaine public en droit d'auteur*, thèse Paris II, 2001; C. COLOMBET, *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde*, Litec 1992; M. DOURNES, *Les photographes et le droit. Droit d'auteur et droit à l'image*, Eyrolles, avr. 2015; S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'environnement numérique*, Larcier, 2005; B. EDELMAN, *La propriété littéraire et artistique*, Que sais-je, n° 1388, PUF 2008; M. - A. FRISON-ROCHE & A. ABELLO, *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ 2005; C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, Litec-IRPI 2005; I. DE LAMBERTERIE (ouvrage collectif sous la direction de), *Le droit d'auteur aujourd'hui*, CNRS éd. 1991; P. RECHT, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, LGDJ 1968; P. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, Litec, 2010; A. L. STERIN, *Guide pratique du droit d'auteur*, Maxima, 2e éd., 2011; P. TAFFOREAU, *Pratique de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 2012; M. VIVANT (ouvrage collectif sous la direction de), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz 2e éd., 2015; *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Dalloz 2004; V. VARNEROT, *Leçons de droit de la propriété littéraire et artistique*, Ellipses 2012; A. BENSOUSSAN (sous la dir.), *Internet, Aspects juridiques*, Hermès, 1996; *Code informatique, fichiers et libertés*, Larcier, nov. 2014; A. BERTRAND, *La protection des logiciels*, Que sais-je?, PUF, 1994; Y. BISMUTH, *Droit de l'informatique (éléments de droit à l'usage des informaticiens)*, L'Harmattan, 3e éd., oct. 2014; P. CATALA, *Le droit à l'épreuve du numérique*, PUF 1998; C. CASTETS-RENARD, *Droit de l'internet*, Montchrestien, coll. Cours, 2009; J. - P. CLAVIER, *Objets nouveaux et catégories de la propriété intellectuelle: le cas des créations génétiques*, thèse Nantes, 1994; Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux. Étude annuelle 2014*, La Doc. fr., sept. 2014; S. DE FAULTRIER-TRAVERS, *Aspects juridiques de l'information: propriété littéraire, droit de la personne, droit de la communication*, Paris ESF, 1991; P. Y. GAUDRA, *La commercialisation des données publiques*, Documentation française, 1993; IRPI, *Banques de données et droit d'auteur*, Actes du colloque de Paris, 27 nov. 1986, Litec 1987; C. LE GOFFIC & L. MORLET-HAIDARA, *Droit des activités numériques*, Précis Dalloz, juin 2014; A. LUCAS, J. DEVEZE & J. FRAYSSINET, *Le droit de l'informatique*, Thémis Droit PUF, 2001; F. MACREZ, *Créations informatiques: bouleversement des droits de propriété intellectuelle? Essai sur la cohérence des droits*, Thèse, Montpellier I, 2007; N. MALLET-POUJOL, *Commercialisation des banques de données*, CNRS 1993; P. MOURON & C. PICCIO, *L'ordre public numérique. Liberté, propriété, identité*, PUAM, coll. Inter-normes, 2015.

<sup>775</sup> Il suffit pour cela d'observer la structure du Code de la Propriété Intellectuelle qui se décline comme suit : Partie 1 : LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE, Livre 1er : Le droit d'auteur, Livre 2ème : Les droits voisins du droit d'auteur, Livre 3ème : Dispositions générales relatives au droit d'auteurs, aux droits voisins et droits des producteurs de bases de données; Partie 2 : LA PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE, Livre 4ème : Organisation administrative et professionnelle, Livre 5ème : Les dessins et modèles, Livre 6ème : Protection des inventions et des connaissances techniques, Livre 7ème : Marques de fabrique, de commerce ou de service et autres signes distinctifs

*comme autant de noyaux plus ou moins durs, interagissant parfois, perdus dans un nuage de poussière évoluant librement* <sup>776</sup>. Un code entier est consacré à ce droit, ou plutôt à ces droits, et la diversification des biens immatériels présage d'un avenir fertile pour ce droit<sup>777</sup>.

**489.** Intuitivement, ces droits de propriété intellectuelle méritent toute notre attention et nous attirent irrésistiblement au regard de l'objet qui nous occupe. En effet, la donnée, qu'elle soit de santé ou pas, est avant tout une chose incorporelle, mais aussi intellectuelle dans le sens où il s'agit d'une "information technologisée" <sup>778</sup>. Dans ce contexte, si cet objet doit être saisi d'un quelconque droit de propriété, il sera forcément de nature intellectuelle. Ces pans du droit ont déjà été abordés dans la première partie de ce travail avec par exemple l'analyse du corpus juridique des droits des producteurs de base de données<sup>779</sup> et il a aussi été volontairement éludé dans le début de la seconde partie afin de se concentrer sur les fonctions du droit de propriété primaire, primitif<sup>780</sup> mais finalement anachronique au regard du sujet qui nous occupe. Ces fonctions étudiées précédemment irradiant nécessairement le droit de la propriété intellectuelle, car sans cela, le terme propriété n'aurait été ni choisi ni adapté. Mais s'il a fallu créer ce droit spécifiquement c'est aussi parce que la propriété "classique" avait des insuffisances, des inconvénients, eu égard aux enjeux et objets qu'il était nécessaire de traiter par un mécanisme d'appropriation.

**490.** Outre la spécificité des objets de par leur caractère immatériel, il a fallu traiter l'aspect intellectuel de ces derniers. Si l'on reprend la définition de M. Gautier de la propriété incorporelle, il ne s'agissait pas seulement d'octroyer une appropriation et de donner le "*droit d'exploiter une chose créée par l'esprit*", il fallait aussi que cela puisse se faire "*dans les conditions matérielles et morales posées par celui qui est à son origine*" <sup>781</sup>. Il n'y avait rien d'évident dans cette démarche et il a fallu créer des droits sur mesure à la fois aptes à définir les choses

---

<sup>776</sup> J. FOYER & M. VIVANT, *Le droit des brevets*, PUF, 1991, p. 9.

<sup>777</sup> Voir par exemple : ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La propriété*, Journées vietnamiennes, Tome LIII, Société de législation comparée, 2003; ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *L'immatériel*, Journées espagnoles, Tome LXIV, Bruylant, 2014.

<sup>778</sup> *Supra*, n°9

<sup>779</sup> *Supra*, n°336 et 337

<sup>780</sup> *Supra*, n°374

<sup>781</sup> P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, coll. Droit fondamental, PUF, 2015, 9ème éd., p. 24.

susceptibles d'être appropriées et à organiser les particularités de leur champ d'action.

**491.** Parallèlement, s'est posée la question, et se pose toujours d'ailleurs, de savoir si l'un des droits de propriété intellectuelle, en l'espèce le droit d'auteur, n'était pas, en plus d'être un droit de propriété, un droit de la personnalité. Cette problématique ne peut que faire écho à celle qui nous occupe, particulièrement en matière de données personnelles et anonymisées de santé. Le fait qu'un droit soulève ces questions ne peut qu'attiser la curiosité et l'on ne peut s'empêcher de se dire que le droit d'auteur (ou du moins son modèle) a réussi à s'imposer comme une issue face à des enjeux présentés comme antinomiques. En conséquence son modèle pourrait inspirer une solution adaptée à notre contexte.

**492.** Ainsi, il apparaît naturel d'envisager le droit d'auteur comme un "moule " dans lequel pourrait se glisser le droit des données de santé afin de répondre aux enjeux juridiques, économiques et humains (Chapitre 1). Pourtant, nous verrons que malgré une réponse plus que satisfaisante, le modèle du droit d'auteur comporte aussi des carences dans son efficacité au regard du contexte qui nous occupe qui nous pousserons à envisager un métasystème juridique, où l'aspect économique n'est pas traité dans l'individualité, mais dans la collectivité, avec tous ses avantages. Un droit sur les données basé sur le droit d'auteur ne saurait se suffire à lui même pour répondre aux enjeux, c'est le système juridique dans sa globalité qui doit être repensé (Chapitre 2).



## CHAPITRE 1

### LE MODELE DU DROIT D'AUTEUR, UN REGIME DE CONCILIATION

**493.** Le choix du droit d'auteur comme modèle n'est pas péremptoire et des entames d'explication de celui-ci ont été données dans l'introduction de ce titre. Celles-ci doivent être désormais étayées et approfondies (avant d'entamer le prochain paragraphe) et pour aussi permettre de définir succinctement ce droit.

La première question qui se pose est donc : pourquoi le droit d'auteur comme modèle ?

**494.** Tout d'abord, parce qu'il s'agit d'un droit de propriété. Cette affirmation est lourde de débats qui ne sont pas forcément clos. Napoléon, père du Code Civil, le disait déjà lui même : " *une propriété littéraire est une propriété incorporelle* " <sup>782</sup>. Des auteurs ont très tôt affirmé cette identité de droit <sup>783</sup>, de nature, mais pourtant, un certain nombre lui ont refusé cette qualification <sup>784</sup> considérant par exemple que " *la pensée est, par son essence, inappropriable; la faculté de copier et de*

---

<sup>782</sup> L. MOSCATI, " Le code civil et le destin de la propriété intellectuelle en Europe ", *Droits*, 2008, n°47, p. 551.

<sup>783</sup> Voir notamment : E. POUILLET, *Traité de propriété littéraire et artistique*, 3ème éd. par MAILLARD et CLARO; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil*, t. 1, 3ème éd., n°1527; E. CALMELS, *De la propriété et de la contrefaçon des œuvres de l'intelligence*, 1856, p. 616-617; M. GASTAMBIDE, *Historique et théorie de la propriété des auteurs*, Paris, Cosse et Marchal, 1862; F. GENY, *Science et technique en droit positif français*, Sirey, 3ème éd., 1938, n°1527; G. BRY, *La propriété industrielle, littéraire et artistique*, Sirey, 3ème éd., 1914, n°226; G. MARTY & P. RAYNAUD, *Droit civil, les biens*, t. 2, 2ème vol., Sirey, 2ème éd, 1980, n°429.

<sup>784</sup> A. - C. RENOARD, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, t. 1, 1838-1839; N. M. LE SENNE, *Le livre des nations ou traité philosophique, théorique et pratique des droits d'auteur et d'inventeur en matière littéraire, de sciences, d'arts et d'industrie*, Paris, 1846, p. 25; A. BERTAULD, *Questions pratiques et doctrinales du Code Napoléon*, Paris, Cosse et Marchal, t. 1, 1867, p. 204-205; A. MORILLOT, *De la protection accordée aux œuvres d'art, aux photographies, aux dessins et modèles industriels et aux brevets d'invention dans l'Empire d'Allemagne*, Paris, Cotillon, 1878, p.96; A. DARRAS, *Du droit des auteurs et des artistes dans les rapports internationaux*, Paris, Arthur Rousseau, 1887, n°21; J. RAULT, *Le contrat d'édition*, Dalloz, 1927, p. 23; P. OLAGNIER, *Le droit d'auteur*, LGDJ, t. 1, 1934, p. 28; J. ESCARRA, J. RAULT & F. HEPP, *La doctrine française du droit d'auteur*, Grasset, 2ème éd., 1937, p. 27; H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 1ère éd., 1950, n°232; M. PLANIOL & G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2ème éd., t. 3 par M. PICARD, n°574; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, coll. Droit fondamental, PUF, 2015, 9ème éd., p. 27; F. TERRE & P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, Dalloz, 8ème éd. 2010, n°63.

*reproduire la pensée ne l'est pas moins* <sup>785</sup>. Même si le questionnement peut sembler superflu dans le sens où " *il importe assez peu, en définitive, dans la pratique, que le droit de l'auteur soit ou ne soit pas une propriété, dans le sens juridique du mot, dès l'instant qu'il est clairement défini, déterminé par la loi dans ses effets, dans son étendue, dans sa durée* " <sup>786</sup> il n'empêche que " *sans qu'il soit besoin de rechercher dans quelle mesure le droit d'un auteur sur son œuvre peut être assimilé aux autres formes de la propriété et par quels points il peut en différer, il est au minimum, le monopole ou le privilège exclusif de l'exploitation de cette œuvre* " <sup>787</sup>. Les arguments contre l'assimilation du droit d'auteur au droit de propriété sont variés. Ainsi, l'absence de perpétuité du droit a été avancée comme élément permettant d'accréditer la nature non-propriétaire du droit d'auteur. Pourtant, on s'accordera à dire que " *l'absence de perpétuité de la propriété intellectuelle n'est pas [...] décisive, car c'est par pétition de principe qu'on tient la perpétuité comme étant l'essence de la propriété* " <sup>788</sup>.

Mais, l'objection majeure reste celle issue du caractère dual du droit d'auteur. Ce droit présente toutes les caractéristiques du droit de propriété (exclusivité et patrimonialité notamment) si ce n'est qu'aux côtés de ce droit se positionne ce qu'il est désormais commun d'appeler le droit moral de l'auteur. Ce droit permet de ne jamais rompre " le cordon ombilical" entre l'auteur et l'œuvre <sup>789</sup> et est de nature extra patrimoniale. Il permet de préserver certains droits de l'auteur, peu importe qui est titulaire du droit patrimonial sur l'œuvre. Ainsi coexistent au sein de ce droit d'auteur, deux droits de nature différente, mais qui n'empêchent en rien d'affirmer la nature propriétaire de celui -ci. En effet, l'article 544 du Code Civil peut parfois lui aussi " *assurer la protection d'intérêts désintéressés* " <sup>790</sup> et qu'il pourrait aussi être considéré comme étant " *lui même le monopole d'exploitation, le*

---

<sup>785</sup> A. - C. RENOARD, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, t. 1, p. 454, 1838-1839.

<sup>786</sup> E. POUILLET, *Traité de propriété littéraire et artistique*, 3ème éd., 1908, p. 26.

<sup>787</sup> CA Rennes, 20 juin 1932, Ann. propr. ind. 1933, p. 160.

<sup>788</sup> A. LUCAS & H. - J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Traités, Lexis Nexis, 4ème éd., 2012, p. 30.

<sup>789</sup> M. VIVANT & J. - M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Précis, Dalloz, 2ème éd., 2012, p. 42.

<sup>790</sup> *Idem*.

*droit d'auteur véritable, et le droit de tirer les bénéfices de l'œuvre n'est rien d'autre que l'exercice du monopole de ce droit d'auteur* <sup>791</sup>.

Le Code de la propriété intellectuelle entérine cette dualité du droit d'auteur dans son article L. 111-1 : "*L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial [...]*". F. Pollaud-Dunian résume finalement assez bien le fait que cette dualité n'empêche en rien la qualification de propriété "*en tant que moyen juridique de protection de l'individu ( le droit moral) nous paraît relever des droits de la personnalité. Quant au droit exclusif d'exploitation, droit essentiellement patrimonial, il n'est pas interdit d'y voir un droit réel incorporel ou une forme très particulière de propriété*" <sup>792</sup>.

Ainsi, "*il n'y a non pas un, mais deux droits : droits moral et pécuniaire; ils coexisteraient sans être véritablement unis :*

- *le droit pécuniaire est tout d'abord un monopole d'exploitation, conféré provisoirement par la société à l'auteur méritant, dans la tradition des privilèges de l'Ancien droit*

- *En amont, aux côtés et au-delà du droit pécuniaire, imprégnant tous les stades de la création et de l'exploitation, intervient le droit moral, qui est à la fois supérieur et indépendant par rapport au premier* <sup>793</sup>

**495.** C'est cette dualité, ce double visage qui fonde tout notre intérêt pour ce droit, car la problématique apparue après l'analyse du droit de propriété classique est finalement celle de savoir comment concilier les atouts du droit de propriété avec ceux du droit de la personnalité pesant sur les données de santé. La gémellité interne du droit d'auteur a été une réponse à des enjeux du même type : comment permettre à l'auteur de vivre de son art, tout en lui réservant une part individuelle et intime avec son œuvre ?

---

<sup>791</sup> M. NAST, note sous T. civ. 1er. av. 1936; DP 1936.2.65.

<sup>792</sup> F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, coll. " Corpus " , Economica , 2004, n°58.

<sup>793</sup> P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 9ème éd., coll. Droit fondamental, 2015, p. 27.

**496.** Nous rappelons le fait que l'étude du droit d'auteur qui va suivre est guidée par le modèle de ce droit et non le droit lui-même. En effet, et nous y reviendrons, le droit d'auteur concerne une œuvre (le brevet une invention), et est donc issue d'un travail créatif (ou inventif pour le brevet) de l'auteur (de l'inventeur). A l'inverse, les données personnelles de santé ne sont issues d'aucun travail du patient, elles proviennent simplement du fait d'être lui même et n'ont demandé aucun effort de sa part. Toutefois, même si la différence est conséquente, le modèle dualiste du droit d'auteur pourrait permettre de rétablir les équilibres économiques sans faire perdre sa valeur humaniste au droit des données personnelles de santé.

**497.** En conséquence, nous respecterons le schéma du droit d'auteur en étudiant tout d'abord son volet patrimonial qui pourrait répondre aux problématiques économiques (Section 1) puis, nous aborderons le droit moral qui permettra de prendre en compte la dimension extrapatrimoniale des droits des patients sur leurs données personnelles de santé (Section 2)

## SECTION 1 : LES DROITS ECONOMIQUES, OUTILS DE VALORISATION DES DONNEES

**498.** Le droit d'exploitation de l'auteur pourrait être transposé en droit d'exploitation des données. En effet, la structure de ce droit pourrait être reprise sans trop de difficultés (§1). Mais, la différence d'objet sur lequel porte le droit et donc d'objectif montre aussi le fossé qui existerait entre le droit économique de l'auteur et celui sur les données (§2)

### **§1. Une structure des droits adéquate**

**499.** Il serait aisé de construire un droit d'exploitation du patient sur ses données , calqué sur celui de l'auteur, que l'on pourrait qualifier de droit de traitement (A). L'existence de restrictions à ce droit n'empêche en rien cette analogie (B).

## A. Les droits d'exploitation de l'auteur, l'équivalent d'un droit de traitement pour le patient

**500.** L'identité entre le droit d'exploitation de l'auteur et le droit de traitement sur les données (1) est d'autant plus forte lorsqu'on remarque la place prééminente laissée au consentement (2).

### 1. L'analogie des droits d'exploitation de l'auteur avec le droit de traitement des données

**501.** Le ou plutôt les droits économiques du droit d'auteur sont décrits au sein de l'article 122 - 1 du Code de la Propriété Intellectuelle : " *Le droit d'exploitation appartenant à l'auteur comprend le droit de représentation et le droit de reproduction.*"

Le droit de représentation est défini dans l'article 122-2 du Code de la Propriété Intellectuelle : " *La représentation consiste dans la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque* "<sup>794</sup>, en d'autres termes " *représenter une œuvre, c'est l'exhiber au public* "<sup>795</sup>. La reproduction est quant à elle définie dans l'article 122-3 : " *la reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière*

---

<sup>794</sup> S. ABADA, " La transmission par satellite et la distribution par câble et le droit d'auteur ", *Dr. auteur*, 1989, 307 ; T. DESURMONT, " qualification juridique de la transmission numérique ", *RIDA*, oct. 1996, p. 55 ; W. DUCHEMIN, " réflexions sur le droit d'exposition " *RIDA*, avr. 1993, p. 15 ; B. EDELMAN, " la télédistribution dans les chambres d'hôtel ", *D.*, 1994, Chron. 209 ; M. - J. FREEGARD, " radiodiffusion directe par satellite, conséquences pour le droit d'auteur ", *RIDA*, avr. 1988, p. 63 ; P. GAUDRAT, " la protection de l'auteur, lors d'une retransmission spatiale de son œuvre ", *RIDA*, avr. 1980, p. 17 ; P. GAUDRAT, " satellites de retransmission et aspects de droit d'auteur ", *Dr. informatique et télécoms*, 1989, n° 4, p. 9 ; A. KEREVER, " droit d'auteur et satellites spatiaux ", *RIDA*, juill. 1984, p. 27 ; A. KEREVER, " droit d'auteur et développements techniques ", *RIDA*, avr. 1991, p. 7 ; A. KEREVER, " droit d'exposition et historique du droit d'auteur ", *RIDA*, avr. 1993, p. 7 ; A. KEREVER, " les modifications apportées par la loi du 3 juill. 1985 au droit d'auteur sur la radiodiffusion: un problème d'interprétation ? ", *Mélanges Françon*, Dalloz 1995, p. 285 ; C. MALAPARTE, " le droit de représentation et le droit d'exécution ", *RIDA*, avr. 1958, p. 195 ; R. MERALLI, " à quand l'application du droit d'exposition ? ", *Propr. intell.*, 2003, n° 9, p. 342 ; V. NABHAN, " le droit d'exposition des œuvres artistiques au Canada " *RIDA*, avr. 1993, p. 109 ; G. ROCHICCIOLI, " points de vue sur la législation applicable aux nouveaux médias en France dans le domaine du droit d'auteur ", *RIDA*, avr. 1991, p. 31 ; E. ULMER, " protection des auteurs lors de la transmission par satellite des programmes de radiodiffusion ", *RIDA*, juill. 1977, p. 3.

<sup>795</sup> P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, coll. Droit fondamental, PUF, 2015, 9ème éd., p. 319.

*indirecte* " <sup>796</sup> soit l' " *intercalation d'un support entre l'œuvre incorporelle et le public qui y accèdera,* " de manière indirecte " *par son intermédiaire* " <sup>797</sup>.

**502.** Si un parallèle doit être fait avec les éventuels droits dont dispose déjà le patient sur ses données personnelles et sur ce qu'il pourrait avoir si ses droits étaient inspirés du modèle du droit d'auteur, le droit de reproduction serait finalement l'exercice du droit de création de la donnée elle-même, l'acte de naissance de celle-ci; et le droit de représentation se retrouverait donc mué en un droit de traitement de la donnée. Il est vrai que cette analogie est intéressante, mais ne peut entièrement s'appliquer aux données de santé personnelles car le droit de traitement recouvre une multitude de possibilités relativement éloignées des multiples modes de représentation dont dispose l'auteur.

Les droits exploitables concernés sur les données personnelles de santé que ce soit pour les patients et donc pour les collecteurs (par l'effet de cession) sont variés et bon nombre peuvent être imaginés. Globalement, pour s'inspirer du droit positif, le droit d'exploitation serait finalement et avant tout le droit de traitement. Dans ce contexte, une définition du traitement est indispensable afin d'assurer la clarté du droit. La Loi informatique et Liberté le définit comme suit<sup>798</sup> : " *Constitue un*

---

<sup>796</sup> D. BECOURT, " terminologie de la communication ", *LPA*, 20 oct. 1997; H. COHEN-JEHORAM, " reproduction légale et illégale ", *Dr. auteur*, 1986. 373; N. CRAIPEAU, *Le droit de reproduction des œuvres de l'esprit dans l'environnement numérique*, thèse Nantes 2006; T. DESURMONT, " le droit de l'auteur de contrôler la destination des exemplaires sur lesquels son œuvre se trouve reproduite ", *RIDA*, oct. 1988, p. 3; S. DUSOLLIER, " le droit de destination: une espèce franco-belge vouée à la disparition ", *Propr. intell.*, 2006, n° 20, p. 281; B. EDELMAN, " la rue et le droit d'auteur ", *D.*, 1992. Chron. 91; Y. GAUBIAC, " les nouveaux moyens techniques de reproduction et le droit d'auteur ", *RIDA*, oct. 1984, p. 23 et janv. 1985, p. 107; Y. GENDREAU, " le critère de fixation en droit d'auteur ", *RIDA*, janv. 1994, p. 111 ; Y. GENDREAU, " droit de reproduction et l'internet ", *RIDA*, oct. 1998, p. 3; F. GOTZEN, " le droit de destination en Europe ", *Dr. auteur*, 1989. 230; G. KOUMANTOS, " le droit de reproduction et l'évolution de la technique ", *RIDA*, oct. 1978, p. 3; A. LEBOIS, *Le droit de location des auteurs et des titulaires de droits voisins*, LGDJ 2004; A. LEBOIS, " le droit de location et la structure des droits patrimoniaux: la théorie du droit de destination bousculée ", *D.*, 2002. Chron. 2322; J. MEHAUT, " Google Livres ou du bon usage de la contrefaçon ", *Propr. intell.*, 2006, n° 20, p. 290; J. - M. ROUART, " le droit de reproduction ", *RIDA*, oct. 1967 et janv. 1968, p. 285; S. STROMHOLM, " le droit de mise en circulation dans le droit d'auteur ", *Dr. auteur*, 1967. 279; S. STROMHOLM, " réflexions sur le droit de destination ", *Cah. dr. auteur*, févr. 1989, p. 1.

<sup>797</sup> P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, coll. Droit fondamental, PUF, 2015, 9<sup>ème</sup> éd., p. 266.

<sup>798</sup> Sur la notion de traitement voir par exemple : les commentaires et les champs libres d'un traitement : CE , ass., 3 déc. 1999, Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresboeuf, req. nos 197060, 197061: Lebon 397. ... la collecte des données individuelles concernant les cas de maladies visées à l'article L. 11 du code de la santé publique, en vue de leur transmission à l'autorité sanitaire ; CE , 30 juin 2000, Ligue française pour la défense des droits de l'homme et du citoyen, req. no 210412: Lebon 252. ... la collecte de vœux pour les orientations du baccalauréat dans

*traitement de données à caractère personnel toute opération ou tout ensemble d'opérations portant sur de telles données, quel que soit le procédé utilisé, et notamment la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction* ". Au regard de l'objectif de ce texte qui veut garantir une large interprétation, la liste des actions est ici non limitative afin de garantir un spectre étendu d'application et de se réserver ainsi un certain nombre de traitements oubliés ou qui apparaîtraient du fait de l'évolution des technologies. La question se pose de savoir si retenir une définition aussi large et souple pourrait s'avérer pertinent. Il semble en effet que cette définition telle qu'elle est aujourd'hui dans notre droit positif est suffisamment claire tout en laissant une marge d'interprétation que la jurisprudence régulera elle-même.

**503.** Les droits de représentation et de reproduction qui constituent le droit d'exploitation, le droit économique de l'auteur, pourrait donc trouver leur reflet en matière de données dans un droit de traitement. Une construction juridique par analogie avec ces droits de l'auteur en matière économique s'avère d'autant plus pertinente lorsqu'on remarque la place prééminente laissée au consentement.

---

l'application «RAVEL» ; CE 6 févr. 2004, M. X., no 234428... l'enregistrement de son. ; CEDH 25 mars 1998, Amann Kopp c/ Suisse: req. 13/1997/797/1000; CEDH, gde Ch., 16 févr. 2000, Amman c/ Suisse ou d'images; CEDH, 28 janv. 2003, Peck c/ Royaume-Uni, req. no 44647/98. ... l'opération consistant à faire figurer, sur une page Internet, des données à caractère personnel. ; CJCE 6 nov. 2003, Lindqvist, Göta Hovrätt c/ Bodil, aff. C-101/01: Rec. p. I-12971. ... le traitement consistant à indexer les pages internet et à les mettre à la disposition d'internautes. \* G29, avis 4 avr. 2007 ; TGI Montpellier, réf., 28 oct. 2010, Mme C. c/ Google France. ... le traitement d'adresses électroniques, même sans les enregistrer dans un fichier, aux fins d'adresser de la publicité ; Crim. 14 mars 2006, no 05-83.423: Bull. crim. 2006, no 69. ... la collecte, par un autocommutateur téléphonique, des numéros de téléphone appelés et de la durée des appels. ; Crim. 23 mai 1991; Bull. crim. 1991, no 218: Expertise nov. 1991, no 351, obs. Frayssinet. ... les traitements de données via des puces sans contact de type RFID. \* G29, avis 9/2011, 11 févr. 2011, sur la proposition révisée des entreprises relative au cadre d'évaluation de l'impact sur la protection des données et de la vie privée des applications reposant sur l'identification par radiofréquence (RFID): WP 180. ... le traitement des " logs " de salariés, voire, à l'aide de logiciels " keyloggers ", des données de l'ensemble des frappes effectuées au clavier par la personne surveillée à son insu. CNIL, communication publique, 20 mars 2013. ... le recours à un procédé de vote électronique. \* CNIL 21 oct. 2010, portant adoption d'une recommandation relative à la sécurité des systèmes de vote électronique: délib. n° 2010-371. ... des dispositifs d'alerte professionnelle informatisés interne à une entreprise. \* CNIL 8 déc. 2005, portant autorisation unique =2005-305=(no AU-004) de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle: délib. n° 2005-305.

2. *L'interprétation stricte de la cession de droit d'auteur au service de la prééminence du consentement du patient au traitement de ses données personnelles*

**504.** Si l'on suit l'enchaînement des articles du code de la Propriété intellectuelle, l'article 122-4 permet de placer le consentement au centre des droits patrimoniaux : " *Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayant cause est illicite. Il en est de même pour la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque* ". L'absence de consentement de la personne engendre automatiquement une qualification d'acte de contrefaçon. Le consentement est donc, tout comme pour les données personnelles et plus particulièrement les données personnelles de santé<sup>799</sup>, la pierre angulaire des droits patrimoniaux de l'auteur. Sans celui-ci, aucune reproduction ou représentation de l'œuvre n'est légale. Comparativement, on pourrait ainsi dire que sans le consentement, aucun traitement de donnée personnelle de santé n'est valable comme l'affirme l'article 7 de la loi Informatique et Libertés: " *Un traitement de données à caractère personnel doit avoir reçu le consentement de la personne concernée* ". La translation entre le droit économique de l'auteur et le potentiel droit économique sur la donnée concernant le consentement permet d'aboutir à une symétrie parfaite en conservant la qualité juridique des droits. Le consentement et la volonté restent la base de l'exercice des droits et de la licéité de leur exercice et exploitation.

**505.** Si l'on poursuit l'analyse de cette partie du Code de la Propriété Intellectuelle, l'article 122-7 donne tout son sens au caractère patrimonial et marchand des droits de représentation et de reproduction mais surtout à l'importance de la volonté de l'auteur : " *Le droit de représentation et le droit de reproduction sont cessibles à titre gratuit ou à titre onéreux. La cession du droit de représentation n'emporte pas celle du droit de reproduction. La cession du droit de reproduction n'emporte pas celle du droit de représentation. Lorsqu'un contrat comporte cession totale de l'un des deux droits visés au présent article, la*

---

<sup>799</sup> *Supra*, n°259 à 267.

portée en est limitée aux modes d'exploitation prévus au contrat <sup>800</sup>. On touche ici au cœur de la réflexion d'un droit de propriété sur les données personnelles de santé. En effet, un droit de traitement sur le même format ouvre la possibilité à une cession de ce droit. Toutefois, sur le même modèle que celui décrit à l'article 122-7, cette cession est interprétée de manière stricte<sup>801</sup>: " *le droit d'auteur est un droit retenu* " <sup>802</sup>, en d'autres termes, la " *volonté de l'auteur d'accorder à d'autres, par convention, des prérogatives sur sa chose, dont il jouit à titre de monopole, ne que s'interpréter strictement* " <sup>803</sup>. Il est en conséquence nécessaire que soit détaillé le contenu exact des modes d'exploitation cédés et, aucun de ceux-ci ne saurait être présumé cédé. À titre d'exemple, un patient pourrait céder le droit de consultation de sa donnée personnelle de santé, mais uniquement à des médecins et refuser une exploitation de sa donnée par l'utilisation d'un procédé

---

<sup>800</sup> C. COLOMBET, " la portée des autorisations d'exploitation en matière de contrats relatifs au droit d'auteur ", Mélanges Françon, Dalloz 1995, p. 63.

<sup>801</sup> Les contrats portant sur les droits d'auteur sont gouvernés par le principe d'interprétation stricte, d'où il découle que l'auteur est supposé s'être réservé tout droit ou mode d'exploitation non expressément inclus dans un contrat de cession : Versailles, 13 févr. 1992: D. 1993. 402, note B. EDELMAN. Comp., estimant que " *la cession du droit d'utiliser des pictogrammes constituant des signes distinctifs d'identification des produits est présumée, du fait de la nature et de l'objet de ces créations, résulter de leur seule fourniture au client lorsqu'elle n'est pas accompagnée d'une réserve expresse et précise permettant au client de connaître l'exacte consistance de ce qui lui est fourni; à défaut, le créateur ne peut prétendre qu'en continuant à reproduire les pictogrammes sur des documents publicitaires, après la rupture de leurs relations contractuelles, son client a commis une contrefaçon* "; Versailles, 20 nov. 1997: Les Annonces de la Seine, 18 mai 1998; Gaz. Pal. 10-11 févr. 1999. Somm. 25. Sur la nullité d'une clause de cession des droits patrimoniaux de l'auteur d'une œuvre d'architecture pour absence de mention relative aux modalités financières de la cession; Versailles, 15 nov. 2001: *Légipresse*, 2002, n° 190, I, p. 37; *RIDA*, oct. 2003, p. 291, obs. A. KEREVER : " *La prohibition contractuelle de l'emploi publicitaire d'un cliché dont le droit de reproduction a été acquis pour illustrer la couverture d'un magazine ne s'étend pas, eu égard à la suite que l'usage donne à l'obligation d'après sa nature et sauf clause contraire expresse, à l'exposition publique de celle-là lorsqu'elle est faite pour la promotion des ventes de celui-ci.* " ; Civ. 1re, 15 mai 2002: Bull. civ. I, n° 130; D. 2002. AJ 1908, obs. J. DALEAU; Ann. propr. ind., 2002. 480; *JCP E*, 2002. 1121, note C. CARON; Civ. 1re, 15 févr. 2005: Bull. civ. I, n° 83; *RTD com.*, 2005. 495, obs. F. POLLAUD-DULIAN; *CCE*, 2005, n° 61, note C. CARON; *RIDA* juill. 2005, p. 415; Paris, 15 févr. 2008: *Propr. intell.*, 2008, n° 28, p. 332, obs. A. LUCAS; Paris, 8 sept. 2006: *CCE*, 2007, n° 25, obs. C. CARON; Paris, 17 janv. 2007: *Propr. intell.*, 2007, n° 23, p. 216, obs. A. LUCAS; TGI Seine, 31 mars 1966: D. 1966. Somm. 97 : " *L'auteur qui a autorisé la traduction de son œuvre en une langue déterminée et pour une aire géographique déterminée conserve le droit de traiter avec d'autres traducteurs pour d'autres domaines.* " ; Civ. 1re, 29 juin 1959: D. 1960. 129, note H. DESBOIS : " *L'auteur ne peut se voir imposer des modes d'exploitation non prévus au contrat à propos d'un dramaturge qui loin de consentir à un dessaisissement total de ses droits sur son œuvre (...) avait conclu un accord strictement limité, à une époque où ne pouvait être prévue une utilisation cinématographique de l'opéra* " ; Civ. 1re, 5 mai 1976: *RIDA* oct. 1976, p. 168. : " *L'auteur peut s'opposer à une exploitation de son œuvre dans le cadre d'une destination non prévue au contrat, comme par exemple l'utilisation, par un journal pour illustrer un fait divers, de clichés conçus pour la publicité d'un film.* "

<sup>802</sup> P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, coll. Droit fondamental, PUF, 2015, 9ème éd., p. 263.

<sup>803</sup> *Idem*.

d'anonymisation. Cet encadrement de la cession au profit de l'auteur et pour le cas qui nous occupe permet fait écho au principe du consentement. La cession d'un des modes d'exploitation doit être explicitement et clairement prévue dans l'acte de cession car " *qui ne dit mot ne consent pas* " en matière de droit d'auteur. De la même manière dans le droit positif pour un traitement de données à caractère personnel et de manière encore plus contrainte pour ceux en matière de santé, la personne consent à un traitement précis, décrit dans ses finalités et dans sa structure.

**506.** Le droit actuel sur les données, requalifié en droit de traitement pourrait donc facilement s'inscrire dans un schéma proche du droit d'exploitation de l'auteur au regard de son contenu et de la place laissée au consentement. L'analogie peut même se poursuivre jusque dans les restrictions à ces droits.

## **B. Droit d'auteur et droits sur les données personnelles, des droits restreints**

**507.** Tant le droit d'auteur que le droit sur les données subissent un certain nombre de restrictions et de limites.

Ainsi, l'article 122-5 du Code de la Propriété Intellectuelle attire notre attention sur des exceptions au droit d'auteur<sup>804</sup>. Ces exceptions sont une liste limitative restreignant le monopole d'exploitation de l'auteur à partir du moment où son œuvre a été divulguée. Il est vrai que ce mécanisme implique que l'œuvre soit rendue publique et, si l'on poursuit l'analogie avec le droit de traitement, cela supposerait que pour que des exceptions s'appliquent il faudrait que le traitement ait déjà été autorisé par le patient. Cet aspect est clairement inadapté aux

---

<sup>804</sup> C. CARON, " les exceptions au monopole: zone de turbulence du droit d'auteur ", *JCP*, 2013. Actu. 431, n° 16; C. COLIN, " la contractualisation des exceptions du droit d'auteur: oxymore ou pléonasme? ", *CCE*, 2010. Étude 3; C. COLIN, " devoir d'auteur ", *RIDA*, avr. 2010, p. 161; P. EL KHOURY, *Les exceptions au droit d'auteur. Étude de droit comparé*, Thèse, Montpellier I, 2007. ; B. FRESNE, *Les dérogations au droit de reproduction des auteurs en droit français*, thèse Paris, 1973.; C. GREIGER, " l'avenir des exceptions au droit d'auteur ", *JCP*, 2005. I. 186; G. GINSBURG & P. SIRINELLI, " les difficultés rencontrées lors de l'élaboration d'une œuvre multimédia ", *JCP*, 1996. I. 3904; E. TREPPOZ, " l'adaptation des exceptions du droit d'auteur au numérique: vers une recherche d'alignement ", *CCE*, 2010. Étude 14; E. TREPPOZ, " Les exceptions au droit d'auteur. État des lieux et perspectives dans l'Union européenne ", *Dalloz*, coll. Thèmes et commentaires, 2012; A. ZOLLINGER, " droit d'auteur et liberté d'expression: le discours et la méthode ", *CCE*, 2013. Étude 8.

exceptions nécessaires à construire pour un droit des patients sur leurs données personnelles conçu sur le modèle du droit d'auteur. L'intérêt de ce texte réside avant tout dans le fait qu'il existe des exceptions au monopole de l'auteur et donc des exceptions au monopole du patient pourraient de la même manière (hormis la nécessité d'un traitement préalable) être aussi conçues. Nous avons déjà vu un certain nombre de traitements qui outrepassent le patient et sa volonté, et ce notamment dans le cadre de l'accomplissement de missions de service public<sup>805</sup>. L'article 7 de la loi Informatique et liberté en cite d'ailleurs un certain nombre : "*Un traitement de données à caractère personnel doit avoir reçu le consentement de la personne concernée ou satisfaire à l'une des conditions suivantes : 1° Le respect d'une obligation légale incombant au responsable du traitement ; 2° La sauvegarde de la vie de la personne concernée ; 3° L'exécution d'une mission de service public dont est investi le responsable ou le destinataire du traitement ; 4° L'exécution, soit d'un contrat auquel la personne concernée est partie, soit de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci ; 5° La réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le destinataire, sous réserve de ne pas méconnaître l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée*".

Ainsi, au même titre que dans le droit positif, le droit de traitement des patients devrait pouvoir souffrir d'exceptions comme c'est le cas à l'heure actuelle pour des raisons de santé publique ou d'accomplissement de missions comme celles de l'Assurance Maladie. Ces mécanismes dérogatoires permettent et garantissent aux personnes publiques, malgré la reconnaissance d'un monopole d'exploitation du patient sur ses données, une poursuite sans entrave de leur vocation.

**508.** Le chapitre 3 du livre premier du Code de la Propriété Intellectuelle établit la durée des droits qui peuvent s'analyser comme une autre limite au droit de propriété de l'auteur. Ainsi l'article 123-1 du Code de la Propriété Intellectuelle réaffirme le droit pour l'auteur d'exploiter son œuvre et proclame sa transmissibilité "*L'auteur jouit, sa vie durant, du droit exclusif d'exploiter son œuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire. Au décès de l'auteur, ce droit persiste au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile*

---

<sup>805</sup> *Supra*, n°147 à 149

*en cours et les soixante-dix années qui suivent* <sup>806</sup>. En matière de données personnelles de santé, le droit de traitement, droit patrimonial, pourrait de la même manière se transmettre aux ayants droit. On peine cependant à apercevoir l'utilité de telles exploitations. Comment exploiter une donnée de santé d'une personne décédée ? L'un des usages éventuels, et non des moindres, serait des études statistiques rétrospectives afin par exemple de déterminer des facteurs de morbidité. À l'exception de ce type d'usage, le décès de la personne fait fatalement perdre de la valeur à un certain nombre de modes d'exploitation de la donnée comme le partage entre professionnels de santé.

La fin de l'exploitation "privative" du droit d'auteur au bout de 70 ans post-mortem implique que l'œuvre tombée dans le domaine public soit ainsi accessible à tous. La même destinée pour une donnée de santé personnelle semble délicate et d'une utilité toute relative. Il pourrait ainsi être envisagé d'assurer une survivance des droits patrimoniaux pendant cinq à dix ans post mortem au profit des ayants droit et par la suite n'autoriser un passage dans le domaine public que des données anonymisées utilisées à des fins statistiques. On s'aperçoit tout de même que l'on commence à toucher aux limites de la figure du droit d'auteur comme modèle d'un droit de propriété des données. La question de la durée de droit patrimoniaux au delà du décès de la personne et de leur transmissibilité revêt plus une dimension morale que patrimoniale et sera donc abordée plus longuement lors de nos développements sur le droit moral <sup>807</sup>.

**509.** Quoi qu'il en soit, cette inspiration juridique permet de concevoir un droit patrimonial sur les données personnelles de santé, le droit de traitement, qui peut se décliner en autant de modes d'exploitation qu'il existe de composantes d'un

---

<sup>806</sup> R. CASTELAIN, " la durée de la protection ", *RIDA*, avr. 1958, p. 375; S. CHOISY, *Le domaine public en droit d'auteur*, thèse Paris II, 2001; C. COLOMBET, " l'énigme de l'art. 21, § 2, de la loi du 11 mars 1957, mod. par la loi du 3 juill. 1985 ", *D.*, 1987. Chron. 145; T. DESURMONT, " l'allongement de la durée de la protection des œuvres musicales ", *RIDA*, juill. 1986, p. 41; B. D'ORMESSON-KERSAINT, " la protection des œuvres du domaine public ", *RIDA*, avr. 1983, p. 73; J.- L. GASTER, " document de travail des services de la Commission européenne sur les suites de l'arrêt dit «Phil Collins» de la CJCE ", *RIDA*, avr. 1996, p. 3 ; M. DOUCET, " les problèmes du domaine public payant ", *Dr. auteur*, 1970. 208; R. PLAISANT, " la durée du droit pécuniaire de l'auteur et son évolution ", *Mélanges Françon*, Dalloz 1995, p. 35; M. STONAJOVIC, " durée de la protection du droit d'auteur: situation et tendances actuelles ", *RIDA*, oct. 1984, p. 3 ; F. POLLAUD-DUNIAN, " brèves réflexions sur la loi n° 97-283 du 27 mars 1997; durée de protection des droits d'auteur et dispositions diverses ", *JCP E*, 1997. I. 666; F. POLLAUD-DUNIAN, " la durée du droit d'auteur ", *RIDA*, avr. 1998, p. 83.

<sup>807</sup> *Infra*, n°519 à 536.

traitement de données à l'heure actuelle. Mais au-delà de ce travail de construction, se pose toujours la question de la pertinence d'un tel modèle au regard des objectifs que nous souhaitons atteindre.

## **§2. Des objectifs des droits éloignés**

**510.** Même s'il apparaît que l'application d'un modèle de droit économique de l'auteur au droit sur les données de santé concoure à un objectif de création de valeur (A), il n'en demeure pas moins que l'effet incitatif du droit d'auteur se transpose difficilement aux données personnelles (B) du fait des différences des objets des droits (C).

### **A. Le droit d'auteur, modèle de création de valeur pour le droit sur les données personnelles de santé**

**511.** La question est ici de savoir si un régime modelé sur le droit d'auteur remplit les objectifs économiques que nous souhaitons atteindre c'est-à-dire la possibilité pour l'individu de valoriser et protéger la valeur de sa donnée, puis, s'il serait efficace économiquement.

*" Le droit - le droit de la propriété intellectuelle en général et le droit d'auteur en particulier - concourt à la " fabrication " de la valeur marchande ",<sup>808</sup> car " la protection rend le bien excluable " <sup>809</sup>. En effet, " permettre d'exclure les tiers de l'usage du bien ou de tel ou tel usage, autorise ainsi des transactions, ce qui conduit à définir des prix et donc bien à donner une valeur marchande au bien " <sup>810</sup>. L'exclusivité donne toute sa rareté à la chose, au bien et attire ainsi forcément les convoitises mêmes bien intentionnées. Ce qui est exclusif attire les tiers à cette exclusivité pour se l'approprier. L'application d'un régime de propriété intellectuelle crée cette rareté : " c'est une particularité des droits de propriété sur les brevets ( et droits d'auteur) qu'ils ne résultent pas de la rareté des objets qui*

---

<sup>808</sup> M. VIVANT & J. - M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Précis, Dalloz, 2ème éd., p. 11.

<sup>809</sup> F. BENHAMOU & J. FARCHY, *Droit d'auteur et Copyright*, La Découverte, 2ème éd. 2009, p. 15.

<sup>810</sup> M. VIVANT & J. - M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Précis, Dalloz, 2ème éd., p. 11.

sont appropriés. Ils ne sont pas une conséquence de la rareté. Ils sont une création délibérée de la loi et, alors qu'en général l'institution de la propriété privée contribue à la préservation de biens rares [...] afin de nous conduire à "tirer le meilleur d'eux", les droits de propriété sur les brevets (et droits d'auteur) rendent possible la création de raretés des produits appropriés qui autrement ne pourraient être maintenue "<sup>811</sup>.

**512.** Ainsi, E. Mackayy et S. Rousseau ont affirmé la chose suivante : " Chaque être humain manipule une foule d'informations concernant sa personne, ses proches, ses préférences, sa façon de vivre, son travail, les choses à acheter et à vendre. Ces informations sont continuellement mises à jour. La plupart d'entre elles sont sous le contrôle direct et exclusif de l'intéressé et ne présentent pas grand intérêt pour d'autres que lui. Ces informations ne soulèvent aucun problème de rareté, qui pourrait faire voir l'intérêt de formuler des droits de propriété ou d'autres institutions juridiques pour la gérer "<sup>812</sup>. Les faits démontrent en partie l'inverse. Les données personnelles existent en quantité considérable, mais elles sont rares, car uniques pour chaque personne et présentent un intérêt notamment économique pour les collecteurs. Reconnaître un droit exclusif patrimonial sur les données de santé pourrait aussi créer ce même type d'intérêt pour les personnes, car accepter l'exploitation de leurs données pourrait leur rapporter un revenu. Effectivement, " l'auteur dispose de prérogatives s'apparentant au droit réel de propriété. Ce droit il peut le transférer à autrui par une cession, il peut aussi le démembler en constituant un usufruit conventionnel ou testamentaire, ou encore se contenter de permettre à un tiers de jouir momentanément de l'œuvre [...] tout comme le droit de propriété classique les formules sont nombreuses et rarement épuisées par les praticiens "<sup>813</sup>. L'auteur peut tirer des revenus de l'exploitation de son bien tout comme le patient pourrait le faire avec l'exploitation de ses données personnelles.

L'arrivée d'un droit d'exploitation, d'un droit patrimonial sur les données permettrait d'accroître la valeur de celles-ci, notamment pour les personnes et par

---

<sup>811</sup> A. PLANT, *The economic aspects of copyright in books*, Economica, 1934, vol. 1, p. 167.

<sup>812</sup> E. MACKAYY & S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, coll. Méthode du droit, Dalloz, éd. Thémis, 2008, 2ème éd., p. 266.

<sup>813</sup> P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, coll. Droit fondamental, PUF, 2015, 9ème éd., p. 263.

répercussions pour les collecteurs. Cela ajouterait une dimension économique au droit des données où aujourd'hui le seul système de valeur reconnu juridiquement est justement "apatrimonial", basé uniquement sur la personne humaine. Il s'agirait donc d'instaurer un rééquilibrage entre ces dimensions où l'économique n'existe dans les faits que pour les collecteurs, au détriments de personnes et patients.

## **B. Le droit d'auteur, modèle incitatif difficilement transposable aux données personnelles de santé**

**513.** La propriété intellectuelle a donc un effet de protection des intérêts économiques et pourrait ainsi assurer le rééquilibrage entre collecteur et patient sur ce point, mais elle peut aussi avoir un effet incitatif. En matière de propriété intellectuelle, la question est de savoir comment stimuler la création artistique et l'innovation. La protection et donc la réservation des usages de ces choses est un moyen particulièrement efficace : *" au cours de l'histoire tout un éventail d'institutions a été déployé en vue de stimuler la création : [...] et la propriété intellectuelle. On peut y ajouter le secret et la confidentialité, qui permettent au titulaire d'utiliser une information en exclusivité et éventuellement de le partager de manière sélective , par voie de contrat "*<sup>814</sup>. La réflexion sur le secret et la confidentialité n'est d'ailleurs pas inintéressante et emprunte beaucoup à la législation actuelle sur les données personnelles. Car finalement, c'est la confidentialité des données qui est recherchée et le traitement de ces données donne lieu à un contrat pour partager ces mêmes données. Mais dans ce cas, pourquoi aller chercher un modèle propriétaire pour assurer cette stimulation créatrice d'œuvre ou en l'occurrence de données ? C'est peut-être parce qu' *" en dépit des imperfections du système [...], toute autre forme de protection [que la propriété intellectuelle] fonctionne encore moins bien "*<sup>815</sup>. En incitant à la diffusion de la création ou de l'information par l'octroi d'un monopole d'exploitation et donc d'une potentielle source de revenu, cela évite, qu' *" en ne partageant pas l'information, le créateur se prive cependant de revenus que*

---

<sup>814</sup> E. MACKAY & S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, coll. Méthode du droit, Dalloz, éd. Thémis, 2008, 2ème éd., p. 269.

<sup>815</sup> J. MOKYR, *The Lever of Riches: Technological Creativity and Economic Progress*, 1990, 250.

*l'usage aurait pur lui rapporter et prive la société des avances réalisées par d'autres à partir de son invention* <sup>816</sup>. La propriété intellectuelle permet la constitution d'une " chaîne de création " dans la mesure où chacun des créateurs peut capitaliser sur les créations antérieures. Or, ces créations antérieures n'ont pu être portées à leur connaissance que parce que leur créateur n'a pas eu peur de les diffuser, qu'il savait que le potentiel économique de leur création leur était réservé : *" la propriété intellectuelle emprunte à la propriété classique l'effet incitatif et l'exclusivité nécessaire pour le fonctionnement effectif de ce droit* <sup>817</sup>. Cependant, tout est une histoire d'équilibre, car *" dans le domaine de la propriété intellectuelle, il convient de se demander dans quelle mesure la protection ainsi accrue risque d'augmenter les coûts de création à venir et, partant, d'en retarder ou d'en restreindre l'utilisation "* <sup>818</sup>. Ce raisonnement est valable aussi pour les données personnelles de santé, car aujourd'hui il n'y a pas de rétribution directe des patients pour l'exploitation de leurs données. Or, la mise en place d'un tel mécanisme engendrerait automatiquement des coûts de production supérieurs à ceux existants aujourd'hui. Les collecteurs devraient rétribuer, payer une collecte, un traitement de données qui aujourd'hui se fait sans rémunération des personnes et des patients. Les conséquences pourraient être un désintéressement des collecteurs pour les données et ainsi la mise à mal d'un secteur entier de l'économie avec tous les risques que cela comporte (perte de richesse, de croissance, d'emplois ...). *" L'exclusivité nécessaire pour rémunérer la création réalisée [ ou la donnée ] doit trouver sa limite dans la nécessité de garder la porte ouverte à la créativité à venir* <sup>819</sup> et, *" dans une économie qui connaît déjà la propriété intellectuelle, le renforcement de ces droits finira par nuire à l'innovation du fait qu'ils interféreront avec l'innovation de filiation* <sup>820</sup>, c'est à dire l'innovation consécutive, engendrée par une première. Cependant, une rétribution des patients injecte aussi un certain nombre de richesses dans l'économie en procurant un revenu supplémentaire au consommateur -patient.

---

<sup>816</sup> E. MACKAYY & S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, coll. Méthode du droit, Dalloz, éd. Thémis, 2008, 2ème éd., p. 270.

<sup>817</sup> E. MACKAYY & S. ROUSSEAU, *Ibid.*, p. 272.

<sup>818</sup> E. MACKAYY & S. ROUSSEAU, *Ibid.*, p. 273.

<sup>819</sup> E. MACKAYY & S. ROUSSEAU, *Ibid.*, p. 276.

<sup>820</sup> E. MACKAYY & S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, coll. Méthode du droit, Dalloz, éd. Thémis, 2008, 2ème éd., p. 320.

**514.** On ne peut toutefois nier le fait que le volume de revenu supplémentaire généré pour un individu serait très faible et finalement peu attractif pour les personnes ou en tout cas attractif seulement pour celles trop pauvres pour refuser ce revenu. On pourrait ainsi voir apparaître un certain nombre de nouveaux acteurs de l'économie, intermédiaires, mandataires de données afin d'avoir du poids auprès des collecteurs et négocier au mieux. Mais cette situation pourrait aboutir à des situations quasi monopolistiques pour ces mandataires voire même pour certains collecteurs et, " *l'effet monopolistique de droits intellectuels trop larges serait : une production rétrécie, le blocage résultant de la difficulté d'accès pour les créateurs de filiation, les pertes résultant de la recherche de rentes, les coûts administratifs résultant des poursuites extrêmement coûteuses; la duplication inutile de recherches en vue d'être le premier à demander le brevet* " <sup>821</sup>. Ainsi, " *si les droits intellectuels créés par la législation comportaient un effet monopolistique trop fort, ils pourraient détourner la créativité de ce qui est le plus désiré par les consommateurs vers des formes qui conviennent mieux à l'industrie, sans pour autant qu'il soit facile de jauger la créativité empêchée ainsi d'apparaître* " <sup>822</sup>.

**515.** L'apparition d'un droit patrimonial sur les données paraît donc plus bloquant qu'efficace économiquement. Ces achoppements avec le modèle du droit économique de l'auteur peuvent s'expliquer du fait de la différence de nature entre l'oeuvre et la donnée.

### **C. Données et œuvres, des biens immatériels différents**

**516.** Le parallélisme avec le droit d'auteur devient complexe du fait de la différence de nature entre les objets dont il est question. L'oeuvre est le fruit d'un travail créateur, travail qui mérite protection et rémunération. La donnée personnelle n'est rien d'autre que le fruit de la personne elle-même qui de fait mérite une protection, mais pas forcément une rémunération. Pourtant, " *Tous les droits de propriété intellectuelle protègent des formes particulières d'information*

---

<sup>821</sup> E. MACKAY & S. ROUSSEAU, *Ibid.*, p. 275.

<sup>822</sup> E. MACKAY & S. ROUSSEAU, *Ibid.*, p. 274.

"<sup>823</sup> et la donnée personnelle en est une; et, " *les droits de propriété intellectuelle sont des institutions exceptionnelles : ils ne naissent que dans les cas spécifiquement reconnus, la libre circulation de l'information étant le régime* "<sup>824</sup>. Cette libre circulation de l'information est un des grands principes de l'économie, car elle assure un fonctionnement sain du marché : " *Le droit adopte à l'égard des informations communicables le principe général de la libre circulation, sous réserve d'exceptions spécifiques. Si toute décision prise dans le marché présuppose que le décideur ait à sa disposition une foule d'informations, la libre circulation de l'information est de nature à faciliter le fonctionnement du marché. Ce principe s'accompagne d'un deuxième, portant que la mise en circulation de fausses informations doit être découragée.* "<sup>825</sup> Deux axiomes gouvernent donc l'information : liberté et fiabilité. L'entrée du critère de la fiabilité amène de fait à se poser une question impactante en matière de droit des patients : seule l'exploitation d'une donnée fiable est efficace économiquement, dans ce cadre, un patient peut-il être obligé à transmettre sa "vraie" donnée ?

**517.** La question se pose nécessairement lorsqu'on envisage la patrimonialisation de l'exploitation d'une donnée personnelle de santé. En effet, le patient a aujourd'hui la possibilité de mentir à son médecin par exemple lors d'une consultation et ainsi engendrer la création d'une donnée fautive et le médecin pourrait aussi commettre un erreur de saisie de la donnée. Si le patient en vient à être rémunéré pour ses données, cela pourrait impliquer qu'une donnée fautive ne puisse l'être car la vente de cette donnée serait ainsi biaisée. Par la suite, cela ouvrirait droit à des recours de la part des collecteurs pour se faire indemniser ou du moins rembourser. Aujourd'hui, même si la quête du plus grand nombre de données reste une quête du plus grand nombre de données fiables, les collecteurs acceptent le risque lors de la valorisation économique des données qu'un certain nombre soit erroné, car elles sont noyées dans une masse. Le développement des objets et capteurs connectés en santé fait partie de cette logique de fiabilisation de la donnée pour éviter toute possibilité de "fraude" , de mensonge du patient concernant ses différentes variables et son mode de vie. Si le collecteur était

---

<sup>823</sup> E. MACKAYY & S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, coll. Méthode du droit, Dalloz, éd. Thémis, 2008, 2ème éd., p. 266.

<sup>824</sup> E. MACKAYY & S. ROUSSEAU, *Ibid.*, p. 277.

<sup>825</sup> E. MACKAYY & S. ROUSSEAU, *Ibid.*, p. 266.

amené à payer pour posséder des possibilités d'exploitation de la donnée, il pourrait être dans son droit d'exiger sa fiabilité, sa véracité. Dans ce contexte, le patient perdrait en qualité juridique des droits qui lui sont attribués. De plus, la fiabilisation de la donnée implique l'identification certaine du patient qui en est dépositaire. Or, cette possibilité est soumise à l'exigence d'un statut qui n'existe pas ou peu aujourd'hui : l'identité numérique<sup>826</sup> au sens de l'état civil, une identité qui aurait la même valeur qu'une carte d'identité ou passeport. La France a pour l'instant fait le choix d'identités, ou plutôt d'identifiants, sectorisés. Ainsi, en santé, l'INS-C puis INS-A<sup>827</sup> ont été les premières tentatives avant que le NIR ou numéro INSEE soit libéré au sein du secteur de la santé<sup>828</sup>. Mais force est de constater qu'aucun de ces identifiants n'est aujourd'hui déployé. Les conditions ne sont donc même pas réunies aujourd'hui pour avant même de fiabiliser la donnée, pour fiabiliser l'identité du patient à laquelle cette donnée serait rattachée. La valorisation des données par les patients implique donc à la fois un pré requis d'identité numérique qui n'est, à ce jour, pas remplie, et, d'accepter de s'obliger à respecter l'exactitude des données pour lesquelles ils transmettraient leurs droits d'exploitation.

**518.** En conclusion et au travers de l'analyse de tous ces éléments, on s'aperçoit que, la propriété intellectuelle est dans l'absolu efficace économiquement sous réserve de respecter un certain équilibre; mais que cependant, cette propriété a été bâtie dans l'idée de récompenser un travail créateur qui n'existe pas pour les données personnelles de santé des patients. Or, parce que ce travail n'existe pas, l'analogie avec ce droit devient de plus difficile à tenir notamment eu égard aux effets induits. Le patient ne pourrait plus se permettre de mentir sur les données

---

<sup>826</sup> Voir par exemple le dispositif FranceConnect qui met en place une identité numérique utilisée dans le cadre des téléservices de l'Administration : Arrêté du 24 juillet 2015 portant création d'un traitement de données à caractère personnel par la direction interministérielle des systèmes d'information et de communication d'un téléservice dénommé « FranceConnect » ; CNIL, Délibération n° 2015-254 du 16 juillet 2015 portant avis sur un projet d'arrêté portant création d'un traitement de données à caractère personnel par la direction interministérielle des systèmes d'information et de communication d'un téléservice dénommé « FranceConnect ».

<sup>827</sup> Voir ancien article L. 1111-8-1 du Code de la Santé Publique et Délibération CNIL n°2010-449 du 2 décembre 2010 portant autorisation des traitements de données personnelles mis en œuvre par les professionnels et établissements de santé nécessaires à la première phase de déploiement généralisé du dossier médical personnel.

<sup>828</sup> Nouvel article L. 1111-8-1 : " Le numéro d'inscription au répertoire national d'identification des personnes physiques est utilisé comme identifiant de santé des personnes pour leur prise en charge à des fins sanitaires et médico-sociales, dans les conditions prévues à l'article L. 1110-4 [...] " issu de Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.

qu'il transmet et la rémunération qu'il en retirerait serait très faible. Face à cela, les collecteurs seraient désormais obligés de payer pour utiliser les données ce qui n'est pas le cas à l'heure actuelle. Ces différents paramètres pourraient ainsi aboutir à une raréfaction des traitements de données de santé à caractère personnelle et ainsi nuire à un secteur entier de l'économie pourtant florissant. Or on sait que " *l'économie fonctionne d'autant mieux que l'information circule facilement* " <sup>829</sup> . Toutefois, ce système aurait le mérite de rééquilibrer économiquement les intérêts en présence.

## SECTION 2 : LE DROIT MORAL, OUTIL DE RATTACHEMENT AU PATIENT

**519.** L'un des intérêts majeurs du droit d'auteur réside dans son dualisme. Ce droit permet de patrimonialiser et donc de valoriser économiquement l'œuvre et de fait de la donnée si on l'adopte comme modèle, comme nous l'avons vu en section 1, mais il permet aussi d'assurer un lien de nature très différent entre la personne et la chose.

Cet autre lien de nature particulière s'incarne dans ce que l'on appelle le droit moral. Ce droit permet à l'auteur de garder un certain nombre de pouvoirs sur son œuvre où qu'elle soit, quelles que soient les mains dans lesquelles elle se trouve, et ce même si les droits d'exploitation de l'œuvre ont été transférés.

**520.** C'est un des immenses avantages du modèle de la propriété littéraire et artistique par rapport au droit de propriété "classique" et qui permet de prendre en compte une dimension personnelle aux côtés de la dimension patrimoniale et ainsi de maintenir un lien personnel entre la donnée et le patient (§1). Ce droit moral toutefois être adaptée aux spécificités du numérique et nous verrons, qu'un bon nombre des composantes de cet éventuel droit moral sur les données personnelles de santé existe déjà (§2).

---

<sup>829</sup> E. MACKAYY & S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, coll. Méthode du droit, Dalloz, éd. Thémis, 2008, 2ème éd., p. 321.

## §1. Le maintien d'un lien personnel avec le patient

521. Le droit moral présente de nombreux atouts en matière de données de santé personnelles : il garantit la protection des intérêts des patients (A) et ses caractères en font un outil juridique particulièrement pertinent dans ce contexte (B) mais au détriment des collecteurs (C).

### A. Un droit de protection des intérêts des patients

522. Le droit moral peut se définir comme le " *lien juridiquement protégé, unissant le créateur à son œuvre et lui conférant des prérogatives souveraines à l'égard des usagers, l'œuvre fut-elle entrée dans le circuit économique* " <sup>830</sup>. En d'autres termes, le droit moral n'est " *pas une propriété pécuniaire, mais un lien spirituel* " <sup>831</sup>.

523. La question de la nature de ce droit existant aux côtés du monopole d'exploitation de l'auteur est vivement discutée. En effet, ce lien si particulier qui unit l'auteur à son œuvre traduit ici dans un droit moral composé d'un certain nombre de prérogatives attire inévitablement la réflexion sur le terrain des droits de la personnalité. Ainsi, des auteurs l'ont intégré dans la catégorie des droits de la personnalité <sup>832</sup> en se basant sur " *le constat que, dans l'approche traditionnelle au moins, l'œuvre de l'esprit est avant tout l'émanation d'une personnalité* " <sup>833</sup>. Les différences avec les droits de la personnalité sont pourtant nombreuses et " *La circonstance que l'œuvre porte l'empreinte de la personnalité de son auteur ne saurait néanmoins suffire à justifier l'inclusion du droit moral dans la catégorie des droits de la personnalité* " <sup>834</sup> pour d'autres auteurs. Ces derniers pointent du doigt le fait que " *Le droit moral n'existe, en effet, qu'à travers une œuvre de*

---

<sup>830</sup> P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, coll. Droit fondamental, PUF, 2015, 9ème éd., p. 199.

<sup>831</sup> P.-Y. GAUTIER, *Ibid*, p. 208.

<sup>832</sup> Sur l'analogie inverse, voir par exemple à propos du droit à l'image : J.-M. BRUGUIERE, " L'image, entre droit civil et droit d'auteur ", *D.*, 2008, p. 2985; G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Les personnes*, n°316; J. STOUFFLET, " Le droit de la personne sur son image ", *JCP G*, 1957, I, 1374, spéc. n°25; A. LEPAGE, *Rép. civ.*, Dalloz, Droits de la personnalité, 2009, n°141

<sup>833</sup> A. LUCAS-SCHLOETTER, Fasc. 1210 : DROITS DES AUTEURS . - Droit moral. Théorie générale du droit moral, Jurisclasseur, 2014.

<sup>834</sup> *Idem*.

*l'esprit* <sup>835</sup> et est lié à l'œuvre et au travail créateur plus qu'à la simple qualité d'être humain. Une autre différence est le caractère perpétuel du droit moral alors que le droit de la personnalité s'éteint avec le décès de la personne<sup>836</sup>. Ces différents éléments ont donc convaincu des auteurs que " *Cette spécificité du droit moral par rapport aux droits de la personnalité s'oppose finalement à un véritable rattachement du premier aux seconds : le droit moral est d'abord et avant tout un droit d'auteur, au même titre que le monopole d'exploitation* "<sup>837</sup>.

Alors, il est vrai qu'" *il ne peut être déduit une identité de nature pour la seule bonne raison que l'image n'est pas une œuvre qui suppose une intervention humaine originale* "<sup>838</sup>. Mais comme nous l'avons déjà dit à plusieurs reprises, la réflexion se porte sur un modèle et non sur un droit strictement identique. Or, si l'on reprend la définition du droit moral, on remarque qu'elle répond à l'une des principales objections que nous avons à l'égard du droit de propriété classique : le fait que le patient par un acte de transmission de propriété ne puisse plus avoir de droits sur sa donnée. La définition du droit moral montre qu'il est possible d'imaginer et que cela existe en droit positif un système juridique propriétaire qui permet à la personne, malgré une entrée dans le circuit économique de son bien, de disposer de prérogatives transcendant tous les autres droits qui peuvent peser sur le bien. Le concept même de ce droit, s'il était appliqué au côté d'un droit patrimonial sur les données personnelles permet ainsi de contrer les objections à l'application d'un droit de propriété. Pour les créations intellectuelles, le droit a été capable de construire une dualité juridique pour s'adapter à deux objectifs d'apparence antinomique, mais qui finalement a su assurer un équilibre entre le lien intime qui unit l'œuvre à son auteur et la nécessité pour lui d'exploiter économiquement sa création. Cette problématique est semblable à celle sur les données personnelles de santé où les patients ne bénéficient pas aujourd'hui d'un retour économique de la part des collecteurs du fait des traitements sur leurs données. Et, pourtant, un droit de propriété ne doit pas annihiler les prérogatives fondamentales qu'un patient doit pouvoir utiliser sur ses données.

---

<sup>835</sup> *Idem.*

<sup>836</sup> *Infra*, n°345 à 350

<sup>837</sup> A. LUCAS-SCHLOETTER, Fasc. 1210 : DROITS DES AUTEURS . - Droit moral. Théorie générale du droit moral, Jurisclasseur, 2014.

<sup>838</sup> J. - C. SAINT-PAU (ss. dir. de), *Droits de la Personnalité*, Traités, LEXIS NEXIS, 2013, p. 720.

## B. Un droit aux caractéristiques pertinentes pour les patients

524. Les caractères du droit moral de l'auteur démontrent tout l'intérêt que pourrait avoir un droit de ce type pour les patients. Le caractère premier du droit moral et don découle tous les autres, est son extrapatrimonialité. Tout d'abord, le droit d'auteur est un droit inaliénable. Ainsi, les cessions<sup>839</sup> tout comme les renonciations<sup>840</sup> sont interdites, car "*l'auteur ne peut renoncer à la défense de sa personnalité, sous peine de commettre un "suicide moral "*"<sup>841</sup>. Ainsi au même titre que les droits de la personnalité et notamment les droits sur les données personnelles de santé, un droit calqué sur le droit moral revêtirait ce même caractère et donc assurerait un rempart contre la volonté de disposer de ce droit et de le "patrimonialiser " : [l'inaliénabilité] *est la garantie pour l'auteur de pouvoir lutter à armes égales avec son cocontractant et le prémunit de la tentation d'accepter, contre espèces sonnantes et trébuchantes, de renoncer à conserver un droit de regard sur l'exploitation qui sera faite de son œuvre*"<sup>842</sup>. Car en effet, le droit moral présente, par voie de conséquence, la caractéristique d'être insaisissable. Il est aussi imprescriptible, c'est-à-dire qu'il "*ne s'acquiert ni ne se perd par l'écoulement du temps*"<sup>843</sup>. Ces éléments ramènent le droit d'auteur sur un schéma proche, voire identique aux droits des patients sur leurs données de santé.

525. Ensuite, à l'inverse, deux caractéristiques affirmées par l'article 121-1 du Code de la Propriété intellectuelle l'en éloignent : "*[...]Il [le droit moral] est perpétuel, inaliénable et imprescriptible. Il est transmissible à cause de mort aux héritiers de l'auteur "*. Ainsi, la perpétuité "*est fondée sur le fait que l'œuvre survit elle-même à son auteur, tout en restant marquée de l'empreinte de sa personnalité . Elle implique bien entendu la possibilité d'une transmission à cause de mort*"<sup>844</sup>. Le caractère perpétuel reste cependant essentiellement symbolique et

---

<sup>839</sup> Cass. crim. 22 sept. 2009, n°09-81014, P. SIRINELLI, *RIDA*, 3/2010; p. 365; C. CARON, *Comm. com. électr.*, 2010, 13.

<sup>840</sup> Cass. 1ère civ. , 13 juin 2006, C. CARON, *RIDA*, 3/2006, p. 339; A. VALETTE, *RLDI*, 2006/19, 572.

<sup>841</sup> H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3ème éd., 1978, n° 382.

<sup>842</sup> A. LUCAS-SCHLOETTER, Fasc. 1210 : DROITS DES AUTEURS . - Droit moral. Théorie générale du droit moral, Jurisclasseur, 2014.

<sup>843</sup> *Idem*

<sup>844</sup> A. LUCAS & H. - J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Traité, Lexis Nexis, 4ème éd., 2012, p. 501.

peu de jurisprudences sont à citer à ce sujet<sup>845</sup>. La transmissibilité est beaucoup plus intéressante. En effet, nous avons vu que cette dimension manquait<sup>846</sup> aux droits de la personnalité et notamment pour les droits sur les données personnelles. La transmission du droit moral obéit à des règles de succession particulières, car elle est "*mise au service des oeuvres*"<sup>847</sup>. En effet, l'un des droits moraux de l'auteur, le droit de divulgation, obéit à des règles qui lui sont propres et très détaillées dans l'article L. 121-2 du Code de la Propriété Intellectuelle : "[...]Après sa mort, le droit de divulgation de ses oeuvres posthumes est exercé leur vie durant par le ou les exécuteurs testamentaires désignés par l'auteur. À leur défaut, ou après leur décès, et sauf volonté contraire de l'auteur, ce droit est exercé dans l'ordre suivant : par les descendants, par le conjoint contre lequel n'existe pas un jugement passé en force de chose jugée de séparation de corps ou qui n'a pas contracté un nouveau mariage, par les héritiers autres que les descendants qui recueillent tout ou partie de la succession et par les légataires universels ou donataires de l'universalité des biens à venir". Le législateur a souhaité "*respecter le plus fidèlement possible les intentions de l'auteur disparu*". [II] a considéré en effet que l'ordre de dévolution du Code civil n'offrait pas à cet égard toutes les garanties souhaitables, celui qui est désigné pour recueillir le patrimoine n'étant pas nécessairement le mieux placé pour prendre parti sur la décision capitale que représente la divulgation d'une oeuvre posthume. Ainsi s'explique la place éminente faite à l'exécuteur testamentaire, ou le fait que les descendants et le conjoint survivant restent investis de la mission alors même qu'ils auraient répudié la succession"<sup>848</sup>. Les autres droits moraux de l'auteur sont, malgré des appels de la doctrine en sens contraire<sup>849</sup>, sont transmis "classiquement"<sup>850</sup> aux héritiers et aussi faire l'objet d'un testament désignant un bénéficiaire. Ce caractère est absent des droits de la personnalité qui s'éteignent

---

<sup>845</sup> Cass.crim. 22 mai 2002: *Comm. com. électr.*, 2002, comm. 150, 2ème arrêt, note C. CARON; CA Paris, 4ème ch., 31 mars 2004, Cosette : *RIDA*, 4/2004, p. 292, F. POLLAUD-DULIAN; *D.*, 2004, p. 2028, note B. EDELMAN; *Comm. com. électr.*, 2004, 5, note C. CARON; *Propr. intell.*, 2004, p. 768, obs. LUCAS; Cassé par Cass. 1ère civ., 30 janv. 2007 : *RIDA*, 2/2007, p. 249; *Comm. com. électr.*, 2007, comm. 34, C. CARON; *JCP G*, 2007, II, 10025, C. CARON, *Propr. intell.*, 2007, p. 207, A. LUCAS.

<sup>846</sup> *Infra*, n°351 à 358

<sup>847</sup> H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3ème éd., 1978, n°466.

<sup>848</sup> A. LUCAS & H. - J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Traité, Lexis Nexis, 4ème éd., 2012, p. 531.

<sup>849</sup> H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3ème éd., 1978, n°467.

<sup>850</sup> Cass. 1ère civ., 11 janv. 1989, Urillo : *JCP G*, 1989, II, 21378, 1ère esp., note A. LUCAS; *D.*, 1989, 308, 1ère esp., note B. EDELMAN.

avec le décès de la personne. Or, un modèle de droit permettant la transmission d'un droit moral sur les données personnelles, assurerait ainsi aux bénéficiaires *post mortem* la possibilité d'exercer ce droit et ainsi préserver la personne.

**526.** Le modèle du droit moral de l'auteur présente donc de nombreux intérêts en matière de droits sur les données personnelles de santé, car il préserve la qualité juridique des droits de la personnalité et l'étend même au-delà de la mort du titulaire. Pourtant, se pose aussi la question de l'intérêt pour les collecteurs.

### **C. Un droit en défaveur des collecteurs**

**527.** En effet, l'existence de droits de type "moraux " sur les données personnelles de santé aux côtés de droits patrimoniaux sur celles-ci, engendre inévitablement un risque pour les collecteurs dans leur exploitation économique. Si des droits du type droit de retrait d'une donnée sont dévolus au patient, celui-ci pourra de manière arbitraire décider de retirer sa donnée alors même que le collecteur l'a rémunéré pour l'exploiter. L'existence de droits moraux trop élargis et non contrôlés pourrait ainsi faire courir un trop grand risque aux collecteurs et le levier économique que pourrait représenter l'exploitation des données personnelles s'en trouverait considérablement affaibli. Le contrat, outil de cette valorisation économique, est un bon indicateur de la spécificité nécessaire à la prise ne compte de l'existence d'un droit moral. Il a ainsi pu être dit en matière de droit d'auteur : "*les conventions qui portent sur des oeuvres de l'esprit sortent des catégories normales du droit et diffèrent des conventions ordinaires, à cause de l'influence qu'exerce sur elles le droit moral de l'auteur*"<sup>851</sup>. Il est vrai que cette instabilité est déjà existante. Les patients ont aujourd'hui des droits qui permettent de soustraire leurs données aux collecteurs, de la même manière que le ferait un droit moral. Mais de nos jours, cette collecte n'est pas directement rémunérée. A situation égale, les collecteurs se retrouvent perdants économiquement. Un droit dual sur les données, apparaît donc contre-productif et inefficace économiquement pour les collecteurs.

---

<sup>851</sup> Trib. civ. Seine, 10 juill. 1946, *D.*, 1947.98, note H. DESBOIS, *JCP*, 1947, II 3405; obs. G. PLAISANT.

**528.** Un éventuel droit moral du patient sur ses données de santé devra toutefois s'adapter aux caractéristiques particulières de l'objet.

## **§2. La spécificité des données dans la définition d'un droit moral**

**529.** Dans son contenu, la transposition du droit moral de l'auteur au droit du patient sur ses données de santé s'avère difficile (A) et il est donc nécessaire de construire un droit moral sur ces données, semblable au droit déjà existant (B).

### **A. La difficile transposition du droit moral de l'auteur aux données personnelles de santé**

**530.** Le modèle d'un droit reposant sur l'existence d'un droit moral aux côtés d'un droit patrimonial présente un intérêt certain en matière de données personnelles. Cependant, il faut assurer l'équilibre entre les prérogatives immuables du droit moral et les droits des titulaires des modes d'exploitation de la donnée, tout en prenant en compte la particularité de l'objet qu'est la donnée.

**531.** Ainsi, le droit moral de l'auteur est décliné en quatre branches. Tout d'abord le droit de divulgation défini à l'article 121-2 du Code de la Propriété Intellectuelle : "*L'auteur a seul le droit de divulguer son oeuvre. Sous réserve des dispositions de l'article L. 132-24, il détermine le procédé de divulgation et fixe les conditions de celle-ci [...]*"<sup>852</sup>. En d'autres termes, il s'agit de la "*mise en contact de l'oeuvre avec le public, décidée par l'auteur "seul" et selon le "procédé" et les "conditions" qu'il aura choisis*"<sup>853</sup>. Puis, on trouve le droit à la paternité<sup>854</sup>

---

<sup>852</sup> P. Y. GAUTIER, " la «solution Goncourt»: les fondations indirectes en droit d'auteur " *D.*, 1991. Chron. 145; C. JOUBERT, " le droit moral sur les oeuvres posthumes " , *RIDA*, janv. 1961, p. 69; O. LALIGANT, *La divulgation des oeuvres artistiques, littéraires et musicales en droit positif français*, LGDJ 1983; T. LANCRENON, " épitomé d'une controverse sur le droit de divulgation de l'auteur " , *RIDA*, oct. 2009, p. 3; A. LUCAS-SCHLOETTER, droit de divulgation, J.-Cl. PLA, fasc. 1211; S. STROMHOLM, " le refus de l'auteur de livrer une oeuvre de l'esprit cédée avant son achèvement " , *Hommages à Desbois*, Dalloz 1974, p. 73.

<sup>853</sup> P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, coll. Droit fondamental, PUF, 2015, 9ème éd., p. 201.

<sup>854</sup> G. BONET, *L'anonymat et le pseudonyme en matière de propriété littéraire et artistique*, thèse Paris, 1966; J. FAUCHERE, " les faux en matière de peinture et d'art " , *RIDA*, oct. 1975, p. 89; *RIDA*, janv. 1976, p. 3 ; P. FREMOND, " le droit au nom d'une oeuvre artistique " , *Cah. dr. auteur*, avr. 1988, p. 11 ; P. - Y. GAUTIER, " l'oeuvre écrite par autrui " , *RIDA*, janv. 1989, p. 93; B. GREGOIRE, *Droit au nom*, J.-Classeur PLA, fasc. 1214; J. RAYNARD, " le droit à la paternité de l'oeuvre de l'esprit " , *Cah. dr. entr.*, 1989, n° 2, p. 33.

suivi du droit au respect<sup>855</sup> de l'article 121-1 : " *L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre [...]* ". Le premier est la " *prérogative qu'a l'auteur de voir proclamée la filiation de l'œuvre à son égard* "<sup>856</sup> et le second recouvre le droit à l'" *intégrité physique et l' intégrité de l'esprit* "<sup>857</sup> de son œuvre. Enfin, l'auteur jouit d'un droit de repentir<sup>858</sup> tel que décrit à l'article 121-4 : " *Nonobstant la cession de son droit d'exploitation, l'auteur, même postérieurement à la publication de son œuvre, jouit d'un droit de repentir ou de retrait vis-à-vis du cessionnaire. [...]* " C'est-à-dire le " *cas où l'auteur se repent de regret à propos de la chose/œuvre et, alors qu'il l'a déjà introduite dans le circuit économique, l'en retire, pour des motifs présumés artistiques* " <sup>859</sup>. Ces droits portant spécifiquement sur l'auteur et son œuvre, ils sont donc difficilement transposables . Tout comme pour le droit d'exploitation<sup>860</sup>, la donnée n'est pas une œuvre, elle n'est pas le fruit d'un travail créatif. Difficile donc par exemple de regretter le traitement de sa donnée pour des motifs artistiques...

**532.** Par conséquent, se pose nécessairement la question du contour et du contenu de ces éventuels droits moraux en matière de données personnelles.

---

<sup>855</sup> T. DESURMONT, *L'incidence des droits d'auteur sur la propriété corporelle des œuvres d'art*, thèse Paris 2, 1974; B. EDELMAN, " entre copyright et droit d'auteur: l'intégrité de l'œuvre de l'esprit ", *D.*, 1990. 295 ; D. GIOCANTI, *Le droit au respect de l'œuvre en droit français*, thèse Paris 2, 1989; M. FABIANI, " le droit d'auteur à l'intégrité de son œuvre ", *RIDA*, janv. 1964, p. 79 ; A. FRANCON, " le droit au respect et les œuvres audiovisuelles", *Mélanges Chavanne*, Litec 1990, p. 233; A. FRANCON, " des limitations que les droits de la personnalité apportent à la création littéraire et artistique ", *RIDA*, avr. 1971, p. 149 ; P. SENECHAL, *Origine et évolution du droit au respect de l'œuvre en droit français*, thèse Paris 2, 1989

<sup>856</sup> P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, coll. Droit fondamental, PUF, 2015, 9<sup>ème</sup> éd., p. 203

<sup>857</sup> P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, coll. Droit fondamental, PUF, 2015, 9<sup>ème</sup> éd., p. 206

<sup>858</sup> A. IONASCO, " le droit de repentir de l'auteur ", *RIDA*, janv. 1975, p. 21; A. LUCAS, le droit de retrait et de repentir , J.-Cl. PLA, fasc. 1212; P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, thèse Paris II, 1985

<sup>859</sup> P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, coll. Droit fondamental, PUF, 2015, 9<sup>ème</sup> éd., p. 207

<sup>860</sup> *Supra*, n°516 à 518

## **B. La construction d'un droit moral spécifique aux données personnelles de santé guidé par le droit positif**

**533.** Le contenu d'un droit moral sur les données de santé pourrait s'articuler de la même manière qu'en droit positif 861, c'est à dire prévoir des droits garantissant l'inviolabilité des données (1) et leur intégrité (2).

### *1. La maîtrise de l'inviolabilité des données*

**534.** Les premières recouvrent le droit d'opposition et le droit à l'oubli, car " *dire que les données personnelles sont inviolables, signifie que nul ne peut s'en emparer sans l'accord de la personne intéressée* " <sup>862</sup>. Le droit d'opposition ne pourrait se retrouver dans un droit moral sur les données personnelles, car la prééminence du contrat dans un modèle basé sur le droit d'auteur permettrait d'assurer que le consentement et l'acceptation soient à la base de tout traitement de données et le patient pourrait donc toujours refuser un contrat sur le traitement de ses données. Le droit à l'oubli présente lui aussi un intérêt limité dans un système propriétaire gouverné par le contrat. En effet, il suffit simplement d'obliger à ce que les contrats contiennent la possibilité de résiliation de celui-ci impliquant de fait la suppression et l'arrêt de tout traitement de la donnée. À bien y regarder ce droit est proche du droit de repentir de l'auteur. Or, l'application de ce dernier est conditionnée. La suite de l'article 121-4 explicite les conditions selon lesquelles il peut être exercé : " *Il ne peut toutefois exercer ce droit qu'à charge d'indemniser préalablement le cessionnaire du préjudice que ce repentir ou ce retrait peut lui causer. Lorsque, postérieurement à l'exercice de son droit de repentir ou de retrait, l'auteur décide de faire publier son œuvre, il est tenu d'offrir par priorité ses droits d'exploitation au cessionnaire qu'il avait originairement choisi et aux conditions originairement déterminées* ". Même si " *l'auteur n'a pas à s'expliquer sur les motivations qui l'animent dans l'exercice de ses prérogatives extrapatrimoniales* ", il doit tout de même indemniser le cessionnaire. C'est ici le revers de la médaille d'un droit de type propriétaire par rapport aux droits de la personnalité. La valorisation économique des données telles qu'elle est pratiquée

---

<sup>861</sup> J. - C. SAINT-PAU (ss. dir. de), *Droits de la Personnalité*, Traités, LEXIS NEXIS, 2013, p. 582 et suiv.

<sup>862</sup> *Idem.*

aujourd'hui c'est-à-dire au détriment de la personne, permet tout de même à celle-ci de "retirer " ses données du traitement, et ce sans indemnisation et sans raisons. En cas de reconnaissance d'un droit dualiste sur les données de santé, l'exercice du droit à l'oubli, sans être impossible, serait difficile du fait d'une contrainte d'indemnisation pour le cocontractant du patient, exploitant de la donnée., à moins de prévoir un régime spécial. Mais ce régime permettant une non indemnisation, présenterait un risque d'exploitation majeur pour le collecteur.

## 2. La maîtrise de l'intégrité des données

**535.** Les secondes prérogatives existantes sur les données personnelles, celles de contrôle de l'intégrité des données, recouvrent le droit d'accès et le droit de rectification soit " *le pouvoir de contrôler la véracité de ses informations telles qu'utilisées par les tiers ainsi que les moyens et finalités d'utilisation* "<sup>863</sup>. À bien regarder ces droits, on remarque qu'au même titre que le droit d'opposition, la liberté contractuelle qui régit l'exploitation des choses sur lesquelles reposent des droits de propriété, permet de garantir au patient de choisir un transfert de ses droits sur ses données pour des finalités déterminées. À propos du contrôle de la véracité des données et donc du droit d'accès et de rectification, l'application d'un droit sur le modèle du droit d'auteur amènera à rendre inutile le droit d'accès, car chaque donnée est traitée suite à la signature d'un contrat. Mais afin d'assurer de la bonne exécution contractuelle du traitement des données, il pourrait être envisagé de créer un droit d'accès pour les patients ou d'obliger l'insertion de telles clauses dans les contrats. Le droit de rectification serait quant à lui beaucoup plus complexe à intégrer dans un éventuel droit moral sur les données. En cas de droit de propriété intellectuelle sur les données, nous l'avons déjà évoqué<sup>864</sup>, il deviendrait risqué économiquement et juridiquement pour les patients de transmettre des fausses données aux exploitants de celles-ci. La rémunération de cette exploitation impose la vérité. Il est vrai que l'erreur est toujours possible et donc cela reste nécessaire de prévoir un tel droit, mais son exercice s'avère risqué pour le patient contre lequel le collecteur pourrait avoir des soupçons de "fraude " sur la véracité de sa donnée.

---

<sup>863</sup> J. - C. SAINT-PAU (ss. dir. de), *Droits de la Personnalité*, Traités, LEXIS NEXIS, 2013, p. 598.

<sup>864</sup> *Supra*, n°517

**536.** Le contenu des droits moraux sur les données personnelles est amoindri par rapport aux droits existants sur les données personnelles de santé tels que prévue actuellement par la Loi Informatique et Libertés et le Code de la Santé Publique. Cela pourrait être en partie pallié par la liberté contractuelle qui régirait désormais le traitement des données personnelles de santé préservant ainsi le consentement des patients au traitement de leurs données et garantissant ainsi leur choix dans le type et les finalités d'exploitation de celles-ci. Toutefois, cette liberté économique a des impacts sur l'exercice des droits positifs sur les données personnelles de santé engendrant plus de devoirs que de droits pour les patients. Elle est de plus relativement utopique car se pose la question de savoir si le patient-contractant serait-il finalement assez libre au point de pouvoir exiger l'insertion d'un certain nombre de prérogatives dans un contrat avec un collecteur ? Nous verrons que la nécessité d'adopter une législation protectrice de la partie faible au contrat s'impose<sup>865</sup>.

---

<sup>865</sup> *Infra*, n°544 à 546.

## CONCLUSION CHAPITRE 1

**537.** Le modèle du droit d'auteur est inspirant au regard de la problématique que nous rencontrons et notamment concernant la question de la pertinence de l'application d'un droit de propriété sur les données de santé.

Plutôt que de se tourner vers la "stricte" propriété, d'autres droits de propriété peuvent être des modèles sur lesquels un nouveau droit sur les données de santé pourrait être construit. Les droits de propriété intellectuelle et plus particulièrement le droit d'auteur se prête intuitivement au rôle de muse, de modèle pour ce nouveau droit.

Le droit d'auteur présente surtout l'avantage d'être un droit dual. Autrement dit, ce droit permet la prise en compte d'une dimension morale, d'un lien intime entre le patient et sa donnée tout en permettant d'assurer une exploitation économique de celle-ci.

**538.** Le pan économique du droit d'auteur autorise de multiples modes d'exploitation et son contenu pourrait assez facilement se transposer pour les données personnelles de santé mais les objectifs poursuivis par ce droit en matière d'œuvre est bien différent de celui que l'on souhaite poursuivre en matière de droits économiques des patients. En effet, le droit d'auteur permet de rémunérer un travail créatif alors que nous cherchons à combler un déséquilibre économique par l'exploitation directe des données, objets non pas issus d'une activité mais de la simple qualité d'être patient dans un monde numérique.

**539.** Le pan moral du droit d'auteur permet de répondre aux principaux biais du droit de propriété "classique" présentés dans le titre précédent. Il assure le maintien d'un lien avec le patient qui serait perdu avec un droit de propriété classique. Il ne faut cependant pas perdre de vue que le contenu de ce droit mérite des adaptations au contexte des données et du numérique. Il est nécessaire, à tout le moins, que soit reprise une grande partie des droits déjà existants sur les données voire même que ces droits soient renforcés. Mais dans ce cas le balancier est implacable car la préservation de tels pouvoirs présente un risque économique conséquent pour les collecteurs.

**540.** Malgré ces défauts, il convient de s'attacher désormais à étudier les mécanismes juridiques d'échanges et notamment de contractualisation qui pourraient être à l'œuvre et ce toujours sur le modèle du droit d'auteur. Malgré des atouts incontestables, le modèle du droit d'auteur peine à s'imposer comme un droit adapté pour les données personnelles de santé. On ouvrira donc la porte à d'autres mécanismes de rééquilibrage économique et à une réflexion sur le modèle de régulation de ce marché de données.

## CHAPITRE 2

### LES MODELES D'ORGANISATION JURIDIQUE A REPENSER

**541.** Nous avons vu que les droits de propriété intellectuelle et plus particulièrement le droit d'auteur représentent un modèle pertinent dans sa structure dans le sens où il concilie des intérêts a priori divergents. Mais, au-delà de cette structure, l'exploitation de ces droits revêt aussi un certain nombre de spécificités. Il ne s'agit pas seulement de se satisfaire (en demi teinte) d'un droit dualiste sur les données de santé, il est aussi nécessaire de construire et d'imaginer, toujours sur le modèle du droit d'auteur, " la vie" de cet éventuel nouveau droit sur les données personnelles. Les règles de cette exploitation sont à définir et à évaluer dans leur efficacité (Section 1). Toutefois, nous avons déjà vu et nous verrons que le modèle du droit d'auteur, même s'il est bien plus séduisant et pertinent que le droit de propriété classique, marque un certain nombre d'insuffisances, notamment économiques. Or, une solution n'a pas encore été envisagée et elle pourrait avoir des bénéfices économiques et juridiques importants. Il s'agirait de "collectiviser" le rééquilibrage économique de la valorisation des données de santé et, ainsi, permettre une organisation juridique renouvelée (Section 2).

#### SECTION 1 : L'APPROCHE MICROJURIDIQUE DES REGLES D'UN MARCHE DES DONNEES, UNE ADAPTATION DU MODELE DU DROIT D'AUTEUR

**542.** L'application d'un droit sur les données de santé personnelles modelé sur le droit d'auteur aura pour impact premier la création d'un marché des données (à supposer qu'il n'existe pas déjà ...). Au regard de la spécificité de l'objet et comme cela a été établi pour le droit d'auteur, cela n'est pas synonyme d'absence de réglementation ou de régulation et encore moins d'absence de règles spéciales, spécifiques. Par approche microjuridique de ce marché, on entend aborder la règles amenés à régir les acteurs entre eux, soit leur relation contractuelle. Nous

étudierons donc dans un premier temps les règles d'exploitation du droit d'auteur confronté à ce que pourraient être celles sur les données personnelles de santé (§1). Puis, nous nous attarderons sur une spécificité du monde numérique, les clauses générales d'utilisation (§2).

## **§1. L'application classique des règles contractuelles du droit d'auteur**

**543.** Les principes régissant les contrats d'auteur sont de véritables principes directeurs, soucieux de protéger l'auteur, et qui pourrait être appliqués aux données personnelles de santé. Ainsi, l'auteur est envisagé comme la partie faible au contrat (A) et dont la volonté ne saurait être interprétée largement (B) notamment en interdisant la cession d'œuvres futures (C). Ces différentes garanties en font des règles particulièrement adaptées pour un droit de propriété sur les données personnelles à l'exception des règles d'encadrement du mode de rémunération de l'auteur qui semblent difficiles à transposer dans notre contexte (D).

### **A. La protection de la partie faible, principe cardinal du droit des contrats d'auteur**

**544.** La question qui se pose ici est de savoir quelles sont les règles juridiques qui gouvernent la mise en œuvre et l'exploitation de droits économiques des auteurs.

**545.** En dehors du droit de propriété, ces questions sont naturellement traitées et appréhendées par le droit des contrats ou le droit de la responsabilité, deux possibilités de s'assurer une réservation et une préservation de la valeur : " *en vérité, l'appréhension juridique de la création immatérielle renvoie, quand il n'y a pas de propriété en cause, au droit des contrats comme au droit de la responsabilité* "<sup>866</sup>. Le contrat issu de la volonté des sujets de droits, reste l'outil roi en matière d'immatériel : " [les contrats ] *sont le " soubassement premier " de la "réservation " de l'immatériel* "<sup>867</sup>. En effet, " *Il est bien rare que l'auteur*

---

<sup>866</sup> S. JOLY & M. VIVANT, " De la liberté à la propriété ", in *Les créations immatérielles et le droit*, Ecrim, Ellipses, 1997.

<sup>867</sup> M. VIVANT & J. - M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Précis, Dalloz, 2ème éd., p. 33.

*exploite seul son œuvre et exerce ses droits patrimoniaux sans conclure de contrat. C'est dire l'importance, pratique autant que théorique, des règles applicables aux contrats d'auteur* <sup>868</sup>. En cas de reconnaissance d'un droit de propriété intellectuelle sur les données personnelles, les enjeux de la définition des règles juridiques gouvernant son exploitation sont fondamentales. Pour rappel, le sujet de cette partie est d'évaluer la pertinence et donc la "praticité" d'un tel droit sur les données personnelles.

**546.** La particularité de l'objet en cause a "forcé" le législateur à prévoir un arsenal de règles juridiques particulières en matière d'exploitation du droit d'auteur. Ainsi, un titre du Code de la Propriété Intellectuelle est consacré à l'exploitation des droits<sup>869</sup>. Une préoccupation a guidé et irrigué toutes les règles d'exploitation du droit d'auteur, celle de protéger l'auteur, partie faible au contrat. *" L'auteur est en effet considéré comme la partie faible. Peu au fait des règles juridiques, dont l'accès et la compréhension sont souvent délicats, tant en raison de leur origine que de leurs teneurs et technicité, conçues et voulues pour protéger l'auteur et rééquilibrer à son avantage la relation contractuelle qui l'unit à l'exploitant de son œuvre. Ces règles spéciales n'évident pas le droit commun des contrats, loin s'en faut. Celui-ci reste applicable* <sup>870</sup>. L'exploitation du droit d'auteur est donc certes soumise à des règles spéciales, mais n'empêche en rien, quand la situation le demande, une application du droit général des contrats, car *" le monopole de l'auteur se démembré à volonté, notamment quant aux modes d'exploitation"* <sup>871</sup>. En conséquence, *" Ces contrats sont nombreux et divers. Certains sont réglementés par le Code de la propriété intellectuelle [...] D'autres sont le fruit de l'imagination et des besoins de la pratique : les droits patrimoniaux de l'auteur pouvant être démembrés indéfiniment, les contractants ont tout loisir de le faire."*<sup>872</sup>. Les contrats traitants de l'exploitation du droit d'auteur sont autant encadrés qu'imaginés. Pour exemple de règles spéciales, l'article 131-2 du Code de la Propriété Intellectuelle, exige le formalisme de l'écrit pour un certain nombre de contrats spécifiques : *" Les contrats de représentation,*

---

<sup>868</sup> A. MAFFRE-BAUGE, Droit d'auteur. Exploitation des droits. Dispositions Générales, Jcl Propriété Littéraire et Artistique, Fasc. 1310, 2010 (MAJ 2015).

<sup>869</sup> Première Partie, Livre Premier, Titre III.

<sup>870</sup> A. MAFFRE-BAUGE, *Ibid.*

<sup>871</sup> A. LUCAS, H.-J. LUCAS & A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec 4e éd. 2012; n° 567 et 568.

<sup>872</sup> A. MAFFRE-BAUGE, *Ibid.*

*d'édition et de production audiovisuelle définis au présent titre doivent être constatés par écrit. Il en est de même des autorisations gratuites d'exécution* <sup>873</sup>. Et, " *le formalisme instauré par les articles L. 131-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle déroge au principe du consensualisme, véritable pilier du droit commun des contrats, dans le but de protéger les auteurs dans leurs rapports avec leurs contractants, et notamment avec les éditeurs* " <sup>874</sup>. Le formalisme écrit est donc l'une des manières trouvées par le législateur pour protéger la partie faible au contrat. En matière de données personnelles de santé, le patient est lui aussi en position de faiblesse par rapport aux collecteurs et il apparaît donc normal que cette situation soit traitée par des règles spéciales des contrats d'exploitation des données personnelles de santé. Mais la règle de l'écrit n'est pas le seul exemple et pas forcément le plus probant.

## **B. Le droit retenu, principe contractuel en adéquation avec le principe de finalité de traitement**

**547.** Le droit d'auteur est souvent qualifié de "droit retenu " dans le sens où " *il permet de préserver les intérêts de l'auteur ou de ses ayants droit, si celui-ci n'a pas souhaité autoriser l'utilisation de son œuvre par un tiers* " <sup>875</sup>. En conséquence, l'article 131-3 du Code de la Propriété Intellectuelle exige que chaque mode d'exploitation, chaque droit cédé ainsi que le périmètre de leur exploitation soient explicitement cités dans le contrat <sup>876</sup> : " *La transmission des droits de l'auteur est*

---

<sup>873</sup> A la lecture de l'article 131-3, la doctrine en avait déduit que le formalisme écrit était exigé pour tous les type de contrat d'exploitation du droit d'auteur. Mais, un arrêt de la Cour de Cassation a semé le trouble en limitant l'exigence de forme écrite aux seuls contrats visés par l'article 131-3 : Cass. 1re civ., 21 nov. 2006, n° 05-19.294 : JurisData n° 2006-036062 ; D. 2007, p. 316, note P. ALLAEYS ; *Comm. com. électr.*, 2007, comm. 3, note C. CARON ; *Propr. intell.*, 2007, n° 22, p. 93, obs. A. LUCAS ; RIDA, janv. 2007, p. 265, note P. SIRINELLI ; *Propr. industr.*, 2007, comm. 33, note F. GREFFE ; JCP S, 2007, 1202, note L. DRAI ; PIBD, 2007, n° 846, III, p. 123 ; B. et J. JACOB, " (R)évolution discrète pour les cessions de droit d'auteur ", RLDI, avr. 2007, n° 837 ; G. VERCKEN, " Le formalisme dans les contrats d'auteur : un point après la décision de la Cour de cassation du 21 novembre 2006 ", RIDA, janv. 2009, p. 5.

<sup>874</sup> CA Paris, pôle 5, 1re ch., 10 févr. 2010, n° 08/02748 : *Propr. intell.*, 2010, n° 35, p. 717, note A. LUCAS.

<sup>875</sup> A. ROBIN, Droit des auteurs. Droits Patrimoniaux. Généralités. Droit d'exploitation. Présentation. , Fasc. 1240, Jcl, Propriété Littéraire et Artistique, 2014.

<sup>876</sup> Voir par exemple : A propos d'une clause cédant tous les droits d'exploitation notamment les droits de reproduction et de représentation sans limitation de temps, d'espace de moyen, ou de forme : CA Paris, pôle 5, 1re ch., 24 juin 2009, n° 08/04965 : JurisData n° 2009-010613 ; *Comm. com. électr.*, 2010, chron. 6, B. MONTELS ; Cass. crim., 22 sept. 2009, n° 09-81.014 : JurisData n° 2009-049903 ; *Comm. com. électr.*, 2010, comm. 13, note C. CARON ; *Propr. intell.*, 2009, n° 34, p. 623, obs. A. LUCAS ; *Dr. pén.*, 2010, comm. 8, obs. J.-H. ROBERT ; même en présence

subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée [...] <sup>877</sup>. De fait, " tout ce qui n'est pas expressément cédé par l'auteur est retenu de plein droit, hormis les cas exceptionnels où la loi en disposerait autrement " <sup>878</sup>. Ainsi, le contrat doit énumérer les modes d'exploitation, <sup>879</sup> mais aussi prévoir les finalités d'utilisation <sup>880</sup>. Par conséquent, il n'y a aucune place pour une interprétation élargie et libérée de la volonté des parties. Le juge interprète strictement les clauses de cession des droits

---

d'une cession à titre gratuit : Cass. 1re civ., 23 janv. 2001, n° 98-19.990 : JurisData n° 2001-007865 ; Bull. civ. 2001, I, n° 13 ; Comm. com. électr. 2001, comm. 34 ; RIDA juill. 2001, p. 327 ; *JCP G*, 2001, IV, 1485. À défaut de respect du principe, la jurisprudence admet le jeu de l'inexistence. Selon une formule classique, elle juge en effet que la généralité de la clause rend celle-ci "inopérante" : Cass. 1re civ., 9 oct. 1991, n° 90-12.476 : JurisData n° 1991-002927 ; Bull. civ. 1991, I, n° 253 ; *D.*, 1993, somm. p. 92, obs. C. COLOMBET ; CA Paris, 4e ch., sect. C, 4 mars 2005, n° 03/06652 : JurisData n° 2005-267876 ; *Comm. com. électr.*, 2005, comm. 82, note C. CARON ; Mais la cession encourt aussi, plus classiquement la nullité relative : voir par exemple, CA Paris, 4e ch., 20 déc. 1989 : *D.*, 1990, inf. rap. p. 32. ; Cass. 1re civ., 19 févr. 2002 : *Propr. intell.*, 2002, n° 5, p. 53, note A. LUCAS ; *RIDA*, juill. 2002, p. 399 ; CA Paris, 4e ch., 14 mai 2002 : *Propr. intell.*, avr. 2003, p. 172, note A. LUCAS ; Cass. 1re civ., 25 mai 2004, n° 02-13.330 : JurisData n° 2004-023834.

<sup>877</sup> A. BORIES, *Le formalisme dans les contrats d'auteur – Contribution à l'édification d'un droit d'auteur économique*, PUAM, 2010 ; J. - M. BRUGUIERE, " réseaux sociaux, clauses relatives aux licences de propriété intellectuelle. Recommandation CCA n° 2014-02 ", *Propr. intell.*, 2015, n° 54, p. 58 ; C. COLOMBET, " la portée des autorisations d'exploitation en matière de contrats relatifs au droit d'auteur ", *Mélanges Françon*, Dalloz 1995, p. 63 ; S. DURRANDE, " l'arrêt Perrier, un prétexte pour s'attarder sur les sous-cessions en droit d'auteur ", *RIDA*, avr. 1995, p. 3 ; P. -Y. GAUTIER, " l'accession mobilière en matière d'œuvres de l'esprit : vers une nouvelle querelle des Proculéiens et des Sabinieniens ", *D.*, 1988, Chron. 152 ; M. GUILLEMAIN, *Les chaînes de contrats en droit d'auteur*, Thèse Poitiers, 2011 ; G. VERCKEN, " contrat de droit d'auteur – la clause de cession de droits d'auteur ", *Propr. intell.*, 2011, n° 40, p. 344.

<sup>878</sup> P.-Y. Gautier, *op.cit.*

<sup>879</sup> CA Paris, 4e ch., 10 juin 1993 : *RIDA*, oct. 1993, p. 242 ; CA Paris, 21e ch., sect. C, 15 janv. 2004, n° S02/35049 : JurisData n° 2004-239012. ; Cass. 1re civ., 15 févr. 2005, n° 01-16.297, n° 01-16.500, n° 01-17.255 : JurisData n° 2005-026971 ; *RIDA*, juill. 2005, p. 415 ; *Comm. com. électr.*, 2005, comm. 61, note C. CARON ; *RTD com.*, 2005, p. 495, note F. POLLAUD-DULIAN

<sup>880</sup> Cass. 1re civ., 27 avr. 2004, , à propos du droit de location. - Cass. 1re civ., 15 févr. 2005, condamnant l'exploitation publicitaire d'une oeuvre musicale. - Cass. com., 16 févr. 2010, n° 09-12.262 ; En matière de reproduction de photographie : Cass. 1re civ., 4 févr. 1975 : Bull. civ. 1975, I, n° 47 ; *RIDA*, juill. 1975, p. 180 ; *D.*, 1975, inf. rap. p. 94. - Cass. 1re civ., 5 mai 1976 : Bull. civ. 1976, I, n° 161 ; *RIDA* oct. 1976, p. 168. - Cass. 1re civ., 21 févr. 1989 : Bull. civ. 1989, I, n° 90 ; *JCP E*, 1989, IV, p. 150 ; Cass. 1re civ., 21 nov. 1995 : Bull. civ. 1995, I, n° 421 ; Cass. 1re civ., 15 mai 2002, n° 99-21.090 : JurisData n° 2002-014336 ; Bull. civ. 2002, I, n° 130 ; *RIDA* janv. 2003, p. 287, note A. KEREVER ; *Comm. com. électr.*, 2002, comm. 94, note C. CARON ; *Légipresse*, 2002, n° 194, III, p. 139, note A. BIGOT ; *Propr. intell.*, 2002, n° 5, p. 58, note P. SIRINELLI ; Cass. 1re civ., 9 févr. 1994 : *RIDA*, oct. 1994, p. 245 ; CA Paris, 4e ch., 12 déc. 2001 : *D.* 2002, p. 721 ; *Propr. intell.*, 2002, n° 3, p. 54, note A. LUCAS ; *Légipresse*, 2002, n° 191, I, p. 54 ; *JCP E*, 2002, I, 888, n° 5, obs. J.-M. BRUGUIERE, N. MALLET-POUJOL et M. VIVANT ; Cass. 1re civ., 12 juill. 2006, n° 05-15.472 : JurisData n° 2006-034564 ; *D.* 2006, p. 2313, note J. DALEAU ; *Propr. intell.*, 2006, n° 21, p. 446, obs. A. LUCAS ; *RIDA*, oct. 2006, p. 253, obs. P. SIRINELLI.

d'exploitation<sup>881</sup>. Ce principe d'interprétation stricte a été qualifié de "*méthode d'interprétation cardinale*"<sup>882</sup>. Cette méthode répond une fois de plus à l'objectif de préserver l'auteur et d'assurer sa protection en évitant que sa volonté soit entendue de manière extensive par son cocontractant. Le juge n'a donc pas à rechercher la commune intention des parties au contrat<sup>883</sup> : "*la recherche de l'implicite, ce "voulu" qui n'a pourtant pas été exprimé, se concilie mal avec les principes d'indépendance des droits cédés et de délimitation stricte des formes d'exploitation autorisées*"<sup>884</sup>. Grâce à cet arsenal de règles, l'auteur maîtrise les modes d'exploitation, la destination de son œuvre : "*L'auteur jouit, sa vie durant, du droit exclusif d'exploiter son oeuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire*"<sup>885</sup>. En comparaison avec le sujet des données de santé, un régime d'exploitation spéciale du même type que pour le droit d'auteur semble pertinent. Un régime d'exploitation protecteur du patient, perçu comme une partie faible au contrat et comme maître absolu de sa donnée et pour laquelle aucun mode, finalité ou destination de traitement ne peut se présumer. La volonté doit être précise et explicite et aucune finalité de traitement de la donnée ne pourrait être envisagée sans mention explicite dans le contrat d'exploitation, de traitement de la donnée. Des règles calquées sur le même modèle que le droit d'auteur permettent de conserver qualitativement le principe de finalité des traitements, mais qui serait seulement déterminé et choisi par le patient, et aussi celui du consentement à certains traitements de la donnée et pas à d'autres.

### **C. L'interdiction de cession d'œuvres futures, une continuité logique avec le principe de finalité de traitement**

**548.** Dans la continuité de ce principe de non-présomption de cession des droits d'exploitation et de celui de protection de l'auteur, l'article L. 131-1 du Code de la Propriété Intellectuelle, prohibe la cession d'œuvres futures : "*La cession globale*

---

<sup>881</sup> Voir par exemple : CA Versailles, 1re ch., 13 févr. 1992 : *D.*, 1993, jurispr. p. 402, note B. EDELMAN; CA Paris, pôle 5, 1re ch., 24 juin 2009, n° 08/04965 : *JurisData* n° 2009-010613 ; *Comm. com. électr.*, 2010, chron. 6, B. MONTELS, n° 12.

<sup>882</sup> C. CARON, note ss CA Paris, 4e ch., 28 mai 2003 : *Comm. com. électr.*, 2003, comm. 103

<sup>883</sup> Article 1156 du Code Civil : "*On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes*".

<sup>884</sup> A. MAFFRE-BAUGE, *op. cit.*

<sup>885</sup> Article 123-1 du Code de la Propriété Intellectuelle.

des œuvres futures est nulle"<sup>886</sup>. Ainsi, " *L'interdiction obéit aussi (et sans doute surtout) à la volonté de protéger l'auteur contre la tentation de céder trop hâtivement les droits sur des œuvres qu'il n'aurait pas encore créées. Il s'agit donc de le prémunir tout autant contre son cocontractant que contre lui-même en évitant qu'il ne souscrive un contrat dont il peut ne pas apprécier la valeur et/ou négocier la teneur* "<sup>887</sup>. En matière de données de santé, une règle de ce type permettrait aussi au patient de se prémunir contre une cession future de ses données. Par exemple, un collecteur pourrait souhaiter intégrer dans un contrat la cession de données de santé du patient en cas de contraction d'une maladie chronique. Or, le patient pourrait, si cela lui arrive, souhaiter préserver sa vie privée à ce moment-là et donc ne pas transmettre ces données-ci. La cession de données futures empêcherait le patient d'aller trop loin dans sa volonté. Pourtant, cette interdiction est en débat en matière de droit d'auteur : " *Mais la règle de l'interdiction de la cession globale des œuvres futures est également une question sensible et âprement discutée. On lui reproche de protéger excessivement l'auteur au détriment de l'intérêt économique de l'exploitant et de ne pas être adaptée aux conditions actuelles de la création.* "<sup>888</sup>. Toutefois, l'article 134-4 du Code de la

---

<sup>886</sup> E. AZZI, " les contrats d'exploitation des droits de propriété littéraire et artistique en droit international privé: état des questions ", *RIDA*, oct. 2007, p. 3 ; A. BORIES, " le formalisme dans les contrats d'auteur ", *CCE*, 2008. Étude 18; J. - M. BRUGUIERE, (ss la dir. de), *les contrats de propriété intellectuelle*, Dalloz, 2013; P. - D. CERVETTI, " du bon usage de la contractualisation en droit de la propriété littéraire et artistique ", *RIDA*, oct. 2013, p. 111; A. DE SAINTE MARIE, " l'objet des cessions de droits d'auteur: l'interprétation des contrats entre droit commun et droit spécial ", *RTD*, com. 2013. 669; E. DERIEUX, " œuvre de commande, liberté de création et droit moral de l'auteur ", *RIDA*, juill. 1989, p. 199 ; A. FRANCON, " la liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur ", *D.*, 1976. Chron. 55 ; P. GAUDRAT, " les modèles d'exploitation du droit d'auteur ", *RTD com.*, 2009. 323 ; A. GOBIN, " les contrats de droit d'auteur à l'épreuve des législations française et européenne sur la propriété intellectuelle ", *LPA*, n° 58, p. 37 ; A. HUGUET, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur*, LGDJ 1962; M. JOSSELINE, " la notion de contrat d'exploitation du droit d'auteur, approche de droit comparé ", *Bull. dr. auteur*, 1992, n° 4, p. 6; M. JOSSELINE, *Les contrats d'exploitation du droit de la propriété littéraire et artistique*, GLN 1995 éd. Joly; B. KHALVADJAN, *Le contrat d'auteur outil d'anticipation. Pour l'équilibre des droits dans le temps*, PU Aix-Marseille, 2008; M. MARKELLOU, *Les contrats d'exploitation de droit d'auteur en droit comparé (Allemagne, France, Grèce)*, Thèse Montpellier I, 2009; S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI-Litec, 2009. ; D. REIMER, " remarques de droit comparé sur la liberté des contrats en matière de droit d'auteur ", *RIDA*, avr. 1977, p. 3; P. SERGENT, " les contrats de cession des droits patrimoniaux relatifs aux fonds photographiques ", *CCE*, 2012. Fiche pratique 19 ; A. SINGH & G. CORMAN, " contrat de commande d'œuvre: incertitudes sur les conditions et forme de la cession des droits d'auteur ", *LPA*, 19 nov. 2003 ; P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, thèse Paris II, 1985; G. VERCKEN, " pratique et rédaction des clauses résolutoires dans les contrats de cession de droit d'auteur ", *Propr. intell.*, 2003, n° 9, p. 366; G. VERCKEN, " la clause de cession de droits d'auteur ", *Propr. intell.*, 2011, n° 40, p. 344.

<sup>887</sup> A. MAFFRE-BAUGE, *op. cit.*

<sup>888</sup> *Idem.*

Propriété Intellectuelle autorise la conclusion d'un pacte de préférence pour les contrats d'édition <sup>889</sup>: " *Est licite la stipulation par laquelle l'auteur s'engage à accorder un droit de préférence à un éditeur pour l'édition de ses oeuvres futures de genres nettement déterminés [...]* ". Les alinéas suivant encadre une telle clause afin notamment d'éviter un trop grand engagement pour l'auteur. Il s'agit de d'assurer à " *celui qui a investi dans les travaux de l'auteur et [qui] lui a fait confiance [d'être] autorisé à amortir ses mises de fonds, en s'assurant une exclusivité sur ses oeuvres futures, plutôt que de voir son " poulain " aller contracter à meilleur prix avec d'autres, qui n'auront plus qu'à tirer les marrons du feu* " <sup>890</sup>. On comprend bien ici la volonté d'assurer un équilibre entre l'éditeur-investisseur et l'auteur, partie faible au contrat.

Ce débat ne semble pas avoir lieu d'être pour le cas des données personnelles, la prohibition de cession de données personnelles futures est pertinente, car elle répond à un objectif de protection des patients. Quant au pacte de préférence, difficile d'imaginer le même mécanisme en droit des données de santé personnelles. Cela rendrait le patient captif d'un collecteur alors que la nécessité de prise en charge de sa santé pourrait le pousser inévitablement vers d'autres collecteurs.

**549.** Cependant, se pose toutefois la question de l'adaptation de cette règle au droit moral que nous préconisons sur les données de santé personnelles. Ce droit moral pourrait être tellement fort du fait de l'objet en cause que la prévention par des règles comme celle de l'interdiction des cessions de données futures n'est peut-être pas si pertinente. La nécessité de ses règles dépend du degré, de l'amplitude et de la portée du droit moral.

---

<sup>889</sup> R. LINDON, " le droit de préférence des éditeurs ", *D.*, 1968. Chron. 55; M. - A. ROUX, " la pratique du contrat ou pacte de préférence ", *Légipresse*, II. 84; TGI Paris, 12 janv. 1988; *RIDA*, juill. 1988, p. 16, note P. Y. GAUTIER. : " *Le droit de préférence est «une promesse faite par l'auteur de céder tout ou partie de ses droits sur un certain nombre d'œuvres, d'un genre défini, pendant une certaine durée, à un éditeur à qui il appartient d'en exiger l'exécution ou non* "; Paris, 22 janv. 1992: *D.*, 1993. Somm. 93, obs. C. COLOMBET; *D.*, 1995. 128, note H. GAUMONT-PRAT. : Il est " *destiné à limiter les risques financiers pris par un éditeur en publiant un auteur encore peu connu* ".

<sup>890</sup> P. Y. GAUTIER, *op. cit.*, p. 537.

## **D. L'encadrement du mode de rémunération de l'auteur, une difficile transposition en droit des données personnelles**

**550.** Enfin, le corpus des règles spéciales du droit d'auteur prévoit aussi le mode de rémunération de l'auteur dans son article 131-4<sup>891</sup> : "*La cession par l'auteur de ses droits sur son œuvre peut être totale ou partielle. Elle doit comporter au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation. Toutefois, la rémunération de l'auteur peut être évaluée forfaitairement dans les cas suivants:1-la base de calcul de la participation proportionnelle ne peut être pratiquement déterminée;2- Les moyens de contrôler l'application de la participation font défaut;3- Les frais des opérations de calcul et de contrôle seraient hors de proportion avec les résultats à atteindre; 4- La nature ou les conditions de l'exploitation rendent impossible l'application de la règle de la rémunération proportionnelle, soit que la contribution de l'auteur ne constitue pas l'un des éléments essentiels de la création intellectuelle de l'œuvre, soit que l'utilisation de l'œuvre ne présente qu'un caractère accessoire par rapport à l'objet exploité; 5- En cas de cession des droits portant sur un logiciel; 6- Dans les autres cas prévus au présent code. Est également licite la conversion entre les parties, à la demande de l'auteur, des droits provenant des contrats en vigueur en annuités forfaitaires pour des durées à déterminer entre les parties*". Cette règle existe toujours dans un but notamment de protection de l'auteur<sup>892</sup> : "*La règle a indéniablement vocation à protéger les intérêts financiers de l'auteur, d'une part en évitant qu'il ne se démunisse de ses droits d'exploitation contre une somme forfaitaire potentiellement dérisoire, d'autre part en l'associant à*

---

<sup>891</sup> P. ALLAYES, " hypothèses de forfait en droit d'auteur", *Propriété intellectuelle*, 2007, n° 24, p. 269 ; D. BECOURT, " la problématique de la rémunération des journalistes dans les nouveaux médias ", *D. Affaires*, supplément au n° 162 du 27 mai 1999 ; A. DUTHIL, " première vente aux enchères de droit d'auteur de logiciels ", *Expertises*, janv., 1999, p. 406 ; M. - P. FENOLL-TROUSSEAU, " la rémunération des auteurs sur internet ", *CCE*, 2001, n° 6 ; Y. GAUBIAC, " l'assiette de la rémunération proportionnelle selon la loi française sur le droit d'auteur ", *Mélanges Françon*, Dalloz 1995, p. 163; F. GAULLIER & G. VERCKEN, " rémunération proportionnelle des auteurs: atténuations et remises en cause du principe de l'assiette «prix public hors taxes» ", *Propriété intellectuelle*, 2006, n° 19, p. 155; H. HASSLER & U. LILTI, " diffusion sur internet: deux points de vue sur le mode de rémunération ", *Expertises*, juin 1998, p. 168; L. DE GAULLE, " la notion de redevance en droit d'auteur ", *RIDA*, janv. 1996, p. 69 ; A. LUCAS, " l'assiette de la rémunération proportionnelle due par l'éditeur ", *D.*, 1992. Chron. 269; G. VERCKEN & M. VIVANT, " le contrat pour la mise en ligne d'œuvres protégées: figures anciennes et pistes nouvelles ", *Cah. dr. entr.*, 2000, n° 2, p. 18.

<sup>892</sup> Cass. 1re civ., 11 févr. 1997 : *Bull. civ.* 1997, I, n° 54 ; *RIDA*, juill. 1997, p. 279 ; *D. affaires*, 1997, p. 387 et inf. rap. p. 65.

*l'exploitation de son œuvre, conformément à la logique personnaliste du droit d'auteur français* <sup>893</sup>. L'encadrement de cette rémunération va jusqu'à la définition de l'assiette de cette rémunération proportionnelle de principe<sup>894</sup> qui doit " être calculée en fonction du prix de vente au public " <sup>895</sup>. Sans même aller plus loin, on s'aperçoit très vite que le modèle du droit auteur a ici ses limites en matière de droits d'exploitation des données personnelles. À la fois le prix de vente au public est une notion inexistante en matière d'exploitation de données de santé personnelles et la définition d'une assiette s'avère extrêmement complexe, voire impossible. Cela pourrait-il raisonnablement par exemple être une quote-part du chiffre d'affaire du collecteur issu de l'exploitation de cette donnée ? La mise en place d'un tel mécanisme apparaît difficile tant l'exploitation de la donnée unitaire s'apprécierait difficilement.

Cette difficulté rejoint les réserves déjà évoquées à propos de l'exploitation économique directe des données par les patients<sup>896</sup>. Les données sont aujourd'hui exploitées en masse, et c'est cette masse qui fait toute la valeur. La donnée prise unitairement représenterait une rémunération faible voire très faible du patient et avec une définition du prix particulièrement complexe à élaborer et donc de fait à encadrer.

**551.** Par conséquent, l'application de cette règle protectrice de la rémunération de l'auteur n'est pas transposable en matière de données de santé personnelles.

**552.** Le numérique de manière générale et *a fortiori* en matière de santé présente un certain nombre de spécificités contractuelles et de spécificités des acteurs qui est à prendre en compte dans le modèle d'exploitation.

---

<sup>893</sup> A. MAFFRE-BAUGE, Droit d'auteur. Exploitation des droits. Dispositions Générales, Jcl Propriété Littéraire et Artistique, Fasc. 1310, 2010 (MAJ 2015)

<sup>894</sup> Voir articles L. 131-4, 131-6 et 132-5 du Code de la Propriété Intellectuelle.

<sup>895</sup> Cass. 1re civ., 9 oct. 1984 : Bull. civ. 1984, I, n° 252 ; D., 1985, inf. rap. p. 316, obs. C. C. COLOMBET ; RIDA, juill. 1985, p. 144. - Cass. 1re civ., 9 janv. 1996 : Bull. civ. 1996, I, n° 27 ; JCP G, 1996, II, 22643, obs. O. DAVERAT ; RIDA, juill. 1996, p. 331

<sup>896</sup> *Supra*, n°454 à 470

## §2. Les spécificités de l'outil contractuel sur le marché numérique

553. La dimension numérique ne doit pourtant pas être oubliée dans l'analyse des règles contractuelles qui pourraient régir un droit de propriété sur les données de santé. En effet, ces relations sont aujourd'hui particulièrement déséquilibrées (A) et les conditions générales d'utilisation (CGU) sont des modèles contractuels qu'il est difficile de contrôler (B).

### A. Le constat d'un déséquilibre des parties dans la contractualisation numérique

554. Le marché de l'économie numérique porte bien son nom et s'articule aujourd'hui nécessairement autour d'un modèle contractuel clé : les conditions générales d'utilisation (CGU). Ces conditions utilisées par bon nombre de sites et réseaux sociaux sont la clé de voûte de la relation contractuelle entre les personnes et les collecteurs ou plateformes. Le développement exponentiel du numérique a provoqué la multiplication des relations contractuelles régies par ce type de contrat. A y regarder de plus près, la plupart de ces CGU ont un contenu bien éloigné, voire même illégal, dans notre système juridique. Pourtant, : "*Quel choc entre plaques juridiques : d'un côté un droit positif des données personnelles, élaboré patiemment, sophistiqué mais relativement inefficace, d'un autre des CGU frustes, truffées d'inadaptation et d'illicéité au regard des ordres publics nationaux, mais très efficaces !*"<sup>897</sup>. Tout le paradoxe est ici. Les acteurs du numérique n'ont que faire de notre droit sur les données personnelles et n'hésitent pas à créer leurs propres règles : "*presque toutes les clauses encourrent la critique et sont contraires à l'ordre public (français en ce qui nous concerne). Et ce constat ne concerne pas seulement le droit de suppression des données, que nous avons pris en exemple, mais bien d'autres clauses : cession de droits d'exploitation de données couvertes par le droit d'auteur, cessibilité de ces droits à des tiers, droit de modification des CGU, clause d'attribution de juridiction, clause de droit applicable...*". Et, à "*bien y regarder, peu de juristes s'offusquent de voir nos principes juridiques foulés au pied par les CGU, comme si on se*

---

<sup>897</sup> T. HASSLER, " Conditions générales des réseaux sociaux versus la protection des personnes : le choc de deux mondes antagonistes", *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, 2015.

*faisait une raison, comme si l'efficacité devait prévaloir sur la règle. En réalité, c'est peut-être qu'on n'a rien de mieux à offrir que le contrat pour régir les relations juridiques du net* <sup>898</sup>. Le contrat, et plus particulièrement les CGU démontrent leur redoutable efficacité juridique. Et on ne saurait mieux dire : " *le net est une machine à faire exploser les règles « garde-fou » qui avaient été instaurées* " <sup>899</sup>.

**555.** Ce constat nous permet de valider la méthode contractuelle, à l'instar du droit d'auteur, comme modèle privilégié de l'exploitation de données personnelles de santé. Mais il soulève aussi des questionnements et notamment celui de la maîtrise du contenu de ces contrats qui remettent en cause les droits des personnes sur leurs données. En d'autres termes, comment s'assurer (si cela est possible) de la légalité de ces clauses ?

## **B. Un rééquilibrage difficile des parties au contrat en matière de données personnelles**

**556.** La personne ne maîtrise aujourd'hui ni ses données grâce au CGU ni le contenu de ces CGU dans les faits <sup>900</sup>. L'une des solutions pourrait se trouver dans ce droit moral sur les données (1), mais aussi dans le droit de la consommation (2) et inévitablement dans l'éducation et l'information des personnes (3) même si cela paraît très utopique.

### *1. Le droit moral sur les données de santé, une solution minimale*

**557.** L'une des réponses apportées a par exemple été la construction du droit à l'oubli. Comme nous le disions, l'un des moyens d'assurer un équilibre contractuel entre les collecteurs et les patients serait de mettre en place un droit moral sur les données personnelles particulièrement étoffé et solide. Mais comme cela a aussi déjà été évoqué, plus ce droit sera conséquent, plus l'intérêt économique de la donnée, objet du contrat, en sera diminué. Tout est une question d'équilibre.

---

<sup>898</sup> T. HASSLER, " Conditions générales des réseaux sociaux versus la protection des personnes : le choc de deux mondes antagonistes", *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, 2015.

<sup>899</sup> *Idem.*

<sup>900</sup> *Idem.*

**558.** Il n'empêche que ce droit moral, composé de droits variés, est la garantie minimale à apporter en cas d'application d'un droit de propriété de type intellectuelle sur les données personnelles de santé. Mais, comme nous l'avons évoqué, ce droit reprendra le contenu des droits existants déjà en droit positif sur les patients. Mias, on constate que l'existence de ces droits aujourd'hui n'empêche en rien l'existence de telles clauses, les collecteurs n'ayant que faire des éventuelles sanctions encourues, le bénéfice économique étant largement supérieur et les mises en cause de ces acteurs généralement positionnés à l'étranger restent difficiles pour les autorités et juges nationaux.

**559.** Des pans du droit que nous n'avons toujours pas abordé et notamment le droit de la consommation, se sont attaqués plus directement à ce type de clauses.

## 2. *Le soutien précieux du droit de la consommation*<sup>901</sup>

**560.** La maîtrise du contenu des clauses des CGU est tout aussi complexe et en défaveur de la personne. Elles créent " *le vague et le flou* "<sup>902</sup>, viciant le consentement de la personne ainsi qu'un " *déséquilibre qu'elles instaurent au profit des réseaux et au détriment des internautes* "<sup>903</sup>. Ce déséquilibre est traité dans un certain nombre de pans de notre droit comme , nous l'avons vu, le droit d'auteur, mais aussi le droit de la consommation, et ce notamment par le biais des clauses abusives. Ainsi l'article 132-1 du Code de la consommation<sup>904</sup> les définit

---

<sup>901</sup> Pour un approche exhaustive et globale des liens entre le droit de la santé et le droit de la consommation : G. ROUSSET, *L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé*, Thèse, Lyon 3, 2007.

<sup>902</sup> T. HASSLER, " Conditions générales des réseaux sociaux versus la protection des personnes : le choc de deux mondes antagonistes", *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, 2015.

<sup>903</sup> *Idem*.

<sup>904</sup> J. GHESTIN (ss. dir. de), *les clauses abusives dans les contrats-types en France et en Europe*, LGDJ 1991; D. BAZIN, *droit de la vente*, Bihl, Dalloz 1986, n° 401 s.; H. BRICKS, les clauses abusives, J.-Cl. Conc. Consom. 810; LGDJ 1982 ; H. CHEMEL, " consommateur-touriste; loi n° 92-645 du 13 juill. 1992 ", CCC, 1996. Chron. 2; V. COTTEREAU, *JCP*, 1993. I. 3691; C. DANGLEHANT, *ALD*, 1995. 127; M. ESPERQUETTE, " action de la DGCCRF dans la lutte contre les clauses abusives ", *Rev. Conc. Consom.*, 1989, n° 51 ; J. GHESTIN, *élimination par le juge*, Études Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 447 ; J. - P. GRIDEL, *D.* 1984. Chron. 153 (sur l'art. 35, loi du 10 janv. 1978); X. HENRY, *D.*, 2003. 2557 sur clauses abusives: appréciation du rapport direct avec l'activité; J. HUET, *JCP*, 1992. I. 3592 sur la loi du 18 janv. 1992); J. HUET, *D.*, 1993. Chron. 331 sur contrôle des clauses abusives par le juge judiciaire; A. KARIMI, *LPA*, 5 mai 1995; *Gaz. Pal.*, 1995. 2. Doctr. 1163 sur l'examen de 26 décisions judiciaires); A. KARIMI, *JCP*, 1996. I. 3918 sur l'application du droit commun en matière de clauses abusives après la loi du 1er févr. 1996; M. KUHNMUNCH, *Rev. Conc. Consom.*, 1992, n° 65; R. KULMANN, *D.*, 1993. Chron. 59; X. LAGARDE, *D.*, 2005. Chron. 2222 sur clause abusive et irrégularité formelle; X. LAGARDE, *JCP*, 2006. I. 110 sur qu'est-ce qu'une clause abusive ?; M. LUBY, " quand la CJCE

comme suit: "*Dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat*". Le même schéma pourrait être adopté aujourd'hui entre collecteurs et patients. La Commission des clauses abusives a par exemple déjà pointé du doigt dans une recommandation certaines clauses de fournisseurs de services de réseaux sociaux :

" *Considérant que les contrats d'adhésion qui sont ainsi conclus entre le fournisseur du service de réseautage social et l'utilisateur en sa qualité de consommateur ou de non-professionnel présentent tout ou partie des particularités suivantes :*

- *une asymétrie informationnelle entre les parties ;*

---

ébranle le régime juridique des clauses abusives ", CCC, 2004. Chron. 1 ; P. MALINVAUD, *D.*, 1981. Chron. 49; D. MAZEAUD, *Dr. et patr.*, 1995. 42; J. - L. MESTRE, *vingt ans de lutte contre les clauses abusives*, Mélanges Terré, Dalloz, PUF, J.-Cl. 1999, p. 677 ; G. PAISANT, *D.*, 1986. Chron. 299; Y. PICOD, *JCP*, 1990. I. 3447 sur la clause résolutoire et règle morale; J. ROCHFELD, *Études Calais-Auloy*, préc., p. 981 sur l'exigence de transparence; A. SINAY-CYTERMANN, *RTD civ.* 1985. 471; X. TESTU, *JCP*, 1993. I. 3673 sur le juge et le contrat d'adhésion; P. LE TOURNEAU, *LPA*, 12 sept. 2005 sur les critères de la qualité de professionnel; Actes de la journée d'étude du 29 mai 1998, *Rev. Conc. Consum.*, sept.-oct. 1998 sur protection du consommateur contre les clauses abusives; G. RAYMOND, *RD banc.*, fin. mai-juin 2006. 41 sur les clauses abusives dans les conventions de compte de dépôt; J.-L. FOURGOUX, *RLDA*, sept. 2006. 72 sur les clauses abusives: les écueils à éviter; ERHARDT, CCC 2007. Étude 1 sur la clause de confirmation de commande à la lumière de la réglementation des clauses abusives; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, " clauses abusives dans les contrats de consommation: critères de l'abus ", CCC, 2008. Étude 7; C. GOLDIE-GENICON, " l'assurance de groupe à l'épreuve de la législation sur les clauses abusives ", *D.* 2008. 2447 ; " quelques réflexions et propositions au sujet des clauses «déraisonnables» ou «abusives» dans les contrats conclus entre professionnels, à la lueur du droit comparé et des propositions savantes "; C. THEPOT, *RLDA*, juill.-août 2011. 76 sur l'articulation des règles relatives à la prohibition des clauses abusives; A. FORTI, *RTD com.*, 2012. 433 sur le fractionnement abusif du contrat de consommation; A. - L. ZABEL, " clauses abusives et droit du travail: le concept issu du droit de la consommation pénètre-t-il le droit du travail? ", *LPA*, 12-13 sept. 2013; Y. PICOD, D. MAZEAUD & E. LAUROBA, *clauses abusives: approches croisées franco-espagnoles*, SLC, coll. Droit comparé et européen, 2013; R. AMARO, " le déséquilibre significatif en droit commun des contrats ou les incertitudes d'une double filiation ", CCC, 2014. Étude 8; G. CHANTEPIE, " les clauses abusives et leur sanction en droit commun des contrats " *AJCA*, 2015. 121 ; K. JAKOULOFF, " des clauses abusives aux pratiques commerciales déloyales: deux directives complémentaires ", *LPA*, 10 juin 2015; B. GELOT, incidences de la loi du 1er févr. 1995 sur la rédaction des contrats, *Deffrénois* 1995. 1201 ; J. GHESTIN & I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, *JCP*, 1995. I. 3854; PAISANT, *D.*, 1995. Chron. 99 sur les clauses pénales et clauses abusives; J. ROCHFELD, " du droit de la consommation au droit de la régulation du marché: des dangers des listes et de l'harmonisation maximale ", *RTD civ.*, 2008. 732; G. PATTETA, " une solution réglementaire aux problèmes de suppression des clauses abusives? ", *blog.dalloz.fr*, 8 janv. 2009; C. LAGARDE, " observations sur le volet consommation de la LME ", *LPA*, 23 févr. 2009; E. DURAFFOUR, " est-il possible d'encadrer réglementairement l'appréciation judiciaire du caractère abusif d'une clause contractuelle? ", *RLDA*, mars 2009. 43; O. DESHAYES, " les réformes récentes et attendues en 2009 ", *RDC*, 2009. 1602 ; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, " un an après le décret du 18 mars 2009, l'actualité des clauses abusives ", *RLDC*, sept. 2010. 7.

- la mise à disposition d'un service sans contrepartie monétaire ;
- l'instantanéité de l'adhésion de l'utilisateur, laquelle peut s'effectuer soit au terme d'un processus de simple clic pour accepter les conditions générales d'utilisation, soit par la seule navigation, autrement dit, la simple utilisation du réseau ;
- la multiplicité des documents auxquels l'accès ne s'opère que par renvois (liens hypertextes ou renvois internes) ;

*Considérant que l'examen des multiples modèles de conventions habituellement proposées par les fournisseurs professionnels de services de réseautage social à leurs cocontractants consommateurs ou non professionnels a conduit à déceler des clauses dont le caractère abusif au sens de l'article L. 132-1 du code de la consommation peut être relevé <sup>905</sup>.*

La commission dans son raisonnement présente d'ailleurs une analyse clairvoyante sur la contrepartie à la gratuité des réseaux sociaux : "*Considérant que de nombreux contrats de fourniture de service de réseautage social prévoient des clauses affirmant que les services proposés sont gratuits ; que ces clauses laissent croire à l'utilisateur consommateur ou non-professionnel que le service est dépourvu de toute contrepartie de sa part, alors que, si toute contrepartie monétaire à sa charge est exclue, les données, informations et contenus qu'il dépose, consciemment ou non, à l'occasion de l'utilisation du réseau social, constituent une contrepartie qui s'analyse en une rémunération ou un prix, potentiellement valorisable par le professionnel ; que cette ambiguïté de la clause de rémunération autorise son examen par une interprétation a contrario de l'article L. 132-1, alinéa 7, du code de la consommation, selon lequel l'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte pas sur l'adéquation de la rémunération au service offert « pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible » ; que ces clauses sont de nature à créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du consommateur ou du non-professionnel en ce qu'elles lui laissent croire qu'il ne fournit aucune contrepartie, alors que celle-ci réside dans l'ensemble des traitements de ses données à caractère personnel, des*

---

<sup>905</sup> Recommandation n°2014-2 relative aux contrats proposés par les fournisseurs de services de réseaux sociaux.

*informations et des contenus déposés sur le réseau* <sup>906</sup>. La Commission acte donc le fait que les données personnelles sont une contrepartie au service fourni, elles sont donc en quelque sorte le "prix à payer" pour un service gratuit. Or, ces clauses sont considérées comme abusives selon son analyse, car elle crée un déséquilibre significatif en ne mentionnant pas clairement les données personnelles comme contrepartie.

**561.** Le droit commun des contrats a récemment intégré cette dimension de clauses abusives avec l'ordonnance du 10 février 2016 instaurant l'article 1171 du Code Civil<sup>907</sup> : " *Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* ". Le droit commun pourrait donc s'appliquer aussi sur ces contrats de mise à disposition de données personnelles de santé.

**562.** La rémunération des personnes et patients pour la mise à disposition de leurs données existe donc déjà. Elle se traduit dans la mise à disposition d'un service gratuit. Un paiement monétaire en échange d'une mise à disposition de ces données ne résoudrait pas le problème du déséquilibre des parties lors de la contractualisation.

### *3. La prévention, entre information et éducation, une nécessité utopique*

**563.** La solution sous-jacente à ce combat de David contre Goliath, patient *versus* collecteur, n'est autre qu'une éducation et une information plus importante et plus

---

<sup>906</sup> Recommandation n°2014-2 relative aux contrats proposés par les fournisseurs de services de réseaux sociaux.

<sup>907</sup> M. BEHAR-TOUCHAIS, " déséquilibre significatif ", *JCP*, 2016, n° 391; M. CHAGNY, " contrats d'affaires et déséquilibre significatif ", *AJCA*, 2016. 115; C. JAMIN & D. MAZEAUD (dir.), *Les clauses abusives entre professionnels*, Economica, 1998; F. - X. LICARI, " clauses abusives entre professionnels ", *Mélanges le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 655

Sur le projet de réforme: BROS, " article 1169: le déséquilibre significatif ", *RDC*, 2015. 761; M. CHAGNY, *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, dir. P. STOFFEL-MUNCK, Dalloz, 2015, p. 47 s.; G. CHANTEPIE, " Obligation essentielle et clauses abusives ", *blog Dalloz obligations* 2015; *AJCA* 2015. 121; N. DISSAUX & C. JAMIN, *Projet de réforme*, supplément, *C. civ.*, 2016, p. 67; GRATTON, " clauses abusives en droit commun des contrats ", *D.*, 2016. 22; T. REVET, " les contrats structurellement déséquilibrés ", *D.*, 2015. 1217; P. STOFFEL-MUNCK, " Les clauses abusives: on attendait Grouchy... ", in *Réforme du droit des contrats, Dr. et patr.*, oct. 2014. 56.

construite des personnes. Il est nécessaire d'éduquer les patients à la lecture des CGU et éventuellement des CGV. Un collectif créé à l'initiative de la CNIL, Educnum, vise à promouvoir une "culture citoyenne du numérique"<sup>908</sup> car selon eux, "il appartient aux pouvoirs publics comme aux acteurs privés de promouvoir une approche globale et de développer une véritable pédagogie du numérique pour permettre à chacun d'entre nous de devenir un citoyen numérique informé et responsable, capable de profiter des potentialités de cet univers et d'y exercer de manière effective ses droits et devoirs"<sup>909</sup>.

Or, force est de constater que l'acteur clé d'une telle éducation aux traitements de données personnelles, la CNIL, manque aujourd'hui cruellement d'une réelle caisse de résonance, tant auprès des personnes que des collecteurs. Et la solution de l'éducation, même si elle est essentielle apparaît insuffisante car peu de gens osent lire toutes ces clauses et quand bien même elle seraient lues, difficile de les refuser si l'on souhaite accéder aux services proposés.

**564.** Ces difficultés de l'autorité de régulation de référence que représente la CNIL et la difficile pertinence d'une rémunération directe des patients par les collecteurs nous amènent à questionner la problématique qui nous occupe sous un autre angle.

## SECTION 2 : L'APPROCHE MACRO JURIDIQUE DES REGLES D'UN MARCHÉ DES DONNÉES, UN DEPASSEMENT DU MODELE DU DROIT D'AUTEUR

**565.** Face à une rémunération directe des patients peu pertinente et complexe à mettre en œuvre, la question de l'appréhension économique de l'exploitation des données personnelles et plus spécialement des données personnelles de santé dans un objectif de rétablissement d'un équilibre entre collecteurs et patient reste entière.

---

<sup>908</sup> <https://www.educnum.fr/>.

<sup>909</sup> <https://www.cnil.fr/fr/education-au-numerique-grande-cause-nationale-2014-0>.

L'ultime voie qui s'offre à nous implique une prise de hauteur avec une approche de la problématique, plus large, plus grande, à une échelle juridique plus globale que l'on a qualifié de "macro juridique".

**566.** Il s'agit ici d'envisager la "collectivisation" du lien économique entre les personnes et leurs données. En d'autres termes, l'analyse s'appuiera sur l'idée d'une d'appropriation collective des individus de leurs données grâce à l'appui de L'État. L'État qui, en tant que représentation de la collectivité, apparaît comme un relais adéquat grâce à la fiscalisation de l'économie issue de l'exploitation des données (§1). Une telle fiscalité permettrait aussi de créer un système de régulation plus abouti et plus adapté à la réalité de l'économie numérique (§2).

### **§1. La fiscalité, outil de rééquilibrage des forces économiques**

**567.** Le numérique est par nature un secteur d'activité fuyant, qui bouleverse la plupart des schémas établis et qui rend la richesse produite insaisissable pour les Etats (A). Ce constat a amené de nombreux auteurs à construire des propositions de fiscalisation du numérique, approuvées par les uns mais difficilement acceptables pour les acteurs du secteur (B).

#### **A. Le constat dommageable d'une absence de fiscalité du numérique**

**568.** Le développement exponentiel du numérique bouleverse la plupart de nos schémas classiques et notamment celui de la valeur. Ainsi, "*La révolution numérique a eu lieu. Elle a donné naissance à une économie numérique qui remet en cause notre conception de la création de valeur*"<sup>910</sup>. L'industrie numérique est un tsunami ébranlant les fondations de tous nos concepts, qu'ils soient juridiques, économiques ou sociaux. Pourtant, malgré l'ampleur du phénomène et la part toujours plus croissante du numérique cette source de richesse est difficile à capter que ce soit pour les individus ou pour les États, en grande partie exclus des

---

<sup>910</sup> P. COLLIN & N. COLIN, Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique, janvier 2013, p. 1.

circuits économiques de cette industrie où les collecteurs se partagent, toutes les richesses.

**569.** Là où la perte de maîtrise se ressent le plus du fait d'une richesse volatile, impalpable et qui par essence ne cesse de circuler, c'est en matière fiscale : "*Malgré une intense activité économique sur le territoire des États les plus peuplés, les grandes entreprises de l'économie numérique n'y paient quasiment pas d'impôts*"<sup>911</sup>. Nos modèles fiscaux sont inadaptés à ce nouvel environnement économique, et c'est désormais toute une frange de l'économie qui se retrouve de fait "défiscalisée". Ajoutées à cette problématique très "fiscalo-fiscale", les données personnelles et leur exploitation constituent la richesse principale de ces collecteurs : "*Le point commun à toutes les grandes entreprises de l'économie numérique est l'intensité de l'exploitation des données issues du suivi régulier et systématique de l'activité de leurs utilisateurs* :

- *les données, notamment personnelles, sont la ressource essentielle de l'économie numérique [...]*

- *la collecte de donnée révèle le phénomène de "travail gratuit". [...] les données des utilisateurs d'application sont collectées sans contrepartie monétaire. [...] les utilisateurs deviennent, à travers ces données, des auxiliaires de la production et créent une valeur générant des bénéfices sur les différentes faces des modèles d'affaires*"<sup>912</sup>

**570.** "*La collaboration d'utilisateurs sur le territoire d'un État à la formation de bénéfices déclarés dans un autre État inspire une objection de principe : il est préoccupant que les entreprises concernées ne contribuent pas, par des recettes fiscales, à l'effort collectif sur le territoire où leurs utilisateurs résident et "travaillent" gratuitement*"<sup>913</sup>. Tout le paradoxe de cette économie réside donc ici : "*Alors même que l'économie numérique investit l'intimité de milliards d'individus, sa valeur ajoutée nous échappe*"<sup>914</sup>. La fiscalité apparaît donc comme un moyen de rétablir cet équilibre que nous tentons de combler depuis le début de

---

<sup>911</sup> P. COLLIN & N. COLIN, Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique, janvier 2013, p. 1.

<sup>912</sup> P. COLLIN & N. COLIN, *Ibid.*, p. 2.

<sup>913</sup> *Idem.*

<sup>914</sup> P. COLLIN & N. COLIN, *Ibid.*, p. 1.

nos travaux. Le déséquilibre économique qui s'est créé entre les patients et les collecteurs pourrait être amoindri, non pas par le droit de propriété, mais par l'instauration d'une fiscalité spécifique qui taxerait cette richesse économique dégagée par l'exploitation des données personnelles. La fiscalité devient un moyen "d'appropriation économique " de la valeur des données. Plutôt que de déterminer un droit de propriété sur les données permettant la rémunération directe des patients, la fiscalisation permet une sorte de rémunération indirecte où la collectivité, l'État, s'empare de recettes fiscales sur une richesse, une production de valeur.

**571.** La fiscalité du numérique a soulevé de nombreux débats aboutissants à la production de divers rapports et avis. C'est le rapport Collin et Colin qui a été le premier à lancer " le pavé dans la mare " en proposant une fiscalisation du numérique notamment basée sur le point commun à toutes les activités de ce secteur: l'exploitation des données. Il s'agit de répondre à différents enjeux dont notamment celui de la perte de maîtrise de la fiscalité du numérique. Pour ce faire, il est nécessaire de trouver une base d'imposition commune, une assiette qui pourrait être partagée par tous les acteurs de ce marché. Or, les données apparaissent comme le seul point commun et donc la seule base de taxation possiblement envisageable. C'est ce que traduit la première proposition du rapport Collin et Colin : " *recouvrer le pouvoir d'imposer les bénéfices qui sont réalisés sur le territoire par les entreprises de l'économie numérique : [...] doit se nourrir du rôle central joué par les données et le "travail gratuit " des utilisateurs, qui ne sont pas pris en compte aujourd'hui dans les raisonnements fiscaux- alors même qu'ils sont au cœur de la création de valeur, faciles à rattacher au territoire et communs à tous les modèles d'affaires qui dominent aujourd'hui l'économie numérique [...]* " <sup>915</sup>. Cette proposition implique inévitablement la seconde recommandation de ce rapport: " *Dans l'intervalle, créer une fiscalité liée à l'exploitation des données issues du suivi régulier et systématique de l'activité des utilisateurs sur le territoire* " <sup>916</sup>. On retrouve bien dans ses deux propositions la problématique de l'érosion des bases fiscales en matière d'économie numérique, mais aussi le déséquilibre économique entre utilisateur et collecteur induit par le

---

<sup>915</sup> P. COLLIN & N. COLIN, Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique, janvier 2013, p. 4

<sup>916</sup> P. COLLIN & N. COLIN, *Ibid.*, p. 5

numérique. En conséquence, la réponse à ces deux constats est bien la fiscalisation de l'exploitation des données.

## **B. La pertinence discutée d'une fiscalisation du numérique**

**572.** Cependant, un certain nombre d'objections apparaissent face à cette proposition et ce notamment de la part des acteurs de ce marché comme l'a constaté le Conseil National du Numérique : "*Dans l'ensemble, les participants sont opposés à une nouvelle fiscalité spécifiquement adressée au numérique*"<sup>917</sup>. En effet, un telle fiscalisation obligerait à définir le territoire d'activité, source du prélèvement fiscal, différemment de notre conception actuelle (1). Le niveau de fiscalité devrait aussi être équilibré afin de ne pas ralentir l'économie Numérique et empêcher l'émergence de nouveaux acteurs (2). De plus, la fiscalité apparaît comme un levier pouvant agir sur une amélioration de la protection des données personnelles (3).

### *1. L'exigence d'une nouvelle définition de la territorialité de la fiscalité*

**573.** La première objection est géographique. L'enjeu majeur de cette nouvelle fiscalité ( c'est aussi le cas sur les fiscalité actuelle comme l'impôt sur les sociétés ) est la définition du territoire de l'activité. Si aujourd'hui les Etats ne sont pas en mesure d'appréhender les richesses produites dans leur pays par le biais de la fiscalité c'est parce que la notion de territoire est actuellement inadaptée et profite à tout un système d'optimisation fiscale évoluant dans une économie mondialisée. Dans ses travaux, l'OCDE pointe du doigt cette nécessité de redéfinir la notion d'établissement permanent en préconisant d'établir plutôt une notion de présence numérique significative : "*redéfinir le lien entre une entreprise et un territoire (adapter le concept de « nexus ») : par une modification de la définition d'un établissement permanent, par le recours au concept de présence numérique significative, par la définition d'un établissement permanent virtuel ou par la mise en œuvre d'une retenue à la source par l'État du lieu de transaction*".<sup>918</sup> Cette

---

<sup>917</sup> Conseil National du Numérique, Concertation sur la fiscalité du numérique, Rapport, 2013, p. 15.

<sup>918</sup> J. CHARRIE & L. JANIN, Fiscalité du numérique, La note d'analyse, France Stratégie, n°26, 2015, p. 4.

question de la territorialité du droit fiscal en matière de numérique n'est pas sans rappeler la question à laquelle la CJUE a eu à répondre en 2014 à propos du droit à l'oubli numérique. En effet, dans sa décision du 13 mai 2014, la CJUE a du notamment du répondre à la question de la territorialité de l'application de la directive européenne sur les données personnelle. En effet, dans cette affaire, un ressortissant espagnol se plaignait de son référencement par le moteur de recherche Google Search opéré par la société américaine Google Inc. et souhaitait une suppression de certaines images le représentant. Or, Google Spain, filiale de Google Inc. n'effectue en Espagne que des activités de vente d'espaces publicitaires et non de traitements de données à caractère personnel. Les juridictions espagnoles ont donc été amené à poser la question de la définition de la " notion d'établissement responsable de traitement " et notamment si le traitement de données est effectué " dans le cadre des activités " de cet établissement. La CJUE a répondu positivement à cette question considérant que " *le traitement de données à caractère personnel qui est fait pour les besoins du service d'un moteur de recherche tel que Google Search, lequel est exploité par une entreprise ayant son siège dans un État tiers mais disposant d'un établissement dans un État membre [ en l'espèce Google Spain], est effectué «dans le cadre des activités» de cet établissement si celui-ci est destiné à assurer, dans cet État membre, la promotion et la vente des espaces publicitaires proposés par ce moteur* " <sup>919</sup> . Par cette décision, la CJUE étend considérablement la portée de la réglementation européenne en matière de traitement de données personnelles. Par son raisonnement et sa conclusion elle conclut à la territorialité européenne du traitement de données personnelles alors même que celui-ci est effectivement exercé par une société américaine.

**574.** Le contexte du numérique a obligé la Cour a adopté un raisonnement novateur, parfois critiqué, mais qui s'avérait nécessaire au regard des activités

---

<sup>919</sup> Cour de justice de l'Union européenne – 13 mai 2014 – n° C-131/12 ; B. HARDY, " Application dans l'espace de la directive 95/46/CE : la géographie du droit à l'oubli " ; *RTD eur.*, 2014. 879; M. AUBERT, " Chronique de jurisprudence de la CJUE ", *AJDA*, 2014. 1147; J. LARRIEU, " Droit du numérique ", *D.*, 2014. 2317; N. MARTIAL-BRAZ, " Les moteurs de recherche, maîtres ou esclaves du droit à l'oubli numérique ? ", *D.*, 2014. 1481; V. - L. BENABOU, " Les moteurs de recherche, maîtres ou esclaves du droit à l'oubli numérique ? ", *D.*, 2014. 1476; J. - P. JACQUE, " Protection des données personnelles, Internet et conflits entre droits fondamentaux devant la Cour de justice ", *RTD eur.*, 2014. 283.

concernées. La fiscalité est confrontée cette même problématique de territorialité et n'a pour l'instant pas pu par elle-même trouver une solution. Le renouveau d'un régime fiscal qu'il soit spécifique ou non au numérique devra nécessairement adopter une nouvelle définition de lieu de l'activité économique, non plus liée à la présence d'un siège social ou d'une succursale, mais par exemple liée à ce que l'OCDE a nommé "une présence numérique significative" : " *L'objectif doit être de redéfinir la territorialité des bases fiscales que sont la valeur créée et les bénéficiaires, afin de mieux déterminer les prix de transfert ou la valeur des échanges marchands de services contractés contre des données* " <sup>920</sup>.

## 2. La détermination cruciale d'un niveau de fiscalité acceptable

**575.** La deuxième objection à la fiscalisation est d'ordre économique : " *La création d'une fiscalité nationale du numérique est handicapante pour le développement de marchés en pleine expansion et représente un risque pour l'attractivité du secteur numérique* " <sup>921</sup>. En effet, l'apparition d'une nouvelle taxation pourrait créer intuitivement une certaine défiance des entreprises du numérique qui pourraient alors se détourner de l'économie française et effectuer leurs investissements dans des pays plus accueillants pour elles. Pourtant, des économistes se sont penchés sur le sujet et la conclusion est que finalement tout est une question de dosage de la fiscalité : " *Une telle fiscalité [ du numérique ], qui reposerait sur une taxe ad valorem des revenus publicitaires ou de la collecte de données personnelles, plus facilement rattachables à un territoire, ne serait cependant pas sans incidence. Il conviendrait de veiller à limiter les effets distorsifs qu'elle pourrait engendrer : collecte plus intensive de données, instauration de services payants, exclusion d'une partie des utilisateurs, frein à l'innovation. De ce fait, un taux de taxation assez faible et la mise en place d'un seuil, en deçà duquel l'entreprise ne serait pas taxée, semblent opportuns* " <sup>922</sup>. Le Conseil National du Numérique, dans sa proposition numéro 25 de son rapport de 2013 adopté la même mise en garde : " *il est crucial de considérer les effets de*

---

<sup>920</sup> Avis n°2013-3 du Conseil National du Numérique, Concertation sur la fiscalité du numérique, p. 10.

<sup>921</sup> Conseil National du Numérique, Concertation sur la fiscalité du numérique, Rapport, 2013, p. 17.

<sup>922</sup> J. CHARRIE & L. JANIN, Fiscalité du numérique, La note d'analyse, France Stratégie, n°26, 2015, p. 1.

plateforme et de seuil qui vont découler d'une taxe sur la collecte et l'exploitation de données afin d'arbitrer sur un dimensionnement de la taxe qui ne soit pas pénalisant pour les PME françaises et ne crée pas de distorsions systématiques entre les acteurs." <sup>923</sup>En d'autres termes, la fiscalisation peut être pertinente sous réserve qu'elle soit bien délimitée et surtout bien nivelée et qu'elle ne bride pas l'innovation.

### 3. La fiscalité, un outil de protection des données personnelles

**576.** Ces différentes analyses restent très fiscal-centrées et pourtant la question des droits des personnes à l'égard de leur donnée n'est pas oubliée et la fiscalité est même envisagée sous l'angle d'une fonction protectrice des droits. En effet, " *Les modèles d'affaires des entreprises du numérique sont fondés sur l'exploitation, parfois excessive du point de vue des utilisateurs, des données personnelles. La fiscalité peut être un outil incitatif pour la diminuer.*"<sup>924</sup> Ainsi, " *sans exonérer d'aucune manière les entreprises de l'obligation de respecter les droits fondamentaux relatifs à la protection des données personnelles, ce principe de "prédateur-payeur" conduirait à taxer celles qui s'en tiennent à une application formelle du droit en vigueur et exercent en réalité une forme de captation exclusive des données qu'elles collectent, notamment en ménageant des obstacles à la portabilité et à la réutilisation personnelles de ces données par les utilisateurs eux-mêmes*"<sup>925</sup>. Il est vrai que la monétisation de la collecte, la rémunération des utilisateurs pour leurs données, pourrait à la fois rationaliser cette collecte et servir de taxation, mais elle reste difficilement applicable et peu pertinente : " *par ailleurs, la réglementation pourrait inciter les entreprises à offrir des menus avec des options permettant différents degrés d'exploitation des données, ce qui les conduirait à rémunérer les individus pour l'utilisation de leurs données personnelles — sous forme de compensation monétaire ou plus simplement d'accès à des services de qualité supérieure. Cette monétisation éventuelle des transactions pourrait en outre fournir une assiette pour une*

---

<sup>923</sup> Conseil National du Numérique, Concertation sur la fiscalité du numérique, Rapport, 2013, p. 22.

<sup>924</sup> J. CHARRIE & L. JANIN, Fiscalité du numérique, La note d'analyse, France Stratégie, n°26, 2015, p. 6.

<sup>925</sup> P. COLLIN & N. COLIN, Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique, janvier 2013, p. 5.

taxation."<sup>926</sup> Une fiscalité différenciante est aussi envisageable selon le type de données et le Conseil National du Numérique a d'ailleurs émis cette hypothèse : " sur le périmètre des données, un besoin de « catégorisation » a été exprimé. En effet, suivant les données considérées par la taxe, les effets seraient différents. La notion de données pourrait s'étendre au-delà des données personnelles et s'élargir aux données d'usage, de production, d'entreprise, de site, etc. "<sup>927</sup> concluant ainsi à la nécessité de " définir un statut pour les données et élaborer une matrice typologique des données entrant dans les chaînes de valeur des activités numériques."<sup>928</sup>. L'idée d'une taxation différenciée entre les types des données pourrait s'avérer pertinente en matière de données sensibles afin de justement bien marquer cette caractéristique. Une taxation limitée à ces données, raisonnée et raisonnable, pourrait responsabiliser les collecteurs de ce type de données.

**577.** Toutes les parties prenantes à ce débat de la fiscalité du numérique s'accordent à dire que le pan fiscal n'est pas le seul à envisager et que ce sont tous les pans du droit qui doivent accompagner cette transformation, déjà bien engagée, de notre économie : " les transformations des modèles d'affaires, induites en particulier par les plateformes, soulèvent des questions qui vont bien au-delà de la seule fiscalité : innovation, concurrence, cybersécurité, gestion des données, financement de la création culturelle sont affectés. Les cadres existants doivent être adaptés au numérique, et ce, de manière coordonnée. Ainsi, les modèles développés dans l'étude, même s'ils sont centrés sur la fiscalité du numérique, ne manquent pas de souligner les interactions entre la fiscalité et la situation concurrentielle ainsi que la collecte et l'exploitation des données personnelles."<sup>929</sup>. Ainsi, " les États doivent au-delà de la seule fiscalité utiliser également les ressources du droit de la concurrence, du droit de la consommation, du droit des données personnelles, voire du droit de la propriété

---

<sup>926</sup> J. CHARRIE & L. JANIN, Fiscalité du numérique, La note d'analyse, France Stratégie, n°26, 2015, p. 7.

<sup>927</sup> Conseil National du Numérique, Concertation sur la fiscalité du numérique, Rapport, 2013, p. 23.

<sup>928</sup> *Idem.*

<sup>929</sup> J. CHARRIE & L. JANIN, Fiscalité du numérique, La note d'analyse, France Stratégie, n°26, 2015, p. 7.

intellectuelle, afin d'adapter de nombreux concepts à la transformation numérique <sup>930</sup>.

**578.** C'est notamment notre système de régulation qui doit être repensé comme l'indique clairement l'une des propositions du Conseil National du numérique : "*réfléchir à une manière de faire évoluer des structures de régulation comme la CNIL ou l'ARCEP pour aboutir à une solution alternative d'encadrement des comportements sur la collecte et l'exploitation des données. Par exemple, un modèle de Conditions générales d'utilisation imposé à tous les acteurs concernés (pas seulement de l'économie numérique) et une obligation déclarative des données anonymes auprès de ces autorités pour les entreprises ayant un fort volume d'utilisateurs et de client sont des pistes à étudier*" <sup>931</sup>.

## **§2. Le nécessaire renforcement de la régulation économique des données**

**579.** En plus d'une fiscalisation de l'exploitation de données personnelles sensibles, notre étude nous a amené à constater et à décrire l'existence d'un marché des données. Les différentes observations et les déséquilibres majeurs identifiés nous conduisent naturellement à nous attarder sur la question de la régulation et du régulateur de ce marché. Force est de constater que la régulation économique du marché des données est inexistante (A) et la pertinence de la mise en place d'une telle régulation devra répondre à un certain nombre d'exigences (B).

### **A. L'absence de régulation économique des données**

**580.** Bien évidemment, la CNIL apparaît déjà aujourd'hui comme un régulateur, pas d'un marché, mais plutôt de libertés fondamentales. Cependant la première question à se poser avant de poursuivre est "*Que faut-il entendre par*

---

<sup>930</sup> Avis n°2013-3 du Conseil National du Numérique, Concertation sur la fiscalité du numérique, p. 9.

<sup>931</sup> Conseil National du Numérique, Concertation sur la fiscalité du numérique, Rapport, 2013, p. 23.

régulation<sup>932</sup> ? Il s'agit d'un mode opératoire original qui ne relève ni de la réglementation administrative ni de l'activité marchande et, par extension, qualifie l'autorité ou l'organisme en charge de cette fonction. À titre provisoire, la définition suivante peut être avancée : la régulation implique une action délibérée pour ajuster, autant que possible en temps réel, le comportement des opérateurs économiques par des moyens qui ne se limitent pas à la sphère du droit strictement entendue "<sup>933</sup>. Il a souvent été avancé que le terme régulation s'appliquait par principe au domaine économique, mais " *En France a prévalu jusqu'à présent une conception plus active et plus exigeante de la régulation qui inclut et dépasse l'optique libérale. Il s'agit certes de veiller à ce que les opérateurs respectent les disciplines du marché ; mais l'autorité de régulation a aussi pour mission d'assurer dans chaque secteur la conciliation des intérêts privés légitimes et les exigences de l'intérêt général qui ne le sont pas moins. C'est dire qu'elle est amenée à prendre en compte, non simplement les impératifs du service public/universel propres au secteur - en général géré par l'opérateur historique -, mais encore d'autres considérations d'intérêt général, variables d'un secteur à l'autre.* "<sup>934</sup>. Notre système juridique a depuis 1978 confié un bon nombre de ces fonctions de régulation à des autorités administratives indépendantes. L'apparition de ces " ovnis juridiques " " *procède en effet à la fois de méfiance et de suspicion vis-à-vis de l'État traditionnel, contesté dans sa toute-puissance et mis en cause quant à son impartialité et son efficacité, et d'aspiration à de nouveaux modes de régulation sociale, faisant une plus large place à la médiation ou aux compromis négociés et aussi soucieux de mise en œuvre effective des objectifs assignés à l'action publique que de respect formel de normes juridiques* "<sup>935</sup>. La CNIL est née de cette défiance à l'égard de l'État en matière de vie privée. En effet, l'État avait la volonté de centraliser les bases de

---

<sup>932</sup> J. CHEVALLIER, " La régulation juridique en question ", *Droit et Société*, 2001, n° 49 ; G MARCOU, " La notion juridique de régulation ", *AJDA* 2006. 347 ; L. CALANDRI, *Recherches sur la notion de régulation en droit administratif français*, « Bibliothèque de droit public », t. 259, LGDJ, 2009; M. - A. FRISON-ROCHE (dir.), *Internet, espace d'interrégulation*, Série "Régulations", coll. "Thèmes & Commentaires", Dalloz, mai 2016; M. -A. FRISON-ROCHE, " Définition du droit de la régulation économique ", *D.*, 2004 p.126; " Le droit de la régulation ", *D.*, 2001, p. 610.

<sup>933</sup> J.-L. AUTIN, " Le devenir des autorités administratives indépendantes ", *RFDA*, 2010, p. 875.

<sup>934</sup> *Idem.*

<sup>935</sup> Conseil d'Etat, Rapport Public, *Les autorités administratives indépendantes*, 2001, p. 257.

données de la Police et l'opinion publique s'en était profondément émue<sup>936</sup>. Ainsi, afin de répondre aux critiques, la mise en place d'un organe de contrôle et de régulation des traitements de données à caractère personnel et qui soit indépendant du gouvernement est apparue comme une garantie du respect au droit à la vie privée par l'État. Les autorités administratives apparaissent donc comme des solutions conjoncturelles (mais pas éphémères) à un certain nombre de problématiques rencontrées : " *trois justifications essentielles ont pu être avancées pour la création des autorités administratives indépendantes : offrir à l'opinion une garantie renforcée d'impartialité des interventions de l'État ; permettre une participation élargie de personnes d'origines et de compétences diverses, et notamment de professionnels, à la régulation d'un domaine d'activité ou au traitement d'un problème sensible ; assurer l'efficacité de l'intervention de l'État en termes de rapidité, d'adaptation à l'évolution des besoins et des marchés et de continuité dans l'action.* "<sup>937</sup>

**581.** Si l'on suit cette approche, la CNIL exerce donc bien une activité de régulation, mais qui reste aujourd'hui cantonnée à la stricte réglementation non économique sur les données personnelles. Pourtant même si " *le droit de la régulation est ainsi présenté comme un droit d'équilibre fondé sur la balance des intérêts : la fonction de l'autorité sectorielle consiste à arbitrer entre ces différents intérêts également légitimes* "<sup>938</sup>, il n'empêche que la CNIL n'a aujourd'hui aucune fonction économique de régulation des données personnelles. Or, " *si l'on replace ainsi l'histoire de la création des autorités administratives indépendantes dans une perspective de longue durée, il semble que le domaine économique ait été particulièrement fécond, comme si l'intervention traditionnelle de l'État dans ce domaine portait en germe de manière naturelle le concept d'autorité administrative indépendante, qui répond bien aux besoins nouveaux de régulation économique.*"<sup>939</sup>. Le schéma de l'autorité administrative indépendante pourrait ainsi être particulièrement adapté à des enjeux économiques comme ceux du marché des données et plus largement le marché du numérique.

---

<sup>936</sup> Voir notamment l'article de Philippe Boucher, « Safari ou la chasse aux Français », paru dans le journal Le Monde le 21 mars 1974.

<sup>937</sup> Conseil d'Etat, Rapport Public, *Les autorités administratives indépendantes*, 2001, p. 275

<sup>938</sup> J. - F. BRISSON, " La diversité des régulateurs nationaux sectoriels ", *RFDA*, 2014, p.869

<sup>939</sup> Conseil d'Etat, Rapport Public, *Les autorités administratives indépendantes*, 2001, p. 268

**582.** Ces différents aspects soulèvent plusieurs questions : quels seraient les contours d'une régulation élargie au domaine économique en matière de données et de numérique ? Quels attributs nouveaux seraient nécessaires au régulateur de ce marché ? Et enfin quels seraient la pertinence, les avantages et inconvénients d'un tel système de régulation ?

## **B. Les exigences d'une régulation économique efficace**

**583.** Une régulation efficace du marché des données doit répondre à un certain nombre d'exigences. L'arbitre de cette régulation, le régulateur, doit être indépendant (1) et performant (2). Mais au delà de la seule régulation économique c'est un régulation mixte et rationalisée qui doit être mise en place (3).

### *1. La nécessité d'un régulateur indépendant*

**584.** La première chose attendue d'une autorité de régulation, qu'elle soit dans le domaine économique ou non est son indépendance. Il existe " *deux facettes de l'indépendance, vis-à-vis du pouvoir politique, mais aussi vis-à-vis des secteurs professionnels régulés* " <sup>940</sup>. L'indépendance vis-à-vis de l'État et du secteur régulé s'exprime au travers d'un certain nombre de garanties d'indépendance organique <sup>941</sup> c'est-à-dire " *l'absence de pouvoir hiérarchique et de pouvoir de tutelle sur l'institution qui ne reçoit ni ordre, ni instruction du Gouvernement* ", <sup>942</sup> mais aussi un travers de garantie d'autonomie fonctionnelle. Aujourd'hui la plupart des autorités administratives indépendantes dépendent nécessairement du budget de l'État : " *l'indépendance fonctionnelle des autorités administratives indépendantes, on lui préfère souvent, et avec raison, le terme d'autonomie . Peu approfondie en France jusqu'ici, elle est d'avantage prise en compte dans les pays anglo-saxons, où prévaut une approche plus pragmatique, les données concrètes et en particulier les aspects financiers étant considérés comme un indice du potentiel d'autonomie réelle dont disposent les organes similaires.* " <sup>943</sup>. Cependant, " *sauf exception rarissimes, financées exclusivement sur crédits*

---

<sup>940</sup> Conseil d'Etat, Rapport Public, *Les autorités administratives indépendantes*, 2001, p. 288.

<sup>941</sup> Cette garantie organique est essentiellement assurée par la collégialité et le statut des membres du collège.

<sup>942</sup> Conseil d'Etat, Rapport Public, *Les autorités administratives indépendantes*, 2001, p. 291.

<sup>943</sup> *Ibid*, p. 290.

*budgétaires, les autorités administratives indépendantes ne sont pas dans une situation fondamentalement différente des administrations classiques* <sup>944</sup> les rendant de fait dépendantes du pouvoir central. Ainsi, " *Certains auteurs ont pu, en ce sens, avancer l'idée que l'indépendance supposait que l'autorité en cause dispose de ressources propres extrabudgétaires, comme par exemple des redevances liées à son activité et dont elle fixerait le montant* " <sup>945</sup> et des détracteurs de cette position avancent le fait que " *ce mode de financement, qui fait des ressortissants de l'autorité ses contribuables, n'est pas neutre et peut, à la différence d'un financement sur crédits budgétaires, être source d'une distanciation de cette autorité par rapport à l'État* " <sup>946</sup>. L'ancien Président de la CNIL, Alex Türk avait commencé à émettre l'hypothèse d'un financement de l'autorité par des contributions versées par chaque société ou collectivité publique qui déclare un traitement de données qui couvre la totalité des charges de la Commission <sup>947</sup>. Cette demande est restée lettre morte et la CNIL reste toujours financée par le budget de l'État. Le paragraphe précédent sur la fiscalisation de l'exploitation des données personnelles et notamment des données personnelles sensibles comme les données de santé est un autre moyen de contribuer à la fois à l'émancipation financière de la CNIL et à son positionnement comme acteur d'une régulation économique. En effet, la taxation de l'exploitation des données sensibles pourrait être versée entièrement ou pour partie à l'autorité de contrôle. Ce modèle existe déjà pour un certain nombre d'autorités comme par exemple l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) <sup>948</sup>.

**585.** L'octroi de ressources financières en propre ne peut cependant se faire que s'il est accompagné de l'octroi de la personnalité morale. En effet, sans cela la CNIL ne pourrait bénéficier d'un tel système de financement. La CNIL devrait donc être transformée en un "dérivé" de l'autorité administrative indépendante (AAI), une autorité publique indépendante (API). Par conséquent, " *Le législateur justifiait également l'octroi de la personnalité morale par la volonté d'affecter une ressource fiscale à l'API afin de renforcer son indépendance* " <sup>949</sup> et " *c'est*

---

<sup>944</sup> *Ibid*, p. 353.

<sup>945</sup> Conseil d'Etat, Rapport Public, *Les autorités administratives indépendantes*, 2001, p. 290.

<sup>946</sup> Conseil d'Etat, Rapport Public, *Les autorités administratives indépendantes*, 2001, p. 355.

<sup>947</sup> 29ème Rapport Annuel de la CNIL, Rapport annuel de 2008, 2009, p. 69.

<sup>948</sup> Article L. 621-5-3 du Code Monétaire et Financier.

<sup>949</sup> M. DEGOFFE, " Les autorités publiques indépendantes ", *AJDA*, 2008, p. 622.

*d'ailleurs parce que la commission de régulation de l'énergie ne fut finalement pas dotée d'une telle ressource que la personnalité morale qu'elle eut un moment lui a été finalement retirée*"<sup>950</sup>. Les autorités publiques indépendantes sont perçues comme " *le dernier stade de l'AAI, la consécration d'une indépendance totale* ",<sup>951</sup> car l'attribution de la personnalité morale est présentée comme comportant plusieurs avantages en sus des ressources financières propres : " *Trois avantages étaient attendus [de l'octroi de la personnalité morale à l'AMF] comme le souligne le rapporteur du texte au Sénat, Philippe Marini :*

- *la personnalité morale permet de renforcer la souplesse de fonctionnement de l'AMF (tant à l'égard de ses ressources puisqu'elle peut disposer de recettes fiscales affectées, que de son patrimoine ou de son personnel) ;*

- *elle permet également à l'AMF d'être pleinement responsable de ses actes, ce qui devrait renforcer son autorité : elle peut agir en justice et être atraite devant les tribunaux et ce n'est désormais plus la responsabilité de l'État qu'elle engage par ses actes dommageables, mais sa responsabilité propre ;*

- *elle permet de renforcer la visibilité internationale de l'autorité.*"<sup>952</sup>

Toutefois, même perçue comme la consécration de l'indépendance, " *La personnalité morale présente ensuite des risques : pleinement responsable de ses actes, l'institution peut répugner à prendre des décisions audacieuses qui l'engageraient au-delà des capacités de son patrimoine ainsi que l'a constaté le Conseil d'État dans un avis récent à propos de la commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance* " <sup>953</sup>.

**586.** En conséquence, une CNIL régulateur du marché des données devrait à tout le moins être dotée de la personnalité morale pour pouvoir bénéficier de ressources propres issues d'une fiscalité du numérique. Cela garantirait son

---

<sup>950</sup> *Idem.*

<sup>951</sup> *Idem.* Voir par exemple : D. LINOTTE et G. SIMONIN, " L'autorité des marchés financiers, prototype de la réforme de l'Etat ? ", *AJDA* 2004. 143

<sup>952</sup> M. DEGOFFE, Les autorités publiques indépendantes, *AJDA*, 2008, p. 622 et voir v. D. LABETOULLE, " La responsabilité des AAI dotées de la personnalité morale : coup d'arrêt à l'idée de « garantie de l'Etat ». A propos de l'avis du Conseil d'Etat du 8 septembre 2005 ", *CJEG*, 2006. 359

<sup>953</sup> M. DEGOFFE, " Les autorités publiques indépendantes ", *AJDA*, 2008, p. 622

indépendance et lui permettrait de dégager un certain nombre de ressources pour diversifier son action et garantir son efficacité.

## 2. La nécessité d'un régulateur performant

**587.** La seconde exigence vis-à-vis de ces autorités de régulation est qu'elles fassent preuve à la fois d'autorité, comme leur nom l'indique, et d'efficacité: " *On attend en effet de la régulation qu'elle assure en continu l'interactivité entre le droit et le fait. Ce qui veut dire qu'il appartient à l'autorité de régulation de faire évoluer en permanence la règle qu'elle applique pour mieux suivre l'évolution de comportements sur le terrain ou l'inventivité des opérateurs, et qu'elle doit parallèlement mettre fin en permanence aux comportements déviants ou d'affecter les équilibres du système et plus encore, si possible, les prévenir* " <sup>954</sup>. Et " *c'est précisément cette adaptabilité et cette plasticité qui expliquent l'essor qu'elles connaissent dans la société contemporaine.*" <sup>955</sup>. La réponse à ces attentes s'analyse à la lumière des pouvoirs qui sont accordés à ces autorités. Ces pouvoirs sont très variés et variables selon les autorités : émettre un avis, formuler des propositions et recommandations; pouvoir d'injonction, pouvoir de prendre des décisions individuelles, pouvoir règlementaire délimité, pouvoir d'investigation, pouvoir de sanction <sup>956</sup>. L'indépendance est évidemment aussi une manière d'assurer l'autorité du régulateur, car elle permet d'éviter toute défiance à son égard. Les pouvoirs d'élaboration de normes plus ou moins contraignantes permettent d'assurer l'efficacité du système grâce à une construction de celles-ci par des experts du secteur, dégagés de la lourdeur du système classique. Les pouvoirs de sanction terminent d'asseoir cette autorité où la technicité du contentieux et la nécessité de faire cesser rapidement les dysfonctionnements sont au cœur de la mission de ces régulateurs. Bien sûr, toutes les autorités administratives indépendantes ne disposent pas de tous ces pouvoirs. La CNIL dispose d'un panel assez large : elle émet des avis, contrôle et sanctionne.

---

<sup>954</sup> Conseil d'Etat, Rapport Public, Les autorités administratives indépendantes, 2001, p. 280

<sup>955</sup> J. CHEVALLIER, " Le statut des autorités administratives indépendantes : harmonisation ou diversification ? ", *RFDA*, 2010, p. 896

<sup>956</sup> Conseil d'Etat, Rapport Public, Les autorités administratives indépendantes, 2001, p. 308 à 311

### 3. La nécessité d'une régulation mixte et rationalisée

**588.** Il est vrai que l'on pourrait se satisfaire d'une situation où la CNIL, dotée de ressources propres continuerait d'exercer sa fonction telle qu'elle existe aujourd'hui. Pourtant, un exemple de réflexion concernant un autre secteur de la régulation pourrait servir une proposition plus ambitieuse et plus globale que la régulation des droits des personnes sur leurs données. Il s'agit d'associer une régulation des droits et une régulation économique.

**589.** En effet, le domaine de la culture est confronté de plein fouet à la mutation numérique et des tentatives d'adaptation à ce contexte ont été avancées. Mais avant même d'envisager les évolutions de cette régulation, le principe de la régulation "mixte", c'est à dire à la fois économique et protectrice d'autres intérêts comme les droits fondamentaux, s'est avéré nécessaire de par les mutations et la transformation de cet écosystème en marché : "*Si le domaine de la culture n'échappe pas à l'emprise du droit de la régulation, c'est d'abord parce que le droit à la culture a cessé d'être seulement un droit-créance relevant, pour en permettre l'accès au plus grand nombre, de la création de services publics ; les citoyens qu'il convenait d'instruire sont devenus des consommateurs de biens et services culturels. Il existe ainsi toute une économie de la culture, appuyée sur des industries culturelles qui, nées notamment de la suppression d'anciens monopoles publics, s'inscrivent dans une logique de marché encore défaillante*"<sup>957</sup>. Il en va de même des données et du secteur du numérique, véritable industrie de services, en grande partie basé sur le traitement de données. Le secteur de l'audio visuel a d'abord été régulé par un régulateur qui, tout comme la CNIL, se limite à la protection de droits et qui s'est vu par la suite attribuée des missions à dimension économique : "*le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA), parfois qualifié de « régulateur sociétal » pour insister sur sa fonction de protection de la liberté de communication, fonction qui l'amène à surveiller la qualité des programmes ou encore le respect des quotas de production. Cependant, aux termes mêmes de la loi, le CSA doit également veiller « à favoriser la libre concurrence et l'établissement de relations non discriminatoires entre éditeurs et distributeurs de services, quel que soit le réseau de communications électroniques*

---

<sup>957</sup> J. - F. BRISSON, " La diversité des régulateurs nationaux sectoriels ", *RFDA*, 2014, p. 869.

utilisé par ces derniers ». La loi du 15 novembre 2013 a d'ailleurs renforcé " la dimension économique de la régulation de l'audiovisuel : elle met le CSA en situation « de réaliser une meilleure allocation des ressources, autant soucieuse du plus large accès des opérateurs que de la pérennité de leur écosystème "<sup>958</sup>. Mais deux autres régulateurs agissent en même temps dans le même domaine, sur des axes différents : la Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des droits sur internet (HADOPI) ciblée sur le respect des droits d'auteur à l'heure du numérique <sup>959</sup> et l'Autorité de Régulation des Communication Electroniques et des Postes (ARCEP) en charge des problématiques d'accès au réseau<sup>960</sup>. L'arrivée du numérique dans l'industrie de la culture a contribué à amoindrir les frontières entre les champs d'action de ces trois autorités. De fait, " *La diversité des autorités de régulation conduit parfois à considérer qu'il y a trop de régulateurs : parce que tous les régulateurs sont amenés à s'intéresser aux comportements des opérateurs et donc à traiter de questions très proches ; parce que les compétences des régulateurs paraissent se chevaucher ; parce que surtout les régulations sectorielles fonctionnent sur le même modèle théorique "*<sup>961</sup>.

**590.** Ces difficultés de lisibilité offrent : " *deux options*[de simplification] [...] *aux pouvoirs publics. L'absorption de la régulation ex ante par l'Autorité de la concurrence et la fusion des autorités sectorielles "*<sup>962</sup>. Par voie de conséquence, les discussions autour d'une fusion entre l'ARCEP et le CSA ont débuté : " *Le projet le plus discuté est celui de la fusion entre l'ARCEP et le CSA annoncé par le Premier ministre en 2012 et confié à la réflexion d'une mission interministérielle. Il résultait de trois types d'observations : la convergence technologique de l'audiovisuel et des télécommunications dans le cadre d'internet et de l'économie numérique ; le fait que de certains États aient fait historiquement un choix différent de la France en confiant la régulation de l'audiovisuel et des télécommunications à une seule et même autorité ; le partage des compétences*

---

<sup>958</sup> *Idem.*

<sup>959</sup> Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 dite «loi création et internet»; loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet.

<sup>960</sup> La loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales.

<sup>961</sup> J. - F. BRISSON, " La diversité des régulateurs nationaux sectoriels ", *RFDA*, 2014, p. 869.

<sup>962</sup> *Idem.*

*entre régulateurs - par exemple en ce qui concerne la gestion du spectre hertzien qui paraît pour le moins complexe en faisant notamment* <sup>963</sup>.

Les obstacles à cette fusion, outre la réticence des autorités concernées, sont profonds : *" Les deux régulations sont marquées par une profonde dissymétrie : l'audiovisuel fait l'objet d'une régulation des contenus axée sur la qualité des programmes et la protection de la diversité culturelle tandis que le principe de neutralité de l'internet interdit a priori toute régulation de ce type par l'ARCEP* <sup>964</sup>. Malgré ces difficultés la fusion semble être une bonne solution pour assurer une certaine cohérence et lisibilité de cette régulation. Pourtant, *" En 2007, la Commission des affaires économiques du Sénat, jugeant inopportun d'instituer une autorité de régulation de l'ensemble des échanges sur internet, avait plaidé pour un autre modèle de gouvernance intégrant l'ensemble des acteurs d'internet (particuliers, entreprise, ONG, État), et proposait en ce sens de consacrer par la loi l'existence du Forum des droits de l'internet, mécanisme d'autorégulation créé en 2001*"<sup>965</sup>. Ce forum, constitué sous la forme d'une association a disparu en 2010. En parallèle, un Conseil consultatif du numérique a été créé en 2003<sup>966</sup> et depuis 2011 un Conseil National du Numérique a été mis en place<sup>967</sup>.

**591.** Que ce soit en matière numérique ou dans le domaine de la culture, *" la diversité des autorités sectorielles peut être appréhendée d'une double manière : soit comme une richesse qui contribue à faire de la régulation ex ante un modèle juridique original ; soit au contraire comme une cause de chevauchement de compétences ouvrant des risques importants de contradictions* <sup>968</sup>. On s'oriente plutôt vers la deuxième option car la régulation du numérique représente un tel capharnaüm qu'elle en est inexistante. La variété des entités et instances créées pour échanger, informer, recommander et réguler le numérique témoigne de la difficulté à appréhender la régulation du numérique. C'est pourquoi il serait peut

---

<sup>963</sup> J. - F. BRISSON, " La diversité des régulateurs nationaux sectoriels ", *RFDA*, 2014, p. 869.

<sup>964</sup> *Idem.*

<sup>965</sup> *Idem.*

<sup>966</sup> Décret n° 2003-1167 du 8 décembre 2003 portant création du Conseil consultatif de l'internet.

<sup>967</sup> Décret n° 2011-476 du 29 avril 2011 portant création du Conseil national du numérique; Décret n° 2012-1400 du 13 décembre 2012 relatif au Conseil national du numérique : *" Le Conseil national du numérique a pour mission de formuler de manière indépendante et de rendre publics des avis et des recommandations sur toute question relative à l'impact du numérique sur la société et sur l'économie "*.

<sup>968</sup> J.-F. BRISSON, " La diversité des régulateurs nationaux sectoriels ", *RFDA*, 2014, p. 869.

être bon de créer une autorité de régulation du numérique dans toutes ses composantes, c'est à dire reprenant les compétences du CSA, de l'ARCEP, de l'HADOPI et bien sûr de la CNIL, en y intégrant l'expertise du Conseil national du numérique afin d'assurer la cohérence de la régulation d'un marché qui ne cesse de se développer et de s'agiter et qui doit pourtant aussi prendre en compte des impératifs de protection des personnes, des auteurs, et des citoyens et notamment des citoyens-patients. Eu regard des développements précédents, il n'y a pas lieu de créer une autorité de régulation spécifique aux données de santé, ou alors s'est s'exposer à une nouvelle complexité. L'autorité de régulation n'a pas à être distincte, c'est les règles de cette régulation des données de santé qui doivent être particulières, comme c'est déjà le cas aujourd'hui avec la qualification de "données sensibles".

## CONCLUSION CHAPITRE 2

**592.** Quelle que soit l'option retenue en matière " d'économisation " des données personnelles, la consécration d'un droit de propriété intellectuelle sur les données personnelles qui présente un certain nombre d'insuffisances ou la fiscalisation de l'exploitation des données, les différents modèles doivent être adaptés au numérique.

**593.** L'exploitation directe par les personnes et patients impose des aménagements des règles contractuelles d'exploitation guidées par la protection des personnes. Pourtant les modèles contractuels qui existent déjà aujourd'hui sont eux même spécifiques au numérique et les conditions générales d'utilisation (CGU) voire conditions générales de vente (CGV) présentent des travers qu'il conviendrait d'anticiper et d'encadrer au regard des constats actuels sur ces clauses.

**594.** La taxation des activités d'exploitation de données a le mérite de pallier les difficultés engendrées par un modèle de droit d'auteur sur les données tout en permettant un rééquilibrage économique. L'État se positionnerait comme un relais, un acteur permettant de collectiviser l'exploitation économique des données personnelles sensibles en mettant en place une fiscalité à la fois restreignant le traitement anarchique de données de santé et bien dosée pour éviter toute déperdition d'innovation.

**595.** Mais au-delà, c'est tout le système de régulation du numérique qu'il faudrait refondre en profondeur afin de lui donner toute l'envergure, l'autorité, l'efficacité nécessaire pour faire face au marché du numérique et des données en positionnant un régulateur unique du numérique et une fiscalité associée et ce pour tous les types de données, qu'elles soient de santé ou non.

La régulation du marché des données de santé personnelles doit se faire au travers de règles particulières, semblables à celles du droit positif, et d'une fiscalité plus forte afin de rétablir l'équilibre économique et marquer la sensibilité de ces données. Cette régulation mixte, entre droits des personnes et règles du marché, devra être arbitrée par un " hyper régulateur numérique " ayant compétence pour

tout ce qui attrait à ce domaine et pas seulement celui de la santé. Il s'agira pour ce régulateur de veiller au respects des droits personnes, des droits particuliers des patients, mais aussi de veiller au bon fonctionnement d'un marché, celui du numérique.

## CONCLUSION TITRE 2

**596.** Le droit d'auteur est un modèle de droit de propriété qui a su assurer la synthèse entre des intérêts économiques et des intérêts moraux. L'application d'un droit avec une structure juridique semblable aux données de santé personnelles permet de contrer une grande partie des revers du droit de propriété "classique ". Il assure la persistance d'un lien entre le patient et sa donnée et ce même en cas de valorisation économique de celle-ci. Mais malgré cet atout non-négligeable, il n'empêche que le droit de propriété sur les données personnelles de santé, même s'il est calqué sur le droit d'auteur, ne garantit pas les droits des patients sur celles-ci et la valorisation économique directe reste peu intéressante, y compris pour les collecteurs.

**597.** La réponse à notre problématique se trouve non pas dans la création d'un nouveau droit de propriété sur les données de santé mais plutôt dans le renforcement des droits et dans une refonte du système de régulation en lui adjoignant une dimension économique par le biais d'une fiscalisation de l'économie des données.



## CONCLUSION PARTIE 2

**598.** A la question le droit de propriété est-il un régime pertinent pour à la fois garantir les droits des patients sur leurs données et permettre leur exploitation économique, la réponse est non.

**599.** Même si le droit de propriété et surtout le droit d'auteur peuvent être à même de concilier des intérêts divergents, leur efficacité juridique et économique n'est pas probante en matière de données de santé et *a fortiori* concernant les données de manière générale. Ce constat est essentiellement fait à propos des données personnelles de santé, point névralgique de notre analyse. Un modèle de droit basé sur le droit d'auteur n'est pas en mesure de parfaire le régime du droit positif car la pratique montre que la rétribution directe des patients pour l'usage de leurs données est inintéressante et même inefficace économiquement, alourdissant les charges pesant sur les collecteurs.

**600.** Le déséquilibre économique que marque l'exploitation massive des données par les collecteurs peut cependant être résolu différemment. L'Etat, par le biais d'une fiscalisation des activités économiques liées à l'exploitation de données personnelles de santé, pourrait ainsi s'intercaler entre les individus et les collecteurs afin d'assurer un retour économique sur cette exploitation des données de ses ressortissants. L'Etat se retrouve être un concentrateur " des droits d'exploitation économique des données personnelles".

**601.** Afin d'être complètement efficace, la fiscalisation ne saurait suffire, il faut aussi repenser la régulation du Numérique, de tout le secteur du Numérique et ce sans morcellement. Pour ce faire, la solution la plus idoine n'est pas un changements des droits des personnes avec la Loi Informatique et Libertés, ou des droit des artistes ou de la régulation spécifique des réseaux, mais l'émergence d'un régulateur global, indépendant financièrement grâce aux nouvelles recettes fiscales, arbitre de l'entièreté du secteur du numérique et ce sur toutes les problématiques, y compris économiques.



# CONCLUSION GENERALE

**602.** Droit de propriété et droit des données de santé, *a priori*, deux droits frères ennemis qui pourtant, *a posteriori* de l'analyse, présentent de nombreux points communs tant dans leur contenu que dans leurs objectifs. Ces similitudes sont telles que l'on ne peut s'empêcher de se demander si finalement le droit des données de santé n'est pas déjà un droit de propriété et que donc la question de l'application d'un droit de propriété aux données de santé serait stérile. C'est peut-être, voire sûrement, ce que ce travail a permis d'entrevoir dans sa première partie. Cette position repose fondamentalement sur la définition que l'on donne au droit de propriété. Si l'on s'en tient aux caractères et prérogatives, on retrouve des traces de chacun dans les droits pesants sur les données de santé. Mais c'est en matière de droits sur les données personnelles que ce questionnement s'avère le plus délicat. En effet, le droit de propriété semble impliquer une composante patrimoniale qui est aujourd'hui clairement niée par l'article L. 1111-8 du Code de la Santé Publique qui dispose que " *tout acte de cession à titre onéreux de données de santé identifiantes, directement ou indirectement, y compris avec l'accord de la personne concernée, est interdit [...]*". Cependant, pouvons-nous dire que le fait d'interdire la vente de données personnelles, de les extraire de cette partie-là du commerce juridique exclut forcément un droit de type propriétaire ? L'interdiction "d'une cession à titre onéreux " n'empêche pas de transaction autre comme une donation ou encore en échange d'un service. C'est pas exemple le cas pour le don d'organe ou encore pour la collecte de données de santé car en échange du traitement de données, le patient bénéficie d'un service. L'exclusion du caractère onéreux ou même du commerce juridique pourrait ne pas empêcher l'application ou la reconnaissance d'un droit de propriété.

**603.** On adhère d'autant plus à cette opinion si l'on arrive à faire preuve d'abstraction juridique, à faire une *tabula rasa* de notre droit. Si aujourd'hui les données de santé n'étaient réglementées par aucune disposition particulière, il y a fort à parier que ce serait un droit de propriété, qui serait appliqué en l'absence de

toute autre règle. Si le droit, et notamment le législateur a souhaité intervenir c'est non pas pour éviter l'application du droit de propriété mais pour la restreindre, la circonscrire. Si l'on cesse de croire que la propriété doit forcément cumuler caractères absolu, exclusif, perpétuel et prérogatives d'*usus*, *abusus* et *fructus*, alors, il est possible d'envisager les droits sur les données sous cet angle. Notre droit reste pudique à cet égard, car la croyance générale reste liée au fait que le droit de propriété implique nécessairement la possibilité d'actes onéreux. Et pourtant, limiter la propriété du fait de la particularité de l'objet en cause ce n'est pas la renier. Sans doute fallait-il intervenir pour protéger les patients d'éventuelles dérives, pour assurer leur maîtrise des données de santé qui les concerne mais sans doute aussi le langage commun n'aurait pas forcément tort lorsque l'on parle de " ses données " ou encore lorsque l'on rétorque que " mes données m'appartiennent ". Le sentiment partagé d'appartenance, de propriété sur les données est bien le signe que seul ce droit peut procurer une réelle maîtrise et garantir le lien entre la chose et son sujet. Le profane du droit a raison, il a bien un droit de propriété sur ses données mais un droit de propriété particulier, spécial qui pourra parfois l'entraver, notamment s'il souhaite vendre ses données de santé. Si cela lui est interdit, c'est pour le préserver, pour éviter de traiter ses données comme des choses *ambdas* et aussi pour protéger ces choses d'un marché en proie à des instincts uniquement économiques, car ce qui est interdit pour lui l'est aussi *a fortiori* pour les collecteurs. Par conséquent, il s'agirait de repenser la propriété, de se pencher à nouveau vers les théories de la propriété sociale. Or, " *ce travail de rénovation de la propriété n'est possible que si les juristes acceptent de sortir de leur juridisme qui les coupe du monde et les empêche d'œuvrer à sa transformation. Accepteront-ils de prendre leur part de responsabilité dans la situation actuelle et dans la grande réflexion qu'il faut urgemment nourrir pour l'améliorer, ou bien resteront-ils au-dehors préférant jouer le rôle de simples techniciens ? Seront-ils des ingénieurs concevant des outils permettant de penser et transformer le réel ou bien des bricoleurs tentant d'adapter de vieux ustensiles pour tenter de suivre l'évolution ?*"<sup>969</sup>.

---

<sup>969</sup> J. - P. CHAZAL, " La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel ", *RTD Civ.*, 2014 p. 763.

**604.** Le constat d'un déséquilibre juridique et économique entre patients et collecteurs avait donc forcément positionné le débat sur la question de la possible et de la pertinence de l'application du droit de propriété. Mais il existe déjà ! En conséquence, la véritable question était donc celle de savoir s'il était possible et pertinent d'appliquer aux données de santé un droit de propriété moins " amputé ", plus complet. C'est ainsi que le modèle du droit d'auteur émerge comme un régime propriétaire apte à préserver l'actuel modèle propriétaire tout en introduisant une certaine souplesse, essentiellement économique. Mais une telle tentative, séduisante en théorie, ne résiste pas à la pratique et à l'épreuve de la réalité. Même si un droit sur les données calqué sur la dualité du droit d'auteur permet de garantir des droits équivalents à ceux existants tout en permettant la valorisation économique de celles-ci, on constate que le déséquilibre juridique restera forcément le même et le déséquilibre économique sûrement aussi, la valeur d'une donnée seule étant très faible. On notera tout de même, en dehors du champ de la santé, l'initiative récente de l'opérateur Telefonica en Espagne qui souhaite mettre en place une plateforme permettant à ses clients de demander une rémunération aux GAFAs en échange de leurs données. Ce positionnement intrigue et laisse présager d'un rapport de force entre les industriels de réseaux et les collecteurs. Telefonica se positionne ici comme défenseur des données personnelles face aux géants du web, une manière d'attirer la confiance de ses clients. Or, difficile pour les GAFAs de tenir un discours refusant cette rémunération<sup>970</sup>. La rémunération directe aurait peut-être donc de l'avenir... comme argument commercial. La protection de la vie privée et des données devient d'ailleurs un critère de différenciation entre collecteurs.

**605.** La solution ne semble pourtant pas du côté d'un régime propriétaire plus affirmé sur les données, le droit actuel ne demanderait pas forcément à être renforcé en matière de droits grâce aux récentes modifications des textes européens<sup>971</sup> et nationaux<sup>972</sup>. Mais ce renforcement doit s'accompagner d'une plus grande sensibilisation du grand public à leurs droits sur leurs données

---

<sup>970</sup> Voir l'article d'Usine Digitale : <http://www.usine-digitale.fr/article/les-abonnes-de-telefonica-pourront-reclamer-une-remuneration-aux-gafas-en-echange-de-leurs-donnees.N434152>.

<sup>971</sup> Règlement (UE) 2016/679 du Parlement Européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 96/46/CE (règlement général sur la protection des données).

<sup>972</sup> Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, *op.cit.*

personnelles. Ce passage obligé par l'éducation pourrait sembler utopique mais il est nécessaire. "Nul n'est censé ignorer la loi" mais il est pourtant bien difficile pour tout un chacun de s'y retrouver et de savoir quoi lire et quoi faire pour protéger ses données et encore faut-il le vouloir et le pouvoir. Ces actions éducatives pourraient aussi s'accompagner d'un plus grand encadrement des conditions générales d'utilisation en obligeant à plus de clarté et de simplicité.

**606.** Le déséquilibre économique pourrait quant à lui être pallié par une meilleure fiscalité de ces activités du numérique fondées sur l'exploitation de données. Cette voie de la fiscalité imposerait de repenser la notion de lieu d'établissement, donc de renouveler le critère géographique de la fiscalité mais surtout de l'harmoniser à niveau européen. En cas de disparité fiscale entre États membres, cela laisserait forcément les États les plus durs fiscalement à l'écart des investissements des industries du numérique. Il faudrait donc à la fois harmoniser mais aussi déterminer un niveau de fiscalité acceptable pour maintenir un secteur économique en pleine croissance et les revenus de cette même fiscalité pourraient même aider à le stimuler. Le cercle économique vertueux est donc possible. Cet enjeu de territorialité fiscale est aussi essentiel pour tous les autres droits des personnes sur leurs données. Comment assurer la protection des droits des personnes lorsque de nombreux collecteurs sont installés en dehors de l'Union Européenne ? Là aussi, le droit doit revoir ses critères de territorialité et la CJUE a admirablement entamé ce processus dans son arrêt *Google c/ Spain* de 2014<sup>973</sup>.

**607.** Ces questionnements et potentielles solutions rejaillissent inévitablement sur celui de la régulation des données, et encore plus largement de la régulation du numérique. Aujourd'hui éparse, cette régulation mériterait sûrement de se désenclaver *a minima* par la mise en place de mécanismes d'interrégulation<sup>974</sup> ou *a maxima* en unifiant les différentes régulations pour transcender la dichotomie artificielle entre régulation des droits et libertés fondamentaux et régulation économique pour ainsi regrouper les régulations éparpillées du numérique. La régulation et le régulateur du numérique seraient au cœur de ce système juridique

---

<sup>973</sup> CJUE, gde ch., 13 mai 2014, aff. C-131/12, Google Spain SL, Google Inc. c/ Agencia Española de Protección de Datos e.a. : JurisData n° 2014-009597 ; *Comm. com. électr.*, 2014, étude 13, A. DEBET ; *JCP E*, 2014, 1326, note M. GRIGUER ; *JCP E*, 2014, 1327, note G. BUSSEUIL.

<sup>974</sup>M. - A. FRISON-ROCHE (ss. dir. de), *Internet, espace d'interrégulation*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2016.

exigeant d'éclairer et d'informer les citoyens, de prélever les différentes taxations et d'assurer du bon fonctionnement d'un marché. Ne serait-ce d'ailleurs pas là aussi l'occasion de lancer un régulateur européen du numérique plutôt que de multiples régulateurs nationaux ?

**608.** Mais toutes ces adaptations ne changeront rien au fait que " *nous sommes tous les co-responsables et les corégulateurs de la qualité de notre futur environnement numérique, les garants de notre bien être ensemble à l'ère numérique* "<sup>975</sup>; que l'individu est le premier régulateur des données personnelles et le citoyen, le premier régulateur du numérique, car finalement, tout ceci est d'abord une "*affaire politique* "<sup>976</sup>.

---

<sup>975</sup> N. CURIEN, "La régulation réflexive à travers le miroir de la transition numérique" , in, *Internet, espace d'interrégulation* , (ss. dir. de M. - A. FRISON-ROCHE), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2016, p. 154.

<sup>976</sup> P. RIMBERT, " Données personnelles, une affaire politique ", *Le Monde Diplomatique*, Septembre 2016, p. 3.



# BIBLIOGRAPHIE

## – OUVRAGES –

C. ATIAS, Droit civil, *Les biens*, Litec, 11ème éd., 2011.

Y. BASIRE, *Les fonctions de la marque, essai sur la cohérence du régime juridique d'un signe distinctif*, LexisNexis, 2015.

B. BEIGNIER, *Le droit de la personnalité*, PUF, coll. " Que sais-je "?, 1992.

F. BELLIVIER et C. NOIVILLE, *Traité des Contrats, Contrats et Vivant*, LGDJ, 2006.

F. BENHAMOU & J. FARCHY, *Droit d'auteur et Copyright*, La Découverte, 2ème éd. 2009.

A. BENSOUSSAN :

- *Informatique, Télécoms, Internet*, éd. Francis Lefebvre, 2008.
- *Informatique et libertés*, éd. Francis Lefebvre, 2ème éd, 2010.

A. BENSOUSSAN (sous la dir.) :

- *Internet, Aspects juridiques*, Hermès, 1996.
- *Code informatique, fichiers et libertés*, Larcier, nov. 2014.

J.-BERGEL, M. BRUSCHI & S. CIMAMONTI, (ss. dir de J. GHESTIN), *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2ème éd., 2010.

P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préf. L. AYNES, LGDJ, 2007.

G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, LGDJ, 1973.

C. BERNAULT & J. - P. CLAVIER, *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle*, Ellipses, 2e éd., 2015.

A. BERTAULD, *Questions pratiques et doctrinales du Code Napoléon*, Paris, Cosse et Marchal, t. 1, 1867.

A. BERTRAND :

- *La protection des logiciels*, Que sais-je ?, PUF, 1994.
- *Droit des marques*, Dalloz Action, 2005.
- *Droit d'auteur*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2011/2012.

N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, coll. Manuels, 2<sup>e</sup> éd., 2012.

Y. BISMUTH, *Droit de l'informatique (éléments de droit à l'usage des informaticiens)*, L'Harmattan, 3e éd., oct. 2014.

H. BITAN, *Droit des créations immatérielles (logiciels, bases de données, autres œuvres du Web 2.0)*, Lamy, Axe droit, 2010.

Y. BRARD, *Domaines public et privé des personnes publiques*, Dalloz, 1994.

S. BRISSY, A. LAUDE & D. TABUTEAU, " Refus de soins et actualités sur les droits des malades ", Presses EHESP, 2012.

J.-M. BRUGUIERE :

- *L'exploitation de l'image des biens*, Victoires Éditions, 2005.
- *Droit des propriétés intellectuelles*, Ellipses, 2e éd., 2011.

G. BRY, *La propriété industrielle, littéraire et artistique*, Sirey, 3<sup>e</sup>me éd. , 1914.

R. CABRILLAC, *Dictionnaire de vocabulaire juridique*, Litec, 3<sup>e</sup>me éd., 2008.

L.CADIET, *La notion d'information génétique en droit français*, in *La génétique humaine, de l'information à l'informatisation*, Ed. Thémis/Litec diffusion, 1992.

L. CALANDRI, *Recherches sur la notion de régulation en droit administratif français*, « Bibliothèque de droit public », t. 259, LGDJ, 2009.

E. CALMELS, *De la propriété et de la contrefaçon des œuvres de l'intelligence*, 1856.

J. CARBONNIER, *Communauté,- communisme- Propriété, Agroculture et communauté*, Paris, Librairie de Médecis, 1944.

C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 3e éd. 2013.

C. CASTETS-RENARD

- *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, L'Harmattan, 2003.
- *Droit de l'internet*, Montchrestien, coll. Cours, 2009.

P. CATALA, *Le droit à l'épreuve du numérique*, PUF, 1998.

A. CHAVANNE & J. J. BURST, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 5e éd., 1998.

M. C. CHEMTOB-CONCE, *La brevetabilité des inventions biotechnologiques appliquées à l'homme*, Paris, Éd. Tec & Doc, 3e éd., 2006.

S. CHIGNARD & L. - D. BENYAYER, *Datanomics. Les nouveaux business models des données*, FYP éditions, 2015.

M. T. CICERON, *De officis (Traité des devoirs)*, traduit par H. JOLY, Mille et une Nuits, 2010.

C. COLOMBET :

- *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde*, Litec, 1992.
- *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Dalloz 9e éd., 1999.

B. CONSTANT, *Principes de Politiques*, 1815, Hachette, coll. " Pluriel", 1997, p. 176.

P. CORBEL, C. LE BAS & S. CHEVREUIL, *Les nouvelles fonctions du brevet: approches économique et managériale*, Economica, 2011.

G., CORNU :

- *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens* , 11ème éd., Montchrétien, 2005.
- *Vocabulaire juridique*, PUF, 2011.

A. DARRAS, *Du droit des auteurs et des artistes dans les rapports internationaux*, Paris, Arthur Rousseau, 1887.

D. DECHENAUD (ss. dir. de), *Le droit à l'oubli numérique, données nominatives, approche comparée*, Larcier, 2015.

J. -P. DECORPS, *Le droit de propriété : évolutions et adaptations in Les droits fondamentaux : inventaire et théorie générale* - Beyrouth, novembre 2003.

C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, Traité de la distinction des biens*, t. X, 3e éd. Durand – Hachette, 1866.

H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3e éd., 1978.

M. DOURNES, *Les photographes et le droit. Droit d'auteur et droit à l'image*, Eyrolles, avr. 2015.

N. DREYFUS, *Marque et internet. Protection, valorisation, défense*, Lamy, coll. Axe droit, 2011.

N. DREYFUS & B. THOMAS, *Marque, dessins et modèles*, Delmas, 2e éd., 2006.

L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 2ème éd., Félix Alcan, 1912.

- R. DUMAS, *La propriété littéraire et artistique*, PUF, Thémis, 1987.
- S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'environnement numérique*, Larcier, 2005.
- B. EDELMAN, *La propriété littéraire et artistique*, Que sais-je ?, n°1388, PUF, 2008.
- J. ESCARRA, J. RAULT & F. HEPP, *La doctrine française du droit d'auteur*, Grasset, 2ème éd., 1937.
- B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ, éd. Lextenso, 4ème éd., 2013.
- C. FILIPPONE, *La contractualisation des droits de la personnalité*, PUAM, 2004.
- J. FOYER & M. VIVANT, *Le droit des brevets*, PUF, 1991.
- A. FRANCON, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Les Cours du droit, 2001.
- M. - A. FRISON-ROCHE & A. ABELLO, *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005.
- M. GASTAMBIDE, *Historique et théorie de la propriété des auteurs*, Paris, Cosse et Marchal, 1862.
- F. GENY, *Science et technique en droit positif français*, Sirey, 3ème éd., 1938.
- H. GAUMONT-PRAT, *Droit de la propriété industrielle*, LexisNexis, 2013.
- P. -Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, Droit fondamental, 9<sup>e</sup> éd., 2015.
- C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, Litec-IRPI, 2005.
- F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2<sup>e</sup> éd., 1932, Sirey, t. II.
- J. GHESTIN, G. LOISEAU & Y. -M. SERINET, *La formation du contrat, Tome 1: Le contrat - Le consentement, Traité de droit civil*, 4ème éd., LGDJ, 2013.
- G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil- Les personnes*, LGDJ, 1989.
- Groupement Français des Fournisseurs d'Information en Ligne (G.F.F.I.L), *Les relations contractuelles des producteurs de bases et banques de données*, Dalloz, 1986.
- S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Disposer de soi? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, L'Harmattan, 2004.

M.A. HERMITTE, *Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation*, Arch. Phil. dr., t. 30, Sirey, 1985.

J. HUET et E. DREYER, *Droit de la communication numérique*, Manuel, LGDJ, 2011.

J. ICKOWICZ, *Le droit après la dématérialisation de l'œuvre d'art*, Les presses du réel, Figures, 2013.

P. KAYSER, *La protection de la vie privée*, Economica PUAM, 1990.

O. LALIGANT, *La divulgation des œuvres artistiques, littéraires et musicales en droit positif français*, LGDJ, 1983.

J. LAMARQUE, *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, LGDJ, 1960, préface J. -B. AUBY & J. BRETHER DE LA GRESSAYE.

I. DE LAMBERTERIE et H.-J. LUCAS, *Informatique, libertés et recherche médicale*, CNRS DROIT, CNRS éditions, 2001.

D. LANDES, *The Wealth and Poverty of Nations: Why Some are So Rich and Some So Poor*, 1998.

A. LAUDE & D. TABUTEAU, *Les droits des malades*, PUF, Que sais-je, 2016.

J. LEMASURIER, *Le droit de l'expropriation*, 2e éd., Economica, 2001.

N. M. LE SENNE, *Le livre des nations ou traité philosophique, théorique et pratique des droits d'auteur et d'inventeur en matière littéraire, de sciences, d'arts et d'industrie*, Paris, 1846.

R. LIBCHABER, *La propriété droit fondamental*, in *Liberté et droits fondamentaux*, Dalloz, 15ème éd., 2009.

X. LINANT DE BELLEFONDS, *Droits d'auteur et droits voisins*, Cours Dalloz 2e éd. 2004.

X. LINANT DE BELLEFONDS & C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Delmas, 1996.

J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, 1690.

A. LUCAS :

- *La protection des créations industrielles abstraites*, Litec, 1975.
- *Droit d'auteur et droits voisins*, éd. F. Lefebvre, 1996.
- *Droit d'auteur et numérique*, Litec, 1998.

- *Propriété littéraire et artistique, Connaissance du droit*, Dalloz, 5e éd. 2015.

A. LUCAS, H.-J. LUCAS & A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4e éd., 2012.

E. MACKAYY & S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, coll. Méthode du droit, Dalloz, éd. Thémis, 2ème éd., 2008.

P. MALAURIE, *Les personnes, Les incapacités*, éd. Defrénois, 2007.

P. MALINVAUD, D. FENOUILLET & M. MEKKI, *Droit des obligations*, Manuel, LexisNexis, 2014.

N. MALLET-POUJOL :

- *Commercialisation des banques de données*, CNRS, éd. 1993.
- *La création multimédia et le droit*, Litec, 2000.

G. MARTY & P. RAYNAUD, *Droit civil, les biens*, t. 2, 2ème vol., Sirey, 2ème éd, 1980.

G. MEMETEAU & M. GIRER, *Cours de droit médical*, LEH, 2016.

M. MORILLOT, *De la protection accordée aux oeuvres d'art, aux photographies, aux dessins et modèles et aux brevets d'invention, dans l'Empire d'Allemagne*, Paris, 1878.

P. MOURON & C. PICCIO, *L'ordre public numérique. Liberté, propriété, identité*, PUAM, coll. Inter-normes, 2015.

J. - M. MOUSSERON, *Traité des brevets*, Litec, 1994.

D. MUSSO, *Le régime juridique de l'expropriation*, 4e éd., Delmas, 1989.

D. NORTH & R. P. THOMAS, *The Rise of the Western World: A New Economic History*, Cambridge University Press, 1973.

P. OLAGNIER, *Le droit d'auteur*, LGDJ, t. 1, 1934.

M. PLANIOL & G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2ème éd., t. 3, par M. PICARD.

A. PLANT, *The economic aspects of copyright in books*, *Economica*, vol. 1, 1934.

F. POLLAUD-DULIAN :

- *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien, 1999.
- *La propriété industrielle*, *Economica*, 2010.
- *Le droit d'auteur*, *Economica*, 2<sup>e</sup> éd., sept. 2014.

- E. POUILLET, *Traité de propriété littéraire et artistique*, 3ème éd., 1908.
- B. PY, *Le secret professionnel*, L'Harmattan, coll. La justice au quotidien, 2005
- J. RAVANAS, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, LGDJ, t. CLIII, 1978.
- P. RECHT, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, LGDJ, 1968.
- J. RAULT, *Le contrat d'édition*, Dalloz, 1927.
- A. - C. RENOARD, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, t. 1, 1838-1839.
- N ROSENBERG & L. E. BIRDZELL, *How The West Grew Rich: The Economic Transformation Of The Industrial World*, 1986.
- P. ROUBIER :
- *Droit de la propriété industrielle*, Sirey, 1952/1954.
  - *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963.
- J.-J. ROUSSEAU :
- *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, 1755.
  - *Le Contrat Social*, 1762.
- P. SIMLER :
- *Droit d'auteur et droit commun des biens*, Litec, 2010.
  - *Droit civil, Les biens*, Dalloz, Précis, 9ème éd., 2014.
- H. SIMON, *Administration et processus de décision*, Economica, 1983.
- P. SIRINELLI, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Mémento Dalloz, 2e éd., 2004.
- A. L. STERIN, *Guide pratique du droit d'auteur*, Maxima, 2e éd., 2011.
- V. STERIN & C. DRUEZ-MARIE, *Le guide de la propriété intellectuelle*, Delmas, 2009.
- Y. STRICKLER, *Les biens*, PUF, Thémis Droit, 1ère éd., 2006.
- A. STROWEL & J. - P. TRIAILLE, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia*, Story-Scientia et Bruylant, 1997.
- F. SUDRE :

- *Droit européen et international des droits de l'homme*, coll. Droit Fondamental, PUF, 12ème éd., 2015.
- *La Convention européenne des droits de l'homme*, PUF, Que sais-je ?, 2015.
- *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, Thémis, 2015.

P. TAFFOREAU, *Droit de la propriété intellectuelle*, Gualino, 2007.

P. TAFFOREAU (ss. la dir. de), *Pratique de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 2012.

P. TAFFOREAU & C. MONNERIE, *Droit de la propriété intellectuelle*, Gualino éd., coll. Master, 2015.

L. TERESI, *Droit de réutilisation et exploitation commerciale des données publiques*, La Documentation Française, Coll. Monde européen et international, 2011.

F. TERRE & P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, Dalloz, Précis, 8ème éd., 2010.

F. TERRE, P. SIMLER & Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Précis, Dalloz, 11ème éd., 2013.

B. TEYSSIE, *Les personnes*, Litec, 11ème éd., 2010.

J. - C. SAINT-PAU (ss. dir. de), *Droits de la Personnalité*, Traités, Lexis Nexis, 2013.

D. THOUVENIN, *Le secret médical et l'information du malade*, PU Lyon, 1982.

V. VARNEROT, *Leçons de droit de la propriété littéraire et artistique*, Ellipses 2012.

S. VISSE-CAUSSE, *Droit de la propriété intellectuelle*, Gualino, coll. Mémentos LMD, 2015.

M. VIVANT & J. -M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, Précis Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2012.

M. XIFARAS, *La Propriété, Etude de philosophie du droit*, PUF, 2004.

F. ZENATI-CASTAING & T. REVET :

- *Manuel de droits des personnes*, PUF, 2006.
- *Les biens*, PUF, coll. Droit fondamental, 3ème éd., 2008.

## – OUVRAGES COLLECTIFS –

Association Française de Droit de la Santé, " Consentement et santé ", Dalloz, 2014.

Association Henry Capitant, La propriété, Journées vietnamiennes, Tome LIII, Société de législation comparée, 2003.

- Rapport de synthèse par Me J.-P. DECORPS.
- J. L. BERGEL, Rapport général, sur les nouveaux biens.
- M. U. SALERNO, Rapport argentin sur les nouveaux biens.
- C. H. FROES, Rapport brésilien sur les nouveaux biens.
- S. NORMAND, Rapport canadien sur les nouveaux biens.
- A. VERGARA BLANCO, Rapport chilien.
- T. REVET, Rapport français.

P. BARBET et I. LIOTARD (ss. dir. de), *Société de l'information : enjeux économiques et juridiques*, L'Harmattan, 2006.

Commission d'accès aux documents administratifs, «Transparence et secret», Colloque pour le XXVe anniversaire de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs, CADA et l'IFSA, Paris 16 et 17 oct. 2003, Doc. fr. 2004

J. - M. BRUGUIERE(ss. la dir. de), *Droit d'auteur et culture*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2007.

J. - M. BRUGUIERE(ss. la dir. de), *La propriété intellectuelle, entre autres droits*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009.

J. - M. BRUGUIERE(ss. dir. de), *L'articulation des droits de propriété intellectuelle*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011.

J. - M. BRUGUIERE(ss. dir. de), *Les contrats de la propriété intellectuelle*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2013.

J. - M. BRUGUIERE, N. MALLET-POUJOL & A. ROBIN (ss. la dir. de), *Propriété intellectuelle et droit commun*, PU Aix-Marseille, 2007.

I. DE LAMBERTERIE (ss. dir. de.), *Le droit d'auteur aujourd'hui*, CNRS éd. 1991.

M. - A. FRISON-ROCHE (ss. dir. de.), *Internet, espace d'interrégulation*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2016

J. GHESTIN (ss. dir. de), *les clauses abusives dans les contrats-types en France et en Europe*, LGDJ, 1991.

C. JAMIN & D. MAZEAUD (ss. dir. de.), *Les clauses abusives entre professionnels*, Economica, 1998.

A. LAUDE & D. TABUTEAU (ss. dir. de), *La loi santé, Regards sur la modernisation de notre système de santé*, Presses de l'EHESP, 2016.

J. LEONHARD, B. PY & F. VIALLA (ss. dir. de), *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau, Droit médical et éthique médicale : regards contemporains*, LEH, 2005.

A. LUCAS, *La protection des banques de données, Rapport général au Congrès de l'ALAI*, éd. Yvon Blais Inc., Québec, 1989.

A. LUCAS & M. VIVANT, *Les nouvelles technologies de l'information. Recension technique et première analyse de leur impact sur la propriété littéraire et artistique*, IDATE, 1993.

H. - J. LUCAS (ss. dir. de), *Les modèles propriétaires*, Actes du colloque international organisé par le CECOJI, Presses Universitaires Juridiques de Poitiers, LGDJ, 2012.

F. MODERNE, *Conception et élaboration de la loi du 17 juillet 1978*, Actes du Colloque XXVe anniversaire CADA, Doc. fr. 2004. 19.

D. TOMASIN (ss. dir. de.), *Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat*, Les travaux de l'IFR Mutation des Normes Juridiques, n°5, 2006.

- J. POUMAREDE, Le point de vue de l'historien.
- S. PERUZZETO et G. JAZOTTES, Le point de vue du juriste en droit communautaire .
- L. CORBION, La propriété devant la Cour européenne des droits de l'homme .
- C. CHAMARD-HEIM, Les frontières de la propriété, le domaine public.
- R. REZENTHEL, Le droit de propriété de l'occupant du domaine public.
- C. NEIRINK, Le corps humain.
- J. LARRIEU, Les frontières de la propriété : les idées.
- J. VIGUIER, Soliloque iconoclaste d'un publiciste ingénu sur les origines de la propriété collective.
- F. ZENATI-CASTAING, La propriété, mécanisme fondamental du droit.
- P. SIMLER, Qu'est ce que la propriété ?.

F. VIALLA (ss. dir. de.), *Les grandes décisions du droit médical*, LGDJ, 2e éd., 2014.

M. VIVANT(ss. dir. de.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2015.

## – THESES –

- M. AFROUKH, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour EDH*, Bruxelles, Bruylant, 2012.
- P. ANCEL, *L'indisponibilité des droits de la personnalité, une approche critique des droits de la personnalité*, thèse, Dijon, 1978.
- B. ARBIERI, *Perpétuité et perpétuation dans la théorie des droits réels*, thèse Toulouse, 1977.
- P. BLONDEL, *La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel*, thèse, Lyon, LGDJ, 1969.
- G. BONET, *L'anonymat et le pseudonyme en matière de propriété littéraire et artistique*, thèse Paris, 1966.
- A. BORIES, *Le formalisme dans les contrats d'auteur – Contribution à l'édification d'un droit d'auteur économique*, PUAM, 2010.
- B. PARANCE, *La possession des biens incorporels*, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, Université Paris I, Tome 15, Lextenso editions.
- J. CEDRAS, *Œuvres collectives en droit français*, thèse Paris 2, 1978.
- C. CHAMARD, *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, Dalloz 2004, préface J. UNTERMAIER.
- M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, Thèse Paris 1, LGDJ, 2006.
- S. CHOISY, *Le domaine public en droit d'auteur*, thèse Paris 2, 2001.
- M. CHOUQUET, *Le domaine privé des personnes publiques. Contribution à l'étude du droit des biens publics*, thèse Bordeaux, 2013.
- J. - P. CLAVIER, *Objets nouveaux et catégories de la propriété intellectuelle: le cas des créations génétiques*, thèse Nantes, 1994.
- M. CONTIS, *Secret médical et évolutions du système de santé*, thèse, éd. LEH, 2010.
- N. CRAIPEAU, *Le droit de reproduction des œuvres de l'esprit dans l'environnement numérique*, thèse Nantes, 2006.
- O. DE DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, *La justification actuelle de la distinction entre le domaine public et le domaine privé*, thèse Aix-Marseille, 1994.

- V. A. DECOQC, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, thèse, Dijon, 1960, LGDJ.
- T. DESURMONT, *L'incidence des droits d'auteur sur la propriété corporelle des œuvres d'art*, thèse Paris 2, 1974.
- S. DUBERNAT, *La non patrimonialité du corps humain*, thèse Bordeaux, 2000
- P. EL KHOURY, *Les exceptions au droit d'auteur. Étude de droit comparé*, thèse Montpellier I, 2007.
- J. FOURNIER, *La collaboration littéraire et artistique*, thèse Grenoble, 1947.
- B. FRESNE, *Les dérogations au droit de reproduction des auteurs en droit français*, thèse Paris, 1973.
- B. GARIDOU, *Recherche sur la théorie de la propriété publique en droit administratif français*, thèse Toulouse, 2003.
- D. GIOCANTI, *Le droit au respect de l'œuvre en droit français*, thèse Paris 2, 1989.
- T. GISCLARD, *La personnalité humaine comme élément du patrimoine. Étude de droit comparé*, thèse Paris 1, 2012.
- M. GIRER, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins, Essai de remise en cause du contrat médical*, coll. Thèses, avril 2008.
- E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé; Contribution à l'étude critique de l'individualisme*, thèse Dijon, 1912.
- M. GUILLEMAIN, *Les chaînes de contrats en droit d'auteur*, thèse Poitiers, 2011.
- S. LAVROFF-DETRIE, *De l'indisponibilité à la non patrimonialité du corps humain*, thèse Paris I, 1997.
- A. LUCAS-SCHLOETTER, *Droit moral et droits de la personnalité : étude de droit comparé français et allemand*, PUAM, 2002.
- A.-M. LUCIANI, *Les droits de la personnalité. Du droit interne au droit international*, thèse Paris I, 1996.
- F. MACREZ, *Créations informatiques: bouleversement des droits de propriété intellectuelle? Essai sur la cohérence des droits*, thèse Montpellier I, 2007.
- C.-A MAETZ, *La notoriété. Essai sur l'appropriation d'une valeur économique*, préf. J. MESTRE & D. PORACCHIA, PUAM, 2010.

- I. MOINE, *Les choses hors commerce. Une approche de la personne humaine juridique*, LGDJ, 1997.
- H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, LGDJ, 2001, préface D. TRUCHET.
- R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, thèse Lyon, 1939.
- B. PARANCE, *La possession des biens incorporels*, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, Université Paris I, Tome 15, Lextenso editions.
- M. - A. PASCAL, *Etude comparée du droit d'auteur et des droits de la personnalité*, thèse Montpellier 1, 2011.
- A. PELISSIER, *Possession et meubles incorporels*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2001.
- B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, éd. Panthéon-Assas 2002, préface J. -J. BIENVENU.
- C. POURQUIER, *Propriété et perpétuité. Essai sur la durée du droit de propriété*, PUAM, 2000.
- V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, 1980, préf. J. - Ph. LEVY.
- G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1965.
- G. ROUSSET, *L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé*, thèse Lyon 3, 2007.
- J.-C. SAINT-PAU, *L'anonymat et le droit*, thèse Bordeaux, 1998.
- B. SCHMALTZ, *Les personnes publiques propriétaires*, thèse Lyon 3, 2014.
- P. SENECHAL, *Origine et évolution du droit au respect de l'œuvre en droit français*, thèse Paris 2, 1989.
- P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, thèse Paris 2, 1985.
- L. TERESI, *Droit de réutilisation et exploitation commerciale des données publiques*, La Documentation Française, Coll. Monde européen et international, 2011.
- R. TISON, *Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit français*, thèse Paris, 1931.

P. YOLKA, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, LGDJ, 1997, préface Y. GAUDEMET.

S. VANUXEM, *Les choses saisies par la propriété*, Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne-André Tunc, Tome 35, IRIS édition, 2012.

P. VIVANT, *La portée du droit de marques*, thèse Montpellier I, 2007.

F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse Lyon 3, 1981.

C. ZORN-MACREZ, *Données de santé et secret partagé, Pour un droit de la personne à la protection de ses données de santé partagées*, Presse Universitaires de Nancy, Coll. " Santé, qualité de vie et handicap ", 2010.

## – ARTICLES –

S. ABADA, " La transmission par satellite et la distribution par câble et le droit d'auteur ", *Dr. auteur*, 1989. p. 307.

D. ACEMOGLU et al., " The Colonial Origins of Comparative Development: An Empirical Investigation ", *The American Economic Review*, Vol. 91, n°. 5, 2001, pp. 1369-1401.

Y. AGUILA, " Le contrôle juridictionnel du code de déontologie des commissaires aux comptes (concl. sur CE, ass., 24 mars 2006, Sté KPMG et autres, req. no 288460) ", *RFDA*, 2006, p. 463.

P. ALLAYES, " Hypothèses de forfait en droit d'auteur", *Propr. intell.*, 2007, n° 24, p. 269.

J. -P. AMADEI, " Sur la nature du droit de propriété du domaine privé ", *RDP*, 1998. p. 505.

R. AMARO, " Le déséquilibre significatif en droit commun des contrats ou les incertitudes d'une double filiation ", *CCC*, 2014. Étude 8.

J. ANTIPPAS, " Propose dissidents sur les droits dits "patrimoniaux" de la personnalité ", *RTD Com.*, 2012, p. 35.

J. ARRIGHI DE CASANOVA & S. FORNERI, " Une nouvelle étape de l'amélioration des relations entre l'Administration et les citoyens : la loi « DCRA » du 12 avril 2000 ", *RFDA*, 2000, p. 725.

A. ASTAIX :

- " Protection des données personnelles : une réforme globale en vue ", *D. Actualités*, 6 février 2012.
- " Réforme européenne de la protection des données : le processus suit son cours ", *D. Actualités*, 31 janvier 2013.

J. ATTALI, " Etre propriétaire de soi ", *blog de l'Express*, 18 février 2013.

M. AUBERT, " Chronique de jurisprudence de la CJUE ", *AJDA*, 2014, p. 1147.

J.-B. AUBY, " Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration ", *EDCE*, 1958, n° 12, p. 35.

J. AULAGNIER, " L'investissement en nue-propriété ", *Dr. et patr.*, oct. 2013, p. 30.

J.-L. AUTIN, " Le devenir des autorités administratives indépendantes ", *RFDA*, 2010, p. 875.

E. AZZI, " Les contrats d'exploitation des droits de propriété littéraire et artistique en droit international privé: état des questions ", *RIDA*, oct. 2007, p. 3.

M. BACACHE-GIBEILI, " Le secret médical partagé ", *Gaz. Pal.*, 30 déc. 2008, n° 365, p. 44.

P. BALLET, " Dématérialisation des données de santé: quels référentiels ? ", *Gaz. Pal.*, 22 janv. 2011, n° 22, p. 22.

Y. BASIRE, " La renommée de la marque ou l'émergence d'un droit moral des marques ", *Légipresse*, 2015. 217.

D. BAZIN-BEUST, " La santé et les droits du consommateur, *RGDM*, déc. 2010, n° spécial, p. 129.

I. BEAUJEAN, " L'inquiétant devenir des dossiers des patients conservés par les établissements publics de santé au-delà du délai de 25 ans ", *RDS*, n° 45, 2012, p. 36-46.

D. BECOURT :

- " Terminologie de la communication ", *LPA*, 20 oct. 1997.
- " La problématique de la rémunération des journalistes dans les nouveaux médias ", *D. Affaires*, supplément au n° 162 du 27 mai 1999.

M. BEHAR-TOUCHAIS, " déséquilibre significatif ", *JCP*, 2016, n° 391.

B. BEIGNIER :

- " Photographie de la dépouille mortelle, dernier « portrait d'un artiste » ", *D.*, 1999, 106.

- " La vie privée : un droit des vivants ", *D.*, 2000, p. 372.

A. BELLEIL, " La régulation économique des données personnelles ? ", *Legicom*, 2009/1, n° 42, p. 143-151.

V. - L. BENABOU :

- " La directive droit d'auteur, droits voisins et société de l'information : valse à trois temps avec l'acquis communautaire. ", *CCE*, n° 10, Octobre 2001, chron. 23.
- " Patatras ! À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 ", *Propri. intell.*, 2006, n° 20, p. 240.
- " Les moteurs de recherche, maîtres ou esclaves du droit à l'oubli numérique ? ", *D.*, 2014, p. 1476.

A. BENSOUSSAN & E. BARBRY :

- " Le point de vue des hommes de loi : propriété et usage des données ", *Centraliens*, n°621, Septembre-Octobre 2012, p. 20-21.
- " La vie privée des objets ", *Annales des Mines, Réalités industrielles*, 2013/2 (Mai 2013), p. 61-65.

A. BENSOUSSAN :

- " La propriété des données ", 18 mai 2010, *Blog Expert du Figaro sur le Droit des technologies*.
- " Les droits de l'homme numérique ", 21 juillet 2010, *Blog Expert du Figaro sur le Droit des technologies*.
- " Voyage au pays de l'identité numérique ", 24 décembre 2010, *Blog Expert du Figaro sur le Droit des technologies*.
- " Faut-il réguler la marchandisation des données personnelles sur internet ? ", 30 janvier 2013, *Blog Expert du Figaro sur le Droit des technologies*.

C. BERGOIGNAN-ESPER, " Le respect du secret médical dans la législation de notre pays: réalité ou illusion ? ", *D.*, 2008, p. 1918

M. BERGUIG & C. THIÉRACHE, " L'oubli numérique est-il de droit face à une mémoire numérique illimitée ? "; *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2010.

N. BESLAY, " Les applications de données médicales personnelles : approche juridique pratique ", in " Le droit des données de santé ", *RGDM*, Numéro spécial, LEH, 2004.

A.-C. BEZZINA, " 2004-2014: les dix ans de la jurisprudence AC! ", *RFDA*, 2014, p. 735.

P. BICLET, " L'hébergement des données de santé ", Mélanges Michaud, *LEH*, 2012, p. 177.

P. BLANC-GONNET JONASON, " Vers une meilleure adaptation du droit de la protection des données personnelles à la réalité informationnelle ", *AJDA*, 2008, p. 2105.

C. BLOUD-REY, " Quelle place pour l'action de la CNIL et du juge judiciaire dans le système de protection des données personnelles ? ", *D.*, 2013, p. 2795.

S. BOISSARD :

- " Le droit d'accès aux documents administratifs depuis l'intervention de la loi du 12 avr. 2000 ", *AJDA*, 2003, p. 1309.
- " Quelles sont les obligations des collectivités territoriales en matière de communication de documents? ", *Gaz. cnes*, 2003, p. 56.
- " De l'information au droit d'accès: quelles sont les obligations des collectivités territoriales en matière de communication de documents? ", *BJCL*, 4/2003, p. 234.

O. BOMSEL, " Copyright et droit des marques à l'ère numérique ", *Propri. ind.*, 2010. Étude 16.

B. BONNET " L'analyse des rapports entre administration et administrés au travers du prisme des principes de sécurité juridique et de confiance légitime ", *RFDA*, 2013, p. 718.

C. BOURDAIRE-MIGNOT, " Téléconsultation: quelles exigences? Quelles pratiques? ", *RDSS*, 2011, p. 1003.

A. BORIES, " Le formalisme dans les contrats d'auteur ", *CCE*, 2008, Étude 18

O. BOSKOVIC, " Télémédecine: aspects de droit international privé ", *RDSS*, 2011, p. 1021.

J. BOSSI :

- " La circulation des données de santé ", *RGDM*, sept. 2004, n° spéc., p. 55.
- " Comment organiser aujourd'hui en France la protection des données de santé ", *RDSS*, 2010, p. 208.
- " Les nouvelles règles d'accès aux bases médico-administratives ", *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 205.

P. BOUCHET, " SAFARI ou la Chasse aux Français ", *Le Monde*, 21 mars 1974

C. BOURDAIRE-MIGNOT, " Le dossier médical personnel (DMP), un outil de stockage des données de santé en vue d'une utilisation partagée ", *RGDM*, n°44, 2012, p. 295.

- M. BOUTEILLE, " La démocratie sanitaire ", *RGDM*, n° 23, 2007, p. 23-42.
- B. BOREL, " de la réparation à la prévention ", *RDI*, 2007, p. 313.
- M. BRAC DE LA PERRIERE & E. FERRE, " L'hébergement de données de santé: des textes à la pratique... ", *Gaz. Pal.*, 22-23 juill. 2011, p. 21.
- J. - F. BRISSON, " La diversité des régulateurs nationaux sectoriels ", *RFDA*, 2014, p. 869.
- J.-M. BRUGUIERE :
- " L'image, entre droit civil et droit d'auteur ", *D.*, 2008, p. 2985.
  - " Dans la famille des droits de la personnalité, je demande ... ", *D.*, 2011.
  - " Le « droit à » l'oubli numérique, un droit à oublier "; *D.*, 2014, p. 299.
  - " « Droits patrimoniaux » de la personnalité ", *RTD civ.*, 2016, p. 1.
  - " Réseaux sociaux, clauses relatives aux licences de propriété intellectuelle. Recommandation CCA n° 2014-02 ", *Propri. intell.*, 2015, n° 54, p. 58.
- J.-M. BRUGUIERE & L. CARRIE, " Rémunération de l'image des mannequins : rétribution du travail et/ou exploitation de la notoriété ? ", *CCE*, 2014. Étude 1.
- X. BUFFET DELMAS D'AUTANE & A. DOAT, " La protection des plantes: entre brevet et certificat d'obtention végétale ", *Propri. ind.*, 2004. Chron. 8.
- O. BUI-XIAN, " Application du droit dans le temps et obligation d'édicter des mesures transitoires (note sous CE, sect., 13 déc. 2006, Mme Lacroix, req. no 287845) ", *D.*, 2007, p. 847.
- C. BYK, "Règlementation des recherches ", *Dr. fam.*, 2012. Études. 11.
- P. CADIO & . LIVENAIS, " Photographie du champ territorial du règlement des données personnelles : de nouveaux opérateurs concernés ? ", *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 347.
- J. CAILLOSSE :
- " Le droit administratif contre la performance publique ? ", *AJDA*, 1999, p. 195.
  - " Faut-il en finir avec la domanialité publique? ", *Ét. fonc.*, 2002, n° 100, p. 7.
- A. - B. CAIRE, " Le corps gratuit: réflexions sur le principe de gratuité en matière d'utilisation de produits et d'éléments du corps humain ", *RDSS*, 2015, p. 865.
- M. CANEDO-PARIS, " Contrats administratifs et sécurité juridique: nouvelles avancées jurisprudentielles (note sous CE, ass., 16 juill. 2007, Sté Tropic Travaux Signalisation, req. no 291545) ", *RFDA*, 2007, p. 935.

E. CAPRIOLI, " L'adresse IP n'est pas forcément une donnée à caractère personnel ", *CCE*, n° 7, Juillet 2015, comm. 64.

C. CARON :

- " Les morts n'ont pas de vie privée ", *D.*, 2000, p. 266.
- " Le festival confronté à la qualification d'œuvre collective ", *RIDA*, avr., 2001, p. 3.
- " Les contrats d'exploitation de l'image de la personne " , in *L'image*, Travaux Association H. CAPITANT, Dalloz, 2005, p. 95, n°5.
- " Les exceptions au monopole: zone de turbulence du droit d'auteur ", *JCP*, 2013. Actu. 431, n° 16.

E. CARTIER, " Publicité, diffusion et accessibilité de la règle de droit dans le contexte de la dématérialisation des données juridiques ", *AJDA*, 2005, p. 1092.

P. CASSIA, " La sécurité juridique, un «nouveau» principe général du droit aux multiples facettes (chron. sous CE, ass., 24 mars 2006, Sté KPMG et a., req. no 288460) ", *D.*, 2006, p. 1190.

R. CASTELAIN, " la durée de la protection ", *RIDA*, avr. 1958, p. 375.

C. CASTETS-RENARD :

- " La décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 du Conseil constitutionnel sur la loi du 1er août 2006 : une décision majeure ", *D.*, 2006. 2157.
- " Les opportunités et risques pour les utilisateurs dans l'ouverture des données de santé : big data et open data ", Actes du colloque " Santé et nouvelles technologies en Europe ", *Revue Lamy droit de l'immatériel*, 2014.
- " Brève analyse du règlement général relatif à la protection des données personnelles ", *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 335.

P. CATALA :

- " La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne ", *RTD civ.*, 1966, p. 210.
- " Ebauche d'une théorie juridique de l'information ", *D.*, 1984, chron. 97, n° 27.

J. -P. CAVERNI, R. GORI & ALII, " Le consentement: Droit nouveau du patient ou imposture ? ", éd. In Press, coll. Champs libres, 2006.

J. CAYOL, " Réflexion sur la responsabilité médicale à la suite de l'introduction du dossier médical personnel ", *Méd. et droit*, mai 2006, n° 78, p. 85.

- J. CEDRAS, " Œuvre collective en droit français ", *RIDA*, oct. 1979, p. 3.
- P. - D. CERVETTI, " Du bon usage de la contractualisation en droit de la propriété littéraire et artistique ", *RIDA*, oct. 2013, p. 111.
- M. CHAGNY, " Contrats d'affaires et déséquilibre significatif ", *AJCA*, 2016, p. 115.
- F. CHALTIEL, " Le principe de sécurité juridique et le principe de légalité ", *AJDA*, 2009, p. 1650.
- G. CHANTEPIE, " Les clauses abusives et leur sanction en droit commun des contrats ", *AJCA*, 2015, p. 121.
- J. CHARRIE & L. JANIN, " Fiscalité du numérique, La note d'analyse ", *France Stratégie*, n°26, 2015.
- E. CHAUVIN & F. VADILLO, " Quand la lutte antiterroriste fait évoluer la notion de vol : les modifications de l'article 323-3 du code pénal introduites par l'article 16 de la loi du 13 novembre 2014 ", *Gaz. Pal.*, 16 avr. 2015, n°106, p. 6.
- J. -P. CHAZAL, " La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel ", *RTD Civ.*, 2014 p. 763.
- H. CHEMEL, " Consommateur-touriste; loi n° 92-645 du 13 juill. 1992 ", *CCC*, 1996. Chron. 2.
- M. -C. CHEMTOB-CONCE, " La protection des données de santé à caractère personnel ", *RGDM*, 2003, n° 10, p. 111.
- F. CHENEDE, " Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme ", *D.*, 2015, p. 1226.
- A. CHERON, " Open data et valorisation du patrimoine immatériel ", *AJ Collectivités Territoriales*, 2013, p. 123.
- J. CHEVALLIER :
- " La transformation de la relation administrative: mythe ou réalité? ", *D.*, 2000, p. 575
  - " La régulation juridique en question ", *Droit et Société*, 2001, n° 49
  - " Le statut des autorités administratives indépendantes : harmonisation ou diversification ? ", *RFDA*, 2010, p. 896.
- M. CHOISY, " Banques de données, aspects contractuels ", *ADI*, 1983, spéc. p. 35.

F. CHRETIEN, " La directive communautaire n° 98/44/CE sur la protection juridique des inventions biotechnologiques: une saga européenne ", *Propr. ind.*, 2005. Chron. 6.

J. DE CLAUSADE, J.-J. URVOAS & J.-L. WARSMANN, " La qualité de la loi en débat ", *Constitutions*, 2010, p. 195.

L. CLUZEL-METAYER :

- " Le droit au consentement dans les lois des 2 janvier et 4 mars 2002 ", *RDSS*, 2012, p. 442.
- " Les limites de l'open data ", *AJDA*, 2016, p. 102.

CNIL :

- " Vie privée à l'horizon de 2020 ", *Cahiers innovation et Prospective*, n° 1, 2012.
- " Le corps nouvel objet connecté ", *Cahier Innovation et Prospective*, n°2, 2014.

D. COHEN, " Ampleur et qualités du consentement donnée par clic de souris ", *LPA*, 14-15-16 août 2014, n° 162-163-164, p. 4-5.

H. COHEN-JEHORAM, " Reproduction légale et illégale ", *Dr. auteur*, 1986, p. 373.

C. COLIN :

- " La contractualisation des exceptions du droit d'auteur: oxymore ou pléonasme? ", *CCE*, 2010. Étude 3.
- " Devoir d'auteur ", *RIDA*, avr. 2010, p. 161.

C. COLOMBET :

- " L'énigme de l'art. 21, § 2, de la loi du 11 mars 1957, mod. par la loi du 3 juill. 1985 ", *D.*, 1987. Chron. 145.
- " La portée des autorisations d'exploitation en matière de contrats relatifs au droit d'auteur ", *Mélanges Françon*, Dalloz 1995, p. 63.

C. CORGAS-BERNARD, " Responsabilité civile médicale et nouvelles pratiques numériques: l'exemple de la télémédecine ", *LPA*, 14-15-18 août 2014, n° 162-163-164, p. 27.

C.COSTAZ, " Le droit à l'oubli ", *Gaz. Pal.*, 27 juillet 1995, II, doct., p. 961.

M. COUTURIER, " Secret médical et protection des personnes atteintes de troubles psychiques ", *RDSS*, 2009, p. 277.

A. CRISTAU, " L'exigence de sécurité juridique ", *D.*, 2002, p. 2814.

- D. DANET, " La question de l'information dans l'analyse de la compétition économique : bien commun ou actif incorporel ? ", *Mélanges en l'honneur de C. CHAMPAUD*, Dalloz 1997, p. 261.
- E. DARAGON, " Étude sur le statut juridique de l'information ", *D.*, 1998, chron. p. 63.
- L. DAUBECH, " La collecte des données de santé " in " Le droit des données de santé ", *RGDM*, Numéro spécial, LEH, 2004.
- T. DAUTIEU, " La proposition de règlement européen en matière de protection des données personnelles et ses conséquences sur la future stratégie de contrôle de la CNIL ", 15 janvier 2013, *D.*, 2015.
- A. DEBET, " Informatique et libertés : faut-il aujourd'hui réviser la directive 95/46/CE relative à la protection des données personnelles ? ", *D.*, 2011, p. 1034.
- H. DE BOISSE, " Prémience du droit de la concurrence sur le droit sui generis " , *Expertises*, janv., 2003, p. 23.
- C. DEBOST, " La donnée de santé à l'ère du numérique ", *Revue Droit et Santé*, Hors Série, 50ème numéro, p. 94.
- J. DE CLAUSADE, " «Sécurité juridique et complexité du droit»: considérations générales du Conseil d'État ", *D.*, 2006, p. 737.
- L. DE GAULLE, " La notion de redevance en droit d'auteur ", *RIDA*, janv. 1996, p. 69.
- M. DEGOFFE, " Les autorités publiques indépendantes ", *AJDA*, 2008.
- C. DE HAAS, " Les fonctions d'identification de la marque, la bonne fonction essentielle qui éclipse toutes les autres ", *Propr. intell.*, 2013, n° 46, p. 4.
- M. DELAMARRE, " La sécurité juridique et le juge administratif français ", *AJDA*, 2004, p. 186.
- A. DE SAINTE MARIE, " L'objet des cessions de droits d'auteur: l'interprétation des contrats entre droit commun et droit spécial ", *RTD com.*, 2013, p. 669.
- G. DESGENS-PASANAU, " RGPD : entre incertitudes et occasions manquées ", *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 335.
- I. DE LAMBERTERIE, " Qu'est ce qu'une données de santé ? " in " Le droit des données de santé ", *RGDM*, Numéro spécial, LEH, 2004.
- B. DELAUNAY, " De la loi du 17 juill. 1978 au droit à l'information en matière d'environnement ", *AJDA*, 2003, p. 1316.

A. DENIZOT, " L'étonnant destin de la théorie du patrimoine ", *RTD civ.*, 2014, p. 547 et s.

M. DENIS-LINTON; " La rémunération des prestations fournies par l'INSEE au regard du droit de propriété intellectuelle ", *RFDA*, 1997, p. 115.

V. DEPADT-SEBAG, " Usufruit temporaire des personnes physiques ", *RTD civ.*, 2010, p. 669.

E. DERIEUX :

- " Œuvre de commande, liberté de création et droit moral de l'auteur ", *RIDA*, juill. 1989, p. 199.
- " Bases de données et droit à l'information ", *LPA*, 18 févr. 1998.

O. DESHAYES, " Les réformes récentes et attendues en 2009 ", *RDC*, 2009, p. 1602.

P. DESMARAIS :

- " La télémédecine, source de nouveaux cas de responsabilité ", *CCE*, n° 9, Septembre 2011, étude 16.
- " Quel régime pour la m-Health ? ", *CCE*, 2013, Étude 5.

T. DESURMONT :

- " L'allongement de la durée de la protection des œuvres musicales ", *RIDA*, juill. 1986, p. 41.
- " Le droit de l'auteur de contrôler la destination des exemplaires sur lesquels son œuvre se trouve reproduite ", *RIDA*, oct. 1988, p. 3.
- " Qualification juridique de la transmission numérique ", *RIDA*, oct. 1996, p. 55.

E. DERCLAYE , " Droits de propriété intellectuelle sur l'information et pouvoir de marché: comparaison entre les protections européenne et américaine des bases de données ", *Propr. intell.*, 2007, n° 22, p. 19.

P. DELVOLVE, " Droit de propriété et droit public ", *Mélanges Braibant*, Dalloz, 1996, p. 149.

F. DIEU, " La modulation des effets des annulations contentieuses ou comment concilier principe de légalité et principe de sécurité juridique ", *AJDA*, 2006, p. 2428

B. D'ORMESSON-KERSAINT, " La protection des œuvres du domaine public ", *RIDA*, avr. 1983, p. 73.

M. DOUCET, " Les problèmes du domaine public payant ", *Dr. auteur*, 1970, p. 208.

L. DUBOUIS, " Feu le secret médical ", in Mél. Peiser, PU Grenoble, 1995, p. 205, p. 155.

W. DUCHEMIN, " Réflexions sur le droit d'exposition ", *RIDA*, avr. 1993, p. 15.

M. DUPUIS, " La vie privée à l'épreuve des réseaux sociaux ", *Revue Lamy Droit Civil*, 2013.

O. DUPUY, " La réforme des règles de durée de conservation des dossiers médicaux gérés par les établissements de santé ", *RDS*, n° 11, 2006, p. 294-297.

E. DURAFFOUR, " Est-il possible d'encadrer réglementairement l'appréciation judiciaire du caractère abusif d'une clause contractuelle? ", *RLDA*, mars 2009, p. 43.

S. DURRANDE, " L'arrêt Perrier, un prétexte pour s'attarder sur les sous-cessions en droit d'auteur ", *RIDA*, avr. 1995, p. 3.

S. DUSOLLIER, " le droit de destination: une espèce franco-belge vouée à la disparition ", *Propr. intell.*, 2006, n° 20, p. 281.

E. DREYER, " Consécration - provisoire - du vol de données informatiques ", *Crim.* 20 mai 2015, n° 14-81.336, *AJ Pénal*, 2015, p. 413.

W. DROSS, " Que l'article 544 du code civil nous dit-il de la propriété ? ", *RTD Civ.*, 2015, p. 27.

A. DUTHIL, " Première vente aux enchères de droit d'auteur de logiciels ", *Expertises*, janv., 1999, p. 406.

B. EDELMAN :

- " Entre copyright et droit d'auteur: l'intégrité de l'œuvre de l'esprit ", *D.*, 1990, p. 295.
- " La rue et le droit d'auteur ", *D.*, 1992, Chron. 91.
- " La télédistribution dans les chambres d'hôtel ", *D.*, 1994, Chron. 209.
- " Les bases de données ou le triomphe des droits voisins ", *D.*, 2000, Chron. 89.
- " De la propriété-personne à la valeur-désir ", *D.*, 2004.
- " La CEDH et l'homme de marché ", *D.*, 2011, Chron. 897.

M. ESPERQUETTE, " Action de la DGCCRF dans la lutte contre les clauses abusives ", *Rev. Conc. Consom.*, 1989, n° 5.

G. EVEILLARD, " Sécurité juridique et dispositions transitoires. Huit ans d'application de la jurisprudence KPMG ", *AJDA*, 2014, p. 492.

M. FABIANI, " Le droit d'auteur à l'intégrité de son œuvre ", *RIDA*, janv. 1964, p. 79.

M. FABRE-MAGNANT, " Propriété, patrimoine et lien social ": *RTD civ.*, 1997, p. 583.

I. FALQUE-PIERROTIN, " Ceux qui pensent être propriétaires de nos données se trompent ", *Les Echos*, 25 novembre 2014

J. FAUCHERE, " Les faux en matière de peinture et d'art ", *RIDA*, oct. 1975, p. 89.

M. - P. FENOLL-TROUSSEAU, " La rémunération des auteurs sur internet ", *CCE*, 2001, n° 6.

Y. FERRARI, " La santé et la télémédecine ", *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2014, 108-supplément.

D. FOREST, Google et le « droit à l'oubli numérique » : genèse et anatomie d'une chimère juridique ", *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2014.

N. FORT, " CNIL : la protection des données personnelles de santé à l'épreuve du Dossier Pharmaceutique ", *Chronique de l'atelier de jurisprudence des autorités de régulation*, *Droit Administratif*, n° 11, Novembre 2013, chron. 5.

J. FRANCES-LAGARRIGUE, " Retrait des actes administratifs et sécurité juridique ", *AJDA*, 2006, p. 2361.

A. FRANCON :

- " Des limitations que les droits de la personnalité apportent à la création littéraire et artistique ", *RIDA*, avr. 1971, p. 149.
- " La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur ", *D.*, 1976, Chron. 55.
- " Le droit au respect et les œuvres audiovisuelles", *Mélanges Chavanne*, Litec 1990, p. 233.

M. - J. FREEGARD, " Radiodiffusion directe par satellite, conséquences pour le droit d'auteur ", *RIDA*, avr. 1988, p. 63.

P. FREMOND, " Le droit au nom d'une œuvre artistique ", *Cah. dr. auteur*, avr. 1988, p. 11.

L. FRIOURET, " Le refus de soins salvateurs ou les limites de la volonté du malade face à l'ordre public de conservation de la vie ", *RGDM*, 2005, n°15, p. 99.

M. -A. FRISON-ROCHE :

- " Le droit de la régulation ", *D.*, 2001, p. 610.
- " Définition du droit de la régulation économique ", *D.*, 2004, p. 126.

J. -C. GALLOUX :

- " Vers la brevetabilité des animaux chimères en droit français ", *JCP*, 1990. I. 3430.
- " Brevetabilité des éléments et des produits du corps humain ou les obscurités d'une loi grand public ", *JCP*, 1995, I, 3872.
- " Premières vues sur la directive 98/44 ", *JCP*, 1998, I, n° 172.
- " Utilisation des matériels biologiques humains: vers un droit de destination ? ", *D.*, 1999, Chron. 13.
- " La loi n° 2004-800 du 6 août 2004 sur la bioéthique ", *D.*, 2004, Chron. p. 2379.

J.- L. GASTER :

- " Document de travail des services de la Commission européenne sur les suites de l'arrêt dit «Phil Collins» de la CJCE ", *RIDA*, avr. 1996, p. 3.
- " Les nouveaux moyens techniques de reproduction et le droit d'auteur ", *RIDA*, oct. 1984, p. 23 et janv. 1985, p. 107.

Y. GAUBIAC, " L'assiette de la rémunération proportionnelle selon la loi française sur le droit d'auteur ", *Mélanges Françon*, Dalloz 1995, p. 163.

P. - Y. GAUDRAT :

- " La protection de l'auteur, lors d'une retransmission spatiale de son œuvre ", *RIDA*, avr. 1980, p. 17.
- " Satellites de retransmission et aspects de droit d'auteur ", *Dr. informatique et télécoms*, 1989, n° 4, p. 9.
- " La loi de transposition de la directive 96/9 du 11 mars 1996 sur les bases de données ", *RTD Com.*, 1998, p. 598.
- " Champ de la protection par le droit sui generis ", *RTD com.*, 1999, p. 86.
- " Les modèles d'exploitation du droit d'auteur ", *RTD com.*, 2009, p. 323.

F. GAULLIER & G. VERCKEN, " Rémunération proportionnelle des auteurs: atténuations et remises en cause du principe de l'assiette «prix public hors taxes» ", *Propr. intell.*, 2006, n° 19, p. 155.

H. GAUMONT-PRAT :

- " Aspects éthiques des banques de tissus humains ", *D.*, 1999, p. 334.
- " Les tribulations en France de la directive du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques " *PIBD*, 2002, II, p. 39.
- " Les inventions biotechnologiques d'origine humaine et le brevet ", *Propr. ind.*, 2002. Chron. 12.

- " Loi de bioéthique et droit des brevets : alliance féconde ou liaison difficile [la pénultième péripétie de la transposition de la directive (CE) 98-44] ", *Petites affiches*, 18 févr. 2005, n° 35, p. 51.
- " La laborieuse transposition de la directive n° 98-44-CE du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions technologiques suite et fin ? ", *Propr. ind.*, mars 2005, p. 8.

P. -Y. GAUTIER :

- " L'accession mobilière en matière d'œuvres de l'esprit: vers une nouvelle querelle des Proculéiens et des Sabinien ", *D.*, 1988, Chron. 152.
- " L'œuvre écrite par autrui ", *RIDA*, janv. 1989, p. 93.
- " La «solution Goncourt»: les fondations indirectes en droit d'auteur " *D.*, 1991, Chron. 145.

C. GEIGER, " La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle ", *D.*, 2010, p. 510.

Y. GENDREAU,

- " Le critère de fixation en droit d'auteur ", *RIDA*, janv. 1994, p. 111.
- " Droit de reproduction et l'internet ", *RIDA*, oct. 1998, p. 3.

M. GJIDARA, " Le droit général d'accès aux documents administratifs, notamment au plan local et dans le cadre associatif ", *Quot. jur.*, 1983, n° 50. p. 3 et 57. p. 3.

M. GIANNOTTI, " L'abus du droit de propriété et l'empiètement sur le terrain d'autrui ", *RDI*, 1991, p. 303.

G. GINSBURG & P. SIRINELLI, " Les difficultés rencontrées lors de l'élaboration d'une œuvre multimédia ", *JCP*, 1996, I, 3904.

D. GIOCANTI, " Les différentes acceptions des termes «dossier médical» et, dans ce contexte, situation du dossier hospitalier ", *RGDM*, déc. 2010, p. 161.

A. GIRARDET, " La notion d'œuvre collective dans la jurisprudence ", *Légicom*, 2003, n° 29, p. 35.

M. GIRER, " Le consentement contractuel: mythe et réalité. Pour une autre façon de penser les rapports patients-professionnels ", *RGDM*, 2004, n° 13, p. 41.

A. GOBIN, " Les contrats de droit d'auteur à l'épreuve des législations française et européenne sur la propriété intellectuelle ", *LPA*, n° 58, p. 37.

C. GOLDIE-GENICON, " L'assurance de groupe à l'épreuve de la législation sur les clauses abusives ", *D.*, 2008, p. 2447.

Y. GOUNIN & L. LALUQUE, " La réforme du droit d'accès aux documents administratifs ", *AJDA*, 2000, p. 486.

F. GOTZEN, " Le droit de destination en Europe ", *Dr. auteur*, 1989, p. 230.

C. GREIGER, " L'avenir des exceptions au droit d'auteur ", *JCP*, 2005, I. 186.

L. GRYNBAUM, " La responsabilité des acteurs de la télémédecine ", *RDSS*, 2011, p. 996.

E. GUTMANN :

- " La protection juridique des inventions biotechnologiques dérivées d'éléments isolés à partir du corps humain ou autrement produits par des procédés techniques: vrais et faux problèmes ", *RDPI*, sept. 2000, p. 11.
- " Le brevet, l'éthique: au piège du langage ? ", *Propr. intell.*, 2003, n° 9, p. 348.

M. GUYOMAR, " Sécurité juridique et mesures transitoires (concl. sur CE, sect., 13 déc. 2006, Mme Lacroix, req. no 287845) ", *RFDA*, 2007, p. 6.

O.P. HANCE, " L'information et le droit : la question du statut juridique de l'information ", *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2011.

G. HAAS & O. DE TISSOT, " Protection d'une base de données et site Web ", *Les annonces de la Seine*, 19 juill. 1999, p. 6.

B. HARDY, " Application dans l'espace de la directive 95/46/CE : la géographie du droit à l'oubli ", *RTD eur.*, 2014, p. 879.

M. HARICHAUX, " Les droits à information et consentement de l'« usager du système de santé » après la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 ", *RDSS*, 2002, p. 673.

T. HASSLER :

- " Quelle patrimonialisation pour le droit à l'image des personnes ? Pour une recomposition du droit à l'image ", *Légipresse*, 2007, II, p. 123.
- " Conditions générales des réseaux sociaux versus la protection des personnes : le choc de deux mondes antagonistes", *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, 2015.

H. HASSLER & U. LILTI, " Diffusion sur internet: deux points de vue sur le mode de rémunération ", *Expertises*, juin 1998, p. 168.

J. HAUSER :

- " Droit à l'image, vie privée, cadavre et nécessités de l'information ", *RTD civ.*, 2000, p. 291.

- " Droit à l'information : la dignité des morts ", *RTD civ.*, 2005, p. 363.

O. HENRARD, " L'information du public en matière de sécurité nucléaire après la loi du 13 juin 2006 ", *AJDA*, 2006, p. 2112.

M. HERRS, " La sécurité juridique en droit administratif français: vers une consécration du principe de confiance légitime? ", *RFDA*, 1995, p. 963.

J. HERVEG, " La gestion des risques spécifiques aux traitements de données médicales en droit européen ", *Système de santé et circulation de l'information : encadrement éthique et juridique, D.*, 2007, p. 79.

M. R. HIRSCH, " La brevetabilité dans le domaine du vivant ", *Gaz. Pal.*, 20-21 mai 1998.

D. HIRSCH & MORTREUX, " Les inventions biotechnologiques: la voie étroite de la brevetabilité ", *Gaz. Pal.*, 1999. 1. Doctr. 129.

D. HUET- WEILLER, " La protection juridique de la voix humaine ", *RTD civ.*, 1982, p. 497.

A. IONASCO, " Le droit de repentir de l'auteur ", *RIDA*, janv. 1975, p. 21.

LES INFOSTRATEGES, " Vous avez dit propriété des données ? ", <http://les-infostrateges.com>, 14 janvier 2011.

J. - P. JACQUE, " Protection des données personnelles, Internet et conflits entre droits fondamentaux devant la Cour de justice ", *RTD eur.*, 2014, p. 283.

B. et J. JACOB, " (R)évolution discrète pour les cessions de droit d'auteur ", *RLDI*, avr. 2007, n° 837.

K. JAKOULOFF, " Des clauses abusives aux pratiques commerciales déloyales: deux directives complémentaires ", *LPA*, 10 juin 2015.

Y. JEGOUZO :

- " Le droit à la transparence administrative ", *EDCE*, 1992, n°43.
- " La loi du 17 juillet 1978 a vingt-cinq ans ", *AJDA*, 2003, p. 1297.

J.-M. JOB, " La loi Informatique et Libertés et les données de santé ", *RLDI*, janvier 2008, n°34, p. 86.

M. JOSSELIN, " La notion de contrat d'exploitation du droit d'auteur, approche de droit comparé ", *Bull. dr. auteur*, 1992, n° 4, p. 6.

C. JOUBERT, " Le droit moral sur les œuvres posthumes ", *RIDA*, janv. 1961, p. 69.

P. JOURDAIN :

- " Les droits de la personnalité à la recherche d'un modèle : la responsabilité civile ", in les Droits de la personnalité : bilan et perspectives, actes du colloque du 13 nov. 2006, *Gaz. Pal.*, 18-19 mai 2007, n°13, p. 52.
- " Le changement de nature de la responsabilité médicale ", *RTD civ.*, 2011, p. 128.

M. JUGLAR, " La procédure pénale au service de la propriété intellectuelle ", *JCP E*, 2016, n° 1209.

D. KABRE, " Droit des bases de données et pays en développement ", *RIDA*, avr. 2009, p. 3.

P. KAYSER, Le secret de la vie privée et la jurisprudence civile, Mélanges R. SAVATIER, 1965, Dalloz, p. 405.

P. KAYSER, " Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques ", *RTD civ.*, 1971, p. 445.

A. KEREVER :

- " Droit d'auteur et satellites spatiaux ", *RIDA*, juill. 1984, p. 27.
- " Droit d'auteur et développements techniques ", *RIDA*, avr. 1991, p. 7.
- " Droit d'exposition et historique du droit d'auteur ", *RIDA*, avr. 1993, p. 7.
- " Les modifications apportées par la loi du 3 juill. 1985 au droit d'auteur sur la radiodiffusion: un problème d'interprétation ? ", Mélanges Françon, Dalloz 1995, p. 285.

H.KHODOSS, " L'exploitation des données de santé " in " Le droit des données de santé ", *RGDM*, Numéro spécial, LEH, 2004.

G. KOUBI, " Des ou dé-connexions administratives en messages électroniques ", *JCP Adm.*, 2008, p. 2170.

G. KOUMANTOS,

- " Le droit de reproduction et l'évolution de la technique ", *RIDA*, oct. 1978, p. 3.
- " Les bases de données dans la directive communautaire ", *RIDA*, janv. 1997, p. 79.

C. KUHN, " L'objet du consentement à l'acte médical ", *Rev. jur. Océan indien*, 2013, n° 16, p. 31.

G. KULLING & V. SCIORTINO, " L'accès au dossier médical hospitalier par le médecin-conseil de l'assurance maladie ", *RGDM*, 2010, n° 37, p. 227.

A. KUREK, " L'application de la transparence administrative aux rapports des inspections générales ministérielles ", *RFDA*, 2003, p. 1175.

X. LABEE, " Prélèvements d'organes et indisponibilité du corps humain; note ss. Amiens, 26 nov. 1996 ", *LPA*, 11 juill. 1997.

D. LABETOULLE, " La responsabilité des AAI dotées de la personnalité morale : coup d'arrêt à l'idée de « garantie de l'Etat ». A propos de l'avis du Conseil d'Etat du 8 septembre 2005 ", *CJEG*, 2006, p. 359.

C. LAGARDE, " Observations sur le volet consommation de la LME ", *LPA*, 23 févr. 2009.

A. LALLET & J. - P. THIELLAY, " La Commission d'accès aux documents administratifs a trente ans ", *AJDA*, 2008, p. 145.

T. LAMARCHE, " L'imprescriptibilité et le droit des biens ", *RTD Civ.*, 2004, p. 403.

T. LAMBERT :

- " Le brevet et la personne, Brefs propos sur un double rendez-vous manqué ", *D.*, 2005, p. 2005.
- " La marque, garantie de qualité ", *D.*, 2015, p. 2087.

Y. LAMBERT-FAIVRE, " La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé ", 3 partie, *D.*, 2002, fasc n° 15, 16 et 17, p. 1217, 1291 et 1367.

T. LANCRENON, " Epitomé d'une controverse sur le droit de divulgation de l'auteur ", *RIDA*, oct. 2009, p. 3.

G. LANDAIS & F. LENICA, " Sécurité juridique: la consécration (chron. sous CE, ass., 24 mars 2006, Sté KPMG et a., req. no 288460) ", *AJDA*, 2006, p. 1028.

M. LANNOY, " Personne humaine en droit de la responsabilité hospitalière ", *RDSS*, 2015, p. 117.

J. LARRIEU, " Droit du numérique ", *D.*, 2014, p. 2317.

B. LASSERRE, " Six ans après le vote de la loi du 17 juillet 1978: une administration plus transparente? ", *EDCE*, 1983-1984, n° 35, p. 99.

A. LATREILLE, " La notion d'œuvre collective ou l'entonnoir sur la tête ", *CCE*, 2000, Étude 10.

A. LAUDE (ss. dir. de), " La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé ", *LPA*, n° spécial, 19 juin 2002, n°122.

A. LAUDE, " Le patient nouvel acteur de sa santé ? ", *D.*, 2007, p. 1151.

I. LAURENT-MERLE, " Le secret des données médicales et la protection de la vie privée : un secret de polichinelle ? ", *D.*, 2000, p. 521.

J. LAVEISSIERE, " Le «droit à l'information» à l'épreuve du contentieux. À propos de l'accès aux documents administratifs ", *D.*, 1987, p. 275.

C. LAVERDET :

- " Les enjeux juridiques de l'Internet des objets ", *JCPG*, n° 23, 9 Juin 2014, p. 670.
- " Données personnelles : bilan de 1995 et réforme de 2014 ? ", *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2014, p. 104.

C. LAVIALLE, "Regard sur l'appropriation publique, " *Dr. et ville*, 2006, p. 250.

A. LEBOIS, " Le droit de location et la structure des droits patrimoniaux: la théorie du droit de destination bousculée ", *D.*, 2002, Chron. 2322.

A. LECHENET & M. UTERSINGER, " Isabelle Falque-Pierrotin : « Je ne crois pas du tout à la fin de la vie privée » ", *Le Monde* (édition numérique), 19 mai 2014.

P. LE COZ, " Avis du CCNE à propos des questions soulevées par l'informatisation des données de santé ", *RGDM*, 2010, n° 37, p. 199.

S. LEMARCHAND & S. RAMBAUD, "Quelques clés d'application de la directive Bases de Données ", *Propr. intell.*, 2004, n° 13, p. 892.

C. LE GAL, " Le dossier pharmaceutique : un outil technique de santé publique; *RDSS*, 2009, p. 301.

C. LE GOFFIC, " Consentement et confidentialité à l'épreuve de la télémédecine ", *RDSS*, 2011, p. 987.

J. LEMASURIER, " Vers une démocratie administrative: du refus d'informer au droit d'être informé ", *RDP*, 1980, p. 1239.

F. LENICA & J. BOUCHER :

- " Recours des tiers contre les contrats et modulation dans le temps des effets des changements de jurisprudence: «Never say never» (chron. sous CE, ass., 16 juill. 2007, Sté Tropic Travaux Signalisation, req. n° 291545) ", *AJDA*, 2007, p. 1577.
- " Le droit transitoire: arrêt sur image (chron. Sous CE, sect., 13 déc. 2006, Mme Lacroix, req. no 287845) ", *AJDA*, 2007, p. 358.

A. LEPAGE, " Droits de la personnalité : panorama 2004-2005 ", *D.*, 2005, p. 2643.

D. LE PRADO, " La modulation dans le temps des effets des décisions de justice ", *Just. et cass.*, 2012, p. 231.

R. LETTERON, " Le modèle français de transparence administrative à l'épreuve du droit communautaire ", *RFDA*, 1995, p. 813.

R. LIBCHABER, " Cession temporaire d'usufruit ? ", *Defrénois*, 2008, p. 1656.

X. LINANT DE BELLEFONDS, " Protection des bases de données, brèves observations concernant la directive du conseil ", *Expertises*, n° 169, févr. 1994, p. 65.

R. LINDON :

- " Le droit de préférence des éditeurs ", *D.*, 1968, Chron. 55.
- " Dictionnaire juridique des droits de la personnalité ", *D.*, 1983, p. 113.

D. LINOTTE et G. SIMONIN, " L'autorité des marchés financiers, prototype de la réforme de l'Etat ? ", *AJDA*, 2004, p. 143.

E. LOGEAIS, " La révolution numérique bouscule le droit européen des bases de données ", *Propr. intell.*, 2012, n° 43, p. 225.

G. LOISEAU, " Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français ", *McGill Law Journal*, 1997, p. 319.

M. LUBY, " Quand la CJCE ébranle le régime juridique des clauses abusives ", *CCC*, 2004. Chron. 1.

A. LUCAS, " L'assiette de la rémunération proportionnelle due par l'éditeur ", *D.*, 1992. Chron. 269.

A. LUCAS et P. SIRINELLI, " L'originalité en droit d'auteur ", *JCP G*, 1993, I, 3681

D. MABILLOT et N. COUTINET, " Les biens informationnels : définition et mesures ", in *Société de l'information : enjeux économiques et juridiques*, ss. dir. P. BARBET et I. LIOTARD, L'Harmattan, 2006.

E. MACKAAY, " La possession paisible des idées, toute information doit-elle faire l'objet d'un droit de propriété ? ", *RD intell.*, 1986, p. 2

F. MAIANI, " Le cadre réglementaire des traitements de données personnelles effectués au sein de l'Union européenne ", *RTD eur.*, 2002, p. 283.

H. MAISL, " Régime de la protection juridique des bases de données publiques ", *AJDA*, 1997, p. 189.

L. MAISNIER-BOCHE, " Hébergement des données de santé : bilan et perspectives de réforme ", *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2015, 111.

A. MAITROT DE LA MOTTE, " La réforme de la loi informatique et libertés et le droit au respect de la vie privée ", *AJDA*, 2004, p. 2269.

C. MALAPARTE, " Le droit de représentation et le droit d'exécution ", *RIDA*, avr. 1958, p. 195.

P. MALINVAUD, " Dommages aux voisins dus aux opérations de construction ", *RDI* 2001, p. 479.

B. MALLET-BRICOUT :

- " Le fiduciaire propriétaire ? ", *JCP E*, n° 8, 25 Février 2010, p. 1191.
- " Propriété, affectation, destination - Réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité ", *Revue Juridique Themis (RJTUM, Québec)*, 2014, 48 (2).

N. MALLET-POUJOL :

- " La directive concernant la protection juridique des bases de données: la gageure de la protection privative ", *Dr. inf. et téléc.*, 1996/1, p. 3.
- " Appropriation de l'information : l'éternelle chimère ", *D.*, 1997, p. 330.
- " Droit à et droit sur l'information de santé " in " Le droit des données de santé ", *RGDM*, Numéro spécial, LEH, 2004.

S. MANSON, " La mise à disposition de leurs données publiques par les collectivités territoriales ", *AJDA*, 2016, p. 97.

G MARCOU, " La notion juridique de régulation ", *AJDA*, 2006, p. 347.

E. MARIE, " La simplification des règles de droit ", *Droit social*, 2002. 379.

L. MARINO, " To be or not to be connected : ces objets connectés qui nous espionnent " , *D.*, 2014, 29.

N. MARTIAL-BRAZ, J. ROCHFELD & E. GATTONE, " Quel avenir pour la protection des données à caractère personnel en Europe ? " , *D.*, 2013, p. 2788.

N. MARTIAL-BRAZ, " Les moteurs de recherche, maîtres ou esclaves du droit à l'oubli numérique ? " , *D.*, 2014, p. 1481.

D. MARTIN, " La directive base de données et sa transposition en droit français", *Gaz. Pal.*, 15-16 mai 1998, *Doctr.* p. 16.

R. MARTIN, " Personne et sujet de droit " , *RTD civ.*, 1981, p. 785.

E. MARTINEZ, " Le C.C.N.E., le « dossier médical personnel » (D.M.P.) et l'informatisation des données de santé (Avis n° 104 du C.C.N.E.) " , *RDS*, n° 26, p. 695.

S. MARZOUG & B. DE LARD, " L'hébergement des données personnelles de santé: principes et limites ", *Actu. JuriSanté*, juin 2011, n° 74, p. 4.

C. MASCRET, " La brevetabilité des gènes ", *LPA*, 16 juin 1999, p. 14

B. MATHIEU, " La directive européenne relative à la brevetabilité des inventions biotechnologiques, le droit français et les normes internationales ", *D.*, 2001. Chron. 13.

B. MATHIEU :

- " Le juge et la sécurité juridique: vues du Palais-Royal et du quai de l'Horloge ", *D.*, 2004, p. 1603.
- " Le principe de sécurité juridique entre au Conseil d'État ", *AJDA*, 2006, p. 841.
- " La norme, le juge et la sécurité juridique ", *Just. et cass.*, 2012, p. 67.
- " La dangereuse notion de «prévisibilité raisonnable» et l'exigence de sécurité juridique ", *RMCUE*, 2012, p. 516.

F. MATTATIA & M. YAICHE, "Être propriétaire de ses données personnelles : peut-on recourir aux régimes traditionnels de propriété ? ", *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2015.

S. MAUCLAIR, " Vers un droit à l'oubli numérique...", *Revue Juridique Personnes et Famille*, 2014.

N. - J. MAZEN, " Les nouvelles formes d'assentiment à l'acte médical ", *RGDM*, 2003, n° 10, p. 41.

J. MEHAUT, " Google Livres ou du bon usage de la contrefaçon ", *Propri. intell.*, 2006, n° 20, p. 290.

F. MELLERAY, " L'arrêt KPMG consacre-t-il vraiment le principe de sécurité juridique? ", *AJDA*, 2006, p. 897.

R. MERALLI, " A quand l'application du droit d'exposition? ", *Propri. intell.*, 2003, n° 9, p. 342.

V. MESLI :

- " Quelles articulations entre le dossier médical personnel et le dossier médical en santé au travail ? ", *RDSS*, 2014, p. 266.
- " La transmission d'informations via le dossier médical personnel : quel partage des données médicales ? ", *RGDM*, n°53, 2014, p. 65.

N. METALLINOS, " Maîtriser le risque Informatique et Libertés ", *Dr. soc.*, 2006, p. 378.

F. MEURIS, " Les dangers du « soi quantifié » ", *CCE*, n° 7-8, Juillet 2014, alerte 49.

C. MEYER-MEURET, " Les enjeux économiques de la télémédecine ", *RDSS*, 2011, p. 1013.

C. MEYRUEIS-PEBEYRE, " Actualité de la protection des bases de données – 2005 ", *Propr. ind.*, 2006, Étude 19.

V. K. MICHELET, " La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la procédure administrative non contentieuse ", *AJDA*, 2002, p. 949.

M. MIGNOT :

- " La notion de bien : contribution à l'étude du rapport entre droit et économie ", *RJJ*, 2006/4, p. 1805.
- " Construction, troubles de voisinage et obligation in solidum ", *RDI*, 2008, p. 408.

P. MISTRETTA, " LA LOI n° 2002-303 DU 4 MARS 2002 RELATIVE AUX DROITS DES MALADES ET À LA QUALITÉ DU SYSTÈME DE SANTÉ - Réflexions critiques sur un Droit en pleine mutation ", *JCP G*, n° 24, 12 Juin 2002, I, 141.

F. MODERNE :

- " Sécurité juridique et sécurité financière (note sous CE, ass., 24 mars 2006, Sté KPMG et a., req. no 288460) ", *RFDA*, 2006, p. 483.
- " Sur la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence (note sous CE, ass., 16 juill. 2007, Sté Tropic Travaux Signalisation, req. n° 291545) ", *RFDA*, 2007, p. 917.

N. MOLFESSIS, " Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique ", *RTD civ.*, 2000, p. 186.

A. MONNIER, " Le dossier médical personnel: histoire, encadrement juridique et perspectives ", *RDSS*, 2009, p. 625.

G. MORANGE, " Le secret en droit public français ", *D.*, 1978, p. 1.

L. MOSCATI, " Le code civil et le destin de la propriété intellectuelle en Europe ", *Droits*, 2008, n°47, p. 551.

V. NABHAN, " Le droit d'exposition des œuvres artistiques au Canada ", *RIDA*, avr. 1993, p. 109.

R. NERSON, " L'influence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit civil ", *RTD civ.*, 1970, p. 661.

B. NOUEL, " Droit de la concurrence et les données publiques ", *Gaz. Pal.*, 19-20 févr. 1997, Doctr. p. 2.

H. OBERDORFF, " L'émergence d'un droit de comprendre l'administration et le droit ", *EDCE*, 1992, n° 43.

N. OCHOA, " Pour en finir avec l'idée d'un droit de propriété pour ses données personnelles : ce que cache véritablement le principe de libre disposition ", *RFDA*, 2015, p. 1157.

Ordre national des médecins, " Secret médical, Entre droit des patients et obligation déontologique ", *Bull. Ordre méd.*, n° spéc., nov.-déc. 2012.

B. PACTEAU, " La sécurité juridique, un principe qui nous manque? ", *AJDA*, n° spécial 1995, p. 151.

F. - J. PANSIER et C. CHARBONNEAU :

- " Commentaire de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades ", *LPA*, 13 et 14 mars 2002, n° 52 et 53.
- " La dématérialisation des données médicales et les enjeux de leur hébergement ", *Gaz. Pal.*, 15-17 déc. 2003, p. 23.

C. PALEY-VINCENT & GOMBAULT, " Télémedecine, réglementation et responsabilité ", *Rev. Responsabilité*, déc. 2011, vol. 11, n° 44, p. 10.

M.-T. PAIN-MASBRENIER, " Le Dossier Médical Personnel ", *RGDM*, n°18, 2006, p. 217.

J. PASSA, " La propriété de l'information, un malentendu ? ", *Dr. et patrimoine*, mars 2001, p. 64

G. PATTETA, " Une solution réglementaire aux problèmes de suppression des clauses abusives? ", *blog.dalloz.fr*, 8 janv. 2009.

F. PLANCKEEL, " Usufruit et bail ", *RTD civ.*, 2009, p. 639.

A. PENNEAU, " Nature du trouble; responsabilité propre des constructeurs ", *RLDC*, 2006/23, n° 947.

M. PENNEAU, " Le secret médical et la preuve ", *Mél. Holleaux, Litec*, 2000, p. 345.

C. PERES, " Les données à caractère personnel et la mort, Observations relatives au projet de loi pour une République Numérique ", *D.*, 2016, p. 90.

H. PERINET-MARQUET, " Extension du champ d'application ", *RDI*, 2005, p. 161.

H. E. PERREAU, " Des droits de la personnalité ", *RTD civ.*, 1909, p. 501.

V. PERRUCHOT-TRIBOULET, " Perspectives de réforme ", *RLDC*, 2011/80, n° 4161.

R. PICARD, "Médecine personnalisée : de quoi parle-t-on ? une vision prospective" , *Annales des Mines - Réalités industrielles*, 2014/4 (Novembre 2014), p. 99-106

M. PIERCHON, " A propos du secret médical devant les juridictions du contentieux technique ", *JCP S*, 2007, n° 1564.

E. PIERRAT, " Le nouveau droit des bases de données ", *Légipresse*, 1998, II, p. 120.

R. PLAISANT, " La durée du droit pécuniaire de l'auteur et son évolution " , Mélanges Françon, Dalloz 1995, p. 35.

F. POLLAUD-DULIAN :

- " Brèves remarques sur la directive du 11 mars 1996 ", *D. Affaires*, 1997. 539.
- " Brèves réflexions sur la loi n° 97-283 du 27 mars 1997; durée de protection des droits d'auteur et dispositions diverses " , *JCP E*, 1997. I. 666.
- " La durée du droit d'auteur " , *RIDA*, avr. 1998, p. 83.

M. - C. PONTTHOREAU, " La directive 95/46 CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données " , *RFDA*, 1997, p. 125.

J. E. M. PORTALIS, " Discours préliminaire du Code civil " , 1804.

A.-I. POUILLE, " Le dossier médical personnel à l'épreuve " , *RDS*, n°15, p. 130.

M. PUYBASSET, " Le droit à l'information administrative " , *AJDA*, 2003, p. 1307

B. PY :

- " Le secret professionnel : une obligation de se taire " , *JA*, 2008, n°386, p. 12.
- " Le secret professionnel : une obligation de parler " , *JA*, 2008, n°386, p. 15.

L. - M. RAYMONDIS, " Problème juridique d'une définition de la mort. A propos des greffes d'organes " , *RTD civ.*, 1969, p. 29.

J. RAYNARD :

- " Le droit à la paternité de l'œuvre de l'esprit ", *Cah. dr. entr.*, 1989, n° 2, p. 33.
- " Entre brevet et droit d'auteur. Le quatre points cardinaux de la propriété intellectuelle " *JCP*, n°14, 1<sup>er</sup> avril 2013, doct. 399.

N. REBOUL-MAUPIN, " Constructeurs et troubles anormaux de voisinage ", *LPA*, 25 oct. 2007.

D. REIMER, " Remarques de droit comparé sur la liberté des contrats en matière de droit d'auteur ", *RIDA*, avr. 1977, p. 3.

T. REVET, La propriété de la personnalité in les Droits de la personnalité : bilan et perspectives, actes du colloque du 13 nov. 2006, *Gaz. Pal.*, 18-19 mai 2007.

D. RIBES, " Codification par ordonnances ", *D.*, 2000, p. 425.

J. ROBBE, " Sécurité juridique et requalification jurisprudentielle des contrats (note sous T. confl. 21 mai 2007, SA Codiam, req. no 3609) ", *AJDA*, 2008, p. 200.

A. ROBINEAU-ISRAEL & B. LASSERRE, " Administration électronique et accès à l'information administrative ", *AJDA*, 2003, p. 1325.

J. ROCHFELD, " Du droit de la consommation au droit de la régulation du marché: des dangers des listes et de l'harmonisation maximale ", *RTD civ.*, 2008. 732.

G. ROCHICCIOLI, " Points de vue sur la législation applicable aux nouveaux médias en France dans le domaine du droit d'auteur ", *RIDA*, avr. 1991, p. 31.

J.-L. ROMANENS, " Le DMP : un dossier médical personnel encore mal partagé ", *RDS*, n°47, p. 358.

J. - M. ROUART, " Le droit de reproduction ", *RIDA*, oct. 1967 et janv. 1968, p. 285.

C. ROUGE-MAILLARD & T. GACHES, " Le refus de soins des témoins de Jéhovah: une jurisprudence claire, une pratique médicale difficile ", *Journal de médecine légale*, 2004, p. 357.

G. ROUSSET, " Le dossier pharmaceutique, une expérience originale d'informatisation en santé ", *Gaz. Pal.*, 2009, n° 326-328, p. 39.

M. - A. ROUX, " La pratique du contrat ou pacte de préférence ", *Légipresse*, II. 84.

P. SABLIERE, " Une nouvelle source du droit ?, Les «documents référents» ", *AJDA*, 2007, p. 66.

T.SAINT-AUBIN, " Les nouveaux enjeux juridiques des données (big data, web sémantique et linked data). Les droits de l'opérateur de données sur son patrimoine informationnel "; *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2014.

J. - C. SAINT PAU, " L'article 9 du code civil : matrice des droits de la personnalité ", *D.*, 1999, p. 541.

P. SARGOS :

- " Les principes d'immunité et de légitimité en matière de secret professionnel médical ", *JCP*, 2004. I. 187.
- " Les enseignements des secrets trahis de Jules Bastien-Lepage et François Mitterrand ", *D.*, 2009, p. 2625.
- " Confirmation et approfondissement du nouveau fondement de la responsabilité civile médicale et de la problématique et méthodologie de la perte de chance ", *D.*, 2010, p. 2682.

N. SARRAUTE , "Œuvre collective et droit d'auteur ", *Gaz. Pal.*, 1968. Doctr. 83.

F. SAUER, " Europe et télésanté ", *RDSS*, 2011, p. 1029.

N. SAUPHANOR-BROUILLAUD :

- " Clauses abusives dans les contrats de consommation: critères de l'abus ", *CCC*, 2008. Étude 7.
- " Un an après le décret du 18 mars 2009, l'actualité des clauses abusives ", *RLDC*, sept. 2010. 7.

R. SAVATIER, " Essai d'une présentation des biens incorporels ", *RTD civ.*, 1958, p. 331.

J. -E. SCHOETTL, " Loi habilitant le gouvernement à procéder par voie d'ordonnances à l'adoption de certains codes ", *AJDA*, 2000, p. 31.

V. SCORDAMAGLIA, " La fonction du droit de marque ", *Propri. ind.*, 2010, Dossier n° 1, art. n° 6.

P. SEGUR, " Confidentialité des données médicales. A propos des enquêtes de santé ", *AJDA*, 2004, p. 858.

M. SEREZAT & M. CAVALIER, " Le consentement à l'obscurité de la télémedecine ", in *Consentement et Santé*, ss. *Dir de l'Association Française de Droit de la Santé*, Dalloz, 2014.

P. SERGENT, " Les contrats de cession des droits patrimoniaux relatifs aux fonds photographiques ", *CCE*, 2012. Fiche pratique 19.

L. SERMET, " Le sommeil et le droit ", *RRJ*, 1995/3, p. 713.

M. SERNA, " La voix et le contrat : les contrats sur la voix ", *CCC*, 1999, p. 9.

- J.-F. SEUVIC, " Veille et sécurité sanitaires ", *RSC*, 1998, p. 815.
- A. SINGH & G. CORMAN, " Contrat de commande d'œuvre: incertitudes sur les conditions et forme de la cession des droits d'auteur ", *LPA*, 19 nov. 2003.
- J. SOUBEYROL, " La communication des documents administratifs aux administrés ", *AJDA*, 1958, p. 43.
- P. STOFFEL-MUNCK, " Principe de précaution, antennes relais ", *D.*, 2009. Chron. 2817.
- M. STONAJOVIC, " Durée de la protection du droit d'auteur: situation et tendances actuelles ", *RIDA*, oct. 1984, p. 3.
- J. STOUFFLET, " Le droit de la personne sur son image ", *JCP G*, 1957, I, 1374, spéc. n°25.
- S. STROMHOLM :
- " Le droit de mise en circulation dans le droit d'auteur ", *Dr. auteur*, 1967, p. 279
  - " Réflexions sur le droit de destination ", *Cah. dr. auteur*, févr. 1989, p. 1.
- D. TABUTEAU, " Politique d'assurance maladie et politique de santé publique, cohérence et incohérences des lois des 9 et 13 août 2004 ", *Droit Social*, 2006, p. 200.
- P. TAFFOREAU :
- " La brevetabilité du génome humain ", *Propr. ind.*, 2005. Chron. 7.
  - " L'être et l'avoir ou la patrimonialisation de l'image des personnes ", *CCE*, 2007, étude 9.
- L. TELLIER-LIONIEWSKI, " La protection juridique des inventions biotechnologiques après l'adoption de la directive européenne ", *Gaz. Pal.*, 1999. 1. Doctr. 107.
- D. TERRE-FORNACCIARI, " L'autonomie de la volonté ", *Rev. sc. morales et politiques*, 1995, p. 256.
- E. TERRIER, " Obligations de soins, autopsie de conflits juridiques ", *RGDM*, 2010, n° 35, p. 187.
- L. TESOKA, " Principe de légalité et principe de sécurité juridique en droit administratif français ", *AJDA*, 2006, p. 2214.
- F. - X. TESTU, " Le juge et le contrat d'adhésion ", *JCP*, 1993. I. 3673.
- L. TILMAN , " La délicate question de la propriété des données de santé ", *RGDM*, n° 53, 2014, p. 49-54.

F. TRAIN, " L'influence du droit communautaire sur le droit administratif français en matière de droit transitoire ", *AJDA*, 2010, p. 1305.

E. TREPPOZ, " L'adaptation des exceptions du droit d'auteur au numérique: vers une recherche d'alignement ", *CCE*, 2010. Étude 14.

L. TROUVET & J. -H. STAHL, " Accès aux documents administratifs ", *AJDA*, 1994, p. 679.

E. ULMER, " Protection des auteurs lors de la transmission par satellite des programmes de radiodiffusion ", *RIDA*, juill. 1977, p. 3.

M. UTERSINGER :

- " Isabelle Falque-Pierrotin : « Il ne faut pas que les données personnelles soient échangées contre de la banane ! » ", *Le Monde* (édition numérique), 8 décembre 2014
- " Vous pourrez décider de ce qui arrivera à votre compte Facebook après votre mort ", *Le Monde* (édition numérique), 12 février 2015.

I. VACARIE :

- " L'hébergement des données de santé: entre contrat et statut ", *RDSS*, 2002, p. 695.
- " La finalité des traitements de données de santé " in " Le droit des données de santé ", *RGDM*, Numéro spécial, LEH, 2004.

J.-M. VAN GYSEGHEM, " Introduction, L'opposition entre la protection de la vie privée et les intérêts économiques : dans quelle pièce joue-t-on ? ", in *Défis du droit à la protection de la vie privée, Perspectives du droit européen et nord-américain*, Cahiers du Centre de Recherche Informatique et Droit, Bruylant, 2008, p. 134.

D. VELARDOCCHIO, " La brevetabilité du vivant ", *Dr. patr.*, oct. 2000, p. 68.

G. VERCKEN :

- " Pratique et rédaction des clauses résolutoires dans les contrats de cession de droit d'auteur ", *Prop. intell.*, 2003, n° 9, p. 366.
- " Le formalisme dans les contrats d'auteur : un point après la décision de la Cour de cassation du 21 novembre 2006 " , *RIDA*, janv. 2009, p. 5.
- " Contrat de droit d'auteur – la clause de cession de droits d'auteur " , *Prop. intell.*, 2011, n° 40, p. 344.

G. VERCKEN & M. VIVANT, " Le contrat pour la mise en ligne d'œuvres protégées : figures anciennes et pistes nouvelles " , *Cah. dr. entr.*, 2000, n° 2, p. 18.

H. VERDIER & S. VERGNOLLE, " L'Etat et la politique d'ouverture en France " , *AJDA*, 2016. 92.

P. - Y. VERKINDT, " Sécurité sociale et sécurité sanitaire : bref retour sur la loi du 1er juillet 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire ", *RDSS*, 1999, p. 37.

M. VIVANT :

- " À propos des "biens informationnels"", *JCP*, 1984, I, 3132.
- " Recueils, bases, banques de données, compilations, collections...: l'introuvable notion ? ", *D.*, 1995. Chron. 197.
- " An 2000 ; l'information appropriée ", Mélanges offerts à J.-J. BURST, 1997, p. 652.
- " L'immatériel, nouvelle frontière pour un nouveau millénaire ", *JCP*, n° 1, 5 janvier 2000, I, 193.

M. VIVANT & J. M. BRUGUIERE, " Réinventer l'invention ? ", *Propr. intell.*, 2003, n° 8, p. 286.

S. VULLIET-TAVERNIER :

- " Après la loi du 6 août 2004 : nouvelle loi « informatique et libertés » , nouvelle CNIL ? ", *Dr. soc.*, 2004, p. 1055.
- " De l'anonymat dans le traitement des données de santé ", *Méd. et droit*, janv. 2010, n° 100, p. 22.

S. D. WAREN & L. D. BRANDEIS, " The right of privacy ", *Harward Law Review*, vol. 4, 1890, p. 193 à 220.

B. WARUSFEL, " La protection des bases de données en question: un autre débat sur la propriété intellectuelle européenne ", *Propr. intell.*, 2004, n° 13, p. 896.

C. WIENER, " L'usager a-t-il la parole? ", *EDCE*, 1992, n° 43.

M. XIFARAS, " Le Code hors du Code. Le cas de la «transposition» de la propriété au droit administratif ", *Droits*, 2006, n° 42, p. 49.

A. - L. ZABEL, " Clauses abusives et droit du travail: le concept issu du droit de la consommation pénètre-t-il le droit du travail? ", *LPA*, 12-13 sept. 2013.

F.ZENATI :

- " Pour une rénovation de la théorie de la propriété ", *RTD civ.*, 1993, p. 305.
- " Choses hors commerce ", *RTD Civ*, 1996, p. 420.
- " Notion de propriété ", *RTD Civ.*, 1999 p. 859.
- " L'immatériel et les choses " in *Le droit de l'immatériel Arch. phil. droit* 43, 1999.

- " Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine ", *RTD Civ.*, 2003, p. 667.

A. ZOLLINGER, " Droit d'auteur et liberté d'expression: le discours et la méthode ", *CCE*, 2013. Étude 8.

C. ZORN-MACREZ :

- " Le secret médical aujourd'hui ", Dossier, *D.*, 2009, p. 2619.
- " L'hébergement des données de santé sur support informatique ", *Droit médical et hospitalier*, Litec, fasc. 10, 2014.

## **– ARRETS ET DELIBERATIONS –**

### **| CONSEIL CONSTITUTIONNEL**

Cons. const. 16 janvier 1982 : *D.*, 1983. 169, note L. HAMON, *JCP*, 1982. II. 19788, note NGUYEN QUOC DINH & C. FRANCK, *Gaz. Pal.*, 1982. 1. 67, note A. PIEDELIEVRE et J. DUPICHOT, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, par L. FAVOREU et L. PHILIP, 14<sup>e</sup> éd., n° 28.

Cons. const., 20 juillet 1983, Décision n° 83-162 DC, Rec. p. 49.

Cons. const., 16 janvier 1982 : *D.* 1983. 169, note L. Hamon, *JCP* 1982. II. 19788, note Nguyen Quoc Vinh et C. Franck, *Gaz. Pal.* 1982. 1. 67, note A. PIEDELIEVRE et J. DUPICHOT, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, par L. FAVOREU et L. PHILIP, 14<sup>e</sup> éd., n° 28.

Cons. const., 19 janvier 1984, Décision n° 83-167 DC.

Cons. const., 4 juillet 1989, Décision n° 89-254 DC : *D.*, 1990, 209, note F. LUCHAIRE, *RTD civ.*, 1990, 519, obs. ZENATI.

Cons. const., 8 janvier 1991, n° 90-283 DC, JO 10 janv., p. 524, Rec. 11.

Cons. const., 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC, JO 3 août, p. 11541 : *D.* 2006. 2157, chron. C. CASTETS-RENARD, *RTD civ.*, 2006. 791, obs. T. REVET : droit d'auteur et droits voisins.

## **| COUR DE CASSATION**

### *| COUR DE CASSATION - CHAMBRE DES REQUETES*

Cass. Req., 12 juillet 1905, GAJC : Dalloz, 11e éd. 2000, n° 61 ; DP 1907, 1, p. 141, rapp. POTIER ; S. 1907, 1, p. 273, note A. WAHL.

Cass. Req., 3 août 1915, Coquerel c/ Clément-Bayard : GAJC, 12e éd., no 67; DP 1917. 1. 79.

### *| COUR DE CASSATION – ASSEMBLEE PLENIERE*

Cass. AP, 12 juillet 2000, Société Citroën, Bull. AP, n°7.

Cass. AP, 7 mai 2004, Bulletin 2004 A. P. N° 10 p. 21; J. AZEMA, " Dépôt d'un dessin à titre de marque ", RTD com., 2004. 712 ; T. REVET, " Image des biens ", RTD civ., 2004. 528 ; N. REBOUL-MAUPIN, " Image des biens : droit exclusif et trouble anormal " ; D. 2004. 2406; J.-M. BRUGUIERE, " Image des biens : la troublante métamorphose ", D., 2004. 1545 ; E. GAVIN-MILLAN-OOSTERLYNCK, " L'épilogue de la quête d'un équilibre entre les intérêts contradictoires du propriétaire du bien et des professionnels de l'image ", RDI, 2004. 437; E. DREYER, " L'image des biens devant l'Assemblée plénière : ce que je vois et à moi...", D., 2004. 1545 ; C. ATIAS, " Les biens en propre et au figuré ", D. 2004. 1459.

### *| COUR DE CASSATION – 1ERE CHAMBRE*

Cass. Civ 1<sup>re</sup>., 20 mai 1936 : DP 1936, 1, p. 88, concl. Matter, rapp. JOSSERAND, note E.P. ; S. 1937, 1, p. 321, note BRETON.

Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 29 juin 1959 : D., 1960. 129, note H. DESBOIS.

Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 février 1975 : Bull. civ. 1975, I, n° 47 ; RIDA, juill. 1975, p. 180 ; D., 1975, inf. rap. p. 94.

Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 5 mai 1976 : Bull. civ. 1976, I, n° 161 ; RIDA oct. 1976, p. 168.

Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> mars 1977: Bull. civ. I, n° 112 ; Civ. 2e, 30 janv. 1985: ibid. II, n° 24.

Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 octobre 1984 : Bull. civ. 1984, I, n° 252 ; D., 1985, inf. rap. p. 316, obs. C. COLOMBET ; RIDA, juill. 1985, p. 144.

Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 janvier 1989, Urillo : JCP G, 1989, II, 21378, 1<sup>ère</sup> esp., note A. LUCAS; D., 1989, 308, 1<sup>ère</sup> esp., note B. EDELMAN.

Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 février 1989 : Bull. civ. 1989, I, n° 90 ; JCP E, 1989, IV, p. 150.

Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 octobre 1991, n° 90-12.476 : Bull. civ. 1991, I, n° 253 ; D., 1993, somm. p. 92, obs. C. COLOMBET.

Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 février 1994 : RIDA, oct. 1994, p. 245; CA Paris, 4<sup>e</sup> ch., 12 déc. 2001 : D. 2002, p. 721 ; Propr. intell., 2002, n° 3, p. 54, note A. LUCAS ; Légipresse, 2002, n° 191, I, p. 54 ; JCP E, 2002, I, 888, n° 5, obs. J.-M. BRUGUIERE, N. MALLET-POUJOL et M. VIVANT.

Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 novembre 1995 : Bull. civ. 1995, I, n° 421.

Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 janvier 1996 : Bull. civ. 1996, I, n° 27 ; JCP G, 1996, II, 22643, obs. O. DAVERAT ; RIDA, juill. 1996, p. 331.

Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 5 novembre 1996 : JCP G 1997, II, 22805, note J. RAVANAS.

Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 février 1997 : Bull. civ. 1997, I, n° 54 ; RIDA, juill. 1997, p. 279 ; D. affaires, 1997, p. 387 et inf. rap. p. 65.

Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 janvier 1998, n° 95-13.694 : Bull. civ. I, n° 14, JCP, 1998. II. 10082, note G. LOISEAU; D., 1999. Somm. 167, obs. C. BIGOT.

Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 décembre 1999 : Bull. civ. 1999, I, n° 345 ; JCP G, 2000, II, 10241, concl. PETIT ; Comm., com. électr., 2000, comm. 39, note A. LEPAGE ; D., 2000, p. 266, obs. C. CARON ; ibid. p. 372, note B. BEIGNIER ; RTD civ., 2000, p. 291, obs. J. HAUSER.

Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 23 janvier 2001, n° 98-19.990 : Bull. civ. 2001, I, n° 1 ; Comm. com. électr. 2001, comm. 34 ; RIDA juill. 2001, p. 327 ; JCP G, 2001, IV, 1485.

Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 2 mai 2001 : Bull. civ. 2001 I n° 114 p. 74 ; J. - P. GRIDEL, " Droit du propriétaire de s'opposer à la diffusion de l'image de son bien, action en justice des associations : un arrêt doublement instructif ", D., 2001. 1973; T. REVET, " Image des biens ", RTD civ., 2001. 618; M. BRUSCHI, " La protection du droit à l'image sur ses biens suppose la preuve d'un trouble certain au droit d'usage ou de jouissance du propriétaire ", RDI, 2001. 358.

Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 février 2002 : Propr. intell., 2002, n° 5, p. 53, note A. LUCAS ; RIDA, juill. 2002, p. 399.

Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2002, n° 99-21.090 : Bull. civ. 2002, I, n° 130 ; RIDA janv. 2003, p. 287, note A. KEREVER ; CCE., 2002, comm. 94, note C. CARON ; Légipresse, 2002, n° 194, III, p. 139, note A. BIGOT ; Propr. intell., 2002, n° 5, p. 58, note P. SIRINELLI.

Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2002 : Bull. civ. I, n° 130; D. 2002. AJ 1908, obs. J. DALEAU; Ann. *propr. ind.*, 2002. 480; *JCP E*, 2002. 1121, note C. CARON.

Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juillet 2003 : *JCP* 2003. II. 10139, note J. RAVANAS; *Gaz. Pal.*, 2003. 3112, note D. AMSON; *CCE*, 2003, n° 115, note A. LEPAGE.

Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 25 mai 2004, n° 02-13.330.

Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juin 2004 : Bull. civ. I, n° 159; *JCP N*, 2005. 1219, note G. LIET-VEAUX.

Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 février 2005, n° 01-16.297, n° 01-16.500, n° 01-17.255 : *RIDA*, juill. 2005, p. 415 ; *CCE*, 2005, comm. 61, note C. CARON ; *RTD com.*, 2005, p. 495, note F. POLLAUD-DULIAN.

Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 février 2005, n° 03-18.302 : Bull. civ. 2005, I, n° 86 ; *D.*, 2005, p. 2644, obs. A. LEPAGE ; *RJPF*, juin 2005, p. 14, note E. PUTMAN.

Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 février 2005 : Bull. civ. I, n° 83; *RTD com.*, 2005. 495, obs. F. POLLAUD-DULIAN; *CCE*, 2005, n° 61, note C. CARON; *RIDA* juill. 2005, p. 415.

Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 juin 2006 : C. CARON, *RIDA*, 3/2006, p. 339 ; A. VALETTE, *RLDI*, 2006/19, 572.

Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juillet 2006, n° 05-15.472 : *D.* 2006, p. 2313, note J. DALEAU ; *Propr. intell.*, 2006, n° 21, p. 446, obs. A. LUCAS ; *RIDA*, oct. 2006, p. 253, obs. P. SIRINELLI.

Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 novembre 2006, n° 05-19.294 : *D.* 2007, p. 316, note P. ALLAEYS ; *CCE*, 2007, comm. 3, note C. CARON ; *Propr. intell.*, 2007, n° 22, p. 93, obs. A. LUCAS ; *RIDA*, janv. 2007, p. 265, note P. SIRINELLI ; *Propr. industr.*, 2007, comm. 33, note F. GREFFE ; *JCP S*, 2007, 1202, note L. DRAI ; *PIBD*, 2007, n° 846, III, p. 123.

Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 janvier 2007 : *RIDA*, 2/2007, p. 249; *CCE*, 2007, comm. 34, C. CARON; *JCP G*, 2007, II, 10025, C. CARON, *Propr. intell.*, 2007, p. 207, A. LUCAS.

Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 décembre 2008 : Bull. civ. I, n° 282; *D.*, 2009. AJ 100; *JCP*, 2009. II. 10025, note G. LOISEAU; *CCC*, 2009. n° 68, obs. L. LEVENEUR; *RLDC*, 2009/58, n° 3340, obs. L. POULIQUEN; *RTD civ.*, 2009. 295, obs. J. HAUSER; *RTD com.*, 2009. 141, obs. F. POLLAUD-DULIAN; *RDC*, 2009. 477, obs. Y. -M. LAITHIER.

Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 décembre 2008, n° 07-19.494 : Bull. civ. I, n° 282, *JCP*, 2009. II. 10025; note G. LOISEAU, *Légipresse*, 2009, III, p. 109; note

T. ROUSSINEAU, *CCC*, 2009. Comm. 68, obs. L. LEVENEUR; *RTD civ.* 2009. 342, obs. T. REVET.

Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 5 mars 2009 : Bull. civ. 2009, I, n° 46 ; *CCE*, 2009, comm. 43, note C. CARON ; *D.*, 2009, p. 948, obs. J. DALEAU ; *JCP G*, 2009, IV, 1570 ; *Propr. intell.*, 2009, n° 32, p. 275, obs. J.-M. BRUGUIERE ; *RIDA*, juill. 2009, n° 221, p. 491, chron. P. SIRINELLI ; *RDLI*, avr. 2009, n° 1572 et *RDLI*, mai 2009, n° 1594, note S. RAMBAUD.

Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 mai 2014, Xooloo, n° 12-25.900, *D.* 2014. 1150, note F. POLLAUD-DULIAN.

Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 mai 2014, n° 12-27.691 : *Propr. intell.*, 2014, p. 260, obs. J.-M. BRUGUIERE.

#### | COUR DE CASSATION – 2EME CHAMBRE

Cass. Civ. 2e, 22 octobre 1964 : *D.*, 1965. 344, note R. RAYMOND; *JCP*, 1965. II. 14288, note P. ESMEIN.

Cass. Civ. 2e, 12 janvier 1966 : *D.* 1966. 473.

Cass. Civ. 2e, 11 mai 1966 : *D.* 1966. 753, note P. AZARD.

Cass. Civ. 2e, 3 janvier 1969 : *D.* 1969. 323; *JCP* 1969. II. 15920, note J. MOURGERON.

Cass. Civ. 2e, 29 novembre 1995 : Bull. civ. II, n° 298.

Cass. Civ. 2e, 20 novembre 2003, n°02-12.297.

Cass. Civ. 2e, 5 février 2004 : Bull. civ. II, n° 49; *D.* 2004. 2520, note BEAUGRENDRE.

Cass. Civ. 2e, 24 février 2005 : Bull. civ. II, n° 50 ; *JCP*, 2005. II. 10100, note F. TREBULLE ; *AJDI*, 2005. 593, note J. PRIGENT.

Cass. Civ. 2e, 14 juin 2007 : Bull. civ. II, n° 164 ; *RDI*, 2007. 393, note F. TREBULLE ; *AJDI*, 2008. 320, obs. V. FOREST.

#### | COUR DE CASSATION – 3EME CHAMBRE

Cass. Civ. 3e, 4 février 1971 (deux arrêts) : Bull. civ. III, n° 78 et 80 ; *R.* 1970-1971, p. 46 ; *GAJC*, 12<sup>e</sup> éd., n° 79-80 (II) ; *JCP* 1971. II. 16781, note LINDON.

Cass. Civ. 3e, 18 juillet 1972 : Bull. civ. III, n° 478 ; R. 1972-1973, p. 59 ; *JCP*, 1972. II. 17203, rapport FABRE.

Cass. Civ. 3e, 25 octobre 1972 : Bull. civ. III, n° 560; R. 1972-1973, p. 59; *D.* 1973. 756, note I. SOULEAU.

Cass. Civ. 3e, 27 juin 1973 : *JCP*, 1975. II. 18014, note F. JAUBERT.

Cass. Civ. 3e, 9 novembre 1976 : *D.* 1977. 561, note A. DENIS.

Cass. Civ. 3e, 14 novembre 1990 : Bull. civ. III, n° 234.

Cass. Civ. 3e, 12 février 1992 : Bull. civ. III, n° 44.

Cass. Civ. 3e, 9 mai 2001: *RD rur.*, 2002. 229, note H. MEMETEAU.

Cass. Civ. 3e, 29 mai 2002 : Bull. civ. III, n° 117.

Cass. Civ. 3e, 12 juin 2003, Soc. Arlatex, Bull. III, n°125.

Cass. Civ. 3e, 13 avril 2005 : Bull. civ. III, n° 99; Defrénois, 2006. 72, obs. H. PERINET-MARQUET; *RDI*, 2005. 279, obs. E. GAVIN-MILLAN-OOSTERLYNCK et 299, obs. P. MALINVAUD.

Cass. Civ. 3e, 21 octobre 2009: Bull. civ. III, n° 231; *D.*, 2010. Pan. 2183, obs. B. MALLET-BRICOUT; *AJDI*, 2010. 388, obs. D. TOMASIN; *RDI*, 2010. 161, obs. F. NESI.

Cass. Civ. 3e, 18 janvier 2011 : *D.* 2011. 2298, obs. N. REBOUL-MAUPIN.

Cass. Civ. 3e, 28 janvier 2015, n° 14-10.013 : *D.* 2015, p. 699, note B. MALLET-BRICOUT.

#### | *COUR DE CASSATION - CHAMBRE COMMERCIALE*

Cass. Com., 12 mars 1985, Bordas : Bull. civ. 1985 IV, n°95 : *D.*, 1985 jurispr. 471, note J. GHESTIN; *JCP G*, 1985 II; 20400, concl. MONTANIER, note G. BONNET; H. CAPITANT, F. TERRE & Y. LEQUETTE, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 1, Dalloz, 11ème éd. 2000, n°20.

Cass. Com., 6 mai 2003 : Bull. civ. 2003, IV, n°69 : *D.* 2003, jurispr. 2228, G. LOISEAU; *JCPG* 2003, II, 10169, note E. TRICOIRE; *RTD civ.*, 2003, p. 679, obs. J. HAUSER, Rev. sociétés, 2003, p. 548, G. PARLEANI.

Cass. Com., 8 juillet 2003 : Banque internationale pour le commerce et l'industrie de Guinée, Bull. IV, n°121.

Cass. Com., 24 juin 2008 : *D.*, 2008, jurispr. 2569, note A. MENDOZA-CAMINADE.

Cass. Com., 16 février 2010, n° 09-12.262.

Cass. Com., 12 octobre 2010, Société Alternance, n°09-70740.

| *COUR DE CASSATION - CHAMBRE CRIMINELLE*

Cass. Crim. 23 mai 1991 : Bull. crim. 1991, no 218 ; Expertise nov. 1991, n° 351, obs. FRAYSSINET.

Cass. Crim. 20 octobre 1998, n° 97- 84.621.

Cass. Crim. 22 mai 2002 : Comm. com. électr., 2002, comm. 150, 2ème arrêt, note C. CARON.

Cass. Crim. 14 mars 2006, n° 05-83.423 : Bull. crim. 2006, n° 69.

Cass. crim., 13 janvier 2009, SACEM et a. c/ Cyrille S., n° 08-84.088 : Bull. crim., 2009, n° 1 ; D. 2009, p. 497, obs. J. DALEAU ; *CCE*, 2009, comm. 120, note C. CARON ; *Dr. pén.*, 2009, comm. 66, obs. J.-H. ROBERT ; *Dr. pén.*, 2009, étude 10, L. FLAMENT ; RLDI, août-sept. 2009, n° 52, n° 1708, note L. COSTES ; *Légipresse*, 2009, n° 261, III, p. 98, note E. DERIEUX ; *RTD com.*, 2010, p. 310, obs. F. POLLAUD-DULIAN.

Cass. Crim. 22 septembre 2009, n°09-81014 : P. SIRINELLI, *RIDA*, 3/2010; p. 365; C. CARON, *CCE*, 2010, 13.

Cass. crim., 22 septembre 2009, n° 09-81.014 : *CCE*, 2010, comm. 13, note C. CARON ; *Propr. intell.*, 2009, n° 34, p. 623, obs. A. LUCAS ; *Dr. pén.*, 2010, comm. 8, obs. J.-H. ROBERT.

Cass. Crim. 20 mai 2015, n° 14-81. 336.

| *COUR DE CASSATION - CHAMBRE SOCIALE*

Cass. Soc., 5 mars 2008, Société TNS Secodip, Bull. V, n°55.

| **COUR D'APPEL**

CA Rennes, 20 juin 1932 : Ann. propr. ind. 1933, p. 160.

CA Paris, 5 juin 1979 : JCP G 1980, II, 1934.3.

CA Paris, 7 juin 1983, aff. Claude François : *Gaz. Pal.*, 1984, 2, p. 528, note LAMOUREUX & B. BOCHON.

CA Paris, 14 juin 1983 : *D.* 1984, jurispr. 75, note R. LINDON.

CA Paris, 4<sup>e</sup> ch., 20 déc. 1989 : *D.*, 1990, inf. rap. p. 32.

CA Aix-en-Provence, 21 mai 1991 : *Bull. inf. C. Cass.*, 1991, n°331, *RJDA*, 1991, n°756, p. 665.

CA Versailles, 1<sup>re</sup> ch., 13 février 1992 : *D.*, 1993, jurispr. p. 402, note B. EDELMAN.

CA Paris, 22 janvier 1992 : *D.*, 1993. Somm. 93, obs. C. COLOMBET; *D.*, 1995. 128, note H. GAUMONT-PRAT.

CA Paris, 4<sup>e</sup> ch., 10 juin 1993 : *RIDA*, oct. 1993, p. 242.

CA Paris, 10 septembre 1996 : *RIDA* 1996, p. 345.

CA Paris 4<sup>e</sup> ch., 15 janvier 1997 : *Gaz. Pal.* 1998 som. p. 87 note L. TELLIER-LONIEWSKI.

CA Versailles, 15 novembre 2001, *Légipresse* : *Bull. civ.* 2002, n° 190, I, p. 37 ; *RIDA*, oct. 2003, p. 291, obs. A. KEREVER.

CA Versailles, 21 mars 2002 : *Légipresse* 2002, n° 93, III, 138.

CA Paris, 4<sup>e</sup> ch., 14 mai 2002 : *Propr. intell.*, avr. 2003, p. 172, note A. LUCAS.

CA Paris, 21<sup>e</sup> ch., 15 janvier 2004, n° S02/35049.

CA Paris, 4<sup>e</sup> ch., 31 mars 2004, Cosette : *RIDA*, 4/2004, p. 292, F. POLLAUD-DULIAN; *D.*, 2004, p. 2028, note B. EDELMAN; *CCE*, 2004, 5, note C. CARON; *Propr. intell.*, 2004, p. 768, obs. LUCAS.

CA Paris, 4<sup>e</sup> ch., 4 mars 2005, n° 03/06652 : *CCE*, 2005, comm. 82, note C. CARON.

CA Paris, 8 septembre 2006 : *CCE*, 2007, n° 25, obs. C. CARON; Paris, 17 janv. 2007: *Propr. intell.*, 2007, n° 23, p. 216, obs. A. LUCAS; TGI Seine, 31 mars 1966: *D.* 1966. Somm. 97.

CA Versailles, 12<sup>e</sup> ch., 2<sup>e</sup>me sect., 22 septembre 2005, n°03/06185, SAS Calendrier Jean Lavigne c/ Scté Universal Music, *JurisData* n°2005-288693; *CCE*, 2006, comm. 4, obs. C. CARON, *Légipresse*, 2006, III, p. 109, obs., J. - M. BRUIGUIERE, *D.* 2006, chron., 2705, obs. L. MARINO.

CA Paris, 20 septembre 2006, Groupe Moniteur c/ SEMBTP, RG 05/11975.

CA Paris, 14 novembre 2007, *CCE*, 2008, comm., 18, obs., C. CARON, *Légipresse*, 2008, n° 250, III, p. 41, obs. P. GUEZ.

CA Paris, 15 février 2008: *Propr. intell.*, 2008, n° 28, p. 332, obs. A. LUCAS.

CA Paris, pôle 5, 1<sup>re</sup> ch., 24 juin 2009, n° 08/04965 : JurisData n° 2009-010613 ; Comm. com. électr., 2010, chron. 6, B. MONTELS.

CA Paris, 1<sup>re</sup> ch., 10 février 2010, n° 08/02748 : *Propr. intell.*, 2010, n° 35, p. 717, note A. LUCAS.

CA Paris, 19 décembre 2013 : *D.*, 2014. 79, obs. R. MESA.

CA Rennes, ch. com., 28 avril 2015, n° 14/05708, SARL Cabinet Peterson c/ SARL Groupe Logisneuf, SARL C-Invest, SARL European Soft.

## **PREMIERE INSTANCE**

Trib. civ. Seine, 10 juillet 1946 : *D.*, 1947.98, note H. DESBOIS, *JCP*, 1947, II 3405; obs. G. PLAISANT.

TGI Seine, 14 octobre 1965, Mme S. c. Soc. Rome Paris Film : *JCP* 1966 I 14482, n. LYON-CAEN.

TGI Paris, 3 décembre 1975, Piéplu : *D.*, 1977, jurispr. 211, note R. LINDON; *JCP G*, 1978, II, 19002, note D. BECOURT.

TGI Lyon, 17 décembre 1980 : *D.* 1981, p. 202, note R. LINDON et D. AMSON.

TGI Paris, 12 janvier 1988 : *RIDA*, juill. 1988, p. 16, note P. Y. GAUTIER.

TGI Aix-en-Provence, 24 novembre 1988 : *JCP G*, 1989, II, 21329, note J. HENDERYCKSEN, confirmé par CA Aix-en-Provence, 21 mai 1991, *RJDA* 1991, n°756, p. 665.

T. corr. Paris, 5 juillet 1996 : Conc. méd. 1<sup>er</sup> mars 1997.339, comm. J.-P. Alméras.

TGI Paris, 1<sup>ère</sup> ch., 22 octobre 1997, P. De Gaulle c/ Société Trésor du Patrimoine : *Légipresse* 1998, I, p. 18.

TGI Paris, 22 septembre 1999 : *CCE*, 2000. Comm. 59, obs. A. LEPAGE ; CA Versailles, 22 sept. 2005, *D.*, 2006. Pan. 2705, obs. L. MARINO, *CCE*, 2006. Comm. 4, obs. C. CARON, *Légipresse*, 2006, III, p.109, note J.-M. BRUIGUIERE.

TGI Saint-Brieuc, 6 septembre 2007 : *RLDI*, 2007, n°1028 ; TGI Paris, 3<sup>ème</sup> chambre, 24 juin 2009, *RLDI*, 2009/51, n°1686.

TGI PARIS, ord. réf., 5 février 2008, Carla Bruni Tedeshi : *RTD civ.*, 2008, p. 273, obs. J. HAUSER.

TGI Paris, ord. réf., 25 juin 2009, n° 09/55437.

TGI Montpellier, réf., 28 oct. 2010, Mme C. c/ Google France.

TGI Paris, référés, 17 juillet 2014, Chantal M / Crédit Lyonnais.

## **| CONSEIL D'ÉTAT**

CE, 10 juillet 1996, n° 168702, Société Direct Mail Promotion c/ Société Centre d'études de gestion de documentation d'informatique et de marketing : *RIDA*, 1996, n° 4, p. 207, note A. KEREVER ; *AJDA*, 1997, p. 189, note H. MAISL.

CE, Ass., 3 décembre 1999, Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresboeuf, n°197060 et 197061, Rec. p. 397.

CE, 30 juin 2000, Ligue française pour la défense des droits de l'homme et du citoyen, n° 210412, Rec. p. 252.

CE, 29 décembre 2000, G., Rec. p. 676.

CE, 29 avril 2002, Gabriel Ullmann, Lebon 157, Document InterRevue, n°228830 ; *AJDA*, 2002. 691, note P. RAIMBAULT ; *RFDA*, 2003. 135, concl. D. PIVETEAU.

CE, 29 juillet 2002, Société CEGEDIM, n°200886, Rec. CE 2002, p. 280 ; *CJEG*, 2003, p. 16, concl. C. MAUGUE ; *AJDA*, 2002, p. 1072, note S. NICINSKI ; *D.* 2003, p. 901, obs. G. GONZALEZ ; *Dr. adm.*, 2002, comm. 173, note M. BAZEX et S. BLAZY ; note A. LUCAS, *Propriétés Intellectuelles*, janv. 2003, p. 57.

CE, ord., 19 août 2002, Front National, Rec. p. 311.

CE, 6 février 2004, M. X., n° 234428.

CE, ord., 26 mai 2006, S.Y.C.I.M, Rec. p. 265.

CE, ord., 30 mars 2007, Ville de Lyon, n°304053.

CE, 31 mai 2007, Synd. CFDT Interco 28, Rec. p. 222.

CE, 13 octobre 2008 ; *JCP* 2009. II. 10007, note DAMAREY.

CE, Sect., 6 novembre 2009, Soc. Inter-Confort, n°304300.

## **| COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTES (CNIL)**

Délibération n° 80-010 du 1<sup>er</sup> avril 1980 portant adoption d'une recommandation relative à la mise en œuvre du droit individuel d'accès aux fichiers automatisés.

Délibération n° 01-011 du 8 mars 2001 portant adoption d'une recommandation sur les sites de santé destinés au publics.

Délibération n°2007-194 du 10 juillet 2007, Délibération autorisant la mise en place généralisée par la Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés d'un traitement permettant aux médecins d'accéder aux données relatives aux prestations servies aux bénéficiaires de l'assurance maladie. Historique des remboursements ou WEB MEDECIN.

Délibération n°2010-449 du 2 décembre 2010 portant autorisation des traitements de données personnelles mis en œuvre par les professionnels et établissements de santé nécessaires à la première phase de déploiement généralisé du dossier médical personnel.

Délibération n° 2011 -246 du 8 septembre 2011 autorisant la mise en œuvre par la société CELTIPharm d'un traitement de données à caractère personnel ayant pour finalité la réalisation d'études épidémiologiques à partir de données issues des feuilles de soins électroniques anonymisées à bref délai.

Délibération n° 2013-369 du 28 novembre 2013 autorisant la société Celtiph@rm à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la réalisation d'études et de veilles médico-économiques à partir des feuilles de soins électroniques émises par les professionnels de santé.

## **| COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE**

CJCE, 6 avril 1962, affaire 13/61, De Geus en Uitenbogerd/Bosch.

CJCE 13 décembre 1979, aff. C-44/79, Hauer c/ Reinhard-Pfalz, Rec. 3727.

CJCE, 6 novembre 1984, Fearon c/ Irish Land Commission, aff. 182/83, Rec. 3677.

CJCE, 24 janvier 1989, aff. 341/87, EMI Electrola c/ Patrician : *RIDA*, juill. 1989, p. 235, note A. KEREVER ; *JCP G*, 1989, II, 21241, concl. DARMON ; *RTD com.*, 1989, p. 464, obs. A. FRANCON ; *RTDE*, 1990, p. 733, obs. BONET.

CJCE, affaire 18/89, 7 février 1991, Tagaras c/ Cour de justice.

CJCE, 29 avril 1999, Minister of Agriculture, aff. C-293/97, Rec. I. 2603.

CJCE, 10 juillet 2003, Booker Aquaculture et Hydro Seafood, aff. jointes C-20/00 et C-64/00, Rec. I. 7411.

CJCE 6 novembre 2003, Lindqvist, Göta Hovrätt c/ Bodil, aff. C-101/01, Rec. p. I-12971.

CJCE, 9 novembre 2004, aff. C-203/02, The British Horceracing Board Ltd e.a. c/ William Hill Organization Ltd : Rec. CJCE 2004, I, p. 10415 ; *CCE*, 2005, comm. 2, note C. CARON ; *D.*, 2005, p. 1495, obs. P. SIRINELLI ; *Légipresse*, 2005, n° 221, III, p. 85, note N. MALLET-POUJOL ; *Propr. industr.*, 2005, comm. 7, note P. KAMINA ; *Propr. intell.*, 2005, n° 14, p. 99, note S. LEMARCHAND et S. RAMBAUD ; *RDLI*, mars 2005, n° 104, note M. VIVANT. CJCE 2004, I, p. 10415 ; *CCE.*, 2005, comm. 2, note C. CARON ; *D.*, 2005, p. 1495, obs. P. SIRINELLI ; *Légipresse*, 2005, n° 221, III, p. 85, note N. MALLET-POUJOL ; *Propr. industr.*, 2005, comm. 7, note P. KAMINA ; *Propr. intell.*, 2005, n° 14, p. 99, note S. LEMARCHAND et S. RAMBAUD ; *RDLI*, mars 2005, n° 104, note M. VIVANT.

CJUE, 29 janvier 2008, C-275/06 : *D.* 2008, p. 480, obs. J. DALEAU ; *RTD com.*, 2008, p. 302, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *RTDE*, 2008, p. 405, chron. J. SCHMIDT-SZALEWSKI ; *JCP G*, 2008, II, 10099, note E. DERIEUX ; *RLDI*, 2008, n° 37, n° 1129, L. SZUSKIN & M. DE GUILLENSCHMIDT ; *CCE.*, 2008, comm. 32, note C. CARON ; *Propr. intell.*, 2008, n° 27, p. 239, note V.-L. BENABOU et CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, Scarlet Extended : *D.* 2011, p. 2925, C. MANARA ; *Gaz. Pal.*, 16 févr. 2012, n° 47, note L. MARINO ; *D.*, 2012, p. 2347, obs. P. TREFIGNY ; *D.*, 2012, p. 2836, obs. P. SIRINELLI ; *RSC*, 2012, p. 163, obs. J. FRANCILLON ; *RTDE*, 2012, p. 404, obs. F. BENOIT-ROHMER ; *RTDE*, 2012, p. 957, obs. E. TREPPOZ.

CJCE, 14 février 2008, Varec / Belgique, C-450/06.

CJUE, 1<sup>er</sup> mars 2012, aff. C-604/10, Football Dataco Ltd et a. c/ Yahoo! UK Ltd et a. : *RIDA* avr. 2012, p. 337, obs. P. SIRINELLI ; *CCE*, 2012, comm. 47, note C. CARON ; *A&M* 2012, p. 331 ; *Propr. industr.* 2012, comm. 75, note J. LARRIEU ; *Propr. intell.* 2012, n° 45, p. 421, obs. V.-L. BENABOU.

CJUE, gde ch., 13 mai 2014, aff. C-131/12, Google Spain SL, Google Inc. c/ Agencia Española de Protección de Datos e.a. : *CCE.*, 2014, étude 13, A. Debet ; *JCP E*, 2014, 1326, note M. GRIGUER ; *JCP E*, 2014, 1327, note G. BUSSEUIL.

CJUE 15 janvier 2015, aff. C-30/14, Ryanair c/ PR Aviation : F. POLLAUD-DURAND, *RTD Com.*, 2015, p. 294.

## **TRIBUNAL DE PREMIERE INSTANCE DE L'UNION EUROPEENNE**

TPI, 15 avril 1997, Schröder et Thamann c/ Commission, aff. T-390/94, Rec. II. 501.

TPI, 23 octobre 2003, Van den Bergh Foods c/ Commission, aff. T-65/98, Rec. II. 4653.

## **COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME**

Com. EDH, décembre, 5 mai 1979, Church of Scientology / Suède, D.R. 16, p. 75.

CEDH, 13 juin 1979, Marckx c/ Belgique.

CEDH, 21 février 1986, James et a. c/ Royaume-Uni: Série A, n° 98.

CEDH, 19 décembre 1989, Mellacher et a. c/ Autriche: Série A, n° 169.

CEDH, 22 mai 1990, Autronic AG, série A n° 178.

CEDH, 28 septembre 1995, Spadia et Scalabrino c/ Italie: n° 315-B.

CEDH, 21 novembre 1995, Velosa Barretto c/ Portugal: Série A, n° 334.

CEDH, 27 août 1997, M. S. c. Suède, n° 20837/92.

CEDH, 25 mars 1998, Amann Kopp c/ Suisse, req. n°13/1997/797/1000.

CEDH, Gde ch., 16 février 2000, Amman c/ Suisse ou d'images.

CEDH, 16 avril 2002, Soc. Colas / France, Rec. 2002-III.

CEDH, 28 janvier 2003, Peck c/ Royaume-Uni, req. n°44647/98.

CEDH, 18 mai 2004, Plon (société) c/ France : D., 2004.1838, note A. GUEDJ, *RTD civ.*, 2004.483, obs. J. HAUSER.

CEDH, Sect. II, 21 février 2010, Ferreira c/ Portugal, n° 41696/07.

CEDH, 22 septembre 2011, n° 29953/08 : D. 2011. Actu. 2335.

CEDH, Gr. ch., 26 juin 2012, Herrmann c/ Allemagne, n° 9300/07.

CEDH, Gr. ch., 4 octobre 2012, Chabauty c/ France, n° 57412/08 : D. 2012. 2391, et les obs. ; *RTD civ.* 2012. 703, obs. MARGUENAUD.

CEDH, Sect. I, 7 mai 2013, Koufaki et Adedy c/ Grèce: n°s 57665/12 et 57657/12.

CEDH, Sect. II, 8 octobre 2013, D. C. M. et S. J. c/ Portugal, n<sup>os</sup> 62235/12 et 57725/12.

## – ENCYCLOPEDIES –

H. BRICKS, *Les clauses abusives*, Fasc. 820, Jcl. Conc. Consom., 2010.

R. DE BELLESCIZE, *Réquisitions de personnes et de services*, Fasc. 252, Jcl. administratif, 2015.

E. DREYER, *Image de la personne*, Fasc. 3760, Jcl. Communication, 2002.

A. LEPAGE, *Les droits de la personnalité*, Répertoires de droit civil, Dalloz, 2009.

A.LUCAS, *Droits des producteurs de bases de données (CPI, ART. L. 112-3 ET L. 341-1 À L. 343-7)*, Fasc. 1650, Jcl. Civil Annexes, 2015.

A. LUCAS, *le droit de retrait et de repentir*, fasc. 1212, Jcl. PLA, 2014.

A. LUCAS-SCHLOETTER, *Droits des auteurs. Droit moral. Théorie générale du droit moral*, Fasc. 1210, Jcl. PLA, 2014.

A. LUCAS-SCHLOETTER, *Droit de divulgation*, fasc. 1211, Jcl. PLA, 2014.

A. MAFFRE-BAUGE, *Droit d'auteur. Exploitation des droits. Dispositions Générales*, Fasc. 1310, Jcl. PLA, 2015.

N. MALLET-POUJOL, *Protection des bases de données*, Fasc. 6080, Jcl. Communication, 2015.

C. MALWE, *Propriétés Publiques Immatérielles*, Fasc. 410, 2011.

C. MOREL, *Expropriation pour cause d'utilité publique*, Répertoire de droit civil, Dalloz, 2003.

A. ROBIN, *Droit des auteurs. Droits Patrimoniaux. Généralités. Droit d'exploitation. Présentation*, Fasc. 1240, Jcl. PLA, 2014.

J.-C. SAINT-PAU, *Article 9*, fasc. 10, Jcl. Civil Code, 2010.

## – RAPPORTS –

Association Henri Capitant, Avant-projet de réforme du droit des biens, 15 mai 2008.

G. BRAIBANT, Rapport au Premier ministre, *Données personnelles et société de l'information* Doc. fr., 1998.

P. COLLIN & N. COLIN, *Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique*, janvier 2013.

Conseil d'Etat, Rapport Public, *Les autorités administratives indépendantes*, 2001.

Conseil d'Etat, Rapport Public, *Sécurité Juridique et complexité du droit*, 2006.

Conseil d'Etat, Rapport Public, *Le numérique et les droits fondamentaux*, 2014.

Conseil National du Numérique, Rapport, *Concertation sur la fiscalité du numérique*, 2013.

Conseil National du Numérique, Rapport, *Neutralité des plateformes : réunir les conditions d'un environnement numérique ouvert et soutenable*, 2014.

Conseil National du Numérique, Rapport, *La santé, bien commun de la société numérique*, 2015.

Cour de Cassation, Rapport annuel, *La santé dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, 2007.

Cour des Comptes, Rapport, *Le coût du dossier médical personnel depuis sa mise en place*, juillet 2012.

Cyberlex, Rapport, *L'oubli numérique est-il de droit face à une mémoire numérique illimitée ?*, 25 mai 2010.

A. LOTH et P. -L. BRAS, *La gouvernance et l'utilisation des données de santé*, septembre 2013.

McKinsey Global Institute, *Big data: The next frontier for innovation, competition, and productivity*, June 2011.

Sénat, rapport du 19 mars 1993, n°218, par Alex TURK.

## – ESSAIS –

G. BABINET, *L'ère numérique, un nouvel âge de l'humanité, Cinq mutations qui vont bouleverser notre vie*, éd. Le Passeur, 2014.

P.BELLANGER, *La souveraineté numérique*, éd. Stock, 2014.



# INDEX ALPHABETIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe.

## – A –

**Adresse IP** : 161

**Autonomie de la volonté** : 462 s.

**Assurance Maladie** : 147, 229, 286, 355

## – B –

**Bien** : 68

## – C –

**Chose** : 69

**Clauses abusives** : 560 s.

**Clauses Générales d'Utilisation (CGU)** : 554

**Consentement** : 106 s., 259 s.

**Corps humain** : 197 s., 239 s.

## – D –

**Données**

-notion : 9, 238 s., 299 s., 300, 516 s.

-donnée anonyme : 21 s.

-donnée anonymisée : 24 s.

-donnée de santé : 12 s.

-donnée personnelle : 17 s.

-donnée publique : 27 s., 147, 163 s.

**Dossier Médical Partagé ou personnel (DMP)**: 118, 264, 355

**Dossier Pharmaceutique (DP)** : 90, 138, 264, 355

**Droit à l'image d'un bien** : 203 s.

**Droit à l'oubli** : 268 s.

**Droit d'auteur** : 493 s.

-droits économiques : 501 s.

\*durée : 508

-droit moral : 522 s. , 524

\*durée : 525

-droit retenu : 547 s.

-œuvre : 516 s.

**Droit de la personnalité** : 190

-caractère extrapatrimonial : 192 s.,

-caractère inaliénable : 233 s. , 459 s.,

-intransmissibilité : 345 s., 351 s.

-patrimonialisation : 199 s.

## – F –

**Fiscalité** : 568 s. , 572 s.

## – M –

**Monopole d'exploitation** : 313 s.

## – N –

**Non opposition** : 100 s.; 108 s.

## – O –

**Open data** : 151 s. , 225 s.,

– P –

**Propriété**

- abusus : 212
- approche philosophique : 384 s.
- caractère absolu : 255
- caractère exclusif : 295
- caractère patrimonial : 240, 412 s.,  
455 s.
- caractère perpétuel : 328
- constitutionnalisation : 388
- droit fondamental : 394 s.
- fructus* : 157
- limites : 282, 439 s., 444 s.
- propriété intellectuelle : 488 s.
- propriété publique : 228
- usus* : 76

**Principe de finalité** : 216 s.

– R –

**Régulateur** : 584 s., 587 s.

**Régulation** : 580

– T –

**Traitement de données** : 86

– V –

**Vie privée** : 188,

- limites : 448 s.

# TABLE DES MATIERES

<b>Remerciements</b> .....	<b>7</b>
<b>Sommaire</b> .....	<b>9</b>
<b>Principales abréviations</b> .....	<b>11</b>
<b>Introduction</b> .....	<b>15</b>
§1. Objet de l'étude.....	19
A. Définition des objets .....	20
1. La donnée.....	20
2. L'information .....	21
3. La donnée de santé.....	22
B. Catégorisation des objets .....	23
1. Les données personnelles.....	24
2. Les données anonymes .....	26
3. Les données anonymisées .....	27
4. Les données publiques .....	28
§2. Justification de l'étude .....	29
A. La maîtrise des données de santé, des enjeux considérables.....	29
1. La prolifération des données, l'or noir du Numérique.....	29
2. Les données personnelles, diamants de l'économie numérique .....	31
B. La maîtrise des données de santé, source de tensions juridiques .....	34
§3. Problématisation de l'étude.....	37
A. La rencontre du droit de propriété et des données de santé .....	37
1. Le droit de propriété, une solution .....	37
2. Le droit de propriété, une confrontation .....	44
B. Structure de l'étude.....	47
<b>Partie 1 : La possibilité d'un droit de propriété sur les données de santé</b> .....	<b>49</b>
<b>Titre 1 : La possibilité d'un droit de propriété sur les données de santé au travers de ses prérogatives</b> .....	<b>55</b>
Chapitre 1 : <i>L'usus</i> , pierre angulaire du droit positif sur les données de santé.....	57
Section 1 : Le patient, décideur naturel de l'usage de ses données personnelles .....	58
§1. Le consentement du patient à la collecte de la donnée personnelle de santé, un consentement à l'usage de la donnée.....	58
A. Un consentement affirmé à l'usage des données personnelles .....	58
1. Le consentement, une obligation .....	59
2. Les usages de la donnée, source de l'obligation de consentement .....	61
B. Un consentement ténu à l'usage des données anonymisées .....	68
1. Le principe de non-opposition, le constat d'un allègement du pouvoir du patient .....	68
2. Le principe de non-opposition, un allègement justifié du pouvoir du patient.....	73
§2. L'apparition encore timide de la détermination de l'usage de la donnée personnelle par le patient .....	75
A. Le patient, créateur de données de santé.....	76
1. La création spontanée de données de santé.....	77
2. La création encouragée de données de santé.....	78
B. Le patient, acteur limité dans les usages de ses données.....	82

Section 2 : Le collecteur, multi-décideur de l'usage des données.....	85
§1. La donnée anonyme, un usage libre .....	86
§2. Les données personnelles et anonymisées, un usage décidé et encadré par le responsable du traitement .....	90
§3. Les données publiques, l'usage comme raison d'être.....	94
A. L'usage des données publiques par les personnes publiques.....	95
B. L'usage des données publiques par les personnes privées.....	98
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 .....	103
Chapitre 2 : <i>Le fructus</i> , prérogative ambivalente sur les données de santé .....	105
Section 1 : Une prérogative affirmée pour les collecteurs.....	106
§1. L'identification de la valeur économique de la donnée.....	106
A. Les données personnelles, ressources premières des activités du numérique .....	107
B. Les données publiques, ressources universelles .....	109
§2. La reconnaissance juridique timide de la valeur économique de la donnée .....	111
A. Le corpus juridique bicéphale du droit des bases de données : droit d'auteur et droit du producteur .....	112
B. Le corpus juridique applicable à la donnée : une fausse absence.....	115
Section 2 : Une prérogative taboue pour les patients .....	124
§1. La vie privée et la santé, concepts sources de difficultés juridiques.....	124
A. Le droit au respect de la vie privée, un droit de la personnalité.....	125
B. Les données de santé, un lien majeur avec le corps humain et la personne humaine.....	131
§2. Le mouvement de patrimonialisation des droits de la personnalité, trajectoire des droits sur les données personnelles .....	137
CONCLUSION CHAPITRE 2 .....	145
Chapitre 3 : <i>L'abusus</i> , une déconstruction juridique nécessaire .....	147
Section 1 : La libre disposition relative des données de santé par les collecteurs .....	148
§1. La disposition des données personnelles et anonymisées encadrée par le principe de finalité.....	148
§2. La disposition encouragée des données publiques .....	154
Section 2 : La libre disposition refusée des données de santé par les patients .....	159
§1. La barrière juridique de l'inaliénabilité de la personne .....	159
§2. La donnée, objet détachable et aliénable de la personne .....	162
CONCLUSION CHAPITRE 3 .....	169
<b>CONCLUSION TITRE 1 .....</b>	<b>171</b>
<b>Titre 2 : La possibilité d'un droit de propriété sur les données de santé au travers de ses caractères.....</b>	<b>173</b>
Chapitre 1 : L'identification d'un caractère absolu classique.....	175
Section 1 : L'affirmation du caractère absolu des droits sur les données de santé .....	176
§1. Le patient comme maître de sa donnée .....	176
A. Le consentement, pierre angulaire de l'absolutisme juridique du régime de la donnée de santé .....	176
B. Le droit à l'oubli, nouvelle figure de proue de l'absolutisme juridique de la donnée personnelle .....	184
1. Origine et définition du droit à l'oubli .....	185
2. Autonomie et fonction du droit à l'oubli .....	186
§2. Le collecteur, autre maître des données.....	191
Section 2 : L'existence classique de limites au caractère absolu .....	197
§1. Les limites impérieuses face au patient .....	197
A. Le principe de restriction des droits .....	197
B. Les restrictions aux droits sur les données de santé .....	198
§2. L'existence d'autres droits face aux collecteurs .....	202
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 .....	205

Chapitre 2 : L'identification d'un caractère exclusif à géométrie variable.....	207
Section 1 : Une exclusivité multiple du fait du caractère ubiquitaire de la donnée.....	208
§1. L'unicité de la " chose-donnée " .....	208
§2. La réplique de la chose-donnée .....	211
Section 2 : Des détenteurs d'exclusivité variés selon les données .....	213
§1. L'exclusivité sur les données personnelles et anonymisées .....	213
A. Les données personnelles, une exclusivité indiscutable .....	213
1. Les droits sur les données personnelles, sources d'exclusivité.....	213
2. Les tentatives de renforcement de l'exclusivité des droits .....	218
3. Exclusivité et monopole d'exploitation .....	221
B. Les données anonymisées, une distorsion d'exclusivité au profit des collecteurs .....	224
§2. L'exclusivité forcée sur les données publiques .....	226
CONCLUSION DU CHAPITRE 2 .....	231
Chapitre 3 : L'identification d'un caractère perpétuel anachronique .....	233
Section 1 : L'alignement sur le régime de la propriété intellectuelle pour les collecteurs .....	235
§1. L'alignement aisé sur les règles de la propriété intellectuelle pour les données anonymes et anonymisées.....	235
A. Le droit d'auteur sur les bases de données .....	236
B. Le droit des producteurs.....	239
§2. L'alignement peu évident des règles de la propriété intellectuelle pour les données publiques.....	241
A. La protection par le droit d'auteur .....	241
B. La protection par le droit des producteurs.....	245
Section 2 : Une transmission des droits difficile pour les données attachées aux patients .....	247
§1. La conception classique de l'extinction du droit au respect de la vie privée de la personne du fait de son décès .....	247
§2. Le nécessaire renouvellement de la conception classique .....	253
CONCLUSION CHAPITRE 3 .....	259
<b>CONCLUSION TITRE 2 .....</b>	<b>261</b>
<b><u>CONCLUSION PARTIE 1 .....</u></b>	<b>263</b>
<b>Partie 2 : La pertinence d'un droit de propriété sur les données de santé.....</b>	<b>265</b>
<b>Titre 1 : La propriété, un régime séduisant mais carencé.....</b>	<b>269</b>
Chapitre 1 : Le droit de propriété, un régime avantageux .....	271
Section 1 : Des fonctions juridiques avancées .....	271
§1. La sécurité juridique, un atout majeur du droit de propriété.....	271
A. La sécurité comme fondement philosophique du droit de propriété.....	271
B. La sécurité juridique comme fondement moderne du droit de propriété .....	273
§2. Le statut de droit fondamental, une valorisation majeure du droit de propriété .....	277
A. La consécration de droit fondamental.....	277
B. Une consécration justifiée .....	280
Section 2 : Une fonction économique séduisante .....	282
§1. La valorisation économique des données, une opportunité .....	282
A. Le droit de propriété, un droit de reconnaissance d'une valeur économique .....	282
B. Le droit de propriété, un droit de sécurisation de l'exploitation économique.....	285
C. La valeur économique, nouveau critère d'identification discutable du droit de propriété.....	286
D. La fonction économique de la propriété, fonction identifiée par l'analyse économique du droit .....	288
§2. La valorisation économique par les patients, le rétablissement d'un équilibre .....	291
§3. La valorisation économique des données publiques, une opportunité avortée .....	296

CONCLUSION CHAPITRE 1 .....	303
Chapitre 2 : Le droit de propriété, un régime risqué.....	305
Section 1 : Des droits inévitablement limités .....	305
§1. Le principe de la limitation des droits .....	305
§2. Les limites existantes au droit de propriété et au droit au respect de la vie privée .....	308
A. Le droit de propriété, un droit limité.....	308
B. Le droit au respect de la vie privée, un droit non absolu.....	313
C. La modification du droit, un possibilité encadrée .....	316
Section 2 : Un droit néfaste .....	318
§1. Les difficultés liées à la patrimonialisation des données personnelles pour les patients .....	319
A. La dimension patrimoniale du droit de propriété, un vecteur d'inégalités .....	319
B. Le droit de propriété, un droit " inhumain " .....	322
C. Le droit de propriété, annonciateur des dangers de l'autonomie de la volonté .....	324
§2. Un régime excluant .....	330
CONCLUSION CHAPITRE 2 .....	335
<b>CONCLUSION TITRE 1 .....</b>	<b>337</b>
<b>Titre 2 : Le modèle du droit d'auteur, un régime prometteur mais insuffisant.....</b>	<b>339</b>
Chapitre 1 : Le modèle du droit d'auteur, un régime de conciliation .....	345
Section 1 : Les droits économiques, outils de valorisation des données .....	348
§1. Une structure des droits adéquate .....	348
A. Les droits d'exploitation de l'auteur, l'équivalent d'un droit de traitement pour le patient.....	349
1. L'analogie des droits d'exploitation de l'auteur avec le droit de traitement des données.....	349
2. L'interprétation stricte de la cession de droit d'auteur au service de la prééminence du consentement du patient au traitement de ses données personnelles.....	352
B. Droit d'auteur et droits sur les données personnelles, des droits restreints.....	354
§2. Des objectifs des droits éloignés .....	357
A. Le droit d'auteur, modèle de création de valeur pour le droit sur les données personnelles de santé.....	357
B. Le droit d'auteur, modèle incitatif difficilement transposable aux données personnelles de santé.....	359
C. Données et œuvres, des biens immatériels différents.....	361
Section 2 : Le droit moral, outil de rattachement au patient.....	364
§1. Le maintien d'un lien personnel avec le patient.....	365
A. Un droit de protection des intérêts des patients .....	365
B. Un droit aux caractéristiques pertinentes pour les patients .....	367
C. Un droit en défaveur des collecteurs .....	369
§2. La spécificité des données dans la définition d'un droit moral .....	370
A. La difficile transposition du droit moral de l'auteur aux données personnelles de santé .....	370
B. La construction d'un droit moral spécifique aux données personnelles de santé guidé par le droit positif.....	372
1. La maîtrise de l'inviolabilité des données .....	372
2. La maîtrise de l'intégrité des données .....	373
CONCLUSION CHAPITRE 1 .....	375
Chapitre 2 : Les modèles d'organisation juridique à repenser .....	377
Section 1 : L'approche microjuridique des règles d'un marché des données, une adaptation du modèle du droit d'auteur .....	377
§1. L'application classique des règles contractuelles du droit d'auteur .....	378
A. La protection de la partie faible, principe cardinal du droit des contrats d'auteur .....	378

B. Le droit retenu, principe contractuel en adéquation avec le principe de finalité de traitement .....	380
C. L'interdiction de cession d'œuvres futures, une continuité logique avec le principe de finalité de traitement.....	382
D. L'encadrement du mode de rémunération de l'auteur, une difficile transposition en droit des données personnelles .....	385
§2. Les spécificités de l'outil contractuel sur le marché numérique .....	387
A. Le constat d'un déséquilibre des parties dans la contractualisation numérique .....	387
B. Un rééquilibrage difficile des parties au contrat en matière de données personnelles .....	388
1. Le droit moral sur les données de santé, une solution minimale .....	388
2. Le soutien précieux du droit de la consommation .....	389
3. La prévention, entre information et éducation, une nécessité utopique.....	392
Section 2 : L'approche macro juridique des règles d'un marché des données, un dépassement du modèle du droit d'auteur .....	393
§1. La fiscalité, outil de rééquilibrage des forces économiques.....	394
A. Le constat dommageable d'une absence de fiscalité du numérique.....	394
B. La pertinence discutée d'une fiscalisation du numérique .....	397
1. L'exigence d'une nouvelle définition de la territorialité de la fiscalité .....	397
2. La détermination cruciale d'un niveau de fiscalité acceptable.....	399
3. La fiscalité, un outil de protection des données personnelles.....	400
§2. Le nécessaire renforcement de la régulation économique des données .....	402
A. L'absence de régulation économique des données .....	402
B. Les exigences d'une régulation économique efficace .....	405
1. La nécessité d'un régulateur indépendant .....	405
2. La nécessité d'un régulateur performant.....	408
3. La nécessité d'un régulation mixte et rationalisée .....	409
CONCLUSION CHAPITRE 2 .....	413
CONCLUSION TITRE 2 .....	415
<b><u>CONCLUSION PARTIE 2</u></b> .....	<b>417</b>
<b>CONCLUSION GENERALE</b> .....	<b>419</b>
<b><u>BIBLIOGRAPHIE</u></b> .....	<b>425</b>
<b><u>INDEX ALPHABETIQUE</u></b> .....	<b>485</b>
<b><u>TABLE DES MATIERES</u></b> .....	<b>487</b>









---

## **RÉSUMÉ EN FRANÇAIS**

La question de la protection et de la valorisation des données de santé fait l'objet d'un renouvellement permanent car elle est tiraillée pas des intérêts contradictoires. Les logiques juridiques, sanitaires et économiques s'affrontent et s'expriment au travers d'une réglementation particulièrement fournie et disparate des données de santé. Le droit de propriété semble à même de concilier ces enjeux d'apparence antinomiques. Au regard de la place de ce droit dans notre ordonnancement juridique et de la singularité des données de santé, l'étude de leur rapprochement mérite une étude d'une certaine ampleur. Il s'agit dans un premier temps de s'assurer de la compatibilité de ce droit avec les données de santé. La réponse impose une vision de la propriété simplifiée pour finalement constater que les droits existants sur ces données sont en fait déjà des droits de propriétés mais qui, du fait de la particularité des données de santé, sont largement limités. Dans un second temps, se pose donc la question de la pertinence de l'application d'un droit de propriété plus « complet » aux données de santé. Or, on remarque que la spécificité de ces données est telle que cette solution n'est pas la plus efficace pour parvenir à un juste équilibre entre patients et collecteurs de données. Pour autant, d'autres solutions sont possibles.

---

## **RÉSUMÉ EN ANGLAIS**

### **THE PROPERTY OF HEALTH DATA**

The question of the protection and enhancement of health data is subject to a permanent renewal because it appears to be in the middle of some conflicting interests. Legal, health and economic logics confront and express themselves through a particularly heterogenous set of regulations on health data. Property rights here seem able to reconcile these issues that first look contradictory appearance issues. Given the place of this right in our legal system and uniqueness of health data, the study of their reconciliation deserves a study of some magnitude. This is a first step to ensure the compatibility of this law with health data. The answer requires a vision of simplified property only to find that the existing rights of the data is already in the property rights but which, because of the particularity of health data, are largely limited. Secondly, therefore the question of the relevance of the application of "more complete" property rights applies to health data. However, we note that the specificity of health data implies that such a the solution is not the most effective for achieving a fair balance between patients and data collectors. Nevertheless, other solutions are possible.

---

**DISCIPLINE : DROIT ET MANAGEMENT DES STRUCTURES SANITAIRES  
ET SOCIALES**

---