

EXPERTISES

DES SYSTÈMES D'INFORMATION

LE MENSUEL DU DROIT DE L'INFORMATIQUE ET DU MULTIMÉDIA

JUIN 2017 - n°425

INTERVIEWS

BASES DE DONNÉES : UNE PROTECTION OBSOLETE

PAR NICOLAS COURTIER

LES LEÇONS À TIRER DE L'ATTAQUE WANNACRY PAR YASSIR KAZAR

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

DU PATENT TROLL AU TRADEMARK TROLL : DES PRATIQUES ABUSIVES ET NÉFASTES AU DÉVELOPPEMENT DES ENTREPRISES

OPEN DATA

DONNÉES DE RÉFÉRENCE : UNE INNOVATION STRUCTURANTE

INTELLIGENCE ARTIFICIELLE

NE BRIDONS PAS L'INNOVATION !

DONNÉES PERSONNELLES

LA BLOCKCHAIN EST-ELLE COMPATIBLE AVEC LE RGPD ?

CYBERCRIMINALITÉ

UNE AGENCE POUR ACCOMPAGNER L'ACTION DE LA PNIJ

SOMMAIRE n°425

FOCUS 207

MENACE SUR NOTRE INTÉGRITÉ MENTALE

Par Sylvie ROZENFELD

MAGAZINE 208

L'ACTUALITÉ DU DROIT ET DE LA JURISPRUDENCE

INTERVIEW 219

BASES DE DONNÉES : UNE PROTECTION OBSOLETE

Nicolas COURTIER par Sylvie ROZENFELD

LES LEÇONS À TIRER DE L'ATTAQUE WANNACRY

Yassir KAZAR par Sylvie ROZENFELD

DOCTRINE

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE 226

DU « PATENT TROLL » AU « TRADEMARK TROLL »

Par Nathalie DREYFUS

OPEN DATA 230

LES « DONNÉES DE RÉFÉRENCE » : UNE INNOVATION STRUCTURANTE

Par Denis BERTHAULT

INTELLIGENCE ARTIFICIELLE 233

NE BRIDONS PAS L'INNOVATION !

Par Sophie HENRY Magalie DANSAC LE CLERC
& Laurent SZUSKIN

DONNÉES PERSONNELLES 237

LA BLOCKCHAIN EST-ELLE COMPATIBLE AVEC LE RGPD ?

Par Blandine POIDEVIN & Christine VROMAN

CYBERCRIMINALITÉ 239

UNE AGENCE POUR ACCOMPAGNER L'ACTION DE LA PNIJ

Par Myriam QUÉMÈNER

ÉDITORIAL

LE NUMÉRIQUE À MATIGNON

Sans même attendre la publication du décret relatif aux attributions du secrétaire d'Etat chargé du Numérique, le Conseil national du numérique a interpellé l'exécutif sur l'urgence d'une politique publique dans ce domaine. Avec la publication de son manifeste, le CNNum entend ainsi soutenir le nouveau secrétaire d'Etat Mounir Mahjoubi, ex-président de cette structure consultative pendant un an, qui devra faire preuve d'adresse politique dans les dossiers soumis à l'arbitrage de plusieurs ministères dont Bercy.

Contrairement à ses prédécesseurs, Fleur Pellerin, Axelle Lemaire et Christophe Sirugue qui relevaient du ministère de l'Economie, le secrétariat d'Etat de Mounir Mahjoubi est directement placé sous la tutelle du Premier ministre. C'est un signal fort qui indique que le numérique n'est pas vu comme une sous-branche de l'économie mais comme irriguant toute la société et donc l'action publique. La lecture de ses attributions qui figurent dans le décret du 24 mai 2017, publié au JO le lendemain, révèle un champ d'intervention particulièrement vaste, même si l'innovation lui échappe car désormais rattachée au ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche. Logiquement, il est en charge de l'e-administration et de la politique d'ouverture et de circulation des données mais aussi de « l'élaboration du cadre juridique relatif au numérique, aux technologies d'avenir et aux plateformes, à l'échelle nationale, européenne et internationale ». En dehors des domaines qui lui sont dévolus en propre, le secrétaire d'Etat devra conjuguer son action avec les ministères visés par le décret. Ainsi, c'est conjointement avec le puissant ministère de l'Economie qu'il devra traiter des questions relatives aux communications électroniques, au développement de l'économie numérique et à la transformation numérique des entreprises. Avec les ministres concernés, il promouvra les actions propres à accélérer la transformation numérique de l'économie, des organisations, de l'action publique et des territoires et il traitera, entre autres, des questions de gouvernance et de sécurité des systèmes d'information et des réseaux. Les acteurs du secteur sont plutôt satisfaits de voir la place attribuée au numérique. Au travers du manifeste du CNNum signé par 86 personnalités (députés, entrepreneurs, représentants d'organisations professionnelles, professeur de droit, deux anciens présidents du Conseil, etc.), ils ont fait connaître leur vision d'une future politique numérique et du rôle CNNum. Celui-ci avait fait ses preuves dans la co-rédaction de la loi pour une République numérique. Cette expérience sera-t-elle renouvelée ? L'ex-président du CNNum pendant un an, aujourd'hui secrétaire d'Etat, saura-t-il écouter ces experts ? De façon générale, aura-t-il assez de marges de manœuvre, malgré l'étendue de ses attributions ? Tout dépendra des priorités du Premier ministre mais aussi de sa capacité à se faire entendre. Reste une dernière inconnue : Mounir Mahjoubi sera-t-il élu député le 18 juin prochain, condition de son maintien au gouvernement ?

A portrait of Nicolas Courtier, a middle-aged man with light brown hair, wearing a dark suit, white shirt, and dark tie. He is looking directly at the camera with a slight smile. The background is a light-colored wall with some foliage visible on the right side. The entire image has a red overlay.

Nicolas Courtier

Bases de données : Une protection obsolète

Nicolas Courtier qui en tant qu'avocat a connu plusieurs procédures judiciaires sur le fondement du droit du producteur de bases de données, constate que cette protection est devenue inadaptée aux évolutions des technologies actuelles, en raison de la fluidité des données. Il déplore également qu'elle soit devenue beaucoup trop stricte, suite aux interprétations de la directive européenne par la CJUE. Les procédures judiciaires, de plus en plus rares sur ce fondement, sont complexes et onéreuses. De ce fait, la protection a manqué sa cible. Selon lui, la directive a vieilli et devrait être réformée. En attendant, le contrat apparaît comme l'outil de protection le plus efficace.

Sylvie Rozenfeld : Vous êtes avocat au barreau de Marseille et vous avez un bureau secondaire à Paris. Spécialiste en droit de la propriété intellectuelle et en droit des nouvelles technologies, vous avez notamment été avocat dans différentes procédures relatives à la protection des bases de données. J'ai voulu vous rencontrer après vous avoir entendu affirmer que la protection du producteur de base de données, qui date de 1998 en France suite à la transposition d'une directive de 1996, est un droit obsolète qui ne correspond plus aux besoins actuels. Que voulez-vous dire ?

Nicolas Courtier : Le droit des producteurs de bases de données correspond à une étape de la technique. Il répondait à un besoin très fort de valoriser les bases de données qui devenaient fondamentales pour les entreprises puis pour l'internet. Elles avaient besoin d'investir dans les bases de données et pour cela il fallait qu'elles soient protégées et qu'elles puissent prendre de la valeur. Or, la seule technique juridique dont on disposait avant la directive reposait sur le droit de la propriété littéraire et artistique. Ce n'était pas adapté car une base de données est rarement une œuvre de l'esprit au sens artistique du terme. Ensuite, on a assisté à des développements techniques phénoménaux dont l'apparition du big data, avec des volumes de données toujours plus importants. La directive européenne n'a pas été pensée pour ces évolutions techniques qui n'existaient pas encore. Certains droits s'adaptent très bien aux changements, comme la loi de 1881 sur la presse qui s'est avérée d'une grande plasticité. Mais, selon moi, la directive sur la protection des bases de données est un texte qui a mal vieilli.

Pourquoi n'est-il plus adapté ?

Pour deux raisons. D'abord, je pense que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne a été trop stricte. Je ne comprends pas pourquoi elle a autant encadré la notion d'investissement. Il me semble que ça a tué le texte. Concrètement, il est très difficile pour les entreprises de justifier de leurs investissements. Elles n'ont ni les outils, ni les réflexes pour intégrer dans leur documentation interne ou leurs contrats, des éléments qui permettraient de justifier à l'avenir des investissements consentis. Les investissements pour la création des données ne sont pas pris en compte, ni la gestion de données, ni les offres de services sans constitution de bases permanentes puisque le texte implique l'existence d'un contenant bien identifié. Et aussi, le droit des producteurs de bases de données s'adresse à des acteurs qui sont, en fait, pour la plupart des Monsieur Jourdain. Ils n'ont conscience de l'être que quand ils se la font voler ou quand ils reçoivent une assignation.

Pourtant, beaucoup d'entreprises ont constitué des bases de données.

Toutes ou presque. Mais bien peu ont une base de données qui soit protégeable sur le fondement du droit sui generis. Pour bénéficier de cette protection dont les conditions juridiques sont très strictes, il faut être capable de produire des justificatifs qui sont d'ordre économique.

Cela nous amène à discuter avec les experts comptables qui ne sont pas toujours familiarisés avec l'immatériel. Peut-être que la décision du 7 décembre 2016 du Conseil d'Etat sur la valorisation d'un nom de domaine dans le cadre d'un redressement fiscal va-t-elle contribuer à les sensibiliser à la question de la valeur des biens immatériels. Nous avons parfois des échanges

difficiles avec les experts comptables quand on leur demande de valoriser les bases de données dans le bilan de l'entreprise, dans la perspective d'un

contentieux sur le fondement du droit sui generis. La deuxième raison de l'inadaptation de cette protection vient du fait qu'on aura de moins en moins besoin de bases de données, au sens de la loi sur les producteurs de bases de données, pour traiter des données.

Est-ce l'effet big data ? Selon Stéphane Larrière dont l'interview a été publiée dans le numéro d'avril d'Expertises, cette protection ne serait plus adaptée car la notion même de base de données perd de sa pertinence et, à l'ère du big data et des puissances de traitement et de conservation, nous n'avons plus besoin d'un ensemble organisé et structuré de données. Etes-vous d'accord avec lui ?

Je suis d'autant plus d'accord avec lui que cela rejoint complètement ce que j'avais écrit il y a quelques années dans l'ouvrage collectif publié par l'Inpi « *La propriété intellectuelle et la transformation numérique de l'économie*¹ ». Avec le big data, les données sont de plus en plus à la portée de tous. Les données deviennent liquides. Ce sont des res nullius, une chose sans valeur qu'on va pouvoir utiliser à discrétion.

Quand la directive a été rédigée, elle avait appréhendé la masse de données comme un élément qu'on allait patrimonialiser. On lui a donné un joli écrin et on l'a mise à l'intérieur. Or, plus on avance, moins la donnée est statique et plus elle devient un flux. On cherche des données et on les traite en temps réel. On est donc très éloigné de la notion d'une immobilisation des données car les bases se constituent en temps réel, à partir de différentes sources agrégées, traitées pour un usage.

Dans une Résolution du Parlement européen du 19 janvier 2016 "Vers un acte sur le marché unique numérique", on lit que le Parlement « observe que, d'après l'évaluation de la directive sur les bases de données effectuée par la Commission, cette directive constitue un obstacle au développement d'une économie européenne fondée sur les données ; invite la Commission à assurer un suivi des possibilités politiques d'annuler la directive 96/9/CE ».

Les députés se fondent sur une évaluation faite en 2005, basée sur une consultation publique. La Commission avait conclu au statu quo vu la disparité des avis mais elle a quand même dit que le dispositif nuirait au développement des bases de données. D'ailleurs, les Etats-Unis auraient abandonné cette protection et le marché serait beaucoup plus prospère. A noter qu'il n'y a pas eu, depuis, d'évaluation de la directive de 1996. Qu'en pensez-vous ?

Pour des raisons différentes, je fais le même constat de l'existence d'un problème. Est-ce qu'il faut pour autant abandonner cette protection ? Je ne le pense pas. Les parlementaires proposent d'annuler le texte ; je préférerais l'adapter dans le sens qui consiste à libérer les usages des bases de données mais sans supprimer la possibilité de détenir des droits à leur sujet. Je ne trouve pas inintéressant de conserver la logique de la directive pour protéger l'investissement car c'est nécessaire au commerce ; il suffit d'en limiter les effets pervers. En matière de droit des marques, la CJUE a cantonné la protection aux usages dans la vie des affaires. Je trouve bizarre que la Cour européenne soit allée dans ce sens en matière de marques et non pour les bases de données, sous réserve que la question ne lui a pas été clairement posée. La recommandation du Parlement européen a un but provocateur afin de faire évoluer la situation. Si ce texte était adapté, on l'utiliserait. Or, aujourd'hui on constate qu'il n'y a quasiment pas de contentieux, c'est frappant sur legalis.net.

« La jurisprudence Ryanair de la CJUE marque le constat d'échec de la directive. »

Est-ce la seule raison pour laquelle il n'y a quasiment pas de contentieux sur ce fondement ?

Depuis le début, il y en a très peu car lorsqu'on étudie la possibilité d'y recourir, on se heurte à la difficulté de justifier des investissements pour acquérir la qualité de producteur. S'ajoute à cela le fait que cette notion de producteur de base de données ne s'inscrit pas dans une culture juridique continentale. Ce n'est d'ailleurs pas le terme de la directive dans sa version anglaise qui emploie celui de « *maker* », que je pense devoir être traduit par « *fabricant* », notion plus industrielle que celle de producteur, qui, si elle a un sens traditionnel en propriété intellectuelle, n'est peut-être pas celui qu'il fallait comprendre.

Le droit sui generis a été rajouté dans le livre premier sur la propriété littéraire et artistique du CPI alors qu'il n'a rien à y faire. On l'a posé entre la propriété littéraire et artistique et la propriété industrielle, ne sachant où le mettre. Et puis les personnes ne savent tout simplement pas que cette protection existe.

Si cette protection est inadaptée, alors comment protéger les bases de données ?

Par des contrats.

Mais cela ne concerne-t-il pas uniquement les co-contractants ?

Non, comme le montre la jurisprudence Ryanair de la CJUE. Cet arrêt marque le constat d'échec de la directive. La Cour dit que, même si on ne peut justifier de la qualité de producteur sur le fondement du droit sui generis, on peut quand même protéger la base de données par le contrat. La Cour reconnaît donc qu'il y a une valeur à protéger, même si on ne peut pas appliquer le droit sui generis.

Il n'y aurait donc pas de réelle protection des bases de données ?

Pas une simple et efficace en tout cas et il n'y a pas davantage de protection de la donnée. Le règlement européen sur la protection des données personnelles a fixé un régime juridique très cohérent et très précis mais les autres données n'ont pas de régime particulier. D'où la question qui est actuellement discutée par l'Europe de savoir s'il faut leur en donner un, notamment en marge des discussions sur la directive e-privacy.

Est-ce que la constitution d'un régime général de la donnée serait utile ?

Je considère qu'il ne convient pas de légiférer sur tout. Mais c'est une réflexion à mener. La Commission européenne a annoncé son intention de présenter un texte sur la libre circulation des données non personnelles à l'automne 2017. Pour l'instant on passe de l'ombre à la lumière entre les données personnelles qui ont un régime juridique hyper strict, qui va entraîner dix ans de jurisprudence pour savoir comment l'interpréter, et les autres données. Et une donnée personnelle qui a été anonymisée ne l'est plus et bascule dans une zone sans régime juridique dédié. Il va donc se produire un effet de frontière.

Quelle conséquence va produire cet effet de frontière ?

Il ne faudra pas oublier de traiter ces données qui se trouvent en dehors du champ du règlement sur la protection des données personnelles. Il convient d'abord de gérer cet effet de frontière et de le contractualiser. A partir du moment où un élément

α de la valeur, notre rôle de conseil est d'aider les entreprises à en prendre conscience et de la protéger. Je pense que va apparaître un nouveau type de données, les données « métapersonnelles » qui seront peu nombreuses mais avec une très forte valeur économique. Celles qui concerneront clairement des personnes mais, ne pouvant leur être rattachées, ne seront pas soumises au régime du règlement.

Comment protéger cette valeur ?

Ce ne sont que des cas particuliers pour lesquels le droit des producteurs de bases de données est tout sauf un régime clair, simple, pratique à utiliser. On s'est débrouillé comme on a pu, jusqu'à aboutir à des décisions de justice telles que celle de Ryanair. En dehors des règles à suivre pour les données personnelles, il faut imaginer des solutions pour les autres données. Leur protection ne peut passer que par le contrat. Et, en tant que conseil d'entreprises du numérique, il faut absolument avoir conscience de la valorisation de la donnée et se demander comment faire car il n'existe pas de solution toute faite. Je vous mets au défi de trouver la valeur objective des données d'une entreprise, elles ne peuvent avoir qu'une valeur subjective. La donnée est de plus en plus fluide et de moins en moins une immobilisation au sens comptable du terme. Même s'il existe encore des bases de données, composées par des données qui ne sont pas fluides et surtout qui ont une structure qui est stable. Mais la fluidité des données est une tendance. Il en demeure pas moins que le droit sui generis existe et qu'on va essayer d'en bénéficier à chaque fois que ce sera possible.

Est-ce que la protection des données à caractère personnel est un obstacle au développement du marché de la donnée ?

C'est le contraire. Avec le règlement, les entreprises doivent en premier lieu identifier les traitements de données. C'est donc un levier pour que les organisations de toute nature prennent conscience de leurs traitements et donc de l'existence de leurs bases de données. Les auditeurs vont probablement identifier des bases de données qui ne sont pas personnelles pour les exclure du champ des obligations à respecter mais les entreprises vont, ce faisant, être amenées à établir une cartographie des données qu'elles possèdent, ce qui va faciliter la prise de conscience de leur valeur. Elles vont également devoir mettre en place une sécurisation de leurs traitements de données personnelles qui va bénéficier à tout leur patrimoine immatériel.

Parallèlement, une autre protection de l'information va se mettre en place, à travers la transposition de la protection du secret des affaires. Est-elle souhaitable ?

C'est une bonne protection et un vrai besoin car on manque d'outils pour protéger ce qui ne relève pas de la propriété intellectuelle. Les entreprises vont pouvoir identifier et marquer ce qu'elles considèrent comme protégé par le secret des affaires. Tout cela participe à protéger la valeur immatérielle que les entreprises créent. Ce qui est du reste la finalité de la propriété industrielle depuis toujours. Après, il y a des équilibres à trouver. La Cour de justice de l'Union européenne a déjà mis un terme à certaines dérives. Par exemple, elle a empêché que le droit des marques devienne un droit absolu, une territorialisation d'un espace économique en rappelant que la marque est avant tout un outil d'identification, et de communication.

Que faudrait-il faire pour adapter la directive « bases de données » aux technologies actuelles ?

La protection des bases de données est beaucoup trop stricte et donc, elle manque sa cible. On peut l'améliorer en donnant une protection plus forte à ceux qui créent la valeur, en faisant qu'elle puisse être plus facilement acquise mais en limitant ses effets. Il ne faudrait pas interdire l'utilisation de certaines données car elles sont dans des bases de données mais au contraire relier la protection à l'usage dans le but pour lequel la base de données a été développée. L'entreprise pourrait jouir de cette protection, en justifiant de la finalité de la constitution de la base de données. Dans cette logique, les données ne devraient pas être protégées pour un

autre usage que celui envisagé. Cela pourrait se rapprocher de la notion de fair use. On pourrait utiliser ou capter les données, à condition de ne pas le faire dans l'intention de concurrencer celui qui a réalisé l'investissement ou de ne pas le parasiter dans son secteur d'activité.

Cela rappelle la logique américaine où chacun doit contribuer à l'édifice et le dernier arrivé ajoute sa pierre. Les Américains ont en outre une protection plus forte de l'investissement que de la création. La protection européenne des bases de données se situe dans une logique anglo-saxonne. On l'a appelée droit des producteurs des bases de données, mais on aurait pu l'appeler copyright des bases de données car on protège celui qui investit. Le RGPD bascule aussi dans cette logique. Nous ne sommes plus dans la logique de la « ligne blanche » où l'on est sanctionné si l'on se fait attraper au moment où on la franchit. Le « gendarme » va regarder

« Les données deviennent liquides. Ce sont des res nullius, une chose sans valeur qu'on va pouvoir utiliser à discrétion. »

si les règles sont bien observées en général. Si le franchissement de la ligne blanche correspond à un incident de parcours, ce sera une petite amende ; si c'est un comportement constant voire une réticence à l'injonction, la sanction sera plus importante. Même si cela rejoint la logique de la personnalisation des peines, on assiste à un véritable changement culturel avec la mise en œuvre du principe de compliance car on doit soi-même instruire son dossier. Mais en retour, les efforts accomplis s'ils ont été vertueux, et donc l'investissement qu'ils ont nécessité, sont pris en compte.

Quelles sont les difficultés qu'on rencontre dans ce type de contentieux ?

En plus de la difficulté d'établir la réalité des investissements, il s'agit d'une procédure lourde et onéreuse. On a recours à des saisies-contrefaçons très techniques. Dans les premiers temps, la tâche était relativement simple puisque les bases de données étaient sur des serveurs qui se trouvaient dans les entreprises. Puis on a assisté à une bascule des données dans le cloud. Or, la saisie-contrefaçon doit se faire à un endroit précis. Même si les ordonnances autorisent à télécharger les bases de données de là où l'on effectue la saisie, on peut alors rencontrer des obstacles pratiques tels que les lenteurs des téléchargements dues à la bande-passante, ou les codes d'accès. Le pire que j'ai vécu se passait dans une entreprise où les entêtes des emails et le corps des messages n'étaient pas stockés sur les mêmes serveurs. L'expert ne s'en était pas aperçu tout de suite. Il a fallu retourner devant le juge pour qu'il autorise une nouvelle saisie-contrefaçon mais entre-temps, les données avaient été modifiées par l'usage même des bases. Cela a occasionné des coûts de saisie très élevés et un résultat mitigé. Parmi les données saisies se trouvent souvent des données personnelles qui imposent le séquestre du résultat de la saisie car avant de pouvoir y accéder, il faut en expurger les bases. Un expert est donc désigné, l'expertise dure très longtemps et coûte cher.

Comment démontre-t-on l'atteinte au droit du producteur ?

L'évolution des bases de données, de plus en plus fluides, fait que leur structure a de moins en moins d'importance. Il est rare d'avoir à faire un simple copier/coller de la base de données, reprenant toute sa structure. Dans ce cas, la contrefaçon est assez facile à démontrer. Dans le cas contraire, il convient de demander au juge de fixer une mission à un huissier qui,

accompagné de l'expert informatique, va faire des recherches avec un nombre limité de mots-clés, sinon c'est ingérable. Pour éviter de modifier le fichier, ils vont constituer un clone de la base de données sur lequel l'analyse va être ensuite effectuée. Si l'entreprise est prévoyante, elle aura placé des pièges dans sa base de données, et l'atteinte sera ainsi assez facile à démontrer. Si ce n'est pas le cas, on cherchera à identifier les similitudes, les erreurs, etc.

Ces procédures sont chères et complexes ce qui limite le recours à cette protection. Cela ne résout pas le problème immédiatement, puisqu'en la matière les procédures sont particulièrement longues. Souvent, on finit par transiger car les parties sont épuisées.

Quels conseils pouvez-vous donner aux entreprises pour protéger leurs bases de données ?

D'avoir des documents comptables et contractuels qui mentionnent les investissements pour la constitution de la base de données dans le respect de la jurisprudence, de placer des pièges dans les données. Les avocats ont un vrai devoir de conseil à accomplir en indiquant à leurs clients ce qu'ils pourraient produire. Par exemple, il est judicieux de mentionner dans le contrat de travail d'un salarié qu'il collabore à la constitution d'une base de données. Quand on embauche un directeur informatique, on ne pense pas à préciser qu'il est notamment en charge de la création de la base de données. Si l'on a affaire à des sous-traitants, l'investissement est plus facile à démontrer car on peut produire des factures. Mais certains clients m'opposent le fait que c'est toute leur entreprise qui travaille pour cette base de données et que ce n'est donc mentionné nulle part.

Ne faudrait-il pas mettre dans l'objet de la société : producteur de bases de données ?

C'est une bonne idée.

Propos recueillis par Sylvie ROZENFELD

Notes

1. « La nécessaire évolution du droit des producteurs de bases de données pour permettre son évolution à l'émergence du big data » : https://www.inpi.fr/sites/default/files/1_2_extrait_pi_et_transformation_economie_numerique_inpi.pdf