

La mise en place de l'Open Data dans les entreprises privées : de la gestion des risques juridiques à leur management

par Annabel QUIN

Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles à l'Université Bretagne Sud
Ancienne avocate au barreau de Paris

Pour « l'individu moderne » occidental, l'entreprise a été un outil d'émancipation en permettant à un entrepreneur de s'autodéterminer en échappant aux liens sociaux de sa communauté d'origine¹. Mais cette émancipation s'est traduite par un isolement de l'entreprise, c'est-à-dire de l'Economie par rapport au Social², qui a été encore accrue après les années 1980. En effet, à partir de cette époque, on a assisté à un accaparement des créations industrielles par les grandes entreprises³ et à un accaparement de ces dernières par les « spécialistes du contrôle »⁴. Délaissées et ignorées, les PME ont été contraintes de gommer leur singularité pour s'intégrer dans de nouvelles communautés censées leur apporter sécurité et solidarité. Aussi sont-elles entrées dans la catégorie fourre-tout des « PME », qui privilégie le critère quantitatif au détriment du critère qualitatif⁵. Cette classification a dès lors conduit à des rapprochements surréalistes, où figurent côte à côte une entreprise de biotechnologie gonflée aux stéroïdes et un club de voile soucieux de son environnement. Néanmoins, le droit est suffisamment déconnecté du Réel – dont il n'est qu'une représentation - pour que cela fonctionne, du moins tant que ces catégories demeurent abstraites et que, dans la Réalité, les entreprises concernées s'ignorent.

Le problème est en revanche différent, et émerge de façon radicale, lorsqu'elles sont amenées à communiquer. Or, c'est précisément cette intercommunication que réalise la transition numérique des entreprises et la circulation des données entre elles, caractéristiques de ce qu'il est désormais convenu d'appeler l'Industrie du futur⁶ ou, dans sa version germanique, Industrie 4.0⁷, et qui entraînent une nouvelle « Grande Transformation » du capitalisme⁸. Celle-ci fait naître des résistances et des

¹ P.-Y. Gomez et H. Korine, *L'entreprise dans la démocratie, Une théorie politique du Gouvernement des entreprises*, éd. De Boeck, 2009.

² K. Polanyi, *La Grande Transformation*, éd. Gallimard, 2009

³ Grâce notamment à l'Accord mondial sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, V. A. Quin, *La « Grande Transformation » des semences*, in François Collart Dutilleul (sous la dir.), *Penser une démocratie alimentaire (vol. I), Inida (Costa Rica)*, pp.155, 2013.

⁴ A. Quin, *Transformations du capitalisme et renforcement des droits de contrôle des actionnaires dans les sociétés cotées : l'approche du droit communautaire*, *Les Petites Affiches*, 9 août 2007, p.3-11 ; M. Power, *La société de l'audit, L'obsession du contrôle*, éd. La Découverte, 2005.

⁵ Sur cette problématique, V. A. Supiot, *La gouvernance par les nombres*, éd. Fayard, 2015 ; O. Rey, *Une question de taille*, éd. Stock, 2014 ; O. Rey, *Quand le monde s'est fait nombre*, éd. Stock, 2016.

Syntec Numérique, *Transformer l'industrie par le numérique*, Avril 2016; N. Julien et E. Martin, *L'usine du futur. Stratégies et déploiement. Industrie 4.0, de l'IoT aux jumeaux numériques*, éd. Dunod, juin 2018. V. égal. J.-C. Cointot et Y. Eychenne, *La Révolution Big Data, Les données au cœur de la transformation de l'entreprise*, éd. Dunod, 2014 ; M. Duval et K. Speidel, *Open Innovation*, éd. Dunod, 2014 ; F. Pisani et D. Piotet, *Comment le web change le monde, L'alchimie des multitudes*, éd. Pearson, 2008 ; D. Tapscott et A. D. Williams, *Wikinomics, Wikipédia, Linux, YouTube... Comment l'intelligence collaborative bouleverse l'économie*, éd. Pearson, 2007.

⁷ D. Kohler et J.-D. Weisz, *Industrie 4.0, une révolution industrielle et sociétale, futuribles mai-juin 2018*, pp 47-68 ; D. Kohler et J.-D. Weisz, *Industrie 4.0, Les défis de la transformation numérique du modèle industriel allemand*, La documentation française, 2016.

⁸ O. Weinstein, *Pouvoir, finance et connaissance, Les transformations de l'entreprise capitaliste entre XXe et XXIe siècle*, éd. La Découverte, 2010 ; J. Rifkin, *La troisième révolution industrielle, Comment le pouvoir latéral va transformer l'énergie, l'économie et le monde*, éd. Les liens qui libèrent, 2012 ; D. Plihon, *Le nouveau capitalisme*, éd. La Découverte, 4^{ème} éd., 2016 ; P. Veltz, *La société hyper-industrielle, Le nouveau capitalisme*

divergences qui peuvent conduire à interrompre cette communication douloureuse, à refuser l'ouverture et plus généralement l'échange des données, opérant ainsi un retour aux catégories anciennes. A l'inverse, elle peut être vue comme une simple transition et ne pas empêcher la poursuite de l'intercommunication : telle est la conception de l'Union européenne qui, fidèle à sa tradition culturelle⁹, y voit une opportunité de construire un nouveau marché unifié (le Marché unique numérique¹⁰), source de croissance. C'est pourquoi elle desserre l'étau des anciens circuits de financement afin de leur permettre de prendre leur autonomie¹¹. Mais dans ce cadre réinventé¹², la poursuite de l'intercommunication s'accompagne nécessairement d'une recomposition des acteurs économiques. C'est donc au cœur d'une recomposition institutionnelle globale, et donc des jeux de pouvoir, que s'inscrivent les enjeux de l'ouverture des données des entreprises privées¹³.

Or, cette ouverture présente des risques, aussi bien économiques que juridiques :

- Sur le plan économique, l'entreprise qui ouvre ses données s'expose au risque de se les faire piller et, dans le pire des cas, d'être « *disruptée* » et de disparaître
- Sur le plan juridique, elle s'expose à des sanctions pénales (notamment en cas de vol de données ou d'abus de confiance) aussi bien que civiles et commerciales, à travers le paiement d'amendes ou de dommages-intérêts dont le montant peut faire disparaître n'importe quelle PME.

Face à ces risques, il convient de demeurer prudent et de ne pas se laisser illusionner par les promesses de l'ouverture. Car les conseillers ne sont pas les payeurs, et ce n'est pas le législateur qui viendra renflouer l'entreprise si celle-ci vient à disparaître. C'est pourquoi la décision relève du management de l'entreprise, et ne saurait être imposée par qui que ce soit, fût-il le législateur¹⁴. C'est bien ce qui ressort des pratiques des entreprises de transport qui, quoi que sommées d'ouvrir totalement leurs données par défaut¹⁵, ont refusé cette ouverture totale au profit d'une ouverture plus restreinte¹⁶. Et cette prudence a été confortée par le Gouvernement qui n'a pas adopté le décret d'application de l'Open data par défaut des données de transport. Donc c'est à l'entreprise d'exercer sa souveraineté en décidant quand et comment elle ouvre ses données, ce qui implique que le législateur se garde de

productif, éd. Seuil, 2017. Pour un regard historique, V. J. Appleby, Capitalisme, histoire d'une révolution permanente, éd. Piranha, 2016 ; J. Kocka, Histoire du capitalisme, éd. markus haller, 2017 ; J.-C. Debeir, J.-P. Deléage et D. Hémerly, Une histoire de l'énergie, éd. Flammarion, 2013.

⁹ J.-M. Huissoud et P. Royer (sous la dir.), Europe : la puissance au bois dormant, Rapport Anteios 2009, PUF, 2008 ; Th. Ferenczi, Pourquoi l'Europe ?, André Versaille éditeur, 2008 ; Z. Laïdi, La norme sans la force, L'énigme de la puissance européenne, éd. Sciences Po Les Presses, 2005. V. égal. E. François et Th. Serrier, Europa, Notre Histoire, éd. Les Arènes, 2017.

¹⁰ C. Barreau, Le marché unique numérique et la régulation des données personnelles, Annales des Mines-Réalités industrielles 2016/3, p.37-41 ; G. Decorzent, L'Union européenne post-2020, quelles priorités pour la R&D et l'innovation ?, Annales des Mines-Réalités industrielles 2018/1, p.54-57.

¹¹ [A. Quin, Les mesures de droit communautaire soutenant le financement privé des PME, in S. Clavel et L. Nurit \(sous la dir.\), Les PME en droit communautaire, non publié.](#)

¹² J. B. Schneewind, L'invention de l'autonomie, Une histoire de la philosophie morale moderne, éd. Gallimard, 2001.

¹³ Dans le même sens, V. G. Valenduc, Révolutions technologiques et transitions dans la société, Notes de prospective, Avril 2018, ETUI (European Trade Union Institute), spéc. p.13 :

<https://www.etui.org/fr/Publications2/Notes-de-prospective/Revolutions-technologiques-et-transitions-dans-la-societe>.

¹⁴ Dans le même sens, V. D. Danet, Publier et périr : comment la publicité légale menace les données confidentielles des entreprises, Market Management 2007/4 (Vol. 7), p.70-93.

¹⁵ [Article 4 de la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.](#)

¹⁶ [A. Quin, Open data des données de transport : une marche arrière avant la mise en place ?, Blog d'Alta-Juris International, 19 février 2018.](#)

réglementer ce domaine et se contente d'une habile régulation¹⁷, laquelle implique en réalité une interrégulation¹⁸. C'est donc aux modalités d'exercice de cette souveraineté retrouvée que l'on va s'intéresser.

Or, cette souveraineté est susceptible de générer deux comportements aussi opposés que complémentaires : le premier consiste à vouloir évacuer le risque autant que possible, et donc à le refouler le plus loin possible ; le second consiste à essayer de transformer ce risque en opportunité, ce qui suppose d'accepter le risque, et de l'appivoiser. On le voit, chacun de ces comportements résulte de déterminants culturels liés à notre acceptation du risque : le premier refoule le risque au profit de sa sécurité (largement illusoire dans un monde en recomposition) ; le second refoule la peur au profit de sa transformation, de sa croissance. Mais même si ces deux comportements sont opposés, ils sont complémentaires : la sécurité n'est pas toujours illusoire, et peut au contraire relever d'une sage prudence ; quant à la transformation, elle n'est pas toujours heureuse ou vertueuse et peut déboucher sur une véritable calamité. Les deux attitudes sont donc également louables à condition que le choix entre elles soit effectué en pleine conscience, et non parce qu'on ne veut pas voir le risque, ou parce qu'on ne veut pas voir où nous mène la transformation. Les deux principaux risques qui empêchent d'exercer son libre-arbitre en toute conscience résident donc soit dans le refus de voir le risque au profit d'une sécurité illusoire, soit à l'inverse dans le refus de voir où nous mène l'innovation au profit d'une ivresse qui n'est qu'un renoncement à percevoir les conséquences de ses actes. Et malheureusement, les deux risques peuvent se cumuler pour conduire à des faillites fracassantes. Accepter les risques ne signifie donc pas vouloir tous les expérimenter, de sorte que la prudence fait partie des qualités d'un dirigeant avisé.

Dans cette perspective, la question de l'ouverture des données doit être appréciée aussi bien au moment où est décidée l'ouverture que tout au long de celle-ci, car ce sont les usages des données qui génèrent un risque. L'appréciation des risques doit donc être en permanence réévaluée, dans une approche pragmatique¹⁹ et cybernétique²⁰. Mais transformer le risque en opportunité nécessite aussi une approche constructiviste²¹, caractéristique du mouvement Law and Management²², et va permettre de créer un nouvel actif immatériel : un patrimoine numérique.

¹⁷ Sur ce concept, V. not. Cl. Champaud, Régulation et droit économique, *Revue internationale de droit économique* 2002/1 (t. XVI, 1), p.23-66 ; M.-A. Frison-Roche (sous la dir.), Régulation, supervision, compliance, Dalloz, 2017. Sur le retrait volontaire de l'Etat, V. S. Sassen, *Critique de l'Etat, Territoire, Autorité et Droits, de l'époque médiévale à nos jours*, éd. Demopolis, 2009.

¹⁸ P. Lequet, Loi « devoir de vigilance » : de l'intérêt des normes de management des risques, *Revue juridique de l'environnement* 2017/4 (Volume 42), p.705-725 ; E. Nicolas, Le droit, une logistique normative, *Au confluent du droit et de la gestion, La Revue des Sciences de Gestion* 2017/2 (N° 284), p.71-82 ; M.-A. Frison-Roche (sous la dir.), *Internet, espace d'interrégulation*, éd. Dalloz, 2016 ; J.-S. Bergé, *L'application du droit national, international et européen*, éd. Dalloz, 2013 ; E. Brosset et E. Truilhé-Marengo, *Les enjeux de la normalisation technique internationale, Entre environnement, santé et commerce international, La documentation française*, 2006. V. égal. U. Beck, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, éd. Flammarion, 2003.

¹⁹ M. Callon, P. Lascoumes et Y. Barthe, *Agir dans un monde incertain, Essai sur la démocratie technique*, éd. Seuil, 2001.

²⁰ N. Wiener, *Cybernétique et société. L'usage humain des êtres*, éd. Points, 2014.

²¹ L. Stout, *Cultivating Conscience, How Good Laws Make Good People*, Princeton University Press, 2011 ; G. W. Dent, *Business Lawyers as Enterprise Architects*, 2009, Faculty Publications, Paper 503.

²² R. Laufer, Y. Muller-Lagarde, Le management face au judiciaire. Un nouveau domaine d'enseignement et de recherche, *Revue française de gestion* 2017/8 (N° 269), p.11-17 ; B. Aliouat, *Droit et stratégie d'entreprise : transformer les ressources juridiques en capacités dynamiques par une réorientation managériale*, in Ch. Roquilly, *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise, Management juridique et*

Le patrimoine numérique, qui est une composante du patrimoine informationnel de l'entreprise, est constitué de « l'ensemble des droits et des obligations d'une entité sur ses données »²³ et présente deux caractéristiques principales. D'une part, comme tout patrimoine, les éléments le composant peuvent être modifiés sans que cela n'affecte son existence. D'autre part, et cela est spécifique au patrimoine numérique, les droits sur les données, dont il est composé, peuvent figurer simultanément dans plusieurs patrimoines. C'est notamment le cas lorsque les données sont ouvertes et partagées entre plusieurs entreprises.

Ce patrimoine numérique peut être géré de façon plus ou moins offensive ou défensive, selon le degré d'aversion de l'entreprise et de son dirigeant aux risques/opportunités. Mais un tel management stratégique nécessite, au préalable, d'identifier les droits et obligations sur les données, c'est-à-dire de constituer ce patrimoine numérique. Cette approche statique du patrimoine numérique (I) constitue un préalable mais doit être prolongée par une approche dynamique, caractérisée par l'élaboration de stratégies²⁴ (II).

1) L'approche statique du patrimoine numérique : l'identification des droits et obligations liés aux données et la gestion des droits d'accès

Pour pouvoir constituer un patrimoine, il faut que les droits et obligations liés aux données soient identifiés : tel est l'objet des métadonnées juridiques, qui permettent d'attacher à chaque donnée des informations sur leur régime juridique (les droits d'accès, de conservation, de suppression, de réutilisation, etc.). Ces métadonnées juridiques permettent d'assurer l'interopérabilité juridique des données au sein du SI mais aussi, au-delà, dans le *linked data*, et se traduisent par la création « de nouvelles données consolidées, dynamiques, enrichies, agrégées, susceptibles d'apporter de l'intelligence dans les outils »²⁵. Ces métadonnées permettent de gérer les risques liés à l'ouverture des données en reliant l'ensemble des données soumises à un régime juridique comparable (opération de catégorisation) et en définissant des politiques d'accès et de réutilisation par catégories de données (recours aux taxonomies)²⁶.

Cette classification des droits sur les données doit prendre en compte différents critères, qu'il faut le cas échéant combiner. Certains critères portent sur la nature des données concernées (données privées ou publiques, données identifiantes ou non, données sensibles, stratégiques, confidentielles, etc.) tandis que d'autres s'attachent aux finalités du traitement dont ces données sont l'objet. Nous laisserons ici de côté la distinction entre les données publiques et privées, cette recherche portant sur des données privées. Pour celles-ci, la gestion des droits d'accès doit principalement tenir compte, d'une part, du caractère identifiant ou non des données et, d'autre part, de leur caractère confidentiel ou non. Mais on verra que le régime juridique applicable dépend aussi des finalités du traitement, ce qui implique une analyse multifactorielle.

culture juridique d'entreprise, éd. Joly, 2011, p.215-232 ; C. E. Bagley, The Value of Legal Astuteness, The Academy of Management Review, Vol. 33, N° 2 (Apr., 2008), pp. 378-390.

²³ Th. 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, n° 102, 1^{er} mars 2014.

²⁴ H. Bouthinon-Dumas et A. Masson (sous la dir.), Stratégies juridiques des acteurs économiques, éd. Larcier, 2012 ; N. Binctin, Stratégie d'entreprise et propriété intellectuelle, éd. LGDJ-Lextenso éditions, 2015.

²⁵ Th. Saint-Aubin, art. préc.

²⁶ Th. Saint-Aubin, art. préc.

2) L'approche dynamique du patrimoine numérique : l'élaboration de stratégies de management des données

Les catégories de données (DCP à finalité statistique ou sans finalité statistique, données non identifiantes, données stratégiques constituant des secrets d'affaires, etc.) ne sont pas étanches et il est possible, moyennant quelques aménagements, de passer de l'une à l'autre pour échapper/bénéficier de leur régime juridique, et pour intégrer les choix stratégiques opérés par les dirigeants de l'entreprise. Ici se réalise une imbrication entre les dispositifs juridiques, techniques et organisationnels aux fins de réaliser certains objectifs. C'est ainsi que l'approche dynamique du patrimoine numérique va conduire à élaborer de véritables stratégies de management des données qui viseront à désidentifier des données à caractère personnel ou à « confidentialiser » des données stratégiques de l'entreprise et qui traduisent la définition, par l'entreprise, de véritables normes prudentielles.