# RÉINVENTER LA PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS À LA LUMIÈRE DES MÉCANISMES D'AUTO-GOUVERNANCE DES COMMUNS ENVIRONNEMENTAUX

**Fabien Lechevalier**

## Résumé

Au-delà de ses travaux sur les communs qui restent pour l'heure la référence fondamentale en la matière, et qui aujourd'hui plus que jamais sont marqués d'une actualité frappante face aux interrogations croissantes sur l'expansion de la marchandisation et de l'appropriation privée des ressources matérielles et immatérielles, Elinor Ostrom a construit une théorisation majeure des institutions, et plus précisément de la diversité institutionnelle. Variante, atypique, du nouvel institutionnalisme qui s'est construit depuis les années 1960, l'institutionnalisme d'Ostrom invite à prendre en compte le réseau de complémentarités institutionnelles dans lequel est inséré tout système de communs. Ces réflexions menées sur un débat de fond autour de l'analyse économique des droits de propriété amènent le lecteur à comprendre comment peuvent perdurer les communs, et comment peuvent se développer de nouveaux communs, à l'intérieur d'une société dictée par un solutionisme de marché régulé utopiquement par l'interventionnisme de l'État. En réalité il s'agit, pour Ostrom, de proposer une troisième voie à la régulation bipolaire qui oriente encore à ce jour les normes dominantes de nos sociétés. C'est par cette perspective critique qu'il est possible d'entrevoir dans quelle mesure le développement des communs pourrait participer à une transformation globale et durable de nos systèmes sociaux de production, et de nos sociétés. Partant, inspirés par les analyses d'Ostrom et des auteurs qui l'ont précédé nous réfléchissons à la manière dont ces travaux pourraient influencer l'émergence d'un système de gouvernance durable et idoine des renseignements personnels en adaptant les notions et institutions fondamentales du droit civil au particularisme d'un objet d'étude partageant un certain nombre de similitudes avec l'approche et le langage de cadrage des communs environnementaux sur lesquels Ostrom appuie la plupart de ses analyses.

## ABSTRACT

Elinor Ostrom's work, famously including his work on the commons and beyond, has long constituted the basis of institutional theorization, with a specific focus on institutional diversity. In the face of pressing contemporary questions surrounding the commodification's expansion and the private appropriation of material and immaterial resources, Ostrom's work opens up many opportunities. Ostrom's institutionalism, as an atypical variant of the 1960s definition of institutionalism, invites us to take into account the network of institutional complementarities in which any system of commons is embedded. The article proposes a reflection on how the commons can endure and continue to develop within a society dictated by market solutionism utopically regulated by state interventionism. Ostrom proposes an alternative to the bipolar regulation that guides the dominant norms of society today. This alternative maps a solution for enacting the global and sustainable transformation of our social systems. Building on these works, we draw conclusions on how Ostrom's work can guide the emergence of a sustainable and appropriate system of governance of personal information. Specifically, by adapting the fundamental notions and institutions of civil law to the particularity of a subject of study that shares a number of similarities with the approach and framing language of environmental commons on which Ostrom bases most of her analyses.

## INTRODUCTION

**[1]** L'étude des communs est sans doute aujourd'hui plus que jamais le fer de lance de ceux qui veulent dépasser les discours apologétiques sur le marché marquant la majeure partie de l'économie standard. Évangélisés par la politologue et prix Nobel d'économie, Elinor Ostrom, les communs sont un objet majeur de réflexion et de recherche des contemporains qui cherchent des solutions nouvelles à des problématiques émergentes (Bollier, 2012 ; Ostrom, 1990). Les travaux d'Ostrom sur les formes de propriété et de gestion collective ont permis des avancées majeures dans la compréhension de nos économies, au-delà des institutions dominantes sur lesquelles ont porté la plupart des études des économistes du XXème siècle à savoir les marchés, les firmes ou les institutions publiques. Ses analyses empiriques et ses apports théoriques notamment en réponse au fameux argumentaire de Hardin sur la « tragédie des communs » ont été essentiels en ce domaine (Hardin, 1968, p. 1243-1248). Mais au-delà de la seule question des communs, les travaux d'Ostrom ont formidablement contribué, et ce par un apport majeur, à l'analyse des institutions. Elinor Ostrom est, en effet, d'abord et avant tout une théoricienne des institutions. C'est par digression de ses réflexions sur l'organisation des « ressources en pool commun » (*common-pool ressources*, ci-après dénommés *CPR*), qu'elle fut amenée à construire une théorie institutionnaliste approfondie incisivement à contre-courant de l'état de l'art de son époque. Cette théorie est orientée par une certaine vision sociale et politique, centrée sur les vertus de la « *self-governance* » et des « systèmes polycentriques ». Au coeur de ses analyses une affirmation solidement démontrée par des formulations néanmoins assez prudentes et nuancées : le marché et l'État ne sont pas les seules formes possibles d'organisation des rapports économiques. Laisser le soin aux individus d'organiser par eux-mêmes leurs relations peut donner, selon elle, de meilleurs résultats que le recours à l'intervention publique, aussi bien qu'au marché et ce en particulier dans le cas des CPR.

**[2]** La lecture de ses travaux, et en particulier ses plus récents écrits sur les communs informationnels, nous ont permis de relever l'homologie qu'il semble y avoir entre les communs et les renseignements personnels autour des enjeux de leur gouvernance. Nous avions identifié dans de précédentes analyses (Lechevalier, 2020) la nécessité de valoriser le

caractère « relationnel » des renseignements personnels. L'ère du Big Data, a, en effet, projeté les problématiques de vie privée dans une société en réseau, interconnectée et interdépendante. Le renseignement personnel, unité immatérielle composante de cette vie privée, ne peut dès lors plus être efficacement protégé par des mécanismes de gouvernance issus des théories individualistes de la vie privée. Dès lors, nous pensons que les modèles de gouvernance desdits renseignements devraient envisager la protection du réseau, ou plutôt devraient s'envisager en réseau pour mieux préserver la vie privée. Le présent article tente donc de répondre aux problématiques émergentes que soulèvent les renseignements personnels et propose, en s'inspirant des travaux des économistes sur les institutions et les droits de propriété, une réflexion nouvelle sur la théorisation d'un pan majeur du droit à la vie privée informationnelle.

**[3]** Une place particulière dans notre réflexion sera accordée, dans un premier temps, à la confrontation entre la vision d'Ostrom et ce que l'on peut appeler la vision coasienne communément nommée « théorème de Coase » (Coase, 1960, p.1). Ce parallèle est intéressant à double titre. D'une part, car la question des communs n'est pas séparable des interrogations sur la place de la propriété et des formes de propriété dans l'économie puisque l'épineuse question des communs ne peut se comprendre qu'en contrepoint d'une vision propriétaire de la société. L'analyse des communs est indissociable de l'analyse des régimes de propriété, ce à quoi Ostrom s'attelle en mobilisant une théorie de la propriété comme « faisceau de droits » (*bundle of rights*) (Orsi, 2013). D'autre part, il y a une homologie essentielle à relever entre une des finalités essentielles des travaux de Coase (*Ibid*.), et une préoccupation déterminante dans la pensée d'Elinor Ostrom : montrer que face à des problèmes de coordination (ou à des échecs de l'État et/ou du marché) laisser les parties concernées élaborer par eux-mêmes un arrangement entre elles peut conduire à de bien meilleurs résultats que de recourir à une intervention extérieure. Nous le ferons en partant de ce que nous paraissent être les traits essentiels du nouvel institutionnalisme (I). Nous nous attacherons dès lors à explorer ces traits de l'institutionnalisme d'Elinor Ostrom, de sa théorisation des droits de propriété aux conditions de sélection des formes de propriété et des institutions (II). Cela nous amènera, finalement, à confronter les conceptions d'Ostrom sur les institutions et les communs à l'épineuse question de la gouvernance des renseignements personnels. Ceci dans l'objectif de dépasser les cadres

d'analyse traditionnels n'engageant, à notre sens, pas fortement la dimension sociale de la vie privée pourtant au coeur des enjeux contemporains.

## I - LES FONDEMENTS DU NOUVEL INSTITUTIONNALISME D'ELINOR OSTROM: NORMES, COMMUNS ET THÉORÈME DE COASE GÉNÉRALISÉ

### A. INSTITUTIONS, PROPRIÉTÉ ET COMMUNS : DES LIENS OCCULTÉS PAR LES RÉFÉRENCES THÉORIQUES INITIALES

**[4]** Synthétisé dans ce qu'elle présente comme un « *Institutional Analysis and Development (IAD) Framework* » (Ostrom, 1990), Elinor Ostrom présente de manière originale un corpus théorique d'analyse des institutions. Ce corpus fortement influencé par ses travaux sur les modes de gestion des ressources en *pool* commun, présente une classification des biens pour lesquels il est difficile d'exclure des utilisateurs potentiels mais qui, contrairement aux biens publics dits « purs », sont en partie détruits par l'usage, de sorte qu'ils sont fortement « rivaux », ou, dans les termes d'Elinor Ostrom, sont marqués par une faible « *subtractability* » (*Ibid.*). Ce corpus renvoie par ailleurs à ses références théoriques initiales présentées clairement dans le premier chapitre de son ouvrage de 1990 (*Ibid.*).

**[5]** La première d'entre elle est sans nul doute l'article de Hardin sur « la tragédie des communs » (Hardin, 1968, p. 1243-1248), dont Ostrom offrira une analyse critique, notamment pour ce qui concerne la propriété (Boyle, 2003). C'est dans un article influent publié en 1968 que l'écologiste américain Garret Hardin affirmait que, lorsque plusieurs utilisateurs ont accès à une même ressource de valeur, il en résulte une « tragédie des communs » à laquelle aucune solution technologique ne peut être apportée. Hardin s'appuie sur l'exemple des pâturages pour illustrer sa réflexion et démontrer la rareté de la ressource. Il fait valoir que chaque éleveur ajoutera une bête de plus à son troupeau aussi longtemps que cela maximisera son intérêt personnel (Hardin, 1968, p. 1243-1248). Par cet acte égoïste est nécessairement individualiste, l'éleveur néglige les coûts de cette activité pour les autres éleveurs avec qui il partage les communs. Il croit fermement que « les communs mènent à la ruine de tous » (*Ibid.*), et qu'en conséquence seule la maximisation de l'intérêt individuel est considérée comme un ressort de l'activité économique. La

tragédie ne peut ainsi être évitée qu'en divisant la terre en petites parcelles privées ou par le biais d'une régulation étatique. Nous y reviendrons en confrontant son analyse à celle d'Ostrom par le biais de la question des régimes de propriété.

**[6]** Ostrom s'appuie ensuite sur la théorie des jeux non coopératifs, ou plus spécifiquement sur le dilemme du prisonnier. Si l'on prend une définition plus générale, est considérée comme un commun toute « ressource partagée par un groupe de gens » (Hess & Ostrom, 2007). De sorte que la coordination des agents impliqués dans leur production et leur distribution soulève des problèmes caractérisés comme problèmes de « dilemme social ». « Il y a dilemme social dans les situations ou la recherche par chacun de son intérêt personnel immédiat conduit à des résultats qui sont plus mauvais, pour tous, que ce que permettraient d'autres comportements. » Ces situations de « dilemme social » sont implicitement exclues des analyses des cas des biens privés et de situations de concurrence ouverte, où pour Ostrom l'étude de l'efficience du marché reste pertinente (Ostrom, 2005, p. 119). Pour Elinor Ostrom, le dilemme du prisonnier est la représentation idoine des situations où « des comportements individuels rationnels conduisent à des résultats collectivement irrationnels » (Ostrom, 1990, p. 5). D'où des références récurrentes aux leçons tirées de la théorie des jeux, avec, toutefois, une position très ambivalente, à la fois de la mobilisation de différents modèles de la théorie des jeux comme cadre d'analyse (Ostrom, 2010, p. 641–672 qui reprend la conférence donnée à l'occasion de la réception du Prix en sciences économiques de la Banque nationale de Suède, où elle présente son « *Institutional Analysis and Development (IAD) framework* », comme « cohérente avec la théorie des jeux ») et une critique de ses résultats à la lumière de l'économie expérimentale. Ceci deviendra, d'ailleurs, avec la *behavioral game theory*, une de ses références majeures (Ostrom, 2005, Chap. 3, pour une analyse approfondie des enseignements de travaux d'économie expérimentale, mettant notamment en avant l'importance, selon elle, des questions de confiance et d'équité, et de la communication entre les joueurs).

**[7]** Il s'agit, enfin, de l'ouvrage de Mancur Olson, *La logique de l'action collective* (Olson, 1965). Dans celui-ci, Olson estime que le comportement naturel d'un individu rationnel le conduirait lorsqu'il est en situation de groupes à agir collectivement conformément à son propre intérêt. Or, c'est précisément ce que la théorie des jeux sur laquelle s'appuie Ostrom

tend à démentir. Les comportements dits de passager clandestin sont au centre des défaillances de l'action collective puisque comme le démontre bien Hardin, l'intérêt de chacun est de profiter d'un bien collectif, sans pour autant investir lui-même dans sa production et sa gestion. C'est ici une variante de la manière de présenter les questions de « dilemme social ».

**[8]** Mais ce qui importe c'est qu'à partir du constat final de ces références théoriques, Ostrom va ancrer dans ses analyses une préoccupation fondamentale, qui reviendra de manière épidémique tout au long de ses travaux sur les « communs de ressources auto-organisés et autogouvernés » (*self-organizing and self-governing CPRs*). Elle relèvera, en effet, la très grande diversité des arrangements institutionnels construits par les communautés et ne relevant strictement ni du marché ni de l'État. Ces arrangements ne reposent pas sur une « régulation directe par une autorité centrale » (*direct regulation by a central autority*) (Ostrom, 1990, p. 182), mais leur réussite repose sur combinaison riche d'instruments publics et privés. Cette hypothèse de recherche alimentera le cadre théorique qu'elle s'est forgée comme assise aux études empiriques des communs, et à sa théorisation des institutions, comme théorie de la diversité institutionnelle (Ostrom, 2005).





## B. LE « THÉORÈME DE COASE », UNE RÉFLEXION SUR LES FONDEMENTS DE LA PROPRIÉTÉ AU SEIN DU NOUVEL INSTITUTIONNALISME

**[9]** Tout au long de sa carrière Ostrom s'est tenue à définir un concept qui joue un rôle essentiel en économie : celui de propriété. Ronald Coase signalait déjà l'importance de bien définir les droits de propriété lorsque l'action d'un individu a une incidence collective. Dans le nouvel institutionnalisme, les droits de propriété figurent au cœur des institutions formelles. L'important, dans le nouvel institutionnalisme, se situe tant dans la façon de conceptualiser la propriété que dans le primat de la propriété privée, comme moyen de valorisation et de création de richesses (Landes & Posner, 2003, p. 13). Dans ce nouvel institutionnalisme, Ronald Coase est sans doute parmi les théoriciens celui dont on retiendra le nom. Si c'est davantage pour ses travaux sur la théorie de la firme qu'on le retient principalement (Coase, 1937), c'est dans le cadre de notre étude le Coase des coûts sociaux (Coase, 1960, p. 1) qui est le plus important. Il est, en effet, à l'origine d'une théorie

économique des droits de propriété dont l'influence sera grandissante (Van Overtveldt, 2007, p.1). Une confrontation entre la vision ostromienne et la vision coasienne des institutions nous paraît utile pour en saisir les caractères dont nous avons fait mention en introduction. Par vision coasienne il est entendu une certaine partie de ce que nous appelons nouvel institutionnalisme contractualiste (et de la *Law and Economics* ; Lanneau, 2009) qui se situe le plus directement dans ce qu'il est convenu d'appeler le « théorème de Coase » (Stigle, 1966) ? Cette confrontation, bien qu'a priori naturelle, ne va pas de soi car si Elinor Ostrom fait des références récurrentes aux travaux d'Alchian et Demsetz, sur les droits de propriété notamment, elle ne cite Coase que très rarement.

**[10]** Sans toutefois proposer une analyse approfondie des réflexions de Coase (Bertrand, 2005, p. 983-1007), il convient d'étudier ce qu'il infère. Le théorème affirme en définitive que face à des externalités, il est parfaitement plausible d'arriver à un *optimum*, sans intervention de l'autorité publique, en laissant les individus concernés s'auto-organiser en parvenant à la conclusion d'arrangements efficaces. Il convient néanmoins que les droits détenus par chaque individu soient initialement définis avec une grande rigueur, et que soit laissée auxdits individus la liberté de négocier entre eux un contrat capable de modifier la définition initiale des droits. Une solution optimale découlera naturellement de ces conditions, quelle que soit la définition initiale des droits. La définition et le respect des droits de propriété *id* leur *enforcement*, ainsi que la liberté contractuelle deviennent les conditions premières de l'efficacité économique. Cette approche nouvelle devait contribuer à la structuration d'une théorie émergente des droits de propriété, qui aurait permis, d'une certaine manière, une généralisation de l'argumentation de Coase à des situations plus complexes que des transactions bilatérales. Celle-ci sera élaborée par Alchian (Alchian, 1965, p. 816-29 ; Alchian & Demsetz, 1973, p. 16-27) et Demsetz (Demsetz, 1967 p. 347-359 ; Alchian & Demsetz, 1973, p. 16-27). La combinaison de ces travaux aboutit ainsi à la définition suivante du droit de propriété il s'agirait d'« un droit de choisir les usages d'un bien économique socialement imposé (*enforced*) », et un droit de propriété privé est un droit qui est « attribué à une personne particulière et aliénable en échange de droits similaires sur d'autres biens » (Alchian, 1987). C'est donc une conception extrêmement large qui est retenue. On retiendra deux aspects essentiels dans cette théorie des droits de propriété : la conception de la propriété comme *bundle of rights* et l'importance donnée au caractère cessible des droits attribués aux

individus. Le premier aspect est fondamental, et nécessite quelques développements (Orsi, 2014, p. 371-385).

### C. LA PROPRIÉTÉ COMME *BUNDLE OF RIGHTS* LA VOIE DE FRAGMENTATION MODERNE DE LA PROPRIÉTÉ

**[11]** La conception de la propriété comme *bundle of rights* est très certainement la conception dominante en droit américain, tout en étant l'objet de multiples questionnements (Penner. 1996 ; Klein & Robinson, 2011). Cette conception est tiraillée entre deux visions antagonistes. Considérée par certains comme un affaiblissement de la propriété individuelle privée, c'est le sens que lui donne Commons qui en a été un des premiers tenants (Commons, 1893, p. 92 ; Van de Ven, 1993, p. 139–152 ; A. Broph, 2009) , elle est vue par d'autres comme un moyen d'étendre les principes de la propriété privée à des systèmes de droits complexes, comme tendent à le soutenir les économistes qui se sont intéressés à la théorie des droits de propriété. À travers cette conception particulière, la propriété ne s'analyse non pas comme un rapport d'un individu à une chose, mais bien comme un rapport entre individus concernant une chose. C'est là toute l'originalité de cette théorie. La propriété est ainsi perçue comme constituée de droits attribués à des individus particuliers qui règlent leurs relations par des arrangements d'usage et de gestion de leurs biens qu'ils soient matériels ou immatériels. Cette conception a été reprise par la théorie économique standard des droits de propriété, à ceci près qu'elle a pris la liberté de l'adapter dans une vision strictement individualiste faisant l'apologie de la propriété privée. Retenons donc que l'objet de propriété n'est pas tant le bien en lui-même mais un ensemble de droits diversifiés. Ces droits porteront sur les conditions d'accès et les conditions d'usage du bien ou de la ressource, la possibilité de s'en approprier le fruit, la possibilité de gérer individuellement ou collectivement le bien ou la ressource, ou bien encore les possibilités de cession entre individus de ces différents droits. La propriété comme *bundle of rights* c'est donc accepter l'idée qu'un droit de propriété unifié absolu puisse être parcellé en différents droits, qui pourront être attribués à des individus différents, et faire l'objet de transactions séparées (Alchian & Demsetz, 1973, p. 16-27). En tentant d'institutionnaliser cette théorie du bundle of rights, on pourrait la définir comme une forme d'organisation, ou une structure de gouvernance particulière, fondée sur un mode spécifique de définition et d'affectation de divers droits sur des ressources ou des actifs. Ou plus

schématiquement la théorie du *bundle of rights* est assimilable à une théorie de *design* de la structure de droits de propriété. L'idée au centre de cette théorie est que si les individus ont la possibilité de négocier des accords ou des contrats en toute liberté, un système de droits plus efficace émergera parallèlement. Le fractionnement de la propriété en droits multiples doit, pour être compris, être regardé en miroir de la complexification croissante des formes organisationnelles et juridiques sur lesquelles s'est appuyé le développement du capitalisme moderne. La conceptualisation de la propriété comme faisceaux de droits a été en particulier mobilisée par les théoriciens des droits de propriété pour justifier les caractères de la société par actions (Alchian, 1987, p. 233)[27] et sa place de forme dominante d'organisation de la production (Fama & Jensen, 1983, p. 301-325 ; Weinstein, 2012). C'est ce même mode d'argumentation qui sera retenu par Elinor Ostrom pour l'analyse des *CPR*. C'est donc en ce sens que l'analyse d'Elinor Ostrom peut se lire dans cette perspective coasienne, tout en présentant, nous le verrons, des traits spécifiques.

## II. L'AUTO-GOUVERNANCE DES BIENS COMMUNS ET THÉORIES D'ELINOR OSTROM SUR LE DROIT DE PROPRIÉTÉ

### A. ELINOR OSTROM ET LA PROPRIÉTÉ COMMUNE COMME FAISCEAU DE DROITS DISTRIBUÉS

**[12]** L'apport initial d'Elinor Ostrom a été sa critique du célèbre article de Hardin (Hardin, 1968) sur la « tragédie des communs » dans lequel elle relève de multiples confusions conceptuelles, et notamment la confusion entre caractère d'un bien (*common pool* ressource, ou bien public) et régime de propriété (*common property*), la confusion entre propriété commune (*common property*) et accès libre (*open-access regimes*), et la confusion concernant l'ensemble des droits inclut dans la possession (« *the set of property rights involved in "ownership."* ») (Hess & Ostrom, 2003) *id est* l'absence de définition précise des différents types de droits qui caractérisent tel ou tel régime de propriété. Pour dépasser ces confusions Elinor Ostrom analyse les régimes de propriété en reprenant la conception de la propriété comme faisceaux de droits (Schlager & Ostrom, 1992, p. 249-262). L'essentiel du travail se situe dans la manière

27 « la divisibilité, la séparabilité et l'aliénabilité des droits de propriété privée permettent l'organisation en coopération de l'activité productive collective dans l'entreprise moderne (the modern corporate firm »

de lier l'analyse des règles et des niveaux de règles à l'analyse des faisceaux de droits. Ostrom déduit que les règles définissent des droits et leur affectation aux agents. Ces deux aspects sont d'égale importance. Il découle de ses analyses cinq principaux types de droits répartis en deux catégories :

- Au niveau « opérationnel » deux droits essentiels sont identifiés à savoir le droit d'accès aux ressources et le droit d'extraction (« *withdrawal* ») ainsi que le droit de s'approprier une fraction des ressources, ou du produit de ces ressources (Ostrom, 1992, p. 58).

- Au niveau « de choix collectifs », se situent les « *collective-choice property rights* », à savoir le droit de gestion, le droit d'exclusion et le droit d'aliénation. Le droit de gestion est le droit à réguler les conditions d'utilisation de la ressource ainsi que les changements nécessaires à son amélioration. Le droit d'exclure concerne le droit de déterminer qui va bénéficier des droits d'usage et si ceux-ci seront ou non transférables. Enfin, le droit d'aliéner est défini comme étant le droit de vendre ou de céder entièrement ou partiellement l'un ou les deux droits d'exclure et de gestion (*Ibid.*).

**[13]** Ostrom insiste tout particulièrement sur la distinction qu'il convient de faire entre les termes « droits » et « règles » qui traduisent à ses yeux des réalités distinctes. Pour Ostrom, les droits sont le produit de règles. C'est donc la règle qui crée l'autorisation, l'injonction ou l'interdiction. Elle différencie ainsi lisiblement l'exercice d'un droit de la participation à sa définition ce qui de manière subsidiaire affecte la distinction entre les droits se situant au niveau opérationnel et ceux relevant du niveau des choix collectifs. C'est au niveau des choix collectifs que se conçoivent, dans l'idée d'Ostrom, les droits qui seront appliqués au niveau opérationnel (Schlager & Ostrom, 1992, p. 249-262). Sur la base quatre types de détenteurs de droits de propriété sont identifiés. Cette catégorisation s'applique tant à un individu isolé qu'à une communauté d'individus.

| | Propriétaire (*Owner*) | Propriétaire sans droit d'aliénation (*Proprietor*) | Détenteur de droits d'usage et de gestion (*Claimant*) | Utilisateur autorisé (*Authorized user*) |
|---|---|---|---|---|
| Accès et prélèvement *Access and withdrawal*) | X | X | X | X |
| Gestion (*Management*) | X | X | X | |
| Exclusion | X | X | | |
| Aliénation | X | | | |

**[14]** La première de ces catégories est celle des utilisateurs autorisés (*autorized users*) dont les droits se situent uniquement au niveau opérationnel en détenant uniquement les droits d'usage (les droits d'accès et de prélèvement). Les détenteurs de droits d'usage et de gestion (*claimants*) possèdent les mêmes droits que les utilisateurs autorisés, mais possèdent en plus un droit relevant du niveau supérieur, le droit de gestion. La troisième catégorie est constituée de propriétaires sans droit d'aliéner (*proprietors*), mais possédant en plus par rapport à la catégorie précédente le droit d'exclure. Enfin, la catégorie des propriétaires (*owners*) est la seule à détenir l'ensemble du faisceau de droits (Orsi, 2014, p. 371-385).

**[15]** Il est enfin possible de considérer un troisième niveau de choix dits « constitutionnels » où seraient déterminées les conditions essentielles à la transformation des règles et des droits de choix collectifs. Autrement dit, on y déterminerait la manière selon laquelle sont définis et affectés les droits permettant de transformer l'ensemble d'un système de gestion des ressources, par exemple en créant une coopérative. Ostrom nomme « jeux polycentriques » ces procédures de prise de décision à plusieurs niveaux. Dans le prolongement de cette théorie deux types de régimes de propriété communautaire peuvent être qualifiés selon que le droit d'aliéner est attribué ou non à la communauté : un régime de type « *communal proprietorship* », en l'absence de droit d'aliéner, ou un régime dit « *communal ownership* » en présence de droit d'aliéner (avec bien entendu les droits de gestion et d'exclusion du niveau de choix collectif). La théorisation proposée par Schlager et Ostrom leur a permis de mettre en évidence que les régimes de propriété, que sous-tendent ces CPR, sont souvent des régimes de propriété communautaire dépourvus de droit d'aliénation sans que ça n'affecte la préservation de la ressource mise en actif (*Ibid.*).

## B. DE L'AUTO-ORGANISATION À LA SÉLECTION DES INSTITUTIONS ROBUSTES, UNE GÉNÉRALISATION DES TRAVAUX D'OSTROM SUR LES COMMUNS

**[16]** L'appréciation de l'analyse d'Ostrom pourrait s'arrêter à ce stade. Mais resterait en suspend une question essentielle de sa théorie à savoir la manière dont les différents droits vont être affectés aux différentes catégories d'acteurs. C'est là, un des aspects déterminants de l'analyse en termes de *bundle of rights* telle qu'on la trouve tant chez Ostrom que plus largement chez les théoriciens des droits de propriété. La lecture rigoureuse des travaux d'Ostrom nous montre que la plupart des régimes de propriété qui ont solutionné des problèmes de gestion de ressources combinent en définitive des dimensions individuelles et collectives et font intervenir tant des agents individuels que des acteurs publics ou des entreprises. Ces régimes reposent finalement sur une « *rich mixture of public and private instrumentalities* » (Ostrom, 1990, p. 182). La vérité, à notre sens, est que l'analyse en termes de faisceaux de droits (tout comme l'analyse en termes de systèmes contractuels) révèle la porosité des frontières entre les catégories standardisées de privé/public ; marché/firme ; individuel/collectif… L'analyse d'Elinor Ostrom tend à mettre l'accent sur « l'ubiquité des systèmes mixtes » ou des « semi-communs » (Fennell, 2011, p. 9–27). Elle le déduit de l'analyse d'institutions fondamentales de nos sociétés, telles que la *Corporation* ou le logement qui sont dirigés et gérés par des systèmes mixtes de droits de propriété individuels et communautaires (Elinor Ostrom, 1999 p. 352). Plus qu'une simple homologie dans le mode d'analyse Ostrom, avec Hess, va plus loin en déduisant de manière explicite l'émergence d'identités hybrides entre le régime de propriété de la *Corporation* et celui d'un *commons* : « Une société privée moderne est, après tout, un régime de propriété commune d'usage très répandu dans l'économie mondiale, avec des résultats à la fois efficaces et inefficaces. Les régimes de propriété commune sont essentiellement des contrats partagés (*share contracts*) » (Hess & Ostrom, 2003). Il en découle qu'un commun peut, comme la firme, s'analyser comme un système de contrats entre les parties. Cette homologie entre entreprise et commun conduit Elinor Ostrom à se distinguer de la majorité théoriciens des droits de propriété, en considérant que, fondamentalement, la société par actions ne relève pas de la propriété privée, mais bien d'une forme de propriété commune, ou de combinaison

entre propriété privée et propriété commune (Ostrom, 2007). Ceci donne une vision large de la notion de commun qui recouvre de fait des configurations institutionnelles et sociales extrêmement variées. Du reste, il convient d'expliquer pourquoi tel ou tel mode de gouvernance et donc tel ou tel régime de propriété devrait être privilégié dans différentes situations. En d'autres termes, il s'agit d'expliquer ce qui oriente la sélection des arrangements institutionnels.

**[17]** L'analyse d'Ostrom débouche essentiellement, dans une perspective empirique, sur la considération de ce qu'elle appelle des « gouvernances de ressources robustes » et des « systèmes socio-écologiques robustes », et la mise en lumière de quelques principes qui assureraient la « robustesse » des modes de gouvernance, dans le cas des *CPR* (Ostrom, 2005, p. 259). Rappelons qu'Ostrom a passé une bonne partie de sa carrière à essayer d'identifier les déterminants empiriques du succès et à comprendre les mécanismes à travers lesquels celui-ci est atteint. Les enseignements généralisables qu'elle tire de la masse de données disparates qu'elle a collectée au travers des méthodes, qui soit dit en passant présentent un caractère tout à fait unique du fait de leur grande variété, sont rassemblés dans un livre très fameux publié en 1990 : *Governing the Commons* (publié en 2010 en français sous le titre *La gouvernance des biens communs*). Dans ce livre, Ostrom propose un ensemble de principes associés à la gestion durable des ressources : des limites clairement définies, des règles explicites, une surveillance efficace, des sanctions graduelles pour les contrevenants, des mécanismes de résolution des conflits, une large participation à la gouvernance et une autonomie relative vis-à-vis des autorités supérieures. Finalement, la notion d'institution « robuste » (Shepsle, 1989, 131-147) met l'accent sur la capacité d'adaptation des institutions face aux aléas et aux variations de l'environnement. Il reste que la capacité d'adaptation est une chose, le mode d'évaluation des « vertus » de ce système en est une autre. De manière pragmatique, il est assurément possible d'évaluer l'apport du mode de gouvernance de tel ou tel *CPR* mais cela semble en tout état de cause très insuffisant pour en déduire une théorisation de la genèse et la sélection des institutions. Malgré leur richesse, les analyses d'Ostrom restent, il faut l'avouer, sur ce point très incertaines. Raison pour laquelle Elinor Ostrom demeure très prudente et ambivalente bien que sa vision supporte bien un théorème de Coase élargi. Dans l'esprit d'Ostrom, les sociétés dans lesquelles peuvent se développer ces organisations sont entendues comme des « petites » collectivités, celles qui ont la capacité à

construire des institutions appropriées à leurs problèmes, et des institutions « robustes », dans la mesure où est laissée une marge de liberté relativement importante aux membres de la collectivité par les organes politiques supérieurs bien qu'ils peuvent participer à la garantie d'exécution (l'« *enforcement* ») des règles construites par le groupe (Encore qu'Elinor Ostrom soutienne parfois que les normes produites par le groupe, et la « communication » entre les membres puissent se substituer à un *enforcement* externe : Ostrom & Walker, p. 287-322). Elinor Ostrom octroie un rôle majeur à la capacité pour les individus de mener de libre négociation, ce qui renforce d'autant plus la similitude avec l'analyse coasienne.

## C. VERS UN ÉLARGISSEMENT DES CHAMPS D'ÉTUDE TRADITIONNELS : DU COMMUN ENVIRONNEMENTAL AU COMMUN NUMÉRIQUE

**[18]** C'est à la suite de ses travaux de théorisation des institutions qu'Ostrom s'est intéressée par application à d'autres problèmes plus spécifiques de notre temps. Ses questionnements se sont portés sur deux épineuses problématiques à savoir le changement climatique et les communs numériques (Hess, 1995 ; Hess 2000 ; Hess & Ostrom, 2003). Les biens immatériels ne revêtent pas la même nature que les communs environnementaux. Ils sont « protégés non pas au titre de supports tangibles par lesquelles ils sont véhiculés mais plutôt en tant que structures cristallisées d'informations - intangibles -, quel que soit leur support » (Mackaay & Rousseau, 2008, p. 266-267) et ne posent, en conséquence, pas exactement les mêmes problèmes que les communs « naturels » ou plus spécifiquement environnementaux. Tous les communs immatériels partagent la caractéristique commune d'être une « structure d'informations » (*Ibid.*). Il n'est, en conséquence, pas inutile de s'interroger au préalable sur les particularités de l'information. Ces informations sont communicables et ne soulèvent pas les problèmes classiques de rareté, sauf lorsqu'elles sont perçues comme étant en voie de disparition ou que l'on préconise le déploiement de moyens pour leur préservation. De fait les structures cristallisées d'informations ne sont généralement pas des ressources sensibles à la rivalité d'usage : le fait qu'un individu profite d'un logiciel ne diminue en rien l'usage que les autres peuvent en faire (c'est même souvent le contraire). Ces caractéristiques les rapprochent des biens publics purs. La plupart de ces informations sont créées spontanément par les individus mais il existe des structures d'informations communicables que ne seraient pas produites, ou moins

souvent sans un encouragement particulier : un livre, une compilation d'adresses, une oeuvre artistique, une avance technologique… Ces créations sont en un sens rares, mais la rareté ne se situe pas ici dans l'objet de la création, qui souvent aura les caractéristiques du bien collectif. En effet, contrairement aux choses matérielles, comme les communs naturels, qui s'épuisent à l'usage, elles peuvent, le plus souvent être utilisées indéfiniment, sous réserve de leur obsolescence devant des informations plus fraîches. Leur rareté provient de ce que les talents et les énergies du compilateur ou du créateur pourraient être consacrés à autre chose. Il faut alors un encouragement pour s'investir à créer telle ou telle chose plutôt qu'une autre. Ce constat donnera naissance au mouvement de l'analyse économique de la propriété intellectuelle. Le fait est que lorsque ces ressources sont produites ou gérées par la communauté (ex. : Wikipédia), l'enjeu porte alors davantage sur l'enrichissement de la ressource commune que sur sa conservation, ce qui induit des modes de gouvernance adaptés. C'est un élargissement du champ des biens communs que l'apparition de la notion de communs immatériels induit. Ainsi s'il est entendu aujourd'hui que le terme commun est polysémique car ne recoupent pas les mêmes considérations s'il est employé par un économiste, un politologue ou bien un juriste, il appert qu'Ostrom s'affranchit de la traditionnelle définition de Samuelson pour rejoindre celle de Bollier en entendant ouvrir la notion de commun au « faire commun » (Bollier, 2014). Il n'empêche que l'efficacité des systèmes de gouvernance polycentriques pour les communs naturels donne à Ostrom l'espoir que des structures similaires puissent être conçues à l'échelle mondiale, avec des institutions transnationales pour réguler le comportement des entités qui les composent.

**[19]** C'est dans la continuité de ses nombreux travaux mais également des études qui lui ont succédé que nous avons pu identifier une littérature naissante mais prolifique qui s'inspire des approches réglementaires et institutionnelles sur les communs environnementaux afin de proposer des solutions aux problèmes collectifs des renseignements personnels (Froomkin, 2015 ; Hirsch, 2014. Sur la nécessité de prendre en compte les aspects relationnels des données : Regan, 2002 ; Allen, 2016 ; Fairfield, Engel, 2016 ; Mazzucato, 2018). Nous avons, en premier lieu, pu noter que la littérature sur la vie privée informationnelle partage un ensemble de préoccupations de base avec l'analyse des communs naturels notamment environnementaux. Dennis Hirsch compare par exemple le spam à la pollution (Hirsch, 2006, p. 15-18), suggérant que la vie privée (en ce sens,

l'absence de spam) est sujette à une tragédie des communs (*Ibid.*, p. 24-28). Eben Moglen note que « *[la surveillance] n'est ni la première, ni la dernière, ni la plus grave des diverses formes de crise environnementale provoquée au cours des deux derniers siècles par la surenchère industrielle* » (Moglen, 2013). Michael Froomkin utilise une caractérisation similaire : « *De nombreuses activités de collecte de données de masse, en particulier celles qui ont lieu dans ou à travers des espaces publics, peuvent être utilement comparées à la pollution de la sphère privée* » (Froomkin, 2015). Toutefois, nous limiterons le champ de cette étude à l'analyse des seuls renseignements personnels. Ce choix s'explique pour la raison simple que parmi les ressources immatérielles de la vie privée, les renseignements personnels sont sans doute ceux qui catalysent les enjeux économiques les plus importants à l'aube du XXIème siècle. Les tensions tant juridiques qu'économiques que soulèvent ces ressources sont pourtant relativement peu étudiées en doctrine à cette heure. L'analyse des renseignements personnels en tant que commun reste d'autant plus inexplorée. Les analyses d'Ostrom recontextualisées dans nos développements précédents nous offrent ainsi une grille de lecture idoine pour envisager de nouvelles formes de gouvernance des renseignements personnels et proposer au lecteur une manière nouvelle d'envisager le droit en la matière.



## III. RÉINVENTER LE CADRE NORMATIF DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS AU REGARD DES THÉORIES INSTITUTIONNELLES D'ELINOR OSTROM

### A. DE L'AUTO-GOUVERNANCE DES COMMUNS ENVIRONNEMENTAUX À CELLE DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS : SIMILITUDES D'APPROCHE ET DE LANGAGE DE CADRAGE

**[20]** Il existe un ensemble de similitudes entre notre approche de la protection des renseignements personnels et le langage de cadrage de la littérature sur l'environnement (Hirsh, 2006, p. 28). Cette littérature a l'avantage de s'appuyer sur une tradition réglementaire riche et réussie, qui a résolu certains des problèmes en mettant en oeuvre des changements à faible coût et de grands apports. En tant que tel, le cadre normatif environnemental fournit un solide ensemble d'analogies pour créer et maintenir des coalitions politiques en vue de résoudre des problèmes liés à l'action collective. Les réflexions du droit des renseignements personnels ne sont donc pas si éloignées des réflexions

qui ont été menées en matière environnementale. Toutefois, et précisons-le dès à présent, que si la majorité de cette littérature s'inspire par principe du droit de l'environnement et de l'histoire de la réglementation environnementale, nous nous inspirons davantage modèles et d'expériences de biens communs. Il s'agira donc de s'inspirer non pas du cadre général de régulation environnementale mais bien des systèmes de gouvernance des communs environnementaux. Le droit de l'environnement est initialement façonné par l'expérience du gouvernement qui cherche à contenir les pollueurs à grande échelle (*Ibid.*). En conséquence, la documentation sur l'environnement suggère principalement une action ou une législation de régulation gouvernementale pour résoudre le problème de l'action collective (*Ibid.*). La littérature sur la régulation environnementale apporte une perspective nouvelle et bienvenue, ainsi qu'une histoire d'expérience avec la mise en oeuvre pratique, en particulier pour la réglementation des grands pollueurs. Cependant, tous les problèmes d'action collective ne sont pas les mêmes. En considérant dans notre hypothèse que les renseignements personnels puissent être des biens communs (ou du moins un bien qui pourrait emprunter un régime communautaire), nous nous concentrons moins sur les délinquants à grande échelle qui sont les plus analogues aux analyses du droit de l'environnement, et plus sur les contributions modestes mais constantes que les utilisateurs apportent en exposant des renseignements les uns sur les autres, les prisonniers dans *Le dilemme du prisonnier* (Tucker ; Eber, 2006) en sommes. Les deux approches sont nécessaires. Une législation large sur la protection des renseignements personnels peut être nécessaire pour limiter l'intrusivité de masse, et la législation environnementale peut être un bon point de départ. D'un autre côté, une législation générale sur la protection des renseignements personnels s'est avérée difficile à adopter, malgré la large base de popularité parmi l'électorat pour une protection de la vie privée renforcée. Que ces efforts réussissent ou non dans le climat politique actuel, une autre voie reste ouverte. C'est là que notre approche se sépare à l'amiable de la majorité de la littérature sur l'environnement. Au lieu de suivre une approche pigouvienne consistant à rechercher une intervention du gouvernement pour taxer ou sanctionner les comportements institutionnels, ou à reléguer au marché le soin de réguler ces comportements institutionnels, nous suivons la tradition de Coase et Ostrom, et exploitons la littérature économique, et à titre subsidiaire civiliste, pour dégager des outils que les groupes peuvent

utiliser pour soutenir la production de biens communs, ou dans notre cas pour préserver la vie privée par des systèmes de gouvernance collectifs. En adoptant cette approche, nous nous concentrons moins sur les règles limitant les mauvais acteurs à grande échelle, et plus sur le dilemme des groupes cherchant à coopérer face à un dilemme social.

**[21]** En nous inspirant des travaux d'Elinor Ostrom, ou plus largement de l'école de Bloomington (Coriat, 2013) autour des biens communs, nous développons ainsi l'idée que les renseignements personnels puissent être considérés comme une ressource commune. Le renseignement personnel, ou donnée personnelle, est défini par le dictionnaire comme une « représentation conventionnelle d'une information [personnelle] en vue de son traitement informatique » (Le Petit Larousse illustré, 2017). Un renseignement personnel serait donc une molécule composée de deux atomes indissociables : l'information et l'informatique. En d'autres termes, ce serait une « information personnelle informatisée » ou plutôt une « information personnelle technologisée » (De Lambertherie, 2004, p. 13). Le renseignement personnel ne peut, en conséquence, être assimilé à la définition communément admise des biens immatériels en tant que structure cristallisée d'informations. En effet, le renseignement personnel est l'information. Il n'est qu'un simple atome composant la structure. Bien que partageant la non-rivalité d'usage des biens immatériels, sa rareté se trouve cette fois dans l'objet même de la création. En effet, si la création de structures d'informations communicables, précédemment évoquées, n'est pas produite spontanément, le renseignement personnel l'est lui davantage. Il n'est donc plus question d'encouragement pour investir à créer. La préoccupation majeure du renseignement personnel est davantage celle de la préservation de son objet face à des tiers malveillants. La rareté du renseignement personnel a en ce sens plus de caractéristiques communes avec le commun naturel qu'il ne pourrait en avoir avec le commun immatériel. Et pourtant là encore, une différence majeure oppose les deux notions. Si la préservation du commun naturel est intracommunautaire *id est* on souhaite préserver l'épuisement de la ressource de membres de la communauté elle-même, la préservation du « commun renseignement personnel » est extracommunautaire *id est* on souhaite préserver la ressource de tiers extérieurs à la communauté. Le commun renseignement personnel serait donc un commun d'un genre nouveau dont l'arrimage à la famille des communs dépendrait davantage de son régime que de son caractère. Ceci rejoint donc la définition élargie du « faire commun » telle que proposée par Bollier.

**[22]** Ceci l'est d'autant plus que les renseignements personnels ne sont traditionnellement pas envisagés par notre droit comme des objets mais plutôt comme des attributs de la personne. Ce qui nous conforte dans l'idée que c'est bien dans le « faire commun » que cette caractérisation réside. Si l'on suit la théorie des droits de la personnalité, le renseignement personnel 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. Un renseignement personnel est, comme l'indique sa dénomination, personnel. Pourtant, il n'est pas pour autant indifférent au dilemme social et son arrimage aux enjeux collectifs se retrouve à travers son exploitation. En effet, le renseignement personnel seul présente que peu d'intérêt pour les tiers malveillants qui le préfèrent sous forme agrégée bien plus adaptée aux diverses exploitations économiques qui peuvent en être faites notamment celles à visée commerciale. Face aux pratiques de collecte des tiers le régime en vigueur basé sur une légistique proche de celles des droits de la personnalité apparaît pourtant inefficace dans de nombreuses situations. À notre sens, la principale raison de ces failles est que le régime de protection des renseignements personnels est basé sur une approche trop individualiste. Le législateur en caractérisant le renseignement personnel comme élément de la personne a occulté les problématiques collectives et a, en conséquence, omis leur prise en compte en sein même de son régime de protection. C'est un oubli. Cette approche individualiste est inhérente aux vulnérabilités que connaît aujourd'hui l'exploitation de ces ressources dans l'ère dite du Big data. Nous invitons le lecteur à se référer à nos travaux antérieurs pour saisir la nécessité de changement de paradigme (Lechevalier, 2020). Ainsi, à notre sens, un renseignement personnel n'est pas la personne, il n'en est qu'un élément de son image. Sa caractérisation en chose n'est donc qu'une simple question de politique juridique. Ce changement de cadre de référence permettrait, dès lors, d'imaginer un régime sui generis des communs renseignements personnels et de proposer un système de gestion de la ressource qui n'entrerait ni dans le régime des biens gérés par la puissance publique *stricto sensu*, ni dans un régime de marché. Ce régime de communs envisagé, cette troisième voie, repose sur une gestion par une communauté de la ressource considérée, qui organise ses règles de gouvernance, en s'appuyant sur un « faisceau de droits » (« *bundle of rights* ») rendant possibles des régimes de propriété partagée.

## B. RÉINTERPRÉTER LE RÉGIME DE PROPRIÉTÉ DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS À LA LUMIÈRE DU *BUNDLE OF RIGHTS*

**[23]** Pour éviter que l'ensemble des renseignements personnels ne soient aspiré dans cette course à la marchandisation et favorise ainsi une société de surveillance, il est essentiel qu'une sphère de données « en communs » puisse fleurir, s'enrichir et être protégée contre des tentatives d'enclosures. L'existence de cette sphère présente plusieurs avantages au nombre desquels celui de créer un gisement privilégié d'informations dans lequel d'autres acteurs extérieurs à la communauté des producteurs peuvent puiser pour créer, innover, proposer d'autres services permettant ainsi de tirer parti des spécificités contributives du monde numérique. Car en effet, si cette réflexion sur le commun renseignement personnel émerge du fait des convoitises de tiers malveillants, elle présente également de nombreuses opportunités pour les préoccupations d'intérêt général. Pour parvenir à cette fin, il convient d'imaginer une gestion des renseignements personnels par un régime de « *bundle of rights* ».

**[24]** Appliqués aux renseignements personnels produits en ligne par les actions des individus, les faisceaux de droits permettraient d'imaginer trois ensembles de droits. Tout d'abord, certains droits seraient garantis par défaut à l'utilisateur. Il s'agirait là des droits de niveau supérieur dits de choix collectifs qui incluraient notamment, mais non exclusivement, le cas du droit de savoir ce que l'on collecte sur lui ; le droit de rectification ; le droit à la portabilité ; le droit de placer ses renseignements personnels en commun. À l'inverse seraient garantis à la plate-forme, au producteur du service, les droits de niveau inférieur dits opérationnels dont les règles auront préalablement été définies par l'utilisateur. L'utilisateur jouirait ainsi du statut de propriétaire tandis que le collecteur celui d'utilisateur autorisé. Toutefois, des usages intermédiaires qui sont d'ailleurs ceux qui dégagent le plus de valeur à la fois pour l'entreprise que pour l'individu peuvent quant à eux faire l'objet d'un usage par l'entreprise sous deux régimes possibles. D'une part, une ouverture du renseignement individuel à un tiers sur base d'une autorisation explicite (licence d'utilisation ou consentement renforcé) de la part de l'individu coproducteur, en échange d'un service. D'autre part, une ouverture du renseignement personnel agrégé et anonymisé à des tiers sous condition de partage limité dans le temps. Sur une très courte période, quand le renseignement personnel

est « chaud » (donnée qui a été récemment collectée et qui doit être utilisée ou activée relativement rapidement pour un usage marketing optimum), la plateforme aurait le droit de monétiser celui-ci agrégé à d'autres. Toutefois, à l'expiration de cette période, le renseignement personnel ne pourrait plus être mobilisé directement ou indirectement par la plateforme productrice. De fait, ledit renseignement devrait alors soit être détruit soit être transféré vers un espace de type *cloud* personnel où l'individu pourrait la conserver s'il le juge utile, voire le partager s'il le souhaite. Cette approche par une discrimination à la fois temporelle des droits (renseignement personnel chaud, droits d'usage à l'entreprise, donnée froide, exclusivité de l'usager) et spatiale (stockage dans la plateforme, stockage dans un espace contrôlé par l'individu) pourrait ouvrir la voie à un *bundle of rights* positif, c'est-à-dire à la fois protecteur pour l'individu et en même temps ne sabordant pas le modèle d'affaires des entreprises qui proposent des services web construits autour de la donnée (ex : Uber). L'enjeu réside ainsi à designer sur la base de cette conception d'un *bundle of rights* positif, une structure de droits, une structure de gouvernance particulière, fondée sur un mode spécifique de définition et d'affectation de divers droits sur des ressources ou des actifs.

**[25]** C'est finalement au niveau plus informel des choix dits « constitutionnels » que la question du régime de propriété commune se pose. Pour rappel, c'est à ce niveau qu'il est possible de transformer l'ensemble d'un système de gestion des ressources et de conduire à la construction d'une typologie des différents régimes de propriété commune. On rejoint en définitive à ce stade la principale préoccupation des communs qui est celle de les inscrire dans un cadre légal. La majorité des véhicules juridiques reposent sur une logique de propriété qui est, dans une certaine mesure, antinomique aux communs. Toutefois, nous l'avons vu l'analyse d'Elinor Ostrom tend à mettre l'accent sur « l'ubiquité des systèmes mixtes » ou des « semi-communs ». Le *bundle of right* est à ce titre un moyen d'étendre les principes de la propriété privée à des systèmes de droits complexes comme peuvent l'être les communs. Dans cette perspective, il n'est pas non envisageable de reconnaître aux renseignements personnels (qui relèvent pour l'heure d'un régime inspiré des droits dits de la personnalité) des caractéristiques communes au droit de propriété privé car celui-ci pourrait être couplé à un régime de propriété commune. La logique est la même que celle qu'à pu tenir Ostrom avec son illustration de la société par actions qui selon elle ne relève pas de la propriété privée en tant que telle, mais bien d'une forme

de propriété commune, ou de combinaison entre propriétés privées et propriété commune. Cette analyse rejoint notre sempiternelle question, celle de savoir si propriété privée peut être mise au service de la collectivité pour protéger la vie privée. Finalement, n'existerait-il pas une fonction d'intérêt général à la propriété ? Cette question, encore très peu traitée, soulève des enjeux cruciaux pour l'avenir de la protection des renseignements personnels mais aussi, croyons-nous, pour l'avenir du droit des biens. Elle se pose avec d'autant plus d'acuité que de nombreux pays se tournent aujourd'hui vers le droit privé pour y puiser des instruments juridiques qu'ils adaptent aux exigences de la collectivité. Dans la tradition civiliste, le recours aux mécanismes du droit des biens pour protéger les renseignements personnels est limité par l'architecture interne du droit de propriété. Ce dernier est en effet classiquement défini comme une somme d'attributs (*abusus*, *usus*, *fructus*) (Zenati-Castaing & Revet, 2005 ; Terre & Simler, 2014 ; Bergel et al., 2019) qui a la particularité, sauf démembrement, d'être tenue dans les mains du seul propriétaire, qui ne souffre pas de concurrence ? La propriété du Code civil du Québec a consacré cette vision individuelle, illimitée et exclusive du propriétaire (*Ibid.*). Son arrimage aux enjeux collectifs est plus difficile, le partage des usages de la propriété d'une chose étant considéré comme une atteinte à la liberté du propriétaire. Toutefois, les analyses d'Ostrom du droit de propriété en termes de *bundle of rights* nous offrent une grille de lecture adaptée à la problématique soulevée par la gestion collective des renseignements personnels. Cette théorie est surtout parfaitement conciliable aux institutions du droit civil telles que consacrées par le droit québécois comme nous nous apprêtons à le démontrer.



## C. LA FIDUCIE D'UTILITÉ SOCIALE QUÉBÉCOISE: VÉHICULE D'AUTO-GOUVERNANCE DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS FACE AU DILEMME SOCIAL

**[26]** Mettant en œuvre une nouvelle manière de gérer des biens dans l'intérêt d'autrui ou d'un but social, la fiducie dans sa forme québécoise, ont en effet entraîné une véritable révolution du rapport que les individus entretiennent avec leurs biens. Le maintien de la propriété privée assure la coexistence des intérêts individuels et collectifs, alors que le patrimoine d'affectation, mis en œuvre par la fiducie, dévoile un intérêt collectif qui, mis au service du but précis, s'autonomise et forme un terreau propice à la production de communs. Nul doute que la fiducie d'utilité sociale (Sur la fiducie d'utilité sociale voir notamment : Barette, 2007 ; Pour une

littérature plus générale sur la fiducie : Cantin Cumyn, 2001, p. 73-80 ; Xavier Delpech, 2007, p. 566 ; Claude Witz, 1981, p. 41 et suivantes) québécoise (ci-après dénommée FUS), telle que définie à l'article 1270 du Code civil du Québec, et constituée « dans un but d'intérêt général, notamment à caractère culturel, éducatif, philanthropique, religieux ou scientifique » pourra dès son acte de constitution intégrer les principes directeurs d'un « système socio-écologique robuste » tel qu'imaginé par Ostrom pour répondre à la nécessité d'une gestion plus collective des renseignements personnels (à savoir des limites clairement définies, des règles explicites, une surveillance efficace, des sanctions graduelles pour les contrevenants, des mécanismes de résolution des conflits, une large participation à la gouvernance et une autonomie relative vis-à-vis des autorités supérieures). Une forme de « *robustness by design* » définie par la vision économique des théoriciens du droit auquel la fiducie pourrait parfaitement satisfaire. Il apparaît nécessaire à ce stade de préciser que nous n'excluons toutefois pas totalement les autres formes de fiducies québécoises, ni même son acculturation française fondée sur une logique contractuelle qui pourrait s'accommoder de la vision coasienne d'un institutionnalisme contractualiste. Toutefois, nous choisissons délibérément le régime qui, à notre sens, présente le plus de caractéristiques communes à un régime communautaire capable d'accueillir des données personnelles en son actif constituant. Il n'empêche que dès son adoption, la fiducie quel que soit sa forme a entraîné une révolution tangible du rapport que les individus entretiennent avec leurs biens. Les FUS particulièrement s'inscrivent dans un mouvement plus global qui est celui de l'émergence des préoccupations environnementales et de la nécessité d'établir des structures de gouvernance des communs environnementaux. Un certain nombre d'initiatives ont d'ailleurs cherché à doter les milieux naturels d'importance de la personnalité juridique. La FUS ouvre, en effet, un éventail de perspectives de gouvernance collective des biens au bénéfice du bien commun tout en excluant lesdits biens de la spéculation.

**[27]** D'un point de vue légal, tout bien existe s'il fait partie du patrimoine d'une personne. Or, la fiducie d'utilité sociale est une exception, puisque son patrimoine est affecté à une vocation plutôt qu'au bénéfice direct d'une personne. La FUS est, en conséquence, un outil correctif du détournement de l'usage initial d'un bien sous l'influence de la spéculation. Si en droit de l'environnement elles permettent, par exemple, de réaffecter une forêt à sa vocation écologique plutôt qu'à celle de

générer des bénéfices pour une entreprise, la FUS pourrait bien en droit de la vie privée réaffecter des renseignements personnels collectés à la réalisation de projets d'intérêt public tels qu'on peut notamment l'imaginer en santé. Ainsi, la FUS influence deux aspects négatifs du droit de propriété. Elle limite, d'une part, le droit d'abusus en définissant une vocation précise pour un bien et en empêchant les fiduciaires d'agir au-delà de leur responsabilité et peut aussi, d'autre part, rendre le bien insaisissable en l'excluant du marché spéculatif par affectation perpétuelle du patrimoine à une vocation. En l'espèce, le patrimoine fiduciaire d'une FUS n'existe non plus pour servir un propriétaire, mais bien l'affectation sociale qui lui a été donnée *id est* le patrimoine d'une FUS est un patrimoine sans sujet et sur lequel personne n'a de droit réel. Cette caractéristique doublée de la possibilité de lui conférer un statut perpétuel fait d'elle un outil de préservation incomparable et exceptionnellement puissant. Par ailleurs, en confiant leurs renseignements personnels à une fiducie, les utilisateurs auraient la possibilité de reprendre la maîtrise de leur vie privée. Leur qualité de constituants de la fiducie leur permet de prétendre à un réel contrôle sur l'utilisation et la communication de leurs informations. Nous rappelons ici l'importance de les inclure dans le processus d'élaboration des fins pour lesquelles les données peuvent être utilisées ainsi que leur rôle de surveillance des activités du fiduciaire (Lechevalier, 2020). La FUS peut définitivement remettre au coeur du droit de la vie privée les enjeux collectifs en étant le transformateur qui permettrait aux renseignements personnels d'accéder à un statut de biens communs, figure de proue des analyses ostromiennes.

## Références bibliographiques

### Monographies et ouvrages collectifs

Armen A. Alchian « Property rights » dans Eatwell J., Milgate M. et Newman P. éd., The New Palgrave : A Dictionary of Economics, The MacMillan Press Limited, 1987

Charlotte Hess & Elinor Ostrom, *Understanding Knowledge as a Commons*, Cambridge (Mass.) and London: The MT Press, 2007

Claude Witz, *La fiducie en droit privé français*, Paris, Economica, 1981

Ejan Mackaay & Stéphane Rousseau, *Analyse économique du droit*, Méthodes du droit, 2008

Elinor Ostrom, *Governing the Commons : The Evolution of Institutions for Collective Action (Political Economy of Institutions and Decisions)*, New-York, Cambridge University Press, 1990

Elinor Ostrom, *Understanding institutional diversity*, Princeton NJ: Princeton University Press, 2005

Elinor Ostrom, « Private and Common Property Rights » in B. Bouckaert and G. De Geest, *Encyclopedia of Law and Economics*, 332–379, 1999a

Frédéric Zenati-Castaing & Thierry Revet, *Manuel de droits des personnes*, PUF, 2006

Frédéric Zenati-Castaing & Thierry Revet, *Les biens*, 3ème éd, PUF, coll. Droit Fondamental, 2005, n°66

François Terre & Philippe Simler, *Droit civil*, *Les biens*, Précis, Dalloz, 9ème éd., 2014

George J Stigler, *The theory of price*, New York, Macmillan, 1966

Jean-Louis. Bergel et autres, *Traité de droit civil – Les biens*, LGDJ, n° 101, 3ème éd., 2019

Johan Van Overtveldt, *The Chicago School: How the University of Chicago Assembled the Thinkers Who Revolutionized Economics and Business*, Chicago, Agate, 2007

John R. Commons, *The Distribution of Wealth*, London, Macmillan and Co., 1893

Katherine V.W Stone, « John R., Commons and the Origins of Legal Realism ; Or, The Other Tragedy of the Commons », in D. Hamilton, A. Broph, *Transformation in American Legal History*, vol. 2, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2009.

Madeleine Cantin Cumyn, « The Quebec Trust: A Civilian Institution with English Law Roots » dans John Michael MILO et Jan M SMITS, *Trusts in Mixed Legal System*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2001

Mancur Olson, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, New York, Schocken Books, 1965

Philippe malaire, *Les personnes, Les incapacités*, éd. Defrénois, 2007

Ronald H. Coase, *The Nature of the Firm*, Economica. Blackwell Publishing. 4 (16): 386–405, 1937

Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost.*, J. Law & Econ. 3, p. 1, 1960

William M. Landes & Richard A. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Harvard University Press, 2003

## Articles

Andrew H. Van de Ven, « The Institutional Theory of John R. Commons: A Review and Commentary. » (1993) *The Academy of Management Review*, vol. 18: n°1, pp. 139–152

André J Barette, « La fiducie d'utilité sociale : réflexions sur un thème méconnu » (2007) dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Fiducies personnelles et successions*, vol 269, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 79

Anita Allen, « Protecting One's Own Privacy in a Big Data Economy » (2016) 130:71 *Harvard Law Review Forum* 71

Armen A. Alchian, « Some Economics of Property Rights » (1965) Il *Politico* n° 30, p. 816-29

Armen A. Alchian & Harold Demsetz, « The Proprety right paradigm » (1973) *Journal of Economic History* n°33 March, p. 16-27

Benjamin Coriat, « Le retour des communs. Sources et origines d'un programme de recherche » (2013) *Revue de la régulation* n° 14

Michael A. Froomkin, « Regulating Mass Surveillance as Privacy Pollution: Learning from Environmental Impact Statements » (2015) *ILL. L. REV.* 1713

Charlotte Hess & Elinor Ostrom, « Ideas, Artifacts, and Facilities: Information as a Common-Pool Resource » (2003) *Law and Contemporary Problems* 66 (1–2):111–146

Daniel B. Klein & John Robinson, « Property: A Bundle of Rights? Prologue to the Property Symposium » *Econ Journal Watch* 8(3): 193-204, Sept 2011

Denis D. Hirsch, « The Glass House Effect: Big Data, the New Oil, and the Power of Analogy » (2014) 66 *Maine Law. Review.*, 374, 375

Denis D. Hirsch, « Protecting the Inner Environment: What Privacy Regulation Can Learn from Environmental Law » (2006) 41 *Ga. Law Review* 1, 10, pp. 15-18

Elinor Ostrom, « Beyond Markets and States: Polycentric Governance of Complex Economic Systems » (2010) *American Economic Review*, vol. 100: n°3 Juin, p. 641–672

Elinor Ostrom & James Walker, « Communication in a Commons: Cooperation Without External Enforcement » (1991) in *Laboratory Research in Political Economy, Palfrey*, Thomas (ed.), Ann Arbor, MI, University of Michigan Press, 287-322

Élodie Bertrand, « La thèse d'efficience du « théorème de Coase ». Quelle critique de la microéconomie ? » (2005) *Revue économique* vol. 57: no. 5, pp. 983-1007

Eugene F. Fama & Michael C. Jensen, « Separation of Ownership and Control » (1983) *Journal of Law and Economics* Vol. 26: n°2, pp. 301-325

Edella Schlager & Elinor Ostrom, « Property-Rights Regimes and Natural Resources: A Conceptual Analysis » (1992) *Land Economics University of Wisconsin* Press Vol. 68: n° 3 (Aug.), pp. 249-262

Fabienne Orsi, « Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », (2013) *Revue de la régulation* n° 14.

Fabienne Orsi, « Réhabiliter la propriété comme bundle of rights : des origines à Elinor Ostrom, et au-delà ? » (2014) *Revue internationale de droit économique*, vol. t. xxviii : no° 3, pp. 371-385

Fabien Lechevalier, « Les vulnérabilités inhérentes à l'approche individualiste des données de santé dans l' « ère big data » », dans Ledy Rivas Zannou et Eve Gaumond (dir), Vulnérabilité(s) : *L'appréhension des défis du numérique par le droit* (2020) 25-2 Lex-electronica 48-59

Garrett Hardin, « The Tragedy of the Commons » (1968) *Science* vol. 162: no 3859 p. 1243-1248

Harold Demsetz, « Toward a theory of property rights » (1967) *American Economic Review* vol 57, May pp. 347-359

James Boyle, « The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain » (Winter 2003) 66 *Law and Contemporary Problems* 33-74

James E. Penner,. The « "*Bundle of Rights*" Picture of Property » (1996) *UCLA Law Review* 43: 711-820

Jack M. Balkin « The Fiduciary Model of Privacy » (September 26, 2020) *Harvard Law Review Forum*, Vol. 134: n° 1

Joshua A.T. Fairfield, Christoph Engel, « Privacy as a Public Good « (2015) 65:3 *Duke Law Review* 38

Kenneth A. Shepsle, « Studying Institutions: Some Lessons from the Rational Choice Approach » (1989) *Journal of Theoretical Politics* Vol. 1: n°2 April), pp. 131-47

Lee Anne Fennell, « Ostrom's Law: Property Rights in the Commons » (2011b) *International Journal of the Commons* Vol. 5: n° 1 February pp. 9–27

Mariana Mazzucato, « Let's make private data into public good » (27 Juin 2018) *MIT Technology Review*

Nicolas Eber, *Le dilemme du prisonnier*, La Découverte, collection Repères, juin 2006

Olivier Weinstein, « Firm, Property and Governance : From Berle and Means to the Agency Theory, and Beyond » (2012) *Accounting, Economics, and Law* Vol. 2: n° 2

Pricilla M. Regan, « Privacy as a Common Good in the Digital World » (2002) 5:3 *Information, Communication & Society* 382

Priscilla M. Regan, « Response to Privacy as a public good » (2016) 65 *Duke Law Review* 51

Xavier Delpech, « Enfin une loi sur la fiducie! » (2007) *D* 566, p. 566

## Dictionnaires

Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 2011

## Thèses & Mémoires

Régis Lanneau, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, Droit, Université de Nanterre - Paris X, 2009

Fabien Lechevalier, *Les fiducies de données en santé*, Mémoire de maitrise, Université Laval, 2020

## Billet de blog

David Bollier, « Elinor Ostrom Remembered (1933-2012) », blog personnel, 12 juin 2012

Eben Moglen, « Snowden and the Future: Part III; The Union, May It Be Preserved », blog Columbia Law School, novembre 2013

Open Data Institute, « Defining a 'data trust' », blog personnel, octobre 2018

## Autres

Charlotte Hess, « The Virtual CPR: The Internet as a Local and Global Common Pool Resource. » Presented at “Reinventing the Commons,” the Fifth Annual Conference of the International Association for the Study of Common Property, Bodø, Norway, May 24–28, 1995

Charlotte Hess « Is There Anything New under the Sun? A Discussion and Survey of Studies on New Commons and the Internet. » Presented at the Eighth Conference of the International Association for the Study of Common Property, Bloomington, Indiana, May 31–June 4, 2000

Livre blanc Element AI, Fiducie de données: Un nouvel outil pour la gouvernance des données, 2019